

el comerciante de la falta maliciosa de exactitud en sus asientos nacen también para el comisionista en un caso análogo.

Respecto al segundo párrafo del art. 263, su razón de ser no es menos obvia. Todo el que detenta ó conserva en su poder valores de otro, está obligado á abonarle, con interés, el que esos mismos valores habrían producido, si su dueño los hubiere tenido como debía á su disposición y los hubiera consagrado á las especulaciones que juzgare oportunas. No era posible dejar, sin embargo, al arbitrio caprichoso de una parte, ni siquiera al de los Tribunales, la fijación de ese interés, y por eso el Código, en éste, como en otros casos análogos, ha establecido que el interés que en tales circunstancias devenguen aquellos fondos, sea el legal que, como es sabido, actualmente se fija en un 6 por 100 anual.

Por último, lo dispuesto en el párrafo tercero del art. 263 no es más que una consecuencia de los principios generales en que se funda el contrato de comisión mercantil, donde ya hemos dicho que las responsabilidades se distribuyen entre el comitente y el comisionista en razón de la parte que ha tenido para llevar á cabo los actos ejecutados la voluntad de cada uno.

Art. 264. El comisionista que, habiendo recibido fondos para evacuar un encargo, les diere inversión ó destino distinto del de la comisión, abonará al comitente el capital y su interés legal, y será responsable, desde el día en que los recibió, de los daños y perjuicios originados á consecuencia de haber dejado de cumplir la comisión, sin perjuicio de la acción criminal á que hubiere lugar. (*Art. 141, Cód. 1829; 358, italiano.*)

El art. 441 del Código anterior decía que «el comisionista que habiendo recibido fondos para evacuar un encargo, los distrajere para emplearlos en un *negocio propio*, abonará al comitente el interés legal del dinero desde el día en que entraron en su poder dichos fondos y todos los perjuicios que le resulten por haber dejado de cumplir su encargo.» En el fondo éste, y el 264 sostienen lo mismo; pero es preferible la redacción moderna á la antigua.

Toda distracción de los fondos enviados por el comitente que verifique el comisionista es igual, bajo el punto de vista de las responsabilidades que nacen contra el último.

El Código antiguo al hablar de *negocio propio*, quería decir esto sin duda; pero no lo expresaba bien.

Ahora no habrá motivo ni pretexto para suscitarse cuestiones sobre la

inteligencia de esa parte del artículo, pues el actual resulta bien explícito.

Tampoco el 441 hablaba más que de responsabilidades civiles.

El 264 llama con oportunidad la atención sobre las criminales que pueden nacer, que en este caso son más importantes que las civiles.

Art. 265. El comisionista responderá de los efectos y mercaderías que recibiere, en los términos y con las condiciones y calidades con que se le avisare la remesa, á no ser que haga constar, al encargarse de ellos, las averías y deterioros que resulten, comparando su estado con el que conste en las cartas de porte ó fletamento, ó en las instrucciones recibidas del comitente. (*Art. 149, Cód. 1829; 365, ley alemana; 352, Cód. italiano.*)

Equivale lo que este artículo prescribe á lo que ordenaba el 149 del Código antiguo.

La manera de hacer constar las averías ó deterioros de los efectos enviados al comisionista, es promover un acto de jurisdicción voluntaria ante el Juez de primera instancia ó ante el Juez municipal.

Consúltense en este caso los artículos 46, 47 y 48 del decreto del Gobierno Provisional de 6 de Diciembre de 1868 y el título segundo de la segunda parte del libro III de la ley de Enjuiciamiento civil, y allí se verá que, con arreglo al art. 2127, cuando proceda hacer constar el estado, calidad ó cantidad de los géneros recibidos ó de los bultos que los contengan en casos como el que nos ocupa, el interesado acudirá al Juez en solicitud de que ordene se extienda diligencia expresiva de aquellas circunstancias, y si fuere necesario, nombre perito que reconozca los géneros ó bultos.

Si los interesados conviniesen en nombrar cada uno un perito, lo solicitarán así; sorteándose, caso de discordia, un perito tercero.

En los comentarios á la ley de Enjuiciamiento civil que hemos publicado se examinó con extensión este caso, y no creemos ocioso reproducir aquí algo de lo que entonces creímos oportuno manifestar.

Nótase, desde luego, en esas prescripciones del art. 2127 alguna vaguedad, que conviene desvanecer.

Primeramente se dice que al acudir el interesado al Juez, solicitará, si fuere necesario, que nombre un perito que reconozca los géneros ó bultos.

Ocurre, pues, preguntar: ¿Cuándo es necesario ó puede ser necesario que el Juez nombre perito? ¿Usa la ley de la locución *si fuere necesari-*

rio, como sinónima de las de *en último caso, en último extremo, si así convinieren, etc.?*

En vista de dudas tan racionales y que tan naturalmente se desprenden del texto mismo de la ley, los comentadores del art. 2127 de la de Enjuiciamiento civil opinan que toda la materia referente al nombramiento de peritos puede acomodarse á las reglas siguientes:

1ª En los casos en que haya disposición legal para que el perito ó peritos que deban hacer el reconocimiento sean nombrados precisamente por el Juez y no por los interesados, el que acuda solicitando dicho reconocimiento deberá extender la solicitud al nombramiento de peritos.

2ª Si aunque no haya precepto alguno que determine que el nombramiento deba hacerse por el Juez, y por lo tanto corresponda en primer término á las partes, el interesado que solicite el reconocimiento puede solicitar también que nombre el perito la Autoridad judicial.

3ª En este caso, si los demás interesados convienen en que sea el Juez quien efectivamente los nombre, éste los nombrará; pero si no convinieren, se hará saber al solicitante para que si quiere nombre por su parte el perito que corresponda, del mismo modo que los otros.

4ª Si no hay avenencia deberá nombrar los peritos el Juez.

5ª No habiendo disposición que obligue al nombramiento judicial, el solicitante puede también y desde luego designar perito ó pedir que se le reserve el derecho de nombrarle, en cuyo caso se hará saber esto á los demás interesados, quienes si también quieren designar el perito ó peritos que les correspondan, lo manifestarán; y los interesados los nombrarán, si en nombrarlos convinieren todos, y si no hubiere avenencia los nombrará el Juez.

7ª Si las partes hubieren nombrado los peritos, se sorteará el tercero en caso de discordia.

La manera de aplicar estas reglas al caso que nos ocupa es la siguiente: Llegan las mercaderías al lugar de que se trata, y advertido el comisionista, entiende que han sufrido averías y deterioros ó que hay diferencia entre su calidad, estado, etc., y los que les asigna la carta-parte. Procede entonces lo dispuesto en el art. 265

Pues bien; si es urgente que él se haga cargo de dichas mercaderías ú objetos, deberá dirigirse desde luego al Juez y pedirle en los términos que prescribe el art. 2127 de la ley de Enjuiciamiento civil que ordene su reconocimiento, nombrando un perito capaz de dar dictamen sobre los puntos litigiosos.

El Juez, habida cuenta de la urgencia del caso, podrá proceder como se le pide.

Pero no es urgente la entrega de las mercaderías. Hay tiempo para

avisar al comitente de lo que ocurre y para que éste intervenga en las diligencias que se van á instruir.

Este es el otro caso. Entonces el comisionista debe poner los hechos en noticia del comitente é invitarle á que por sí ó por medio de persona que le represente intervenga en el acto de jurisdicción voluntaria. Y si esto no lo ha hecho el comisionista debiendo hacerlo, ó no acreditare que lo verificó, puede ordenarlo el Juez, mandando que se le dé traslado al comitente de la petición del comisionista.

Estos traslados y esa intervención no han de tener otro efecto que el que el comitente y comisionista nombren sus peritos, y el Juez, si fuere preciso, un tercero en discordia, á fin de que se establezca lo que deba constar sobre el estado y calidad de las mercaderías en el acto de jurisdicción voluntaria.

Partiendo de esta base racional, la aplicación de las reglas que antes hemos transcrito es fácil.

En la práctica no pueden surgir de aquí grandes dudas, pues los textos legales que hemos invocado en el presente comentario, y que deben consultarse siempre que el caso llegue, esclarecen bien todos los puntos. A los comentaristas suele preocuparles, llegados al en que nos encontramos, quién deberá pagar los gastos que ocasione el acto de jurisdicción voluntaria de que se trata.

La equidad ordena que esos gastos sean de cuenta del comitente, sobre todo cuando resulten acreditados la avería y deterioro que se hacen constar.

Art. 266. El comisionista que tuviere en su poder mercaderías ó efectos por cuenta ajena, responderá de su conservación en el estado que los recibió. Cesará esta responsabilidad cuando la destrucción ó el menoscabo sean debidos á casos fortuitos, fuerza mayor, transcurso de tiempo ó vicio propio de la cosa. (*Art. 146, Código 1829; párr. 1º, art. 367, ley alemana; 354, Cód. italiano.*)

En los casos de pérdida parcial ó total por el transcurso del tiempo ó vicio propio de la cosa, el comisionista estará obligado á acreditar en forma legal el menoscabo de las mercaderías, poniéndolo, tan luego como lo advierta, en conocimiento del comitente. (*Arts. 147 y 148, Cód. 1829.*)

Sigue desarrollando este artículo el mismo principio en que se funda el anterior.

Ya el 446 del Código antiguo decía: «El comisionista que hubiere recibido efectos por cuenta ajena, sea porque los hubiere comprado para su comitente, ó porque éste se los hubiere consignado para que los vendiera, ó para que los conservara en su poder ó los remitiera á otro punto, es responsable de la conservación de los efectos en los términos que los recibió; pero esta responsabilidad cesa cuando la destrucción ó menoscabo que sobrevenga en dichos efectos proceda de caso fortuito inevitable.» Y añadian los artículos 447 y 448: «Tampoco es responsable el comisionista de que los efectos que obren en su poder se deterioren por el transcurso del tiempo ó por otro vicio inherente á la naturaleza misma de los efectos.

»Cualquiera que sea la causa que produzca alguna alteración perjudicial en los efectos que un comisionista tiene por cuenta de su comitente, debe hacerla constar en forma legal sin pérdida de tiempo y ponerla en noticia del propietario.»

Estos artículos disponen lo que el 266. Sancionan ó establecen la responsabilidad que contrae el comisionista respecto de los géneros ó efectos que recibe en comisión.

Su deber es en absoluto conservarlos como los recibió, salvo en los casos fortuitos ó cuando el trascurso del tiempo ó la naturaleza de las cosas sean capaces de alterarlas.

El Código moderno añade á estos casos el de fuerza mayor, que no estaba señalado en el antiguo.

Desde luego se nota una contradicción entre el artículo que comentamos y el 257.

Cuando lo que conserva el comisionista es numerario, el caso de fuerza mayor no le exime de responsabilidad.

Cuando son objetos de otra índole, sí. *¿Cur tan varie?* ¿Por qué esta distinta manera de juzgar hechos análogos?

Comprendemos que en la prescripción absoluta del art. 257 se ha querido poner un dique á maniobras fraudulentas, que de otro modo quizás habrían sido posibles; pero ¿no lo serán también tratándose de cosas que puedan tener un gran valor?

Llamamos la atención sobre este punto, que revela falta de fijeza en los redactores del Código moderno; falta de fijeza tanto más digna de censura, cuanto que esa contradicción misma aparece y se notaba ya en el Código anterior, como puede verse poniendo los artículos que acabamos de copiar al lado del 134.

En lo demás, poco hay que advertir sobre la inteligencia de los preceptos del 266.

Su estructura es clara y sus disposiciones sencillas. Si no hay me-

noscano alguno en las cosas recibidas ó tenidas en comisión, no habrá lugar á que dicho artículo se aplique.

Si el menoscabo se produce para eximirse de responsabilidad, debe el comisionista acreditar que es debido á caso fortuito, fuerza mayor, transcurso del tiempo ó vicio de la cosa.

La manera de acreditarlo es promover un acto de jurisdicción voluntaria, análogo al de que hemos hablado en el comentario del artículo anterior, y poner la noticia del menoscabo que observe ó que haya acreditado en conocimiento del comitente.

Cuando sea posible verificar esta comunicación, antes de llevar á cabo el acto judicial, debe empezarse por ahí, á fin de que el comitente concorra á dicho acto por sí ó por medio de representante y pueda intervenir en la designación de peritos.

Sólo en casos urgentes debe empezar el comisionista por acudir al Juez y pedirle, antes de que su cliente sepa cosa alguna, que acredite el menoscabo sufrido por los objetos que le envió.

Por último, opinan los comentaristas que los gastos que ocasione el hecho de acreditar el menoscabo ó las averías de los efectos de que se trata, deben hacerse por cuenta del comitente.

Art. 267. Ningún comisionista comprará para sí ni para otro lo que se le haya mandado vender, ni venderá lo que se le haya encargado comprar, sin licencia del comitente. (*Art. 161, Código 1829.*)

Tampoco podrá alterar las marcas de los efectos que hubiere comprado ó vendido por cuenta ajena. (*Art. 152, Cód. 1829.*)

Los antecedentes de este artículo son el 461, el 462 y el 452 del Código derogado.

El 461 disponía «que los comisionistas no pudiesen hacer adquisición por sí, ni por medio de otra persona, de los efectos cuya enajenación les hubiera sido confiada sin consentimiento expreso del propietario.»

Los comentaristas de dicho Código dijeron que esa prescripción se estableció para evitar fraudes y abusos de confianza.

En el actual se ha reproducido. El comisionista no podrá comprar para sí lo que se le haya mandado vender, ni vender de lo suyo lo que se le ha mandado comprar, ni tampoco podrá comprar ó vender para un tercero lo que su comitente le ordenó que vendiera ó comprase.

Es decir, que el comisionista no podrá ser á la vez mediador del que vende para desprenderse de un objeto y del que compra para adquirirlo;

que esa doble comisión que era posible resumiera en una sola persona los dos encargos no será tampoco legal.

Ni lo era bajo el Código anterior, supuesto que el art. 162 declaraba «también indispensable el consentimiento del comitente para que el comisionista pudiese ejecutar una adquisición que le estuviera encargada en efectos que obraren en su poder.»

La razón de este precepto es la misma que se da por base del artículo 161 y de lo que él prescribe: el deseo de evitar fraudes y abusos de confianza.

Pero evidentemente facilitaría en muchos casos las operaciones mercantiles, sin ocasionar fraude alguno, que el comisionista pudiese adquirir para sí ó para otro lo que se le encarga, que venda ó vendiere de lo suyo ó de lo que tiene recibido en comisión á quien le manda que compre. Siempre que en estas ventas ó compras se ajuste el comisionista á las instrucciones que se le han comunicado, ¿qué inconveniente podía resultar de que procediera como decimos?

En nuestra opinión ninguno, y creemos que dadas esas facilidades para lo que es natural y llano, hasta se moralizaría y regularizaría en muchos casos la práctica del comercio.

En cuanto al segundo párrafo de este artículo, reproduce un precepto del 152 del Código antiguo, que prohibía á los comisionistas alterar las marcas de los efectos que hubieren comprado ó vendido por cuenta ajena. Sólo que el Código antiguo limitaba esa prohibición, exceptuando el caso de que el propietario diere al comisionista orden terminante de alterar las marcas, y el Código actual la establece en términos absolutos y sin excepción de ninguna especie, lo cual hallamos digno de aplauso.

Art. 268. Los comisionistas no pueden tener efectos de una misma especie pertenecientes á distintos dueños, bajo una misma marca, sin distinguirlos por una contramarca que evite confusión y designe la propiedad respectiva de cada comitente. (*Art. 164, Código 1829.*)

Este artículo está copiado literalmente del Código antiguo, donde aparecían sus mismos preceptos bajo el número 164.

Nada hay que advertir respecto de él.

Art. 269. Si ocurriere en los efectos encargados á un comisionista alguna alteración que hiciere urgente su venta para salvar la

parte posible de su valor, y fuere tal la premura que no hubiere tiempo para dar aviso al comitente y aguardar sus órdenes, acudirá el comisionista al juez ó tribunal competente, que autorizará la venta con las solemnidades y precauciones que estime más beneficiosas para el comitente. (*Art. 151, Cód. 1829; párr. 3º, art. 365, ley alemana; art. 352, en relación con el 71, Cód. italiano.*)

También este artículo es copia literal del 151 del Código derogado. Sus comentadores decían que de esa manera, procediendo de acuerdo á lo establecido en él, se salvaban en lo posible los inconvenientes que resultarian de esperar la respuesta del comitente.

Cuando esto ha podido afirmarse de una manera exacta, es después de haberse publicado la ley vigente de Enjuiciamiento civil.

En ella y en la segunda parte del libro tercero hay un título consagrado á tratar de la enajenación y apoderamiento de efectos comerciales en casos urgentes y de la recomposición de naves.

Ese título prescribe que en el caso del art. 151 del Código antiguo, que es el 269 del Código actual, se observen las reglas siguientes:

Primera. Siempre que haya que proceder á la venta de efectos que se hubiesen averiado ó cuya alteración haga urgente su enajenación, el comisionista á cuyo cargo se hallen ó el capitán del buque que los conduzca la solicitará del Juez, expresando el número y clase de los efectos que hayan de venderse.

Segunda. Presentada la solicitud, el Juez nombrará en el acto perito que reconozca los géneros.

El perito deberá verificar el reconocimiento aquel mismo día ó á lo sumo al inmediato.

Tercera. Acreditado por la declaración pericial el estado de los géneros, si resultare ser necesaria la venta, el Juez dictará auto ordenando su tasación y venta en pública subasta, adoptando las medidas que sean conducentes para darle la mayor publicidad posible, teniendo para ello en cuenta, no sólo el valor de los efectos, sino también la mayor ó menor urgencia de la venta, según su estado de conservación.

Cuarta. La venta de efectos procedentes de naufragio se sujetará, según los casos, á los trámites expresados en las reglas anteriores. El Juez que haya mandado depositarlos, ordenará de oficio su venta cuando así proceda.

Quinta. Cuando la cantidad producto de la venta no haya de tener aplicación inmediata, se depositará en la forma prevenida en el art. 2129