

lo que determina la calidad de comerciantes; consignemos una vez más, que actos mercantiles pueden ser, y son, todos aquellos en que los hombres se propongan obtener beneficios, sean ó no comerciantes los que tal objeto se propongan.

Esta es la significación genérica del artículo para los casos no comprendidos en el Código; en cuanto á los taxativamente señalados en él, es muy otro el caso, porque hay que aceptarlos tales como aparecen expresamente consignados.

Se reputan actos mercantiles los que habitualmente se verifiquen con motivo de:

- 1º La compra de valores y efectos públicos.
- 2º La de los valores industriales y mercantiles, emitidos por particulares, sociedades ó empresas legalmente constituidas.
- 3º La de letras de cambio, libranzas, pagarés, ó cualesquiera otros valores mercantiles.
- 4º La compraventa de metales preciosos amonedados ó en pasta
- 5º La compra de mercaderías de todas clases y resguardos de depósitos.
- 6º Los fletes, transportes, conocimientos y cartas de porte.
- 7º Los seguros de efectos comerciales, contra riesgos terrestres ó marítimos. (Art. 67 del Código.)
- 8º Los contratos de Compañías anónimas, colectivas y en comandita, los de Sociedades de crédito, Compañías de crédito territorial, de Minas, de Ferrocarriles, Tranvías y Obras públicas; los Bancos agrícolas, de emisión y descuento. (Artículos 116, 123, 125, 146, 151 de id.)
- 9º Los de Almacenes generales de Depósito. (Art. 123 id.)
10. El depósito mercantil. (Art. 309 id.)
11. El préstamo con garantía de efectos comerciales. (Art. 318 id.)
12. El contrato de compraventa, de permutas, de seguros contra incendios y sobre la vida. (Artículos 323, 344, 378, 384, 414 id.)
13. El contrato de la letra de cambio. (Art. 441 id.)
14. El contrato de transporte, el de fletamento, el seguro terrestre y marítimo. (Artículos 347, 430, 650 y 735 id.)
15. El contrato á la gruesa. (Art. 717 id.)
16. Los afianzamientos mercantiles. (Art. 437 id.)
17. El mandato mercantil. (Art. 242 id.)
18. La construcción y adquisición de los buques. (Art. 571.)
19. Las Sociedades cooperativas de producción, consumo y crédito, las de tontinas sobre la vida para auxilios de la vejez, cuando se dedican á actos de comercio extraños á la mutualidad.

Estos son los actos mercantiles contenidos en el Código de Comercio,

á que se refiere el art. 2º que comentamos. ¿Cuáles son aquellos otros de naturaleza análoga que pueden ser reputados mercantiles?

La respuesta es obvia y sencilla: Todos aquéllos en que ya en la compra, ya en la venta, las partes tuvieren el propósito de obtener lucro, y en estas operaciones fundamentasen su estado civil.

Una empresa ó un constructor de edificios, perito ó no, que su modo de ser social consiste en la construcción de estos mismos edificios para luego revenderlos en cualquiera forma de venta conocida ó desconocida, y cuyo propósito sea la obtención de beneficios, es indudable que su profesión es comercial y sus actos mercantiles.

El Código alemán dice en su art. 275: «Los contratos sobre bienes inmuebles no constituirán jamás actos de comercio.»

El art. 3º del Código italiano señala como acto comercial: «La compra y reventa de los bienes inmuebles cuando fuese hecha con la mira de la especulación comercial.»

¿Cuál es el espíritu de la letra de entrambos preceptos? Nosotros entendemos, sin ningún género de duda, que es uno mismo en el Código italiano y en el alemán.

La venta de los bienes inmuebles es acto puramente civil; pero cuando hubiere el propósito de especular en estas operaciones, y muy especialmente por aquellos que fundamentan en tales transmisiones su modo de ser, por su naturaleza, es acto mercantil en uno ú otro país.

Se nos objetará que el adjetivo *jamás*, usado por el Código alemán, da gran fuerza á la presunción de que *en ningún caso* la venta de inmuebles será acto mercantil, mas como «para juzgar é interpretar los actos de comercio (art. 278 del Código alemán) deberá el Juez indagar la voluntad de los contrayentes y no atenerse estrictamente al sentido literal de las palabras,» tenemos la confianza de que no habrá Juez ni Tribunal que diciéndole las partes que su propósito al vender un inmueble era lucrarse, siéndole habitual esta ocupación y fundando en ella su modo de ser, califique tal acto como civil, cuando por su naturaleza y finalidad es mercantil, mucho más si tenemos en cuenta que el mismo Código (art. 317) determina sabiamente que «en los actos de comercio no depende su validez de la redacción de un escrito ni de la observancia de ninguna otra formalidad.»

Esta manera tan elevada de comprender el comercio, que constituya la mejor regla de interpretación, la más ajustada á derecho que puede dictarse, según el Sr. Romero Girón, con cuya opinión tenemos á dicha conformarnos, da grandísima fuerza á la nuestra y entendemos que en Alemania, por deducción, y en Italia por precepto taxativo, es uno mismo el criterio, para juzgar por acto mercantil, la venta de bienes in-

muebles realizada habitu almente con el propósito de obtener beneficios, de lucrarse.

En España, como ya indicamos antes, nosotros entendemos que es acto mercantil el que ejecuta el constructor ó sociedad constructora de edificios, cuando vende habitualmente los mismos; y de sus Estatutos la una, y de sus propósitos el otro, se infiere que tal acto tiene por objeto obtener beneficios, fundándonos para ello, en que este acto es de naturaleza análoga á los especificados como mercantiles en este Código.

Entendemos que se hallan en el mismo caso:

Las empresas editoriales, las de espectáculos públicos, los establecimientos manufactureros, los contratistas de toda clase de géneros y efectos de suministros al Estado, Provincia ó Municipio, en quienes debe suponerse el ejercicio habitual del comercio, puesto que se ocupan en la compra y reventa de géneros para adquirir lucro, cuyo acto debe calificarse de compraventa mercantil, y en otras operaciones que se declaran actos positivos de comercio. (Sent. del Trib. Sup. de 3 de Mayo de 1881.)

**Art. 3º** Existirá la presunción legal del ejercicio habitual del comercio, desde que la persona que se proponga ejercerlo anunciarse por circulares, periódicos, carteles, rótulos expuestos al público, ó de otro modo cualquiera, un establecimiento que tenga por objeto alguna operación mercantil. (*Art. 17, Cód. 1829.*)

Este artículo huelga verdaderamente en éste y en todos los Códigos en que figure, porque basta para considerar comerciante á una persona, «que tenga capacidad para ejercer el comercio y se dedique á él habitualmente.»

En el Código de 1829, el art. 17,—con quien éste concuerda,—debió de ponerse como disposición reglamentaria, más que precepto sustantivo, á fin de conseguir el cumplimiento de una de las condiciones requeridas en aquel Código para ser considerado comerciante; la inscripción en el Registro mercantil comprueba esta afirmación; cierta Real orden en que se dispone «para impedir en lo sucesivo los efugios á que pueden dar lugar la existencia de las dos matrículas conocidas con los nombres de antigua y moderna se forme una sola, en la que precisamente hayan de inscribirse cuantos ejerzan la profesión del comercio; y de la formación de esta matrícula general se encarguen las juntas de comercio, por ser las corporaciones que con más acierto y prontitud pueden concluir tan interesante trabajo.» (R. O. de 29 de Octubre de 1838.)

No debió de producir todos los resultados apetecidos la disposición

anterior puesto que hay otra posterior bastante más expresiva y terminante disponiendo «se obligue á todas las personas que se dediquen al comercio á inscribirse en la matrícula con arreglo á los artículos 1º y 2º del Código de Comercio, haciendo entender á los contraventores que en el hecho de no hacerlo quedan privados de ejercer el comercio con sus goces y prerrogativas y sujetos á las resultas y consecuencias de la trasgresión de la ley.» (R. O. de 4 de Julio de 1839.)

El propósito del Poder ejecutivo no debió realizarse entonces ni algunos años más tarde, porque se vió precisado á dictar otra disposición confirmatoria de las anteriores, aunque más razonada, puesto que ya determina una causa ó motivo mercantil además de la prescripción obligatoria del Código:

«Persuadido el Gobierno, dice, de la utilidad de formar una matrícula general de comerciantes en la que sean suscritos, no solamente los que lo están en la matrícula antigua y moderna, sino también cuantos se dedican al comercio por mayor ó menor, según se dispone en el Código mercantil, procedió á instruir el oportuno expediente, y con el objeto de ilustrar un negocio, en que se hallan tan interesados la moral y la administración de justicia, dispuso oír sobre el particular á varias corporaciones de comercio. Contextes están todas ellas en la imprescindible necesidad de que se lleve á efecto la indicada matrícula para evitar que los que por egoísmo, ignorancia ú otra causa han eludido hasta ahora el cumplimiento de la ley, no puedan, en lo sucesivo, sustraerse de la jurisdicción de los Tribunales del mismo ramo, ni de la severidad de las leyes sobre quiebras. Conviene, además, en que este minucioso é importante trabajo se debe conferir á las juntas de comercio, por ser las corporaciones que con más acierto y prontitud pueden realizarlo. Enterada de todo S. M., se ha servido mandar que las expresadas juntas de comercio, en las provincias donde las haya, y en donde no los jefes políticos, á quienes los interesados deberán pasar una razón de los comprendidos en cada una de las clases de comerciantes para el pago de la contribución de comercio, procedan á formar la matrícula general de comercio, y que los que no se inscriban en ella quedan privados de ejercer tan honrosa profesión de sus goces y prerrogativas, quedando sujetos además á las consecuencias del sumario que se les forme como trasgresores de la ley.» (R. O. de 16 de Marzo de 1846.)

Las tres disposiciones que anteceden van encaminadas, principalmente, al cumplimiento de las prescripciones del Código y á conseguir especialmente que, en lo sucesivo, los comerciantes no pudieran sustraerse de la jurisdicción de los Tribunales de Comercio ni de la severidad de las leyes sobre quiebras.

Más tarde, por ley de 30 de Julio de 1878, reformose dicho artículo 47, y tuvo por principal objeto procurar el aumento de los ingresos del Estado por el impuesto del Timbre, y lo comprueba el que, como superior razón para considerar comerciante á los ciudadanos, dice el legislador en la última parte del artículo referido «y á estos anuncios se sigue que la persona se ocupa realmente de actos de esta misma especie (de comercio), y se comprueba el hecho por la contribución que pague del impuesto industrial.»

Maravilla, ciertamente, que tal concepto tuviera entonces el legislador de la naturaleza del comercio y de los actos mercantiles, y que afirmación tan expresiva se consignase en el Código para definir uno y otros, pero esta es la verdad histórica y así debe constar.

En la ley de 31 de Diciembre de 1884 sobre la renta del Timbre del Estado, se consigna en el art. 167 la siguiente doctrina fiscal:

«Se consideran comerciantes para los efectos de esta ley los que ejerzan esta profesión en poblaciones que excedan de 5.000 habitantes, según el último censo, y estén sus industrias en la relación adjunta, con arreglo á la clasificación del reglamento de la contribución industrial.»

Más respetuoso, en este caso, el legislador con la naturaleza de las funciones mercantiles, especifica que, para los efectos de la ley fiscal, son comerciantes los que estén comprendidos en la relación que publica á continuación; prueba manifiesta de que conocía que no bastaban sus clasificaciones más ó menos exactas, ni la contribución que el ciudadano satisficiera al Estado como industrial, para determinar la naturaleza mercantil de sus actos.

Afortunadamente, tan extraña disposición, contraria de todo en todo á los buenos principios juridico-mercantiles, no ha prevalecido; y si bien, en nuestro juicio, basta el art. 4º para saber á ciencia cierta quién es comerciante, en este 3º ha desaparecido la afirmación errónea que el pago de la contribución pueda ser una de las pruebas que determinaren los actos mercantiles.

La jurisprudencia del Tribunal Supremo confirma en todas sus partes las opiniones que anteceden, como puede verse:

«Debe suponerse el ejercicio habitual del comercio, en el que se ocupa en la compra y venta de géneros para adquirir lucro.» (Sent. del Tribunal Supremo de 3 de Mayo de 1881.)

«Si resulta que una persona se ocupaba habitualmente en vender objetos de bisutería en el establecimiento que tenía destinado al efecto, es indudable que debe reputarse comerciante.» (Sent. del Trib. Sup. de 5 de Mayo de 1883.)

«El anuncio al público, por cualquiera de los medios que indica el

art. 47 del Código de Comercio de 1829, reformado en 30 de Julio de 1878, de un establecimiento que tenga por objeto operaciones declaradas por la ley como actos positivos de comercio, si no se limita á señalar una presunción de derecho para los casos en que no consta, de una manera legal y terminante, la cualidad de las personas que pretenden gozar de los beneficios ó sustraerse á las obligaciones que la legislación mercantil otorga é impone á los comerciantes.» (Sent. del Trib. Sup. de 23 de Setiembre de 1882.)

Ahora bien: condensando toda la doctrina expuesta en los comentarios hechos á los artículos 1º, 2º y 3º, se deducen las conclusiones siguientes:

Son comerciantes:

1º Los que con capacidad legal necesaria y habitualmente ejercen el comercio al por mayor y al por menor y se inscriben como tales en el Registro mercantil.

2º Los que verifican lo propio y en idénticas condiciones, pero no se inscriben como tales en el Registro mercantil.

3º Los que anuncian, por los medios indicados en este art. 3º, que se ocupan en alguna operación mercantil habitualmente, por cuyos hechos se adquiere la presunción legal del ejercicio del comercio.

4º Las Compañías mercantiles ó industriales que se constituyeren con arreglo á este Código, y aquellas otras que realizaran actos extraños á la mutualidad.

Art. 4º Tendrán capacidad legal para el ejercicio habitual del comercio las personas que reúnan las condiciones siguientes:

1ª Haber cumplido la edad de 21 años.

2ª No estar sujetas á la potestad del padre ó de la madre ni á la autoridad marital.

3ª Tener la libre disposición de sus bienes. (Art. 4º, Cód. 1829; 4º, belga; 2º, francés; 9º, italiano.)

En el párrafo 1º del art. 4º se previene que para ejercer el comercio debe tenerse capacidad legal, y ésta se condiciona y especifica por el artículo 4º.

En otros países no ha sido preciso determinar la edad necesaria para tener la capacidad legal, porque ya venía señalada ésta en el Código civil, y bastaba significarla en el de Comercio de un modo general.

En España, donde hay regiones aforadas y mayoría de edad á los catorce años,—como sucede en Aragón,—ha precisado especificar la edad;

y en estos momentos en que se pretende codificar el Derecho civil, con mayor motivo.

La condición primera de este artículo, como hemos visto, señala con capacidad legal para ejercer el comercio, la edad de veintiún años; y la segunda, que no estén sujetas las personas comerciantes á la patria potestad ni á la autoridad marital, teniendo además la libre disposición de sus bienes como pide la tercera de las circunstancias.

El precepto es claro y terminante, y acerca de él no hay duda ninguna, salvo que, fuera de algún territorio foral, no hay en España mayores de edad que puedan tener la libre disposición de sus bienes á los veintiún años; á los veinticinco, sí. No hablemos de la excepción que produce uno de los *beneficios ó gracias al sacar*, porque de este caso no se trata.

¿Cómo, pues, han de poder ser comerciantes los menores que no tienen la libre disposición de sus bienes con sujeción al Derecho civil?

La legalidad de estos momentos es, respecto á la mayoría de edad, el art. 64 de la ley de Matrimonio civil; y la referente á los bienes, el art. 46 ó siguientes de la misma ley.

Cierto que las corrientes legislativas son de que la mayoría de edad sea, como en la mayor parte de las naciones más adelantadas, á los veintiún años. Cierto que así se pedía en el proyecto de Código civil del señor Alonso Martínez, mas sobre que tales corrientes no son aún el Derecho positivo de España, no es menos exacto que en el proyecto de Código civil presentado á las Cortes por el Sr. Silvela, y aprobado ya en el Senado, ha prevalecido para la mayoría de edad la de veintitrés años.

¿Cómo, pues, repetimos, el que es menor dentro del Derecho civil—sustantivo respecto á la capacidad legal necesaria para disponer libremente de sus bienes—por el Código mercantil podrá ser mayor de edad y tener todas las condiciones que exige el Derecho para obligar y obligarse? ¿Cómo? Sólo hay un modo: sencillamente observar y practicar lo que disponía el art. 4º del Código de 1829: consignando en escritura pública los comerciantes de veintiún años:

1º Que han sido emancipados legalmente.

2º Que tienen peculio propio.

3º Que han sido habilitados para la libre disposición de sus bienes con arreglo al Derecho civil.

4º Que han hecho renuncia solemne y formal del beneficio de la restitución, que concede la ley civil á los menores, obligándose á no reclamarlo en los negocios mercantiles que hicieren.

Esto no lo pide el Código mercantil, pero lo reclama el orden público y el interés particular de los capacitados para el ejercicio del comercio, pero incapacitados para obligarse y para disponer de sus bienes según el

Derecho civil. ¿Quién, si así no procedieran hoy los menores de veinticinco años, contrataría con ellos? ¿Qué beneficio le reportaría á éstos la aplicación estricta de la letra del artículo que comentamos?

En vez de haber avanzado—con una interpretación estricta del art. 4º de este Código,—habríamos retrocedido á mucho más allá del de 1829, y esto no es lo que ha querido el legislador, sino adelantar la fecha de la emancipación de las personas; exigir menor edad, para otorgarla y nivelarnos con Francia, Bélgica é Italia, etc., en lo referente á este particular: debe, pues, en nuestro juicio, y á fin de obviar este inconveniente grave que resulta entre la ley civil y la ley mercantil, el menor de veinticinco años, mayor de veintiuno, acreditar por escritura ó escrituras públicas todos y cada uno de los particulares antedichos para ejercer habitualmente el comercio.

Este es el sentido recto y posible que nosotros damos á este artículo, y este es además el criterio jurídico con que resolvemos la antinomia que resulta entre la ley sustantiva civil y la especial mercantil; antinomia que se origina en nuestra especialísima manera de legislar y á la pésima influencia que la política ejerce en cuanto toca.

Art. 5º Los menores de 21 años y los incapacitados podrán continuar, por medio de sus guardadores, el comercio que hubieren ejercido sus padres ó sus causantes. Si los guardadores carecieren de capacidad legal para comerciar, ó tuvieren alguna incompatibilidad, estarán obligados á nombrar uno ó más factores que reúnan las condiciones legales, quienes les suplirán en el ejercicio del comercio. (*Arts. 7º y 8º, Cód. belga; 12, italiano.*)

La importancia de este artículo determinativo de la capacidad de los menores para comerciar, es suma: siendo de mayor valor si cabe el precepto, cuando por incapacidad de los menores y de los guardadores, les obliga á nombrar los factores que se necesitan para el buen desarrollo de los negocios de la casa, siempre que estos últimos reúnan las condiciones legales para suplirlos, dice el Código, «en el ejercicio del comercio.»

Hay que estudiar para comentar debidamente este artículo la materia concerniente á los menores, los incapacitados, los guardadores que no tuvieren capacidad para ejercer el comercio ó fuesen incompatibles y los factores de comercio, así como la extensión de las facultades otorgadas á éstos.

Son menores todos aquellos que no han cumplido veinticinco años, considerándose emancipado de derecho al hijo legítimo desde que hubiese

entrado en la mayor edad (art. 64, ley de M. civil); pero ni el padre ni en su defecto la madre pueden adquirir la propiedad, el usufructo ni administración de los bienes adquiridos por el hijo con su trabajo ó industria si no viviese en su compañía. El hijo se reputará como emancipado para la administración y usufructo de estos bienes. Esta es la doctrina literalmente trascrita de los artículos 64, 66 y 67 de la ley de Matrimonio civil.

Estos á quienes la legislación civil considera como emancipados, ¿tienen la capacidad legal necesaria para ejercer el comercio según este Código? No, ciertamente. ¿Pero les está negada expresamente? Tampoco.

Si se tiene en cuenta que según su espíritu y letra, para ser comerciante se necesita estar fuera de la patria potestad y tener peculio propio, es decir, estar emancipado; y que como tal se considera por la legislación civil al hijo de familia que viviere fuera de la compañía de sus padres y tuviere bienes propios adquiridos con su trabajo ó industria, es indudable que puede ser comerciante el menor que se halle en tales condiciones; esta interpretación favorable al menor, tiene además la sanción de los hechos anteriores por virtud de los que nació el peculio de que se trata, ejercitando el menor el trabajo ó industria á que está dedicado; sanción dada por la ley de Matrimonio civil, no para legalizar ni justificar la rebeldía á la patria potestad, sino para premiar y legalizar las individualidades activas, laboriosas y trabajadoras, teniendo en cuenta el bien, la riqueza y el progreso públicos.

Esta interpretación extensiva y favorable que damos en favor del menor á quien considera emancipado la legislación civil, no propende á consolidar ilegalidad alguna, sino á sancionar hechos perfectamente legales, civilmente hablando, aunque iniciados ú originados en su día, por la costumbre contra la ley.

En favor de esta interpretación, debemos hacer aún algunos razonamientos

Interpretando estrictamente la ley civil pueden ejercer el comercio, y en la práctica se ve todos los días, los menores que tienen bienes adquiridos con su trabajo ó industria fuera de la compañía de sus padres, pero deben verificarlo con las condiciones que hemos indicado en el comentario al art. 4º, no porque la ley lo prescriba, sino porque les es sumamente útil y necesario verificarlo así, á los fines de su propia utilidad y conveniencia. Cuanto más solventes aparezcan y sean, mayor será su crédito, y esta es la esencia del comercio.

Aun cuando ateniéndonos á la letra del Código de Comercio en su sentido estricto, los menores de veintiún años deben ejercer esta profesión por medio de sus guardadores; es indudable que debe interpretarse que sólo los necesitan aquellos que quisieran continuar *el comercio que hu-*

*bieren ejercido sus padres ó sus causantes*, mas no aquellos que por la ley civil tienen facultad para hacer suyos los bienes que adquieran con su trabajo ó industria y los administran é usufructúan como tienen por conveniente, puesto que emancipados legalmente los considera la ley civil á este efecto.

Esto no es la rebeldía á la patria potestad autorizada y justificada por la ley; es sencillamente, como ya hemos dicho, la consolidación de un hecho infinitamente repetido, que todos los días vemos y tocamos, en que está interesado el orden público, y no dijéramos mucho si añadiéramos, la riqueza pública y el desarrollo de la industria y comercio de las naciones.

Se comprende, sin gran esfuerzo, que el legislador, por razones superiores, determine que el hijo del comerciante, que sea menor, tenga guardador; pero aquél que, fuera acaso del suelo donde nació, luchando con la adversidad, la miseria y el desamparo se ha creado un peculio propio, probando no sólo su buena suerte, sino su discreción y pericia; aquél á quien la ley civil considera emancipado, casi en su totalidad, no comprendemos que necesite guardador para continuar el ejercicio mercantil cuando sin él se ha formado su peculio. Lo que sí comprendemos y queremos, es que mediante un acto notarial el padre legalice, si así se quiere, la emancipación del hijo, mas esto no tanto como condición legal que deba tener el hijo, sino como prueba fehaciente de su solvabilidad y arraigo.

Considerada esta cuestión, resulta un absurdo moral cuando menos el negar capacidad para ejercer el comercio al menor capacitado por la ley civil; mas si se medita, como debe hacerse, en su aspecto jurídico, ¿puede incapacitarse al capacitado por la ley sin sentencia judicial? ¿Puede declararse menor, con ó sin acuerdo de los Tribunales, al que la ley declara persona *sui juris* para la administración y usufructo de sus bienes adquiridos fuera del hogar paterno?

¿Pues cómo el hijo de familia que—fuera de la compañía del padre, ó en su defecto de la madre—con su trabajo adquirió su peculio propio, y en consideración á estos merecimientos, que lo son y de gran estima, considera la ley civil emancipado, caería en la minoridad por la letra del Código mercantil inspirado precisamente en un propósito y en un criterio progresivo y amplio? Nosotros no podemos juzgar de modo idéntico al menor emancipado con peculio propio adquirido con su trabajo, que al menor que continúa el comercio que hubieran ejercido sus padres ó *causantes*. Hay en el uno la suposición legal de la capacidad, y en el otro los temores racionales de su incapacidad.

Examinemos ahora los menores á quien, en nuestro sentir, se refiere este art. 5º del Código de Comercio.

Refiérese, sin duda, á todos aquellos á quienes sin ninguna excepción legal puede considerarse en minoridad, y éstos, sí, es indudable, que necesitan, según la edad, tutor ó curador, ateniéndose para su nombramiento á las prescripciones de la ley civil que no vamos á examinar aquí (1).

Las razones que ha tenido el legislador para disponer la guardaduría, son obvias; pueden ocasionarse perjuicios sumos y de gran entidad á los menores de la no continuación del establecimiento comercial que por fallecimiento de su causante ha recaído en ellos, y los intereses de éstos son sagrados, y la sociedad tutriz de los mismos vela por ellos. No pueden los menores, con la excepción ya manifestada en el párrafo anterior, ser comerciantes; pero sí continuar el ejercicio de sus causantes por medio de guardador que tuviere capacidad legal para ejercer el comercio.

Los incapacitados, que son en este caso todos aquellos que por diversas causas no pueden ejercer el comercio y que se dividen en dos grandes grupos, no mal considerados en general, si dijéramos, por naturaleza el uno, por incompatibilidad el otro, pueden ejercer el comercio por medio de guardadores. Las causas originarias de la incapacidad, no son materia principalísima para tratada en estos comentarios, las define y señala el Derecho civil, y cuanto sobre el particular dicen sus leyes sustantivas y adjetivas, eso se sobreentiende en Derecho mercantil (2).

Mas, debe advertirse, que así como los menores pueden «continuar por medio de guardadores el comercio que hubieren ejercido sus padres ó sus causantes,» los incapacitados, del mismo modo y por idéntica causa, pueden continuar la profesión mercantil.

El incapacitado, aunque de distinta naturaleza que el menor, es sujeto acerca del cual vela también la sociedad como tutriz, y al mismo propósito y al mismo fin camina la prescripción del legislador para el menor que para el incapacitado. Los intereses de uno y otro son sagrados, y en su defensa hay necesidad, ó puede haberla, de continuar desarrollando los negocios de la casa mercantil de su causante, y el legislador resuelve que siga ésta, aunque regida por personas idóneas que tengan capacidad legal para ejercer el comercio, sin determinar tiempo alguno para su terminación, en lo cual ha obrado acertadamente; primero, porque la ley no debe ser casuística, y segundo, porque la libertad individual y el interés particular, deben ser siempre los motivos que justifiquen la duración y repetición de los actos mercantiles.

Pero si pueden continuar, en la expresada forma, las casas de comercio de los menores é incapacitados, no pueden ser fundadas.

(1) Véanse los artículos 2º, 63, 64, 460, 1051, 1847 á 1851 de la ley de Enjuiciamiento civil.

(2) Véanse los artículos 63, 1841 á 1846, 1861 á 1872, 1873 á 1878, id.

Los menores impúberes y los incapacitados no pueden en ningún caso fundar establecimientos comerciales. Algo más diremos sobre el particular al ocuparnos de las incompatibilidades para ejercer el comercio.

Si los guardadores no tuvieren capacidad para ejercer el comercio ó fueren incompatibles para comerciar, están obligados á nombrar uno ó más factores que reúnan las condiciones legales para ello, quienes la suplirán en el ejercicio del comercio.

La capacidad ó incompatibilidad de los guardadores se rige por las leyes civil, sustantiva y adjetiva, y el Código mercantil; las de los factores ocurre lo propio, pero en sus privativas funciones mercantiles tiene primacía así en sus facultades como en sus responsabilidades el Código de Comercio.

La guardaduría es una institución pura y exclusivamente civil; el cargo de factor es pura y exclusivamente mercantil. Esta diversa naturaleza es la que regula los actos de cada uno de estos funcionarios creados por la ley, en beneficio de los menores ó incapaces ó de los comerciantes que quisieren ejercer el derecho de realizar actos mercantiles mediante sus mandatarios.

Los factores, á falta de la capacidad comercial de los guardadores, son los llamados por el Código de Comercio á ponerse al frente de todos los negocios mercantiles de la casa de los menores que deseen continuar el ejercicio de sus causantes.

No es esta ocasión, ya llegará, de estudiar detenidamente todas las facultades y consiguientes responsabilidades que tienen sobre sí los factores de comercio; pero sí debemos llamar la atención acerca de lo delicado y especial del caso á que se refiere el último periodo de este artículo 5º.

Los guardadores, en Derecho civil, son los únicos que pueden representar á los menores, legalmente: así es en Derecho mercantil; pero como pueden ser incompatibles su profesión, sus cargos, etc., con el ejercicio del comercio, el legislador, previendo el caso, ha señalado la facultad del guardador para nombrar el factor ó factores necesarios á la gestión de los negocios; ha hecho más que señalar, ha declarado condicional y obligatorio el caso del nombramiento del factor.

«Si los guardadores careciesen de capacidad legal para comerciar, ó tuvieren alguna incompatibilidad, dice el Código, *estarán obligados á nombrar uno ó más factores que reúnan las condiciones legales, quienes les suplirán en el ejercicio del comercio.*

No es, pues, el factor el representante del menor, sino del guardador á los efectos de *suplir* á éste, en el ejercicio del comercio.

El Notario al redactar el poder, preciso para el factor en este caso,