

deben calificarse de comerciales; así, por ejemplo, el primero de los actos fundamentales de comercio, la intermediación en el cambio de cosas muebles e inmuebles, ocasiona una serie de actividades que son otros tantos distintos hechos jurídico-mercantiles; hecho jurídico en sí es la adquisición de la mercancía; otro hecho jurídico también por sí es su conservación en el intervalo entre la adquisición y la reventa, y pueden originar varios actos jurídicos; la reventa a un tercero es un hecho jurídicamente autónomo. Y así, si reducimos el fenómeno a su más esquemática forma, vemos que de todo acto de comercio nace una cantidad de hechos jurídicos distintos jurídicamente, y cuya conexión tiene carácter puramente económico.

Y lo que decimos del acto mercantil puede aplicarse al estado de hecho de índole comercial, que frecuentemente se resuelve en una serie de actos jurídicos separados; así, por ejemplo, la vida interior de una sociedad comercial se nos presenta como una serie de hechos jurídicamente distintos, cual la convocatoria de la junta de accionistas, reunión y resolución de la misma, preparación y aprobación del balance, elección y destitución de los administradores, etc.; actos todos jurídicamente distintos en que se exterioriza el único hecho social que es la vida de la sociedad.

Y es muy importante esta observación en el orden práctico, porque en el estudio de los actos jurídico-mercantiles no hay que olvidar que económica y socialmente se trata de partes separadas de un todo único, cuya trabazón, aun cuando no sea ligamen jurídico, no deja de ejercer influjo sobre los efectos jurídicos del hecho; así, por ejemplo, no quedaría bien estudiada la compra mercantil si la examinamos aisladamente y separada de la complejidad de actos que constituyen la mediación en el cambio, del que no es más que un factor la compra, y lo mismo ocurre al estudiar el depósito bancario o el descuento con separación del conjunto de actos que integran la función intermediaria del Banco, e induciría a error el estudio del contrato de seguro, separándolo del conjunto de actos que realiza la institución aseguradora para desempeñar su función de intermediaria de riesgos.

Vamos a hablar inmediatamente de los elementos varios de la relación mercantil y, sobre todo, de sujetos y objetos, y, por consiguiente, de los hechos jurídico-mercantiles.

Pero al ocuparnos de esos elementos habremos de limitarnos a una sencilla enumeración de los varios sujetos y objetos de las relaciones mercantiles, a fin de no invadir el campo de la Parte especial, en que habrá de tratarse de los derechos personales correspondientes a los sujetos y de los derechos reales que pueden recaer sobre los objetos.

CAPITULO II

Elementos de la relación jurídico-mercantil.

SECCIÓN I.—I. SUJETOS

§ 17.—LOS NO COMERCIANTES.

SUMARIO: 58. Los no comerciantes como sujetos de las relaciones mercantiles; persona física y persona jurídica: a) *persona física*; capacidad: principios generales del Código civil y disposiciones especiales del de comercio respecto a los menores emancipados; condición de los menores no emancipados. Mujer casada. Acto mercantil y acto que excede de la simple administración.—59. b) *persona jurídica*: persona jurídica de carácter público.

58. De cuanto hemos expuesto hasta ahora aparece evidente que pueden ser sujetos de Derecho mercantil, no sólo los comerciantes, sino también los que no lo son; y, además, hemos visto que pueden engendrar relaciones reguladas por el Derecho mercantil los actos aislados de comercio y que se realizan eventualmente por quien no ejerce profesionalmente esta actividad. Después hemos visto que también motivan relaciones reguladas por el mencionado Derecho mercantil las relaciones mixtas, es decir, las que nacen de una operación comercial exclusivamente para sólo una de las partes; en una palabra, que las personas que no son comerciantes pueden ser sujetos de una relación de Derecho mercantil, bien porque lo que realizan sea eventualmente un acto de comercio, bien porque pasen a ser sujetos de una relación derivada de un acto de comercio o de un estado mercantil, aun cuando sean extrañas a este acto y a este estado; y por ello cabe afirmar que pueden ser sujetos de relación de Derecho mercantil, no sólo

las personas físicas no comerciantes, sino las jurídicas que tampoco lo sean.

Vamos a examinar separadamente los dos casos:

a) *Persona física*. El principio es muy sencillo: la persona natural que llega a ser sujeto de una relación jurídico-mercantil, sea cualquiera la razón de ello, queda sometida a este Derecho en todo aquello referente al régimen jurídico de dicha relación; si ésta es de Derecho comercial, claro está que no puede regularla otra ley que la de esta clase. Para las relaciones que se deriven de actos aislados de comercio realizados por el no comerciante no es necesaria disposición especial; basta la aplicación del precepto mercantil por la evidencia, según el artículo 1.º del Código de comercio, de que el hecho originario de la relación es un acto mercantil. En cambio, acerca de las relaciones nacidas de un acto mercantil o de estados mercantiles, a que sea extraño el no comerciante, la aplicación de este derecho especial se impone, no sólo por la lógica jurídica, que exige que una relación jurídica sea regulada por una ley única, sino porque, además, es harto explícito el artículo 54 del Código de comercio, que preceptúa la aplicación de la ley mercantil a estos casos; el único problema que puede surgir se refiere al modo de regular la *capacidad* del no comerciante para realizar un acto de comercio aislado y de cómo habrá de regularse esta capacidad. El Código de comercio carece de precepto general sobre la materia; el artículo 54, por el que se rigen las relaciones mixtas, no dice más sino que las normas relativas a la persona del comerciante y las de capacidad para advenir tal no se aplican a las personas que participen en una relación mixta; pero este artículo no nos da luz bastante para aclarar la cuestión que nos ocupa, porque, como hemos visto, se limita a preceptuar que las relaciones inherentes al estado de una de las personas participantes en un acto no pueden modificar el estado de la obra, y que, por tanto, al comerciante se aplican las normas relativas al estado de tal, pero no al que no lo sea, que realice un acto de comercio; la importancia, pues, del artículo 54 es puramente negativa, y sólo se deduce de él que las normas sobre la capacidad para llegar a ser comerciante no son aplicables a la capacidad para realizar un acto de comercio aislado o participar en un acto mercantil. Ante el silencio de esta ley, silencio deliberado, como aparece del dicho artículo 54, habrá que afirmar que debe regularse *por el Derecho civil* la capacidad para realizar actos mercantiles aislados del no comerciante; principio, por lo demás, harto lógico, porque la capacidad íntegra, el estado de la persona y el estado del no comerciante lo regula el Derecho civil.

En dos casos únicamente regula el Código la capacidad del no comerciante para realizar actos sueltos mercantiles:

I. Uno de ellos es el artículo 10, relativo a la capacidad de los menores emancipados para realizar actos de comercio; la ley es muy severa y exige que, para ejecutar un acto aislado de comercio un emancipado, se observen las mismas formalidades requeridas para el ejercicio profesional del comercio, porque, en substancia, aquél ha menester de idénticas formalidades habilitantes para ejecutar dicho acto mercantil que para convertirse en comerciante. De suerte que, aplicando la regla de Derecho civil sobre la capacidad de los menores emancipados, éstos pueden realizar actos de comercio que no excedan de simples actos de administración (art. 317 del Cód. civ.); y asistidos del curador, y autorizados por el consejo de familia, los que excedan de esa simple administración (art. 319 del Cód. civ.); en virtud del artículo 10 del Código de comercio, para realizar todos los actos de esta clase que excedan o no de la simple administración, es necesario que lo autoricen el padre o madre ante el Pretor, o el consejo de familia, y que se registren los acuerdos en el Juzgado, además de la publicación de estos documentos con las formalidades exigidas en el artículo 9.º Semejante rigor es disparatado y excesiva la equiparación de los actos de comercio aislados con el ejercicio profesional del comercio, sin distinguir entre unos y otros actos y entre uno y otro caso (228).

El artículo 10, literalmente, se refiere a los menores emancipados;

(228) No es, por tanto, fundada la opinión de Bolaffio (*Commento*, I, páginas 613 y 614) de que solamente cuando los actos de comercio del menor emancipado excedan de simple administración podrá aplicarse lo dispuesto en el artículo 10, porque la ley no establece semejante limitación; habla tan sólo de «actos que la ley estima hechos mercantiles»; ni tampoco cabe admitir la opinión de Bonelli: *Fallimento*, pág. 19, núm. 4, de que, si se trata de actos mercantiles que quepan en los límites de la simple administración, el acto del menor emancipado conservará eficacia civil, aun cuando carezca de eficacia mercantil; ésta la impugnó Vivante alegando que un acto, orgánicamente único, no puede tener simultáneamente dos naturalezas distintas e inconciliables (*Trattato*, I, núm. 134). Nos parece, sin embargo, que, aun cuando se rechace en general la opinión de Bonelli, puede admitirse limitándola a los actos mercantiles de carácter formal, como la letra de cambio. La deuda contraída por el menor emancipado en el ámbito de los negocios de mera administración, aunque revista la forma de letra, no por ello perderá su validez, aun siendo ineficaz como obligación cambiaria; además, es inútil recordar que carece de aplicación el artículo 10 respecto a los actos que realiza el menor emancipado de los que se derivan relaciones mercantiles sólo para la otra parte.

en cuanto a los que no lo están, su capacidad para realizar actos aislados de comercio se regulará por el Derecho civil. Puede suceder, sin embargo, que realice el acto un representante legal del menor: los padres, que ejercen la patria potestad, o los tutores, siempre acompañados de las formas habilitantes requeridas por el Código civil. Manara (229), para quien el menor no emancipado, y, por tanto, su representante legal, no puede realizar acto de comercio aislado sino en los casos en que cabe ejerza el comercio y con las formalidades para ello requeridas; ningún fundamento le asiste en la ley, porque la capacidad para ejecutar esos actos aislados mercantiles la regula completamente el Derecho civil, con las únicas excepciones que el Código de comercio prevé y que no se pueden ampliar a ninguna más que a las indicadas.

II. Otro caso en que el Código de comercio señala la capacidad del no comerciante para realizar actos sueltos de comercio es el del artículo 14, que prohíbe a la mujer casada no comerciante formar parte de sociedades de responsabilidad limitada sin que para ello la autoricen el marido o los Tribunales; pero se trata, en substancia, de otro acto más de los prohibidos por el artículo 134 del Código civil, de la mujer casada, para proceder sin autorización del marido. Por consecuencia, pensamos que la ley de 17 de julio de 1919, número 1.176, que abolió esas autorizaciones, ha derogado asimismo el artículo 14 del Código de comercio. Y aparte, pues, de estas dos excepciones, que en realidad quedan reducidas hoy a una, es principio general que para juzgar de la capacidad de realizar actos de comercio aislados hay que acudir al Derecho civil.

Pero pueden presentarse dificultades, a este propósito, nacidas de dos causas principalmente.

La primera dificultad consiste en que el Derecho civil, por lo común, distingue entre actos que excedan o no de la simple administración, para regular la capacidad de realizar actos jurídicos las personas total o parcialmente incapaces; así, por ejemplo, el padre que ejerce la patria potestad y representa al hijo, y administra sus bienes, no puede realizar actos que excedan de la simple administración, sino por causas de necesidad evidente, y con autorización de los Tribunales (art. 224 del Cód. civ.); ni el inhabilitado puede realizarlos, asimismo, sin la asistencia del curador (art. 339 del Cód. civ.); de donde nace es-

(229) Manara: *Delle società e delle associazioni commerciali*, números 13 y 14. Conforme al texto, Vivante: *Trattato*, I, núm. 111; Navarrini: *Trattato*, I, pág. 335.

pontáneamente la cuestión de si han de reputarse que exceder de la simple administración los actos mercantiles.

Desde luego, nos parece que no: habrá actos que excedan de la simple administración o de disposición del patrimonio, cuando, en cualquier modo o forma, se disponga de un elemento patrimonial que constituya parte esencial o permanente del mismo destinado al disfrute o a la producción; y habrá acto de simple administración cuando, sin tocar ese fondo patrimonial, se trate de conservarlo o de cobrar sus productos (230); y esto implica la necesidad de examinar en cada caso si el acto mercantil de que se trata realiza la función económica de conservar el capital o de disponer de la renta, o bien de la función más trascendental de modificar la cuantía del patrimonio variando o cambiando su valor capital.

Como principio general, puede afirmarse que todos los actos mercantiles fundamentales, sin excepción, se debe estimar que exceden de la simple administración porque revelan una actividad intermediaria, de la cual es inseparable el factor riesgo; el que se constituye en intermediario de un cambio, corre el riesgo de que se realice o no en las condiciones previstas, y si ocurre esto último o si se realiza en condiciones tales que le cause pérdidas, surge un daño constitutivo de una verdadera disminución patrimonial; y he aquí por qué todo acto de comercio fundamental rebasa la simple administración. Los actos mercantiles accesorios o conexos pueden a veces no exceder de la simple administración, a causa, precisamente, de que en ellos nada más se presume la conexión con una especulación; y cabe demostrar que no existe, y que el fin del acto es únicamente el de conservar el patrimonio o de percibir los productos. Pero si la presunción de accesoriedad sirve a los efectos de colocar el acto bajo el régimen del Código de comercio, no puede ir más allá y deducirse consecuencias del mismo en el ámbito de las normas delimitativas del Código, y por eso no hay para realizar tal acto; así, por ejemplo, es acto accesorio o conexo de comercio el depósito en los almacenes generales; pero si se demuestra que en aquel caso especial no hay conexión, y que las mercancías no se depositaron para especular con ellas, sino solamente para conservarlas, semejante depósito no constituirá un acto que exceda de la simple administración. En resumen: es necesario investigar en cada

(230) Véase Ferrara, en *Filangieri*, 1903, págs. 417 y siguientes, y *Riv. di Dir. comm.*, 1908, II, 56; Bonfante: *Riv. di Dir. comm.*, 1905, II, 589; Giovenone: *lvi*, 1912, II, 114; Coviello: *Manuale di Dir. civ.*, pág. 306.

caso cuál ha sido el fin económico verdadero del acto y resolver en su consecuencia, y habrá acto de disposición únicamente cuando presente en realidad caracteres de que con él puede cambiar la cuantía del patrimonio y alterarse su valor capital (231).

Otra de las dificultades en que se tropieza para fijar la capacidad de realizar actos aislados de comercio se refiere a algunos de ellos que, como la letra de cambio, tienen carácter formal, y que pueden servir de medio para encubrir operaciones de naturaleza muy varia; y lo que decimos de la letra de cambio puede aplicarse a todos los negocios abstractos, esto es, para los que no exigen expresión de causa,

como la emisión de un título de crédito; pero, a nuestro juicio, la cuestión se resuelve investigando en cada caso cuál es la relación fundamental que ha servido de base al negocio celebrado, como, por ejemplo, la que sirve para el libramiento y endoso de la letra de cambio, o, en general, un título de crédito, y a compás de ésta habrá de juzgarse de la capacidad del no comerciante que libra una letra de cambio u otro cualquier documento de crédito (232).

59. b) *Persona jurídica*. — También ésta puede ser sujeto de Derecho mercantil, bien realice actos de comercio aislados, ya en cuanto lo haga en una relación mixta, o sea, derivada de un acto mercantil para la otra parte, y es justo, por consiguiente, que en ambos

(231) La doctrina y la jurisprudencia están en su mayoría conformes en rechazar que el acto de comercio, como tal, excede de los de mera administración; Bolaffio: *Comm.*, I, pág. 572; Vivante: *Trattato*, I, n. 111. Véase también la nota siguiente; Cass. Florencia, 10 mayo 1891 (*Foro ital.*, 1891; I, 714); Ap. Florencia, 17 diciembre 1895 (*Annali*, 1896, 16).

(232) Este punto lo discute la doctrina; en contra: Bolaffio: *Comm.*, página 615, quien, a causa de la severidad del contrato de cambio, exige que se repunte en todo caso que ese acto excede de la simple administración; pero adviértase que el A. se ocupa de la cuestión con motivo de los menores emancipados, para los cuales, a nuestro juicio, contrario al de Bolaffio, el artículo 10 prohíbe realizar actos de comercio y, por tanto, librar letras de cambio. Otros autores opinan en contra igualmente; parten del concepto de que todo acto mercantil por sí mismo es cosa que excede de la mera administración. Véase Sraffa: *Del mandato e della commissione*, en *Commentario del Codice di commercio*, Milán, Vallardi, edit., vol. IV, n. 8, pág. 27. En el sentido del texto, v. Vivante: *Trattato*, n. 111; Navarrini: *Trattato*, I, pág. 349, en nota; Supino: *Della cambiale e dell'assegno bancario*, en *Cod. di commercio commentato*, 5.ª ed., vol. V, n. 9; Boggio: *Persone fisiche incapaci* II, 233; Ap. Bolonia, 21 junio 1907 (*Riv. di Dir. comm.*, 1908, II, 56); Ap. Módena, 11 diciembre 1909 (*Ivi*, 1910, II, 510, con nota de Pagani).

casos queden sujetas al Derecho mercantil las personas jurídicas. Y como acontece con las personas naturales, para las relaciones nacidas del acto mercantil y que realizan esas personas jurídicas, surgen esas consecuencias de lo preceptuado en los artículos 1.º, 3.º y siguientes del Código de comercio, y, en cuanto a las relaciones mixtas, de lo dispuesto en el artículo 54.

Pero hay una dificultad en cuanto a las personas jurídicas de carácter público que, aparte de las sociedades mercantiles, de que ahora no es momento de hablar y son las que constituyen la inmensa mayoría de las personas jurídicas, pueden convertirse en sujetos de relaciones jurídico-mercantiles, sin que por ello sean comerciantes. Realmente hubiera debido excluirse del ámbito de aplicación del Derecho comercial las personas jurídicas de carácter público, por la antinomia que hay entre ese público interés, que es el que tienden a satisfacer esas entidades, y la idea de especulación o lucro, inherente al concepto de comercio; pero precisamente el artículo 7.º del Código de comercio resuelve la cuestión al declarar que ni el Estado, la Provincia ni el Municipio pueden adquirir la calidad de comerciantes, aun cuando realicen actos de comercio y por tal motivo queden sujetos a la ley y a los usos comerciales; imposibilidad de ser comerciante, derivada, precisamente, de su carácter público, porque hay incompatibilidad entre el ejercicio de una función de esta clase, o sea, de interés general, y el de una profesión que de suyo implica una finalidad de lucro o utilidad privada. Pero otra cosa es la práctica de un acto de comercio aislado, aun cuando se trate de uno fundamental; porque ya hemos visto que en la función intermediaria del cambio no es esencial la idea de especulación o lucro, puesto que puede ejercerse aun para fines de beneficencia o de mera liberalidad, y, sobre todo, para fines de utilidad común; y al desenvolverse cada vez más, tanto por parte del Estado como de otras corporaciones públicas de menor categoría, el ejercicio directo de actividades comerciales e industriales, sobre todo en las personas de carácter público más modesto, como los municipios (municipalización de servicios), no puede negarse a las personas jurídicas de derecho público la facultad de constituirse en intermediarios de cambio para realizar mejor sus fines de utilidad general; y el principio sentado en el artículo 7.º está redactado explícitamente tan sólo para el Estado, la Provincia y el Municipio; pero es aplicable en general a todas las personas jurídicas públicas, porque es, en efecto, un principio general, y, por tanto, aplicable, por analogía, a todos los casos análogos (233); de modo que lo será a las instituciones públicas de benefi-

(233) Rechazamos resueltamente la opinión de que se trata de un pre-

cencia, Montes de Piedad, Cámaras de comercio (234), Cajas de Ahorro, Sindicatos reconocidos legalmente, que, si bien no adquirieron carácter de comerciantes, pueden realizar actos de comercio aislados, y en este concepto estar sujetos al Derecho mercantil (235).

§ 18.—LOS COMERCIANTES.

SUMARIO: 60. Profesión mercantil, elementos. a) Ejercicio de actividad intermediaria; b) Ejercicio permanente y estable de esta actividad; c) Fin de lucro. Otros supuestos elementos.—61. *Persona física*: incompatibilidades especiales; sus efectos.—62. *Persona jurídica*. Adquisición de la cualidad de comerciante. Sociedad mercantil. Sociedad civil. Personas de carácter público.

60. Aun cuando, como hemos visto, los no comerciantes pueden también ser sujetos de relaciones jurídico-mercantiles, sin embargo, la inmensa y más importante mayoría de los sujetos del Derecho mercantil la constituyen los comerciantes.

Comerciante es toda persona física o jurídica que profesionalmente ejerce el comercio, es decir, que efectúa una actividad intermediadora en el cambio permanentemente y con objeto de obtener beneficios.

De suerte que el concepto de la profesión mercantil implica tres elementos:

1.º *Ejercicio de una actividad intermediadora, y, por consiguiente, la ejecución de uno o más actos de estos que hemos denominado actos mercantiles fundamentales*. No basta la ejecución de actos mercantiles accesorios o conexos, porque éstos son mercantiles

cepto excepcional, y, por tanto, no ampliable por analogía. Véase en este sentido, Bolaffio: *Comm.*, pág. 562, quien opina que «la cualidad de comerciante que se niega a los entes morales de carácter público es una limitación injusta de los derechos y de la actuación de los mismos». De lo expuesto en el texto aparece, en cambio, que la privación del carácter de comerciante se deriva lógicamente de la índole misma de tal, y no había necesidad de una disposición especial sobre el particular. Adviértase también que la motivación del artículo 7.º no está tanto en la necesidad de rechazar la cualidad de comerciante en esas personas jurídicas de carácter público, como en la necesidad de declararles aplicables las leyes y usos comerciales, especialmente la disposición del artículo 54, relacionado con el 870 del Código de comercio.

(234) Cons. Ap. Génova, 9 marzo 1915 (*Riv. di Dir. comm.*, 1915, II, 385).

(235) Véase, además, n. 62.

únicamente en cuanto se enlazan a una actividad comercial, y, por lo tanto, esta actividad primaria y fundamental es la única que cabe tener en cuenta para atribuir a una persona la calidad de profesional del comercio, lo que nos explica por qué el practicar habitualmente actos de comercio conexos, como, por ejemplo, librar letras de cambio habitualmente, no basta para convertirse en comerciante (236).

2.º *Ejercicio permanente o constante de esa actividad intermediadora*. Elemento necesario para el ejercicio de toda profesión, aun cuando no implique la necesidad de una serie repetida de especulaciones comerciales; hay actividades mercantiles cuya práctica exige un largo espacio de tiempo, y que contienen en sí, sin embargo, el elemento de estabilidad, como, por ejemplo, las empresas teatrales. Tampoco es necesario, por otra parte, que el ejercicio de la función intermediaria absorba la actividad entera de la persona; puede ser una actividad simplemente accesorio, como, por ejemplo, puede ser una persona agricultor y profesional, artista y, a la vez, comerciante; basta que la ocupación sea desempeñada con asiduidad (237).

3.º *El fin de obtener una ganancia o lucro*. Elemento que, no siendo indispensable para la función intermediaria, considerada en sí misma, lo es para que asuma carácter profesional, de modo que puede realizarse un acto mercantil sin finalidad de lucro, pero no cabe ser comerciante sin la finalidad de obtener un beneficio de la actividad propia mercantil.

Suelen agregarse otros a estos tres requisitos o elementos constitutivos de la cualidad de comerciante, y se dice que para ello es necesario que se ejerza el comercio en *nombre propio* (238). En efecto, quien

(236) La doctrina y la jurisprudencia reconocen unánimemente hoy, aun cuando en otra época haya habido discrepancias al respecto, que el libramiento y negociación, aunque sean habituales, de letras de cambio no bastan para adquirir la cualidad de comerciante; Bolaffio, en *Foro ital.*, 889, I, 240; Vivante: *Trattato*, n. 103; Navarrini: *Trattato*, n. 231; Supino: *Della cambiale e dell'assegno bancario*, n. 18, y entre las sentencias más recientes: Cass. Palermo, 24 marzo 1917 (*Dir. comm.*, 1917, 427); Ap. Bolonia, 26 junio 1905 (*Ivi*, 1905, 730); Ap. Casale, 15 diciembre 1905 (*Giur. tor.*, 1906, 151); Ap. Venecia, 30 enero 1908 (*Cons. comm.*, 1908, 188). En contra: Ap. Palermo, 31 enero 1903 (*Riv. di Dir. comm.*, 1903, II, 325).

(237) Consúltase Ap. Catanzaro, 30 julio 1912 (*Giur. cal.*, 1912, 487); Ap. Venecia, 18 febrero 1909 (*Temi gen.*, 1909, 126); Cass. Nápoles, 29 octubre 1896 (*Mon. trib.*, 1897, 430); Cass. Turin, 23 diciembre 1889 (*Dir. comm.*, 1890, 251).

(238) Vivante: *Trattato*, n. 100; Navarrini: *Trattato*, n. 220; Bolaffio: *Comm.*, pág. 571.