

LIBRO II

Las personas

PARTE PRIMERA

LOS COMERCIANTES

CAPITULO PRIMERO

Caracteres y capacidad de los comerciantes

§ 15.—QUIEN ES COMERCIANTE

Sumario.—98. Cómo se adquiere la cualidad de comerciante.—99. Requisitos. *Ejercicio de actos objetivos de comercio.*—100. *Ejercicio en nombre propio.*—101. Los socios de responsabilidad limitada son comerciantes sólo en las relaciones sociales.—102. *Profesión habitual y efectiva.*—103. No se llega a ser comerciante cuando las obligaciones cambiarias están relacionadas con el ejercicio de una profesión extraña al comercio.—104. La voluntad de ejercer el comercio no puede hacer las veces del ejercicio efectivo del mismo.—105. La profesión de comerciante no es incompatible con otras profesiones.—106. El Magistrado aprecia soberanamente la cualidad de comerciante.—107. Prohibiciones profesionales.

98. Se adquiere la cualidad de comerciante según la ley, con el ejercicio habitual de actos objetivos de comercio, en nombre propio. Para ser comerciante no se precisa ningún requisito formal: ni la inscripción en un registro público, ni un examen, ni una patente gubernativa, ni la ciudadanía italiana; se adquiere tal cualidad sin la condición de ningún capital inicial, sin ponerse al servicio del público; basta el ejercicio profesional de actos objetivos de comercio realizados en nombre propio. El comerciante necesita sobre todo libertad en sus movimientos para dirigir el trabajo y el capital hacia donde aparezcan mayores

probabilidades de ganancia; el Estado puede dejarle libre; las ofensas que haga al crédito y a la buena fe quedan sancionadas inexorablemente con el desprestigio y la quiebra.

La ley de 20 de Marzo de 1910 sobre la reorganización de las Cámaras de comercio, que obligó a la publicación de los nombres comerciales (art. 58), no ha modificado este sistema, puesto que no hizo de tal requisito una condición esencial al comerciante. Este lo es aunque haya omitido la inscripción, y por otra parte, quien está inscrito puede demostrar que no es comerciante; la inscripción crea solamente una presunción de comercialidad para el inscrito, salvo prueba en contrario que puede aportarse por el mismo comerciante inscrito o por sus acreedores, porque es de interés público que sólo adquiera la cualidad de comerciante quien realice efectivamente actos objetivos de comercio (núm. 104).

El comerciante toma nombres diversos según sea el ramo de su comercio; puede ser tendero, salchichero, droguero, banquero, industrial, empresario, editor, armador, etc., etc., pero el Código no tiene en cuenta estas distinciones; las comprende todas bajo el concepto jurídico de comerciante.

99. Los requisitos para ser comerciante son:

A. Ejercicio de actos objetivos de comercio.—En virtud del principio económico según el cual se hace mejor, con más provecho y con menores gastos lo que se repite continuamente, los actos habituales del comerciante serán homogéneos, es decir, encaminados al ejercicio de una rama especial del comercio (comisiones, seguros, banca) en donde el comerciante puede aprovechar los mismos instrumentos de crédito y de trabajo. Pero también está preparado para aprovechar las ocasiones de ganancias que nacen en la esfera de sus negocios habituales. Si amplía así su actuación, también esta nueva actividad entra en el ejercicio de su comercio, entendido en sentido jurídico, y se somete a todas las reglas comerciales, por ejemplo: la presunción de comercialidad, la obligación del registro de los libros de comercio, la obligación de llevarles con esa especial probidad que constituye una obligación profesional del comerciante (1).

100. B. Ejercicio en nombre propio.—Es indiferente que quien ejerce el comercio lo haga personalmente o por medio de

(1) Véase Casación Roma 9 Mayo de 1890, *Monit.*, 601; Apelación Bolonia, 11 de Septiembre de 1898; *Foro*, 1899, 100; Casación Roma, 7 de Diciembre de 1920, *Monit.*, 1921, 232, y lo dicho en el núm. 86.

un representante; es igual que le ejerza por cuenta propia o por cuenta ajena. Sólo se requiere que en el ejercicio del comercio *use su nombre*, que asuma en su propio nombre frente a terceros los derechos y las obligaciones derivantes del negocio. Por consiguiente, son comerciantes el menor (1), el incapacitado, el ausente, las Sociedades mercantiles, que ejercen el comercio por medio de sus legítimos representantes, el comisionista, que le ejerce en nombre propio y por cuenta ajena. Es asimismo comerciante quien presta a otro su nombre para el ejercicio profesional del comercio, aun cuando lo hiciese por liberalidad, puesto que al público no le interesan los propósitos que abrigue al manifestar aquella actividad (2); lo son igualmente el director o el usufructuario de una hacienda comercial cuando la explotan en nombre propio, porque ellos solos responden con todos sus bienes (3): el uso del nombre en negocios comerciales es decisivo (4).

Lo dicho no consta en la definición legislativa del comerciante, pero se deduce de numerosos textos del Código: del art. 862, que excluye al gerente y al representante del número de los comerciantes, lo que resulta claramente del repertorio del cap. II que les sustrae a la declaración de quiebra; del art. 863 que niega el carácter de comerciantes a los directores y administradores de Sociedades; del art. 865, núm. 3.º que le niega igualmente a aquellos que ejercen el comercio bajo el nombre de otro o con nombre simulado, comprendiendo, por el contrario, entre los comerciantes a los que conscientemente prestan su nombre para el ejercicio del comercio ajeno.

En cambio, no son comerciantes los socios de una Sociedad regularmente constituida, bien de responsabilidad ilimitada, bien de responsabilidad limitada (núm. 101), como los comanditarios y los accionistas; no es comerciante el asociado e interesado en una hacienda comercial, porque ésta no se explota en su nombre. No lo es el tutor, el curador, el gerente; y tampoco el director o el liquidador de una Sociedad; ni el capitán de un buque, ni el

(1) Véase núm. 120.

(2) Código de comercio, art. 865, núm. 3.º; Apelación Génova, 4 de Febrero de 1885; *Ras. com.*, 11, 230; Apelación Palermo, 10 de Enero de 1890; *Filiangieri*, 134; Apelación Bolonia, 20 de Abril de 1903; *Temi ven.*, 345; *GOLDSCHMIDT*, § 43, nota 7. Contra *BOLAFFIO, Com.*, núm. 107; *MARGHIEMI*, 3.ª edición, 1, núm. 145, pág. 192; véase más adelante sobre la *cesión de los nombres comerciales*.

(3) Apelación Brescia, 18 de Marzo de 1884; *Consul com.*, 102; *GOLDSCHMIDT*, § 43, núm. 8.º; *BEHRENE*, §§ 3726, 3324; *DERNBURG, Lehrerbuch des Preussischen Privatrechts*, I, § 236.

(4) Conforme Apelación Bolonia, 19 de Noviembre de 1909; *Jurisp. ital.*, 1910, 31.

representante de una empresa de navegación porque los negocios que verifican son negocios del principal.

101. Se suele sostener que los socios de responsabilidad ilimitada son comerciantes a pesar de no ejercer el comercio en nombre propio (1). Este criterio no se deduce de ningún texto explícito de la ley, pero le basan en la disposición que somete al comerciante a la declaración de quiebra cuando quiebra la Sociedad (art. 847). El sistema del Código condena tal opinión.

La extensión de la cualidad de comerciante a dichos socios resultaba lógica cuando la responsabilidad ilimitada se fundaba en un mandato real o presunto conferido por ellos al socio gestor para ejercer el comercio en interés común y en nombre de todos (2), pero está en oposición con el concepto introducido en los Códigos modernos, cada vez más dominante y aceptado, según el cual la persona jurídica de la Sociedad se distingue netamente de la de los socios. En el sistema del Código, el comercio de la Sociedad no es el de los socios; el nombre que usa no es el de los socios sino el suyo propio. La profesión habitual de realizar actos de comercio es propia de la Sociedad, no de los socios, y hace comerciante a la Sociedad, no a estos; de lo contrario los mismos negocios serían computados varias veces, porque darían el carácter de comerciante a la Sociedad y a todos los socios. No puede decirse que el socio ejerza el comercio por medio de la Sociedad, la cual sería su representante, ya que el trabajo de la Sociedad no es el de un representante sino el de un comerciante que asume derechos y obligaciones por cuenta propia. El socio no es más que un fiador solidario de las obligaciones sociales (art. 106, 76, núm. 1.º), y garantizar las obligaciones de un comerciante no constituye una profesión. Sin duda, quien concurre a la constitución de una Sociedad, verifica un acto de comercio (núm. 3.º), pero un solo acto objetivo no basta para formar un comerciante. La doctrina que combato resulta incompatible también con el sistema del Código porque las Sociedades son consideradas como comerciantes en el acto mismo de su constitución, aunque no sean comerciantes por profesión habitual (art. 76). Si el socio fuese co-

(1) VIDARI, 4.ª edición, I, núm. 186; BOLAFFIO, *Com.*, núm. 112 y *Jurispr. ital.*, 1896, I, 632, sub. I; SRAFFA, *Quiebra de las Sociedades mercantiles*, págs. 138-143; MANARA, *Sociedades comerciales*, núm. 6.º y sig.; THALLER, *Trailé elem.*, núms. 308, 332 y 333; LYON CAEN et RENAULT, *Trailé*, pág. 204 bis.

(2) Este concepto perduró hasta la codificación; la razón social no debía ser más que la firma abreviada de los socios; el derecho de obligarse recíprocamente se hacía derivar invariablemente de una especie de mandato conferido a los socios por los socios. Véase FREMERY, págs. 208 y sig.; núms. 154 y 156.

merciante, solo por ser socio adquiriría dicha cualidad antes de haber realizado ningún acto de comercio en nombre de la Sociedad y en consecuencia tendríamos, a despecho de la definición del Código, comerciantes que serían tales aun no habiendo ejercido, ni directamente ni por medio de la Sociedad, profesión mercantil alguna. Todavía más: los comandatarios que pierden el beneficio de la responsabilidad ilimitada cuando verifican uno o varios actos de administración (art. 118) pueden declararse en quiebra (art. 847) y por consiguiente deberían considerarse comerciantes según la tesis rechazada por mí; dándose así otro caso de un comerciante que llegaría a serlo sin hacer del comercio su profesión y una nueva violación del art. 8.º La doctrina en cuestión nos conduciría al absurdo de presumir actos de comercio todos los actos de un socio, aunque no ejercite ningún ramo del comercio al que puedan referirse (art. 4); de obligarle a llevar libros de comercio a pesar de no tener ninguna operación que registrar (art. 21); de condenarle por bancarrota por no haberles llevado regularmente o por no haber publicado su matrimonio (art. 856, núm. 5.º, 857); obligaría a admitir, lo que repugna a la actual convicción jurídica, que se pueda libremente girar letras contra él (art. 339) y que se pueda obligarle a cumplir un mandato sólo porque no le ha rehusado inmediatamente (art. 351); por último, tendríamos que aceptar que el menor no puede continuar formando parte de la Sociedad constituida por su padre sin autorización judicial, siendo así que la jurisprudencia considera innecesaria esta intervención, fundándose precisamente en que el menor continuador del ejercicio social no verifica el comercio en nombre propio, condición esencial para que se desenvuelva aquella función tutelar, según el art. 12 del Código de comercio (1). De una sanción penal y por tanto excepcional, cual es la de aumentar las garantías de los acreedores sociales extendiendo la quiebra a los socios no comerciantes, no se pueden deducir consecuencias extensivas que agravan la condición del socio (2).

(1) La jurisprudencia considera que el menor puede continuar formando parte de la Sociedad legalmente constituida sin necesidad de autorización judicial: *Apelación PERUGIA*, 6 de Junio 1891; *Foro*, 1892, 50; *Casación Roma*, 14 de Junio de 1892; *Foro*, 888; *Apelación Perugia*, 20 de Junio de 1899; *Temi genov.*, 463.

(2) Esta doctrina propugnada en la 1.ª edición halló eficaces defensores en BONELLI, *Quiebra*, núms. 10 y 35; Rocco en el *Derecho com.*, 1899, 857 y sig.; y D'AMELIO, *Com.*, art. 8, pág. 105. La doctrina era ya acogida en la jurisprudencia por la Casación Nápoles, 7 de Marzo de 1888; *Monit.*, 1889, 286: «El socio de Sociedades en nombre colectivo será comerciante, si no tiene otro comercio propio, sólo como socio dentro de los límites de la empresa social. Su quiebra como persona distinta de la sociedad no puede pronunciarse si no se ha demostrado

Se objeta: el instituto de la quiebra está exclusivamente reservado en derecho vigente a los comerciantes: luego el socio sujeto a quiebra es un comerciante. Pero este pretendido silogismo queda reducido a una simple repetición de principio, porque si bien es cierto, como puede demostrarse, que los socios de responsabilidad ilimitada no tienen los caracteres esenciales de los comerciantes, no lo es en cambio que sólo los comerciantes puedan quebrar; al contrario, la verdad es la proposición más extensa según la cual pueden quebrar los comerciantes y los socios de las Sociedades mercantiles, sin ser comerciantes, por lo cual se debe admitir que la disposición del art. 847 tiene un carácter complementario del art. 683. Dice bien Bonelli: «La quiebra del socio de responsabilidad ilimitada está fuera del art. 683, y no constituye una aplicación, sino un agregado impuesto por motivos particulares. Faltan, en efecto, a dicha quiebra las dos condiciones generales del artículo citado, puesto que para declarar fallido al socio no hace falta fijar ni su *cualidad de comerciante*, ni su *estado de cesación de pagos*, sino únicamente que fué declarada en quiebra la Sociedad de la que forma parte». Se trata pues de una disposición excepcional, añadida para reforzar el crédito social y no debe ser extendida más allá de los motivos que la justificaron. Fuera de las relaciones sociales, el socio que no ejerce por sí el comercio debe ser considerado como lo que es, o sea como un ciudadano no comerciante y consiguientemente no se le debe someter a la quiebra sólo por su cualidad de socio de una Sociedad mercantil.

Se objeta que el Código sienta varias veces la hipótesis de que el socio de una Sociedad en nombre colectivo caiga en quiebra (arts. 191 y 848) sin que caiga en ella la Sociedad, es decir, de que sea comerciante. Esto significa que el legislador ha querido te-

que ejerció el comercio en nombre propio independientemente de esta». Fue seguida después implícitamente por la Casación de Roma, 14 de Junio de 1892; *Foro*, 888, puesto que considera innecesaria la intervención del Tribunal para autorizar al menor a formar parte de una Sociedad en nombre colectivo constituida por el padre (art. 12, Código de comercio), «porque el ente que se manifiesta en operaciones comerciales es la Sociedad que obra y contrata en interés de los socios particulares»; y por la Corte de Perugia, 6 de Julio de 1891; *Foro*, 1892, 50: *La Sociedad entrando en función asume frente a terceros la forma y la sustancia de ente distinto de las personas de los socios. Por tanto el ejercicio del comercio fué verificado, no por los socios, sino por la Sociedad y en su lugar por la persona encargada de la firma social. De aquí se deduce que la prohibición establecida en el art. 12 no puede afectar a un comercio cuyo ejercicio se realiza por un ente colectivo distinto de las personas de los socios.* Conforme también Tribunal Milano, 22 de Noviembre de 1895; *Monit.*, 1896, 35; Apelación Roma, 20 de Noviembre de 1909; *Jurisprudencia italiana*, 654; Casación Florencia, 29 de Julio de 1905; *Foro A.*, 1915, 1,345; Casación Roma 29 de Julio de 1915, *Foro Rep.*, 1915, voz comerciante, núm. 9.

ner presente el caso de un socio que ejerce con poca fortuna el comercio. Pero con ello de ninguna manera ha dicho, ni siquiera implícitamente, que no pueda haber socios no comerciantes y como tales excluidos del procedimiento de quiebra (1).

Se aduce la gran autoridad de la doctrina y de la jurisprudencia francesa, las cuales reconocen el carácter de comerciantes a los socios de responsabilidad ilimitada. Pero los textos del derecho positivo son distintos en ambos países. Falta en el Derecho francés una regla como el art. 77 que separe netamente el nombre y el comercio de la Sociedad del nombre y el comercio de los socios, y que, como corolario de ello, excluya de modo expreso que el comercio de la Sociedad pueda considerarse como el comercio de los socios. Y más particularmente falta un texto que corresponda al art. 847 el cual envuelve en la declaración de quiebra a los socios y a la Sociedad. En defecto de este texto legislativo la doctrina hubo de buscar un punto de apoyo para justificar la declaración de quiebra de los socios, garantía necesaria a los acreedores, y le encontró considerando comerciantes también a los socios. Pero nosotros, que poseemos una disposición legal que provee taxativamente en límites expresos y precisos a la tutela del crédito mercantil, no debemos andar a la busca de un principio general de donde derivar dicha tutela. Debemos mantener la disposición de la ley en los límites taxativos que su naturaleza excepcional señala.

102. C. Ejercicio en nombre propio.—Ejerce la profesión habitual el comerciante que emplea sistemáticamente su actividad o la de sus representantes en una serie continuada de negocios mercantiles, que generalmente son de la misma especie (2). No basta algún acto de comercio aislado, accidental, para formar un comerciante: quien emplea sus ahorros en acciones de Sociedades comerciales, quien paga las cuentas de su hacienda doméstica o rural mediante letras, quien para facilitar la venta de los productos de sus fincas les deposita en almacenes generales o les vende por medio de órdenes sobre mercaderías, no llega a ser comerciante, porque estos negocios, necesariamente intermitentes, no pueden multiplicarse hasta el punto de constituir una profesión ha-

(1) Así MANARA, *Sociedades com.*, 6, el cual en la núm. 2.º, pág. 13, con el mismo modo de argumentar me reprocha haber presentado varias veces en la 1.ª edición al socio de responsabilidad ilimitada como un comerciante. Pero reconocer que este socio puede ser comerciante no implica en absoluto que deba serlo siempre.

(2) Memoria MANCINI, pág. 49; GOLDSCHMIDT, § 433; BEHREND, §§ 23, 24.

bitual, y porque además suponen el ejercicio de otra profesión de la que ellos son sólo el instrumento (1).

103. Aquel que pone en circulación varias obligaciones cambiarias, no adquiere por esto solo la cualidad de comerciante. A primera vista parece que un silogismo simple e inflexible nos conduce a la conclusión contraria: si la obligación cambiaria es acto objetivo de comercio y es comerciante el que ejecuta actos de comercio por profesión habitual, quien se obligue habitualmente con la forma cambiaria será comerciante. Pero en este razonamiento dejamos olvidado el concepto de la profesión habitual; ésta debe consistir en una actividad sistemática y autónoma; y no puede ser tal la firma de letras de cambio, por ejemplo, la emisión hecha habitualmente para regular las cuentas de una hacienda agraria. Cuando dicha firma se relaciona con el ejercicio efectivo de algún otro negocio, a éste habrá que atenerse para determinar la profesión del obligado cambiariamente. Es verdad que la ley niega a la causa de la obligación cambiaria toda aptitud para vulnerar el crédito de la letra; mas cuando se trata de juzgar sobre la capacidad o el estado de las personas, la doctrina de los títulos de crédito en nada altera las normas de carácter público que regulan esta materia (2).

(1) Apelación Venecia, 24 de Junio y 14 de Octubre de 1879; *Eco*, 334; *Temi veneta*, 556; Apelación Bolonia, 12 de Marzo de 1886; *Revista jur.* 69; Apelación Génova, 17 de Diciembre de 1888; *Monit.*, 1889, 226; Casación Nápoles, 7 de Marzo de 1888; *Monit.*, 1889, 286; Apelación Milano, 28 de Diciembre de 1889; *Id.*, 1890, 194; Casación Torino, 26 de Noviembre de 1907; *Monit.*, 1908, 409; Apelación Venecia, 18 de Febrero de 1909; *Temi*, 323; Apelación Nápoles, 28 de Abril de 1909; *Jurisp. ita.*, 654; *BOLAFFIO, Com.*, 105; *LYON CAEN ET RENAUULT, Traité*, núm. 198 y en general todos los autores.

(2) En este sentido prevalecen ya la doctrina y la jurisprudencia: *BOLAFFIO, Foro*, 1889, 240; *Rocco en la Rivista de Derecho comercial*, 1903, 11, 235; Apelación Roma, 22 de Junio de 1888; *Cons. com.*, 218; Apelación Milano, 28 de Agosto de 1888; *Monit.*, 803; Casación Turin, 22 de Octubre de 1888; *Monit.*, 1889, 26; Casación Nápoles, 7 de Marzo de 1889; *Foro*, 678; Apelación Ancona, 28 de Octubre de 1891; *Foro*, 1892, 701; Apelación Venecia, 26 de Agosto de 1892; *Temi ven.*, 587; *Id.*, 10 de Marzo de 1893; *Foro*, 980; *Id.*, 7 de Julio de 1896; *Temi ven.*, 423; Apelación Génova, 9 de Junio de 1896; *Temi genov.*, 358; Apelación Cassale, 19 de Febrero de 1897; *Foro*, 1,347; Apelación Cassale, 19 de Diciembre de 1903; *Jurisp. tor.*, 1904, 114; Apelación Florencia, 29 de Marzo de 1904; *Temi genov.*, 830; Apelación Bolonia, 26 de Junio de 1905; *Temi*, 547; Apelación Cassale, 15 de Diciembre de 1905; *Jurisp. tor.*, 1906, 172; Apelación Venecia, 30 de Enero de 1908; *Temi*, 258; Contra Apelación Venecia, 28 de Noviembre de 1888; *Foro*, 1889, 240; Apelación Trani, 23 de Agosto de 1901; *Carte delle Puglie*, 261; Apelación Palermo, 31 de Enero de 1903; *Revista de Derecho comercial*, 11, 325; Apelación Catanzaro, 8 de Febrero de 1916; *Foro, Rep.*, 1916, voz *comerciante*, núm. 6.

104. La voluntad de ejercer el comercio no hace las veces de su ejercicio efectivo: no basta titularse comerciante en actos públicos o privados, fingirse tal, aun recurriendo a artificios dolosos, o hacerse autorizar a fin de ejercer el comercio; así no se adquiere el carácter de comerciante (1). Cualquiera que tenga interés (por ejemplo, el marido de la mujer comerciante, los acreedores hipotecarios o privilegiados del pretendido comerciante, y él mismo aunque vaya contra sus actos), puede probar su estado efectivo, porque, en defensa del público, las declaraciones de quiebra, las reglas sobre la capacidad de las personas, sobre competencia y sobre procedimiento, la aplicación de las penas, no pueden depender de la voluntad privada. Hay que decir, no obstante, que el falso comerciante deberá destruir la presunción que se deduce de su modo de obrar y resarcir del daño a los terceros engañados.

105. La profesión de comerciante no es por lo general incompatible con otras; no hace falta tampoco que ella confiera al que la ejerce su principal posición social, ni que constituya la fuente más conspicua de sus ganancias. Puede tratarse de un banquero y a la vez agricultor, de un industrial e ingeniero u obrero, de un empresario y cantante, puede dedicar al comercio sólo una pequeña parte de su patrimonio y ser sin embargo comerciante (2).

106. Es un juicio de hecho, el que decide si hay una profesión habitual del comerciante y en él la opinión pública rara vez se equivoca porque el comerciante para ejercer provechosamente el comercio debe hacerle conocer. La tienda, el Banco, el taller, las facturas, las circulares, los muestrarios, las listas de géneros y de precios ofrecidas al público; la adquisición de exclusivas industriales, de derechos de autor; la inscripción en la Cámara de comercio o en una Corporación de comerciantes; el pago de los

(1) Casación Florencia, 21 de Enero de 1897; *Temi ven.*, 125; Casación Roma, 18 de Octubre de 1898; *Foro*, 1,318; BONELLI, *Comentario*, núm. 13; BOLAFFIO, *Comentario*, núm. 110; BESLAY, núm. 128 y sigs.; LYON-CAEN ET RENAULT, *Traité*, núm. 208; GOLDSCHMIDT, 2.^a ed., § 43, núm. 16 d) y en general todos los autores.

(2) Apelación Milano, 16 de Abril de 1886; *Monit.*, 1887, 398; el director de un periódico fué declarado comerciante en razón de la empresa tipográfica de que era propietario; Apelación Turín, 21 de Marzo de 1889; *Monit.*, 401; el Secretario jefe de una provincia fué considerado comerciante; Apelación Modena, 4 de Mayo de 1888; *Jurisp. ital.*, 511; Casación Turín, 23 de Diciembre de 1889; *Monit.*, 1890, 254; Apelación Nápoles, 20 de Marzo de 1897; *Temi genov.*, 316; un obrero fué considerado comerciante; Apelación Bolonia, 22 de Octubre de 1901; *Temi ven.*, 823; Apelación Palermo, 16 de Febrero de 1902; *Cicolo jurid.*, 1903, 94; Apelación Venecia, 18 de Febrero de 1903; *Temi*, 323.

impuestos para el ejercicio de la profesión; los libros de comercio, el hábito de frecuentar la Bolsa o las subastas públicas, la concesión de la autoridad administrativa cuando se requiera: todos estos son indicios que sirven para señalar visiblemente la cualidad de comerciante. Pero ninguno de ellos es esencial, porque no hay más que un camino para adquirirla: el ejercicio profesional de actos objetivos de comercio (1).

Quien quiera deducir un derecho del carácter de comerciante debe proporcionar la prueba; así, el que pide la declaración de

(1) Sobre el acierto del juicio del Magistrado que reconoce la cualidad del comerciante, véase por último: Casación Nápoles, 27 de Junio de 1915; *Monit.*, 1915, 987; Casación Palermo, 18 de Noviembre de 1909; *Monitore*, 1910, 740; Casación Turín, 16 de Noviembre de 1907; *Monitore*, 1908, 409; *Id.*, 14 de Julio de 1908; *Jurisp. torino.*, 1909, 234. La jurisprudencia ha considerado que son comerciantes: los *alquiladores de máquinas*: Apelación Florencia, 31 de Mayo de 1902; *Anales*, 231; Los *directores de un pensionado*: Apelación Milano, 30 de Julio de 1901; *Monitor*, 1902, 159; Casación Nápoles, 22 de Junio de 1915; Corte de Apelación, 307; *El Profesor que dirige y ejerce un pensionado si el objeto de lucro con las pensiones prevalece sobre la finalidad de la enseñanza*: Casación Torino, 13 de Julio de 1919; *Jurisp. tor.*, 1919, 1.049; *El tintorero que adquiere la materia prima fuera de los límites de las órdenes recibidas*: Apelación Florencia, 24 de Junio de 1902, *Anales*, 362; *El farmacéutico*: Casación Roma, 27 de Febrero de 1902, *Jurisp. pen. tor.*, 356; Apelación Génova, 24 de Enero de 1902; *Leyes*, 1912, I, 443; *Id.*, 1.º de Febrero de 1907; *Temi genov.*, 271; Apelación Cassale, 17 de Marzo de 1910; *Revista de der. com.*, 602; Apelación Turín, 30 de Diciembre de 1911; *Foro Rep.*, 1912, voz *comerciante*, núm. 9.º; Casación Turín, 23 de Noviembre de 1912, *Monit.*, 1913, 249; Casación Florencia, 19 de Diciembre de 1912, *Monit.*, 1913, 244; *El revendedor de sal y de tabaco*: Casación Pen., 26 de Septiembre de 1903; *Foro*, II, 472; *Id.*, 27 de Abril de 1912; *Foro*, I, 183; *El que vende aguas minerales*: Apelación Nápoles, 10 de Junio de 1912; *Foro*, I, 562; Tribunal de Milano, 29 de Octubre de 1910; *Monitore*, 911, 17; *El agente de cambio*: Apelación Milano, 4 de Abril de 1905; *Monitor*, 628; Apelación Palermo, 25 de Enero de 1901; *Circ. jurisp.*, 915; *El fotógrafo*: Casación Roma, 11 de Junio de 1900; *Temi genov.*, 67; *El que explota un molino de vapor para la producción de harinas*: Apelación Trani, 19 de Febrero de 1904; *Rev. jurisp. Trani*, 469; *El consorcio constituido para el uso de aguas con fines industriales*: Apelación Cassale, 29 de Abril de 1904; *Jurisp. ital.*, 431; *Los correos que prestan servicio de transporte de una plaza a otra*: Apelación Brescia, 9 de Julio de 1900; Corte Brescia, 259; *El contratista para pavimentación de carreteras comunales por nueve años*: Casación Roma, 30 de Diciembre de 1911; *Foro*, 1912, 278; *El sastre que vende a los clientes paños adquiridos para revenderles*: Casación Roma, 15 de Enero de 1914; *Foro Rep.*, 1915, voz *comerciante*, núm. 5.º. Ha considerado que no es comerciante: *el contratista del servicio postal*: Apelación Nápoles, 18 de Diciembre de 1899; *Temi genov.*, 1900, 91; *El vendedor al por mayor de géneros de monopolio*: Casación Roma, 12 de Marzo de 1910; *Rivista de der. com.*, 741; *Id.*, 28 de Junio de 1909; *Foro*, 503; *Id.*, 6 de Abril de 1909; *Just. pen.*, 866; Tribunal de Cagliari, 23 de Diciembre de 1912; *Foro Rep.*, 1912; voz *comerciante*, núm. 11; *El que gestiona un negocio en nombre del cedente*, aunque disfrute de las utilidades de la hacienda: Apelación Bolonia, 20 de Abril de 1903; *Temi*, 345; *El Director de un hospital cuando tiene abierta al público una farmacia*: Apelación Florencia, 26 de Febrero de 1903; *An.* 100.

quiebra de su deudor tiene que demostrar que éste es comerciante (1).

107. Incompatibilidades profesionales.—En principio el comercio es libre, de acuerdo con su naturaleza diligente, especuladora e internacional. Bajo la influencia de ideas más liberales y democráticas cayeron las prohibiciones que afectaban a los nobles, a las mujeres, a los extranjeros, a los eclesiásticos, a aquellos que no estaban matriculados en las Corporaciones. Quedan todavía en vigor varias incompatibilidades profesionales que están esparcidas en leyes especiales.

Está prohibido todo género de comercio a los embajadores, a los Cónsules (2), a los Notarios (3), a los Procuradores legales (4), a los empleados civiles del Estado (5), a los Abogados del Estado (6), a los funcionarios judiciales y a los ujieres (7). Existe una prohibición parcial para el ejercicio de algún ramo del comercio para los Abogados y para los Oficiales públicas (8). Hay también en el Código de comercio prohibiciones más limitadas en defensa de determinadas relaciones jurídicas, para los socios de responsabilidad ilimitada (arts. 112 y 116), para los gestores (artículo 372), para los representantes de casas extranjeras (art. 376), para el Capitán (art. 515). Hay finalmente muchos ramos del comercio cuyo ejercicio está sometido a condiciones especiales, como las agencias de negocios, las hosterías, las fondas, las cantinas militares, las Bancas de emisión, de crédito sobre inmuebles o agrícolas, la navegación. Fueron razones de decoro y de tutela profesional contra los abusos, las que sugirieron dichas prohibiciones en favor del interés público. Pero estas no mer-

(1) Apelación Venecia, 9 de Mayo de 1877; *Temi ven.*, 288; Apelación Venecia, 24 de Julio de 1888; *Id.*, 415; Apelación Milano, 17 de Mayo de 1881; *Monit.*, 528; Apelación Génova, 31 de Marzo de 1891; *Temi genov.*, 181; Apelación Venecia, 21 de Julio de 1896; *Temi ven.*, 1897, 66; Casación Florencia, 21 de Enero de 1897; *Temi ven.*, 125, Apelación Venecia, 27 de Abril de 1909; *Temi*, 402. En el juicio de oposición esta prueba incumbe al acreedor instantáneo: Casación Florencia, 10 de Marzo de 1898; *Temi ven.*, 181.

(2) Ley consular, 28 de Mayo de 1866, art. 4.

(3) Ley, 25 de Mayo de 1879, art. 2.

(4) Ley, 8 de Junio de 1874, art. 43.

(5) *Texto único de las leyes sobre el Estatuto jurídico de los empleados civiles*, 22 de Noviembre de 1908, art. 7.

(6) Ley, 14 de Julio de 1907, art. 9.

(7) *Ord. gener. jud.* (Real decreto, 6 de Diciembre de 1865) art. 14.

(8) La ley 8 de Junio de 1874, art. 13, prohíbe a los Abogados la profesión de agente de cambio y de corredor; y el art. 146 del Código penal castiga al oficial público que se interesa en los actos de la Administración pública en donde ejerce su oficio.

man la capacidad jurídica de quien las sufre, porque los actos de comercio realizados a pesar de la prohibición, son válidos, y atribuyen a quien les ejecuta profesionalmente el carácter de comerciante (1). Es más, la prohibición sería interpretada en contra de su finalidad si quien ha violado la ley profesional pudiese valerse de su propia falta para escapar a las severas sanciones que se aplican a los comerciantes insolventes.

§ 16.—QUIEN NO PUEDE SER COMERCIANTE

Sumario.—108. El Estado, la Provincia, los Municipios, las Cámaras de comercio, no pueden ser comerciantes.—109. Tampoco las Cajas de Ahorro y los Montes de Piedad.

108. *No son comerciantes el Estado, la Provincia, el Municipio,* porque no se ocupan profesionalmente de negocios mercantiles. Los negocios a que se dedican pertenecen a determinadas ramas de la Administración pública y las operaciones que realizan son propias del Estado, del Municipio o de la Provincia; estas actividades, por mucha importancia que tengan, no pueden desnaturalizar el carácter dominante y fundamental de los entes públicos constituidos para la tutela del derecho y de la economía nacional.

La definición del comerciante que da el Código bastaría a

(1) Esta máxima, con la que toda la doctrina está de acuerdo, es formulada expresamente por algunos Códigos extranjeros: Código alemán (1862) art. 11, 276; Código húngaro, § 263. En cambio según los Códigos español (arts. 13 y 14), portugués (art. 14), argentino (art. 27), brasileño (art. 2), no pueden adquirir la calidad de comerciantes los empleados administrativos, los Magistrados, los militares, etc., si bien pueden ejecutar actos aislados de comercio.

La jurisprudencia ha hecho varias aplicaciones de la regla enunciada en el texto: a los Procuradores: Tribunal de Bari, 19 de Julio de 1910; *Monit.*, 1911, 417; A los Cónsules: Casación Turín, 21 de Marzo de 1876; *Jurisp. ital.*, 1876, 554; Apelación Palermo, 10 de Enero de 1876; *Filangeri* 134; A los ujieres: Apelación Génova, 4 de Abril de 1877; *Eco*, 1877, 1, 123; Apelación Ancona, 24 de Mayo de 1874; *Jurisp. ital.*, 1874, 894; A los eclesiásticos (en este caso la prohibición aparece sólo en las leyes canónicas): Apelación Cassale, 9 de Abril de 1874; *Anales*, 257; Apelación Brescia, 9 de Septiembre de 1890; *Monit.*, 1.054. Por respeto a la autoridad de la ley se puede justamente presumir, salvo una clara prueba en contrario, que la prohibición no ha sido violada y que, por ejemplo, el oficial público no es comerciante: Apelación Génova, 19 de Diciembre de 1905; *Temi genov.*, 1906, 249; Apelación Bolonia, 19 de Noviembre de 1909; *Jurisp. ital.*, 1910, 31.

eliminar toda duda, ya que dichas entidades no realizan el comercio por profesión habitual, pero además el art. 7 lo ha resuelto expresamente. Los organismos públicos en cuestión pueden verificar actos de comercio, asumir la gestión de grandes haciendas, como los ferrocarriles, el alumbrado, los tranvías; pero no adquieren la cualidad de comerciantes (1).

Por respeto a la definición del art. 8, no son tampoco comerciantes las Cámaras de comercio (L., 20 de Marzo de 1910) instituidas para representar y promover los intereses de los comerciantes que las forman, sin ningún carácter de especulación (art. 43). Faltarían a este cometido primordial de tutela de clase si adquiriesen la cualidad del comerciante que es precisamente lo que constituye el objeto de su tutela.

Las funciones accesorias de naturaleza mercantil que pueden verificar, como cuando crean almacenes (art. 4, letras *h* y *k*) o exposiciones comerciales industriales no desvirtúan su naturaleza de entidades administrativas, dependientes del Ministerio de comercio, encaminadas a la defensa de los comerciantes. La explotación del almacén general y todas las operaciones con ella relacionadas (art. 3, núms. 23 y 24) estarán sujetas a las leyes mercantiles, pero esta actividad no hará jamás de la Cámara de comercio e industria un comerciante (2).

109. Tampoco las *Cajas de Ahorro* son comerciantes. Estos organismos pueden verificar sistemáticamente operaciones de Banca, pero no por eso se convierten en comerciantes. Las operaciones pasivas con que recogen los ahorros populares imprimen a las Cajas de Ahorro un carácter eminentemente civil, pues el legislador ha subordinado su disciplina a la cauta y escrupulosa seguridad de los depositantes. (Véase vol. IV, núm. 1.482; vol. I, núm. 91.)

El propósito de considerarlas como institutos civiles se manifiesta en las normas con que la ley ha limitado la elección de sus negocios y el empleo de sus ganancias, las cuales deben ser colo-

(1) Tal es el significado que se quiso dar al art. 7 por la Memoria MANZINI, pág. 47, donde se lee: «Claramente el Estado, la Provincia y el Municipio son siempre lo que son por su esencia, y no pueden jamás dejar de ser eso. Cualquier acto especial y accidental de su vida no puede alterar la naturaleza interna y perenne de estos grandes institutos sociales». No se quiso añadir a ellos los *establecimientos públicos*, porque no repugnaba a la naturaleza y a la constitución de algunos de estos la cualidad de comerciante, como sucedería, por ejemplo, con el Banco del Estado. Conf. D'AMELIO, pág. 94.

(2) Conf. Apelación Génova, 9 de Marzo de 1915; *Revista de der. com.*, 1916, II, 385.

cadadas bajo la vigilancia del Gobierno como garantía de los depósitos, y en obras de beneficencia o de utilidad pública que reanman las energías del ahorro (1).

No hay necesidad de apoyar esta conclusión sobre la interpretación analógica del art. 7 del Código de comercio, desde el momento en que el legislador ha hablado en una ley especial. El carácter civil del instituto no solamente fué declarado con singular energía en los trabajos preparatorios, sino que encontró su expresión imperativa en la citada ley de 15 de Junio de 1888. En efecto, el art. 1 de ella subordina el reconocimiento de las Cajas de ahorro y su actuación a la observancia de las formas y de las condiciones establecidas por la mencionada ley, es decir, a la condición de que fuesen sometidas al Código de comercio sólo en cuanto al empleo de sus capitales y respecto de los depósitos en cuenta corriente (arts. 14, 22). Si el legislador las hubiese considerado como comerciantes no habría tenido necesidad de decir que aquellas operaciones suyas dirigidas al empleo de capitales o a los depósitos en cuenta corriente están sujetas al Código de comercio, porque esto hubiera sido una consecuencia inevitable del art. 4.º del Código. La forma de dichos dos artículos no deja lugar a duda sobre que la aplicación del Código de comercio a las Cajas de ahorro ha sido considerada como una excepción y no como una regla inherente a su cualidad de comerciantes. Por consiguiente, la intención vivamente expresada por el Ministro proponente hon. Grimaldi y por la Comisión parlamentaria de «querer hacer de las Cajas de ahorro institutos de previsión colocados fuera del Código de comercio», ha pasado de la mente de sus propugnadores al texto de la ley (2).

Los *Montes de Piedad* no pueden considerarse tampoco comerciantes, porque por ley especial fueron equiparados a las Cajas de ahorro (ley, 4 de Mayo de 1898, art. 1). Se reputarán actos

(1) Ley de 15 de Julio de 1888, arts. 16, 17, 23 y siguientes.

(2) D'AMELIO, *Com.*, pág. 49; DI NOLA, *Revista de der. com.*, 1906, 11, 389; Casación Roma, 17 de Septiembre de 1892; *Foro*, 1.273; 25 de Febrero de 1896; *Corte suprema*, 1896, 11, 118; 22 de Marzo de 1896; *Id.*, 1896, 11, 178; 29 de Marzo de 1915; 14 de Marzo de 1917, *Jurisp. ital.*, 575; Cas. Palermo, 23 de Noviembre de 1895; *Foro*, 1896, 276; Casación Turín, 21 de Diciembre de 1901; *Jurisp. ital.*, 1902, 283; Cas. Roma, 31 de Marzo de 1903; *Rev. de der. com.*, 1904 109; Cas. Nápoles, 8 de Febrero de 1906; *Rev. de der. com.*, 1906, 389; Casación Turín, 25 de Septiembre de 1907; *Jurisp. ital.*, 1907, 1.060. Contra GIORGI, *Doctrina de las personas jurídicas*, vol. V, pág. 477; BRUSCHETTINI, *Archivo jurídico*, LXI, 1898, pág. 555 y sig. FRANCHI, en la *jurispr. ital.*, 1879, 1, 2, 371; PETTIN, en la *jurispr. ital.*, 1904, IV, 51-95; 1905, IV, 113-208; SANTO-ROMANO, *Principios de der. adm.*, 1901, núm. 431; INGROSSO, *Naturaleza jurídica de las C. de R.* Nápoles, 1907; BOLAFFIO, 4.ª ed., núm. 109.

objetivos de comercio las operaciones activas con que emplean sus capitales y los depósitos en cuenta corriente, pero no llegarán a ser comerciantes ni aun con el ejercicio de dichos actos, puesto que la ley especial citada ha quitado a estos su efecto normal de crear el comerciante (1).

§ 17.—LOS INCAPACES

Núm. 1.—*La incapacidad en los actos aislados de comercio*

Sumario.—110. El Código de comercio regula solamente la capacidad de los comerciantes; la capacidad para ejecutar actos de comercio aislados es regulada por el Código civil.—111. Consecuencias.—112. Capacidad para emitir y negociar títulos de crédito.—113. Para determinar la capacidad se puede ir más allá del texto literal del contrato o del título.—114. *Los inhabilitados*.—115. *Los sujetos a interdicción*.—116. *Los menores emancipados*.—117. Caracteres de la incapacidad.—118. Prueba de la incapacidad.—119. Busca de la fecha.

110. Me parece que, de las disposiciones que reglamentan la materia de capacidad en el Código de comercio, se puede deducir el propósito de éste de ocuparse solamente de la *capacidad* de los *comerciantes*, dejando al Código civil la disciplina de la capacidad en lo concerniente a los actos de comercio aislados.

El Código de comercio niega esta división de materia en un solo caso, sometiendo a los menores emancipados, para cada acto de comercio, a las disposiciones que regulan el ejercicio de un comercio en general (art. 10). La excepción confirma la regla, porque dicha disposición no fué introducida en el Código con el fin de regular actos aislados, sino para evitar que con el ejercicio habitual de estos (por ejemplo, con el ejercicio habitual de mediaciones en negocios mercantiles), el menor emancipado pueda ser comerciante eludiendo aquellas autorizaciones.

111. Por tanto, la capacidad del padre o del tutor para realizar actos de comercio aislados está regulada por el Código civil

(1) Cons. del Estado, 16 de Mayo de 1902; *Foro*, 111, 119; Apelación Venecia, 6 de Diciembre de 1909; *Tem*, 1902, 171, si bien los motivos de la sentencia van rectificadas. Contra BOLAFFIO, 4.^a ed., núm. 109, nota 2; SILVANI en *Tem* citada.

teniendo en cuenta las obligaciones que se derivan. No hay acto de comercio que, desde este punto de vista, no entre en las grandes categorías designadas por el Código civil para determinar los varios grados de capacidad, bien se trate de actos de alienación, de liberación, de seguridad, etc., etc. Se equivocaría quien creyese que todo acto de comercio excede los límites de una simple administración, pues en ellos entran igual los más modestos contratos de trabajo que la mediación en negocios comerciales, lo mismo los más sencillos actos de conservación que el depósito de géneros en almacenes generales (art. 3, núms. 22 y 24). No se puede, argumentando con el art. 10 dictado para menores emancipados, estimar que las autorizaciones exigidas para la explotación de una hacienda comercial, son también necesarias cuando se trata de actos particulares de comercio realizados por el padre o por el tutor. La disposición que veda a los menores emancipados la facultad, que según el Derecho común tienen, de ejecutar simples actos de administración no puede ser extendida, ante todo porque es de índole restrictiva; y además, porque los motivos de la disposición dada para los menores emancipados desaparecen cuando se aplica al progenitor o al tutor. El legislador quiso impedir que los menores emancipados pudieran realizar profesionalmente una serie continua de actos de comercio, como la mediación, sin que los acreedores tuviesen contra ellos las sanciones de la quiebra y de la bancarrota; en otras palabras, quiso evitar que ejerciesen de hecho el comercio sin llegar a ser comerciantes por falta de autorizaciones legales. Pero desde el momento en que el padre o el tutor que ejercen abusivamente el comercio por cuenta del menor responden igualmente de sus culpas en las penas de la bancarrota (art. 862), el peligro de un comercio de hecho falto de sanciones legales, no existe. Para terminar, considerando el acto de comercio como un acto que rebasa la simple administración se llegaría a consecuencias que condenan esta interpretación, puesto que se deberían considerar al padre o al tutor incapaces de regular cambiariamente los más modestos actos de administración, de realizar un contrato de fletamento para el transporte de su hijo y de sus equipajes, un contrato de depósito en un almacén general y así sucesivamente. Cuando se reflexiona sobre los extensos poderes administrativos que corresponden al padre respecto del patrimonio del hijo, aquellas restricciones condenan el principio que lógicamente les sirve de base (I).

(1) Conforme BOLAFFIO, 4.^a ed.; núm. 110, pág. 357; núm. 119, pág. 383. Contra MANARA, *Sociedades*, núms. 13, 14 y 35. Ninguna autoridad podría tener

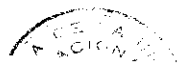
112. Las reglas sobre la capacidad establecidas en el Código civil no solamente sirven para regular las obligaciones originadas de los contratos, sino también las que se originan de la circulación de títulos de crédito a cargo de un incapaz. La excepción de incapacidad que éste oponga a cualquier poseedor de buena fe pueden dar a dicho poseedor una desagradable sorpresa. Pero las razones de carácter público que indujeron al legislador a proteger a los incapaces nos aconsejan mantenerlas incólumes, aun en el caso en que el incapaz viole su ley personal, emitiendo o negociando títulos de crédito: si así no fuese, todas las disposiciones dadas por la ley en defensa de los incapaces serían fácilmente burladas con la emisión de títulos de crédito.

113. Para determinar la capacidad de los contratantes puede profundizarse en los fundamentos del contrato o del título y ver si bajo sus palabras y sus formas se esconde una causa de incapacidad. Reconocida la relación jurídica en su integridad, con todas las circunstancias deducidas del contrato e inherentes a su formación, se puede oponer al cesionario, al portador, aunque ignoren aquellas circunstancias, la incapacidad que de ellas se deriva del mismo modo que habría podido oponerse a quien contrató con el incapaz. Esto no ofrece duda alguna respecto del cesionario que toma el puesto del contratante conocedor de la incapacidad; pero rige también para el portador, no obstante ejercitar un derecho autónomo, puesto que la índole formal y circulante del título no puede mermar la defensa de los incapaces, que es de carácter público. En otro caso esa defensa sería letra muerta, dada la aptitud de la letra de cambio y de otros títulos de crédito para cubrir toda clase de operaciones.

114. *Aplicaciones a los inhabilitados.*—Para determinar la capacidad de un inhabilitado debe considerarse la relación jurídica de donde nació la obligación cambiaria; si aquella excede los límites de una simple administración, la obligación debe obtener el asentimiento del curador. Se equivocaría quien creyese que el inhabilitado no puede realizar ningún acto de comercio por el solo hecho de no poder verificar ningún acto que exceda la simple administración; la ecuación entre acto de comercio y acto excedente de simple administración, según ya demostramos (núm. III), no tiene fundamento alguno en la ley (1).

entre nosotros el Derecho francés, al que falta una disposición análoga a nuestro art. 12, el cual determina cuándo el padre y el tutor necesitan autorizaciones especiales para la continuación del comercio.

(1) Casación Florencia, 11 de Mayo de 1891; Foro, 714; Casación Turín,



No es de ningún modo necesario que conste en el título el consentimiento del curador; ciertamente, éste debe asistir en persona al inhabilitado, pero ninguna ley le ordena prestar su consentimiento en la misma forma con que éste se obliga.

115. Los sujetos a interdicción.—Sus firmas cambiarias pueden ser anuladas aunque hayan sido puestas antes de la sentencia de interdicción, siempre que la enfermedad preexistiese a ellas y que el que recibió la letra lo hiciese de mala fe (art. 336, Código civil). La buena fe del poseedor eventual no destruye la causa de la incapacidad; constituyendo ésta una excepción de carácter público, conserva su eficacia mientras el título circula (1).

116. Los menores emancipados.—Respecto de estos se debe abandonar la regla según la cual la capacidad se determina por la relación material que dió origen a la obligación cambiaria; el Código de comercio, en efecto, a fin de impedir que los menores emancipados sean comerciantes realizando una serie de actos de comercio aislados, les somete para toda obligación comercial, y por tanto también para toda obligación cambiaria (art. 3, número 12; art. 10) a las complicadas formalidades establecidas en el art. 9. Aquí es inútil cualquier indagación sobre la causa de la obligación; la forma cambiaria es decisiva porque la obligación cambiaria constituye sin duda un acto objetivo de comercio, cualquiera que sea su causa. La firma del menor emancipado, aunque se dé por una deuda de simple administración, no puede obligarle cambiariamente (2).

117. Caracteres de la nulidad.—La nulidad de que es tachada la obligación del incapaz, aun en el caso de tratarse de una obligación formal, conserva el carácter que le da el Código civil. Es una nulidad relativa, invocable sólo por el incapaz a cuyo favor se introduce, según los caracteres que le son señalados por el Derecho común. No constituye una nulidad formal, de carácter cambiario, y en efecto, no surge del título, y el derecho cambiario

28 de Diciembre de 1886; Jurisprudencia Turín, 1887, 71; Apelación Florencia, 17 de Diciembre de 1895, *Anales*, 1896, 16; Apelación Bolonia, 21 de Junio de 1908; *Revista de der. com.*, 1908, 11, 56; Apelación Módena, 11 de Diciembre de 1909; *Revista de der. com.*, 1910, 11, 510. *Contra* SRAFFA, *Comentario*, pág. 27, núm. 8.

(1) Conf. Apelación Módena, 17 de Febrero de 1903; *Revista de der. com.*, 1903, 11, 226; PAGANI, *alli*. *Contra* Casación Florencia, 12 de Abril de 1875; *Eco de los Tribunales*, XXV, 710; Apelación Florencia, 26 de Enero de 1895; *Anales*, 165.

(2) Conf. SUPINO, *Comentario*, núm. 4; SRAFFA, *Comentario*, núm. 3, pág. 27.

no se ocupa de ella (arg., art. 327) (1). Por eso, al igual que toda otra incapacidad, podrá remediarse con la subsiguiente autorización de aquellos que tienen el poder de suplirla o de integrarla desde su origen; la confirmación o la ratificación verificada por el incapaz mismo, salido de la incapacidad, darán a la firma su fuerza cambiaria (art. 1.309, Código civil) (2). Lo repetimos, se trata de una nulidad relativa, y en consecuencia los terceros no podrán invocarla contra el incapaz para hacerse absolver de la propia obligación; así, el aceptante de un giro emitido por un incapaz no puede rehusar a éste el pago, cuando sea autorizado a cobrar, invocando la nulidad de su firma como librador, pues aun la firma del incapaz es apta para hacerle adquirir un derecho (3).

118. Prueba de la incapacidad.—El poseedor de un título aparentemente regular, no necesita aportar otra prueba de su crédito; corresponderá la prueba, con la excepción de incapacidad, a quien quiera eximirse de la obligación.

A veces la prueba de la incapacidad puede surgir del título mismo, por ejemplo, cuando resulta de él la causa civil de la obligación contraída por el menor comerciante. Pero también en este caso, para determinar si el obligado es realmente capaz o incapaz se puede investigar en el fundamento del título y buscar bajo las formas cambiarias la verdadera naturaleza de la relación que le sirvió de base. Por consiguiente, el poseedor del título que parece firmado por una persona incapaz de obligarse puede probar que, no obstante la aparente incapacidad de la firma es ésta válida, porque no existe el supuesto conflicto de intereses o la aparente causa civil de la obligación. Cesa toda razón de absolver al suscriptor de la obligación cambiaria cuando en realidad era capaz de obligarse. Para justificar la opinión contraria, para dar a la letra de cambio una importancia decisiva respecto de la capacidad, se precisaría admitir que también esta materia es de naturaleza cambiaria, cuando, como ya hemos visto, el legislador la dejó bajo el imperio del Derecho común y permite relegar a segundo

(1) También bajo el imperio de la ley de cambio alemana en las provincias venetas la jurisprudencia consideró unánimemente que todo lo concerniente a la capacidad debe ser regulado por el Derecho común; Casación Florencia, 11 de Marzo de 1880; *Temi ven.*, 1881, 63; Apelación Venecia, 8 de Junio de 1880; *Temi ven.*, 1.335; Casación Florencia, 26 de Marzo de 1877; 11 de Marzo de 1880; *Temi ven.*, 1887, 181, 1880, 243.

(2) Conf. Apelación Trani, 25 de Agosto de 1902; *Rev. jur. Trani*, 870.

(3) Tribunal Supremo de comercio alemán; *Entsch.*, XIII, 357; GRUENHUT, I, pág. 309, nota 2; STAUB, art. 1, § 36.

término la forma, lo mismo en perjuicio que en defensa del poseedor.

119. De igual modo, la fecha puesta en el título se presume verdadera salvo prueba en contrario (art. 55); quien era capaz al tiempo de ella se presume tal aunque se incapacitase más tarde o aunque hubiese sido incapaz antes de la fecha. Pero la falsedad de ésta puede demostrarse con cualquier medio de prueba a fin de constatar la incapacidad del suscriptor al tiempo de poner realmente la firma, y contra cualquier poseedor, aun contra el de buena fe (1).

Núm. 2.—*La incapacidad en el ejercicio del comercio*

Art. 1.—*Personas incapaces que ejercen el comercio por medio de representantes*

Sumario.—120. Toda persona aunque sea incapaz o se halle imposibilitada, puede ejercer el comercio por medio de representantes.—121. Naturaleza de la autorización concedida a los incapaces para ejercer el comercio.—122. Los representantes no pueden iniciar la explotación de una hacienda comercial con los capitales de sus administrados.—123. Sin embargo, pueden continuarla.—124. Padre y tutor autorizados para esa continuación.—125. La autorización no es necesaria cuando se trate de continuar formando parte de una Sociedad, sea regular o irregular.—126. Publicidad de los actos de autorización.—127. Autorización limitada.

120. Todo individuo, aunque se encuentre en la incapacidad o en la imposibilidad física de ejercer personalmente el comercio, puede hacerlo por medio de representantes legales o judiciales que integran su persona o la sustituyen: tal es el caso de los menores, de los sujetos a interdicción, de los ausentes, de los no nacidos.

También estos, como principales de la hacienda, adquieren el carácter de comerciantes (2); todos los actos realizados en su nom-

(1) Véase 4.^a ed., vol. IV, núm. 1.595, la prueba de la fecha falsa puede darse aunque hubiese sido puesta por el propio menor; no hay artificio doloso que le haga responsable cuando ha sido víctima de las supercherías de su contratante; Apelación París, 17 de Julio de 1894, *Anales*, 1895, pág. 11.

(2) Apelación Génova, 28 de Diciembre de 1887; *Eco genov.*, 1888, 22; Casación Turín, 17 de Marzo de 1833; *Monit.*, 633; Apelación Casale, 29 de Enc-

bre por quien les representa se presumen comerciales; también reza con ellos la obligación de llevar libros (art. 373) y la de pagar puntualmente las deudas so pena de declararles en quiebra. Como es natural, no podrán ser sometidos a un juicio y a una condena de bancarrota si no han contribuido a ésta cooperando con sus representantes, pero no quedarán por ello mermadas las garantías de los terceros en cuya defensa está la responsabilidad de los administradores negligentes o infieles (art. 862).

121. La capacidad concedida legalmente a los incapaces para ejercer el comercio, sea personalmente o por medio de representantes, es de naturaleza diversa a la capacidad que se les otorga para realizar actos de comercio aislados. Se distinguen ambas, no sólo por la amplitud de su contenido, ya que la primera comprende la totalidad de los negocios jurídicos referentes al comercio, sino además porque esta capacidad general está sometida a una disciplina más severa. En efecto, si es verdad que ambos institutos son de carácter público, es igualmente cierto que la incapacidad para ejecutar actos aislados de comercio es relativa, en el sentido de que sólo el incapaz puede valerse de ella, mientras que la incapacidad para ejercer el comercio puede ser revelada por cualquier interesado y hasta de oficio (1). Aun persiguiendo también esta última el objetivo de proteger a los incapaces, halla una tutela más eficaz, porque interesa al bien público que el incapaz comerciante no pueda crear desigualdades entre sus acreedores, descuidando, por ejemplo, alegar su propia incapacidad, para beneficiar a sus acreedores hipotecarios en cuyo favor concedió hipoteca durante el período sospechoso.

122. Los representantes del incapaz no pueden nunca iniciar el ejercicio de un comercio, bien con la adquisición o bien con la implantación de una hacienda, porque dicha iniciación no tie-

ro de 1887; *Reseña*, IV, 6; Casación Roma, 24 de Febrero de 1886; *Monit.*, 654; Apelación Perugia, 6 de Junio de 1891 (al final); *Foro ital.*, 1891, 50; Apelación Génova, 22 de Febrero de 1896; *Temì Genov.*, 199; Apelación Venecia, 31 de Marzo, 1898; *Timì ven.*, 220. *Contra* MANARA, *Sociedades*, núms. 19, 35, 36; MARGHERI, 3.ª edición, I, núm. 150, pág. 196; BOLAFFIO, si bien con alguna incertidumbre, *Com.*, núm. 128; BONELLI, *Comentario*, núm. 33; GOLDSCHMIDT, § 43; BEHREND, § 33, notas 2 y 4 y en general todos los autores alemanes. *Contra*: VIDARI, 4.ª ed., vol. I, núm. 256; pero aceptando esta opinión habría que admitir que puede haber una hacienda comercial sin comerciante. Si el progenitor goza del usufructo legal es él quien ejerciendo el comercio en nombre propio adquiere el carácter de comerciante. Véase núm. 100.

(1) Código civil, arts. 137, 227, 335, 341, 1.106, 1.107, 1.300; véase más adelante, núm. 1.330.

ne jamás los caracteres de necesidad o de evidente utilidad que constituyen los límites de toda administración legal. No es lícito aventurar el patrimonio del administrado en una empresa de utilidad problemática, cuando no se sabe si, llegado éste a la capacidad, tendrá las aptitudes necesarias para continuar el negocio. Sólo quien es capaz de hacerle marchar puede desear tal iniciación del comercio, con tanto mayor motivo cuanto que con ella se cambia el estado profesional de una persona y se le imponen obligaciones que la perseguirán aun después de haber sido librada de la incapacidad (1).

123. Sin embargo, cuando se trate de continuar, no de iniciar, un establecimiento comercial recibido por herencia o por donación, el legislador socorre al incapaz, considerando que la liquidación de la hacienda podría resultar ruinosa o imposible dadas las obligaciones contraídas por el causante respecto de terceros.

En esta hipótesis, la autoridad judicial proveerá nombrando al incapaz o al ausente un representante, o bien integrando los poderes que ya le habían sido concedidos; así en el caso de un ausente (art. 21 y sig., Código civil); de una herencia yacente (art. 980 y sig., Código civil); de una herencia a beneficio de inventario (arts. 969 y 974 y sig., Código civil); de un no nacido (art. 860, id.); de un quebrado (art. 750, Código de comercio) (2).

(1) Se argumenta, a tenor de la ley, con el art. 12 del Código de comercio que prevé sólo el caso en que el progenitor o el tutor tengan que continuar, no que iniciar, el comercio; con el art. 299, Código civil que impone como regla al tutor la obligación de liquidar los establecimientos comerciales del menor; con el art. 297, Código civil, que no concede al Consejo de familia facultad para dar al tutor una autorización general, sino que quiere que le sea dada para cada acto o para cada contrato, lo que es inconciliable con el ejercicio del comercio; con el art. 224, Código civil, que prohíbe al padre la ejecución de actos que excedan la simple administración, excepto en el caso de necesidad o de evidente utilidad. La utilidad de implantar una hacienda es siempre problemática y no está fuera de lugar la sospecha de que el padre quiera iniciarla para aumentar los réditos del usufructo en detrimento de la seguridad patrimonial del hijo. Varios Códigos regulan la continuación del ejercicio comercial heredado por el menor: ley belga, 15 de Diciembre de 1872, art. 3; Código español, art. 5; Código rumano, art. 13; pero ninguno prevé el caso de un comercio iniciado en interés del menor. Según Bogero, I, núm. 402, el padre podría ser autorizado por el Tribunal para asumir un comercio *ex novo*, pero dicho autor no aduce ninguna razón que justifique su parecer. Conf. al texto: BONELLI, *Comentario*, núm. 17; MANARA, *Sociedades*, número 17; TARTUFARI, *De la representación*, núm. 68 y la jurisprudencia y la doctrina allí citados.

(2) BONELLI, *Comentario*, núm. 18. en los casos de ausencia y de herencia yacente contradice mi opinión sosteniendo que en aquella hipótesis el fondo comercial debe ser liquidado. Pero la liquidación no es conservación del establecimiento comercial, como quieren las disposiciones citadas en el texto.

124. La hipótesis más frecuente de que un establecimiento comercial ya en marcha pase al patrimonio de un incapaz, está prevista por la ley, la cual regula el caso en que sea útil para un menor o para uno sujeto a interdicción (1) continuar explotándole. Esto puede acontecer no sólo en caso de herencia o de donación, sino también cuando, revocada al menor la autorización de continuar el comercio (art. 15) el padre o el Consejo de familia consideran oportuno continuarle; cosa que resultará conveniente, unas veces para evitar los daños de una liquidación; otras para encaminar al menor en una profesión de tradición familiar; otras, en fin, por respeto a la voluntad del progenitor o del causante difunto (arts. 235 y 229, núm. 2.º, Código civil). En este y en otros casos análogos el padre o el tutor podrán obtener autorización para continuar el comercio: el primero del Tribunal, el segundo del Consejo de familia o de tutela, cuya deliberación deberá ser homologada por el Tribunal (2). Si el tutor autorizado tiene que ser sustituido no hace falta una nueva autorización para continuar el comercio, sea porque la oportunidad de continuar con el establecimiento ha sido ya examinada por el Magistrado, sea porque la elección del nuevo tutor se hará en vista de la gestión comercial que debe dirigir (3).

125. Los actos de habilitación prescritos por el art. 12 del Código de comercio deben considerarse innecesarios en el caso en que el menor reciba en herencia una participación de una Sociedad regularmente constituida y destinada a continuar con los herederos. Esto es indiscutible cuando, aceptando esa partici-

(1) La situación de los sujetos a interdicción se asimila a la de los menores según el art. 329, Código civil; véase Casación Roma, 24 de Febrero de 1886; *Monit.*, 655; MANARA, *Sociedades*, núm. 36; BONELLI, *Comentario*, núm. 17.

(2) La Corte de Casación Turín, 19 de Noviembre de 1910, *Temi genov.*, 709, confirmando la sentencia de 23 de Abril de 1909 de la Corte de Apelación Génova, ha considerado que el progenitor autorizado para proseguir el comercio heredado por el hijo menor, no puede sin una nueva autorización proceder a la liquidación del mismo.

(3) En efecto, según resulta del art. 299 del Código civil referente al ejercicio de la tutela, del cual el art. 12, Código de comercio no hace más que extender su eficacia a la patria potestad, así como de los trabajos preparatorios, *Memoria*, MANCINI, pág. 61 y 62, se quiso regular la suerte del establecimiento comercial en el momento en que entra en el patrimonio del menor, no en sus posteriores vicisitudes. Conf. Casación Palermo, 8 de Noviembre de 1884; *Jurisp. ital.* 85, 1, 290. Contra la solución adoptada en el texto: BOLAFFIO, *Com.*, 129. RICCI, en nota a la sentencia citada; Boggio, 11, núm. 330. Este sostiene que la decisión debe depender de las circunstancias que influyeron sobre la deliberación del Consejo de familia; opinión inadmisibles, porque dejaría a los terceros que contratan con el tutor en la mayor incertidumbre sobre la suerte de sus derechos.

pación, el menor asume solamente una responsabilidad limitada como el comanditario o el accionista, porque entonces no tendrá que ejercer el comercio. Pero tampoco cuando aceptando la participación social se exponga a una responsabilidad ilimitada serán necesarias aquellas formalidades porque esta hipótesis no coincide con la que aparece en el art. 12 del Código de comercio.

El citado artículo prohíbe al padre o al tutor continuar la explotación de una hacienda comercial llegada al patrimonio del menor, pero no les prohíbe de ninguna manera que continúen formando parte de una Sociedad mercantil. En efecto, el menor que llega a ser socio sustituyendo a su causante en la propiedad de una participación social, no ejerce propiamente un comercio, se limita a interesarse en el comercio de la Sociedad la cual es una persona esencialmente distinta de la suya, provista de un organismo, de una administración, de un domicilio, de un nombre propio, ordenada y constituida por la ley de modo que pueda encontrar en los órganos de que está dotada defensa contra los abusos. En este caso interesa poco saber si el padre o el tutor ofrecen garantías suficientes para ejercer el comercio, porque la hacienda social, provista como está de una administración y de una contabilidad propias funciona regularmente sin necesidad del concurso de ellos; si la muerte del socio hubiese hecho imposible la existencia de la Sociedad, ésta se habría disuelto de derecho y no sería el caso de hablar de continuaciones (art. 192). Por otra parte, la menor edad del heredero no le dispensa de la observación del pacto consentido por el difunto, así como no le dispensaría de satisfacer *intra vires hereditatis* cualquiera otra obligación que grave la herencia. El menor, para los efectos jurídicos del beneficio de inventario, es puesto a salvo de cualquier perjuicio eventual que su condición de continuador de la persona del difunto le pudiese acarrear; el beneficio de la responsabilidad limitada a las fuerzas de la herencia le defiende contra todo ataque a su patrimonio personal. Pero bajo todos los demás aspectos es considerado como un heredero cualquiera y por tanto no puede pretender ser colocado en una posición privilegiada, cual sería la del heredero facultado para rechazar por sí mismo algunas de las obligaciones contraídas por su causante. Si el heredero con beneficio de inventario es el continuador de la persona del difunto, se sobreentiende que debe continuarla íntegramente, lo mismo en las ventajas que en las cargas, así en el patrimonio civil como en el mercantil, igual en el contrato de Sociedad que en cualquier otro contrato. Bastaría esta consideración para excluir del caso examinado, la necesidad de cualquier ingerencia judicial, pues, en

qué favorecería al menor la autorización del Juez si éste no puede absolverle de la obligación de continuar la Sociedad? Obrarían contra derecho los Tribunales que absolviesen al sucesor de uno de los contratantes de la obligación de seguir el contrato por éste estipulado (1).

La misma solución debe aplicarse cuando el pacto de continuación se encuentre en el acto constitutivo de una Sociedad irregular. Se ha opuesto que en tal hipótesis el menor, como cualquier otro socio puede salir de la Sociedad pidiendo su disolución (artículo 99) y que por eso no debe quedar en ella sin la autorización del Tribunal (2). Pero este razonamiento es esencialmente equivocado, porque atribuye a una condición resolutoria, cual es la de manda de disolución, el carácter de una condición suspensiva. En realidad las Sociedades irregularmente constituidas se basan en un contrato de ejecución continuada, que dura por todo el plazo convenido si no se resuelve en su curso por demanda de disolución de uno de los socios. Esta estructura esquemática del contrato no varía porque el heredero tome el puesto del socio difunto; al heredero pasa el derecho de pedir la disolución, pero hasta que la pide el vínculo social perdura porque la demanda

(1) En este sentido llega hasta nosotros la más pura tradición del Derecho Italiano: CASAREGIS, *Discurso*, 146, núms. 13-16; FIERLI, *De la comandita*, Florencia, 1803, pág. 129, núm. 5; no hay duda de que el heredero, sea menor o pupilo, queda obligado como su causante respecto de los acreedores de la Sociedad por su obligación a consecuencia del pacto de continuación que es sin duda permitido, exigiéndolo así la utilidad del comercio y la buena fe mercantil. Añadidas las numerosas citas de doctrina y de jurisprudencia hechas por FIERLI allí, nota 5. Esta tradición es hoy continuada por nuestra jurisprudencia: Cas. Roma, 14 de Junio de 1892; *Foro*, 1892, 888; *Id.*, 13 de Marzo de 1896 (Secciones unidas); *Jurisp. ital.*, 1896, 632; Apelación Perugia, 6 de Julio de 1891; *Foro*, 1892, 50; Apelación Roma, 11 de Julio de 1893; *Foro*, 1894, 211; Apelación Génova, 14 de Diciembre de 1896; *Temi genov.*, 1896, 723; Apelación Génova, 20 de Julio de 1899; *Temi genov.*, 463; BIANCHI, núm. 56; SRAFFA, *Liquidación de las Sociedades comerciales*, pág. 14; OTTOLENGHI, I, pág. 270, núm. 22; CASTAGNOLA, *Comentario*, I, 212-215; MARGHERI, 3.ª ed., vol. I, núm. 155, pág. 201; *Revista de der. com.*, 1911, II, 591. Contra BOLAFFIO en el *Foro ital.*, 1892, 50 y *Jurisp. ital.*, 1896, 632; MANARA, *Las Sociedades comerciales*, núms. 20-22; RODINO en *Cort. Sup.*, 1897, I, 417. También en Francia doctrina y jurisprudencia se pronuncian en el sentido defendido en el texto: LYON CAEN ET RENAULT, núms. 231, 319; TROPLONG, núm. 954; AUBRY ET RAU, IV, § 3488; GUILLOUARD, núms. 296, 301; THALLER, *Traité elem.*, núms. 343-346. En el mismo sentido la doctrina y la jurisprudencia de Bélgica: NYSSENS ET CORBIAN, *Traité des soc. com.*, I, núm. 27. Así también en Alemania: ANSCHUTZ U. VON VOELDERNDORFF, II, pág. 274, 275; BEHREND, § 79, pág. 549; STAUB, art. 123, § 5.

(2) Casación Roma, 13 de Marzo de 1896; *Jurisp. ital.*, 1896, 632. Evidentemente el Tribunal de Casación no quiso seguir rigurosamente las consecuencias que se originan de su precedente jurisprudencia. Conf. con el texto: Apelación Roma, 11 de Julio de 1893; *Foro*, 1894, 226.

de disolución determina el momento en que ésta tiene lugar (artículo 99). La disciplina dada por el Código a las Sociedades irregulares sería sustancialmente alterada si, sin esperar del menor la demanda de disolución se considerase que su inacción produce la consecuencia de absolverle de las obligaciones sociales. En efecto, mientras el Código dice que los efectos de la disolución no se cuentan hasta el día de la demanda misma, el menor se beneficiaría desde el día de la apertura de la sucesión; mientras el Código dice que la falta de las formalidades legales no perjudica a los terceros acreedores de la Sociedad, estos resultarían perjudicados por la existencia de un menor en la Sociedad, puesto que éste podría aprovecharse de la ausencia de aquellas formalidades para sustraerse al vínculo social y a sus efectos patrimoniales; al paso que el menor debería, si la Sociedad estuviese regularmente constituida, soportar *intra vires hereditatis* su parte de obligaciones y de responsabilidades hasta la liquidación definitiva, en una Sociedad irregular podría eludir todas las obligaciones posteriores a su llamamiento como heredero a pesar de que la ley, frente a la garantía de terceros, equipara la condición jurídica de las Sociedades regulares e irregulares.

Admitida la doctrina que combatimos, el menor se encontraría en la cómoda pero inicua condición de poder esperar libremente el resultado del negocio para hacerse autorizar y entrar en él si va bien, o para permanecer fuera si va mal. Y si, con objeto de sacarle de esta situación tan capciosa y tan antijurídica se quiere que el menor no pueda formar parte de la Sociedad hasta que haya obtenido la autorización del Juez, llegaremos a este absurdo resultado, que hará falta dividir la hacienda social para la liquidación de los distintos negocios en tres períodos: el precedente a la muerte del socio; aquel en que el menor no formaba parte de la hacienda; y aquel otro en que la formaba. Y dado caso que la Sociedad se compusiese de dos socios solamente, tendríamos el resultado más absurdo todavía, de una Sociedad extinguida por haber quedado reducida a un solo socio, pero que después de algunos meses resurge en virtud del procedimiento judicial que autoriza al menor a formar parte de ella.

No se invoque la aplicación de las formalidades tutelares del art. 12 del Código de comercio. Estaría fuera de lugar, porque aquí no se trata de emprender el negocio del menor sino de formar parte de una Sociedad que le realiza por cuenta propia, con una hacienda que no pertenece a aquel. Si existe algún caso en que no pueda hablarse de peligros que amenacen el patrimonio de un menor, este es uno, pues no estando el menor vinculado a quedar en la Sociedad, el padre o el tutor pueden pedir en cual-

quier momento la disolución de ella. Se comprende la perplejidad de la doctrina y de la jurisprudencia al acoger el principio que obliga al menor a respetar el vínculo social, regularmente constituido por su causante, a cargo del patrimonio que recibe como sucesión. Pero toda duda debe desvanecerse cuando, debido a constitución irregular de una Sociedad, le es lícito deshacer el vínculo siempre que tema un perjuicio para su patrimonio.

126. Los actos de autorización han de ser transcritos y publicados por el Secretario judicial (1). Esta publicidad favorece al menor, al que facilita el crédito; y favorecen al mismo tiempo el ejercicio normal del comercio, puesto a seguro contra los fraudes. No habiéndose cumplido literalmente todas las formalidades mencionadas, el padre o el tutor no pueden emprender el ejercicio del comercio; si le emprenden abusivamente, el menor no llegará a ser comerciante y no se podrá pronunciar la quiebra, sin perjuicio de la responsabilidad personal del padre o del tutor (artículos 373 y 862) (2).

127. El Tribunal y el consejo de familia pueden limitar el ejercicio del comercio respecto de la cuantía de la fianza, del empleo de los capitales, del ramo del comercio, del tiempo y del lugar de su ejercicio. Los negocios que excedan al límite fijado son anulables en interés del menor. No obstante estas restricciones, el menor deberá considerarse comerciante si su actividad mercantil adquiere un carácter profesional.

(1) Estas publicaciones deben hacerse en el registro de que habla el art. 2 del Reglamento ejecutivo del Código de comercio y el art. 36 del Reglamento aprobado por Real orden de 10 de Diciembre de 1882, núm. 1.103.

(2) Y esto no sólo porque a tenor de la ley común (art. 1.303, Código civil) la observación de las formas prescritas por la ley en defensa de los incapaces constituye una condición de validez para los actos ejecutados en su nombre, sino también porque el art. 12 se refiere a todo el art. 9 y por tanto también a su último párrafo: véase Casación Roma, 24 de Febrero de 1886; *Monit.* 1886, 655; Apelación Cassale, 29 de Enero de 1887; Reseña, IV, 6; Apelación Génova, 28 de Diciembre de 1887; *Eco. genov.*, 1888, 27; Casación Roma, 20 de Junio de 1893; *Cons. com.*, 1894, 214; Casación Turín, 6 de Febrero de 1888; *Foro*, II, 104; Casación Nápoles, 12 de Enero de 1904; *Foro*, 922; Tribunal Nápoles, 22 de Enero de 1906; *Gac. Procur.*, XXXIV, 218; Tribunal Palermo, 9 de Julio de 1909; *Foro Rep. voz comerciante*, núm. 4. Según el art. 2 de las Disp. trans., el padre o el tutor no pueden continuar el ejercicio del comercio si no obtienen la autorización prescrita por el art. 12 del Código de comercio y si no hicieron las publicaciones legales. Véase la jurisprudencia antes citada.

Art. 2.— Menores e inhabilitados que ejercen personalmente el comercio

Sumario.—128. Menor comerciante.—129. Solemnidades necesarias.—130. Autorización limitada.—131. Capacidad del menor comerciante.—132. Si puede formar Sociedad.—133. Defecto de formalidades.—134. Actos aislados de comercio.—135. Engaños del menor para fingirse mayor.—136. Revocación de la autorización.—137. Los inhabilitados.

128. Hasta aquí hemos hablado del incapaz que ejerce el comercio por medio de un representante; ahora nos ocuparemos del menor que le realiza directamente.

La vida del comercio abre pronto los ojos al menor, y la desgracia puede hacer necesaria su actuación para sustituir o integrar la del padre. Por eso la ley ha dado medios al progenitor o al consejo de familia o de tutela para que le anticipen la capacidad, equiparándole al mayor antes de haber alcanzado la edad necesaria.

129. Las condiciones precisas a tal fin son:

a) La emancipación, que puede otorgarse expresamente, en cuyo caso el menor deberá haber cumplido diez y ocho años (arts. 311 y 312, Código civil), o tácitamente mediante el matrimonio (art. 310, íd.). De aquí se deduce que el cumplimiento de los diez y ocho años no constituye un requisito esencial para el ejercicio del comercio, puesto que la mujer puede casarse a los quince años cumplidos y hasta a los doce con dispensa del Rey, y el hombre a los catorce (Código civil, art. 68). Esto fué ya observado en los trabajos legislativos (Informe Manzini, pág. 61), pero se creyó oportuno continuar aquella tolerancia que, en experiencias anteriores, no había originado ningún inconveniente; de ella nos ofrecen también ejemplos autorizados los antiguos Estatutos italianos (1).

(1) La incapacidad del menor comerciante fué generalmente restringida en su propio interés y en el del comercio negándole la *restitutio in integrum* hasta por los glosadores que tomaron como punto de partida la L. 1, pr. C, *qui et adv. quos* (2, 41) donde se dice que debe concederse con mayor cautela al menor que se mostró avisado en el gobierno de sus cosas. Los Estatutos, avanzando más, admitieron también a los menores (de la edad de 14, 16, 18 a 20 años) en el ejercicio del comercio, negándoles del todo el beneficio de la *restitutio*. Véase Estat. Casale (sig. XIV) en los *Monum. histor. patria*, I, col. 955; Estat. Fossano, 1.511, col. 11, c. 12; de Piacenza, rub. 73, 431; de Verona, *lib. iur. civ.*, 1.288, c. 150; de Módena, 1.327, lib. III, rub. 14; de Génova, 1.589, lib. IV, c. 20, etc. Pero no llegaron a

b) La autorización especial, concedida expresamente por el padre emancipante o por el consejo de familia o de tutela. La primera se da ante el Juez, la segunda mediante deliberación homologada por el Tribunal.

La emancipación y la autorización pueden ser otorgadas en el mismo acto, contemporáneamente; no se precisa adoptar una fórmula solemne; el Juez interpreta soberanamente la intención del progenitor o del Consejo de familia (1).

130. La autorización puede ser general para toda clase de comercio o limitada a una rama del mismo, a un determinado territorio y excluir ciertos actos, como por ejemplo la participación en Sociedades mercantiles. Estas limitaciones podrán perjudicar el crédito del menor con el que, para evitar todo motivo de litigio, se rehuirán quizá los tratos, pero la autorización debe considerarse, en homenaje a la voluntad de la autoridad emancipadora, dentro de aquellos límites en que fué concedida (2). El Juez, al interpretar estos límites deberá en caso de duda tener presente que toda autorización para ejercer el comercio comprende los actos que forman el instrumento normal de su ejercicio, como las obligaciones cambiarias, las letras, las cuentas corrientes.

c) Los actos de emancipación o de autorización serán copiados y publicados en la forma ya dicha.

131. Realizados estos actos, el menor debe considerarse como mayor respecto de todos los negocios comerciales para que fué autorizado: puede comprar y vender bienes muebles e inmuebles, obligarse cambiariamente, constituir representaciones estables y generales, transigir, comprometerse, dar garantías de

establecer un sistema riguroso de formas y de publicidad que tutelesen a un tiempo al menor y al que comerciaba con él, y de aquí probablemente el ordenamiento todavía defectuoso y casuístico de los Códigos modernos. El principio axiomático que equipara al menor comerciante al mayor de edad se encuentra ya en STRACCA, *De merc.*, III, 26, y de allí quizá pasaba a la *Orden. franc.*, de 1673, tit. 1, art. 6, y luego al Código de comercio francés, art. 2, a nuestro Código de comercio de 1865, art. 4, y al Código de 1882, art. 9. Véase sobre este desarrollo histórico las interesantes investigaciones de BEHREND, I, pág. 163 y sig.; GOLDSCHMIDT, *Universalz.*, pág. 244 y sig.; LATTES, § 8, notas 4-11.

(1) Conforme MARGHERI, 3.^a ed., I, núm. 151, pág. 197; Apelación Venecia, 22 de Diciembre de 1898; *Temi ven.*, 1899, 95.

(2) Que la autorización pueda ser limitada a una rama del comercio se defiende también en el Reglamento ejecutivo, art. 6, núm. 2.^o. Conf. BOLAFFIO, *Com.*, núm. 117; VIDARI, 4.^a ed., vol. I, núm. 232; MARGHERI, 3.^a ed., vol. I, núm. 151, pág. 197; LYON CAEN ET RENAULT, *Traité*, núm. 224; BOISTES, núm. 80; TARTUFARI, *Represent.*, núm. 124; MANARA, *Sociedades*, núm. 28; ALANZET, I, núm. 281. Contra BONELL, *Comentario*, núm. 14, nota 4.

toda especie. Con el ejercicio profesional de actos objetivos de comercio se hará comerciante; estará obligado a llevar libros de comercio, a publicar sus capitulaciones matrimoniales; todo acto suyo se presumirá comercial mientras no pruebe su naturaleza esencialmente civil o que no guarda relación con su comercio; quedará sujeto a la declaración de quiebra y a la condena por bancarrota, salvo la atenuante de la edad.

Como es lógico, respecto de todos los negocios civiles continuará siendo menor, sujeto a las formalidades tutelares establecidas en el Código civil. Su capacidad civil no se ensancha lo más mínimo. La facultad concedida a los menores (art. 11) de hipotecar y enajenar sus bienes inmuebles debe referirse al ejercicio del comercio para que fueron autorizados (1).

132. El menor podrá además entrar en una Sociedad de responsabilidad limitada o ilimitada (2), si bien al segundo caso se puede oponer que de este modo el menor suprime indirectamente al que le ha autorizado la facultad de revocar la autorización; pero como, conforme a ley, debe considerársele mayor (art. 9) no cabe negarle el derecho que compete a todo mayor; la autoridad emancipante que quiera reservarse el derecho de revocación puede, en el acto de la autorización, negar al menor aquella facultad. Si no lo hace, hallará todavía una tutela de los intereses del menor en el buen juicio de los socios, o en el derecho de pedir la disolución de la Sociedad o la exclusión del socio que abusa de la gestión social, cuando esto es admitido por la ley; así podrá hacer caer, en los casos más graves, el obstáculo que impide el ejercicio de su derecho de revocación.

Le está prohibido al padre autorizar al hijo a ejercer el comercio y a verificar con él al propio tiempo un contrato de Sociedad o a entrar en una Sociedad de la que el padre era socio. Su interés en el negocio del hijo le incapacita para autorizarle, porque el antecedente esencial de esa facultad es el desinterés de la autoridad tutelar (*nemo auctor potest esse in rem propriam*). Aquí se presenta de un modo evidente el caso de un conflicto de intereses entre el padre y el hijo, por lo que hace falta un curador especial que sea la garantía de este último; el caso puede entrar en los términos precisos del art. 224 del Código civil cuando el padre realice la emancipación y la autorización en el mismo acto

(1) Cfr. Apelación Turin, 27 de Noviembre de 1905; *Foro*, 1906, 258.

(2) Conf. BOLAFFIO, *Com.*, núm. 124; MANARA, *Sociedades*, núm. 23; VIDARI, 4.ª ed., I, núm. 283; MARGHERI, 3.ª ed., vol. I, núm. 152, pág. 149; Boggio, II, núm. 147; BESLAY, núm. 228 y sig.; MASSE, II, núm. 1.046; ALANZET, *Sociétés*, I, 384; BOISTEL, núm. 88; NYSSSENS ET CORBIAN, *Traité des. soc.*, I, núms. 31.

(núm. 129). Si en cambio el hijo ha sido ya autorizado para el ejercicio del comercio al tiempo de hacer el contrato de Sociedad con su padre, el contrato es válido, puesto que el hijo debe ser considerado mayor para todos los actos de comercio. Un contrato de Sociedad así verificado no puede, salvo caso de fraude, tener efecto retroactivo sobre la precedente autorización, y privar al padre del poder que ejercía legítimamente (1).

133. Si las formalidades prescritas por la ley no fueron cumplidas y publicadas debidamente el menor no puede emprender el ejercicio del comercio (2). Aunque así lo haga no adquiere el carácter de comerciante y conserva los privilegios concedidos al menor por el Derecho común; sus actos no se presumirán mercantiles; sus libros no harán fe en juicio; la cesación de sus pagos no podrá ser castigada con la declaración de quiebra o con un proceso de bancarrota (3), ni aun en el caso de haber alcanzado la mayor edad en el momento en que hizo cesación de pagos, con tal que las deudas dependan de negocios verificados cuando era menor (4); tampoco le alcanzan aquellas medidas aunque haya obrado con el consentimiento de las personas que debían autorizarle (5). Como estas normas son impuestas tanto en defensa del menor como en interés general, se puede invocar su inobservancia lo mismo en favor del menor que en el de terceros; tal derecho compete por ejemplo a los acreedores que obtuvieron en forma legal una hipoteca sobre los bienes del menor por causas ajenas al comercio y quieren evitar la quiebra para salvar su hipoteca.

(1) Cfr. MARGHIERT, 3.^a ed., vol. I, núm. 152; MANARA, núms. 30-32-Boggio, II, núm. 147; BOLAFFIO, lug. cit.; MASSE, II, núm. 1.047; BEDARRIDE, *Des commerc.* núm. 90. Otros autores niegan en todo caso al padre la facultad de emancipar al hijo si tiene el propósito de asociarse con él: véase ALANZET, I, núm. 385; LYON CAEN ET RENAULT, *Traité*, núm. 230 bis.

(2) Véase núm. 130. La Corte de Venecia, 22 de Diciembre de 1898; *Temi ven.*, 1899, 95, considera válida la autorización aunque no hubiere sido publicada en los locales de la Bolsa más cercana, admitiendo que el Juez tiene facultad para apreciar la eficacia de las publicaciones. Pero este sistema puede avanzar tanto que destruiría, por obra de arbitrarias interpretaciones, el sistema de la ley.

(3) Tribunal Nápoles, 4 de Febrero de 1901; *Gac. Proc.*, XXX I, 93; Apelación Turin, 23 de Abril de 1901; *Jurisp. tor.*, 480; Cas. Torino, 8 de Agosto de 1888; 9 de Febrero de 1889; *Monit.*, 1889, 209; Apelación Génova, 28 de Diciembre de 1887; *Eco genov.*, 1888, núm. 22; Apelación Cassale, 29 de Enero de 1887; *Reseña*, IV, 6; LYON CAEN ET RENAULT, *Traité*, núm. 239 y la numerosa jurisprudencia allí citada; GOLDSCHMIDT, *System*, pág. 93; Código federal suizo, art. 34. Así también los inhabilitados que ejercen el comercio sin la asistencia del curador no llegan a ser comerciantes y no pueden ser sometidas, ni a la quiebra ni al proceso de bancarrota (véase núm. 136).

(4) Análoga. Casación Roma, 4 de Junio de 1890; *Monit.*, 791.

(5) Apelación Torino, 29 de Abril de 1897; *Jurisp. tor.*, 446.

134. Las mismas formalidades y la misma publicidad son impuestas para la ejecución de un solo acto de comercio (art. 10). Esta regla parece excesiva, pues mientras el menor se prepara para cumplirla podrá ocurrir que pase la ocasión de verificar el acto, pero tiene su explicación en la necesidad de impedir que se burle la norma señalada en el art. 3 haciendo pasar por actos aislados de comercio actos que el menor realiza por profesión habitual.

La regla debe aplicarse a los actos que son mercantiles para el menor, no a aquellos que lo son sólo para la otra parte contratante (art. 6). Si el acto es también mercantil para el menor puede anularse por completo, no sólo en sus efectos comerciales. Se ha sostenido que sus efectos civiles quedan a salvo (1), como si un acto que es orgánicamente único pudiese tener al mismo tiempo dos naturalezas diversas e inconciliables. El acto, desde su origen, tiene una u otra naturaleza (*ad initium spectandum est*); como acto comercial fué querido por los contrantes y como acto comercial debe mantenerse y anularse.

135. Los propios actos realizados por el menor sin la previa observancia de las formalidades dichas serán válidos cuando consiga burlar la diligencia ajena haciendo creer con engaños o con medios dolosos que es mayor.

Este fraude debe ser dirigido a engañar la buena fe del otro contratante; por consiguiente no bastará que frecuente la Bolsa o que realice otros actos sólo reservados a los mayores de edad; tales circunstancias no son suficientes para revelar la intención directa de engañar sobre la propia capacidad jurídica a aquel con quien contrata (2). Si el menor le engaña deberá cumplir el contrato como si fuese mayor; y se podrá pedir su quiebra si mediante esos manejos llega a verificar profesionalmente una serie continuada de actos objetivos de comercio. Pero aquellos de sus acreedores que confiaron en él, precisamente porque habían deducido de los registros públicos que no era comerciante, no deberán soportar las consecuencias de la quiebra, por ejemplo, la nulidad de las hipotecas o la reducción del crédito en virtud de un concordato.

136. Pudiera ocurrir que el menor abusase de la capacidad que le fué conferida. En este caso, a fin de impedir la ruina de

(1) BONELLI, *Quiebra*, pág. 19, nota 14.

(2) Art. 1.305, Código civil; Apelación Torino, 29 de Abril de 1887; Jurisprudencia tor., 446; Boggio, 11, núm. 409 y la numerosa jurisprudencia allí citada.

su patrimonio, puede serle revocada la autorización por los que tuviesen en aquel momento el derecho de concedérsela. Si el menor ha iniciado ya el comercio la revocación no tiene efecto si no es aprobada por el Tribunal, el cual deberá oírle a puerta cerrada; es natural esta medida, porque así el menor podrá exponer las condiciones de su negocio, los daños de una liquidación, las esperanzas de beneficios futuros.

La revocación sólo produce efectos respecto de las operaciones que se concluyen después de haber sido publicada (art. 15). No prejuzga los derechos ya adquiridos por terceros o los que puedan adquirir como consecuencia de los negocios en marcha; así, una Sociedad estipulada por el menor deberá ser continuada hasta el fin y éste conservará para los negocios sociales el carácter de comerciante (1). De esta manera se evita el peligro de que la autorización sea revocada para librar al menor de las dañosas consecuencias de especulaciones equivocadas.

137. Los inhabilitados.—El inhabilitado asistido por el curador es íntegramente capaz y por tanto puede realizar con su ayuda todos los actos necesarios a la explotación de un establecimiento mercantil (2). Como el curador debe prestar su asistencia a todo acto aislado que rebase los límites de la simple administración y el comercio se compone de una serie frecuentísima y continua de estos actos, resulta que tendrá que permanecer al lado del inhabilitado a modo de compañero inseparable, figurando como un empleado fijo de su casa; jurídicamente no vislumbro incompatibilidad alguna entre el oficio de curador y esta dependencia burocrática respecto del principal inhabilitado. El inhabilitado podría también nombrar, asistido del curador, un representante que ejerza el comercio en el mismo lugar con la cooperación del propio curador; así serían observadas las condiciones de la ley (art. 339, Código civil), porque el inhabilitado no realizaría ningún acto que excediese la simple administración sino por medio de su representante asistido del curador.

(1) Contra MANARA, *Sociedades*, 2, núm. 33.

(2) Según la Cas. de Torino (29 de Julio de 1885; *Monit.*, 894) el inhabilitado podría ejercitar por sí el comercio, pero tal opinión está en franca contradicción con el art. 339 del Código civil que prohíbe a los inhabilitados todo acto que exceda la simple administración y entre ellos están la mayor parte de los actos de comercio. Dicha opinión es generalmente rechazada: Véase BASSONI, *Monit. de los Trib.*, 1885, 993; BOLAFFIO, *Temi ven.*, 1886, 35; VIDARI, 4.^a ed., vol. 1, número 269; Boggio, 11, núm. 236. La contradicción no permite que se considere capaz para las empresas arriesgadas del comercio a quien es tenido por inepto para el buen gobierno de los negocios ordinarios.