

No necesitamos emplear muchas palabras para demostrar la deficiencia del criterio adoptado para fijar la naturaleza de los distintos actos de comercio, y, por tanto, no patrocinamos la clasificación propuesta.

Esta, como he dicho, tiene un fundamento exclusivamente histórico; pero, aun desde este mismo punto de vista, de muy poco valor, porque se limita a reseñar superficialmente, y a grandes rasgos, el proceso total de formación de la actual materia mercantil, sin explicar los fundamentos, las causas ni el significado histórico de aquella evolución, que tiene un valor más profundo y harto distinto, y no nos da luz alguna sobre el concepto moderno de la materia mercantil, y acerca de las características generales o particulares de la actividad singular que la constituyen.

De suerte que, tanto desde el punto de vista dogmático como práctico, carece de valor la tal clasificación; en efecto, afirmar que algunos actos son mercantiles porque los realiza un comerciante y otros lo son aunque no los hayan realizado éstos, equivale a *renunciar* a exponer el concepto tanto de unos como de otros; por una parte, el concepto de actos de comercio subjetivos está fundado enteramente en el acto de comercio objetivo y se resuelve en una sencilla remisión a este último. El acto de comercio subjetivo presupone, en efecto, un comerciante, y en nuestro Derecho, como quiera que carecemos de criterio for-

alemán de 1861 (austriaco del 1862), es decir, la adquisición de mercancías o títulos para venderlos, el suministro, los seguros y las operaciones del tráfico marítimo; y colocaba entre los actos de comercio *subjetivos* las cinco clases de actos incluidos en el artículo 272 (las manufacturas, las operaciones que recaen sobre el trabajo, los negocios de comisión y de transporte, la mediación en asuntos mercantiles, los negocios de imprenta, editoriales y de librería) y las clases que enumera el artículo 273 (negocios del comerciante relacionados al ejercicio de su industria). Y como quiera que el Código italiano ha comprendido en su artículo 3.º tanto los actos del artículo 271 como los del 272, la doctrina italiana, sin gran debate, ha llevado todos los actos del artículo 272 al grupo de actos objetivos y reducido la clase de los subjetivos a los únicos actos de los artículos 273 y 274 (correspondientes al art. 4.º del Código italiano). Pero, si bien en el sistema del Código alemán de 1861 lo preceptuado en el artículo 272 podía hasta justificar la creación de una clase de actos *subjetivos* con fundamento propio, porque aquél llama mercantiles a las cinco clases de negocios cuando *se realicen profesionalmente* eliminada esta condición en nuestro artículo 3.º, y reducida a los únicos del artículo 4.º la clase de actos subjetivos, falta completamente el verdadero fundamento a esta categoría de actos y se agrava y patentiza el defecto de la clasificación alemana.

mal, cual es la inscripción en un registro o matrícula para determinar la cualidad de comerciante, el concepto de éste descansa enteramente sobre el del acto de comercio objetivo; se carece en la doctrina dominante, y a su vez y recíprocamente, del concepto de acto de comercio objetivo; el declarar comerciales una serie de actos independiente de la persona que los realiza, no es más que expresar una proposición simplemente *negativa*; se dice que el criterio directivo de tal declaración no es la cualidad de la persona que realiza el acto; pero no se dice *qué criterio lo inspira*; se dice lo que *no son* actos, pero no se dice lo que *son* estos actos.

De modo que la doctrina se mueve en un círculo vicioso. El criterio que adoptan para señalar la comerciabilidad de los actos enumerados en los artículos 3.º y 6.º no es un *criterio*, y la clasificación de los actos mismos en *objetivos* y *subjetivos* no es una *clasificación*. Y, naturalmente, si se renuncia *a priori* a señalar un criterio para determinar la comerciabilidad de los actos enumerados por la ley, hay que confesar que no existe un principio regulador de la clasificación misma, así como que tampoco existe un concepto unitario del acto de comercio.

43. Vamos a ver, por tanto, si un más delicado análisis de la serie de actos enumerados en los artículos 3.º a 6.º nos permite enlazar este principio o estos principios reguladores, y con ello, al propio tiempo que fijamos el concepto del acto de comercio, clasificaremos con precisión dichos actos (160).

(160) En estos últimos tiempos ha sido muy tratada la cuestión de clasificar los actos mercantiles. Bolaffio (*Tem. ven.*, 1902, 803; 1903, 31; *Riv. di Dir. comm.*, 1909, I, 1) ha sostenido la división tripartita de los actos de comercio en *objetivos*, *subjetivos* y *accesorios*, entendiendo por actos accesorios de comercio los actos *juridicamente* relacionados con un acto de comercio principal objetivo o subjetivo. Angeloni: *Observazioni sull' art. 4.º del Codice di commercio*, en *Annali dell'Università di Perugia*, 1908, trata de hacer desaparecer la clase de actos subjetivos, y dice que no es que el artículo 4.º cree otra clase de comerciabilidad paralela a la del artículo 3.º, sino que se limita a establecer la presunción de que los que realiza el comerciante están incluidos entre los actos declarados comerciales por el artículo 3.º y sus análogos, y, por consiguiente, en conclusión, que el artículo 4.º se limita a presumir que en los actos del comerciante se dan aquellas condiciones requeridas por el artículo 3.º para declarar la comerciabilidad de un acto. No es difícil objetar a esta interpretación del artículo 4.º que una presunción consistente en reconocer un hecho ignorado a base de un hecho conocido debe necesariamente atender a un hecho desconocido, pero bien determina-

Un examen detenido de las veintisiete clases de actos que enumera la ley nos revela que alguno de ellos se consideran por la misma mercantiles a causa de su *naturaleza intrínseca*; y, en cambio, a otros sólo se les considera tales en cuanto están íntimamente relacionados con los primeros.

do, en vez de ser indeterminadísimo el caso reconocido, esto es, *uno cualquiera* de los actos declarados mercantiles por el artículo 3.º, si después se añadiera que el artículo 4.º da por probadas las simples condiciones particulares requeridas por el artículo 3.º Para la comercialidad de *cada acto*, el hecho manifiesto que constituiría la base de la presunción no sería la simple cualidad de comerciante, sino la existencia de ciertos elementos de cada acto que con el concurso de otras condiciones exigidas por la ley dan vida a un acto de comercio (por ejemplo: una compraventa, un depósito); pero así nos colocamos fuera completamente del artículo 4.º De todas suertes, concentrar todos los actos de comercio en actos objetivos equivale como nunca a *dejar de clasificar* los actos de comercio. En cambio, representa un verdadero progreso la doctrina de Azzariti (*Riv. di Dir. comm.*, 1907, II, 5 y siguientes; 1908, II, 45 y siguientes), ya apuntada en Lombroso, *Le obbligazioni commerciali che non nascono da contratto*, Pisa (extr. del *Arch. giur.*, LXXV), págs. 39 y siguientes, según la que, eliminada la distinción entre actos de comercio objetivos y subjetivos, si bien equivoca y deficiente, substituye a la de actos mercantiles por su naturaleza, o actos de comercio *absolutos* y actos mercantiles por referencia, o actos de comercio por *accesoriedad*; serían absolutamente comerciales los actos enumerados en el artículo 3.º, comerciales por *accesoriedad* los del artículo 4.º, y por analogía, en general, todos los actos referentes al ejercicio del comercio. A esta doctrina, justa indudablemente en su concepción fundamental, no se la puede reprochar haberse quedado a mitad de camino, fundando la categoría por conexión únicamente en el artículo 4.º, y en reconocer la comerciabilidad intrínseca a todos los actos del artículo 3.º, siendo así que el concepto de la conexión apóyase en la comerciabilidad, no sólo de los actos del artículo 4.º, sino de muchos del artículo 3.º, el cual atiende, por tanto, no solamente a los actos intrínsecamente comerciales, sino a muchos que lo son por conexión. La clasificación de Azzariti fué impugnada desde otros puntos de vista, pero harto deficientemente, por Angeloni: *Osservazioni sull'art. 4.º del Codice di commercio*, págs. 18 y siguientes; por Magri: *Delle recenti teoriche sulla partizione degli atti di commercio*, págs. 18 y siguientes, y por Zino: *Di una pretesa categoria di atti di commercio per riferimento*, en *Dir. comm.*, 1908, 329. Recientemente, Bolaffio (*Giur. ital.*, 1911, IV, 54, y *Comm.*, 5.ª ed., n. 20), rechaza la tripartición de los actos en *subjetivos, objetivos* y *accesorios*, substituyéndolos con una doble clasificación de los actos mercantiles en *objetivos* y *subjetivos, principales* y *accesorios*, de cuya clasificación me ocuparé inmediatamente.

44. 1.º Al primer grupo de actos declarados mercantiles, a causa de su naturaleza intrínseca, pertenecen indudablemente:

a) *La compra de mercancías para revenderlas o alquilarlas y las ventas o arrendamientos subsiguientes, y de igual suerte las compras de títulos de crédito para revenderlos y las reventas sucesivas* (números 1 y 2 del art. 3.º).

Estos distintos actos (compra y reventa, compra y arrendamiento), encadenados entre sí en su conjunto, nos suministran la figura típica de la actividad mercantil, o sea, la interposición entre productores y consumidores, encaminada a facilitar el cambio de bienes, cuyo primer acto inicial del proceso en que se realiza esta función mediadora es la compra; la reventa y sucesivos arrendamientos es lo último; de suerte que los actos de este grupo primero son, indudablemente, actos de *comercio*, aun en el sentido rigurosamente económico.

b) *La compra y reventa de bienes inmuebles cuando se hace con fines de «especulación mercantil»* (número 3 del artículo 3.º).

Respecto a éstos, hay que repetir lo dicho más arriba. La ley atiende separadamente al comercio de bienes muebles del de inmuebles, por razones históricas. La especulación mercantil sobre inmuebles es de fecha más reciente, y sólo en el Código de 1882 la legislación italiana, dominando prejuicios antiguos, ha incluido el comercio de bienes inmuebles en el ámbito de aplicación del Derecho mercantil. Pero los actos de que se ocupa el número 3 del artículo 3.º son los distintos actos mediante los cuales se opera el comercio de inmuebles. Advenida más frecuente y rápida la circulación de los inmuebles, para facilitarla ha surgido una actividad intermediaria que, en substancia, reproduce el fenómeno mismo que tradicionalmente ofrece la actividad mercantil respecto a los bienes muebles, y que, por tanto, debe ser considerada como una verdadera actividad *mercantil*.

Este comercio de inmuebles origina la misma extensa cadena de actos, relacionados entre sí, que ocasiona el comercio de bienes muebles: adquisición directa, no para disfrute o goce del adquirente, sino para realizar un acto ulterior de cambio, y éste es el que perfecciona la función intermediadora, cuya compleja actividad ha caracterizado la ley con el nombre de *especulación mercantil*; fórmula algo distinta de la usada en el comercio de cosas muebles, porque respecto de las muebles la función se considera sólo en sus diversas actividades constitutivas: aquí se la toma en su conjunto y califica con el nombre de *especulación mercantil*; pero el concepto es completamente igual en ambos casos.

negocio como teniendo por objeto, en todo caso, la prestación de un servicio; aun en el suministro, en que el suministrante se obliga a entregar periódicamente algo, la prestación se presenta más bien como un servicio, es decir, atendiendo a la actividad personal del suministrante, que como una *entrega* que tenga por objeto la transmisión de la cosa; y en esto, precisamente, consiste la diferencia entre venta y suministro de cosas: en la venta, el comprador atiende a la adquisición de la cosa; en el suministro, aquel a quien se le suministra atiende a obtener el servicio que el suministrante le presta, procurándole la cosa en tiempo oportuno. El elemento esencial es la obra o trabajo del suministrante (168).

Ahora bien; si hay diferencia, y debe haberla, entre *contrato* de suministro y *empresa* de suministro, esa diferencia no puede darla más que la forma en que esté organizada la prestación del servicio. En la empresa de suministros hay, indudablemente, aquella colaboración ajena en la prestación del servicio que puede faltar en el suministro simple, y en esta colaboración reside la empresa y, por consiguiente, el carácter mercantil. O, en otros términos: cuando el suministrante realiza personalmente el suministro, no ejecuta acto de comercio y no es empresario; lo llega a ser y es acto de comercio cuando para realizar el suministro acude a otras personas, de suerte que el servicio que presta ya no es producto únicamente de su obra, sino de la suya y de la de los demás; y henos aquí ante el momento que caracteriza la empresa de suministros, según la ley, que consiste, precisamente, en el hecho de que el suministrante se valga del trabajo ajeno y aparezca especulando con el mismo.

B) Empresa de obras y edificaciones (núm. 7 del art. 3.º).

Tampoco aquí nos proporciona la comercialidad el hecho de que quien emprende la obra o la construcción suministre el material, porque esta necesidad, que se daba en el derogado Código de comercio, se ha excluido en el vigente (169), y ello significa que este acto de

(168) Consúltese Bonfante: *Foro ital.*, 1901, I, 901 y sigs.

(169) El suministro de materiales era necesario, a tenor del art. 2.º, número 8, del Código de 1865; pero, a consecuencia de las reclamaciones de las Cámaras de Comercio de Parma y Venecia, se excluyó del proyecto definitivo del Código; véanse *Osservazioni*, de la Cámara de Comercio de Parma, y *Relazione Mancini*, en Castagnola y Gianzana, *Fonti e motivi*, I, págs. 207 y 208. Consúltese Vivante: *Trattato*, 4.ª ed., I, núm. 75; Bolaffio: *Comm.*, número 42; Vidari: *Corso*, I, núm. 53; D'Amelio: *Comm.*, pág. 41, núm. 5.

comercio no encierra una compra para revender; y no cabe pensar que realiza acto de comercio el albañil que edifica por sí solo (hipótesis irreal); no hay otro remedio que buscar el elemento empresa y, por consiguiente, la comerciabilidad en el hecho de que el constructor utilice la colaboración de otros, y, por lo tanto, se convierta en intermediario de trabajo (170).

C) Empresa fabril o manufacturera (núm. 8 del art. 3.º).

Acerca de ésta hay que llegar a una conclusión análoga por vía de exclusión: no nos da la comerciabilidad porque exista latente una compra para revender, porque la materia prima puede facilitarla el comitente o producirla el industrial (171); por otro lado, tampoco nos puede proporcionar la existencia de empresa en sentido económico, porque el artesano que transforma él mismo la materia prima no realiza acto alguno de comercio (172), y entonces no nos queda más remedio que ver aquí también la empresa y consiguiente comerciabilidad en el empleo del trabajo ajeno, o sea, en el ejercicio de una función intermediadora entre los trabajadores y el público.

D) Empresa de espectáculos públicos (número 9 del artículo 3.º).

Desechado el que el carácter comercial lo proporcione sólo el factor espectáculo público, porque no todo espectáculo de tal clase origina una empresa, y no la hay de espectáculo público cuando el artista trabaja directa y exclusivamente para el público (173), habrá que re-

(170) Bolaffio: *Comm.*, 3.ª ed., núm. 42. El empresario constructor especula entre el costo de producción resultante de la combinación técnica y económica del trabajo que a su riesgo organiza y el precio pactado de la obra.

(171) Vivante: *Trattato*, 4.ª ed., I, núm. 76. En la 5.ª ed., núm. 70, ya no dice nada de esto, ni que el negocio adquiere carácter mercantil sólo cuando haya tomado considerables proporciones. Bolaffio: *Comm.*, números 43 y 44; D'Amelio: *Cod. di comm.*, pág. 42.

(172) Aun cuando se discuta sobre la distinción entre artesanado y empresa manufacturera, generalmente se reconoce que la artesanía constituye empresa manufacturera en sentido económico, aunque no para el Código. Véase Montessori: *Il concetto di impresa*, en *Riv. di Dir. comm.*, 1912, I, 417 y siguientes; Bolaffio: *Comm.*, núm. 44; cons. Ap. Nápoles, 28 enero 1898 (*Legge*, 1898, I, 564); Ap. Milán, 15 febrero 1910 (*Mon. trib.*, 1910, 912); Cass. Florencia, 6 abril 1916 (*Foro ven.*, 1916, 634).

(173) Montessori lo reconoce también, *Il concetto d'impresa*, en *Riv. di Dir. comm.*, 1912, I, 431, n. 21: «El caso de una representación preparada por cuenta y riesgo de los mismos que han de ejecutarla no cabe, indudablemen-

Para una de ellas, la que puede decirse que predomina, el concepto de empresa, según el artículo 3.º, coincide substancialmente con el concepto económico de la misma. Y a tenor de dicho artículo 3.º, debe ser mercantil todo acto referente a la organización de los distintos factores de la producción. Según esta opinión, pues, en realidad, el elemento económico de empresa estaría no sólo en los actos que como tal empresa se califican en el Código de comercio, sino en otros que el mismo artículo enumera, como, por ejemplo, las operaciones de banca y los seguros (162).

En opinión de otros, el concepto, digámoslo así, jurídico de empresa, únicamente en algunas clases de las enumeradas en dicho precepto, se corresponde con el concepto de la misma en Economía política; pero para otras, y singularmente para las de suministros, agencia y oficinas de negocios, falta el factor económico de empresa como organización de elementos de la producción, y por ello, y si se pretende dar un concepto unitario de las mismas conforme al artículo 3.º, no hay más remedio que estimar la empresa como un conjunto de negocios a base de una organización única, que se reagrupa en torno a un único organismo económico.

Debería ser el indicio característico de empresa el ejercicio de una

(162) Véase Vivante, 4.ª ed., I, núm. 69, y 5.ª ed., núm. 61: «La empresa es un organismo económico que pone en actividad los elementos necesarios para lograr un producto destinado al cambio, a riesgo del empresario: *El Derecho mercantil hace suyo este concepto económico...*», núm. 73. «El elemento característico y esencial de estos grupos de negocios está en la existencia de este organismo económico, llamado empresa» (pero no faltan señales de una distinta configuración jurídica de la empresa; v., por ejemplo, páginas 151, 155, 158, y es significativo el epígrafe bajo el que trata de la empresa Vivante, *negocios sobre el trabajo*). En la 5.ª ed. no transcribe las palabras copiadas más arriba, en el núm. 69 de la 4.ª; ni vuelve a hablar nada de negocios sobre trabajo; Bolaffio: *Comm.*, 3.ª ed., núm. 40: «Para el jurista tiene gran importancia el concepto (n. económica) de empresa, ya que, objetivamente considerada, el legislador la reputa acto esencialmente mercantil cuando tiene el indicado contenido, *demonstrationis causa*, en la categoría dedicada a la empresa del artículo 3.º (pero hay alusiones a la empresa como función intermediadora, núm. 40, princ. 42, 44, si bien la función intermediadora está entendida de un modo especialísimo, como mediación entre los factores de la producción y consumidores; v. núm. 40 princ. En la 5.ª ed. estas palabras copiadas ya no aparecen más. D'Amelio: *Comm.*, página 38; Magri: *Le materie commerciali*, págs. 20 y 21, y más extensamente que todos, Montessori: *Il concetto di impresa negli atti di commercio*, en *Riv. di Dir. commerciale*, 1912, I, 408 y siguientes, 497 y siguientes.

actividad compleja y, por lo tanto, la *repetición de actos singulares*, reflejados subjetivamente en la intención de dedicarse de una manera permanente y continuada a una serie de negocios del mismo género (163); ni una ni otra opinión nos parecen aceptables.

No lo es, ante todo, la primera, porque, cualquiera que sea el concepto económico que tengamos de empresa, y ya se conciba en el sentido más amplio de toda organización por cuenta y riesgo propio de los elementos varios de la producción con fines de lucro, o en el más restringido de organización de elementos de producción encaminados a producir bienes *para cambiarlos*, o en la todavía más limitada de organización productora encaminada a producir bienes para el mercado en general, no cabe duda de que ninguno de estos conceptos económicos coincide con el concepto de *empresa*, tal cual resulta de los preceptos de nuestro Código; porque, en efecto: a) el factor económico de empresa reside, no sólo en los actos que califica de tales el dicho Código, sino en *todos* los actos mercantiles constitutivos; en la compra para revender y reventa sucesiva, o sea, en el verdadero y propio comercio, porque el comercio es también una rama de la producción económica, y toda producción comercial implica una organización de los varios factores de producción encaminados a producir, y a producir para el mercado general, y, por consiguiente, es una empresa, no sólo en el amplio sentido del mismo, sino también en el más restringido. Está también el factor empresa, y por idénticas razones, en el comercio bancario, aunque significa una subespecie de la producción económica, pero cuya organización es empresa; y, por último, existe asimismo ese elemento empresa en la industria de seguros, porque, al crear una utilidad, hay una producción que organizada *es empresa*. Pues bien; un elemento que es común a *todos* los actos mercantiles, no puede erigirse en criterio distintivo de *una sola* clase de ellos; el carácter de empresa en sentido económico no es la *diferencia específica* que separa la empresa, según el Código, de los demás actos de comercio; b) hay empresas en sentido económico que no lo son según aquél, y así vemos que el artesanado queda excluido del campo del

(163) Ya Franchi (*Comm.*, núm. 57, pág. 111, a propósito de la empresa de suministro, advertía que en este caso, por empresa, no se puede entender la organización constituida para la producción, sino que más bien significa *contrato* o *asunción*. Más precisamente aún expone el concepto Arcangeli: *Sulla natura commerciale delle operazioni di banca*, en *Riv. di Dir. commerciale*, I, 1904, 32; *Nozione giuridica di commercio*, págs. 592 y siguientes, y por A. Scialoja, en *Foro ital.*, 1908, I, 157, reproducido después en *Saggi di vario Diritto*, vol. I, Roma, 1927, págs. 329 y siguientes.

Derecho mercantil, aunque el artesano sea frecuentemente un empresario en sentido económico; ni tampoco en la acepción del Código cabe en la empresa manufacturera el llamado *oficio*, o sea, el caso del obrero que por sí, o con el auxilio de algunos aprendices (*garzone*), transforma las primeras materias y elabora productos; tampoco hay empresa de espectáculos públicos en el caso del artista que aprovecha su habilidad y da espectáculos; ni empresa de transportes cuando el cochero o carretero realiza aquéllos conduciendo personalmente el carruaje o carro. Y no se diga que esto sólo significa que debe excluirse del ámbito mercantil la pequeña empresa, y entender la empresa de que habla el Código como la empresa grande y media de la economía, porque esto no basta. En primer lugar, porque hay empresas pequeñas en sentido económico que lo son en la acepción del Código; la empresa pequeña de edificación y construcción, en la que un maestro con pocos operarios acepta trabajos de poca importancia, son empresas en sentido del Código. La empresa pequeña de transportes en la que el empresario emplea un personal, aunque sea limitadísimo, para el Código es también empresa. Y en segundo lugar, la distinción cuantitativa entre pequeña, media y gran empresa, que puede tener valor en el campo de la Economía, no puede convertirse en concepto jurídico, porque el Derecho necesita límites precisos, y si se reconoce que no todas las empresas en sentido económico lo son en sentido jurídico, hay que dar un criterio preciso de distinción; por consiguiente, un criterio cualitativo, y no necesariamente indeterminado, que nos suministra la distinción sacada de la ciencia económica.

Pero tampoco es completamente satisfactoria la segunda opinión; no es cierto que, según el Código, toda actividad compleja, todo conjunto de asuntos, quepa reputarlos empresa y, por consiguiente, acto mercantil; si necesariamente toda empresa es una actividad compleja, no toda actividad compleja es empresa ni acto mercantil. No cabe duda de que la labranza de la tierra es una actividad compleja, y, sin embargo, el art. 5.º del Código de comercio dice que no se reputará acto de comercio la venta que el propietario o labrador haga de los productos de las tierras que cultivan; lo es asimismo complejo y continuado el trabajo del profesional y el del artesano, y, sin embargo, desde ningún punto de vista es empresa el ejercicio de una profesión, y el artesanado, aun cuando en sentido económico envuelve una empresa, no lo es según la ley.

De suerte que el problema queda sin resolver y la solución no puede hallarse sino mediante un examen objetivo de los actos singulares calificados como empresa por el art. 3.º, a fin de escrutar si de

las notas características de cada uno de ellos puede deducirse un concepto común.

A) Empresa de suministros.

Aquí la comerciabilidad no estriba en el dicho de que en todo suministro late una compra para revender (164), porque para que haya suministro basta que el suministrante proporcione mercancías o tan sólo servicios, por ejemplo, empresa para espalar nieve, para conservación de caminos, para alumbrado público o privado o de servicios telefónicos.

Cuando el suministrante presta servicios no hay reventa ni, por tanto, compra; pero también cuando proporciona mercancías puede faltar la compra, porque el suministrante las produzca él mismo; por ejemplo, un dueño de viñas que se encarga de proporcionar vino (165). Tampoco la comerciabilidad consiste en que medie siempre un intervalo entre el momento de celebrar el negocio y la entrega real por el suministrante de las cosas, o prestación efectiva de los servicios; a causa de que el riesgo inherente a lo anticipado y la fijeza del precio pudiera dar carácter mercantil al negocio (166). A este tenor, serían comerciales todos los negocios aleatorios cuando hay muchos de este carácter exclusivamente civil; además, pensando así, se identificaría la empresa de suministros con el contrato de suministros, porque la existencia de aquel intervalo existe en todo contrato de suministro, sin ser, a nuestro juicio, tampoco aquél la característica de este contrato.

Si realmente queremos caracterizar con propiedad al suministro y distinguirlo de la venta y la promesa de venta (167), hemos de ver el

(164) Franchi, *op. cit.*, págs. 111 y 112.

(165) En cambio, según los Códigos, alemán de 1861 y el austríaco, el suministro es comercial únicamente cuando representa en definitiva una compra para revender. Pero según el párrafo 271, núm. 2, de aquellos Códigos, la *asunción* (*Ueberrahme*) es el negocio mercantil, no la empresa de suministro, y sólo cuando tenga por objeto cosas muebles o títulos de crédito que el que asume el negocio haya adquirido con este objeto. Falta, por lo tanto, todo motivo de analogía con las disposiciones de nuestro Código. Excelentemente, Bolaffio: *Comm.*, pág. 259, núm. 2.

(166) Vivante: *Trattato*, I, núm. 68; Navarrini: *Trattato*, núm. 152.

(167) Advertamos que no podría considerársele como promesa de venta, a más de que, en la mayor parte de los casos, el pretendido contrato preliminar no se perfeccionaría nunca por el contrato definitivo si no hay después otra posterior manifestación de voluntad de las partes para que nazca la obligación de entregar.