

CAPITULO III

Los mediadores

§ 21.—LOS MEDIADORES EN GENERAL (I)

Sumario.—196. Definición.—197. El mediador es un auxiliar independiente.—198. Función del mediador.—199. Distinciones.—200. Reseña histórica.—201. En qué sentido es libre la mediación.—202. El mediador es un comerciante.—203. Debe ser capaz.—204. Diversas clases de mediadores.—205. Libros obligatorios para los mediadores y sanciones por su falta.—206. Las copias de las anotaciones de la libreta (*stabiliti*) y las copias del contrato verificado con su intervención.—207. Exhibición de los libros.—208. Obligación de facilitar aclaraciones al Juez.—209. Carácter jurídico de sus libros y de las copias de las anotaciones de su libreta cuando están firmadas solamente por el mediador y cuando están firmados por los contratantes.

196. Los mediadores son comerciantes que se ocupan profesionalmente de facilitar la conclusión de negocios comerciales ajenos. Su trabajo se desenvuelve durante las negociaciones, antes que se ultime el contrato, y busca como finalidad allanar las dificultades que impiden el acuerdo. Conseguido éste mediante el sí de los contratantes, se encargan frecuentemente de favorecer su ejecución, por ejemplo, proporcionando la prueba (arts. 33 y 34,

(1) Ley de 20 de Marzo de 1913, núm. 272 sobre el ordenamiento de las Bolsas MORPURGO, *Memoria de la Comisión creada por Real decreto de 27 de Marzo de 1882: Anales del Ministerio de Agr. Ind. y Com.*, Roma, 1873, núm. 62. ELLENA, *Informe sobre el ordenamiento de la mediación*, id., 1887, págs. 87-111; ZAPPA, *Informe sobre el ordenamiento de las Bolsas y de la mediación*, id., 1882, pág. 164-171; RELAC. MANCINI, págs. 84-113; DANIELI, *Informe sobre el ordenamiento de las Bolsas y de los mediadores*, Roma, 1890; BOLAFFIO, *Com. al Cód. de com.*, arts. 29-35. Mientras los primeros se ocupan de los oficios públicos de los mediadores éste se ocupa principalmente con riqueza de indagaciones y con novedad, no siempre aceptable, de doctrinas del contrato de mediación. Véase también: KEZZARA, *De los mediadores y del contrato de mediación*, Torino, 1903; FABRE, *Des Courtiers*, 2.º vol., París, 1892; BEHREND, §§ 56-60; GRUENHUT, *Makler und Kommissionsgeschäfte*, en *End. Handb.*, 111, pág. 133 y sig.; REICHEL, *Die Maklerprovision*, Múnaco, 1913.

Código de comercio), con la consignación de las mercancías, o con la custodia de las muestras.

197. *El mediador es un auxiliar independiente.*—El mediador es un auxiliar del comercio, sin patrono, al revés del empleado, del representante y del agente de negocios, que le tienen; aquel no busca la fuente de sus ingresos en el servicio a una sola persona sino que procura servir al mayor número posible de ellas. Por eso, el que trata por el principal como representante o como agente de negocios, no es un mediador. No tiene en esta actividad las obligaciones profesionales a que el mediador está sujeto frente a sus clientes; y el derecho que le corresponde a percibir un sueldo u otra retribución por los negocios en que interviene sustituyendo al principal, excluye el derecho a la retribución propia del mediador (1).

198. El mediador despliega su actividad buscando y aproximando las personas dispuestas a concertar un negocio, informando exactamente a cada una de la intención de la otra, suavizando dificultades, proporcionando datos y consejos (2). Despejadas las diferencias, las partes se obligan comunicándose la noticia de su acuerdo verbalmente o por escrito, directamente o con auxilio del mediador; así la voluntad de éste es ajena a la conclusión del trato. La última y definitiva palabra corresponde a los contratantes que no podrían sin peligro dejarla a merced del mediador, más interesado en terminar el negocio que en tutelar los intereses de aquellos (3). Sin embargo, su misión no es la de un simple mensajero, cual ocurriría con un chico de recados, porque no se limita a informar respecto de la voluntad ajena; no es la de un Notario porque no se reduce a celebrar el acuerdo sino que se afana por lograrle; ni es tampoco la misión de una

(1) Conf. Torino, 27 de Enero de 1921; *Mon.*, 267. Conf. Ord. Austr., 4 de Abril de 1875; arts. 67, 69, núm. 2; Cód. civil alemán, §§ 93, 97; véase núm. 218.

(2) El corredor de mercancías, que está siempre entre los negocios y frecuenta la Bolsa conoce mejor que el comerciante los depósitos que hay en la plaza, los cargamentos en camino, los precios existentes en otras plazas, y puede prever con mejores elementos de juicio las probabilidades de alzas y bajas; los más competentes poseen también conocimientos técnicos sobre la cualidad y sobre el origen de las mercancías, sobre las alternativas de sus precios, etc. El corredor de títulos (agente de cambio) aproximando directores y administradores de Sociedades, estudiando las vicisitudes financieras en los balances y en las situaciones mensuales, puede dar a los clientes consejos útiles sobre el empleo de capitales o sobre la venta de títulos.

(3) Conforme BOLAFFIO, *Comentario*, núm. 180 y sig.; SRAFFA, *Comentario*, pág. 22; Apelación Venecia, 17 de Febrero de 1899; *Temi ven.*, 132; *Id.*, 1.º de Mayo de 1902; *Temi ven.*, 438.

agencia de negocios, la cual suele limitarse a ofrecer informaciones y servicios de un tipo determinado, sin interponerse activamente entre los contratantes.

199. Los mediadores se dividen en dos categorías: mediadores *libres* y *públicos*. Ambos tienen una esfera de acción común, la de la mediación, quedando reservado para los segundos un campo de actividad propio como es la tratación de los negocios dentro de la Bolsa y el ejercicio de algunos oficios públicos de carácter comercial. Precisamente por verificar unos y otros en libre competencia operaciones de mediación fuera de la Bolsa en cualquier ramo del comercio, la disciplina general es común a ambas categorías, especialmente la obligación de llevar libros y el derecho a remuneración.

Cuando se trata de negocios verificados *ocasionalmente* por quien no es mediador profesional, se aplican las reglas de arrendamiento de servicios (núm. 227).

200. *Reseña histórica* (1).—El trabajo del mediador, despreciado en el mundo romano, surgió en la Edad Media sobre todo para facilitar las relaciones de los extranjeros con los ciudadanos (2); y tuvo tal importancia que en muchas ciudades se prohibió todo contrato sin intervención del mediador; se atribuyó una confianza especial a su testimonio y a sus libros (3), y se consideró como oficial público para la estimación de las mercancías y el establecimiento de las cotizaciones. Pero como los comerciantes temían que los mediadores participando en sus negocios se aprovecharan para realizar los propios, que fijaren los precios de las mercancías según su conveniencia en contra de la verdad,

(1) Para las fuentes más antiguas de la palabra corredor, véase GOLDSCHMIDT, *Zeitschrift*, XXVIII, 115 y sig.; respecto de la legislación medioeval: LATTES, págs. 105-121; REZZARA, *De los mediadores*, etc., págs. 28-69; GOLDSCHMIDT, *Universalg.*, pág. 250 y sig.; EHRENBURG, *Los mediadores, los hoteleros y los corredores de Brujas del siglo XIII al XVI*, *Zeitschrift*, XXX, pág. 403 y sig. Para la historia de la mediación en Inglaterra, véase las actas de la Comisión investigadora sobre la Bolsa de Londres presentadas al Parlamento en 1878; traducidas y anotadas por GUILLARD, *Journal de droit intern. privé*, IV, 307, 400; V, 146, 250, 478; VII, 439. La primera tratación dogmática de este instituto es de STRACCHA, *De proxenetis*, aparecida por última vez en 1558.

(2) GOLDSCHMIDT, *Universalg.*, pág. 294, nota 71; LATTES, págs. 93⁹⁰, 106: «En los Estatutos, hosteleros y corredores son frecuentemente nombrados juntos»; EHRENBURG, *Zeitschrift*, XXX, pág. 413.

(3) LATTES, § 11⁹²; PERTILE, 2.^a ed., IV, pág. 696⁷³; GOLDSCHMIDT, *Universalg.*, pág. 251 y sig. En algunos países se dió mayor fe al corredor cuando se discutía sobre las condiciones del contrato que cuando se discutía su existencia en la que estaba interesado para cobrar su retribución: BEHREND, § 56¹³.

que no fuesen imparciales al dar la prueba de los contratos llevados a cabo con su intervención, complicaron el ejercicio de la mediación con tal cúmulo de detalladas prohibiciones que hicieron arduo por demás el beneficio de ese monopolio. Así, fué prohibido ejercer la mediación al que no era ciudadano, al que no gozaba de buen nombre, al que no había alcanzado determinada edad (veinticinco o treinta años), empezado un examen y dado una fianza, al que no era confirmado en su cargo todos los años. El número de corredores estaba limitado; se les prohibía ejercer el comercio por cuenta propia o ajena, tomar parte en él, unirse en sociedad; debían mantener secretos los nombres de los contratantes y revelarles solamente después del contrato; debían registrar sin tardanza las operaciones; denunciarlas al Fisco para que no rehuyesen los impuestos (1). Y más tarde, cuando el Estado se vió obligado, especialmente en Francia, a lanzar al mercado grandes cantidades de títulos de la deuda pública para proveer a las necesidades del Erario, las razones de desconfianza indicadas se aumentaron con otras nuevas; se temió que con el aumento de mediadores aumentasen también los juegos de Bolsa y las oscilaciones artificiosas de los valores. De aquí que se restringiese el número de aquellos, que se exigiesen más fuertes fianzas y la obtención de una patente, origen de saneado ingreso para el Fisco (2); así la rígida disciplina impuesta a los mediadores que se habría amortiguado al languidecer y al extinguirse las corporaciones, halló en el interés financiero del Estado nuevas razones para mantenerse.

Estas leyes, inspiradas en el recelo, dieron la pauta a muchas disposiciones vigentes (3). Pero como la experiencia demostró

(1) LATTES, pág. 106 y sig.; GOLDSCHMIDT, *Universalg.*, pág. 252, nota 61 y sig., así como las fuentes numerosas allí citadas.

(2) El monopolio empezó en Francia con una Ordenanza de 1305 debida a Felipe el Hermoso que instituyó 14 puestos de agente para el cambio de monedas. Véase sobre la complicada historia de este monopolio, BOZERIAN, *La bourse, ses operateurs, ses operations*, pág. 30 y sig.; FABRE, I, núm. 1 y sig.; MANCINI, *Memoria*, pág. 87; GRECO, loc. cit., pág. 19 y sig.

(3) Código de comercio francés, arts. 71-80, profundamente modificado en sentido liberal por las leyes de 2 de Julio 1862 y 28 de Marzo de 1865 sobre las operaciones a plazo, y por la ley de 18 de Julio de 1866 que reconoció la libertad de la profesión de mediador de mercancías (no sólo en los negocios de seguros, de arrendamiento o de valores); Código holandés, arts. 62-73; Código portugués, arts. 64-81; ley austriaca, 4 de Abril de 1875; Código español, arts. 64-115. El ejercicio de la mediación es completamente libre en Inglaterra: ley de 9 de Agosto de 1870 (artículos 33-34, Vict. c. 60). También en Alemania es libre dicha profesión, salvo algunas restricciones respecto de aquellos mediadores que prefieren a una absoluta libertad el derecho de cooperar con la Dirección de Bolsa en la fijación oficial de los precios de las mercancías y de los títulos (*Kursmakler*): ley de 22 de Junio

los males del monopolio, van cediendo el puesto a ordenamientos más liberales que reconocen al lado de los mediadores públicos cuyos privilegios se restringen sin cesar, mediadores libres.

Cada país tuvo en esta materia un desarrollo legislativo que se relaciona con sus condiciones políticas y financieras, y poca ayuda puede esto prestarnos para la interpretación del sistema vigente en Italia. Nuestra historia legislativa presenta en las sucesivas disposiciones dictadas una continuidad y una originalidad que falta a otros muchos institutos. Fué criterio dominante en todos los trabajos preparatorios del régimen actual que el mejor remedio contra los abusos debía buscarse en la libertad, la cual tiene su freno natural en la competencia. Este propósito de reforma radical quedó un tanto suavizado en sus aplicaciones, a fin de aumentar las garantías y la responsabilidad de los mediadores en algunos oficios públicos, y en la fijación de precios que sirven para formar los listines de la Bolsa.

201. Los mediadores, actuando en los mercados, en las ferias, en los establecimientos particulares, ejercen una profesión libre y de naturaleza privada. La ley sobre Bolsa la proclama una profesión libre; pero señala restricciones bastante radicales, no sólo por las actividades que reserva a los mediadores públicos, sino también porque prohíbe a los mediadores libres ejercer su cometido en las Bolsas y les condena a penas pecuniarias cuando contravienen esa disposición (art. 9, núm. 1.º y 53).

Los mediadores privados tienen derecho a ejercer, como todo otro comerciante, cualquier ramo del comercio; la mediación puede constituir simplemente una rama más de su actividad mercantil. Tienen también derecho a frecuentar las Bolsas para el ejercicio de sus propios negocios o para la conclusión de los ajenos como empleados o representantes (ley sobre las Bolsas, artículo 9, núm. 1.º).

202. El mediador que ejerce efectivamente esta profesión se hace comerciante y si en dicho ejercicio falta a los compromisos contraídos, como puede ocurrirle cuando contrata en nombre propio (art. 31), queda sometido no sólo a la declaración de quiebra sino además a una inevitable condena por bancarrota (1).

de 1896, §§ 30-34; en Bélgica, ley de 30 de Diciembre de 1867; Código húngaro. §§ 534-538.

(1) Código de comercio, art. 3, núm. 22; art. 8; art. 858; BOLAFFIO, *Com.*, núms. 182, 185 y todos los autores y las legislaciones. Véase en sentido contrario una errónea sentencia de la Corte de Apelación de Roma, 4 de Julio de 1892; *Jurisp. ital.*, 1892, 204, allí justamente censurada por GRECO.

203. En razón de su cualidad de comerciante, debe ser capaz de ejercer el comercio. El menor no autorizado debidamente no está capacitado para ser mediador ni para verificar actos de mediación; quien recurre a él no puede hacer que se le declare en quiebra ni considerarle responsable de los daños sufridos por la violación de las obligaciones contractuales (núm. 133).

La mediación se puede ejercer por medio de un representante. Con este expediente, el menor, imposibilitado por su edad para ejercer personalmente el comercio, puede conservar la clientela que heredó de su padre (art. 12); también el tutor, ante la imposibilidad de atender en persona al comercio, está autorizado para servirse de empleados.

A fin de conservar la hacienda, podrá permitírsele al menor que la continúe, aun en las operaciones de pública mediación, con autorización previa de la Diputación de la Bolsa (1).

204. Existen mediadores para toda clase de negocios comerciales (ventas, seguros, arrendamientos, espectáculos públicos) y para toda clase de cosas (títulos de crédito, monedas, letras de cambio, mercaderías, servicios). Los mediadores se hallan facultados para ejercer contemporáneamente con la mediación cualquier otro comercio, sea por cuenta propia o por cuenta ajena, aisladamente o en sociedad. Esta libertad está limitada sólo respecto de los mediadores públicos (2).

205. La obligación común a todos los comerciantes de llevar libros de comercio, se modifica respecto de los mediadores, sean públicos o privados, de acuerdo con las exigencias de su función de intermediarios (art. 33). Deben tener:

a) Una libreta de apuntes en la que anotarán, incluso a lápiz, sumariamente pero separados unos de otros, todos los negocios llevados a cabo con su intervención, en Bolsa o fuera de ella, al contado o a plazo, aunque los contratantes se hubieran vuelto atrás.

b) Un libro diario, cuyo uso pueden encargar a sus empleados (art. 48), donde deben reproducir día por día y detalladamente todas las operaciones de los negocios en que tomaron parte (3).

(1) Ley sobre las Bolsas, art. 26, Reg. esec., art. 56.

(2) La ley de 20 de Marzo de 1913 ha introducido una restricción a esta libertad de comercio al prohibir a los mediadores inscritos (art. 24) ejercer el comercio relativo al género de mediación a que se dedican; pretende dicha disposición que el mediador no influya en beneficio propio y con perjuicio de sus clientes, en la formación de los listines de Bolsa.

(3) Conf. Casación Roma, 31 de Agosto de 1908; *Temí*, 1908, 1.028.

Además tienen que llevar el copiator de cartas y el fascículo de la correspondencia; no así el inventario, porque todo su patrimonio puede consistir en sus aptitudes personales. Para llevar y conservar estos libros se aplican las reglas comunes a todos los comerciantes. Pero las sanciones que amenazan a estos últimos caen ahora casi enteramente en el vacío, pues el mediador, ni sufre el daño de perder un fácil medio probatorio, ni puede ver interpretada contra él la negativa a presentar en juicio sus libros en los contratos que ha concertado en beneficio ajeno (artículo 51), ni está amenazado de condena por bancarrota porque, lleve o no lleve los libros prescritos, debe sufrirla igualmente (art. 858).

206. Verificado el contrato y registrado en la libreta, el mediador entregará en seguida a los contratantes una copia de las anotaciones consignadas en aquella (art. 33). Después entregará también a los contratantes que lo soliciten una copia completa del contrato tal cual fué registrado en el libro diario, procurando que cada uno de ellos suscriba la copia destinada al otro. Estas copias firmadas que las partes se cambian por conducto del mediador, miran principalmente a facilitar la prueba de la ejecución de los contratos a plazo (ley sobre las Bolsas, art. 44). Si las partes rehusasen firmar, no se les puede obligar a hacerlo, pero el contrato será válido igualmente, a menos que hubieran hecho de la firma una condición para su acuerdo o que sea necesaria una escritura para la existencia del contrato, como sucede en la adquisición de inmuebles. Fuera de estos casos, el contrato deberá considerarse verificado, conforme al Derecho común, desde el momento del acuerdo, y no cuando se realiza el intercambio de documentos.

207. Las anotaciones que el mediador debe hacer en sus libros en interés de ambos contratantes pueden utilizarse para resolver las controversias que surjan entre ellos. Dichas anotaciones son el resultado de su colaboración en un mismo negocio, y en consecuencia tienen derecho a servirse de ellas como de una cosa común (núm. 176). La autoridad judicial podrá ordenar la exhibición de los libros del mediador, no sólo a fin de confrontar sus anotaciones con las copias consignadas a las partes (art. 34), sino también, y con mayor razón, cuando estas faltasen. Si cuando las copias faltan fuera dispensado el mediador de la exhibición, se llegaría a la conclusión antijurídica de que éste, violando la ley al no entregar a las partes copias de sus registros,

hallaba el modo de eludir la obligación de exhibir los libros (1).

Aun cuando el mediador haya registrado en el mismo libro diario operaciones ajenas a la mediación, deberá igualmente exhibirle, porque ese simultaneamiento no puede mermar o quitar a las partes los derechos que por ley tienen. Pero si hubiese llevado otros libros para registrar en ellos negocios concernientes a una rama distinta de su actividad comercial, los contratantes no pueden solicitar su exhibición; respecto del uso de estos libros se le debe juzgar como a cualquier otro comerciante (número 178).

La exhibición puede solicitarse mediante adecuada instancia judicial, cuando no penda todavía una controversia (2); en efecto, las anotaciones, casi me atrevería a decir que son escritas en el libro del mediador en bien de los contratantes (núm. 177) y es lógico que se les faculte para aprovecharse de ellas siempre que su interés, reconocido por el Juez, lo exija. De este modo se repara el rigor de la ley que prohíbe a los contratantes exigir personalmente la exhibición de dichos libros y pedir más de una copia del contrato (art. 33).

208. El derecho que a la autoridad judicial compete de hacerse presentar los libros del mediador se complementa con el derecho de pedir a éste aclaraciones, cosa que será conveniente muchas veces ante las notas indescifrables de la libreta de operaciones, escritas de prisa y corriendo entre el ajetreo de los negocios de la Bolsa. El Juez podrá llamar al mediador ante sí en la misma forma que para la exhibición, o, si presenta sus libros en persona, verificar directamente los esclarecimientos oportunos, sin notificación previa a los litigantes, sin juramento, *sine strepitu et figura judicii*. Es esta una de las pocas facilidades que aún nos quedan del procedimiento comercial, hoy encerrado dentro de las formas cautas y solemnes del procedimiento ordinario (3).

209. Los libros de los mediadores, al igual que todos los libros de los comerciantes, deben incluirse en la categoría multi-

(1) Conf. BOLAFFIO, *Com.*, núm. 216; OTTOLENGHI, *Com.*, 1, pág. 496. Contra Apelación Génova, 15 de Diciembre de 1896; *Temi genov.*, 1897, 26.

(2) Este concepto se justifica confrontando los artículos 28 y 34, Código de comercio.

(3) El mediador puede actuar de testigo en el instrumento notarial que da forma solemne al contrato verificado con su mediación, puesto que no puede considerarse interesado en él (ley de 25 de Mayo de 1879 sobre el ordenamiento del notariado, art. 42); Casación Nápoles, 25 de Diciembre de 1892; *Foro*, 1893, 136.

forme de los documentos privados (1), mereciendo más o menos fe según el criterio del Juez (art. 52). El mismo carácter poseen las copias de la libreta del mediador, firmadas sólo por éste y entregadas a los contratantes, porque una copia no puede tener distinto carácter que el original.

Las firmas puestas por los contratantes en dichas copias y reconocidas por el mediador con la propia firma no deben de ningún modo considerarse como auténticas. Falta a los mediadores en el ejercicio de la mediación el carácter de oficiales públicos y su trabajo carece de las cautelas establecidas para estos: presencia de testigos, presencia de las partes que proporcionan fe pública a las autenticaciones del Notario (2); es más, no están obligados a firmar después de las partes, lo cual sería necesario para autenticar el documento, sino que pueden firmar antes sin violar por ello la ley (art. 33). Si la firma del mediador valiese como una autenticación sería el suyo un oficio público regulado por los procedimientos especiales reservados a los mediadores públicos, pues el Código declara (art. 35) que los oficios públicos están reservados con leyes y reglamentos especiales a los mediadores inscritos. Regulando con la misma disciplina las copias de las libretas entregadas por los mediadores, bien sean firmadas por mediadores libres o bien por mediadores inscritos, el Código demostró no querer dar más fe a estos que a aquellos respecto de los documentos en cuestión.

(1) Código civil, libro III, título 4, cap. 5, sec. 1, § 2 *intestac.* Sobre la confianza que merezcan los registros y de las declaraciones orales y escritas de los corredores, no se ha formado una regla uniforme en la legislación estatutaria pero se recorrieron todas las gradaciones de la credulidad, desde considerarles como simples testimonios hasta considerarles como oficiales públicos: SATTES, § 11, nota 32; GOLDSCHMIDT, *Universalg.*, pág. 252⁶²; BEHREND, § 56, notas 12 y 14. Véanse también recomendables noticias en los *Consilii di Bosco*, núms. 16, 363, 368, 452, en Bensa, *Vol. en honor de Serafini*, pág. 338.

(2) Art. 1.323, Código civil. Por eso quien atestigua falsamente al mediador la identidad de la propia persona en una copia de la libreta de aquél no puede decirse que es reo de falsedad en un acto público: Código penal, art. 278. Conforme BOLAFFIO, núms. 213 y 215. Conf. también el Código alemán de 1861, artículos, 73, 77 y las discusiones sobre los mismos referidas por VENTURI. Sobre las diversas doctrinas que se debaten en Francia bajo el imperio de una legislación que todavía reconoce en parte la mediación privilegiada, véase BOISTEL, núm. 441; LYON-CAEN ET RENAULT, I, núm. 609; DESJARDINS, *Cours de droit marit.*, VI, núm. 1.306.

§ 22.—LOS MEDIADORES PRIVILEGIADOS

Sumario.—210. Nociones. Requisitos.—211. Oficios públicos.—212. Agentes de cambio jurados.—213. Privilegios concedidos a los mediadores públicos.—214. Obligaciones.—215. El sindicato.

210. La ley ha creado una clase de mediadores públicos a los cuales reserva varias operaciones referentes a la circulación de las mercancías y de los títulos de crédito y a los que concede una protección especial, como el excluir de la Bolsa a los mediadores libres.

Los mediadores públicos se dividen en dos clases: mediadores autorizados para la negociación de valores públicos, llamados agentes de cambio, y mediadores de mercancías. Están inscritos en dos listas diferentes, firmadas y conservadas por las Cámaras de comercio. Las condiciones para dicha inscripción son distintas: más graves para los agentes de cambio. A todos se les prohíbe ejercer por cuenta propia el género de comercio en el que intervienen como mediadores (art. 24, ley sobre Bolsas); por tanto cuantas operaciones realicen de esta clase se reputan verificadas por cuenta de sus clientes. El ejercicio de su actividad, aun tratándose de aquellas operaciones que llevan a cabo en concurrencia con los mediadores libres, está sujeto a la prestación de una fianza, mantenida siempre al nivel establecido por la ley, en garantía de todos los negocios en que intervienen como mediadores públicos o privados (1). Su número no está limitado, puesto que tienen derecho a inscribirse todos los que lo pidan y cumplan con los requisitos legales.

211. El legislador pone una confianza especial en esta clase escogida de mediadores, y en consecuencia prescribe que han de intervenir exclusivamente en las operaciones que la ley encomienda a los mediadores, como si los otros, los mediadores libres, no existieran.

Les están reservadas expresamente las siguientes operaciones:

(1) Ley sobre las Bolsas, art. 22, núm. 5; 23, núm. 4.º; 25, 28, Reg. ejec., 52 letra a), 54, 55, 58. La nueva ley ha modificado esencialmente el sistema del Reg. ejec. del Código de com. art. 32, extendiendo los beneficios de la fianza a todos los daños que los mediadores puedan ocasionar como consecuencia de su trabajo de mediación. Contra BOLAFFIO, pág. 7, nota 1.º

1. Las ventas en subasta de valores o mercancías, sean debidas a la ley, a la autoridad judicial o a los particulares (1). Se ha querido así garantizar la lealtad de las subastas en interés del propietario despojado y de los postores, previniendo con la intervención del mediador público fraudes que, caso de ocurrir, son reprimidos severamente por el Código penal (art. 299).

Respecto de las ventas ordinarias la ley no otorga ningún monopolio a los mediadores inscritos; la autoridad judicial o los particulares pueden valerse de los mediadores libres y de cualquiera que merezca su confianza (2).

2.º La ejecución forzosa de las operaciones de Bolsa. Cuando alguno de los contratantes no ha cumplido el contrato, el otro puede obligarle a hacerlo, encargando a un mediador privilegiado vender o comprar por cuenta de la parte que no cumplió; el expediente de la liquidación, firmado por el mediador, servirá al acreedor para exigir, como título ejecutivo, el pago de la diferencia entre el precio convenido y el de la compra o la venta forzosa (3).

3.º La fijación del curso del cambio en la cuenta de resaca. La certificación del mediador sirve para justificar el recambio del que el acreedor cambiario pide el reembolso (art. 311).

4.º La prueba de los contratos de seguro marítimo cuando el asegurador pretende hacer valer para las primas un privilegio sobre la nave (art. 677, núm. 8.º).

212. Entre los agentes de cambio se eligen, mediante Real decreto, los agentes de cambio jurados encargados de las operaciones de la deuda pública. En el caso en que el mediador libre haya autorizado falsamente la identidad y la capacidad jurí-

(1) Código de comercio, arts. 68, 69, 71, 203, 363, 413, 458, 477, 680 y 798; ley sobre Bolsas, art. 27 letra a), núms. 1.º y 2.º

(2) Cód. de com., arts. 71, 203, 413, 509, 750 y 798. Hay disposiciones de ley (véase por ejemplo el art. 68 cuyos efectos se extienden a los arts. 69, 363 y 458) manifestadas tan confusamente que aun las ventas ordinarias parecen reservadas a un oficial público. ¿Pero quién sería este oficial público autorizado para esa especie de operaciones? No ciertamente el mediador inscrito, porque la ley sobre Bolsas, art. 27, que regula exclusivamente sus funciones sólo le atribuye el monopolio de las ventas en subasta. Por lo que, con razón, la jurisprudencia se ha desentendido de la fórmula ambigua de la ley considerando, por respeto al sistema general del Código y a la libertad, que la venta ordinaria es citada en el art. 68 como un inciso y está por tanto exonerada de la intervención del mediador público: *Apelación Venecia*, 13 de Diciembre de 1888; *Temí ven.*, 1889, 49; *Casación Florencia*, 10 de Junio de 1889; *Temí ven.*, 341; *Apelación Venecia*, 4 de Noviembre de 1890; *Temí ven.*, 580; *Casación Torino*, 18, 11, 1918; 9, 1, 1918; 5 de Abril de 1918; *Rev.*, 1918, 11, 275.

(3) Ley sobre Bolsas de 20 de Marzo de 1913, art. 27, letra b); arts. 44 y 45.

dica del titular, se hará responsable frente al perjudicado (in).

Si las operaciones reservadas a los mediadores públicos son realizadas por un mediador libre, el acto no es nulo; la sanción de nulidad que aparecía en el anterior Código no ha sido conservada (2). Pero el mediador libre que usurpó funciones que no le correspondían será responsable del daño, junto con la parte que requirió su concurso. Caso de haberse recurrido a un mediador libre para fijar el curso del cambio, el deudor cambiario podrá rehusar el pago de la resaca; así el monopolio del mediador público encuentra su lógica protección.

213. En el ejercicio de la mediación que ejercen en concurrencia con los mediadores libres, los mediadores públicos disfrutan, además del beneficio examinado, el de intervenir exclusivamente en la conclusión de los negocios que se verifiquen en Bolsa con intervención de mediador (3). Esta medida, que hiere mortalmente el libre derecho de mediación, quiere garantizar la regularidad de las importantísimas operaciones, propias de las Bolsas y tutelar asimismo el crédito financiero del Estado; se pretende animar a los mediadores a inscribirse en la lista y a permanecer allí a fin de que no falte quien lleve a cabo los actos públicos necesarios para la pronta administración de la justicia y para la formación de los listines de la Bolsa. Pero también ahora, como siempre, la práctica ha condenado el monopolio. No estando prohibido a los mediadores libres entrar en las Bolsas y tratar en ellas por cuenta propia sobre títulos o mercancías, siguen frecuentando dichos centros para realizar operaciones, haciendo una competencia victoriosa a los mediadores oficiales cuyo número va reduciéndose cada vez más; y ciertamente, no se procederá en nuestros tiempos de libertad a una expulsión que nunca se pudo conseguir, ni aun por hombres formados entre monopolios y abusos, acostumbrados a padecerlos o a emplearlos. Así sucedió que el número de mediadores oficiales se redujo a tal punto que no fué posible en muchas plazas constituir el Sindicato de Bolsa ni formar los listines de los precios, como fallaron también las esperanzas que el Fisco ponía en la intervención de los mediadores públicos para hacer pagar el impuesto a los que operaban en la Bolsa (4).

(1) Texto único de la ley sobre la deuda pública, 17 de Junio de 1910, art. 22 y sig.; A. BRESCIA, 3 de Abril de 1888; *Monit.*, art. 395.

(2) Apelación Venecia, 13 de Diciembre de 1888; *Tem ven.*, 1889, 79.

(3) Ley sobre Bolsas, arts. 9, núm. 1.º, art. 53.

(4) Los deplorables frutos dados por el ordenamiento actual de las Bolsas se hallan descritos en la *Relac.*, DANIELI, Roma, 1890, págs. 6, 10 y 40, y en la de

214. Además de las obligaciones comunes a los mediadores libres y a los privilegiados, estos tienen las siguientes:

a) Deben prestar su trabajo a quien le solicite en todas las operaciones que les están reservadas; si pudiesen rehusar, los interesados se verían imposibilitados de verificar aquellos actos que les son necesarios para la conservación de sus derechos; un monopolio creado en interés del público se volvería contra el público mismo (1).

b) Deben reintegrar la fianza, dentro de los quince días, siempre que falte o disminuya (L., art. 35).

c) Deben declarar al Sindicato de Bolsa todos los contratos realizados con su mediación, con objeto de que este organismo pueda formar el listín oficial de la Bolsa e inspeccionar la observación de las leyes fiscales sobre los contratos a plazo (2).

d) Deben presentar sus libros a la Cámara de comercio, a la Diputación de Bolsa y a los oficiales encargados de inspecciones especiales por el Ministerio del Comercio y del Tesoro (L., art. 30) cuando quieran comprobar la exactitud de sus declaraciones. Los miembros del sindicato que son también mediadores, carecen, por razones fáciles de comprender, de este derecho de inspección. Los que no tengan regularmente y no exhiban los libros prescritos, son castigados con pena pecuniaria y con la suspensión (L., arts. 55 y 56); esta obligación es pues garantizada, respecto de los mediadores privilegiados, con una sanción continua, a diferencia de lo que ocurre tratándose de los demás comerciantes.

e) Deben observar los Reglamentos de la Bolsa (L., art. 9, núm. 3.º).

215. El Sindicato.—Los mediadores públicos, reunidos anualmente en una Asamblea general, nombran un sindicato compuesto de un mínimo de tres y de un máximo de diez y ocho mediadores. El Sindicato de Bolsa ejerce una función de vigilancia sobre la Bolsa y sobre los mediadores que le eligieron; redacta los listines de Bolsa; procede a la ejecución forzosa a cargo de los operadores

MONSILLI sobre los servicios de la industria, del comercio y del crédito, Roma, 1887, págs. 171 y sig. Véase, núm. 242, nota 19.

(1) Esta regla aparecía en el art. 45 del anterior Código de comercio: «Los mediadores no pueden rehusar su ministerio cuando son requeridos». Fué suprimida como superflua *Memoria*, MANCINI, XXV, pág. 92, y no fué reproducida en la ley sobre las Bolsas; art. 27.

(2) Ley sobre Bolsas, art. 29. Aunque el art. 29 de la ley imponga a los mediadores la obligación de declarar todos los contratos, el Regl., art. 47, dispensa de declarar los contratos inferiores a ciertos límites legalmente fijados.

morosos; promueve a petición de uno o más acreedores el arreglo amigable entre todos los interesados en la deuda del operador insolvente (1). Le incumben también otras funciones de menor importancia: juzga como amigable componedor sobre las cuestiones surgidas en los negocios de la Bolsa que le son sometidas por las partes (art. 32, núm. 3.º); determina el valor medio de los títulos de crédito para la tasa de negociación (L., 23 de Abril de 1911, núm. 509, art. 20).

El Sindicato, al formar los listines de precios, al proceder a la ejecución forzosa y a los acuerdos amigables, cumple a un mismo tiempo una función de policía administrativa y una función reguladora de los intereses privados. Realiza estas funciones como una Corporación provista de personalidad jurídica sujeta a una responsabilidad colectiva, y lo hace respecto de aquellos que, por su falta de probidad o de diligencia, son perjudicados en su patrimonio, salvo siempre el derecho que les corresponde de dirigirse contra el mediador que habiendo sido encargado de la operación, ha traicionado la fe pública indispensable en todas las operaciones que le están reservadas (2).

Aun cuando se les prohíbe a los miembros del Sindicato el ejercicio del ramo del comercio en que verifican la mediación (L., art. 9, núms. 5 y 24), pudiera suceder que en la formación de los listines, en la ejecución forzosa o en los arreglos amigables, pequen por falta de honradez o por negligencia; y que, por haber formado un listín contrario a la media de los precios o por una ejecución o por una solución amigable, sean directamente perjudicados los que operan en la Bolsa y sus acreedores. Las armas de que dispone el Sindicato pueden ser fatales a un comerciante; considérese en efecto que el certificado de la ejecución forzosa entregado por aquél tiene, al igual que la letra de cambio, fuerza ejecutiva para el crédito resultante de la operación a cargo del contratante moroso (L., arts. 44 y 45); que éste, si no paga según el certificado, puede ser declarado en quiebra (art. 46) y excluido de las Bolsas (art. 9, núms. 2 y 46). Piénsese que en el procedimiento para el arreglo, el Sindicato que le emprende tiene la misión de fijar la situación de créditos y deudas del insolvente, de liquidar las diferencias debidas a sus acreedores, de comprar y vender títulos y valores, de hacer participar en el acuerdo ami-

(1) Ley de 20 de Marzo de 1913, arts. 2, 14, 31-33 y 29 (vigilancia); 18-19, 29, 55, núm. 1.º (listines); arts. 44-46 (ejecución forzosa); art. 5 L., 15-18 Regl., Bolsa de Génova de 1915, arts. 21-30; Regla. Florencia de 1915, arts. 39-45; Torino de 1915, arts. 43-49; Roma (1914) arts. 24-31 (amigables componedores).

(2) Ley, arts. 21 y 27; Casación Roma, 9 de Enero de 1915 con una nota interesante del est. cons. FAGELLA, Rev., 1915, 11, 199.

gable a los acreedores de la plaza y a los que residen fuera; que debe repartir entre ellos el activo neto en proporción a los créditos constatados para cada uno; considérese todo esto, y se comprenderá cuántas responsabilidades por omisiones, favores y negligencias, amenazan al Sindicato como consecuencia de la actuación de sus encargados y de sus colaboradores contables y legales. Son pues evidentes los daños patrimoniales que la labor del Sindicato puede ocasionar y sus correlativas responsabilidades.

La autoridad del Sindicato se refiere sólo a los mediadores públicos, no a los demás que son excluidos de las Bolsas (L., art. 9, núm. 1.º).

§ 23.—EL CONTRATO DE MEDIACION

Sumario.—216. Definición y ejecución del contrato de mediación.—217. Se combate la doctrina del contrato colectivo.—218. Cómo se distingue el mandato de la mediación.—219. Disciplina del contrato de mediación. El cliente puede suprimir en cualquier momento el encargo al mediador.—220. *Continúa.* El mediador puede siempre declinar el encargo.—221. *Continúa.* La estructura jurídica del contrato y sus efectos.—222. El mediador debe actuar con imparcialidad y diligencia.—223. Obligaciones especiales del mediador: la de garantizar la autenticidad de la última firma.—224. El mediador, por lo general, no debe intervenir en la ejecución del contrato.—225. Sobre el mediador que no manifiesta el nombre de su cliente.—226. Figura jurídica del mediador que calla el nombre de su cliente y del contrato que se estipula en estas circunstancias.—227. La comisión es una compensación de carácter profesional.—228. La comisión, no tiene la misma disciplina para todos los contratos.—229. La comisión corresponde también al mediador libre.—230. El derecho a la comisión está subordinado a la conclusión del contrato.—231. Debe subsistir jurídicamente.—232. Contrato anulable y sujeto a condición.—233. La comisión no debe restituirse cuando el contrato es deshecho.—234. El derecho a la comisión completa no está subordinado a la cantidad de tiempo empleado ni a la circunstancia de que el mediador haya proseguido las negociaciones hasta el fin.—235. Medida y pago de la comisión.—236. Reembolso de los gastos.

216. El contrato de mediación es un contrato accesorio, bilateral, exento de formalidades; tan exento, que por lo general se verifica tácitamente y resulta de la conducta recíproca de las partes. Su finalidad consiste en promover la ejecución de un

negocio comercial que, respecto al contrato de mediación tiene el carácter de principal (1). El que da el encargo, sea que tome la iniciativa del negocio, sea que espere la iniciativa del mediador, se obliga a pagar la retribución si la operación se ultima; el que asume el encargo, es decir, el mediador, subordina su derecho a ser pagado a la conclusión del contrato principal (2). Para alcanzar el objetivo del contrato principal, no bastará generalmente un solo contrato de mediación, será necesario que el mediador se entienda con ambos contratantes y que, en razón de ello, estos le confieran un encargo correspondiente. Pero puede ocurrir que el contrato de mediación se forme por el mediador con uno solo de los futuros contratantes, como por ejemplo, cuando aquel a quien se dirige el mediador con la proposición de su cliente declara que trata «franco de mediación» y presente su propio mediador. Si los contratos de mediación que preparan la conclusión del contrato principal son dos diferentes, cada uno de ellos será regulado por la ley del lugar donde, aceptando el encargo, se efectuó; dará derecho a la retribución determinada por las costumbres locales; y podrá tener por juez el del lugar donde se llevó a cabo el contrato de mediación (3) y no el del lugar donde se verificará el contrato principal (de venta, de arrendamiento, etc.), para el que aquél servía.

217. Una doctrina singular considera la mediación como un contrato concluido al menos con tres contratantes, pues únicamente existiría cuando el mediador hubiese conseguido obtener la autorización de dos clientes que pretenden pactar entre ellos (4). Según mi parecer, esta doctrina confunde la condición

(1) Casación Torino, 12 de Febrero de 1916; *Monit.*, 201; Casación Torino, 12 de Mayo de 1917; *Monit.*, 471.

(2) Si se debiese incluir en una categoría de contratos reconocidos por el Derecho romano y por el Derecho común, el contrato de mediación debería figurar como una *locatio operis*, porque el objeto del contrato no es el trabajo del mediador sino el resultado de su trabajo. Sin embargo se diferencia notablemente de dicho contrato, pues el que da el encargo es siempre libre para aceptar el trabajo del mediador o de rechazarle, rehusando el negocio que él mismo había promovido. Cfr. CARNELUTTI, en *Revista de Derecho comercial*, 1911, I, 23 y sig. Aunque esta tratación pertenezca a la doctrina de los contratos, la examino aquí para no dividir la materia y por la índole profesional de este contrato, el cual, como se desprende de las consideraciones que a continuación expondremos no puede producir todos los efectos regulados por el Código si no es realizado por quien desempeña la profesión de mediador (número 199, 227).

(3) Casación Torino, 8 de Mayo de 1885; *Jurisprudencia tor.*, 1885, 331.

(4) Esta doctrina, ya presentada en Alemania por V. HAHN, *Comentario*, 4.ª ed., 1894, vol. I, pág. 326, fué trasplantada entre nosotros (y origen de notables consecuencias) por BOLAFFIO (seguido por una sentencia de la Corte de Apelación

a que está subordinada la eficacia del contrato que examinamos con su conclusión. Sin duda alguna se requiere el concurso de un segundo contratante para que la labor del mediador dé el fruto esperado; pero este segundo contratante no es de ningún modo indispensable a la conclusión del contrato de mediación, el cual aparece cuando el mediador recibe el encargo del negocio. Para demostrar que el contrato de mediación no depende del contrato principal, basta considerar que, según la doctrina que impugno, faltaría todo fundamento jurídico a las obligaciones que hubieran podido contraer recíprocamente el mediador y el primer contratante aun antes de haber aparecido el segundo; dicho primer contratante puede, en efecto, haberse comprometido a reembolsar al mediador los gastos de correspondencia, de viajes, etc.; a garantizarle un mínimo de retribución por su trabajo; el mediador por su parte puede haberse obligado a realizar determinadas gestiones para preparar el contrato (art. 30), a ocuparse inmediatamente de él; los dos pueden haberse obligado mutuamente a esperar el resultado de las gestiones durante cierto tiempo; ¿es que van a estar estos derechos pendientes hasta que se encuentre quien tome en consideración las proposiciones del mediador? Y si después de haber conseguido esto, el comerciante al que el mediador se dirige rechaza el pacto, como ocurre frecuentemente, ¿quedará en nada el contrato y comenzará a vagar de nuevo en busca de su perfección? ¿Semejante peripecia podría acontecer varias veces al contrato de mediación, que pasaría así por una serie de alternativas de vida o muerte antes de saber su suerte definitiva!

218. Aunque el mediador puede ser encargado de realizar él mismo el negocio, cosa que sucede cuando silencia el nombre de su cliente (art. 31), por lo general no tiene tal mandato, porque

«de Bolonia, 8 de Abril de 1904, *Temi*, 403), *Comentario*, 4.ª ed., núm. 161 donde se lee repetidamente: «Nosotros sabemos que no basta que una parte dé un encargo al mediador para que surja el vínculo de mediación; este aparece solamente cuando la autorización para intervenir en el negocio es dada al mediador por ambos futuros contratantes... Por tanto, si las partes no se conciertan sobre la persona del mediador no hay bilateralidad en el encargo; debe existir el acuerdo de las partes sobre la persona del intermediario imparcial, para que éste lleve a cabo su labor de aproximar las voluntades contractuales antagonistas». La Casación Florentina ha rechazado explícitamente la singular concepción que he combatido en el texto, 15 de Febrero de 1915; *Juris. Ital.*, 1915, 326, diciendo: «La mediación queda perfecta con el encargo dado y aceptado; no es un contrato colectivo para cuya perfección sea preciso (como se sostiene confundiendo su ejecución con su conclusión) el encargo de todos aquéllos cuya adhesión se pide para que aparezca el contrato principal».

el interesado se reserva la aceptación definitiva y dar el visto bueno, directamente o con el trámite del mediador. De aquí que cuando los contratantes concluyen el pacto conforme a las proposiciones planteadas por el mediador, no ratifican el acuerdo de éste como tiene que ratificarle el mandante respecto del mandatario que obró fuera de sus poderes (art. 1.752, Código civil), sino que le concluyen con las propias declaraciones de voluntad. Comúnmente al mediador no le incumbe ni siquiera el cometido de seguir y vigilar la ejecución del contrato (art. 30). El mandatario hace gastos por cuenta de su cliente, cobra y paga por su cuenta, consigna o retira mercancías, siendo esto tan corriente que la ley le ha concedido un privilegio de garantía para sus gastos y anticipos (art. 362). En cambio respecto del mediador; no hay privilegio alguno, precisamente porque, por lo común, realiza un mero servicio de intermediario que termina con la conclusión de la operación. La cuestión de si este intermedario ha obrado como mandatario o como mediador se resuelve teniendo en cuenta los conceptos jurídicos indicados.

219. Algunas veces es el propio mediador quien toma la iniciativa en su intervención, otras es el cliente el que le busca; pero esto carece de importancia porque en ambos casos la disciplina del contrato es la misma. En uno como en otro caso se debe presumir, conexionando la disciplina del contrato con su función auxiliar, que el cliente puede en cualquier momento suprimir el encargo de verificar la operación dado al mediador, aunque éste se haya atendido fielmente a las instrucciones recibidas; que puede también encomendar a otros contemporáneamente el mismo encargo o concluir directamente el negocio por otros caminos; que no está obligado a advertir la ejecución del mismo así llevada a efecto cuando no se usa hacerlo (1). Si, dada la comisión, tuviese el cliente que esperar el resultado atado de pies y manos o resarcir en otro caso al mediador del tiempo perdido, la mediación representaría una traba, no un instrumento para la conclusión de los negocios. Esto no excluye la legitimidad de pactos con los que el cliente se obliga a mantener el encargo por un cierto tiempo o a resarcir al mediador.

220. Se debe admitir asimismo que el mediador que interrumpe o abandona las gestiones no debe sufrir otra sanción que

(1) Casación Florencia, 9 de Febrero de 1903; 30 de Abril de 1906; *Revista de Derecho comercial*, 1903, 128; 1906, 210; Conf. Torino, 31 de Marzo de 1907; Jur., 1.041.

la pérdida de la retribución. En cambio, la libertad reconocida al cliente de no dar curso a los tratos preparados por el mediador para realizar el negocio, lleva consigo el correlativo derecho de éste de no insistir en unas gestiones que podrían ser para él tiempo perdido. El comercio no siente la necesidad de ninguna coacción pues cuenta con la actividad del mediador estimulada por la esperanza de una remuneración. Y no se objete que formando el contrato con dos obligaciones meramente potestativas no puede considerarse existente (art. 1.162, Código civil), porque se trata de *condiciones juris* inherentes de derecho al pacto y no añadidas por voluntad de los contratantes (1).

221. Por consiguiente el contrato de mediación estará sujeto a la disciplina contractual de la mediación aun en aquella fase en que el mediador se dedica a la conclusión del contrato principal. De donde se deduce que si el mediador alegando proposiciones o aceptaciones inexactas, da por existente un acuerdo que no existe; si sabiéndolo o sospechándolo, ha negociado mercancías robadas o extraviadas y sujetas por tanto a reivindicación; si intervino para facilitar contratos que después han de ser anulados por incapacidad de los contratantes que él podía conocer; si ayudó en un engaño a una persona incapaz o insolvente para obtener una fianza, en todos estos casos será responsable con la disciplina del contrato de mediación (2).

La misma responsabilidad, regulada sobre la práctica del comerciante diligente y leal (art. 1.224, Código civil), incumbe a quien dió el encargo al mediador. Deberá pues resarcirle de los daños que se le produjeran culpablemente, por ejemplo, dándole a vender mercancías robadas o extraviadas o confiándole la conclusión de operaciones perjudiciales a la masa de los acreedores

(1) La cuestión de si el mediador está obligado a intervenir para la ejecución del contrato, tiene mucha importancia teóricamente pero prácticamente ninguna. Fué resuelta negativamente por el Código Saj., § 1.325 y por el Prog. de Dresde que le ha seguido, art. 675; afirmativamente por el Código suizo, 412. El Código civil alemán no la resuelve, pero la doctrina alemana lo hace en el sentido del texto: REICHEL, *Die Maklerprovision*, Múnaco, 1913, pág. 8 y sig. Conforme con el texto entre nosotros, BOLAFFIO, 4.ª ed., núm. 161 bis; Casación Florencia, 30 de Abril de 1906; *Temi*, 1906, 361; Casación Torino, 31 de Mayo de 1907; *Jur.*, 1.041: Contra CARNELUTTI, *Rev. de Derecho comercial*, 1911, 1, 19.

(2) Conf. Casación Palermo, 19 de Febrero de 1876; *Foro*, 665; Ord. Austr., art. 69, núm. 6.º; Código de comercio, 9, 98. Esta responsabilidad, como se dice en el texto, existe únicamente cuando se pruebe la culpa del mediador, pues una obligación específica de comprobar la capacidad de los contratantes no existe sino en casos particulares, por ejemplo, en los contratos sobre títulos de la Deuda pública: ley de 17 de Julio de 1910 (texto único), arts. 22 y 23. Reglamento de 8 de Octubre de 1870, art. 207.

del comerciante cuando se hallaba ya en estado de quiebra. En estos casos, faltando la prueba de un daño mayor, el culpable deberá al mediador una suma igual a la cantidad que habría ganado si el negocio hubiese sido llevado a cabo válidamente.

222. Los intermediarios, dada su misión, están obligados a proceder con imparcialidad y lealtad. Aun cuando se han desechado las prohibiciones legislativas que buscaban garantizar la imparcialidad, como la de ejercer el comercio por cuenta propia o ajena (1) y la de exigir, la de pagar y la de prestar garantía por los propios clientes (núm. 200), sin embargo aquella cualidad constituye una obligación consustancial con su cargo, en cuyo ejercicio necesitan la confianza de todos, ya que todos pueden llegar a ser, andando el tiempo, clientes suyos (2). Si mediante falsas noticias o malévolos consejos engañan a uno de los contratantes el contrato verificado con su intervención no podrá anularse porque el dolo no proviene de la otra parte o de su representante (art. 1.115, Código civil), pero el mediador será responsable.

El que se sirve del mediador tiene derecho a contar con su imparcialidad. Este derecho cesa cuando cada una de las partes se vale de un representante propio o cuando alguna de ellas declara anticipadamente que no pagará la mediación (3); faltará entonces entre dicha parte y el mediador el contrato de mediación del que se deriva la obligación de imparcialidad. Si el agente recibió expresamente el encargo de una de las partes de llevar la operación por su exclusiva cuenta, perderá el derecho a la re-

(1) La prohibición se refiere sólo a los mediadores oficiales y al ramo del comercio en el que ejercen la mediación (ley sobre las Bolsas, 24).

(2) La obligación de la imparcialidad, por ejemplo, de denunciar a las partes los vicios que tengan las mercancías, aparece frecuentemente en los Estatutos a partir del siglo XIII: véase LATTES, § 11, nota 25, y es además repetido en muchas leyes: véase Ordenanza austriaca de 4 de Abril de 1875, art. 69; ley francesa, 18 de Julio de 1866, la cual haciendo libre la mediación obligó expresamente a los mediadores a ser imparciales, amenazando con una gravísima multa y con la cancelación de la lista al mediador que teniendo un interés personal en la operación no lo advierte a los contratantes. «Se quiso, dice el informe parlamentario citado por FABRE, II, núm. 475, reprimir con una pena severa a quien, presentándose como intermediario desinteresado ante los contratantes oculta a ambos o a uno de ellos el interés directo o indirecto en el negocio». Según el Código español, art. 95, núm. 2.º y el Código portugués, art. 62, núm. 2.º, los mediadores «deben presentar los negocios con exactitud, precisión y claridad, evitando los supuestos que puedan inducir a error a los contratantes».

(3) Véase núm. 216. En igual sentido, BEHREND, §§ 56, 58, 12-13; GAREIS UND FUCHSBERGER, *Kom.*, art. 70, núm. 10. No admiten en cambio excepciones a la obligación de imparcialidad, LERMANN, *Lehrbuch*, § 44, y BOLAFFIO, 4.ª ed., página 38, nota 2.

tribución si la gestiona también por cuenta del otro contratante y recibe de éste sus honorarios (1).

El mediador está igualmente obligado respecto de la autenticidad de los títulos al portador que consigna, pues aceptando esta función ejecutiva (art. 30), debe verificarla con diligencia. De aquí que tenga que entregar al comprador una nota de dichos títulos con la serie y con el número a fin de que, en caso de falsedad, éste pueda pedirle cuenta con un documento emitido por él.

223. Además de las obligaciones generales de que hemos hecho mención respecto de las cuales el agente debe prestar la diligencia de un buen mediador, éste tiene la obligación específica de responder de la autenticidad de la última firma de los documentos que pasan por sus manos (art. 29); si entrega una letra de cambio al banquero para descontarla o para renovarla, si consigna a una parte la copia de su libreta de mediador suscrita por la otra, responde de la autenticidad de la firma del endosante al que se concede el descuento o del contratante que firmó la expresada copia. Con estas medidas la ley ha querido ahorrar a los contratantes los retrasos y las dificultades, a veces insuperables, que podrían interponerse en la conclusión del contrato si la parte que recibe el documento firmado tuviese que cerciorarse de la autenticidad de la firma. El mediador es responsable por no haber cumplido la obligación que la ley le impone mientras no pruebe que una fuerza mayor le indujo a error (art. 1.226, Código civil); su posición se hace así difícil, pero gracias a esa responsabilidad la ley refuerza la confianza que inspira dándole autoridad frente al contratante al que presenta los títulos suscritos. Esta regla es aplicable no sólo a las relaciones contractuales sino también en los oficios que la ley y la autoridad judicial confían a los mediadores, por ejemplo, en las ventas en pública subasta y en las ordinarias. Se aplica también cuando los contratantes están presentes; la ley no excluye este caso, con razón, porque pueden desconocerse mutuamente; por otro lado no es presumible una renuncia a la protección de la ley (2).

La responsabilidad del mediador proviene de que debe conocer a las partes cuya operación gestiona. Esto determina los límites de su garantía, que puede referirse solamente a aquellos

(1) Código civil alemán, § 654; STAUB, *Com.* 91 § 99, notas 3 y 4; DURINGER ET HACHENBURG, 1, pág. 287 que estiman extensible la regla del Código civil a los mediadores comerciales; PLANK, *Komm.*, 11, pág. 398, nota 3 al § 564.

(2) Apelación Ancona, 18 de Febrero de 1893; *Foro*, 379; Casación Nápoles, 18 de Septiembre de 1876; CASAREGIS, 1877, 559; Casación Nápoles, 24 de Noviembre de 1874; *Monit. jur. Palermo*, véase 49.

que contratan con su intervención. Especialmente, no responde de la autenticidad de las firmas puestas en un título al portador en el momento de la emisión (1), y tampoco en el endoso en blanco por el que el título fué a parar a manos del que pidió el descuento por medio del agente; no se puede exigir a éste un imposible como sería asegurarse de la autenticidad de una firma puesta antes de que él interviniese en el negocio, en un lugar quizá lejano y por una persona que le es desconocida, que acaso no existe ya y que no sabe dónde se halla. La ley excluye esta responsabilidad puesto que impone dos condiciones: que el título pase por sus manos y *que la firma se refiera a las operaciones gestionadas por él*; y la firma en blanco de la letra presentada por su cliente a descuento no se refiere al negocio entre el cliente y el Banco intervenido por el mediador. Si el Banco exige la firma del cliente puede hacerle firmar como endosante.

Tampoco respecto de las obligaciones específicas que la ley señala a los mediadores públicos o autorizados para las operaciones de la Deuda pública pueden estos librarse con la prueba de haber obrado diligentemente; deben probar la fuerza mayor que les impidió el cumplimiento de la misión específica que asumieron mediante una especial retribución; esta severa disciplina se aplica a las obligaciones que constituyen el objeto del contrato (2).

224. Todos los actos que sirven para la ejecución del contrato caen fuera de la actividad normal del mediador; este, concertado el negocio termina su cometido y además, por regla general, no representa a ninguna de las partes (3). De aquí se deduce que quien pague al mediador el precio de la mercancía adquirida o la señal para la ejecución del contrato lo hace bajo su exclusivo

(1) *Memoria*, MANCINI, págs. 103, 104: «La ley obliga al mediador a la simple garantía de un hecho material, cual es la verdad de la última firma, respecto de la que le es posible la comprobación al mediador... Su responsabilidad queda limitada a la legitimidad de la última e inmediata firma». BOLAFFIO, núm. 188; VIDARI, 4.ª edición, núm. 609; LYON-CAEN ET RENAULT, *Precis*, 1, núm. 1.491.

(2) Art. 1.225, Código civil; Casación Palermo, 5 de Septiembre de 1877; *Foro*, 1.133; A. BRESCIA, 3 de Abril de 1888; *Mon.*, 1888, 375; BOLAFFIO, 4.ª ed., pág. 32, notas 3 y 4; BOLAFFIO, sin embargo no distingue la obligación genérica de verificar con diligencia el contrato de la específica que impone al mediador la ley.

(3) Código de comercio, art. 30; Apelación Génova, 22 de Enero de 1886; *Eco gen.*, 1886, 38; Apelación Génova, 6 de Julio de 1897; *Temi genov.*, 432; Apelación Venecia, 27 de Febrero de 1898; *Temi ven.*, 132; Apelación Catania, 5 de Septiembre de 1904; *Temi gen.*, 700; *Relac.* MANCINI, págs. 98, 99, 106. Equivocadamente BOLAFFIO, *Comentario*, núm. 190, considera el art. 30 como un inútil resto de la prohibición de ejercer el comercio establecida para el mediador en los Códigos precedentes, puesto que sirve dicho artículo para delinear netamente el oficio de mediador. Así lo entiende también el Código húngaro, § 534.

riesgo y responsabilidad; si el agente se lo apropia o lo pierde, el comprador deberá pagar de nuevo. Puede ocurrir, no obstante, que en virtud de un acuerdo o del uso quede obligado a cumplir esta o aquella obligación proveniente del contrato, por ejemplo, a recibir las mercancías, a pesarlas o medirlas, a conservar las muestras (1). El Código mismo, ante la hipótesis de que el mediador silencie el nombre de su cliente (art. 31), regula el caso en que esta obligado a verificar el contrato con una responsabilidad subsidiaria, pero igual a la del contratante directo.

225. En el ejercicio de su profesión, el mediador puede manifestar a cada una de las partes el nombre del otro o puede callarlo, ateniéndose a uno u otro sistema según las costumbres, según la naturaleza de la operación y según la solvencia del cliente. Si ha manifestado el nombre de éste no asume ninguna responsabilidad. Si, aun tratando como mediador, no lo ha hecho, queda responsable de la ejecución del negocio, deberá realizar o recibir los pagos por cuenta de su cliente, retirar o consignar los títulos, en suma, liquidar la operación como si fuese suya, porque la medida de su responsabilidad coincide con la obligación principal (2). Liquidada la operación tendrá que rendir cuentas a quien le dió el encargo; y este a su vez, si no le ha provisto de cuanto era necesario, deberá reembolsarle de los gastos verificados, de los anticipos y de la retribución que le corresponda.

La parte con la que el mediador ha contratado no tiene derecho a obligar a éste a que le dé a conocer el nombre del otro contratante, pues no puede imponerle la revelación de su secreto, que pertenece también al cliente (3); desde el momento en que dicha parte se resignó a tratar con un anónimo, por conducto y con la garantía del mediador, debe contentarse con esta, ya que en ella ha puesto su confianza. Rodeando la actuación

(1) En la ejecución del contrato los mediadores pueden servirse de los pesos y de las medidas de los contratantes, pero no de pesos y medidas propios allí donde el Municipio ejerce esta prerrogativa: ley municipal y provincial, texto único 21 de Mayo de 1908, art. 180; Casación Roma, 31 de Marzo de 1890; *Foro ital.*, 1890, 11, 327. Si el mediador se apropia las cosas que le confiaron para verificar el contrato comete una apropiación calificada según el art. 419 del Código penal, aunque se trate de un mediador libre: Casación Roma, 2 de Junio de 1891; *Monit.*, 867; Casación Roma, 14 de Agosto de 1900; *Revista penal*, LII, 535.

(2) La declaración hecha por el mediador después de la conclusión del contrato, y antes de su ejecución, no puede librarle de la responsabilidad señalada en el art. 31; en otro caso podría alterar las condiciones del contrato a su voluntad: Apelación, Catania, 6 de Octubre de 1884; *Anuario*, 1885, núm. 168; Apelación Génova, 23 de Mayo de 1893; *Temì genov.*, 373.

(3) Tribunal com. de Milán, 2 de Noviembre de 1863; Apelación Milán, 12 de Abril de 1864; *Monitor*, 570; Casación Torino, 20 de Julio de 1885; *Monit.*, 1,111.

del mediador de especiales sanciones (art. 858, Código de comercio) y de cauciones propias (L., Bolsas 28), la ley ha creído suficientemente asegurada la ejecución del contrato verificado con un contratante anónimo.

El derecho a conservar el anónimo es establecido por la ley en defensa del contratante no nombrado, especialmente de aquellos que con el concurso del agente de cambio contratan en la Bolsa. Si por circunstancias imprevistas el cliente cuyo nombre se calla quiere descubrir el anónimo y obrar directamente contra la otra parte, puede hacerlo, ejerciendo las acciones derivantes del contrato que desde su origen se efectuó con su voluntad expresada por el mediador; la demostración de esta tesis jurídica se da en el número siguiente.

226. La figura jurídica del mediador y del contrato que se estipula con su intervención cuando silencia el nombre de su cliente fué reciente motivo de renovadas investigaciones que condujeron a la doctrina italiana lejos de la tradición formada bajo el Código francés.

La cuestión tiene razón de ser sólo cuando el mediador, aun callando el nombre de su cliente, ha dado a entender al tercero que obraba como tal mediador, por ejemplo, estipulándose la retribución. En esta hipótesis, el contrato de venta, de arrendamiento, etc., verificado entre sus clientes y en el que él interviene para ponerles de acuerdo, es un contrato único garantizado con su responsabilidad, y los dos contratantes, cuando el anónimo es descubierto, tienen acción directa el uno contra el otro para hacer observar el contrato. La fórmula señalada por el art. 31, después de una original elaboración legislativa, conduce con seguridad a admitir que el contrato se realiza entre los dos clientes y que la mediación, aunque vaya acompañada de la garantía del mediador, es un contrato accesorio del primero. Esto se desprende ante todo de la rúbrica que encabeza el título V y que se titula *De los mediadores*; además, del art. 31 que califica de mediador al intermediario que ocultando el nombre de su cliente se hace responsable de la ejecución de la operación; y del contexto del citado artículo, que llamando al mediador a garantizar la obligación del cliente no nombrado demuestra que no le considera como contratante, pues no se da garantía por uno mismo; y se deduce también del art. 28, núm. 3.º de la ley sobre las Bolsas que concede un privilegio a los dos contratantes sobre la caución proporcionada por el mediador aun en el caso del art. 31, Código de comercio; y así mismo del art. 24 de dicha ley que prohíbe al mediador ejercer el comercio, y por tanto hacer de co-

misionista, en los negocios en que ejerce la mediación; y, por último, del art. 38 que prescribe al mediador entregar a cada uno de los contratantes una copia del contrato estipulado con su intervención aun en el caso regulado por el art. 31, Código de comercio. ¿Se puede indicar más claramente que el mediador actúa en calidad de un intermediario, aunque se trate del caso previsto en el art. 31, y que los contratantes son los dos clientes? (1).

Los textos de ley mencionados no permiten considerarle como gestor del negocio en nombre propio, por cuenta de su cliente, y calificarle como un comisionista.

El comisionista, precisamente porque carece de la investidura profesional del mediador y obra frente a terceros lo mismo que cualquier comerciante, *está obligado directa y exclusivamente respecto de la persona con la cual ha contratado, como si el negocio fuese suyo* (art. 381, Código de comercio), mientras que el mediador *es responsable de la ejecución del negocio*, que corresponde directamente a su cliente. Y basta hacer el parangón de estas dos frases para comprender que el mediador no queda obligado directamente, sino sólo en concepto de garantía para la obligación ajena. Cuando el legislador habla de las obligaciones deri-

(1) Al principio la doctrina italiana sufrió por inercia la influencia del ejemplo francés que considera al mediador como un comisionista (véase LYON-CAEN ET RENAULT, 2.^a ed., IV, núm. 922 y sig.), sin advertir la reforma profunda introducida en su sistema. Pero los debates judiciales y las polémicas científicas pusieron mejor de relieve el nuevo derecho penetrado en nuestro Código, el cual considera al mediador como tal mediador aun cuando calle el nombre de su cliente, y en consecuencia considera también un único contrato celebrado entre los dos contratantes el concluido con sus recíprocas declaraciones reunidas por la acción del mediador y por él garantizados.

Tal es hoy día la doctrina de las Cortes Supremas y de los escritores que volvieron a examinar con indagaciones profundas el problema. Así, la Casación Torino, 14 de Diciembre de 1886 (*Foro ital.*, 1887, 150); la Casación de Florencia con la sentencia de 15 de Diciembre de 1904; *Temi ven.*, 1905, 27; «El art. 31 del vigente Código de comercio, al hacer responsable de la ejecución del contrato al mediador que calla el nombre de una de las partes y subrogarle en los derechos respecto de la otra, no ha pretendido transformar la figura jurídica del mediador en la de un contratante, sino únicamente garantizar la ejecución del contrato realizado con su intervención». Conforme Casación Palermo, 15 de Marzo de 1917, *Cir. jur.*, 115; Apelación Nápoles, 5 de Marzo de 1909; *Revista de Derecho comercial*, 317; Casación Nápoles, 29 de Marzo de 1919, *Rev.*, pág. 264; SRAFFA, *Rev.*, 1903, 11, 29. BOLAFFIO en el vol. II de los escritos dedicados a V. SCIALOJA (HOEPLI, ed., 1905, pág. 8), y después en la *Temi ven.*, 1905, pág. 6 y en la *Revista de Derecho comercial*, 1905, 1, pág. 1 y sig. en el *Com.*, 4.^a ed., núm. 169, con exposición cada vez más rigurosa y sintética: VIVANTE, *Revista de Derecho comercial*, 1905, pág. 169 y sig. Recientemente la Corte de Génova combatiendo mi opinión y la de BOLAFFIO resucita una doctrina que parecía acabada, 3 de Febrero de 1920; *Rev.*, 1921, 16. Sobre los trabajos preparatorios del art. 31, véase el análisis que hice en la anterior edición.

vadas del contrato dice desde luego que el contratante está obligado a dar, a consignar, a prestar, en una palabra, determina la obligación del contratante señalando su contenido; así el art. 1.218 del Código civil, hablando de los efectos de las obligaciones en general dice: *quien ha contraído una obligación debe cumplirla exactamente*; y en el art. 1.462, a propósito de la venta dice: El vendedor tiene dos obligaciones, la de entregar y la de garantizar la cosa; y así, *mutatis mutandis* para todos los contratos. Y cuando el legislador quiere expresar el concepto de una garantía subsidiaria aunque sea solidaria, usa la frase *es responsable*. Vemos, en efecto, que emplea esta frase para significar que el socio garantiza el pago de los créditos conferidos por la Sociedad (art. 80); que el nuevo socio, entrando en la Sociedad, garantiza con su patrimonio las deudas sociales precedentes a su ingreso (art. 78); que el comisionista asumiendo «lo star del credere» es responsable frente al propio comitente del cumplimiento de las obligaciones adquiridas por las personas con las cuales ha contratado (art. 387), etc. Justamente la Casación de Torino en la sentencia citada (nota 19) dice que «la frase usada por el legislador en cuya virtud el mediador *es declarado responsable* de la ejecución del contrato excluye en él la figura de la parte contratante».

Según la doctrina que considera al mediador como un comisionista, éste se interpondría entre los que están interesados económicamente en el negocio; desdoblaría la única operación en dos; una externa, por ejemplo, de venta entre el comisionista, en nombre propio, y el tercero comprador, y otra interna, de mandato, entre dicho comisionista y el otro cliente vendedor. ¿Pero dónde está en el art. 31 el puesto para este contratante intermedio? ¿dónde hay señal de dos contratos? El art. 31 habla de un contratante que se encuentra frente a otro contratante en virtud de la intervención y con la responsabilidad del mediador. Diciendo que los contratantes son dos, *uno y otro*, además del mediador responsable, la ley excluye absolutamente un tercer contratante cual sería el comisionista que actúa con los terceros como si la operación fuese suya. El negocio verificado por el comisionista, dice el art. 381, figura frente a la persona con la cual ha contratado, *como negocio suyo*, del comisionista; en cambio el negocio llevado a cabo por el mediador, dice el art. 31, *es el negocio del contratante*, garantizado por el mediador. Más aún, al paso que el mediador recibe la retribución de ambas partes, precisamente por tratarse de las partes que verifican el negocio, en la hipótesis de una operación de comisión el comisionista sólo la recibe de su comitente, precisamente porque

gestiona el negocio como si fuese propio; así. se expresa el art. 386 del Código de comercio.

Objeciones.—Se objeta: ¿Cómo es posible un contrato con un contratante ignorado cuyo crédito y cuya solvencia no se pueden valorar?

Se responde: en efecto, el contrato es posible, y ello se debe a que la parte desconocida está cubierta con la garantía del propio mediador, responsable por ella. En derecho, se explica considerando que el contrato verificado por una persona que no se nombra, es una figura consagrada ya por la tradición jurídica y hecha cada vez más viva y más frecuente en la vida moderna, esencialmente acelerada.

Muchos casos de contratos estipulados con personas ignoradas son regulados por nuestras leyes. Baste recordar el seguro de mercancías hecho por cuenta de aquel a quien corresponda el derecho. Aquí el mediador encargado del seguro garantiza el pago de la prima y no revela el nombre del asegurado sino las pocas veces en que es preciso pedir el resarcimiento de los siniestros y liquidar el daño. Pero nadie ha dudado nunca que en este caso, el contrato concertado por el agente se celebra entre el asegurador y el asegurado, porque es claro que dicho agente, no sometido a ningún peligro no puede tomar el puesto del asegurado. Aunque el agente haya llamado al asegurador el nombre del asegurado, estos tienen, el uno contra el otro, todas las acciones provenientes del vínculo del seguro; la acción del mediador, lejos de mantenerles extraños mutuamente como sucede en el contrato de comisión (art. 381), les aproxima y les pone frente a la cuestión que les interesa. Un caso análogo se presenta en la venta hecha al Procurador por persona a declararse posteriormente (art. 672, Código de procedimiento civil); aquí también la venta es realzada por un desconocido y tiene eficacia retroactiva desde el día de la oferta (art. 678), es decir, cuando el vendedor ignoraba quien sería su comprador, pues el Procurador, con la garantía profesional y con el depósito realizado en la Secretaría judicial, le asegura contra el incumplimiento o la insolvencia del comprador ignorado.

La posibilidad de un contrato con una persona ignorada está tan admitida por el legislador, que el art. 43 de la ley sobre la tasa del registro, texto único 20 de Mayo de 1817, establece una tasa fija *para las declaraciones de la persona por la que se verificó una adquisición u otro contrato* cuando la facultad de hacer tal declaración proviene de la ley o ha sido reservada en el acto que contiene la adquisición o el contrato.

Se objeta todavía: ¿qué necesidad habría de conceder al



mediador garante, en el art. 31, la subrogación en los derechos del acreedor garantizado si ya les concede de un modo general el Código civil? (art. 1.253, núm. 2.º). Para dar a aquella disposición alguna razón de ser debe excluirse que el mediador actúe como un garante. Se olvida, añaden, el criterio de nuestra ley que considera inútiles las aplicaciones hechas por el Código de comercio, de las reglas ya contenidas en el Código civil. No son sin embargo inútiles, porque las disposiciones del Código civil aplicadas en el Código de comercio se convierten en normas de Derecho mercantil, constituyen desde ese momento parte integrante del Código de comercio y por tanto adquieren el carácter de una fuente legislativa de grado superior, que no puede ser derogada por el uso (véase núm. 20). Concediendo explícitamente al mediador el derecho de subrogación, el legislador no ha introducido una disposición superflua, sino que ha quitado a los usos la posibilidad de privar al mediador del mencionado derecho.

Ventajas.—Considerando como un solo negocio toda la operación que interviene el propio mediador, se conseguirá la ventaja de tenerla sujeta a una sola ley y a una sola costumbre y se cortará el riesgo de las consecuencias contradictorias, que serían inevitables dividiéndola en dos contratos. En efecto, esa escisión llevaría consigo el peligro de que el contrato realizado por el mediador con un contratante pudiese ser regulado con leyes y con usos diferentes de los aplicables al contrato efectuado por dicho mediador con el otro contratante, y que por ello, el mediador, aun habiendo observado la más escrupulosa exactitud al informar a las partes de sus recíprocas pretensiones, se viese imposibilitado de repetir a una lo que hubiese pagado a la otra.

Considerando toda la operación como un solo negocio jurídico y reconociendo, en consecuencia, a cada uno de los contratantes el derecho a ejercer contra el otro todas las acciones originadas del contrato cada vez que sea legítimamente descubierto el incógnito se facilitará el ejercicio del derecho; un contratante podrá actuar directamente contra el otro dejando fuera al mediador, a menudo insolvente, y se impedirá al contratante de mala fe, como en los casos juzgados por las Cortes supremas de Torino y Florencia (véase nota 19), la posibilidad de oponer a la otra parte que ejerce las acciones contractuales la falaz excepción de que sólo conoce al mediador y que sólo con él tratará. Más aún: si el contrato de mediación da lugar a divergencias entre el mediador y el cliente, por ejemplo, sobre la cuantía de la retribución, esas diferencias relativas al contrato accesorio no podrán afectar a la validez o a la eficacia del contrato principal.

227. *La comisión. (La provvigione).*—La comisión es una compensación de carácter profesional, porque solamente corresponde al que ejerce la mediación por profesión habitual. Debido a ello precisamente se incluye en el título que lleva por rúbrica *De los mediadores*, y en la serie de títulos del Código que regulan la disciplina de los comerciantes. No se requiere, desde luego, que sea un mediador público, puesto que la mediación es libre, pero sí que se ejerza profesionalmente y no de ocasión. El que no es mediador de profesión no tiene derecho a exigir la comisión porque no puede ofrecer a la parte que se sirve de su trabajo aquellas garantías de responsabilidad profesional y aquellos medios probatorios, solo capaz de dar el mediador comerciante (artículo 32 y sig.); será pues retribuido siguiendo las reglas del arrendamiento de servicios, en razón de su trabajo (1).

228. La comisión representa el pago de un servicio comercial que generalmente se calcula en un tanto por ciento sobre el valor de la operación verificada. Dicha palabra es también empleada en muchos contratos para indicar la retribución debida al arrendador de servicios. Pero no se puede, a mi parecer, construir una disciplina unitaria sobre ella, no obstante la unidad de la expresión, porque su regulación depende de la relación jurídica de arrendamiento de servicios, de mandato, de representación o de mediación cuyo pago significa. La diversa naturaleza de esa relación, que unas veces está dependiendo del establecimiento del principal como en el caso del mandato y en el de representación, y otras aparece independiente como en el caso de mediación, hace que las reglas de la retribución no puedan ser uniformes.

Para demostrar la imposibilidad de regular la comisión con una disciplina única en todas sus diversas relaciones se pueden

(1) Cas. Florencia, 19 de Marzo de 1897; *Foro*, 808; id., 30 de Abril de 1906, *Revista de Derecho comercial*, 210; Casación Torino, 7 de Agosto de 1895; *Foro*, 1.202; id., 24 de Agosto de 1887; *Monit.*, 815; Apelación Roma, 16 de Septiembre de 1905; *Foro*, 1.468; Apelación Génova, 19 de Diciembre de 1905; *Temi genov.*, 1906, 7; Casación Roma, 27 de Mayo de 1907; *Foro*, 675; Apelación Torino, 18 de Mayo de 1909; *Revista de Derecho comercial*, 1911, 323; Apelación Milano, 5 de Julio de 1916; *Monit.*, 160; id., 2 de Febrero de 1917; *Monit.*, 462; Apelación Milán, 18 de Febrero de 1918; *Foro*, 800; REZZARA, *Mediadores y contrato de mediación*, núm. 112. Contra Apelación Bolonia, 8 de Abril de 1904; *Temi*, 413; Casación Roma, 6 de Mayo de 1905; *Revista de Derecho comercial*, 344; Casación Torino, 31 de Mayo de 1907; id., 329; Casación Torino, 28 de Julio de 1919; *Foro*, 1.028; Apelación Torino, 6 de Febrero de 1918; *Rev. de Derecho comercial*, 1919, 72; Casación Torino, 12 de Mayo de 1917; *Monit.*, 471; CARNELUTTI, id., 1911, 11, 323. También el Derecho alemán niega, como el texto, el derecho a la retribución al mediador de ocasión, el cual debe ser remunerado según las reglas de un arrendamiento de servicios, STAUB, § 93, nota 1.

aducir notables observaciones. Así, en los contratos estipulados por el mandatario bajo condición resolutive, según el encargo recibido del principal, le corresponderá, a mi parecer, la comisión, aunque la condición se verifique, porque él ha cumplido las órdenes; en cambio no creo que corresponda al mediador pues éste no disfruta del derecho a la comisión sino logró para el establecimiento el resultado útil del negocio (núm. 232). Así, en los contratos de mandato y de representación que tienen un desarrollo indefinido, la comisión será por lo general exigible periódicamente; la del mediador se deberá después de la conclusión de cada operación aislada. El mandatario goza de un privilegio para su comisión, sobre las cosas del mandante que están en su poder (artículo 362), el mediador no, y es lógico que la ley no le haya concedido ese privilegio porque ordinariamente permanece extraño a la ejecución del negocio. Al encargo del mandatario o representante se acompaña de ordinario la concesión de una exclusiva, o sea, el derecho de tratar por sí solo los negocios del principal en el territorio que se le asigna y por tanto de exigir la comisión aun por las operaciones que el principal ejecuta allí directamente (núm. 235). La exclusiva no es en cambio propia del contrato de mediación que se agota con cada negocio aislado y no da derecho a comisión más que por las operaciones llevadas a cabo con su intervención. La comisión es pagada al mandatario o al representante por una sola parte, la de su principal; el mediador puede exigirla de ambas partes, influyendo esto también sobre su cuantía (núm. 235).

229. La comisión corresponde a todo mediador de profesión, incluso al libre, por todas las operaciones de mediación realizadas, aunque las haya verificado abusivamente en la Bolsa y no tenga los libros prescritos por la ley. Estas violaciones le expondrán a las sanciones propias de su ley profesional, es decir, a ser alejado de la Bolsa si se trata de un mediador libre, pero no hay disposición legal que pronuncie, en razón de ellas, la nulidad del contrato de mediación.

La disposición del Código anterior (art. 66) que negaba a los mediadores libres la comisión y les compensaba, como arrendadores de servicios, en proporción al tiempo empleado, no está comprendida entre las leyes especiales sobre la profesión de mediador que permanecieron en vigor después de la promulgación del nuevo Código de comercio (art. 3, Disposiciones transitorias). En efecto, dicha disposición es incompatible con el art. 32 del Código vigente, en donde se atribuye la comisión al mediador sólo cuando el negocio es verificado y no en proporción al trabajo;

y es incompatible con el art. 21 de la ley sobre las Bolsas, que declara *libre la mediación*; no podría llamarse libre ni ser ejercida en libre competencia si a los mediadores privados les fuesen negados los emolumentos de la mediación (1).

230. El derecho a la comisión está subordinado a la conclusión del negocio; si el negocio no se realiza *nihil actum videtur*. Esta regla es adecuada al oficio de la mediación; realizado el negocio, la hacienda que obtiene el beneficio puede soportar el peso de la mediación; no verificándose, la obligación de retribuir al mediador sería una carga sin compensación; a la larga, esa obligación mataría el arte del mediador, pues el comerciante preferiría valerse de sus propios empleados en la busca de operaciones (2).

231. Para que el mediador tenga derecho a la comisión se requiere que el negocio subsista jurídicamente; si falta el consentimiento o una formalidad esencial, si por ejemplo, la venta de los inmuebles fué hecha sin escritura (3), si al acuerdo de realizar un mutuo no siguió la entrega del dinero (4), si en el *riporto*

(1) Conf. Ap. Génova, 15 de Diciembre de 1896; *Temi genov.*, 1897, 86. Este concepto fué el mismo de la Comisión preliminar para la reforma del Código (Actas, núm. 741): «El principio según el cual la mediación es libre contrasta abiertamente con la diferencia sancionada por el art. 66 respecto de las consecuencias jurídicas de la intervención de los mediadores en los contratos mercantiles, ya que esta disposición excluye indirectamente la mediación no autorizada. Por eso dicho art. 66 fué suprimido. Conf. con el texto: BOLAFFIO, 4.ª ed., pág. 46 y sig.; Casación Torino, 7 de Agosto de 1895; *Foro*, 1,201; Casación Roma, 5 de Septiembre de 1893; *Foro*, 1,041; Apelación Génova, 5 de Mayo de 1909; *Temi genov.*, 304; Casación Roma, 26 de Junio de 1894; *Foro*, 820; Casación Torino, 24 de Agosto de 1887; *Monit.*, 305; Apelación Génova, 22 de Julio de 1893; *Jurista*, 263; Casación Torino, 8 de Marzo de 1893; *Eco*, 225; Casación Palermo, 5 de Diciembre de 1896; *Foro*, 1897, 517.

(2) Conf. Casación Palermo, 6 de Diciembre de 1919; *Foro Rep.*, voz *Mediación*, 4.

(3) Casación Roma, 4 de Mayo de 1894; *Temi genov.*, 649; Apelación Génova, 15 de Mayo de 1899; *Temi genov.*, 304; Casación Roma, 27 de Octubre de 1903; *Foro*, 1,329; Casación Roma, 12 de Enero de 1905; *Monitore*, 253; Casación Florencia, 3 de Julio de 1905; *Ley*, 1,495; Apelación Milano, 6 de Mayo de 1908; *Temi Lombarda*, 1909, 15 (arrendamiento de inmuebles por más de nueve años); Casación Florencia, 31 de Diciembre de 1908; *Temi*, 1909, 41; Casación Roma, 5 de Enero de 1915; *Monit.*, 142; no hace falta sin embargo que en tal caso presente la escritura si está probada su existencia. Apelación Venecia, 31 de Diciembre de 1912; *Foro*, V, 1913, 150.

(4) Apelación Milán, 21 de Octubre de 1916; *Mon.*, 991; Apelación Venecia, 14 de Julio de 1914; *Foro*, V, 1915, 188. Contra: Apelación Venecia, 10 de Julio de 1918; *Foro ven.*, 18; Casación Torino, 16 de Marzo de 1918; *Foro*, 551; Apelación Parma, 24 de Junio de 1917; *Monit.*, 713.

no se hizo la consignación real de los títulos (art. 72), no hay conclusión del contrato ni derecho a comisión. Todo lo más, tendrá derecho el mediador a una compensación sobre la suma que, a título de resarcimiento por el contrato no realizado, corresponda a su cliente.

232. Si el contrato es anulable por vicio de consentimiento o de capacidad, si está sujeto a una condición resolutive, el mediador tendrá derecho a la comisión pero deberá restituirla si el contrato es anulado o resuelto, pues en estos casos el principal pierde el beneficio del negocio como si nunca le hubiese adquirido (1). Diversamente habrá de decidirse si la resolución obra sólo para el porvenir, respetando el pasado. Así, en una venta a plazos la comisión debe ser pagada, aunque el contrato sea resuelto durante el plazo, ya que el vendedor ha gozado del beneficio del contrato desde la primera entrega que no se halla obligado a restituir (2). Si el contrato está sujeto a una condición suspensiva el mediador no tendrá derecho a la comisión mientras la condición no se verifique (3).

233. El contrato realizado válidamente da al mediador derecho a la comisión aunque sea posteriormente deshecho por mutuo acuerdo o por incumplimiento de las partes; en tal hipótesis el resarcimiento del daño a favor de la parte fiel al contrato se equipara a la ejecución de éste y justifica la comisión (4).

(1) Respecto del caso de contrato sujeto a condición resolutive, ni el Código alemán, § 652 ni el suizo dicen nada. La doctrina es discutida; STAUB, *Exc.*, § 93, nota 30; DURINGER ET HACHENBURG, 1, pág. 303; REICHL, *Die Maklerprovision*, Múnaco, 1913, pág. 50 y sig., donde las diversas doctrinas son expuestas y examinadas. Yo creo que se debe distinguir el caso del mandatario (agente de negocios) del caso del mediador; el primero tendrá derecho a la comisión, si su principal le encomendó el encargo de verificar la operación bajo aquella condición, puesto que cumplió el encargo que le fué confiado; el segundo no, porque al sobrevenir la condición resolutive no produjo ningún resultado útil a sus clientes (véase núm. 228). En sentido distinto, BOLAFFIO, *Com.*, núm. 177.

(2) Apelación Milán, 30 de Enero de 1912; *Juris. it.*, 269.

(3) Así expresamente el Código de comercio alemán de 1861, art. 82 y el párrafo 652 del Código civil de 1900. Con justicia dice la Apelación Génova, 15 de Mayo de 1899, *Temi genov.*, 304, que esta disposición no fué reproducida en nuestro Código por ser superflua. Véase una interesante aplicación en la sentencia de la Corte de Apelación de Florencia, 3 de Mayo de 1902 confirmada por la Casación de dicha ciudad en 9 de Febrero de 1903 (*Temi*, 1903, pág. 133, texto y nota, y *Revista de Derecho comercial*, 1903, II, 128); Apelación Milán, 30 de Mayo de 1916; *Foro R.*, 795, núm. 20; Apelación Milán, 30 de Enero de 1912; *G. A.*, 269.

(4) Apelación Venecia, 11 de Diciembre de 1885; *Anuario*, núm. 169; Apelación Roma, 5 de Noviembre de 1889; *Temi Rom.*, 487; Cas. Roma, 1 de Mayo de 1894; *Temi genov.*, 649; Apelación Génova, 6 de Julio de 1897; *Temi genov.*, 432; Ape-

Sin embargo, los usos especiales de muchas plazas y los acuerdos explícitos de las partes hacen depender el derecho a la comisión del buen éxito del negocio; así vemos que muchos comerciantes no liquidan las comisiones de operación en operación, sino a vencimientos periódicos (1).

234. El mediador tiene derecho a la comisión completa cualquiera que sea el trabajo y el tiempo empleados, aunque sólo haya puesto en comunicación a los contratantes con ánimo de facilitar el contrato (2); aunque las partes le hayan ayudado en su trabajo; aunque hayan introducido alguna modificación a las condiciones conseguidas por el agente. La mediación en el negocio realizado sin fatiga es una compensación de los esfuerzos hechos inútilmente en otras ocasiones. No importa que la conclusión de la operación llegue materialmente en virtud del trabajo de los contratantes si se consigue como efecto inmediato de la actividad del mediador; basta que la conclusión sea una consecuencia próxima o remota, (es lo mismo), del trabajo por éste realizado, de modo que pueda decirse que sin él, dado un orden no mal de cosas, el contrato no se habría llevado a cabo (3).

Casación Venecia, 28 de Junio de 1898; *Temi ven.*, 543; Apelación Catania, 5 de Septiembre de 1904; *Temi genov.*, 700; Casación Roma, 7 de Febrero de 1905; *Cor. jud.*, 1905, núm. 160; Casación Torino, 29 de Noviembre de 1915; *Monit.*, 1916, 127; Apelación Milán, 8 de Diciembre de 1915; *Monit.*, 1916, 193. Cuando el contrato es realizado con la facultad de retirarse pagando una suma (*arraha penitentialis*) hay derecho a la comisión: Casación Nápoles, 16 de Octubre de 1897; *Temi genov.*, 716.

(1) Según las costumbres de muchas plazas el mediador no tiene derecho a comisión si el negocio, después de discutido se deshace: Usos generales de Bérgamo, núm. 49, de Milán, núm. 103, de Verona, núm. 101, de Bérgamo (Coloniales) número 29, etc. Así también expresamente varios Reglamentos de Bolsas: Véase Reglamento para el ejercicio de la mediación en Cremona, art. 35; Reglamento de Bolsa de Torino, tarifas para la mediación, arts. 4 y 5; excepción hecha de las contrataciones de sedas en que el mediador tiene derecho a la comisión, aunque la mercancía sea rechazada. Según las costumbres de la plaza de Milán, art. 29, el mediador suele prestarse gratuitamente a allanar las controversias que surgen en la ejecución del contrato; pero esto no impide que adquiere el derecho a ser remunerado. A iguales costumbres de Lubeck y de Hamburgo se refiere BEHREND, § 58₂; así también FABRE advierte, II, núm. 49, que según el uso de Marsella constatado en varias sentencias de aquel Tribunal la retribución que gana el mediador esta en proporción con las remesas.

(2) Casación Torino, 29 de Enero de 1915; *Rev.* 171. Contra Casación Torino, 28 de Enero de 1916, *Monit.*, 1961. Esta considera que no es misión de mediador pagable con la comisión la de quien da a conocer a una persona el nombre de la otra y pone a ambas en relación para que se entiendan directamente, en tal caso sólo realiza un trabajo preparatorio que le da derecho a una compensación por él.

(3) Apelación Milán, 24 de Febrero de 1911; *Monit.*, 312; Casación Torino, 17 de Diciembre de 1910; *Monit.*, 1911, 311; Apelación Florencia, 27 de Junio

Hasta qué punto deba alcanzar dicho trabajo, es cuestión de hecho que ha de decidirse según las circunstancias; si la ausencia del trabajo del mediador en la última fase de las negociaciones le quitase el derecho a la mediación, las partes podrían rechazar su intervención maliciosamente, a medio camino, poniéndose de acuerdo entre sí y privándole de su comisión.

335. La cuantía de la comisión *debida a los mediadores libres* se determina por el acuerdo de los contratantes; este acuerdo puede ser tácito, por ejemplo, cuando ya han estado en relación en negocios semejantes (art. 1.224, Código civil), o cuando el cliente se ha enterado, antes de la operación, de la tarifa especial del mediador sin oponer objeción alguna. En defecto de acuerdo se aplica el uso de la plaza, y si éste falta también habrá que atenerse, por analogía, a la tarifa vigente para los mediadores inscritos. No es incompatible con la mediación el acuerdo en virtud del cual el cliente se obliga a dejar en favor del mediador el excedente sobre el precio mínimo fijado por él (1), o que la comisión, se pague también por los negocios verificados directamente con los clientes a quienes puso en relación directa.

La comisión *debida a los mediadores inscritos* por las operaciones realizadas en Bolsa o por los oficios públicos a ellos reservados es regulada taxativamente por una tarifa oficial (art. 61, Regl. ejec. de la ley sobre las Bolsas), la cual determina dichos honorarios en proporción a la suma que representa el contrato (tanto por ciento o por mil), y teniendo en cuenta la dificultad o el número de las operaciones (2). Estas tarifas no pueden ser alteradas por los contratantes, ni en más ni en menos, y deben permanecer uniformes para todo el Reino a fin de mantener la unidad del mercado.

La comisión debe satisfacerse por ambos contratantes aunque la operación haya sido iniciada por encargo expreso de uno solo,

de 1908; *Temi*, 1909, 145; Apelación Venecia, 30 de Julio de 1907; Casación Florencia, 316; Casación Florencia, 30 de Abril de 1906; *Temi*, 361; Casación Roma, 6 de Mayo de 1905; *Juris. ital.*, 638; Apelación Roma, 16 de Septiembre de 1905; *Res. com.*, 227; Apelación Catania, 7 de Septiembre de 1904; *Jurisp. catan.*, 178; Apelación Palermo, 17 de Octubre de 1913; *Foro R.*, 1914, 774, 15; Casación Torino, 30 de Abril de 1913; *Rev.*, 602; Apelación Génova, 17 de Octubre de 1913; *T. G.*, 681. Véase BOLAFFIO, *Com.*; véase núm. 177. LEHMANN, *Lehrbuch*, § 44¹⁴; DÜRRINGER ET HACHENBURG, I, pág. 288, núm. 4.º; Código civil alemán, § 652.

(1) Apelación Bolonia, 6 de Marzo de 1914; *Jur. bol.*, 100.

(2) Estas tarifas se encuentran en los Reglamentos especiales de las Bolsas y de los mediadores, publicados en las Cámaras de comercio, a tenor del art. 61 del Reglamento ejec. de la ley.

porque el que acepta, aunque sea tácitamente, la intervención del mediador, está obligado a pagar un trabajo del que obtiene un beneficio con la conclusión del contrato (1). A falta de pacto o de uso contrario, deberá pagarse acto seguido de la conclusión del negocio.

236. El mediador, sea público o privado, no tiene derecho, salvo pacto en contrario, al reembolso de los gastos que haya hecho por su cuenta y riesgo para ganarse la comisión; dichos gastos deben presumirse comprendidos en ella (2), excepto, claro está, el reembolso de los realizados por encargos que caen fuera del trabajo del mediador, como son por ejemplo el peso, la medida y el transporte de las mercancías (3).

§ 24.—LAS BOLSAS Y LOS LISTINES DE PRECIOS

Sumario.—237. Definición y ordenamiento de las Bolsas.—238. Sus funciones.—239. Formación de los listines.—240. En qué consiste el precio del listín.—241. Para qué sirven los listines.—242. Crítica del sistema vigente por su complicación.—243. Au-

(1) Casación Torino, 19 de Julio de 1884; *Jurisp. ital.*, 702; Casación Torino, 8 de Marzo de 1883; *Eco*, 225; Apelación Mesina, 4 de Marzo de 1895; *Foro*, 853; Apelación Venecia, 13 de Diciembre de 1898; *Temi ven.*, 1899, 44. Según los usos y las tarifas publicadas en nuestras Cámaras de comercio, la mediación es a veces pagada por mitad entre ambos contratantes, usos de Bérgamo, núms. 41, 94 y 167; Milán, 49, 105 y 177; a veces en proporción distinta por cada uno de ellos; y no faltan ejemplos en que la paga una sola de las partes: Véase Reglamento de Alejandría, art. 22; Cremona, art. 35; Ferrara, *Tarifas de los mediadores*, págs. 132 y 133, véase *Anales* citados; Florencia, art. 24; Milán, art. 33; Nápoles, *tarifas*, véase *Anales* citados, pág. 210; Roma, art. 44; Torino, *Tarifas*; véase *Anales* citados, pág. 250. Según el Código alemán, § 99 (art. 83, del Código 1861) la mediación es debida a medias por cada una de las partes, salvo los acuerdos o los usos contrarios; así el Código húngaro, § 547.

(2) Arg., arts. 1.640 y 1.646, Código civil: «quien ha asumido un trabajo (*locatio operis*) debe realizar los gastos accesorios necesarios para verificarle».

(3) Cas. Fir., 25 Febrero, 1915; *Jur. It.*, 1.326; Apelación Bolonia, 7 de Julio de 1913; *Jur. bol.*, 130. Así el Reglamento para la Bolsa de Roma, 22 de Marzo de 1884, art. 45, reconoce a los mediadores el derecho al reembolso de los gastos hechos para el cumplimiento de la misión que les confía el Código de comercio u otras leyes; por ejemplo, las ventas en pública subasta, la fijación del curso del cambio en las cuentas de resaca. Conforme Reglamento para la mediación pública en Sivorno, en la Tarifa de los honorarios correspondientes a los mediadores inscritos. Conforme GAREIS y FUCHSBERGER, núm. 35, sobre los mediadores.

toridad de los listines en la interpretación de los contratos.—
244. Listín de la Bolsa más próxima.

237. La palabra Bolsa es difícil de definir porque tiene varios significados: indica el lugar donde se reúnen cuantos quieren tratar asuntos de comercio; el público que allí se congrega; el conjunto de las operaciones realizadas en un día; la institución que facilita la negociación de títulos y de mercancías (1).

(1) La institución de la Bolsa está sujeta entre nosotros a autorización del Gobierno: ley sobre las Bolsas 20 de Marzo de 1913, art. 1. Así en Francia, Código de comercio, art. 71; en Portugal, Código de comercio, art. 28 y sig.; en Austria, ley, 4 de Abril de 1875, § 1, modificado por ley, 4 de Enero de 1903. En Alemania, 22 de Junio de 1896 (§§ 1 y 2) somete la creación de la Bolsa a la autorización del Gobierno local, el cual ejerce sobre ella una constante vigilancia mediante los Comisarios de Estado (*Staatscommisäre*). En Inglaterra prevaleció el sistema de la libertad; allí las Bolsas son constituidas por asociaciones autónomas; Londres posee varias, especialmente el *Royal Exchange*, Bolsa de las mercancías y de los cambios; el *Royal Stock Exchange* para el papel inglés; el *Foreign Stock Exchange* pasa el papel extranjero. No son lugares públicos; sólo tienen derecho a entrar los comerciantes y los mediadores que son socios. En España es libre la creación, pero el Gobierno se reserva el derecho de reconocer sus listines: Véase Código de comercio, art. 65, Reglamento de 31 de Diciembre de 1885, 1.º de Enero de 1886. En Bélgica, según ley de 30 de Diciembre de 1867 modificada por ley de 11 de Junio de 1883 las Bolsas fueron sustraídas a la vigilancia gubernativa y confiada su policía a la autoridad municipal; así en Holanda, Código de comercio, arts. 59-61. También entre nosotros la cuestión fué vivamente debatida. Se dijo a favor de la libertad de las Bolsas que debe concederse igualmente a los negociantes aquella libertad de reunión y de asociación que se concede a todo ciudadano; que las autoridades locales y mejor todavía el interés de los comerciantes son los mejores jueces sobre la oportunidad de crearlas; que no hay temor de que se multipliquen excesivamente porque esta tendencia halla un freno en los gastos necesarios para mantenerlas; que se puede imponer con una sola ley a todas las Bolsas existentes un sistema igual para la formación de los listines oficiales sin necesidad de subordinar su existencia al beneplácito del Gobierno; que la experiencia demuestra que, cuando la necesidad se manifiesta, al lado de las Bolsas autorizadas aparecen otras, con la tolerancia del Gobierno mismo. A estas razones se opuso que es útil la autorización, porque los principales negocios de la Bolsa tienen por objeto títulos de la Deuda pública; porque el interés general exige que los listines de precios sean regulados con normas uniformes; porque es oportuno, para tutela de la buena fe y como medio de represalia, que la cotización de los títulos extranjeros dependa de la autorización del Gobierno; finalmente, para impedir que se formen listines contradictorios en la misma plaza: *Memoria Cocco-Ortu*, 16 de Mayo de 1908 a la Cámara Doc. Com., núm. 1.012; *Rel. GIOVANELLI*, núm. 1.012 A.; C., núm. 168, 5 de Junio de 1909; 3 de Julio de 1909, número 168 A.; Senado, 17 de Diciembre de 1908; Doc., núm. 951; nueva presentación, 20 de Diciembre de 1912, núm. 939; *Rel.*, Oficina Central, *rel.*, ROLANDO-RICCI, 7 de Marzo de 1913, núm. 939 A.; *Disc.*, 10, 12 y 13 de Marzo de 1909. SUPINO, *Las operaciones de Bolsa*, Torino, 1875; GRAZIANI, *Teoría de las operaciones de Bolsa*, Siena, 1890; GOLDSCHMIDT, 11 vol., 2.ª ed., § 64; NEUMANN, *La formación de los precios*, Biblioteca del Economista, volúmenes XI y XII, 3.ª serie; LERMAN,

Las Bolsas fueron creadas por Decreto real tras la propuesta de las Cámaras de comercio; podría haber más de una para las diferentes especies de contrataciones, aun en la misma plaza, pero ni siquiera en todos los centros comerciales fueron establecidas. Las reuniones se verifican cada día y puede suceder que varias veces en un día, en un local fijo y a horas determinadas, sirviendo principalmente para que se comuniquen los comerciantes, los banqueros y los mediadores; raramente se reúnen allí los propietarios y los consumidores, los cuales frecuentan con preferencia los mercados. Los gastos necesarios a la administración de estos establecimientos son sufragados por las Cámaras de comercio de que dependen (1). La Diputación de Bolsa, nombrada anualmente, por Decreto ministerial bajo propuesta de la Cámara de comercio, administra las Bolsas, las vigila, resuelve como amigable componedor las controversias a que dan origen las operaciones que allí se realizan, denuncia las insolvencias al Tribunal y aplica las penas a los mediadores oficiales.

Las Bolsas están abiertas al público y por tanto también a los no comerciantes; quedan excluidos únicamente los que no son capaces de obligarse, como los sujetos a interdicción y los menores no autorizados para ejercer el comercio, así como los que se han hecho indignos por insolvencia, por delito contra la fe pública, contra la propiedad, contra el comercio, y los mediadores libres que ejerciendo la mediación en la Bolsa han turbado el orden y la dignidad propios de su cargo. (L., arts. 8, 9 y 10.)

238. Las Bolsas sirven:

- a) Como centro de reunión para facilitar la conclusión de negocios y para tutelar los intereses de los comerciantes.
- b) Como centro de publicidad comercial (2).
- c) Como centro donde se forman rápidamente los usos co-

Lehrbuch, § 65; WIEDENFELD, *Die Börse*, 1898; SAYONS, *Etude economique et juridique sur les Bourses allemands*, 1888; WERMERT, *Börse, Börsengesetze und Börsengeschäfte*, Leipzig, 1904. Sobre la historia y especialmente sobre los privilegios concedidos a los banqueros en la Edad Media para tener Bolsas o Lonjas bajo los pórticos y en los vestíbulos de sus Bancos: EHRENBURG, *Zeitschrift*, XXX, pág. 444 y sig.; PERUZZI, *Historia del comercio y de los Bancos de Florencia*, pág. 216; CUSUMANO, *Historia de los Bancos de Sicilia*, I, págs. 11 y 12.

(1) Ley sobre las Cámaras de comercio de 20 de Marzo de 1910, art. 5, letra h). Ley sobre los Bolsas de 20 de Marzo de 1913, art. 4 y sig., 56 y sig.

(2) Entre los medios de publicidad prescritos por el Código es sin duda el más eficaz; véase arts. 9, 12, 13, 15, 16, 19, 20, 90-92, 96, 171, 194, 187, 230, 232, 242, 330, 339, 374, 376, 478, 697, 890 y 912, Código de comercio; artículos 28, 35, 54, 64, Regl. ejec.; art. 8, Disposiciones transitorias; arts. 136, 158 y 34, Reglamento, 8 de Octubre de 1870, sobre el ordenamiento de la Duda pública.

merciales, dada la frecuencia de los negocios y la mutua influencia a que están sometidos los contratantes. Sin embargo, los Reglamentos de Bolsa, que contienen muchas veces normas de derecho privado sobre las liquidaciones y en general sobre los efectos de los contratos allí estipulados (1), no son una verdadera recopilación de usos mercantiles a los que se deba atribuir fuerza de ley según el art. 1 del Código de comercio (2). Si dichas normas no han sido originadas y mantenidas por la práctica concorde y espontánea de los comerciantes; si no se recogieron objetiva e imparcialmente de las costumbres locales y fueron compiladas por las Cámaras de comercio sobre el modelo de otros Reglamentos, como frecuentemente sucede, y con exclusivo fin de regular el buen funcionamiento de la Bolsa y favorecer al Sindicato de mediadores públicos, no nacen de los usos o de las costumbres y no tienen fuerza legislativa. Sus disposiciones podrán tener eficacia en las relaciones de los contratantes sólo cuando estos se hayan referido a aquellas. Así ocurre necesariamente con los pliegos sellados que llevan al dorso: *el presente contrato será cumplido según las leyes y los Reglamentos generales y locales en vigor.*

d) Sirven (y esta es su función principal) para fijar el curso de las mercancías, de los valores y de los cambios que son con más frecuencia objeto de operaciones.

239. Formación de los listines.—Abierta la Bolsa, al toque de una campana y a la hora fijada comienza la tratación de los negocios que puede hacerse en voz alta o mediante negociaciones privadas. Cuando está permitida la negociación a viva voz queda limitada generalmente a los valores públicos (3) y puede circuns-

(1) Véase especialmente el Reglamento de Florencia, tít. VI; de Génova, tít. II y IV; de Nápoles, cap. IV del tít. I; de Palermo, cap. II; de Roma, cap. I, sec. II; de Venecia, cap. III.

(2) Ni a que sean así favorecen de ningún modo las declaraciones de estos Reglamentos que deben hacerse valer como usos especiales de las Bolsas: véase Reglamento de la Bolsa de Roma, art. 18; de Palermo, art. 28; de Génova, art. 1. No faltan tampoco Reglamentos que pretenden imponer las propias normas a todos los negocios estipulados con la intervención de mediadores inscritos aun fuera de la Bolsa: una usurpación que provoca otra! Así el Reglamento de Venecia, art. 34; de Florencia, art. 63: «Todas las disposiciones contenidas en el presente título (sobre las operaciones a plazo y sobre las liquidaciones) serán aplicadas también a los contratos realizados fuera de la Bolsa y especialmente a aquellos tratados en las oficinas que los mediadores inscritos tienen abiertas al público». De este modo las Cámaras de comercio se arrogan una verdadera función legislativa en el territorio de su jurisdicción, exagerando desmesuradamente los poderes restringidísimos que les otorga el art. 25 del Reglamento ejecutivo.

(3) En virtud del art. 17, ley sobre las Bolsas, la negociación en alta voz

cribirse a las operaciones al contado (1). A la hora prefijada comienza la sesión; el mediador ofrece o pide en voz alta títulos de crédito a un determinado precio, otro contesta aceptando; verificado el contrato ambos deben cambiar entre sí las hojas selladas que contienen las condiciones. Pero la mayor parte de las operaciones se hacen en virtud de tratos privados, con intervención del mediador o directamente entre las partes.

Cerrada la Bolsa al toque de la campana el Sindicato de mediadores, asistido por un Diputado de la Bolsa, procede a la recopilación de todas las declaraciones consignadas en un boletín por los mediadores inscritos, referentes a los contratos realizados durante la Bolsa, tanto si tienen por objeto el pago de diferencias como si se estipula la entrega de títulos o de mercancías (2). Naturalmente, las declaraciones se limitan a los títulos o a las mercancías admitidas por la ley o por deliberación aprobada por la Cámara de comercio o por el Gobierno (3).

El Sindicato no tiene en cuenta los negocios que por su cuantía, por su cualidad o por otras razones sean excepcionales, y una vez recogidos en el mismo día un número suficiente de datos relativos a las mismas mercancías o a los mismos títulos, determina su cotización por mayoría absoluta de votos, dividiendo la suma de los precios por la suma de las cantidades vendidas. El curso de los precios puede ser determinado con una sola cifra o con dos: el de la demanda designado con D (dinero) y el de la oferta con L (*lettera* = papel, en este caso). Si no se realizaron en la Bolsa negocios suficientes para poder determinar el precio de un título o de una mercancía, el Sindicato, ateniéndose a los datos recogidos, fija su precio nominal, indicándole con la letra N (4). El precio de la demanda y el de la oferta no tienen autoridad alguna, ya que una y otra pueden haber sido rechazadas sin que la operación se efectúe; tampoco disfruta de ella el precio no-

reservada exclusivamente a los agentes de cambio debe hacerse dentro de un recinto apropiado, a la misma hora.

(1) Ley, art. 14; según el Reglamento de la Bolsa de Génova, art. 23 y sig., no están admitidas en esa forma más que las ventas al contado, porque quien desee vender en alta voz debe antes consignar al Sindicato de mediadores públicos los títulos o valores.

(2) Leyes 29 y 30; Regl. ejec., 4 de Agosto de 1913, núm. 1.068, 44 y sig.; Cas. Torino, 25 de Febrero de 1885; *Monit.*, 472. Si las operaciones fuesen simuladas no se deben tener en cuenta, GOLDSCHMIDT, § 64₄₀.

(3) No se puede decir que un título tenga curso legal si fué cotizado una sola vez o varias veces de tiempo en tiempo, porque no se hace sobre él una especulación frecuente: Apelación Génova, 17 de Mayo de 1879; *Eco*, 1879, 270; GOLDSCHMIDT, § 64^a, pág. 105₂₂; BEHREND, § 60₂₅.

(4) Regl. ejec., 44 y sig.

minal, pues no se obtiene con las garantías prescritas por la ley. Las cotizaciones, que forman el listín oficial, son publicadas sin pérdida de tiempo, y no más tarde de trascurrida una hora desde el cierre la sesión, en una tabla destinada al efecto, la cual se coloca en las salas de la Bolsa; también se dan a conocer sus datos por los periódicos locales, designados a menudo para ello oficialmente. Los listines originales, firmados por el Presidente del Sindicato son depositados en los archivos de la Cámara de comercio, a los que corresponde facilitar en cualquier momento extractos o certificados auténticos (Regl. ejec., art. 50). Las certificaciones de las Cámaras de comercio obtenidas de otras fuentes no tienen autoridad para indicar el precio de las mercancías o de los títulos (1).

La función reguladora de los precios debe ser realizada con probidad y con diligencia; el dolo y la culpa del Sindicato le expondrían a una responsabilidad patrimonial colectiva respecto de los que fueron directamente perjudicados, salvo el derecho de los miembros del Sindicato de dirigirse contra el culpable (2).

240. El precio del listín es un precio medio que se forma según la ley de la oferta y la demanda, y a su alrededor oscilan los precios pagados realmente en las contrataciones. Cuando hay mucha demanda de un título o de una mercancía el precio sube, cuando crece la oferta el precio baja; el en cuentro, en cada operación, de estas dos tendencias determina la cotización. Las oscilaciones de los precios son, por razones políticas y financieras, muy notables en tiempos turbulentos, especialmente tratándose de títulos cotizados en la Bolsa, mientras que en tiempos normales son apenas sensibles, porque la facilidad de comunicaciones mantiene provisto el mercado según las necesidades. Mediante la función internacional del comercio encaminado a formar un mercado único y mundial, los precios tienden a mantenerse constantes sobre todo para las mercancías de uso general; así se explica la práctica de referirse tácitamente en muchas relaciones jurídicas a los precios pactados anteriormente.

Se dice que los títulos están *a la par* cuando su curso corresponde al valor nominal; si aquél supera a éste se dice que están *sobre la par*, llamándose *prima* al excedente. Las acciones son generalmente cotizadas en razón de todo su valor nominal, aunque falten desembolsos por hacer, pero el comprador tiene dere-

(1) Apelación Génova, 25 de Mayo de 1900; *Temi genov.*, 333; Apelación Milán, 13 de Abril de 1891; *Monit.*, 837.

(2) Casación Roma, 9 de Enero de 1915; con nota del Cons. FAGELLA, *Rev.* 1915, 11, 199. Véase núm. 215.

cho a restar del precio el importe de los desembolsos cuya deuda asume al adquirir las acciones. Los títulos que producen intereses son cotizados con o sin ellos (*ex coupon*); esta última cotización se obtendrá deduciendo de la primera el importe de los intereses vencidos en el día de la operación.

241. El listín oficial favorece al ejercicio del comercio:

a) Porque determina la dirección y los límites de la especulación y de la producción.

b) Porque hace más fáciles los contratos sobre las mercancías y sobre los títulos, los cuales cuando son cotizados en los listines disfrutan de una disciplina jurídica apta para favorecer su circulación (1).

c) Porque facilita la liquidación voluntaria o forzosa de los negocios (2).

242. Un instrumento que ejerce funciones tan delicadas y frecuentes debería ser regulado con toda solicitud.

Si al formar los listines se pudiesen tener en cuenta todos los contratos que se verifican en la plaza, representarían verdaderamente el precio medio de los valores y de las mercancías. Las recientes reformas legislativas hechas fuera de Italia sobre esta materia son notables precisamente por el esfuerzo con que se buscó formar el listín oficial en base al mayor número posible de contratos. En Bélgica, por ejemplo, su compilación está confiada a una comisión elegida entre comerciantes y mediadores (3). En Francia, para formar los listines oficiales, pueden ser llamados también los comerciantes y los mediadores libres (4). En Alemania, igualmente, la dirección de la Bolsa, al formar los listines, puede tener en cuenta, además de las operaciones hechas por los mediadores públicos, otras fuentes (5). Y tal era el consejo que de todas partes se daba a los redactores de nuestro Código (6).

(1) Véase art. 38 y para la compraventa el art. 60; para la Sociedad los arts. 81, 134, núm. 1.º; para la cuenta corriente el art. 345, núm. 1.º; para la comisión los arts. 383 y 387. Los listines de los precios facilitan además los anticpos sobre títulos y mercancías y los contratos diferenciales.

(2) Se ahorran con la venta al precio de Bolsa los trámites de la subasta y los peligros que le acompañan, y se liquidan rápidamente los daños originados por el incumplimiento de los contratos; véase arts. 68, 69, 71, 72, 75, 168, 311, 312, 338, 363, 405, y 612, etc., en relación con el art. 38.

(3) Ley 30 de Diciembre de 1867, modificada por ley 11 de Junio de 1883, sobre las Bolsas de comercio, art. 63.

(4) Decreto, 22 de Diciembre de 1866, arts. 7-11.

(5) Ley sobre Bolsas de 22 de Junio de 1896, §§ 30 y 31.

(6) En efecto, el Consejo superior de comercio, invitado a presentar sobre esto sus proposiciones, manifestó la opinión de confiar la fijación de las coti-

Pero la fijación de las cotizaciones fué regulada tan imperfectamente que el listín oficial resulta muchas veces una mentira oficial. Es, en efecto, compilado por el Sindicato de mediadores inscritos teniendo únicamente en cuenta los contratos efectuados en Bolsa con su intervención (1), a pesar de que los mediadores inscritos constituyen una clase bastante restringida en comparación con los mediadores libres, y no obstante ir disminuyendo aquellos continuamente al no encontrar en el ministerio que les reserva la ley una proporcionada compensación a la fianza y a todas las otras obligaciones propias de su cargo (2). Así vemos que todos los con-

zaciones a comisiones compuestas en parte por mediadores y en parte por negociantes, nombrados por las Cámaras de comercio. Y esta fué la proposición de su Relator hon. ELENA, *Anales del Ministerio de Agricultura, Industria y Comercio*, 1881, págs. 102 y 114. Posteriormente en otra ocasión, el Consejo superior confirmaba el mismo voto aceptando la propuesta del hon. ZEPPI, que consideraba conveniente constituir el Sindicato para la formación de los listines de Bolsa, por mediadores libres, Consejeros de la Cámara de comercio y miembros nombrados por el Tribunal de comercio, obligándole además a tener en cuenta las contrataciones verificadas fuera de la Bolsa; *Anales*, etc., 1882, pág. 171 y sig. En el mismo sentido también la Comisión de 1890, *Memoria DANIELI*, pág. 45 y sig. Véanse noticias de los proyectos sucesivos en PICCINELLI, *Apresiasión de los valores públicos*, Manual HOEPLI, 1898, pág. 633, pero ni la nueva ley sobre las Bolsas de 20 de Marzo ni su Reglamento de 4 de Agosto de 1913 han puesto remedio, puesto que confían la fijación de los precios al Sindicato, el cual sólo puede ser compuesto por tres mediadores y sobre la única base de los contratos celebrados en Bolsa con su intervención. Si se admitiese el sistema de anular todos los actos mercantiles no registrados, se podría deducir el listín de los precios de las declaraciones de los contratantes, que deberían ser hechas día por día (al menos para los contratos sobre títulos y valores) en una sucursal de la oficina del Registro colocada en la Bolsa; así se tendría el verdadero precio medio deducido de todas las operaciones.

(1) Reglamento ejecutivo de la ley sobre las Bolsas art. 49: cuando faltén o no sean suficientes las declaraciones de los agentes de cambio del Sindicato, este puede, debidamente informado, indicar los precios probables y aproximados en una columna especial.

(2) La prueba poco afortunada hecha por la nueva ley es reconocida en la recomendable *Memoria* del hon. MANCILLI, *Sobre los servicios de la industria del comercio y del crédito*, Roma, 1887, pág. 171 y sig. De las 73 Cámaras de comercio en que está dividido el territorio del Reino, solo 22 crearon Bolsa, y en la mayor parte de ellas el número de mediadores inscritos no es siquiera suficiente para constituir el Sindicato de mediadores a cuyo efecto son necesarios al menos seis miembros (art. 40, Regl. ejec. del Cód. de com.). En Florencia, el listín de los precios es formado desde 1883 por una Comisión de la que forman parte Institutos de crédito, banqueros, agentes de cambio, pues no fué posible constituir el Sindicato al haberse reducido el número de mediadores a tres, de los que dos por su avanzada edad conservaban el cargo a título honorífico. Véase *Boletín de la Cámara de Florencia*, 6 de Mayo de 1890 y el interesante informe del Consejo FORTE en defensa de la libertad de la mediación, págs. 10-13; *Memoria DANIELI*, págs. 10-11. En otras muchas plazas el Sindicato fué autorizado por los Reglamentos de Bolsa para recoger las informaciones fuera del expresado centro (Reglamento Torino, art. 12; Milano, art. 32; Génova, art. 103; Venecia, ar-

tratos que se estipulan directamente entre comerciantes o con el concurso de mediadores libres, y son el mayor número, no se toman en consideración al formar el listín oficial de los precios. No debe olvidarse que la facultad concedida a las Cámaras de comercio y a la Diputación de Bolsa para que le sean presentados los libros y examinar sus declaraciones, queda en la práctica letra muerta, pues razones de delicadeza profesional hacen bien raro el ejercicio de dicha facultad. Resulta pues que la formación de los listines de Bolsa está generalmente abandonada a la discreción de pocas personas, sin una verdadera comprobación.

243. Es un deber considerar esta desconsoladora verdad al interpretar la ley.

Los contratantes que convienen en liquidar su operación según el listín oficial de la Bolsa deben someterse a la ley que han elegido, aunque el listin no corresponda a los verdaderos precios del mercado. Diré yo también con la Corte Suprema de Torino: «El comerciante que no obstante conocer la poca veracidad de los listines de Bolsa se somete a ellos para determinar el precio de una mercancía, sabe que necesariamente corre un albur que tanto puede favorecerle como perjudicarlo y si sus esperanzas quedan defraudadas no hay razón para alterar la base del contrato» (1).

Pero cuando los contratantes no expresaron la intención de decidir sus relaciones por un determinado listín de Bolsa, cuando se refieren al justo precio corriente, ¿deberá liquidarse desde luego el contrato según el listín de Bolsa aunque no esté conforme con el precio medio de la plaza?

Parece que la Corte Suprema de Torino ha sido de este parecer

(artículo 70). De este modo las Cámaras de comercio, para poder lograr la formación de los listines hubieron de salirse de la ley. El desorden es tan notorio que la misma jurisprudencia le hizo notar varias veces: véase Casación Torino, sentencia 25 de Febrero de 1885; *Monit.*, 472: «Todos saben que los listines de Bolsa, aunque redactados por los oficiales públicos a ello destinados, no siempre representan el verdadero valor de las mercancías ni tampoco la media de los precios hecha sobre el conjunto de las operaciones efectuadas en un período dado». Véase Ap. Venecia, 18 de Diciembre de 1891; *Temi ven.*, 1892, 90: «Las listas de precios, con objeto de favorecer a los vendedores de la plaza, señalan ordinariamente precios más elevados que los corrientes». Las críticas del texto son apoyadas por la adhesión autorizada del Cons. FAGELLA, *Rev.*, 1915, II, 203.

(1) Cas. Torino, 25 de Febrero de 1885; *Monit.*, 472. Es sin embargo digno de notarse que el Código alemán de 1861 (art. 53) consentía a los contratantes probar el error contenido en el listín mediante otros contratos verificados en la misma plaza, aunque aquellos hubiesen contratado al precio de Bolsa. Por evidentes razones de equidad, por desconfianza en los listines de la Bolsa, se quiso interpretar legislativamente el contrato de tal modo que prevaleciese sobre el precio oficial el verdadero precio del mercado: BEBEND, § 60²²; GOLD-SCHMIDT, pág. 107³¹ y sig.

puesto que estimó ilícito andar a la busca del precio justo y pretender establecerle mediante peritajes o testimonios habiendo ordenado la ley que se entienda por justo precio el que resulte de los listines de Bolsa. Y más radical todavía, dice Ottolenghi (1): «sólo se puede recurrir a otros medios de prueba a falta de listines de Bolsa; la disposición del art. 38 es imperativa; la ley sujetándose a los resultados de documentos rodeados de garantías de exactitud y precisión ha querido eliminar las largas y difíciles indagaciones que en otro caso hubieran sido a tal fin necesarias».

Pero yo creo que conviene hacer una distinción al determinar la autoridad del listín de Bolsa. Es este un documento oficial de los precios de la Bolsa cuando se quieren averiguar dichos precios puesto que está formado por las personas que la ley señala al efecto y no puede ser atacado más que con la falsedad (art. 17, Regl. ejec.). Pero cuando se emplea como un medio para saber, no ya la cotización oficial que aparece en los listines de la Bolsa, sino el precio corriente, el listín sirve únicamente de medio de prueba susceptible de ser impugnado con cualquier prueba contraria; las mismas palabras con que termina el art. 38 demuestran que el legislador consideró el listín de Bolsa como una simple fuente de prueba del precio corriente (2). No se puede creer que haya querido obligar a los contratantes a someterse al listín de Bolsa en calidad de índice infalible del precio justo de la plaza. La ecuación establecida en el art. 38: justo precio = precio de Bolsa, supone una regla de interpretación, buena solamente mientras el precio de Bolsa corresponde a la verdad, mas equivocada cuando está en oposición con el *justo precio*, con el *precio corriente*, con el *precio de plaza* querido exclusivamente por los contratantes. Aquella regla de interpretación se apoya sobre la esperanza de que el precio de Bolsa corresponda al general de la plaza, lo que sucede ordinariamente, pues ambos están sometidos a las mismas influencias económicas. Pero cuando dicha correspondencia no existe, se violaría la voluntad que se quiere interpretar obligándola a aceptar un precio equivocado. Basta pensar en el imperfecto mecanismo con que está ordenada entre nosotros la fijación de las cotizaciones, en el escaso número de negocios que les sirven de base, en las tenebrosas influencias, en las siniestras especulaciones que a menudo dominan la Bolsa alterando la verdad de los precios, para rechazar una interpretación que dejaría sentir el poder del agiotaje aun en las operaciones más serias combinadas fuera de las Bolsas.

(1) OTTOLENGHI, *El Código de comercio del Reino de Italia*, vol. 1, pág. 531.

(2) Conforme FAGELLA, 1915, II, 203, núm. 10.

El objetivo de la ley fué ahorrar a los contratantes de las grandes plazas la dificultad de probar el curso medio de la mercancía, sustituyendo en su lugar la fácil prueba deducida del listín de Bolsa. Pero el favor se convertiría en un daño si no pudiesen demostrar el verdadero precio corriente, si no se les concediese lo que se concede a los comerciantes de las plazas menos importantes desprovistas de Bolsa, es decir, probar la verdad de los precios con testimonios, con peritajes, con el examen de otros contratos y de otros listines públicos y privados.

244. El listín de la Bolsa extiende también su autoridad a las plazas vecinas que no tienen Bolsa propia, mientras no se pruebe que sufren la influencia reguladora de una plaza lejana. Es una consecuencia legítima de la regla antes indicada según la cual el curso oficial de la Bolsa rige fuera de ella sólo como medio de prueba (1).

§ 25.—LOS CONTRATOS DE BOLSA (2)

Sumario.—245. Los contratos diferenciales están provistos de acción en juicio

245. La actividad principal de las Bolsas consiste en los *contratos diferenciales*. La ley de 20 de Marzo de 1913, ha rechazado abiertamente el criterio que veía en los contratos diferenciales contratos destinados a resolverse en una mera operación de contabilidad sobre las diferencias, a quedar fuera del movimiento efectivo de los títulos y de las mercancías. Regulando este insti-

(1) Anal. Cas. Florencia, 18 de Marzo de 1895; *Temi ven.*, 258; Cas. Roma, 4 de Julio de 1883; *Anales*, 1884, 133. La proposición formulada en el texto aparecía explícitamente en el Cód. de com. alemán de 1861, art. 353, el cual establecía que, a falta de listín oficial, el precio debe determinarse, según el precio de la plaza reguladora del lugar donde debe efectuarse el contrato. Conf. Cód. húngaro, § 339.

(2) Véase núms. 57 y 59. Según el art. 34 de la ley de 20 de Marzo de 1913, núm. 272 sobre las Bolsas, están comprendidos en la denominación de contratos de Bolsa, los contratos realizados fuera de ella tanto al contado como a plazo, en firme, con prima o de *reporto* sobre títulos de crédito o sobre valores, o sobre géneros y mercancías estipulados en Bolsa o fuera de ella, con tal que en este caso haya intervención de uno o más mediadores inscritos, excluidas las operaciones sobre letras de cambio. Conforme Alegación C. al Decreto-ley de 1.º de Septiembre de 1920, núm. 1.206.

tuto desde un punto de vista justo, esta ley ha considerado dichos contratos como pactos que siempre poseen en sí mismos el poder de trasferir, de un contratante a otro, títulos y mercancías, y que realizan una función económica y socialmente provechosa, bien porque tienen en suspenso las cosas objeto del contrato hasta que encuentran su colocación, o bien porque impiden los grandes saltos de los precios, atenuándoles con la multiplicidad de las operaciones.

Según la ley de 20 de Marzo de 1913 los contratos diferenciales son considerados cual en la realidad se presentan, es decir, como auténticos contratos de compraventa al igual que sucede con el último contrato de la cadena económica que da lugar a la entrega efectiva de los títulos o de las mercancías destinadas al ahorro, a la industria o al consumo. Constituyen en su intimidad verdaderos contratos de venta, del mismo modo que también lo son los endosos de una copia de la libreta del corredor, endosable, aunque no den lugar entre el endosante y el endosatario a entrega alguna de mercancías, sino sólo a una liquidación de diferencia de precios.

Los contratos de que nos ocupamos fueron considerados como contratos efectivos sobre títulos de crédito o sobre mercancías, y sería ilegítima toda distinción entre ellos basada en que den lugar a la consignación o en que se resuelvan con el pago de las diferencias. No habría posibilidad de hacerla porque los contratos cuya finalidad es liquidar las diferencias pueden realizarse con la entrega, sea anticipadamente, sea al vencimiento; y al contrario, contratos que tienen por objeto la entrega efectiva pueden liquidarse más tarde (por ejemplo, al sobrevenir dificultades de dinero) con el pago de las diferencias.

La ley ha dado a los tan nombrados contratos diferenciales el carácter de verdaderos contratos de compraventa, por lo que, lógicamente, hubo de dejar a un lado la falaz distinción entre contratos diferenciales y los que no lo son. Admitiéndoles todos como contratos de la misma naturaleza, ha suprimido la declaración: «que los contratos a plazo tienen eficacia jurídica aun cuando deban resolverse con el pago de las diferencias» aparecida en el proyecto Cocco-Ortu de 1908 y en muchas leyes extranjeras. Desde el momento en que todos los contratos de venta pueden resolverse mediante el pago de las diferencias era un error repetir aquella distinción, y la supresión no tiene el significado (1) de

(1) Así sostiene BOLLETTI en el Mon. de los Trib., págs. 1.913 y 801. Conf. con el texto Casación Torino, 26 de Octubre de 1918; Rev., 1919, 42; Ap. Torino, 20 de Junio de 1916; Mon., 789; Ap. Génova, 7 de Julio de 1916; Foro, 1.391.

un cambio radical del pensamiento del legislador, sino una rectificación, determinada por la expulsión de un equívoco.

La ley se ha puesto finalmente de acuerdo con los hombres de negocios, que siempre han considerado las operaciones diferenciales como verdaderos contratos de venta que tienen por objeto real títulos o mercancías en cuya circulación efectiva pueden influir. Se desprende así de las siguientes observaciones exegéticas, todas decisivas que marcan la primera tentativa de una construcción jurídica de la reciente ley.

a) Admitiendo el derecho del comprador a plazo a obtener del vendedor la consignación inmediata de los títulos, la ley ha reconocido al contrato diferencial la virtud de originar una entrega efectiva. Basta que el comprador lo ponga en conocimiento del vendedor y deposite el precio para que pueda esperar del pacto realizado todos los efectos que el acostumbrado contrato de compraventa lleva consigo. Tampoco un contrato concebido así: «nosotros, comprador y vendedor quedamos de acuerdo para que a fin de mes, en lugar de entregar recíprocamente la cosa y el precio liquidemos la diferencia», sería un contrato diferencial en el sentido de que pueda referirse a los títulos y mercancías sin influir en su movimiento, porque el comprador tendría derecho a la entrega en virtud de una disposición irreductible de carácter público dictada para moderar y castigar las audacias de los especuladores a la baja. Por tanto, aquel derecho ha desterrado incluso la apariencia del contrato diferencial, y esta engañosa denominación debería relegarse entre los anacronismos jurídicos.

b) El llamado contrato diferencial da lugar a la ejecución forzosa, y más eficazmente que el contrato de venta regulado por el Derecho común (ley, art. 44 y sig.; Regl. ejec., art. 92 y sig.). Atribuye a cada una de las partes la facultad de efectuar el contrato por medio del Sindicato de mediadores, a riesgo y ventura de la parte incumplidora. Por ejemplo, el comprador que no consigue la entrega de los títulos solicita del Sindicato que les compre en Bolsa; el Sindicato les compra, les consigna al comprador, y como sin duda alguna le habrán costado los títulos más caros puesto que de no ser así el vendedor se habría apresurado a entregarles o a hacerles entregar, liquidará la diferencia a favor del comprador al que dejará una certificación del crédito o sea de la diferencia que le debe el vendedor moroso, certificación que le servirá como título ejecutivo. Surge pues del llamado contrato diferencial el derecho a realizar el cumplimiento efectivo de la prestación, es decir, la consignación de los títulos y del precio, con energía aún mayor que cuando se trata de la venta normal.

Por efecto de dicho contrato, el comprador que se atuvo a é obtiene la consignación de los títulos o de las mercancías más el reembolso del excedente del precio, que puede exigir, con la certificación provista de fuerza ejecutiva, del vendedor moroso; si fué el vendedor quien cumplió recibe el precio en efectivo por aquella parte que se obtuvo con la venta de los títulos no retirados por el comprador, percibiendo el resto mediante el título ejecutivo; la ley no puede hacer más, puesto que el pago de ese resto depende de la solvencia efectiva del deudor. A ningún contrato de compraventa, ni aun al más ortodoxo, como es el regulado por el Derecho común y por el Código de comercio se le da tanta precisión de ejecución y tanta flexibilidad de sanciones. Decimos que a ninguno, porque la ejecución forzosa admitida por el Código de comercio aplicable a todos los contratos de venta no comprendidos en la denominación de contratos de Bolsa (ley, art. 34), otorga a la parte fiel al contrato la facultad de recurrir al Sindicato de mediadores para que proceda a la venta o a la compra forzosa, pero la coacción se detiene en esta primera fase del procedimiento (es decir, en la compra y en la venta) y la parte que quedó acreedora por la diferencia deberá recurrir al Magistrado a fin de que le provea de título ejecutivo; en cambio con la nueva ley, y fué audaz y previsora la reforma, la certificación del Sindicato tiene para el pago de la diferencia fuerza de título ejecutivo, igual que la letra de cambio (1). Encontramos, pues, en el contrato diferencial un contrato que da caza al contratante moroso y asegura al cumplidor la contraprestación puntual con todas las acciones más enérgicas que están a disposición del legislador.

Después de esta sutil, pero sólida demostración, ¿se dirá todavía que los contratos diferenciales son apariencias, sombras del contrato de venta, apuestas que pasan sobre las cosas sin influir en su movimiento? Quien use esa equívoca denominación con tal significado es víctima de una grosera tradición.

c) El ejercicio habitual de estos contratos, tanto si se celebran directamente como si se verifican con la intervención de mediadores hace comerciantes incluso a los empleados, a los militares, a los dependientes, en suma, a cualquiera que les realice, ya que son declarados por la ley actos objetivos de comercio (artículo 47). Dan asimismo a aquel que no logra obtener las diferencias el derecho a pedir la declaración de quiebra del deudor, pues tratándose de un deudor por causa de comercio puede ser declarado en quiebra (art. 687, Código de comercio).

Esta disposición de la reciente ley, que añade un nuevo acto

(1) Apelación Nápoles, 27 de Diciembre de 1904; *Foro it.*, 1906, 821.

a la serie de actos objetivos de comercio, fué introducida precisamente para hacer recaer las sanciones de la quiebra sobre los especuladores de Bolsa que no pagan las diferencias y obligarles a llevar sus especulaciones por cauces más honrados y prudentes. Se inspiró en el deseo de desterrar una jurisprudencia demasiado benévola que salvaba de la quiebra a los especuladores insolventes proclamando que las operaciones diferenciales no son actos de comercio (1). Fué dictada para encerrar en una severa disciplina las operaciones diferenciales y aquellos que las resuelven habitualmente con el pago de las diferencias, excluyendo las compras y las ventas verificadas con la intención positiva de retirar efectivamente títulos o mercancías, puesto que estos negocios son ya declarados actos de comercio por el Código en el art. 3, núms 1.º y 2.º. Fué, en resumen, dictada para las célebres operaciones diferenciales, y podemos sacar de aquí la conclusión de que ellas son reconocidas y reguladas por la ley como operaciones legítimas y provistas de acción judicial (2).

d) Finalmente, nótese que en el art. 43, la ley reconoce en el Reino la eficacia jurídica de los contratos perfeccionados en el extranjero aun cuando se hubiese convenido resolverles únicamente con el pago de la diferencia de los precios de Bolsa. Ahora bien, si están reconocidos los contratos diferenciales provenientes del extranjero quiere decirse que la excepción de juego no existe, porque si fuesen contrarios al interés público no se habrían reconocido en Italia.

(1) Apelación Brescia, 21 de Junio de 1916; *Mon.*, 1917, 92.

(2) Apelación Milán, 17 de Enero de 1919; *Monit.*, 145; véase, núm. 27, nota 2.