

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 debé suponerse el ejercicio habitual del comercio, puesto que se ocupan en la compra y reventa de generos 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.)

TITULO PRIMERO

DE LOS COMERCIANTES

Artículo 3

Se reputan en derecho comerciantes:

I. Las personas que teniendo capacidad legal para ejercer el comercio, hacen de él su ocupación ordinaria;

II. Las sociedades constituidas con arreglo á las leyes mercantiles;

III. Las sociedades extranjeras ó las agencias y sucursales de estas, que dentro del territorio nacional ejerzan actos de comercio.—(Mex, 5, y 6; guat., 5, chil., 7; arg., 1; fr., 1; c. civ. fr., 1873; belg., 1; alem., 4, 5, 174 y 208; ital., 8; hol 2; port., 11, 12, 34 y 35.)

Cód. de Com. esp., art. 1º.—*Son comerciantes para los efectos de este Código:*

1º. *Los que, teniendo capacidad legal para ejercer el comercio, se dedican á él habitualmente.*

2º. *Las compañías mercantiles ó industriales que se constituyeren con arreglo á este Código.*

COMENTARIOS

En el Código de 1829, y su reforma de 1878, se exige para ser considerados tales comerciantes, tener por ocupación habitual el comercio, y además estar inscriptos en la matrícula de comerciantes; hoy esta última condición es innecesaria, basta para ser considerado comerciante para los efectos de este Código tener capacidad legal necesaria para ello y dedicarse habitualmente al comercio.

Esta es la doctrina constante de todos los Códigos y de todos los países.

El Código francés dice: «Son comerciantes los que ejercitan actos de comercio y en ello fundan su profesión habitual.»

El Código belga, á su vez, dispone: «Son comerciantes aquellos que ejercitan actos calificados de comercio por las leyes y no tienen otra profesión habitual.»

El Código austriaco se expresa del siguiente modo: «Se considera comerciante cualquiera que ejercita por profesión actos de comercio.»

El Código italiano dice: «Son comerciantes todos los que ejecutan actos de comercio por habitual profesión y las sociedades mercantiles.»

El Código alemán dice así: «Se reputa comerciante, en el sentido del presente Código, todo aquel que ejerce por profesión el comercio.»

La condición precisa é ineludible para que sea considerada una persona como comerciante, es, que ejerza habitualmente el comercio, y en su ejercicio fundamente su profesión. Esta doctrina es universal.

No basta que realice un acto mercantil por accidente casual, ni aun con de-

liberado propósito; es necesario, indispensable, que habitualmente ejecute actos mercantiles y en este ejercicio consista su modo de ser en la sociedad.

Esto, no obstante, un solo acto obliga al Derecho mercantil á quien lo ejecutare, si bien por esto no puede ser declarado comerciante.

Al determinar la naturaleza del Derecho mercantil, ya hemos dicho que «el comercio consiste en la negociación de los productos de la naturaleza y de la industria, con objeto de obtener alguna ganancia;» ahora debemos decir que el comercio se divide en dos modos de ser:

Primero. En terrestre y marítimo.

Segundo. En interior y exterior.

El terrestre es muchas veces interior, pero puede serlo, y lo es en muchos casos, exterior; al marítimo le ocurre lo propio, sólo que el interior marítimo se denomina de cabotaje, y el exterior de importación ó exportación.

El comercio interior es el que se hace por tierra ó por las vías fluviales ó por mar, de pueblo á pueblo, de provincia á provincia, dentro de una nación; y el exterior, el que se verifica por tierra, por las vías fluviales ó por mar, de nación á nación; el de exportación es el que se ocupa de colocar en país extranjero los productos de España, por ejemplo, y el de importación el que tiene por objeto traer á España los géneros ó mercancías del extranjero.

El comercio terrestre ó marítimo divídese, además de lo manifiesto, en comercio de transporte ó de flete, que consiste en conducir géneros, mercancías ó viajeros á distintos puntos de la nación ó del extranjero.

Estas son las fases generales, sin entrar por el momento en su examen del comercio.

Veamos qué se entiende por comerciante en España, según este Código, en armonía perfecta con el principio general admitido por todos los pueblos civilizados.

La palabra comerciante—adjetivo sustantivado—es genérica y con ella se designa á los negociantes, mercaderes, fabricantes y banqueros, etc.

Por *negociantes*, se entiende (nota 6ª, tit. XII, libro X de la Novísima Recopilación) á los que hacen el comercio al por mayor en almacenes y venden sus géneros por piezas, por cajas, por valores, por gruesas, por arrobas, etc.

Por *mercaderes*, á los que venden al por menor en tienda ó almacén las mercancías ó efectos de su comercio.

Por *fabricantes*, á los que ya por la fuerza del hombre, ya por la mecánica, preparan las primeras materias para ser utilizadas y trasformadas después en cosa propia del uso humano ó del comercio.

Son también fabricantes los que verifican tan sólo esta última operación; y unos y otros, son considerados comerciantes, siempre que el objeto final de su esfuerzo—propio ó de sus operarios—fuere el de vender ó cambiar sus productos, obteniendo lucro por sus operaciones, pues según el Rey Sabio (ley 46, tit. VII, Partida 1ª): «Propiamente son llamados mercaderes todos aquellos que venden ó compran las cosas de otros con intencion de las vender á otro *por ganar* en ellas.»

Son *banqueros*, los que, mediante cierto precio, ya por letras de cambio, libranzas, cartas-órdenes de crédito ó mandatos de pago, llamados *cheques*, se obligan á entregar dinero en otro lugar distinto de aquel en que residen.

Hay algunas personas más que pueden ser tenidas por comerciantes, y este Código las determina de un modo vago á incompleto en su artículo 3º cuando se ocupa de la *presunción legal*, del habitual ejercicio del comercio y que concuerda con el primer párrafo de este artículo. Ya nos ocuparemos de ellos en su lugar respectivo y acerca de cuya doctrina y comentario llamamos la atención del lector: otro tanto decimos de lo referente á la capacidad legal que se necesita para ser comerciante.

El párrafo segundo de este artículo considera también como comerciantes á las compañías mercantiles ó industriales que se constituyan con arreglo á este Código, y como según él (artículo 123) pueden constituirse además de las Sociedades regular, colectiva, comanditaria y anónima; las de crédito, los Bancos de emisión y descuento de los Bancos agrícolas, las Compañías de almacenes generales de depósito, de crédito territorial, de minas, de ferrocarriles, tranvías, obras públicas y de otras especies, siempre que sus pactos sean *lícitos y su fin la industria y el comercio*. Es evidente que pueden ser comerciantes por pre-

cepto del Código, no sólo las personas humanas y sociales ya determinadas, sino todas aquellas otras que puedan constituir y crear los hombres, siempre que sus pactos sean lícitos y su fin la industria y el comercio.

Las Compañías mutuas de seguros contra incendios, de combinaciones tontinas sobre la vida, para auxilios de la vejez y de cualquiera otra clase, y las cooperativas de producción, de crédito ó de consumo, solo se considerarán mercantiles y quedarán sujetas á las disposiciones de éste Código (art. 124), cuando se dedicaren á actos de comercio, extraños á la mutualidad, ó se convirtieren en Sociedades á prima fija. Esto dispone expresamente este Código, sobre la naturaleza de las sociedades mercantiles.

Así, pues, una Sociedad mutua, de cualquiera de las combinaciones posibles sobre seguros de la vida, en que los asociados formen dotes, constituyan fondos, para atender cualquiera de los fines sociales propuestos, por modo mutuo, no es mercantil; tampoco lo es la Sociedad mutua de incendios, siempre que dentro de los fines de su naturaleza funcione; pero si cualquiera de estas Sociedades fuere á prima fija, en este caso sería, por su naturaleza, mercantil.

La Sociedad á prima fija supone: primero, una eventualidad, un riesgo que se corre por parte del asegurador, mediante un precio que estipula y paga el asegurado.

Segundo, el riesgo que puede ser puramente hipotético ó no realizarse, pero esta aventura sólo la ha corrido el asegurador que estaba obligado á satisfacer el importe del riesgo convenido en caso de siniestro. La prima fija pagada, da un derecho al rescancamiento de lo convenido al asegurado y á una utilidad ó á una pérdida, según los casos, en el asegurador.

La Sociedad mutua tiene un fin ético-piadoso: la Sociedad á prima fija persigue el propósito de obtener lucro.

La primera realiza sus propósitos, sin pensamiento alguno especulativo; la segunda se propone obtener ganancias por sus combinaciones y cálculos, y corre riesgo por conseguir éstas. El legislador ha estado atinadísimo al distinguir las Sociedades cooperativas que son ó no mercantiles, comprendiendo perfectamente la naturaleza del Derecho mercantil.

Las cooperativas de producción de crédito ó de consumo, cuando se dedican á actos del comercio extraños á la mutualidad, se considerarán mercantiles y sujetas á las condiciones de este Código. ¿Y cuáles son los actos que se podrán considerar de comercio en estas Sociedades?

Las Sociedades cooperativas tienen por principal objeto, según los economistas, «la cooperación de varios obreros para un mismo fin»; y éste será, en unos casos, el consumo y en otros la producción. La práctica, más ó menos afortunada, de estas Sociedades, ha creído posible la cooperación para el crédito. El legislador no ha visto ni podía ver circunscrita la acción cooperativa á una sola clase social, y no determina quién ó quiénes pueden constituir las sociedades cooperativas; pero si manifiesta que estarán sujetas al Código de Comercio cuando ejecuten actos extraños á la mutualidad.

Lo primero que ocurre al fijarse en lo dicho por el legislador, es que la naturaleza de las Sociedades cooperativas es la mutualidad, y no es así por cierto.

Cuando se circunscriban á fines limitados, ya que no egoístas, pueden ser estas sociedades mutuas; pero cuando tengan otros fines más amplios, por ejemplo, las cooperativas de producción, pueden ser, y lo son, mercantiles. Pueden cooperar uno ó varios hombres de oficios similares á la fabricación de un objeto industrial, pero sería necio suponer que se proponían tan sólo suministrar á cada uno de los socios aquel objeto de su fabricación. Es racional pensar que constituyeron la Sociedad para fabricar dichos objetos y ponerlos á la venta pública con el propósito de obtener lucro; y aun parece natural, que así lo consignen en los Estatutos y en la Escritura social. Si vendieren á precio de costo, esta Sociedad cooperativa no es mercantil; mas si se propusieren obtener beneficios, sí lo es.

Del mismo modo, la Sociedad cooperativa de consumo, que vende á sus asociados productos, que fabrica ó no, á precio de costo, no es mercantil; pero si vende al público, proponiéndose lucro, entonces ejecuta actos de comercio extraños á la mutualidad.

Las cooperativas de crédito, algo más conocidas en Alemania, no practicadas en España, son aquellas en que mutuamente afianzan las obligaciones ó pagos que debe efectuar una persona ó socio. Si este afianzamiento se presta mutuamente á los asociados y sin interés, es acto que está fuera del Código; pero si se verifica mediante precio ó prima fija, entonces es acto mercantil, porque siendo extraño á la mutualidad tiene por objeto la obtención del lucro.

De lo manifestado se deduce, no tan sólo cuáles son los actos de la Sociedades cooperativas que pueden considerarse de comercio, sino que la naturaleza de estas Sociedades no es mutua, sino mixta de mutua y mercantil, según los actos que ejecute.

Así como á los comerciantes particulares les es potestativa su inscripción en el registro mercantil, á las sociedades mercantiles les es obligatorio.

Artículo 4

Las personas que accidentalmente, con ó sin establecimiento fijo, hagan alguna operación de comercio, aunque no son en derecho comerciantes, quedan, sin embargo, sujetas por ella á las leyes mercantiles. Por tanto los labradores y fabricantes, y en general todos los que tienen planteados almacén ó tienda en alguna población para el expendio de los frutos de su finca, ó de los productos ya elaborados de su industria ó trabajo, sin hacerles alteración al expenderlos, serán considerados comerciantes en cuanto concierne á sus almacenes ó tiendas. —(Mex., 3 y 14; véanse las concordancias y comentario anteriores, de los artículos 1 y 2.)

Artículo 5

Toda persona que, según las leyes comunes, es hábil para contratar y obligarse, y á quien las mismas leyes no prohíben expresamente la profesión del comercio, tienen capacidad legal para ejercerlo. —(Mex., 2, 17 y 20; guat., 7; chil., 7, 9 y sig.; arg., 9; véase el comentario al art. 7.)

Artículo 6

Pueden ejercer el comercio los menores de veintidós años y mayores de diez y ocho, previa la emancipación, la habilitación de edad y autorización de aquellos bajo cuya patria potestad ó guarda estén, obtenidas conforme á la ley, y sin que el menor comerciante, en ningún caso, pueda gozar de los beneficios inherentes á la menor edad. —(Véanse concordancias y comentario del artículo siguiente.)

Artículo 7

Los menores que, con arreglo al artículo anterior, sean comerciantes, se considerarán, no obstante las disposiciones del derecho común, como mayores de edad. —(Mex., 18 y 19; guat., 8 y 9; chil., 9 y 10;

arg., 11; civ. fr., 476, 477, 487, 488 y 1303; fr. 2, 3 y 6; belg., 4, 7 y 8; alem., ley general del cambio, 1; ital., 9, 10, 11, 12 y 15; port., 2, 5, 13, 14, 15, 16 y 17.)

Cód. de Com. esp., art. 4.—*Tendrán capacidad legal para el ejercicio habitual del comercio las personas que reúnan las condiciones siguientes:*

- 1.º Haber cumplido la edad de 21 años.
- 2.º No estar sujetas á la potestad del padre ó de la madre, ni á la autoridad marital.
- 3.º Tener la libre disposición de sus bienes.

COMENTARIOS

En el párrafo 1º del art. 1º se previene que para ejercer el comercio debe tenerse capacidad legal, y esta se condiciona y especifica por el art. 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 artículo 64 de la ley de Matrimonio civil; y la referente á los bienes, el artículo 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 artículo 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.

Cód. de Com. esp., art. 5.—*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.*

COMENTARIOS

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 necesiten 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 incapaces, 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 arts. 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 ilegala-

lidad 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 hubieren 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 y usufructúan como tienen por conveniente, puesto que emancipados legalmente los considera la ley civil á este efecto.

Esta 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 aquel 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; aquel 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 minoría 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 artículo 5º del Código de Comercio.

Refiérese, sin duda, á todos aquellos á quienes sin ninguna excepción legal pueden considerarse en minoridad, y estos, sí, es indudable, que necesitan, según 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 excep-

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

ción ya manifestada en el párrafo anterior, ser comerciantes; pero si 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.

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 ejercitar 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 supliran 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 puro 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 período 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, previniendo 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.

[2] Véanse los arts. 63, 1841 á 1846, 1861 á 1872, 1873 á 1878.

Si los guardadores careciesen de capacidad legal para comerciar, ó tuviesen alguna incompatibilidad, dice el Código, *estarán obligados á nombrar uno ó más factores que reunan 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, debe tener muy presente el precepto taxativo del Código, y distinguir bien tan particularísima circunstancia en el documento que al efecto otorgase el guardador, sin olvidar todas las otras facultades y responsabilidades que se hallan comprendidas en los artículos 279 al 300 del Código y no le fuesen contrarias á la naturaleza de este especialísimo mandato mercantil, verificado por quien no puede ejercer el comercio, y por ello otorga en el factor la gerencia mercantil no la representación del menor ó incapacitado.

En todo tiempo y en todo caso debe el factor vigilar cuidadosamente sus actos mercantiles y procurar que no haya falta ni exceso de celo en ellos; pero cuando se encuentre en el caso á que se refiere la última parte del artículo 5.º del Código de Comercio, su cuidado debe ser mayor, no tanto por las responsabilidades legales en que puede incurrir cuanto por las morales que son ciertamente más estrechas.

Ha de tener muy presente que maneja intereses de desvalidos, ante la ley, para atenderse á sí propios; y al hombre honrado este solo motivo ha de serle suficiente para proceder rectamente.

Puede, sin embargo de lo expuesto, inferírsele daño, al menor, por las gestiones del factor. ¿Quién será el responsable en este caso?

Entendemos que la responsabilidad del factor no exime á priori la del guardador, sino que, en todo caso, se debe suponer la de éste, y para quedar exento de ella, debe probar ante los Tribunales su perfecta inocencia.

Toda laxitud, en casos tales, va contra la naturaleza de la guardaduría, creada por la ley, para la defensa y sólo para la defensa de los incapacitados.

El Código de 1829 no había previsto el caso que tan atinadamente ha previsto y resuelto éste, y debemos con toda sinceridad felicitar, de todas veras, al legislador por ello.

Resumiendo la doctrina que se desprende de este artículo y sus concordancias con el Derecho civil, resulta:

Que los menores á quienes la ley civil considera emancipados, por haberse creado un peculio propio con su trabajo ó industria, fuera de la compañía de sus padres, pueden ejercer el comercio ó continuarlo si lo tuvieran ya emprendido en nombre propio, siempre que cumplieren cuanto indicamos en la primera parte de los comentarios á este artículo.

Que los menores, mediante guardador, ó en su defecto el factor ó factores que fuesen necesarios, pueden continuar el ejercicio comercial de los causantes de aquellos.

Que en iguales condiciones se encuentran los incapacitados según la ley.

Artículo 8

La mujer casada, mayor de diez y ocho años, que tenga para ello autorización expresa de su marido, dada en escritura pública, podrá ejercer el comercio. Sin la autorización de su marido podrá ejercerlo en los casos de separación, ausencia, interdicción ó privación de derechos civiles del mismo, declarados conforme á la ley.—(Guat., 10, 12 y 14; chil., 11, 12, 15 y 16; arg., 14; véanse concordancias y comentario al calce del artículo 10.)

Artículo 9

La mujer casada comerciante, puede hipotecar sus bienes raíces para seguridad de sus obligaciones mercantiles, y comparecer en juicio sin la licencia marital.

No podrá gravar los inmuebles de su marido, ni los que pertenecan á la sociedad conyugal, á no ser que en la escritura de autorización para dedicarse al comercio, le haya dado el marido facultad expresa para ello.—(Guat., 10 y 11; chil., 15 y 17; arg., 14, 17 y sig.; véanse concordancias y comentario al calce del artículo siguiente.)

Artículo 10

El marido podrá revocar la autorización que para ser comerciante le haya otorgado á su mujer; pero no producirá efecto contra tercero tal revocación, sino después de noventa días de publicada en un lugar visible del establecimiento mercantil de la mujer, y en alguno de los periódicos de la localidad donde resida ó de la más inmediata, si en ésta no los hubiere.—(Mex., 20, 21, 22, 26, 27, 28 y 29; guat., 13; chil., 13; arg., 21; tr., 4, 5 y 7; civ. fr., 221, 222, 223, 224 y 1426; belg., 9, 10 y 11; alem., 6, 7 y 8; ital., 13, 14 y 15; civ. ital., 135 y 136; port., 23, 24 y 27.)

Cód. de Com esp., art. 6.—*La mujer casada, mayor de 21 años, podrá ejercer el comercio con autorización de su marido, consignada en escritura pública que se inscriba en el Registro Mercantil.*

COMENTARIOS

El art. 13 del Código italiano, dice textualmente: que una mujer no puede ser comerciante sin el consentimiento expreso ó tácito de su marido, presumiéndose éste cuando el comercio sea público y notorio.

El art. 7.º del Código alemán, á su vez determina que una mujer casada no podrá ser mercadera pública sin el consentimiento de su marido. Existe el consentimiento tácito cuando la mujer ejerce el comercio á ciencia y paciencia del marido sin oposición de su parte.

No hay divergencia alguna en el espíritu del Código español con el de Alemania ó Italia. No la hay tampoco con los otros conocidos; más ó menos claramente todos afirman la capacidad intelectual de la mujer para el ejercicio del comercio. Esta teoría venía ya asentada por el Código de 1829, si bien con carácter más restrictivo, porque no se admitía la suposición del permiso tácito del marido: era preciso, indispensable, el permiso expreso dado en escritura pública ó que la mujer estuviese «separada legítimamente de su cohabitación.»

El concepto general de la suficiencia de la mujer se ha mejorado grandemente desde 1829 á la fecha; mas como esta materia no puede ser tratada con la sola declaración del art 6.º, sino que debe relacionarse con el 7.º, 9.º y 11, concordémoslos todos á fin de que podamos estudiar y desenvolver atinadamente la facultad, no la permisión, que tiene la mujer para ejercer libremente el comercio, dejando el 8.º para otro análisis especial é inmediato como determinativo que es de la potestad marital, y consiguiente necesario de gran valer, en ese asunto.

Cód. de Com. esp., art. 8.—*El marido podrá revocar libremente la licencia concedida, tácita ó expresamente, á su mujer para comerciar, consignando la revocación en escritura pública, de que también habrá de tomarse razón en el Registro Mercantil, publicándose además en el periódico oficial del pueblo, si lo hubiere, ó, en otro caso, en el de la provincia, y anunciándolo á sus corresponsales por medio de circulares.*

Esta revocación no podrá en ningún caso perjudicar derechos adquiridos antes de su publicación en el periódico oficial.

COMENTARIOS

Por los arts. 6º y 7º que anteceden y los 9º y 11 siguientes con quienes concuerda éste, se demuestra cómo es perfectamente legal la facultad de la mujer para ejercer la profesión mercantil, hasta el punto de que á la mujer casada no precisa la licencia marital expresa, es bastante la tácita.

Ningún género de duda puede existir después de lo terminante del precepto contenido en los expresados artículos; pero si contra toda racional discreción ocurriere alguna, la más somera meditación de este artículo del Código, demostraría evidentemente la perfecta facultad de la mujer para comerciar.

Tres partes tiene el art. 8º, que deben ser detenidamente analizadas.

La primera es la que manifiesta por modo acabado la potestad marital: "El marido, dice, podrá revocar libremente la licencia concedida tácita ó expresamente á su mujer para comerciar."

La mujer que comercia, con asentimiento expreso de su marido, no realiza actos propios y expresivos de rebeldía á la autoridad marital, ejecuta actos legales que el marido consiente y autoriza tácitamente. Ciertamente esta teoría va algún tanto de frente con la profesada por el Derecho romano, pero no debe pesarnos gran cosa, porque está inspirada en una teoría más cristiana, más humana, más progresiva según piden los tiempos y las relaciones sociales de hoy.

El *Pater familias* de hoy, no es el de los tiempos de Caracalla, ni muchísimo menos.

Esta licencia tácita tiene tal fuerza, según el Código, que el marido, si bien puede revocarla, necesita darla tal publicidad que á nadie le quede duda de la revocación. La licencia la supone la ley desde el momento en que el marido nada dice ni opone al ejercicio mercantil y habitual de su mujer; pero la revocación, que no se supone en ningún caso, necesita, para que tenga fuerza, que sea de todos conocida. Y ésta es la segunda de las partes en que se divide este artículo.

La revocación ha de estar consignada "en escritura pública, de que habrá de tomarse razón en el Registro mercantil;" 1ª condición.

2ª "Publicándose además en el periódico oficial del pueblo, si lo hubiere, ó, en otro caso, en el de la provincia"

3ª "Y anunciándolo á sus corresponsales por medio de circulares."

Estas tres condiciones, conjuntamente llevadas á cabo, necesita para ser válida, la revocación marital; así taxativamente lo pide esta segunda de las tres partes en que dividimos este artículo para su mayor comprensión. Resultando de lo manifestado que el marido puede negar á su mujer la facultad de comerciar cuando le venga en mientes; pero al exteriorizar su potestad marital, el Código la condiciona y exige los requisitos legales que juzga necesarios para que no perjudique á tercero.

Esto último se evidencia más en la tercera parte del artículo, donde el legislador dice textualmente, limitando el alcance de su potestad, ó mejor reconociéndola más:—"Esta revocación no podrá, en ningún caso, perjudicar derechos adquiridos antes de su publicación en el periódico oficial."

La revocación hecha en escritura pública é inscrita en el Registro mercantil, no perjudica derechos adquiridos antes de la publicidad de este acto por medio de la prensa oficial; no basta la voluntad del marido ni su otorgamiento en escritura pública, ni su inscripción en el Registro mercantil, sino que es necesario que todos sepan, á modo de promulgación de una ley, que la mujer tiene revocada su facultad comercial. Hará muy bien el Notario que, al redactar un documento de esta especie, incluya en las advertencias legales que son de su cometido, el espíritu que informa el artículo 8º del Código de Comercio.

Pero todos estos requisitos con que se condiciona la potestad marital, antes tan ilimitada, hoy circunscrita, en este caso, á tales formalidades, ¿por qué se exigen? Porque así precisa para que la mujer pueda ser comerciante. Porque el criterio expansivo que informa este Código tiende á facilitar y desarrollar el comercio en cuanto sirva para el desarrollo del bienestar de la riqueza pública.

Cód. de Com. esp. art. 10.—*Si la mujer ejerciere el comercio en los casos señalados en los artículos 6º, 7º y 9º de este Código, quedarán*

solidariamente obligados á las resultas de su gestión mercantil todos sus bienes dotales y parafernales, y todos los bienes y derechos que ambos cónyuges tengan en la comunidad ó sociedad conyugal, pudiendo la mujer enajenar é hipotecar los propios y privativos suyos, así como los comunes. Los bienes propios del marido podrán ser también enajenados é hipotecados por la mujer, si se hubiere extendido ó extendiere á ellos la autorización concedida por aquel.

El precepto contenido en este artículo se complementa con el del artículo 2º, referentes á la capacidad legal necesaria de la mujer comerciante; y rogamos á nuestros lectores se fijen especialmente en el comentario de este último donde concordamos la doctrina de entrambos. (Páginas 14 y sig).

Cód. de Com. esp., art. 11.—*Podrá igualmente ejercer el comercio la mujer casada, mayor de 21 años que se halle en alguno de los casos siguientes:*

- 1º *Vivir separada de su cónyuge por sentencia firme de divorcio.*
- 2º *Estar su marido sujeto á curaduría.*
- 3º *Estar el marido ausente, ignorándose su paradero, sin que se espere su regreso.*
- 4º *Estar su marido sufriendo la pena de interdicción civil.*

COMENTARIOS

Son, pues, los casos extrajudiciales taxativamente señalados en el Código:

Primero. Mujer casada, mayor de veintidós años, que ejerciere el comercio con autorización de su marido.

Segundo. Mujer casada, mayor ó menor de veintidós años, que con permiso tácito de su marido ejerciere el comercio.

Tercero. Mujer soltera, mayor ó menor de veintidós años, que al contraer matrimonio se hallare ejerciendo el comercio.

En el primer caso, la autorización marital es expresa, mediante escritura pública inscrita en el Registro mercantil.

En los segundo y tercero, el permiso es tácito, pero de tal fuerza legal, que en tanto el marido no la revoque expresamente por escritura pública que ha de inscribirse en el Registro mercantil é insertarse en el periódico oficial del pueblo ó provincia en que se hallare establecido el comercio, y en tanto no se anuncie, además, tal suceso á los corresponsales por medio de circulares, sin tales y expresados requisitos, conjuntamente realizados por el marido, no se considera legal la cesación de la mujer casada en el ejercicio del comercio.

Los casos judiciales son los cuatro expresamente señalados en el art. 11, á saber: «Separación del cónyuge; hallarse éste sujeto á curaduría; ausencia é ignorancia del paradero del esposo ó estar sufriendo la pena de interdicción civil.» Como estos especiales y determinados casos tienen que ser declarados por Tribunal competente y sentencia firme del mismo, creemos suficiente su mera indicación para demostrar la fuerza legal que este Código supone y da á las facultades comerciales de la mujer.

Es nuevo en nuestra codificación, y de suma significancia, el reconocimiento del derecho y de la facultad de la mujer soltera para ejercer el comercio. El precepto no distingue si ésta ha de tener veintidós años cumplidos; en lo que no cabe duda es, en que ha de tener edad y aptitud para contraer matrimonio, y por tanto es indudable que el Código, dando sentido jurídico á ciertos hechos, más que á teorías abstractas, los ha regularizado, considerando personas *sui juris*, para el ejercicio del comercio, á los menores de veintidós años, que ya en su lugar dejamos consignado, la ley de Matrimonio civil considera como emancipados por vivir fuera de la compañía de sus padres y haberse creado con su trabajo ó industria un peculio propio.

El permiso tácito para ejercer el comercio que ya viene reconocido en los