PRINCIPIOS DE DERECHO MERCANTIL

Alfredo Rocco

NO VIRTUA

PRINCIPIOS DE DERECHO MERCANTIL

KN22
.I8
R63
c.1

PRINCIPIOS

DE

ERECHO MERCANTIL

PARTE GENERAL

POR

ALFREDO ROCCO

ESOR ORDINARIO DE LA FACULTAD DE CIENCIAS POLÍTICAS DE LA UNIVERSIDAD
DE ROMA, MINISTRO DE JUSTICIA DEL REINO DE ITALIA

AS S

TRADUCCIÓN DE LA

REVISTA DE DERECHO PRIVADO

PRÓLOGO A LA EDICIÓN ESPAÑOLA DE

JOAQUÍN GARRIGUES

PROFESOR DE LA UNIVERSIDAD CENTRAL

BR. 19
989

EDITORA NACIO
MEXICO

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN
DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

347
R

347.972
R671p
e.2

INVENT &N€/9
Jun/Cag

FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES
BIBLIOTECA
U. N. L.

FN22
IZ
R68P

PRINCIPIOS DE DERECHO MERCANTIL

BIBLIOTECA
FAC. DE DER. Y CIENCIAS S.
U. A. N. L.

25 JUL. 1965

04 ABR. 19
04 MAR. 1989

RESERVADOS DERECHOS DE EDITOR.

"HECHO EN MEXICO"
Nacional, S.A., Dr. Vértiz 135-006, México, D.F.

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ®
DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN
ALERE FLAMMAM VERITATIS

85 JUL

ESPAÑOLA

exacta, de los *Prin-*
de Derecho
dante de li-
todos los que,
no alumnos o
so, de dicción
gestiones mu-
de un jurista
predilección.

A mi esp
MARIA ROCC
dedico este fruto
científicas y doce
que siempre ha mostrado com-

1190001888

BIBLIOTECA
FAC. DE DER. Y CIENCIAS
U. A. N. L.

con
cho p

UANL
UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ®
DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

ALERE FLAMMAM VERITATIS

PRÓLOGO A LA EDICIÓN ESPAÑOLA

Al ofrecernos la presente traducción, cuidada y exacta, de los *Principios de Derecho mercantil* del profesor Rocco, la *Revista de Derecho Privado* enriquece positivamente el inventario nada abundante de libros de Derecho mercantil en español y rinde un servicio a todos los que, siendo estudiantes de esta rama del Derecho privado como alumnos o como profesores, quieran encontrar un libro substancioso, de dicción elegante y concreta, de información modernísima, de sugestiones muchas veces originales, una obra en todo momento propia de un jurista verdadero. Para el autor de estas líneas preliminares es motivo de complacencia especial unir su firma a la del profesor Rocco, no porque intente descubrir a los lectores españoles una figura cuya propia autoridad excusa a los introductores, sino porque encuentra en este libro, en su sistema general y en distintos pasajes concretos, coincidencias en el punto de vista total del Derecho mercantil y en algunas sugestiones del primer curso universitario dado en Madrid, durante el año académico de 1927-1928. Esa manera de ver coincidente es causa de la satisfacción optimista que la ignorada interferencia con las ideas de un maestro produce en quien aspira a serlo, y es también, en otro aspecto menos personal y más significativo, una consecuencia de la comunidad de enfoque y de estilo en el tratamiento del Derecho mercantil.

Para los que hemos llegado al terreno del Derecho mercantil, procedentes del campo civilista, ha sido siempre motivo de perplejidad ese divorcio que muchos quieren establecer entre ambos Derechos, como si, en definitiva, no se tratase de dos ramas de un mismo Derecho privado y fuese posible una exposición del Derecho mercantil sin

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN
DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

recurrir a las construcciones clásicas del Derecho civil. Es menest arrinconar de una vez ese prurito de independencia del Derecho me cantil frente al Derecho civil, que, a veces, contagia a los mismos r dactores de los Códigos mercantiles. Este es el caso de la Exposición motivos del Código de comercio español cuando afirma que el Der cho mercantil se ha convertido «en un Derecho propio e *independien te...*» Escrito el Código español en la época de los *pronunciamiento* militares, sus redactores no pudieron substraerse al ambiente politic de entonces, y al consagrar la insubordinación científica del Derech mercantil perpetraron un verdadero *pronunciamiento* contra el Der cho civil, para rendirse inmediatamente después a la necesidad de s ayuda en los artículos 2.º y 50 del Código de comercio, que proclama la radical insuficiencia de los preceptos genuinamente mercantiles.

No es ahora el momento de plantear el problema entero de las re laciones entre el Derecho civil y el Derecho mercantil, pero si ser oportuno subrayar la posición del profesor Rocco en este respect para robustecer con ella nuestra propia opinión. Ninguna rama de Derecho puede jactarse de tener independencia frente a las demás, menos que ninguna el Derecho mercantil, nacido dentro del Derech civil y como una desviación suya. Coincidiendo ahora con Rocc cuando afirma que la autonomía de una ciencia no debe confundirse con su independencia, o, mejor, con su aislamiento, hemos creíd siempre que en este punto de las relaciones del Derecho civil y e mercantil hay que distinguir una cuestión de separación y una cues tión de independencia, para venir a la conclusión de que ciertament el Derecho mercantil debe vivir en leyes propias, separado del civil, pero con la dependencia que impone la comunidad de origen y la substancial analogía. No cabe pensar en el concepto del Derecho mercantil sin pensar al mismo tiempo en el del Derecho civil, porque el uno está condicionado por el otro. La caracterización del Derecho mercantil como Derecho especial se hace por comparación con el Derecho civil y su contenido se determina por el del Derecho común. Pisko ha hecho notar en este sentido (1) que el Derecho mercantil no representa

(1) *Lehrbuch des österreichischen Handelsrechtes*, Wien, 1923, pág. 2.

un sistema de normas que agota su objeto, sino que casi siempre regula sólo una parte de las relaciones creadas por el comercio. El Derecho del comercio descansa, por tanto, no solamente en las prescripciones del Derecho mercantil, sino también en las del Derecho civil común. Este constituye la base sobre la cual aquél está edificado. El contenido, en un cierto momento, del Derecho civil es decisivo para el contenido y ámbito de las normas especiales del comercio. Podría decirse que el Derecho mercantil ha sufrido respecto del civil un doble movimiento en sentido inverso: primero, de separación hasta obtener un concepto y contenido peculiares; después, de aproximación técnica al Derecho civil, en propia confesión de impotencia para una vida independiente o substantiva. La insuficiencia o la inadaptación de las normas civiles a las necesidades del comercio (por ejemplo, la de mayor simplicidad de las formas de manifestación de voluntad y la de más eficaz tutela del crédito, mencionadas por Rocco) determinaron ese proceso de separación del Derecho mercantil con normas y jurisdicción propias. Y justamente porque nace a consecuencia de una segregación, el Derecho mercantil ofrece un perfil fragmentario en la mayor parte de sus instituciones, las cuales encuentran, por así decirlo, el pedazo que les falta en la institución correspondiente del Derecho civil. Este carácter fragmentario del Derecho mercantil está reconocido, como Rocco apunta, en el artículo 1.º del Código italiano, análogo al artículo 2.º de nuestro Código.

Por las mismas razones, la vinculación del Derecho mercantil al Derecho civil es también evidente desde el punto de vista doctrinal y científico. Un escritor mercantilista tan poco sospechoso como Thaller (1), con ocasión del Libro del Centenario del Código de Napoleón, se pregunta si en la labor de comunicación recíproca entre Derecho civil y Derecho mercantil, no es éste el que más ha ganado de los dos. Y añade: «El Derecho mercantil, que a la publicación del Código de comercio francés se configuró como un Derecho de excepción frente al civil, sigue estando subordinado a él en el siglo XX, principalmente por motivos de orden técnico. El Derecho civil ha tomado ascendiente

(1) *Livre du Centenaire*, I, pág. 225.

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ® DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

sobre el comercio, comunicándole su cadena lógica, su método, sus cuadros de demostración: por este camino ha llegado a dar más seguridad a las relaciones de negocios, a colocar los procesos más al abrigo de lo arbitrario». Por su parte, Rocco afirma que la reconstrucción orgánica de un *sistema* del Derecho mercantil tampoco es posible, desde el punto de vista científico, sin encuadrar en él las múltiples reglas del Derecho civil que completan las normas incompletas y fragmentarias del Derecho mercantil (pág. 70).

Y, en efecto, todavía no se ha inventado en la ciencia jurídica moderna un modo de pensar las relaciones de carácter patrimonial entre particulares que no pueda encajar en las categorías conservadas secularmente por el Derecho civil. Por eso no caben antagonismos, ni siquiera distingos, entre civilistas y mercantilistas. En las Universidades alemanas el mismo profesor explica un semestre Derecho civil y en el semestre siguiente Derecho mercantil. Es un ejemplo que debiéramos tener muy presente en los países en que el Derecho mercantil no ha conseguido doctrinalmente el nivel de la literatura mercantilista alemana. No nos dejemos confundir cuando oímos que para explicar Derecho mercantil hay que saber sólo Economía y despreciar el dogmatismo de los civilistas. Cierto que existe un hastío muy justificado por los abusos de la dogmática jurídica y que con las denominaciones de Derecho libre, Derecho económico, Derecho integral, Investigación de los hechos jurídicos, Jurisprudencia de intereses, etc., se manifiestan actualmente los matices de una misma tendencia fundamental que no reconoce separación tajante entre la esfera del *ser* y la esfera del *deber*. Cierto también que, como afirma Rocco (pág. 74), la investigación técnica y económica que nos lleva al conocimiento del contenido substancial de las normas jurídicas es más necesario en el campo del Derecho mercantil, precisamente porque las relaciones de la vida comercial, a diferencia de la vida civil, son, generalmente, ignoradas por los no comerciantes. Pero el propio Rocco previene contra las exageraciones: «La ciencia del Derecho mercantil no es una ciencia económica o técnica, sino una ciencia *jurídica;* su objeto principal y directo no es el estudio de las leyes económicas que regulan el fenómeno del comercio...; su objeto, es, por el contrario, precisamente el estudio del

Derecho mercantil...»; «estudiar Derecho mercantil quiere decir estudiar las normas jurídicas que regulan la materia del comercio...» No hay, pues, que valorar excesivamente la infraestructura económica cuando se trata de una disciplina jurídica. Para la Economía tienen decisiva importancia datos y factores que para el Derecho son irrelevantes, y al contrario. El hecho, por ejemplo, de que una empresa tenga un solo propietario o tenga dos o tres o cuatro es—como reconoce Liefmann (1)—cosa indiferente para la Economía e importante para el Derecho, el cual, en el segundo caso, dispondrá la organización de una figura social. En suma, no es posible confundir el aspecto económico y el aspecto jurídico de una misma relación social entreverando los hilos de la Economía en la trama de la técnica jurídica, porque el objeto de la ciencia jurídica son las normas y no las leyes económicas o naturales.

Situado en este mismo punto de vista y convencido de la radical semejanza entre Derecho civil y Derecho mercantil, Rocco aplica a su obra la misma sistematización de los pandectistas, o sea, Parte general y Parte especial, dividida ésta en Derecho de las personas, Derechos reales y Derechos de obligaciones. Sigue así el ejemplo de autores alemanes como Korn, que ya en 1908 publicaba la primera edición de su *Manual de Derecho civil* incorporando el Derecho mercantil material en el sistema del Código civil, y como Sehling, que en su *Manual de Derecho mercantil*, publicado en 1924, adopta también la división tripartita: Derecho de las personas, Derecho de cosas y Derecho de obligaciones. Respondiendo a la misma manera de pensar el autor de estas líneas preliminares al presente libro, que entonces no estaba aún publicado, adoptó el mismo plan en su *Proyecto de curso en forma de programa*, presentado en la primavera de 1927 para tomar parte en las oposiciones a la Cátedra de Derecho mercantil de la Universidad de Madrid.

Mas con todo esto no nos aproximamos a la esencia del Derecho mercantil. No basta saber que es una rama del Derecho privado y que es susceptible de la misma sistematización del Derecho civil, al cual

(1) *Die Unternehmungsformen*, pág. 28.

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS ®

vive indisolublemente ligado. Precisamente por su naturaleza de Derecho especial (o excepcional, según Rocco), el mercantil plantea una cuestión de límites que el Derecho civil, dictado para regir las relaciones humanas de carácter general, no necesita proponerse. De aquí la existencia en los Códigos de comercio de normas delimitadoras de la materia mercantil (arts. 1.º del C. de c. italiano y 2.º del C. de c. español).

La demarcación legislativa del Derecho mercantil puede hacerse de dos modos distintos, según que se atienda preferentemente a la persona o a los actos. En la actualidad el Derecho mercantil se aplica a los actos de comercio. Esta proposición es hoy indiscutible y ha sido también verdadera aun en los tiempos en que el Derecho mercantil se configuraba como un Derecho de clase. Nunca se ha podido definir el Derecho mercantil como el Derecho que se aplica a los comerciantes, porque jamás se han sometido al Derecho mercantil *todos* los actos de la vida jurídica privada de los comerciantes. Derecho mercantil es el Derecho de los actos de comercio. Conviene asentar bien esta tesis para salir al paso de una doctrina errónea. Cuando se habla de sistema subjetivo para la delimitación del Derecho mercantil, no quiere decirse que se considere este Derecho como el Derecho propio de una clase de personas: los comerciantes. Tanto en el sistema objetivo como en el subjetivo, el Derecho mercantil es el Derecho propio de una clase de actos: los actos de comercio. La diferencia entre uno y otro sistema consiste sólo en que mientras en el sistema subjetivo actos de comercio son únicamente los realizados por comerciantes, en el sistema objetivo son actos de comercio, no sólo los realizados por comerciantes, sino también los que, sin ser ejecutados por comerciantes, se definen como mercantiles atendiendo a su substantiva naturaleza. Tiene, pues, razón Rocco cuando niega valor a la clasificación de actos de comercio objetivos y subjetivos, utilizando el mismo argumento ya empleado por Goldschmidt (1), a saber, que la noción del acto de comercio subjetivo descansa enteramente en la del acto de comercio objetivo, toda vez que el acto de comercio subjetivo presupone al comerciante, y la noción de éste, a falta de un criterio formal, se apoya en la del acto objetivo.

(1) *Handbuch des Handelsrechts*. Stuttgart, 1875, pág. 432, n. 4.

La legislación española, como la legislación italiana, funda el Derecho mercantil alrededor del acto de comercio, y, puesta en el trance inexcusable de precisar su concepto, rechaza acertadamente el sistema de la definición y el de la enumeración y recurre a una fórmula que los redactores de la Exposición de motivos quieren hacer pasar por original cuando no es sino una imitación desafortunada de la contenida en el artículo 1.199 del Código de 1829: «Serán reputados actos de comercio—dice el artículo 2.º del Código vigente—los comprendidos en este Código y cualesquiera otros de naturaleza análoga.» Frente a esta fórmula, la posición del intérprete español es idéntica a la del intérprete italiano frente a la enumeración del artículo 3.º de aquel Código: sabemos que los registrados en el Código son actos de comercio, pero no sabemos cuál es la esencia del acto de comercio. Y la investigación de un concepto general del acto de comercio, inducido de las disposiciones particulares del Código, es todavía más necesaria para el intérprete español, porque, si consigue establecer un concepto *positivo* del acto de comercio, podrá aplicar con facilidad el criterio de analogía, que invoca el artículo 2.º, para la calificación de actos mercantiles no previstos en el Código de comercio. En rigor, la definición del acto de comercio no corresponde al legislador, sino al intérprete. Si el legislador prudentemente se abstiene de dar un concepto general del acto de comercio, el intérprete no puede excusarse de inferir o de intentar inferir *a posteriori* un concepto de Derecho positivo, resultante de los preceptos del Código.

Contra la opinión dominante en este punto, Rocco afirma la posibilidad de llegar a un concepto unitario del acto de comercio conforme al Código de comercio, y después de proceder a un examen analítico de los actos de comercio catalogados en el Código italiano, formula ese concepto general del acto *intrinsecamente mercantil* según el Derecho positivo italiano, diciendo que es acto *por sí mercantil* todo acto en el cual se efectúa un cambio indirecto, o sea, todo acto de interposición en el cambio, sea cual fuere el objeto o la forma del cambio. Desde el punto de vista del Derecho italiano niega Rocco que sea

necesaria la finalidad de especulación o de lucro, porque la evolución social y económica ha asignado también a la función intermediaria finalidades distintas de la del lucro. Este concepto positivo del acto de comercio responde sólo parcialmente al concepto económico, el cual es, según Rocco, más reducido, por cuanto se refiere más propiamente a las mercaderías, mientras que el acto de comercio conforme al Código comprende todo acto de interposición, cualquiera que sea el objeto o del cambio.

La misma tarea inductiva para hallar el concepto legal del acto de comercio tropieza con mayores dificultades en el Código español. Notemos por de pronto que el dogma de la objetividad consagrado en la Exposición de motivos («el Código se fija en la naturaleza de los actos o contratos... con independencia de las personas que en ellos intervienen») y en el mismo artículo 2.º («sean o no comerciantes...») quiebra por completo en la reglamentación concreta de varios actos mercantiles. El principio de calificación automática (inclusión en el Código), que formula el artículo 2.º, no podía bastar más que respecto de los actos regulados exclusivamente en el Código de comercio. Mas respecto de aquellos otros actos regulados por partida doble, es decir, aquellos actos que tienen su correspondiente en el Derecho civil (venta, depósito, etc.), esa fórmula es inútil porque siempre surgirá la cuestión de cuál ordenamiento debe ser aplicado: el civil o el mercantil. Por esta razón, el Código de comercio español, después de haber calificado de mercantiles todos los actos en él incluídos, al regular en concreto la comisión, el depósito, el préstamo, la venta, el transporte y el seguro, comienza por puntualizar las circunstancias necesarias para que cada uno de esos actos se considere mercantil. Y la contradicción apuntada consiste en recurrir muchas veces para esta calificación al dato de ser comerciante una de las personas que intervienen en el contrato, vulnerando así la esencia de un sistema que se dice basado en el concepto del acto mercantil absoluto, o sea, aquél que se considera mercantil por su contenido objetivo, sin tener presente que su autor sea o no comerciante o que el acto se realice de manera ocasional y aislada o en serie profesional. En este aspecto, el Código español es más subjetivo que el italiano, cuyo artículo 3.º ofrece una lista

actos mercantiles con efectiva independencia de las personas que los ejecutan. El sistema del Código italiano es más sencillo y correcto que el de nuestro Código. Permite la clasificación de Rocco en actos intrínsecamente mercantiles o actos de comercio constitutivos y actos mercantiles por conexión, entre los cuales se cuentan los llamados actos subjetivos, o sea, aquellos que se presumen mercantiles por ser comerciante su autor. Mas ¿cuáles serían en nuestro Código de comercio los actos intrínsecamente mercantiles, es decir, aquellos de interposición en el cambio? Quizá no puedan agruparse bajo esta rúbrica más actos que la compra para revender (art. 325) y las operaciones de los Bancos (arts. 175, 177, 179, 199 y 212). Falta en absoluto en nuestro Código el grupo de las *empresas* (núms. 6, 7, 8, 9, 10, 13 y 21 del art. 3.º del Código italiano), que constituye el núcleo central del Derecho mercantil moderno. Respecto de los demás actos incluídos en nuestro Código, el dato de la interposición, inexcusable al concepto de acto de comercio, no aparece suficientemente claro. A veces la definición legal implica un círculo vicioso porque invoca ella misma el concepto de comercio o de acto o de operación mercantil, que es justamente lo que queremos indagar a través de esas disposiciones del Código. Veamos separadamente los actos regulados exclusivamente en el Código de comercio y los comunes al Código de comercio y al Código civil:

a) Los actos pertenecientes al primer grupo son las operaciones de Bolsa, las operaciones bancarias, el depósito en almacenes generales, la letra de cambio, las libranzas, vales, pagarés, cheques y cartas-órdenes de crédito y los contratos pertenecientes al Derecho marítimo (fletamento, pasaje, préstamo a la gruesa, seguros). ¿Qué cualidades intrínsecas presentan estos actos? Algunos de ellos no ofrecen peculiaridad intrínseca alguna y sí tan sólo *circunstancias*, adyacentes, extrínsecas, que se refieren bien al lugar donde el acto se concluye (Bolsas, ferias, almacenes generales), bien al tráfico a que el acto pertenece (contratos del Derecho marítimo). Intrínsecamente, constitutivamente, como diría Rocco, estos actos en nada se diferencian de los de la vida civil, puesto que en ellos no concurre necesariamente el elemento de la intromisión para el cambio, que es lo que caracteriza el comercio

(v. gr.: construcción y actos jurídicos relativos a un buque de recreo, depósito de las propias cosechas en los almacenes generales). Son actos calificados legalmente de mercantiles y que pueden servir a finalidades completamente extrañas al comercio. Otros de los actos pertenecientes a este grupo son instituciones genuinamente mercantiles que tradicionalmente se reputan actos de comercio, pero que tampoco implican necesariamente la nota diferenciadora de la actividad mercantil (v. gr.: letras de cambio y cheques, los cuales pueden ser utilizados para operaciones típicamente civiles). Ninguno de estos actos ofrece un signo diferenciador intrínseco que permita llegar por inducción a un concepto del acto mercantil en general.

b) En el segundo grupo de actos incluídos en nuestro Código de comercio (actos regulados también en el Derecho civil: sociedad, comisión, depósito, préstamo, compraventa, permuta, transporte, seguro, afianzamiento), precisamente porque aquí ya no se trata de actos que por tradición se consideran mercantiles, sino de actos que tienen una existencia doble, civil y mercantil, se plantea con mayor fuerza la calificación de su mercantilidad. ¿Por qué un depósito es depósito mercantil en vez de depósito civil? ¿Qué concepto de acto mercantil puede inferirse de estos actos calificados de mercantiles por contraposición al concepto del acto civil? El criterio de que se sirve el legislador español para distinguir estos actos de sus correlativos en el Derecho civil es múltiple y atiende a estos cuatro elementos: *subjetivo* (participación de un comerciante en el contrato), *real* (naturaleza de la cosa objeto del contrato), *objetivo* propiamente dicho (naturaleza del acto en sí mismo o de las operaciones de que procede o a las que se destina) y *formal* (requisitos relativos a la celebración del contrato y a su publicidad).

Unas veces el legislador se contenta con uno solo de estos cuatro elementos para otorgar al acto la cualidad de mercantil. Así ocurre en la compraventa, en el transporte y en el afianzamiento. En este último es manifiesto su carácter accesorio o conexo: basta con que tenga por objeto asegurar el cumplimiento de un contrato mercantil, para que el afianzamiento sea reputado mercantil, aun cuando el fiador no sea comerciante, dice el artículo 439. El carácter de la operación principal

—contrato afianzado—se extiende al acto accesorio o conexo, conforme a la regla clásica que hace seguir lo accesorio a lo principal. Al transporte también le basta para ser mercantil el hecho de que tenga por objeto mercaderías o cualesquiera efectos de comercio, o el de que sea comerciante el porteador o se dedique habitualmente a verificar transportes para el público (art. 349). La venta se califica de mercantil por el elemento intencional de una de las partes contratantes: propósito de revender lucrándose en la reventa (art. 325).

En los demás actos comunes al Código civil, para su calificación mercantil concurren dos, al menos, de los cuatro elementos de distinción apuntados. Así en la sociedad, donde concurre el elemento formal (escritura pública e inscripción en el Registro mercantil: art. 119) con el elemento objetivo (naturaleza de las operaciones a que la sociedad se dedica: arts. 117, 123 y 124). Y en la comisión, que exige el elemento objetivo (tener por objeto un acto u operación de comercio) y el elemento subjetivo (ser comerciante o agente mediador el comitente o el comisionista) (art. 244). Y en el préstamo, donde coinciden también la exigencia de que alguno de los contratantes sea comerciante (elemento subjetivo) y la de que las cosas prestadas se destinen a actos de comercio (elemento objetivo) (art. 311). Y en el seguro, que se considera mercantil cuando es comerciante el asegurador y el seguro a prima fija (art. 380). El depósito, en cambio, exige la concurrencia de los tres elementos: subjetivo (que el depositario, al menos, sea comerciante), real (que las cosas depositadas sean objetos de comercio) y objetivo (que el depósito constituya por sí una operación mercantil o se haga como causa o a consecuencia de operaciones mercantiles) (artículo 303).

¿Qué concepto del acto mercantil ha tenido presente el legislador al imponer estos varios requisitos? Es casi imposible contestar a esta pregunta, porque el legislador español se ha preocupado tanto de eludir la definición del acto de comercio, que no sólo no formula expresamente ninguna, sino que, para diferenciar los actos que son comunes al Derecho civil, descansa, en último término, en el concepto económico del comercio o de las operaciones mercantiles, con lo que nos hace volver al punto de partida sin posibilidad de hallar la solución.

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ®
DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

El hecho, por ejemplo, de que el porteador sea comerciante o se dedique habitualmente a realizar transportes para el público, debería, a lo más, encerrar una presunción de comercialidad semejante a la contenida en el artículo 4.° del Código de comercio italiano. Pero nuestro Código de comercio, más subjetivista en este punto que ningún otro Código, afirma rotundamente el carácter mercantil de tal transporte, que puede no responder a las características propias del acto de comercio intrínseco. El dedicarse habitualmente a verificar transportes para el público es ya un dato más significativo en pro de la mercantilidad del transporte que el hecho de ser comerciante, porque supone que el transporte en cuestión pertenece a una serie profesional de transportes en que el porteador aparece como *empresario*, y el empresario, como señala Rocco, es siempre un mediador en el trabajo ajeno.

En los otros actos en que el Código exige la presencia de un comerciante, no se contenta con este puro criterio subjetivo, sino que, con mayor acierto que en el transporte, exige también otra circunstancia objetiva decisivamente mercantil. Se exceptúa el seguro, que por su misma naturaleza supone una organización en forma de empresa aseguradora. Lo curioso es que el Código, después de haber huido de la definición doctrinal del acto de comercio, acaba refugiándose en el concepto económico de comercio, ya que a este concepto habrá que recurrir para saber qué debe entenderse por «comercio» (art. 123) u «operaciones mercantiles» (arts. 244 y 303), o «actos de comercio» (artículo 311). Con este sistema el Código incurre, al definir el depósito, en manifiesta petición de principio: decir que para que el depósito sea mercantil, aparte de otras circunstancias, se requiere que constituya por sí una operación mercantil, vale tanto como decir que el depósito es mercantil cuando es mercantil; porque para saber si un depósito dado constituye operación mercantil habría que acudir al concepto general de acto de comercio en el artículo 2.°; mas este precepto nos vuelve a enviar al articulado para ver si el acto en cuestión está incluído en el Código. De este modo vendremos a parar nuevamente al artículo 303 sin haber resuelto la cuestión.

Cuando se trata de un acto de comercio, no en sí mismo, sino por conexión a un acto mercantil genuino (caso de la comisión, o del préstamo o del mismo depósito, cuando se hace como «causa o a consecuencia de operaciones mercantiles»), queda a la apreciación de los Tribunales el decidir cuándo es mercantil el acto que tiene por objeto la comisión, o a qué se destinan las cosas prestadas, o de qué el depósito es causa o consecuencia, o qué se garantiza mediante el afianzamiento. De aquí resulta clara la inutilidad de la fórmula del artículo 2.°, puesto que antes y después de ella los Tribunales tendrán que recurrir al concepto económico del comercio para calificar como mercantil cualquiera de esos actos. Este envío al concepto económico del comercio para la calificación de los contratos se corresponde con la misma referencia que hace el artículo 1.° para la calificación del comerciante (dedicarse habitualmente al comercio). No cabe deducir el concepto de comercio en ese artículo de la repetición profesional de los actos registrados en el Código de comercio, puesto que, como vemos, muchos de ellos exigen, a su vez, la pertenencia o la destinación al comercio.

En definitiva, parece que es menester renunciar a un concepto unitario del acto de comercio en nuestro Código. En él hay actos que, efectivamente, son mercantiles por el solo hecho de estar incluídos en el Código; pero en ellos no se encuentra ningún dato común de mercantilidad, porque pueden ser realizados en función mediadora o no (letra de cambio, cheque, operaciones de Bolsa, etc.), con carácter aislado o en organización de empresa, con propósito de lucro o de liberalidad (véase, por ejemplo, la declaración en este sentido del art. 314). Hay otros actos que, para ser calificados de mercantiles, requieren la intervención de un comerciante y la pertenencia o destinación al comercio. De ellos tampoco puede inferirse un concepto común, como no sea el referirse a una misma noción del comercio, la cual, naturalmente, está fuera del Código de comercio. En último término, resulta que el concepto legal del acto de comercio hay que buscarlo fuera del Código de comercio.

Solamente la compra para revender con ánimo de lucrarse en la reventa ofrece en sí misma el elemento de la intromisión propio de todo acto de comercio constitutivo, porque, realmente, el mejor medio para tomar los productos de manos del productor y ponerlos en manos

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ® DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

del consumidor consiste en comprarlos al primero y venderlos al segundo. La comercialidad de este acto se descubre en la misma definición del Código por la finalidad de los contratantes, es decir, a través del elemento intencional *(para* revender). Este elemento intencional es, en definitiva, según Vidari (1), el único criterio cierto para la distinción entre actos civiles y actos mercantiles: cuando la finalidad es comercial, repercute sobre el acto y lo convierte en mercantil. Mas este punto de vista sólo es cierto respecto de la compraventa y de algún otro acto cuya finalidad esté enderezada a una operación mercantil (v. gr.: préstamo). No es verdadero respecto de otros actos cuya calificación de mercantiles en nada depende de la finalidad, sino del solo hecho de la inclusión en el Código (v. gr.: operaciones de Bolsa, letra de cambio, cheque, etc.).

La compraventa de cosas muebles para revenderlas con ánimo de lucrarse en la reventa, por ser el acto mercantil típico de todos los tiempos, presenta en sí misma la nota de la mediación, que en los demás actos registrados en el Código o no aparece necesariamente (v. gr.: letra de cambio girada para el pago de deudas civiles), o, si aparece, es porque el Código invoca la noción general del comercio.

Una sola compraventa realizada con ese propósito es acto mercantil. Como lo son un depósito o un préstamo o una comisión en que concurran los requisitos de sus respectivas definiciones legales en el Código de comercio. El Derecho mercantil español, aún más que el francés y el italiano, es un Derecho de los actos de comercio aislados. Basta un solo acto que encaje en la definición del Código para que se rija por las disposiciones de éste. La existencia de ciertos actos mercantiles que, como el seguro o las operaciones bancarias, suponen una organización en empresa, no autoriza para dar a todo el Derecho mercantil español el carácter de un Derecho de empresa. Recordemos que el propio Mossa, en su admirable esfuerzo para configurar de este modo el Derecho mercantil italiano, confiesa que tanto la venta como los títulos de crédito se resisten a entrar en la categoría general de la

(1) *Corzo di Diritto commerciale.* Milano, 1893, I, pág. 25.

empresa (1). Si esto vale para el Derecho italiano, donde expresamente se mencionan como actos mercantiles once tipos de empresas (de suministros, de edificaciones o construcciones, de manufacturas, de espectáculos públicos, editoriales tipográficas o libreras, de transportes de personas o cosas por tierra o por agua, de comisión, agencia y oficina de negocios), con mayor motivo habrá que reconocer la inadaptación del concepto de empresa como punto central del sistema al Derecho español, donde todos los actos mercantiles se definen como actos aislados. Tal es la consecuencia forzosa de todo sistema objetivo que tiende a separar el acto de su autor (sean o no comerciantes, como dice nuestro art. 2.º), aun cuando después reincida en el punto de vista subjetivo (el autor del acto ha de ser comerciante) para calificar algunos de esos actos. En éstos, la invocación al comerciante implica, ciertamente, una presunción de empresa, es decir, implica la presunción de que el acto en cuestión pertenece a una serie orgánica de actos iguales que el autor realiza profesionalmente, o sea, como medio de obtener una ganancia constante. Atendiendo en tales actos a esta participación de un comerciante y, además, a la referencia que en esos casos hace el Código de comercio al concepto de comercio, se podría decir que el concepto legal del acto mercantil coincide con el concepto económico, y como el comercio, en sentido económico, consiste en una función de intromisión entre productores y consumidores para realizar la circulación de los bienes, en último término resultaría que en nuestro Código de comercio algunos actos mercantiles podrían encajar en el concepto unitario que Rocco propone sobre los textos del Código italiano. Y, en efecto, la referencia al concepto usual del comercio puede ser un criterio legislativo para la acotación del campo sometido al Derecho mercantil. Pero en seguida debemos anotar, como observación importante y urgente, que en el Código español esa referencia al concepto usual del comercio se hace sólo para algunos contratos, y no sería lícito edificar sobre éstos el concepto general del acto de comercio. Precisamente porque para los demás actos incluídos en el

(1) *I problemi fondamentali del Diritto commerciale.* Riv. di Dir. comm., año XXIV (1926), pág. 246.

Código es inútil querer buscar la adecuación al concepto económico del comercio, la doctrina (me refiero a la doctrina extranjera que se ha planteado el mismo problema) busca la salida recurriendo al llamado concepto jurídico del comercio o comercio en sentido jurídico. Mientras originariamente—dicen los autores—el comercio implicaba tan sólo la compra de cosas muebles para revenderlas en forma inalterada, función mediadora pura entre productores y consumidores, en el curso del tiempo ese concepto estrecho se ha ampliado para recibir en su contenido una serie de actividades que ya no efectúan la mediación entre producción y consumo de un modo directo, sino indirectamente (v. gr.: operaciones de transporte, de seguros, de Banca, de comisión, etcétera), o que se limitan a organizarse en forma mercantil (v. gr.: teatros). Se prescinde de la nota de profesionalidad (criterio del acto único, que impera, según hemos visto, en nuestro Código de comercio), y aun dentro del acto mercantil típico—compra para revender—, se borra la exigencia de reventa en forma inalterada (véase art. 325 C. de c. español). En algunas legislaciones la forma de la sociedad es decisiva para su calificación mercantil, aunque no se proponga la realización de operaciones de comercio (v. gr.: sociedades anónimas y de responsabilidad limitada en el Derecho alemán). Inspirándose en el mismo criterio formal, nuestro Código considera siempre acto mercantil la letra de cambio, sin distinción de personas y sea cual fuere la naturaleza del negocio a que sirve (art. 443). En suma: se equiparan los términos comercio e industria, Derecho mercantil y Derecho industrial, para dejar sólo fuera la industria agrícola, hasta hoy rebelde al Derecho mercantil. El Derecho, se añade, ha amplificado el concepto del comercio, y como no se corresponde el moderno Derecho mercantil con el concepto clásico del comercio, se habla de un concepto jurídico.

Mas esto es una solución artificiosa, porque si es cierto que se ha ampliado la esfera de aplicación del Derecho mercantil fuera de lo que constituye el comercio en sentido económico, la consecuencia ineludible será que el Derecho mercantil no depende del concepto de comercio. Dicho de otro modo: lo que en cada país constituye Derecho mercantil no se determina por lo que sea el comercio, sino tan sólo por la

calificación del legislador, determinada por criterios heterogéneos imposibles de reducir a una directriz única.

Mas el acto de comercio no absorbe por completo el Derecho mercantil. Como dice Rocco, basta abrir el Código de comercio para convencerse que existen relaciones sujetas a la ley comercial y, por consiguiente, mercantiles, que no se pueden considerar como el producto de un acto de comercio. La obligación legal de contabilidad o de inscripción en el Registro, o la capacidad del comerciante, o la constitución y organización de las sociedades, constituyen materia de comercio, y, esto no obstante, no se les puede hacer derivar de una actividad, sino de un estado de hecho permanente. A estos ejemplos, que Rocco cita, podemos añadir, corroborando su tesis, que tampoco son propiamente actos mercantiles la organización y el régimen de las instituciones auxiliares del comercio, como, por ejemplo, las Bolsas, los Bancos, los almacenes generales, las casas de compensación, etc., todas las cuales son objeto de regulación por el Derecho mercantil. Por eso la definición que Rocco formula de este Derecho (pág. 5), se muestra como incompleta sometiéndola al propio criterio de su autor, que ella contradice cuando limita el contenido del Derecho mercantil al «conjunto de normas jurídicas reguladoras de relaciones entre particulares, nacidas de la industria comercial o asimiladas a éstas, en cuanto a su disciplina jurídica y ejecución judicial». Más en armonía con el pensamiento del propio autor hubiera estado una definición que aludiese a las relaciones entre particulares derivadas, no sólo de actos, sino de instituciones que el legislador reputa mercantiles, y a la capacidad de los comerciantes y sus auxiliares. Tal es la definición que formula Navarrini, quien, como nosotros, renuncia a encontrar otro principio diferenciador de las instituciones de Derecho mercantil que el arbitrio legislativo...

Se haría este prólogo interminable si, abandonando estas perspectivas que dominan el ámbito total del Derecho mercantil, quisiéramos ahora descender al examen de cada uno de los capítulos de la obra de Rocco para subrayar en ellos las novedades, los puntos de vista originales, la agudeza de interpretación y tantas infinitas cualidades que hacen de la presente obra un modelo de libro didáctico, de fácil com-

prensión para los no especialistas, de utilidad verdadera para quien aspira a tener noticia escogida de la literatura mercantilista moderna. Sus aciertos harán de este libro uno de los libros preferidos de todos los que, como profesores o alumnos, sean estudiantes del Derecho mercantil.

JOAQUÍN GARRIGUES.

PRELIMINAR

Esta obra ha nacido en la Universidad como producto de la enseñanza del Derecho mercantil que profesé en la de Padua durante más de diez años. Pero a consecuencia de las sucesivas reelaboraciones que he hecho de ella, ha ido perdiendo el carácter de explicaciones de curso académico y adquirido cada vez más el de tratado teórico-práctico de la Parte general de Derecho mercantil.

A juicio mío, la transformación queda consumada con la última revisión efectuada antes de ofrecerla al público, y en que aparecen completamente rehechos capítulos enteros como los relativos a la Historia del Derecho mercantil, a la teoría de los actos de comercio, a la *hacienda* (establecimiento o casa) de comercio; he apreciado debidamente la Jurisprudencia, sobre todo la de casación, y he aprovechado la Doctrina, aun la más reciente; la legislación posterior a la guerra, que tan profundas innovaciones ha motivado, la he tenido muy en cuenta. Me permito por ello vaticinar que el libro, a más de orientar a los jóvenes, puede ser de alguna utilidad a los prácticos, abogados, magistrados, que busquen una guía de principios generales concretos y claros para la resolución de los casos controvertidos.

El mérito científico de esta obra consiste, singularmente, en que constituye un ensayo de aplicación de aquel método de investigación jurídica que llamo unitario, porque el particularismo de la excesiva especialización es opuesto a la unidad orgánica del Derecho. Más aún con el ejemplo que por medio de discursos teorizantes, hace años voy señalando a los jóvenes el daño que causa el aislamiento en el campo del Derecho; y la necesidad de contemplar la ciencia jurídica como ciencia unitaria, que sólo para más fácil investigación aislamos en sus diversas ramas, y que por exigencias de la división del trabajo estudiamos por separado sus distintas partes, y cuanto más especial sea la que estudiamos, cual ocurre con el Derecho mercantil, más manifiesta es la necesidad de coordinación asidua con las demás ramas más o menos próximas, y con el sistema jurídico positivo. A Vivante corresponde el mérito de haber inducido por primera vez a los estudiosos italianos a seguir este camino; de haber proclamado la unidad

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN
DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

sustancial de la ciencia del Derecho privado y la necesidad de no separar jamás el estudio del Derecho mercantil del civil, que es su base y presupuesto; mas aunque indispensable, a mi juicio, esta coordinación no basta; hay que hacer más aún; hay que coordinar las instituciones de Derecho civil y mercantil con las de Derecho público y remontarse por último a los principios del Derecho comunes a todas las ramas jurídicas, cuya elaboración constituye el objeto de la *Jurisprudencia general o doctrina general del Derecho:* obra coordinadora, fecunda en resultados tanto para la teoría como, sobre todo, para la práctica del Derecho y la única susceptible de guiarnos hacia los principios directivos fundados sólidamente en el conjunto sistemático del Derecho vigente.

No quiero concluir este breve prólogo sin manifestar públicamente la gratitud que debo al magistrado Gaetario Azzariti, experto conocedor de la doctrina y jurisprudencia italianas, por el valioso auxilio que me ha prestado en la última revisión de la materia, así como al excelente juez Giuseppe Lampis, que me ha auxiliado en la corrección de pruebas y redacción de índices.

ALFREDO ROCCO.

Roma, noviembre 1927.

INTRODUCCION

DERECHO MERCANTIL
Y
CIENCIA DEL DERECHO MERCANTIL

§ 1. CONCEPTO DEL DERECHO MERCANTIL Y DE LA CIENCIA DEL DERECHO COMERCIAL.

SUMARIO: 1. Idea general del Derecho mercantil. Materia o contenido de mismo.

1. *Derecho mercantil.*—En su significado propio, es el conjunto de normas jurídicas por que se rigen las relaciones nacidas en la industria comercial (1). Sin embargo, esta frase ha adquirido hoy un valor que dista mucho de su significado etimológico, porque actualmente el Derecho mercantil, por una parte, encierra algo más, y por

(1) No parece satisfactoria a Bolaffio (*Codice di comm. commentato*, ione Tip.-ed., 5.ª ed., vol. I, pág. 5, n. 1.) esta definición, porque dice: «instria comercial» no es un concepto jurídico. Cierto; pero para fijar el bito de aplicación del derecho, hay que apelar necesariamente a conceptos no jurídicos, porque el Derecho norma relaciones sociales que sólo entanto reguladas por él advienen soluciones jurídicas, por ello es necesario viamente señalar cuáles son las relaciones sociales, a las que se aplica conjunto de normas jurídicas. El que después el ámbito de aplicación del echo mercantil no coincida precisamente con el de la industria comercial, ya lo hago notar en el texto, pero esto no impide que el ámbito propio peculiar de Derecho mercantil sea el de la industria comercial. Ahora que la objeción de Bolaffio arranca del concepto de que, a su juicio, no puede

sustancial de la ciencia del Derecho privado y la necesidad de no separar jamás el estudio del Derecho mercantil del civil, que es su base y presupuesto; mas aunque indispensable, a mi juicio, esta coordinación no basta; hay que hacer más aún; hay que coordinar las instituciones de Derecho civil y mercantil con las de Derecho público y remontarse por último a los principios del Derecho comunes a todas las ramas jurídicas, cuya elaboración constituye el objeto de la *Jurisprudencia general o doctrina general del Derecho:* obra coordinadora, fecunda en resultados tanto para la teoría como, sobre todo, para la práctica del Derecho y la única susceptible de guiarnos hacia los principios directivos fundados sólidamente en el conjunto sistemático del Derecho vigente.

No quiero concluir este breve prólogo sin manifestar públicamente la gratitud que debo al magistrado Gaetario Azzariti, experto conocedor de la doctrina y jurisprudencia italianas, por el valioso auxilio que me ha prestado en la última revisión de la materia, así como al excelente juez Giuseppe Lampis, que me ha auxiliado en la corrección de pruebas y redacción de índices.

ALFREDO ROCCO.

Roma, noviembre 1927.

INTRODUCCION

DERECHO MERCANTIL
Y
CIENCIA DEL DERECHO MERCANTIL

§ 1. CONCEPTO DEL DERECHO MERCANTIL Y DE LA CIENCIA DEL DERECHO COMERCIAL.

SUMARIO: 1. Idea general del Derecho mercantil. Materia o contenido de mismo.

1. *Derecho mercantil.*—En su significado propio, es el conjunto de normas jurídicas por que se rigen las relaciones nacidas en la industria comercial (1). Sin embargo, esta frase ha adquirido hoy un valor que dista mucho de su significado etimológico, porque actualmente el Derecho mercantil, por una parte, encierra algo más, y por

(1) No parece satisfactoria a Bolaffio (*Codice di comm. commentato*, ione Tip.-ed., 5.ª ed., vol. I, pág. 5, n. 1.) esta definición, porque dice: «instria comercial» no es un concepto jurídico. Cierto; pero para fijar el bito de aplicación del derecho, hay que apelar necesariamente a conceptos no jurídicos, porque el Derecho norma relaciones sociales que sólo entanto reguladas por él advienen soluciones jurídicas, por ello es necesario viamente señalar cuáles son las relaciones sociales, a las que se aplica conjunto de normas jurídicas. El que después el ámbito de aplicación del echo mercantil no coincida precisamente con el de la industria comercial, ya lo hago notar en el texto, pero esto no impide que el ámbito propio peculiar de Derecho mercantil sea el de la industria comercial. Ahora que la objeción de Bolaffio arranca del concepto de que, a su juicio, no puede

otra, algo menos que el «Derecho del Comercio»: comprende algo menos porque no abarca sino una parte de las normas jurídicas por que se rigen las relaciones de la industria comercial. Por Derecho comercial, por lo común, sólo se entiende el Derecho mercantil privado, esto es, el conjunto de preceptos que rigen las relaciones *entre particulares*, originadas por el ejercicio del comercio y el Derecho procesal mercantil, o sean las normas que rigen la función jurisdiccional del Estado en asuntos de comercio (2). Quedan fuera del Derecho mercantil propiamente dicho:

a) El *Derecho administrativo mercantil*, que encierra los preceptos que regulan la actividad que el Estado despliega en interés de la seguridad, la salud y la economía pública, interviniendo en el ejercicio de la industria comercial.

b) El *Derecho fiscal mercantil*, que disciplina el modo y proporción en que la industria comercial contribuye al sostenimiento de los gastos públicos.

c) El *Derecho mercantil penal*, que establece las sanciones de esta clase que dicta el Estado para asegurar la lealtad y prudencia con que debe ejercerse esta industria.

d) El *Derecho mercantil internacional*, que disciplina el comercio internacional, ya desde el punto de vista de las relaciones directas entre los Estados (Derecho internacional público), bien de las relaciones entre particulares originarios de distintos países (Derecho internacional privado) (3).

Por otro lado, el contenido moderno del Derecho mercantil comprende algo más que la regulación jurídica de la industria estrictamente comercial; tanto se ha extendido hoy el campo de aplicación del Derecho mercantil, que no sólo la industria comercial, sino también la industria fabril está sujeta en una buena parte al Derecho mercantil, y esta expansión continuada del ámbito del Derecho mercantil es actualmente tal, que hay una multitud de actividades pertinentes a otras ramas de la producción, que no son actos de producción económica, y, sin embargo, caen bajo los preceptos del Derecho comercial. Vamos a ver inmediatamente si hay, y cuál sea, el criterio directriz, único determinante de este conjunto de relaciones constituyentes de la materia y contenido del Derecho comercial, aun cuando no sean verdaderamente *relaciones comerciales;* pero por ahora baste consignar el hecho de que por disposición de la ley, y a consecuencia de una larga tradición jurídica, el Derecho mercantil moderno regula, a más de las relaciones propias de la industria mercantil, otras que la ley ha declarado asimilables a este régimen jurídico. Hoy, por consiguiente, se puede definir el Derecho mercantil, *conjunto de normas jurídicas reguladoras de relaciones entre particulares, nacidas de la industria comercial o asimiladas a éstas, en cuanto a su disciplina jurídica y ejecución judicial;* por consiguiente, la ciencia del Derecho mercantil ha de definirse: «aquella rama del Derecho que estudia los preceptos que regulan el comercio y las actividades a él asimiladas, y las relaciones jurídicas que se derivan de estas normas».

Por ello se ha expuesto una idea genérica del Derecho comercial y de la ciencia que a él se dedica, nada más que aproximada; determinar exactamente el concepto del «Derecho mercantil» tiene que ser el resultado de una investigación doble, una investigación histórica que fije el origen e indique las diversas fases del desarrollo del Derecho comercial hasta llegar al Derecho vigente y un estudio del contenido efectivo del Derecho comercial en el Derecho positivo, que científicamente señale los límites de su aplicabilidad moderna, y esto es lo que vamos a hacer en los siguientes párrafos.

reconducirse unidad conceptual a materia comercial, porque falta un concepto unitario del acto de comercio, que es la base de la materia de comercio, y, por tanto, hay imposibilidad doctrinal de circunscribirlo. Esta es la opinión más difundida, aunque, a nuestro juicio, inexacta, como a su tiempo probaremos: véase el número 111.

(2) Es opinión general, muy acertada, que el Derecho procesal forma parte del Derecho público. Entre otros, véase Chiovenda: *Principi di Diritto processuale civile*, 3.ª ed., Nápoles, 1908-1909, págs. 84-85. Wach, *Handbuch des deutschen Civilprozessrechts*, Leipzig, 1885, págs. 114 y sigs. Hellwig: *Lehrbuch des deutschen Zivilprozessrechts*, Berlín, 1903-1910, I, pág. 4.

(3) Cfr. sobre el particular Goldschmidt: *Handbuch des Handelsrechts*, 2.ª edición, Berlín, 1875-1883, I, págs. 1-2, y 3.ª ed. (con el título *Universalgeschichte des Handelsrechts*), Sttugart, 1891, págs. 1-2. Behrend: *Lehrbuch des Handelsrechts*, Berlín, 1896, págs. 9-11; Thaller: *Traité élémentaire de Droit commercial*, 7.ª ed., París, 1925, págs. 2-3.

§ 2. Desarrollo histórico del Derecho mercantil.

SUMARIO: 2. Breve noticia acerca del Derecho comercial en la época prerromana y romana.—3. El Derecho comercial en la Edad Media: los gremios de mercaderes y la jurisdicción consular. Estatutos más antiguos.—4. Carácter del Derecho comercial en este período.—5. Derecho comercial italiano en los siglos XVI, XVII y XVIII.—6. El Derecho mercantil en los demás países europeos y especialmente en Francia. Las Ordenanzas: El Có-

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN

digo de Napoleón. Transformación del carácter del Derecho mercantil.—7. La legislación italiana desde la caída del imperio napoleónico al Código de Comercio de 1382: trabajos preparatorios del Código de 1882.—8. Ojeada al Derecho comparado.

2. Dejemos a un lado cuanto se refiere a la época prerromana, no porque la disciplina jurídica del comercio en algunos pueblos antiguos como fenicios, asirios, babilonios y griegos carezca de interés, y aun abunde en noticias, sino porque semejantes normas no están en relación directa con el desarrollo ulterior del Derecho comercial hasta tal punto que necesiten estudiarse, o solamente tienen utilidad para conocer los precedentes históricos del Derecho comercial actual, que es el objetivo último y el fin directo de nuestra investigación (4).

En cambio, es de grandísimo interés desde nuestro punto de vista, el Derecho romano. Roma desconoció en realidad un verdadero Derecho mercantil, o sea un Derecho especial para el comercio.

La espléndida floración alcanzada por la jurisprudencia romana y que supo crear un sistema jurídico tan perfecto que aun hoy es base y fundamento de tantas instituciones del Derecho actual, no produjo sino pocas y diseminadas normas destinadas exclusivamente a regular las relaciones comerciales. Por ello desconocieron los romanos una palabra técnica para nombrar el «comercio»; la palabra *commercium* indicaba la participación intervivos en un acto jurídico de cambio; la frase *negotiatio*, el ejercicio de una industria cualquiera; y el vocablo *mercatura*, el tráfico de mercancías en el sentido más restringido.

Ni en la poca importancia del comercio romano debe buscarse la causa de la falta de desarrollo de un Derecho comercial. Cierto que los romanos no fueron un pueblo de comerciantes, como tampoco puede negarse el desprecio que en cierto modo tenían a la industria comercial, comparada con la alta estimación que daban a la agricultura. Pero también es verdad que merced a la extensión progresiva del poderío de Roma, la mayor parte del tráfico universal ocurría en los dominios del gran Imperio romano, y que el hecho de ser capital de un Estado dominador de todos los pueblos y plazas comerciales de la época, hizo a Roma un gran centro de negocios, y que el progreso notabilísimo del comercio durante el período de la dominación romana debido a la seguridad y tranquilidad de la *Pax* romana extendida por el mundo, se reflejó en la vida económica y social de los romanos. Roma, por último, con su población numerosísima, que algunos estiman superior al millón de habitantes, debió ser necesariamente un centro de gran consumo y a ella afluían los productos de todo el mundo, y especialmente los cereales, que flotas mercantes enteras llevaban a Italia (5). Por consiguiente, el fenómeno comercial adquiriría gran importancia en el mundo romano, y si, a pesar de esto, no surgió un Derecho especial para el comercio, débese a algunas causas que lo hicieron inútil.

(4) Véase especialmente sobre el Derecho mercantil de la época prerromana, Golschmidt: *Universalgesch. des Handelsrechts*, págs. 48-49; Lehmann: *Lehrbuch des Handelsrechts*, Leipzig, 1908, págs. 14-15; Bourcart: *Esquisse historique du Droit commercial*, en *Annales de Droit commercial*, 1924, páginas 262-65.

En primer lugar, la economía fundada en la esclavitud propia de la época, merced a la que la industria y el comercio eran desempeñados por esclavos, que originaba entre el amo y sus siervos dedicados al comercio relaciones puramente de hecho (administrativas y de contabilidad), pero no relaciones jurídicas.

En segundo lugar, las múltiples relaciones económicas con pueblos comerciantes e industriales, griegos, asiáticos, egipcios, dieron gran importancia al elemento internacional y extranacional del Derecho romano *(ius gentium)*, que contenía normas suficientemente aptas para las exigencias del tráfico internacional, y, por consiguiente, para regular las relaciones comerciales (6).

Pero la maravillosa adaptabilidad y flexibilidad del Derecho privado general romano y su carácter mismo, hizo inútil un Derecho particular para el comercio.

Aun cuando el propio Derecho civil primitivo *(ius civile)* fuese por su formulismo riguroso poco apto para satisfacer las necesidades de sencillez y rapidez del tráfico mercantil, sin embargo, lo informaban algunos principios fundamentales como la plena autonomía reconocida al individuo en el ámbito de la ley y el rigor material y formal del vínculo obligatorio, que garantizaban al comercio aquella *libertad* y *seguridad* que ante todo necesita.

El Derecho romano se nos presenta perfectamente apto para satisfacer las exigencias del tráfico mercantil tal cual surgió de la obra maravillosa de adaptación del Pretor *(ius praetorium* o *honorarium)*.

Están tan ampliamente concebidas las instituciones de Derecho ci-

(5) Goldschmidt: *Universalgeschichte des Handelsrechts*, págs. 65 y siguientes.

(6) Goldschmidt: *Universalgesch.*, pág. 71; Rehme: *Geschichte*, pág. 74; Bourcart: *Esquisse*, pág. 266.

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ® DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

vil romano, que encierran en sí aun aquellas normas y principios que estamos acostumbrados a reputar como privativos de materia comercial: las exigencias del tráfico, más bien que determinar categorías especiales, inspiraban por sí instituciones generales de Derecho civil: el *mandatum*, la *emptio venditio*, la *locatio-conductio*, el *mutuum*, el *depositum*, la *stipulatio*, la *delegatio*, la *societas*.

Si a esto agregamos la preferencia de que gozó la *bona fides*, el reconocimiento general de los usos comerciales, el excelente procedimiento declarativo *(congnizione)*, la ejecución rigurosa por deudas, fundada en el principio de la universalidad y de la generalidad *(concurso)* como el actual procedimiento de quiebra, y las facultades casi legislativas reconocidas al Pretor, de las que usaba precisamente para adecuar las instituciones jurídicas a las necesidades de la vida, comprenderemos por qué fué más que suficiente el Derecho romano común para regular también las relaciones comerciales (7).

Estas excelencias del Derecho romano clásico se obscurecen y debilitan, después de Diocleciano, en la época imperial, por el influjo de las ideas humanitarias que extiende el cristianismo; que privan al Derecho romano de su antiguo rigor, tan favorable para la seguridad del tráfico. Pero como quiera que junto al Derecho imperial persistió un derecho consuetudinario local, y sobre todo la importancia menor del comercio en aquella época de economía decadente, fueron menos sensibles las lagunas y los defectos del Derecho común, que continuó sin inconvenientes regulando las relaciones mercantiles.

Por ello, en el *Corpus iuris* sólo hallamos pocas y breves normas relativas al comercio, entre las cuales recordaremos aquellas sobre responsabilidad de los *barqueros, hosteleros y posaderos (nautae, caupones, stabularii, ut recepta restituant, Dig.* IV, 9); *sobre la acción ejercitoria (de exerc. actione, Dig.*, XIV, 1) *ed institoria (de inst. actione, Dig.*, X, 3); *sobre la echazón y avería (de lege Rhodia de iactu, Dig.*, XIV, 2); *sobre el cambio marítimo (de nautico foenere, Digesto*, XX, 2) (8).

(7) Goldschmidt: *Universalgeschichte*, pág. 84.

(8) Acerca de ésta y otras instituciones de Derecho comercial romano, véase singularmente Goldschmidt: *Universalgeschichte*, págs. 79-83, y del mismo autor, *Das receptum nautarum, cauponum, stabulariorum* en la *Zeitschrift f. des gesammte Handelsrecht*, III, págs. 58-118, 331-385; *Lex Rhodia und Agermanament*, en *Zeitschrift* cit., XXXV, págs. 37-90 y 391-397; además, Huvelin: *Histoire du Droit commercial*, París, 1904, págs. 73 y siguientes; Fadda: *Gli istituti commerciali del Diritto romano* (lecciones), Nápoles, 1919; Mitteis, *Trapezitica*, en la *Zeitschrift der Savigny Stiftung*, XIX, páginas 198 y siguientes. Cfr. además, Carnazza: *Il Diritto commerciale dei romani*, Catania, 1891; Cogliolo: *Gli istituti commerciali nel Diritto romano*, Génova, 1921.

Esto no quiere decir que el Derecho romano carezca de importancia para la historia del Derecho mercantil; al contrario, es grandísima su importancia, y a ello se debe que sea el fundamento de todo nuestro Derecho privado; más aún: que el Derecho romano, singularmente en los últimos grados de su desenvolvimiento, en más de un extremo se nos ofrezca como producto de las crecientes necesidades del tráfico (9).

3. En la Edad Media es cuando el Derecho comercial aparece y se afirma como un derecho autónomo (10).

A Italia corresponde el honor de haber creado y difundido este nuevo conjunto orgánico de instituciones jurídicas, y por ello merece en el campo de la jurisprudencia comercial el nombre de cuna y difundidora del Derecho.

Aun cuando en los puertos septentrionales, singularmente en los del Hansa teutónica, hubiese adquirido un gran desenvolvimiento el comercio durante la Edad Media, el Mediterráneo fué, sobre todo, el centro del tráfico universal, y en el Mediterráneo, Italia, Pisa, Amalfi, Venecia, Génova, fueron los primeros puertos del mundo. Siena, Lucca, Milán, Bolonia, Florencia, las más importantes plazas mercantiles e industriales, y Florencia, además, el mayor centro bancario y cambiario. Este florecimiento del comercio hubo de hallarse frente a un insuficiente Derecho privado y procesal común.

Además, al caer el Imperio romano, cambiaron profundamente aquellas circunstancias de las cosas que durante tantos siglos habían hecho al Derecho civil tan apto para satisfacer las exigencias del tráfico mercantil; y a un Derecho único y uniforme en todo el inmenso territorio imperial sucedió una multiplicidad de legislaciones, no sólo en los distintos países, sino entre los diferentes habitantes de cada uno de ellos; porque el principio de la nacionalidad del Derecho y el

(9) Véase Behrend: *Lehrbuch*, pág. 19.

(10) Acerca de la historia del Derecho comercial en la Edad Media, y además de las obras generales ya citadas de Goldschmidt y de Huvelin, véanse Lastig: *Entwikelungswege und Quellen des Handelsrechts*, 1891; Lattes: *Il Diritto comm. nelle leg. stat. delle città italiane*, Milano, 1884; *Studi di Dirit, to statutario*, 1887; Bonolis: *Il Diritto marittimo medioevale dell'Adriatico*-Florencia, ed. Mariotti, 1921; Pertile: *Storia del Diritto italiano*, vol. VI.

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN
DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

fraccionamiento de la soberanía entre poderes varios, motivó la vigencia de derechos también varios sobre el mismo territorio, que producían entre sí continuos conflictos y con ello confusiones e incertidumbres innumerables. Y a un derecho avanzado hubo de suceder, en cuanto a procedimiento singularmente, un derecho de origen germánico, tosco, primitivo y que reconocía instituciones como el duelo, el juicio de Dios, el embargo ejecutado por los particulares, correspondientes a condiciones de civilización harto atrasada. El propio Derecho romano justinianeo, aunque continuó en vigor y acabó por triunfar como derecho común, no sólo era inferior al clásico en cuanto al rigor de los principios y a la tutela eficaz de la buena fe, sino que había quedado cristalizado después de la decadencia de su órgano específico, que era el Pretor, y que durante tantos siglos había elaborado, perfeccionado y adaptado el Derecho romano. Unase a todo esto el influjo creciente del Derecho canónico y que la Iglesia desconfiaba, cuando no aborrecía, la actividad mercantil como procuradora de ganancias fáciles y prontas destinadas a crear y satisfacer costumbres sensuales; y que sobre todo dificultaba el desarrollo del comercio, que tanto necesita del crédito, estorbándolo con su prohibición absoluta de estipular intereses, fundada en que el capital moneda es improductivo por naturaleza y que no pueden admitirse beneficios sin trabajo y que es ilícito e inmoral percibir intereses en los préstamos.

Así se explica que el comercio, que había adquirido tanta importancia, experimentase la necesidad de un régimen jurídico adecuado.

Favoreció esta especialización las condiciones sociales propias de la época. La Edad Media se distinguió principalmente por la universal disgregación social y política debida a la disolución del Estado que, después de decaer el Imperio romano de Occidente, continuó viviendo en el Sacro Romano Imperio como una sombra, más bien por la fuerza de la tradición que por virtud intrínseca, y transformado profundamente por la emigración a tierra extranjera; disgregación productora de dos fenómenos que posibilitaron y facilitaron la formación de un derecho especial para el comercio: el predominio de la costumbre sobre el derecho del Estado y el nacimiento de corporaciones de Artes y Oficios.

En la sociedad medieval, como en todas aquellas políticamente desorganizadas, adquirió grandísima importancia la costumbre junto y por encima del derecho emanado o reconocido por el Estado, esto es, aquellos generales y uniformes actos que la conciencia común juzga necesarios, y, por consiguiente, obligatorios; y tanta y tan arraigada

autoridad adquirieron, que la Paz de Constanza (1183) la declara explícitamente fuente de Derecho (11).

Y precisamente en la costumbre hallaron satisfacción las exigencias especiales de la actividad mercantil: la rapidez con que se desarrollan las operaciones de los comerciantes, su tecnicismo profesional característico, la identidad sustancial de necesidades, la frecuencia de relaciones entre las mismas personas, motivaron necesariamente la difusión de prácticas uniformes que tendían a imponerse obligatoriamente y asumían así el carácter de verdaderas y propias normas jurídicas.

Las normas primeras, especialmente destinadas a regular el comercio, fueron consuetudinarias. *(Consuetudo mercatorum, stylus mercatorum.)* Estas antiguas costumbres que los comerciantes italianos elaboraron y difundieron por toda Europa, Levante y puertos del Norte, se consignaron por escrito prontamente, y entre las más notables, recuérdanse las *Consuetudines*, de Génova (anteriores a 1056); el *Constitutum usus*, de Pisa (1161); el *Liber consuetudinum*, de Milán (1216).

Pero la formación, el reconocimiento y la elaboración de las costumbres comerciales hallaron su órgano más activo y diligente en el gremio, sólidamente organizado, de comerciantes.

En la disgregación general de la sociedad de la Edad Media, y a falta de sólido poder político que asegurase la paz pública y la realización del Derecho, cuantos tenían intereses comunes que defender, y singularmente los que ejercían la misma profesión, arte u oficio, se reunieron en *asociaciones* o *corporaciones* para hacer más fácil su auto-defensa. En correspondencia al lugar preeminente que en la vida social de la época fué adquiriendo la clase de comerciantes, pronto gozaron de suma importancia y autoridad *las corporaciones de mercaderes* (*mercadantiæ, curiæ mercatorum*, después *universitates mercatorum*).

Y estos gremios de comerciantes, que constituían uno de los núcleos más importantes de la población de las ciudades, hubieron de mantener celosamente su autonomía propia aun dentro de la organización municipal.

La constitución de los gremios fué moldeada a semejanza de los municipios. Al frente de ellos había uno o más cónsules, a quienes de

(11) Acerca de la importancia de la costumbre y de su forma escrita como fase preparatoria de la formación del Derecho estatutario, véase Lattes: *Il Diritto consuetudinario delle città lombarde*, Milano, 1899, página 2.

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN
DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

ordinario asistían dos consejos: más numeroso el uno que el otro *(consilium minus y consilium maius o generale)*. Se elegían anualmente estos magistrados, y a veces semestralmente, y, por lo común, sin intervención de las autoridades municipales; las corporaciones se regían por estatutos escritos *(statutum, breve, capitulare)*.

Varias eran las funciones de estos gremios: organizaban y presidían las ferias y mercados; enviaban cónsules al extranjero para proteger a los asociados y asistirlos en casos de infortunio o enfermedad; protegían la seguridad de las comunicaciones, y, por último, como función importantísima, dirimían las contiendas que pudiesen surgir entre los socios.

Administraban justicia los cónsules, sin formalidad alguna *(sine strepitu et figura iudicii)*, según la equidad únicamente *(ex bono et æquo)*; por lo común no se daba el recurso de apelación, pero en caso de que procediese, entendían de él otros comerciantes elegidos por sorteo, llamados *sopraconsoli*.

Esta libre y robusta vida de las corporaciones fué el órgano principalísimo de desenvolvimiento del Derecho mercantil, como derecho especial; en el coto cerrado de ellas, se conservaban tenazmente los antiguos usos, se formaban con rapidez otros nuevos, ya qué se les reconocía la facultad de redactar sus propios estatutos, y esto permitía que recogiesen, fijasen y consagrasen en ellos tales costumbres. Gran parte de los más antiguos estatutos no son otra cosa que transcripción y comprobación de usos tradicionales.

Pero el más eficaz instrumento de formación del Derecho mercantil fué la *justicia de las corporaciones*.

Los cónsules, que al principio como jefes de las corporaciones sólo ejercían una potestad administrativa y disciplinaria, asumieron inmediatamente la tarea de resolver las cuestiones que surgían entre los asociados, entre éstos y sus empleados, aprendices y obreros.

Así nació una verdadera *jurisdicción consular* que impulsó notablemente el progreso autónomo del Derecho mercantil; y no sólo sirvieron las resoluciones de los cónsules para dar forma concreta y certeza a las costumbres, sino que, merced a la interpretación y adaptación de las varias normas consuetudinarias y legislativas vigentes, contribuyeron con gran eficacia a la formación y evolución de las instituciones jurídico-mercantiles.

La *jurisdicción consular marítima* tuvo importancia especial (aunque no siempre emanase de las corporaciones), porque motivaron importantes colecciones de normas jurídicas, como las *Capitulare nauticum*, de Venecia (1255); la *Tabula amalfitana*, de Amalfi (siglos XII y XIV); los *Ordinamenta et consuetudo maris*, de Trani (siglo XIV).

Más numerosos aún son los verdaderos y propios *statutos* o *breves* de las corporaciones que al principio constituyeron el conjunto de reglas que juraban cumplir los magistrados de aquéllas al tomar posesión de sus cargos, y que después adquirieron el carácter objetivo de disposiciones generales. Recordemos entre ellos, como importantísimos, el *Breve consulum mercatorum*, de Pisa (1305), y el *Breve curiae maris*, de la misma ciudad (1305); los *Statuti dell'arte di Calimala*, de Florencia (1301); los estatutos de los comerciantes de Bergamo (1457); de Bolonia (1509); de Brescia (1429); de Cremona (1388); de Florencia (1312, 1320, 1324, 1393); de Milán (1396); de Placencia (1321); de Roma (1317); de Verona (1318) (12).

Después se agregaron a los estatutos de las corporaciones los de los municipios, que, por los preceptos relativos al comercio que contienen, ofrecen notable interés los de Florencia, Génova, Venecia, Milán, Placencia, Siena, Lucca, Pistoia, etc., etc.

En cambio, la *doctrina jurídica* en este período tiene escaso valor. Obra espontánea de la propia clase de comerciantes fué la formación del Derecho mercantil, y, por tanto, hay que buscarlo en los estatutos de las corporaciones y de los municipios, en la compilación de las costumbres y en las colecciones numerosísimas de documentos en que se exterioriza la vida práctica de los negocios. Los expositores del Derecho romano y el canónico, y aun las *summas* como las de Bartolo y Baldo, tienen, en general, importancia secundaria para la historia del Derecho mercantil (13).

---

(12) Hay inéditos aún estatutos semejantes (Goldschmidt: *Universalgeschichte*, pág. 156). Una esmerada relación de estatutos italianos ha publicado Manzoni, *Bibliografia degli statuti, ordini e leggi dei municipi italiani*, Bolonia, 1876.

(13) Además de Bartolo († 1357) y Baldo († 1400), se ocupan esporádicamente de materia mercantil en sus *Commentari*, Bartolomeo da Saliceto († 1412). Paolo de Castro († 1437), Alexander Tartagnus, Giason del Maino y, sobre todo, los canonistas. Pero no hay que olvidar, según con razón dice Goldschmidt *(Universalg.*, págs. 140-141, trad. ital., págs. 115-116), que la doctrina jurídica y teológica de las escuelas no era el Derecho comercial realmente en vigor; no es, por consiguiente, la importancia del Derecho canónico en la evolución del Derecho comercial la que resulta de los escritos de estos teorizantes, y no debe exagerarse como hace Endemann, especialmente en su obra *Studien in der romanisch-kanonischen Wirthschafts-und Rechtslehre*, Berlín, 1874-1883. Mayor utilidad prestan los escritos de algunos prácticos de la época, como Balducci-Pegolotti (Agente de los Bardos en

A esta época se remontan los orígenes de las más importantes instituciones del Derecho mercantil: el registro o matrícula de comerciantes *(matrícula, liber mercatorum);* las diferentes clases de sociedades, sobre todo la colectiva y comanditaria; la letra de cambio, el negocio de banca, el seguro, el comercio marítimo, las averías, la quiebra. Todas instituciones originariamente italianas, porque no sólo el Derecho mercantil nace en nuestro país, sino que son esencialmente italianos (14) los factores que lo formaron, y así tenía que ocurrir, si pensamos en que el Derecho comercial era creación espontánea de la práctica y ésta fué principalmente italiana en una época en que puede asegurarse que ejercíamos el monopolio del tráfico universal (15).

Por tanto, la contribución que prestaron los demás pueblos de Europa a la formación del Derecho mercantil fué secundaria (16).

El monumento más notable en *España* fué el célebre *Consulado del mar (Libro del Consolat del mar)*, compilación particular del siglo XIV, redactada a base de la jurisprudencia del Tribunal consular marítimo de Barcelona, pero que en definitiva era una reproducción de las costumbres vigentes en todos los países ribereños del Mediterráneo, y cuyo difusión por Europa fué debida principalmente a la versión italiana (17).

En *Francia* hay que recordar, en primer término, las *ferias* (la primera la de Champagne, y después, a contar del siglo XV, la de Lyon). En las ferias se extendió y se perfeccionó el uso de la letra de cambio como instrumento de pago; se afirmó la jurisdicción de los *prepositos* de ferias, singularmente la ejecutiva, mediante las *lettres de foires*,

---

Inglaterra), *La pratica della mercatura* (escrita con anterioridad a 1343, y Antonio de Urzano: *La pratica della mercatura* (1442) (reproducida en Pagnini: *Della decima e di varie altre gravezze imposte dal Comune di Firenze*, etc., Lucca, 1765-1766).

(14) Más bien demuestra lo contrario la prueba misma que aporta Goldschmidt: *Universalgeschichte*, págs. 132 a 137, para aseverar la importancia del elemento germánico en la formación del Derecho mercantil (y después de él Rehme: *Gesch.*, págs. 92-93). Véase, además, el mismo Goldschmidt, op. cit., pág. 17, y Rehme, págs. 177-178.

(15) Véase Goldschmidt: *Universalgeschichte*, págs. 143 y siguientes. Desde el siglo XIII en adelante, se universaliza el uso de la moneda italiana de oro (genoveses, florines, ducados, zequíes).

(16) Goldschmidt: *Universalgeschichte*, pág. 200, advierte el «influjo predominante de los usos mercantiles italianos, los cuales se limitaron a acoger los otros Estados mediterráneos».

(17) Goldschmidt, en la *Zeitschr.*, XXXV, págs. 352 y siguientes.

mandamientos ejecutivos dictados a instancia del acreedor en virtud de la simple exhibición de una prueba escrita. Mas la importancia de las ferias francesas consistió principalmente en que fueron un lugar de reunión de todos los comerciantes de Europa, y, en general, centro de difusión de las instituciones mercantiles.

En materia de Derecho marítimo son importantes las colecciones de costumbres y sentencias de los Tribunales marítimos de Oloron, cerca de la Rochela: la *Coutume d'Oloron* (redactada entre 1285 y 1314) y la *Charte d'Oloron o Nolles de jugements d'Oloron*, cuya parte esencial se remonta al siglo XII.

Estas colecciones adquirieron gran autoridad en los mares del Norte y constituyeron el núcleo principal de la colección inglesa de costumbres marítimas conocida con el nombre de *Consuetudini di Wisby* (siglos XIV y XV).

En cuanto a los árabes, no obstante la importancia de su comercio, que prueba la multitud de palabras originarias de este idioma que han pasado a nuestro lenguaje mercantil, como *caravana, almacén, tara, tarifa, aduana, «sensale»* (a), *fonda*, y de la indudable existencia en el derecho arábigo de algunas instituciones comerciales, como la comisión, la mediación, la encomienda, no hay pruebas hasta ahora de su influjo en la formación del derecho europeo (18).

4. Surgido y elaborado en el reducido ámbito del gremio de comerciantes, debía ser y fué el Derecho mercantil esencialmente *profesional:* eran los únicos vinculados por las costumbres nacidas y difundidas por ellos; los estatutos de sus asociaciones extendían su autoridad hasta donde llegaba la de sus magistrados, esto es, a los inscritos en la *matrícula*, y sólo los miembros de la asociación estaban sometidos a la jurisdicción consular.

Este principio no dejó de suscitar dudas sobre su aplicación: prácticamente las cuestiones surgían acerca de la actividad *jurisdiccional* de las asociaciones; el problema de los límites de la autoridad de las corporaciones, de sus estatutos y sus magistrados, se resolvía prácticamente en el problema de la competencia de los *jueces mercantiles*.

Por eso, como un problema de competencia surgió históricamente el

---

(a) *N. del T.*—Corredor de comercio, digámoslo así: el que interviene entre las partes en las compras y ventas.

(18) Goldschmidt: *Univ.*, pág. 98; Rehme: *Geschichte*, págs. 94 y 95; Bourcart: *Esquisse*, pág. 269.

31608

BIBLIOTECA FAC. DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES U. A. N. L.

problema de la esfera de aplicación del Derecho mercantil como derecho especial, y en estos términos se hubo de mantener hasta hace poco. *Durante muchos siglos los límites de la autoridad del Derecho mercantil los marcaron los de la competencia de los jueces consulares.*

Ahora bien; para señalar la competencia judicial de los cónsules era insuficiente el solo factor de la profesión comercial de los litigantes; muchas veces sucedía que la contienda versaba sobre el ejercicio de la profesión *(causa quae ad artem pertinet)*, porque, en efecto, no toda la vida y actividad del comerciante la absorbían su profesión y se desarrollaba en el ámbito corporativo; y en todo cuanto a su oficio no se refiriese estaba sometido a la legislación común y a los jueces ordinarios.

De aquí la necesidad de delimitar el concepto de la contienda comercial *(causa mercantilis)* o, como diríamos hoy, de la *materia de comercio.*

Con arreglo a los estatutos, estaban sometidos a la jurisdicción mercantil: primeramente las cuestiones referentes a los negocios de comercio en sentido propio: *causae o quaestiones mercantiles, negotiationis, mercantiae, pro factis mercadantiae, quae pertinent ad mercantiam.* El concepto del *negotiatio* o *mercantia* o *mercadantia*, estaba identificado con mucha precisión con el de la *compra de mercancías para revenderlas y de la sucesiva reventa* (19).

Al comercio de mercancías estaba equiparado el del dinero, y desde este punto de vista se consideraban comerciantes también los banqueros, y los *negocios de banca* asuntos comerciales (20), que estaban asimismo sujetos a la jurisdicción mercantil (21).

En tercer lugar se reputaban comerciales, bien por su relación con esta clase de asuntos propiamente dichos, bien por su importancia en el comercio bancario, las *operaciones de cambio* y las *letras de cambio* (22).

(19) *Statuto della mercanzia di Parma*, de 1215: «quas emunt et vendunt; seu permutant... scilicet quando emunt sive ex permutatione accipiunt ad hoc scilicet ut revendant eas vel eas ex causa permutationis alii vel aliis concedant». *Statuto della mercanzia di Brescia*. de 1313, III, cap. 59: «Et intelligantur res pertinentes ad mercathendiam quae emuntur et venduntur a mercatoribus causa revendendi, non mutata specie seu forma.» Véase Pertile: *Storia*, IV, pág. 681; VI, pág. 112.

(20) Goldschmidt: *Handb.*, 2.ª ed., I, págs. 418 y 419, texto y nota 2.

(21) *Statuto della mercanzia di Piacenza*, de 1263, c. 370.

(22) *Statuto della mercanzia di Milano*, de 1341: «ex causa negotiationis vel mercantiae vel gestionis alicuius negotiationis vel pro cambiis». *Statuto della mercanzia di Brescia*, de 1429, c. 43: «ocasione negotiationis, mercati seu mercantiae lanarum pannorum, etc., et remunerationis vel mercedis dictis ocasionibus, et pro depositis vel recomandationibus *occasione cambiorum vel aliorum actuum qui fieri contingerint, de loco ad locum vel aliter*».

Por último, estaban sometidos a la jurisdicción mercantil todos aquellos negocios conexos con operaciones de comercio, esto es, realizados *occasione negotiationis, occasione mercantiae, occasione cambiorum* (23).

Por consiguiente, hubo de comenzar pronto a dibujarse el concepto que después había de hallar importante desarrollo y extensa aplicación del *acto de comercio*, aun cuando no hay que negar que su finalidad aparecía con fines hartos limitados, porque aun no es la comerciabilidad del acto condición bastante para atribuir las contiendas de los comerciantes a la competencia de los jueces consulares; pero queda siempre como presupuesto de la jurisdicción mercantil la *profesión* de los litigantes, y lo primero que se toma en consideración para ello es la calidad de la persona; todavía está lejos el concepto de acto de comercio aislado y circunstancial realizado por quien no sea comerciante.

Dentro del sistema de las corporaciones está la profesión comercial unida a la formalidad de la *inmatriculación;* por lo general, sólo es comerciante el inscrito en el registro *(matrícula)* de la corporación (24).

Sin embargo, la tendencia natural especificadora de las corporaciones por un lado, y por otro la confianza que depositaba el público en los jueces consulares, pronto fueron parte a la extensión de la competencia de los cónsules, si bien no se realiza esta evolución sin resistencia; porque aunque las corporaciones luchaban para ampliar su jurisdicción, aun a los extraños, celosos de su autoridad los Municipios, procuraban limitar las facultades de los magistrados consulares al ám-

(23) *Statuto della mercanzia di Piazenza* (anterior al 1276), n. 526: «ocasione mercadantiae seu alicuius quaestionis pertinentes ad mercadantiam». *Statuto della mercanzia di Milano*, de 1341: «ex causa negotiationis vel mercandiae... vel aliqua occasione ex praedictis orta vel secuta». *Statuto di Bellano*, de 1424, II, 64; «in quaestionibus mercationum seu occasione mercantiae».

(24) *Statuto di Brescia*, de 1313, III, c. 59: «Et intelligatur mercator qui publice exercet mercadantiam et qui scriptus sit sua spontanea voluntate in uno libro penes consules mercadantiae. Et qui non inventus fuerit scriptus in dicto libro non intelligatur mercator.»

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ® BIBLIOTECAS

bito estricto de la corporación. Por eso nos encontramos frecuentemente con preceptos terminantes de los estatutos municipales que circunscriben la competencia de los cónsules a las contiendas motivadas por asuntos mercantiles *surgidos entre miembros de las corporaciones* (25), si bien acabó por prevalecer la tendencia expansiva de la jurisdicción consular.

Primeramente se reconoció la competencia de los jueces mercantiles en asuntos comerciales para con los extraños a la corporación que hubieran contratado con un comerciante inscrito; y no sólo cuando éste fuese demandado por un extraño, sino aun en el caso de ser el extraño demandado (26).

Además, y con infracción al principio de que sólo era comerciante el que ejercía esta actividad y se hallaba inscrito en el Registro de la corporación, fueron además reputados comerciantes los que ejercían el comercio sin pertenecer a aquélla; hecho que ocurrió, sobre todo, al abolirse el monopolio de los gremios y declararse libre el ejercicio de las artes (27).

Aún no estaba abandonada formalmente la necesidad de la matrícula para adquirir el carácter de comerciante; pero en cambio, y mediante la *ficción* de considerarlo como inscrito, llegó a reputarse comerciante a quien ejercía el comercio sin estar matriculado en forma regular, y como tal comerciante quedaba sometido a la jurisdicción mercantil.

Así se amplió la autoridad de las corporaciones y la competencia de los jueces consulares, aun a aquellos que por su condición social no podían inscribirse en las corporaciones, como los nobles, los clérigos, los militares, cuando, infringiendo la prohibición para el ejercicio del comercio, hubiesen efectivamente adquirido la cualidad de comerciantes (28); y se llegó a disponer, en términos generales, que todo aquel que actuase o fuere demandado *ex causa negotiationis vel cambii*, se reputara comerciante, o sea, individuo de la corporación, y como tal quedase sujeto a la jurisdicción consular (29).

(25) Véase, por ejemplo, *Statuto di Parma*, de 1235: «tantum de suprascriptis controversiis—inter suprascriptos mercatores—et non de aliis neque inter alias personas». Otras citas en Goldschmidt: *Handb.*, I, pág. 438, nota 14, y en Pertile: *Storia*, VI, 1, pág. 112, nota 7, y 113, nota 8.

(26) Ejemplo: *Statuto della Società dei mercanti di Bologna* (anterior a 1264). ed. Gaudenzi, Roma, 1896, pág. 115): «Et haec omnia dicimus et firmamus pro omnibus civibus et forensibus qui aliquam mercadantiam venderunt et specialiter pro campsoribus Bononiae, qui de aliquo mercatore Bononiae conquerantur de aliqua pecunia quam eis deberet occasione cambii vel mercadantiae.» *Cost. di Milano*, de 1541, lib. B, rub. *de officio oblatum*: «inter negotiatiores et contrahentes cum eis ex causa mercimonii tantum» Véase Goldschmidt: *Handb.*, I, pág. 438, nota 14.

(27) Pertile: *Storia*, II, parte I, pág. 192.

No significaba esto, sin embargo, como algunos han dicho (30), que llegara a concebirse el *acto de comercio aislado* e independiente de la cualidad y profesión de quien lo realizaba, no; la jurisdicción comercial subsistía como una jurisdicción *profesional*, y el Derecho mercantil, derecho *de los comerciantes;* sólo que al fijarse la cualidad de comerciante se prescindía del requisito de la inmatriculación y se atendía únicamente al ejercicio efectivo del comercio (31). Consistía, pues, la importancia de la evolución indicada en que, mediante la ficción de equiparar al no inscrito al comerciante inscrito, eliminábase prácticamente el requisito *formal* de la inmatriculación de aquellas condiciones exigidas para adquirir la cualidad de comerciante y estar sometido a la jurisdicción y a las leyes de éstos.

Cierto que de esta suerte se acusaba nuevamente el concepto ya aparecido del *acto de comercio;* porque si al principio el acto de comercio únicamente servía para señalar la naturaleza de la causa, ahora ya servía de criterio para fijar la profesión del litigante; por consiguiente, aunque nos hallamos siempre en el ámbito del derecho profesional, la profesión va perfilándose, no sólo a base de un criterio meramente *formal*, sino *sustancial*.

Había que dar un paso aún más grave para desprender completamente al Derecho mercantil de su envoltura profesional, esto es, considerar en sí mismo el acto de comercio, independientemente de la calidad de quien lo realiza, o sea concebir un acto de comercio aislado, creado por uno que no fuese comerciante; pero esto no llegó hasta mucho más tarde.

(28) Manara: *Atti di commercio*, Turin, 1887, pags. 16 y 17. Endemann en *Zeitschr.* Véase pág. 359.

(29) *Statuto del mercanti di Piacenza*, de 1323, en *Mon. hist.*, Parma, 1860, página 200: «Quaecumque persona aget vel conveniet de coetero ex causa negotiationis vel cambii intelligatur esse mercator absque alia probatione», y en el apéndice, pág. 210: «Quod omnes contrahentes ex causa negotiationis vel cambii habentur et reputantur pro mercatoribus.» Manara, obra citada, págs. 18 y 19. Vivante: *Trattato*, I, pág. 7.

(30) Por ejemplo, Manara: *Atti di commercio*, págs 18 y 19, y Goldschmidt: *Hanbd*, I, pág. 438.

(31) Arcangeli: *Contributi alla teoria generale degli atti di commercio*, en *Riv. di Dir. Comm.*, 1904, I, pág. 13 del sumario.

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ® BIBLIOTECAS

5. La Italia del siglo xv, de florecientes industria y comercio, opulenta, independiente políticamente, aun cuando dividida en varios estados, encerraba el germen de su próxima ruina. Su esplendor económico mismo, como frecuentemente ocurre, había exaltado la conciencia de interés individual y difundido el egoísmo general. Una larga paz había apartado a los italianos de la costumbre de las armas y los había hecho repugnar la sangre y la lucha. Y esto, cuando alrededor de nuestro país, que era el más rico, pero el más débil de Europa, crecían los grandes estados nacionales gobernados por monarquías guerreras; y ocurrió, por consiguiente, lo inevitable: que Italia, rica, pero desarmada, fué presa de sus poderosos vecinos; pocos decenios del siglo xvi fueron suficientes para consumar la catástrofe.

La servidumbre política, como es inexorable, acarreó la decadencia económica; cierto que concurrieron a ella otras causas inmediatas como el descubrimiento de América y aquella gran vía marítima de la India, por el Cabo de Buena Esperanza, que desplazaron del Mediterráneo al Atlántico el eje del comercio marítimo universal. La conquista turca, esto es, el agotamiento de las fuentes de vida económica de Levante, causó la ruina del comercio, tan floreciente entonces, del Mediterráneo oriental; pero la causa última de la decadencia económica de Italia, iniciada en el siglo xvi, habrá que buscarla siempre en su ruina política, que la privó totalmente de energías, la entregó al desorden de administraciones extranjeras, ávidas y expoliadoras; la convirtió en campo de batalla de Europa y la impidió participar, como hubiera debido y podido, en los beneficios de los nuevos descubrimientos geográficos a que habían contribuído ampliamente sus navegantes y viajeros, y la impidió contrarrestar eficazmente el avance en Levante de las armas turcas.

No quiere decir esto, naturalmente, que en un momento pasase de la primacía comercial a la decadencia completa: eran demasiado profundas y robustas las tradiciones del comercio italiano para que en pocos años se dispersaran; en los países como la República de Venecia, no dominados por el extranjero, se mantuvo vivo el tráfico; y aunque ya no puede hablarse de la primacía comercial e industrial de Italia, era notable el influjo italiano en el comercio europeo; pero sobre todo se mantuvo el alto prestigio de las instituciones mercantiles de la península. Era grande y subsistió por mucho tiempo el influjo del pensamiento italiano en todas las ramas del saber; Italia dictó leyes, hasta fines del siglo xvi, en ciencias, artes, modas, y, por tanto, no es extraño que, aun después de iniciada la decadencia del comercio italiano,

permaneciese en Italia la supremacía en el campo del Derecho mercantil (32).

En este período, las fuentes legislativas y consuetudinarias de Derecho mercantil estaban ya lejos de la vigorosa actividad de los siglos anteriores; perdidas las libertades municipales, arrastrando una vida lánguida las corporaciones, decaída la importancia de la clase mercantil, retrásase la obra creadora de la costumbre y de los estatutos. En compensación, adviene importantísima la contribución de la doctrina y de la jurisprudencia, e iníciase precisamente en el siglo xvi una verdadera literatura del Derecho mercantil; en tanto que en los siglos anteriores eran los escritores o teóricos, canonistas principalmente, quienes exponían un Derecho mercantil escolástico, no el vivo y vigente, o comerciantes, que se ocupaban, más que del Derecho, de la técnica comercial; el xv abre la serie de juristas que expusieron y elaboraron verdaderamente el Derecho mercantil.

A *Benvenuto Stracca*, natural de Ancona († 1577), corresponde el mérito del primer tratado de Derecho mercantil, *Tractatus di mercatura seu mercatore*, editado por vez primera en Venecia, 1553 (33). Asimismo fueron más elaboradas y meditadas las resoluciones judiciales al pasar la jurisdicción de las corporaciones al Estado, y crear los magistrados de Tribunales de comercio, del que formaron parte juristas profesionales (34) por ello adquieren autoridad y difunden las *colecciones de fallos judiciales* en materia mercantil, singularmente la de la *Rota di Genova* (35).

La literatura italiana de Derecho mercantil se enriqueció en el siglo xvii con obras numerosas de carácter práctico más que sistemático (inferiores en esto a la de Stracca), pero excelentes para la elaboración del material riquísimo de jurisprudencia.

(32) Así lo reconoce Rehme: *Geschichte*, pág. 178. Sobre esto, como sobre otros puntos, son superficiales e inexactas las ideas de Bourcart: *Esquisse*, pág. 268.

(33) Franchi: *Benvenuto Stracca, giureconsulto anconetano del sec. XVI*, Roma, 1888, y, acerca de él, Tamassia, en *Arch. giur.*, XLII, págs. 365, 370; Goldschmidt: *Benvenuto Stracca anconetanus und Petrus Santerna Lusitanus*, en *Zeitschr.*, XXXVIII, pág. 1 y sigs., y, acerca de él, Franchi, en *Riv. ital. per le scienze giur.*, XI, pág. 104 y sigs.; Lattes: *Lo Stracca giureconsulto*, en *Riv. di Dir. comm.*, VII, 1909, págs. 624-649.

(34) Franchi: *Sulla giurisdizione mercantile in Italia*, en *Archivio giur.*, XXXVI, págs. 38-61; Pertile: *Storia*, VI, I, págs. 116 y 117; Rosenberg: *Handels.*, pág. 431.

(35) *Decisiones Rotae Genuae de mercatura*, primera ed., Venecia, 1552, tercera ed., Francfort, 1592.

BIBLIOTECA FAC. DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES U. A. N. L.

Segismundo Scaccia, genovés, se ocupó principalmente del Derecho de cambio en su *Tractatus de commerciis et cambio*, publicado por vez primera en 1618, Roma. Rafael de Turri, genovés, trató la misma materia en el *Tractatus de cambiis*, editado por vez primera en Génova, 1641. Francisco Roeco, napolitano, en un apéndice a sus *Responsa legalia*, expuso en seis títulos la letra de cambio, el mandato mercantil, la sociedad, la nave, el flete, el seguro y la quiebra. *Responsorum legalium cum decisionibus centuriae duo, ac mercatorum notabilia in sex titulos distributa*, 1.ª ed., Nápoles, 1655; Ansaldo de Ansaldi, florentino, oidor de la *Rota romana*, escribió *Discursus legales de commercio et mercatura*, editados por primera vez en Roma en 1689; el cardenal Juan Bautista de Luca († 1683) dedicó a materia comercial varios libros, especialmente el *quinto*, *séptimo* y *octavo* de su monumental *Theatrum veritatis et iustitiae*, Venecia, 1734, Nápoles, 1758; Carlos Targa se ocupó del Derecho marítimo en su *Ponderationi sopra le contrattazioni marittime* (1.ª ed., Génova, 1692); y, por último, a José María Lorenzo de Casaregi, genovés († 1737), último de los grandes tratadistas de Derecho mercantil de la época, debemos *Discursus legales de commercio* (1.ª ed., Florencia, 1719); un comentario al *Consolato del mare* (apéndice al primer vol. de los *Discorsi)* y el *Cambista istruito per ogni caso di fallimento*, Florencia, 1729 (36).

6. A pesar de este rico florecer de la doctrina y la jurisprudencia, Italia perdía cada vez más el primer puesto en el campo del Derecho comercial de que había gozado sin disputa en la Edad Media, y otros países como España, Holanda y Francia, sobre todo, a las que iba pasando el poderío político y comercial, fueron adquiriendo sucesivamente importancia en el mundo del Derecho del tráfico.

España. — Tuvieron jurisdicción especial comercial, ejercida por tribunales mercantiles y marítimos, las más florecientes ciudades comerciales españolas: a más de Barcelona, a la práctica de cuyo tribunal marítimo *(Consulatus maris)* se debe la compilación llamada precisamente *El consulado del mar*, del que hemos hablado ya (37), tuvieron jurisdicción mercantil especial: Valencia, Burgos, Sevilla, Bilbao, San Sebastián; tribunales regidos por normas adecuadas que contenían las *Ordenanzas* aprobadas por el rey; entre ellas adquirieron singular importancia las de Bilbao, cuya colección más antigua

(36) Otras noticias sobre Casaregi, en Goldschmidt, *Hand.*, I, páginas 37 y 38.

(37) Véase pág. 14.

data de 1560 (38), y de la que se hicieron sucesivas ediciones en 1672, 1675, 1677, 1688, 1731; la última y más completa es la de 1737, en la que ya se nota el influjo de las ordenanzas francesas (39).

En Francia, bajo el reinado de Luis XIV, comienzan los primeros intentos de unificación y codificación de las leyes mercantiles, y se promulgan las dos célebres *Ordenanzas:* la de *Comercio*, en 1673, y la de *Marina*, en 1681, ambas debidas a Colbert, que reasumieron y sistematizaron las normas esparcidas en varios estatutos de las ciudades mercantiles italianas, y el fruto de nuestra doctrina pasó a Francia, como había pasado la hegemonía industrial y mercantil y la primacía en jurisprudencia comercial (40).

Sin embargo, la importancia de las Ordenanzas francesas de 1673 y 1681 se debe, más que a la novedad de su contenido, a la sistematización de los principios y reglas esparcidas en innúmeras fuentes legislativas y doctrinales; mas, a mi juicio, no puede reconocérseles el mérito de haber modificado profundamente el carácter del Derecho mercantil, ni el de haber creado el acto de comercio *objetivo*, esto es, actos comerciales, declarados así por el legislador, y sometidos por ello a las leyes mercantiles y a la jurisdicción de los cónsules, independientemente de la calidad del que los ejecutase (41).

Cierto que la Ordenanza del 673, artículos 2.º y 7.º, atribuía a la competencia de los cónsules los conflictos surgidos sobre letras de cambio y otros contratos del comercio marítimo, fuese quien fuese la persona que interviniera; pero esto aún no equivale a que un acto *aislado* de los que enumeró la Ordenanza, *por sí sólo* e independientemente de la profesión mercantil del autor, fuera suficiente para aplicarle la ley y jurisdicción mercantil; no dice esto la Ordenanza, y, por ello, de esos dos preceptos no puede inducirse más sino que la ejecución de los actos indicados en los artículos 2.º y 7.º (letras de cambio y operaciones del comercio marítimo), origina la presunción de comerciantes en quienes lo realizan, y a *este título* se le somete al imperio de las leyes y a la jurisdicción de los tribunales de comercio. Tanto es así, que Jousse, autorizado comentarista de la Ordenanza, desenvuelve así el sistema: «Les bourgeois et autres, qui ne sont ni marchands, ni artisans, même les officiers, qui se mêlent d'acheter et revendre, son

(38) Goldschmidt: *Handb.*, I, pág. 40; Relime: *Gesch.*, pág. 181.

(39) Goldschmidt: *Handb.*, I, pág. 41.

(40) Franchi: *Manuale*, pág. 9; Bourcart: *Esquisse*, págs. 276 y sigs.

(41) Manara: *Atti di commercio*, págs. 19 y 20.

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

réputés marchands... quoiqu'ils ne fassent le commerce qu en passant» (42).

El Código francés de comercio de 1807 es el que transformó radicalmente el carácter del Derecho mercantil en el sentido de la objetivación, y con la promulgación del mismo se inicia una época en la historia del Derecho comercial.

Luis XVI hubo ya de pretender reformar la Ordenanza de 1633, y para ello nombró una Comisión; pero con la Revolución queda en suspenso este propósito, que hubo de recoger Napoleón, como primer cónsul; en 1801 se nombra una Comisión; compuesta de siete individuos, parte jurisconsultos, parte hombres de negocios, que al final del mismo año presentaron un proyecto acompañado de un Informe explicativo; proyecto sobre el cual informó la magistratura y las Cámaras de Comercio; pasó al Consejo de Estado, en donde se discutió ampliamente, y, por último, aprobó el Parlamento en cinco sesiones sucesivas, del 10 al 15 de septiembre de 1807, y comenzó a regir el 1.° de enero de 1808, fecha memorable en la historia del Derecho mercantil.

Cierto que la elaboración del Código se hizo a base de las dos Ordenanzas de 1673 y 1681; pero fué enorme el progreso, tanto desde el punto de vista de la forma como del contenido. De lo más importante y característico de él, aun cuando no se le diera toda la importancia y relieve que merece, debemos señalar, primeramente, la innovación relativa a la aplicabilidad del Derecho y la jurisdicción mercantil, cuyo alcance y valor no podrá apreciarse si no señalamos, a través de los trabajos preparatorios, las fases por que atravesara la redacción de los artículos 631, 632 y 633, que consagran precisamente el sistema mediante el que el Derecho mercantil deja de ser Derecho de los *comerciantes* y se convierte en Derecho de los *actos de comercio*. Propuso la Comisión redactora del primer proyecto que se sometiese a la jurisdicción de los Tribunales de comercio toda contienda que tuviera por objeto actos de comercio, y, por lo tanto, proponía: «La competencia de los Tribunales de comercio se fija por el hecho que motiva la contienda» (43); proposición aprobada por algunas Audiencias y Tribunales, y combatida por otros que encontraron muy grave la novedad que trastornaba el sistema de la Ordenanza de 1673 (44). Mas en definitiva prevaleció un sistema que se calificó intermedio entre competencia *real* propuesta por la Comisión, y la *personal*, patrocinada por la Ordenanza de 1673 (45); pero en sustancia ello significaba la transformación de Derecho mercantil, Derecho del comerciante, en Derecho de los actos de comercio. A virtud del artículo 631 del Código, la jurisdicción de los Tribunales de comercio, y, por tanto, el imperio del Derecho comercial se extendió: primero, a toda obligación y transacción entre negociantes, comerciantes y banqueros; segundo, a todos los actos de comercio, sean cualesquiera las personas que en ellos interviniesen, y los artículos 632 y 633, enumeran 14 clases de actos de comercio. Por tanto, y en sustancia con los artículos dichos, se amplia la aplicación del Derecho mercantil a todos los actos de comercio, prescindiendo de la cualidad o de la profesión de los autores, y en tal ampliación precisamente está la transformación aludida y la objetivación del Derecho mercantil. Cierto que estos artículos no abolieron las disposiciones del Derecho anterior, en virtud de las cuales la jurisdicción y el Derecho mercantil comprendían las relaciones entre comerciantes, por actos de comercio; pero una vez estatuído que *todos los actos* de comercio, cualquiera que fuese el que los realizase, se sometían a las leyes y jueces comerciales, cambia de significación aquel precepto y queda reducido a una simple *presunción* de comerciabilidad para los actos en que intervienen los comerciantes; es decir, se convierte en un simple *apéndice* de las demás disposiciones que someten a la ley mercantil todos los actos de comercio. Cuando se dice, por consiguiente, que todos los actos de comercio realizados *por comerciantes* o por *no comerciantes* están comprendidos en el ámbito de acción del Derecho y de las leyes mercantiles, se establece una norma general y absorbente que comprende todos los actos de *comercio* realizados entre comerciantes, frente a la cual el precepto de que todos los actos entre comerciantes quedan sujetos a la ley mercantil, queda reducido a una norma accesoria, a una simple presunción de comerciabilidad.

A causa también de las conquistas napoleónicas, este Código, ensayo primero de una codificación del Derecho mercantil, y a virtud de dichas conquistas, que lo llevaron y dieron a conocer a Europa entera, alcanzó inmensa difusión e indiscutible autoridad. Consta de 648 artículos y está dividido en cuatro libros: el libro primero, se ocupa del *comercio en general;* el segundo, del *comercio marítimo;* el tercero, de las *quiebras,* y el cuarto, de la *jurisdicción mercantil;*

(42) Jousse: *Commentaire sur l'ordonnance*, pág. 294.

(43) Cons. Locré: *Esprit du Code de commerce*, VIII, págs. 210 y siguientes.

(44) Locré, ob. cit., VIII, págs. 211 y siguientes.

(45) Locré, ob. cit., VIII, págs. 236 y siguientes.

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ®
DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS
BIBLIOTECA FAC. DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES U. A. N. L.

Código que, con ligeras modificaciones, se tradujo y promulgó para el reino de Italia el 17 de julio de 1808 y estuvo en vigor hasta la Restauración (1814).

7. De igual suerte que la legislación civil, la comercial de la época napoleónica sobrevivió en gran parte a la dominación francesa en Italia. Continuó en vigor el Código de comercio; en los estados pontificios, mediante dos edictos, de 5 de julio de 1815 y 1.º de junio de 1821, con el título de *Reglamento provisorio di commercio;* en el reino de Nápoles, en 1819, se le sustituyó con el *Leggi di eccezione per gli affari di commercio*, parte 5.ª del *Codice per lo regno delle Due Sicilie*, calcado en el Código francés; y, por último, en Parma y Toscana. Austria, en el Lombardo Veneto, dejó vigente el primer libro del Código francés hasta que en 1850 promulgó la Ordenanza de cambio germánico y en 1863 los cuatro primeros libros del Código de comercio alemán.

En el ducado de Módena, y después de la Restauración, se puso en vigor el Código de Este, de 1771; sin embargo, en 1851 se promulgó un Código de comercio, cuya vigencia duró hasta 1865. El Piamonte vuelve a las antiguas leyes y costumbres, pero experimenta inmediatamente la necesidad de una reforma, que realizó Carlos Alberto en 1842, publicando un Código de comercio llamado albertino, que no fué sino una reproducción exacta del Código francés modificado por las leyes posteriores.

Una vez erigido el reino de Italia en 1865, unifica la legislación, en materia comercial inclusive; la base del nuevo Código fué el albertino, aunque modificado en algunos puntos, singularmente en lo relativo a agentes mediadores de comercio, letras de cambio y sociedad, y con esas modificaciones se publicó para todo el reino por la ley de 1865 y entró en vigor en 1.º de enero de 1866.

Mas apenas hubo de promulgarse el nuevo Código, se sintió la necesidad de reformarlo más amplia y meditadamente; tres años habian transcurrido desde su vigencia, esto es, en 1869, cuando se nombra una Comisión encargada de preparar un proyecto de Código de comercio, Comisión que en 1872 redacta un *Proyecto preliminar*, y la misma publica sus sesiones en cinco volúmenes (Florencia, Imprenta real, 1872-1873), cuya edición primera, agotada, hubo de reimprimirse en tres volúmenes (Roma, Imprenta real, 1884). El *proyecto preliminar* de la Comisión de 1869 se remitió para informe a las Cámaras de Comercio, a las Audiencias y Tribunales Supremos (a), Colegios de

(a) En la época aludida existian en Italia varios Tribunales Supremos que recientemente han cesado y sólo subsiste uno.—(*N. del T.*)

Abogados y Facultades de Derecho, cuyos informes aparecieron en un volumen *(Osservazioni e pareri della magistratura*, etc., Florencia, Imprenta real, 1878). Hubo de nombrarse otra nueva Comisión para que recogiera los informes emitidos y preparase un *proyecto definitivo;* las actas de esta Comisión no se publicaron, pero el proyecto lo presentó el ministro Mancini al Senado en 1877, con una Memoria docta en la que se analizan las disposiciones del proyecto hasta el título de sociedad *(Relazione od esposizione dei motivi del progetto del Codice di commercio del Regno d'Italia*, Roma, Imprenta real, 1878). El Senado no discutió completamente este proyecto; en cambio, aprobó un proyecto de ley que facultaba al Gobierno para publicar el Código de comercio, conforme al proyecto presentado al Senado y tomando en consideración las observaciones que al Senado mismo se habian hecho (30 junio 1880); el Congreso también aprobó, a propuesta de los diputados Mancini y Pascuali, el proyecto, con ciertas modificaciones que motivaron la vuelta al Senado. Todos los trabajos preparatorios de la época, comprendidos entre 1877 y 1882, se publicaron en dos volúmenes en 1882. Aprobado por el Senado de nuevo el proyecto, se convirtió en ley por Decreto de 2 de abril de 1882, y en cumplimiento de ella, nombróse una *Comisión* llamada de *coordinamento*, encargada de modificar el texto del Código conforme a los deseos del Congreso y del Senado, armonizarlo con las demás leyes del Estado y proponer las disposiciones transitorias; sus trabajos se publicaron en 1885 (Roma, Botta, 1885). A propuesta de esta Comisión queda aprobado el texto definitivo del Código por Real decreto de 31 de octubre de 1882, y comenzó a regir el 1.º de enero de 1883 (46).

El Código de 1883, que aún rige, consta de 926 artículos, divididos

(46) Todos los trabajos preparatorios del Código de comercio vigente, durante los años 1869 al 1882, están comprendidos en las siguientes obras:

a) *Atti della Commissione incaricata di preparare il progetto di Codice di commercio per il Regno d'Italia* (Florencia, 1872-1873; 2.ª ed., Roma, 1884, con un apéndice que contiene los trabajos preparatorios del Código de comercio de 1865), 1.ª ed., cinco vol.; 2.ª ed., tres vol.

b) *Osservazione e pareri della magistratura*, etc., en el proyecto presentado por aquella comisión (Roma, 1878), un vol.

c) *Relazione od esposizione dei motivi* del ministro Mancini al Senado (Roma, 1878), un vol.

d) *Lavori preparatori del Codice di commercio del Regno d'Italia* (Roma, 1883), dos vol.; cada uno está dividido en dos partes.

e) *Atti della Commissione* nombrada para estudiar las disposiciones y modificaciones relativas al nuevo Código de comercio (Roma, 1885), un vol.

en cuatro libros: el primero, que trata del *comercio en general;* el segundo, del *comercio marítimo y la navegación;* el tercero, de la *quiebra*, y el cuarto, del *ejercicio de las acciones mercantiles y de su prescripción;* Código influído por el francés y la legislación de este país en lo relativo al Derecho marítimo y a la quiebra, por la legislación belga en materia de sociedad y por la germánica en cuanto al derecho de cambio. En conjunto difiere grandemente del modelo francés, al que supera por ser más completo, ordenado y sistemático, aunque no pueda calificársele de Código original, bien que merezca alabanzas por importantes innovaciones sobre todos los Códigos vigentes a la sazón.

8. *Ojeada al Derecho comparado.*—Actualmente, todas las legislaciones vigentes pueden encerrarse en seis tipos principales:

1.º Legislación de tipo francés, al que en esencia pertenece también el italiano.
2.º Tipo germánico.
3.º Español.
4.º Inglés.
5.º Ruso.
6.º Escandinavo.

1. *Legislación de tipo francés.*—También desde que se promulgó el Código napoleónico, ha progresado la legislación francesa durante el siglo que acaba de transcurrir. El texto primitivo lo han modificado y completado casi enteramente leyes especiales, entre las que citaremos, como más importantes, la de 28 de mayo de 1838, reformadora casi completamente del libro 3.º *(quiebras);* la ley de 24 de julio de 1867 y 1.º de agosto de 1893, sobre *sociedades;* la ley de 4 de marzo de 1885, sobre *liquidación judicial*, y la de 17 de marzo de 1909, acerca de la *venta de establecimientos comerciales;* la de 18 de marzo de 1915, del *Registro mercantil;* la de 18 de diciembre de 1915, de *sociedades cooperativas;* la de 26 de enero de 1917, sobre *cheques;* la de 24 de junio de 1921, acerca de *asociaciones en participación*, y la de 8 de febrero de 1922, sobre *letras de cambio*, etc.

Bélgica, que acogió íntegramente el Código francés, lo revisó después por completo, y este Código de comercio belga, *revisado* mediante una serie de leyes especiales, se publicó de 1867 a 1879. Después aparecieron las leyes de 22 de mayo de 1886 y 25 del mismo mes de 1913, acerca de las *sociedades mercantiles* (por Decreto de 22 de julio de 1913 se publicaron las cinco leyes belgas sobre sociedades en un texto único); la ley de 25 de agosto de 1891, relativa al *contrato de transporte*, y la de 10 de febrero de 1908, sobre *navegación marítima*.

Grecia y *Holanda* conservan todavía el Código de comercio francés; en Grecia comienza a regir el Código francés mediante la ley de 19 de abril de 1835, traducción hecha con varios errores (entre las leyes posteriores, la de 13 de diciembre de 1878 sobre *quiebras* es la más importante); Holanda calca el modelo francés; su Código de comercio es de 10 de abril de 1838, y prepara una reforma de esta legislación, que hasta ahora ha motivado una ley especial sobre las quiebras y moratorias de 30 de septiembre de 1893, modificada por la ley de 6 de septiembre de 1895, y después con la de 9 de junio de 1902. Egipto (Código de comercio de 13 de noviembre de 1883) y Turquía (Código de 28 de julio de 1850) adoptaron también el Código francés.

2. Pertenecen al tipo *germánico*, la legislación mercantil del *Imperio alemán*, la de *Austria*, la de *Suiza* y la del *Japón*.

a) Alemania.—En Alemania hubo de preceder en muchos años a la unificación política la de la legislación mercantil. A fines de 1845, varios Estados alemanes, de acuerdo, designaron una Comisión encargada de preparar un proyecto de ley general sobre la letra de cambio; Comisión que, reunida en Leipzig en 1847, publicó el *Proyecto de Ordenanza alemana del cambio*, que en 1848 adoptan como ley varios Estados; la unificación de la legislación mercantil restante no ocurre hasta varios años después, cuando en 1857 se reunió en *Nurenberg* una Comisión designada por varios Estados de la Federación germánica, encargada de redactar un proyecto de *Código general alemán de comercio*, cuya Comisión acabó sus trabajos en 1861, y el proyecto que presenta adoptó como ley por casi todos los Estados alemanes; Prusia la primera, con la ley de 1861. Este Código regulaba toda la materia comercial, salvo el derecho de cambio; el *concurso y la quiebra*, institución común a los comerciantes y no comerciantes en Alemania, dispone de una ley especial de 10 de febrero de 1877. Lo más saliente del Código alemán de 1861 consiste en haber ampliado la esfera de aplicación del Derecho mercantil, por cuanto en virtud del artículo 277 del mismo, las normas del Derecho mercantil son aplicables aun a todos los actos en que uno de los intervinientes sea sólo comerciante; lo que significa ampliar el dominio de la ley mercantil a todo acto de la vida civil de personas no comerciantes, que contraten con uno que lo sea.

La publicación del Código civil alemán en 1896 exigió la general revisión de todo el Derecho privado germánico; y esta revisión y coordinación comprendió al Código de comercio que, con notables

modificaciones, se publicó en 10 de mayo de 1897, así como el 20 del mismo mes, y revisada para armonizarla con el Código civil, se promulgó la ley sobre Concursos y quiebras. La ley sobre la Letra de cambio de 1848, que aún regía, se amplió en su aplicación a todo el Imperio germánico en 1871. El nuevo Código de 1907 señala una fecha memorable en la historia del Derecho mercantil; después de tantos siglos de ampliación progresiva del campo del Derecho mercantil, se advierte, por primera vez, un alto o, mejor dicho, un retroceso: para este Código (arts. 1.º y 343) el Derecho mercantil vuelve a regir tan sólo la actividad de los *comerciantes*, quedando fuera de su ámbito de aplicación los actos de comercio aislados que ejecuten los no comerciantes (47).

b) Austria y otros países que pertenecieron al Imperio austriaco.—Austria, en 1850, adoptó, íntegramente, la ley alemana sobre el Cambio; en 1862, el Código de comercio alemán de 1861; en materia de Quiebras, rige la Ordenanza de 19 de diciembre de 1914, y sobre Seguros, la ley de 23 de diciembre de 1917.

c) Hungría y países que a ella pertenecieron.—La legislación de Hungría es estrictamente alemana; su Código de comercio lleva fecha de 16 de mayo de 1875; la ley sobre Cambios, 5 de junio de 1876, y la de Quiebras, la de 27 de marzo de 1881.

d) Suiza.—En 1881 unificó su legislación mercantil; y esta legislación ofrece la particularidad de estar fundidos el Derecho civil y mercantil en un *Código único de obligaciones*, que tiene fecha de 14 de junio de 1881; la ley sobre Quiebras y Procedimientos ejecutivos por deudas, es de 11 de abril de 1889; la de Seguros, de 2 de abril de 1908; en 10 de diciembre de 1907, Suiza unificó su Derecho civil promulgando un Código dividido en cuatro partes, que no comprende el Derecho de obligaciones; ahora constituye éste la parte 5.ª del Código civil, reimpresa después de una revisión el 30 de marzo de 1911, y el Código civil completo, dividido en cinco partes, ha comenzado a regir en 1.º de enero de 1912.

e) Japón.—El Código de comercio de este país, de 7 de marzo de 1899, reformado en 2 de mayo de 1911, es también de tipo alemán.

3. Al grupo *español* pertenecen el Código de España, el portugués y los Códigos de las repúblicas de América del Sur.

a) España.—En 1829 promulgó un Código de comercio en que, poniendo a contribución ampliamente el Código francés de 1808, se

(47) Cons. sobre esto, Bolaffio: *Dir. comm.*, 1897.

aprovecharon también las fuentes del país, de Derecho comercial, singularmente las *Ordenanzas* de Bilbao; Código que rigió hasta 1886, en que fué sustituído por el nuevo, promulgado el 22 de agosto de 1885; las quiebras y concursos, aun de los no comerciantes, los regulan la ley de Enjuiciamiento civil de 1881 y una ley especial de 10 de junio de 1897.

b) Portugal.—Su primer Código de comercio es de 1833, al cual sustituyó el de 23 de agosto de 1888; las quiebras las regula la ley de 26 de julio de 1899, vuelta a publicar como ley de procedimiento mercantil el 14 de diciembre de 1905.

c) Repúblicas de la América del Sur.—Los Códigos de algunas son casi una reproducción literal del Código español de 1829, como *Bolivia* (Código de 1834), *Perú* (Código de 1902), *Colombia* (Código de 1869), *Méjico* (Código de 1889), *Uruguay* (Código de 1866); otros, como el *Brasil*, toman como modelo el Código de Portugal de 1833; el del *Brasil* se promulgó en 25 de junio de 1850, y comenzó a regir el 25 de diciembre del mismo año. La parte de quiebras sufrió una profunda modificación por el Decreto de 14 de noviembre de 1880, que a su vez lo modificaron la ley de 16 de agosto de 1902 y el Decreto de 3 de junio de 1903, a los cuales acabó por sustituir la ley de 17 de diciembre de 1908. Las sociedades anónimas las regula el Decreto de 4 de julio de 1891, y los seguros el de 12 de diciembre de 1903; algo original tiene el Código de *Chile*, promulgado el 23 de noviembre de 1865, y que comenzó a regir el 1.º de enero de 1867; el de la *Argentina* de 1889 está adicionado con la ley de 30 de diciembre de 1902, acerca de la quiebra; el de *Venezuela* tiene fecha de 17 de diciembre de 1904; *Paraguay*, en virtud del voto de las Cortes de 5 de octubre de 1903, adoptó el Código de comercio argentino con cuantas modificaciones se habían hecho en él hasta el 5 de octubre de 1889.

4. Al grupo *anglosajón* pertenecen el Derecho inglés y norteamericano, caracterizados ambos por ser esencialmente consuetudinarios y carecer de normas especiales para los asuntos mercantiles. A esta clase de obligaciones se les aplican los principios generales del Derecho común *(common law)* sobre las obligaciones civiles; hay, sin embargo, tanto en Inglaterra como en los Estados Unidos, multitud de leyes especiales reguladoras de instituciones particulares del Derecho mercantil. Entre ellas, las inglesas sobre la letra de cambio de 18 de agosto de 1882, modificadas por la de 4 de agosto de 1906; la que regula el comercio marítimo, de 25 de agosto de 1894, que modifica varias leyes posteriores; la de quiebras, de 25 de agosto de 1883; la de

BIBLIOTECA FAC. DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES U.A.N.L.

sociedades, de 21 de diciembre de 1908. Como en cada Estado de la unión de la América del Norte varían las leyes, éstas son tan numerosas, que no puede darse aquí siquiera una breve nota de ellas. Únicamente la materia de quiebras la regula una ley federal de 1.º de julio de 1898, adicionada por otras posteriores.

Constituyen dos grupos aparte el Derecho mercantil *ruso* y el de los *Estados escandinavos*.

5. En Rusia no existe un verdadero Código mercantil comprensivo de la legislación comercial. Las leyes generales del Imperio constituían una colección de varios volúmenes, divididos cada uno en diversas partes. La parte segunda del XI contenía las principales leyes reguladoras de la materia comercial, y la última edición del mismo lleva fecha 1893. El volumen X, dedicado al Derecho civil, se ocupaba de las sociedades, y su última edición es de 1895. El Gobierno soviético elabora una nueva legislación; ha publicado el Código civil, que entró en vigor en 1923, en el que se regulan las obligaciones y comprende las instituciones de carácter mercantil, entre ellas, las sociedades anónimas, y el 1.º de diciembre de 1922 publicó el Código agrario. En 9 de noviembre del mismo año, el del trabajo, que regula la condición jurídica de los obreros, y, por último, de los libros de comercio se ocupa un Decreto de 27 de julio de 1918.

6. *Estados escandinavos* (Dinamarca, Suecia y Noruega).—Tienen aún como base de su legislación mercantil las antiguas leyes de los siglos XVII y XVIII.

En Dinamarca y Noruega tienen el Código de Cristian IV, de 1683; Suecia, el de 1734; los tres Estados, a consecuencia de un convenio, adoptaron una misma ley cambiaria, la de 7 de mayo de 1880, vigente en 1.º de enero de 1881; también rige en los tres países una ley común sobre el Registro mercantil y nombre comercial. Suecia en 12 de junio de 1891, Dinamarca en 1.º de abril de 1892, Noruega en 20 de julio de 1893, promulgaron un Código mercantil marítimo y una ley sobre cheques.

En *Suecia* rigen la ley de 20 de junio de 1905 sobre venta y cambio de bienes muebles; la de quiebras, de 18 de septiembre de 1862; de seguros, de 24 de julio de 1903, y la de 12 de agosto de 1910 sobre sociedades anónimas y comanditarias por acciones; esta última comenzó a regir en 1.º de enero de 1912.

Noruega tiene la ley de 16 de julio de 1907, sobre el ejercicio del comercio; la de 24 de mayo de 1907, sobre venta; de 6 de junio de 1833, de quiebras; de 6 de mayo de 1889, de suspensión de pagos *(concordato preventivo)*, modificada por la de 2 de junio de 1906, y sobre sociedades anónimas y comanditarias por acciones, de 19 de julio de 1910.

En *Dinamarca*, en materia comercial, se aplica el Derecho común, a base del Código civil de 1683, las leyes especiales y la jurisprudencia; merecen mencionarse, entre las leyes especiales, la de 25 de marzo de 1872, sobre quiebras; la de 14 de abril de 1905, sobre suspensión de pagos, y la de 29 de marzo de 1904, relativa a seguros de vida.

Hay una colección de leyes mercantiles de todos los países, traducidas al alemán: la de Borchadt, *Die Geltenden Handelsgesetze des Erdballs*. Berlín, 3.ª edición, 1906; hay de ella traducción francesa, *Les lois commerciales de l'Univers*, Paris, Pichon y Deraut-Auzias, 1912.

Muchas leyes mercantiles pueden encontrarse literalmente traducidas o extractadas en el *Annuaire de législation étrangère*, que se publica en París desde 1872.

§ 3. Estudios y proyectos de reforma del Código de comercio en Italia.

Sumario: 9, Movimiento reformista. Estudios preparatorios y nombramiento de diferentes Comisiones. Los Proyectos.

9. El Código de comercio de 1882, cuyos estudios preliminares comenzaron a fines de 1869, se redactó durante una época en que los estudios de Derecho mercantil en Italia, a pesar de los esfuerzos de unos cuantos, no habían salido aún del desmayo profundo en que estaban al unificarse el reino (48). Faltó, pues, al Código una base de elaboración suficientemente científica y técnica, como se carecía también de tradición nacional, puesto que el Código anterior, el de 1865, no era más que la reproducción del albertino de 1842, que, a su vez, copia el de Napoleón. El buen deseo de los hombres de ciencia que redactaron el Código de 1882 no pudo ir más allá de hacer contribuir a la obra los adelantos de las más recientes legislaciones extranjeras y redactar un Código, al parecer completo, que dió la ilusión de haber dotado a Italia de una ley mercantil moderna y perfecta, que en cierto modo, y en algunos aspectos era cierto, porque recogieron y reunieron lo me-

(48) Véase más adelante lo relativo a los estudios de Derecho mercantil en aquella época y su ulterior progreso.

jor de las reformas realizadas entonces fuera de Italia; pero le faltaba la adecuada e interna elaboración de las instituciones mercantiles y la perfección técnica de los preceptos acogidos. Fué en realidad un mosaico en que la parte general estaba tomada principalmente del Código alemán; las disposiciones sobre Derecho cambiario, de la Ordenanza alemana de 1847; los relativos a sociedades, de la ley belga de 1873; el Derecho marítimo, del Código francés; y la quiebra, de la ley francesa de 1838.

En tal situación, no es extraño que la práctica, al aplicarlo, tropezara inmediatamente con lagunas; a medida que, por una parte, resurgía el florecimiento de los estudios del Derecho mercantil y por otra se intensificaba el tráfico y la vida económica nacional progresaba, eran rebasados cada vez más los preceptos del Código.

Se inicia, por tanto, un movimiento reformista del Código antes de transcurrir sus diez años de vida, cada vez mayor, hasta llegar al grado de intensidad imponente que presenciamos en estos últimos años.

En 1891 comienzan los trabajos de reforma del Código; el ministro de Justicia (Guardasigilli), senador Luigi Ferraris, dirige una circular número 41, en 1.° de septiembre de dicho año; recuerda que en la discusión parlamentaria del Presupuesto de su departamento se había pedido repetidas veces el que, aproximándose el décimo aniversario de la promulgación del Código, se procediese a revisarlo concienzudamente; e «invitaba a magistrados, Cámaras de Comercio, Colegios de Abogados y a cuantos por su ciencia o experiencia pudieran ilustrar al legislador», y les rogaba «que sobre la cuestión que planteaba breve y precisamente emitieran su opinión y consejo, que habría de recaer sobre los usos y costumbres locales».

Después, y por Decreto de 12 de abril de 1894, fué nombrada una Comisión «encargada de estudiar y proponer las modificaciones que debían hacerse en el vigente Código de comercio».

Comisión que se dividía en subcomisiones, encargando a cada una el estudio de una parte del Código de comercio, y que habían de redactar propuestas para ser estudiadas por el pleno y dar preferencia a las reformas de la legislación sobre sociedades mercantiles, suspensión de pagos y quiebra (49).

(49) Los trabajos hechos en 1894-1895 sobre reforma de las leyes de sociedades mercantiles se extractaron en la Exposición que aclara la propuesta y fueron base de estudios sucesivos, reanudados después de diez años, cuando por Decreto de 1905 se reconstituyó la Comisión nombrada en 1894. Los trabajos hechos en este período se reunieron y formaron dos volúmenes: el primero contiene la *Relazione e verbali della discussioni della Sottocommissione per lo studio della legislazione della società commerciali*. Roma, Imprenta Real, 1895; y el otro, *I verbali delle discussioni della Sottocommissione*, Roma, Imprenta Real, 1908. Reanúdanse en 1909 los trabajos, ¡humilde coronamiento!, para redactar un proyecto de reforma general del artículo IX del tít. I del Código. El proyecto, debido a la iniciativa del ministro de Justicia, V. Scialoja, que lo completa su sucesor, y se publicó en algunas revistas jurídicas, se le conoce con el nombre de «Proyecto Fani-Luzatti» y puede verse en *Riv. di Diritto comm.*, 1911, tomo I, págs. 976 y siguientes. De este proyecto se tomaron en su mayor parte las disposiciones principales que constituyeron el que preparó la Comisión de la postguerra en 1918-1919; véase *Studi e proposte della prima Sottocommissione*, presidida por el senador Vittorio Scialoja, Roma, 1920, págs. 326 y siguientes. De 1894 a 1906 continuaron los estudios para reformar la legislación en materia de quiebras; y en este último año hubo de prepararse un proyecto completo a base de los parciales que habían redactado diversas Comisiones; véase *Progetto di leggi e verbali della Sottocommissione*, Roma, Imprenta Real, 1908. Fundada en la propuesta de la Comisión, se redactó la ley sobre supresión de pagos y quiebras de poca importancia, de 24 de mayo de 1903, número 197, y para la modificación de ella, presentó un proyecto a las Cámaras el 16 de febrero de 1910 el ministro de Justicia, Scialoja.

Continuaron los estudios, aunque a saltos, pero cada vez aparecía más urgente la reforma, y llega al apremio en la época posterior a la guerra, en que, además, se necesita unificar la legislación vigente en las antiguas y nuevas provincias.

Así recobran intensidad en la última época los estudios de hecho y entran en la fase decisiva al nombrarse la Comisión ministerial de 8 de noviembre de 1919, que, presidida por el prof. *Cesare Vivante*, prepara un proyecto preliminar del nuevo Código (50) que no comprendía la

(50) *Progetto preliminare per il nuovo Codice di commercio*, Milán, edición Hoepli, 1922. El proyecto suscitó grandes discusiones que se recogieron en la última fase de los trabajos preliminares. Véase: M. Rotondi: *Il progetto di riforma del Codice di commercio. La cuestione del Codice unico delle obligazioni* (*Mon. trib.*, 1923, 705); Asquini: *Il progetto di riforma del Codice di commercio. Il contenuto della riforma* (*Mon. trib.*, 1923, 289); De Valles: *Il progetto di riforma del Codice di commercio. Attinenze col diritto pubblico* (*Mon. trib.*, 1923, 321); Vivante: *La riforma della legislazione commerciale* (*Mon. trib.*, 1923, 161); Manara: *Il progetto di riforma del Codice d commercio. Alcune osservazioni specialmente in materia di società*. (Extracto del *Mon. trib.*, 1923); Brunetti: *La riforma del Codice di commercio delineata dal Ministro Oviglio* (*Riv. di Dir. comm.*, 1923, 253); Marghieri: *La riforma del Codice di commercio*. Conferencia en el Círculo jurídico de Nápoles (*Diritto e Giur.*, 1923, 57); Bonelli: *Osservazioni sul progetto di un-*

BIBLIOTECA FAC. DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES U. A. N. L.

parte relativa a quiebras, de la cual había otro excelente redactado por encargo de una de las Subcomisiones, por el llorado Gustavo Bonelli (51), ni la relativa al Derécho marítimo, de cuyos estudios se encargó otra Comisión, y que estaban relacionadas con la reforma del Código de Marina mercante (52).

En el ínterin, y con objeto de apresurar la reforma general de nuestra legislación, que no podía demorarse mucho tiempo, se dictó la ley número 2.814, de 30 de diciembre de 1923, que comprendía no sólo la reforma del Código de comercio, sino también la de otros Códigos que asimismo debían reformarse total o parcialmente (53).

Jamás para la codificación ha empleado Italia la vía ordinaria legislativa, inadecuada para la redacción de leyes complejas, como son los Códigos, que exigen una preparación orgánica y técnica precisa,

nuovo Codice di commercio (*Riv. di Dir. comm.*, 1923, 513); *Il progetto di legge sul fallimento e le Commissioni parlamentari* (*Riv. di Dir. comm.*, 1924, I, 237); Luzzatto: *L'agricoltura ed il progetto del nuovo Codice di commercio* (*Riv. Dir. agr.*, 1923, 12); Valeri: *Il diritto commerciale e l'agricoltura* (*Riv. di Dir. agr.*, 1923, 1); Finocchiaro: *Il progetto di riforma del Codice di commercio: le società commerciali* (*Dir. comm.* 1923, fasc. X, XI, XII); Razzone: *Il progetto per il nuovo Codice di commercio* (*Corte Napoli*, 1924, 1); Savoia: *Osservazioni e proposte sul progetto preliminare per il nuovo Codice di commercio* (*Dir. comm.*, 1924, 190); Mereu: *La riforma della legislazione commerciale. La teoria generale dei contratti bilaterali, secondo il progetto preliminare* (*Diritto e prat. comm.*, 1924, 1); Ranieri: *Il progetto di riforma del Codice di commercio. Le disposizioni penali* (*Mon. trib.*, 1924, 4); *Osservazioni della Camera di commercio e industria di Como sul progetto preliminare per il nuovo Codice di commercio*, Como, 1923; *Osservazioni della Camera di commercio e industria di Modena sul progetto preliminare per il nuovo Codice di commercio*, Modena, 1923.

(51) El proyecto redactado por Bonelli a virtud del encargo que le hizo la Subcomisión presidida por el prof. Angelo Sraffa, se publicó en la *Riv. di Dir. comm.*, 1921, I, 522, y el informe del mismo en la propia *Rivista*, 1922, I, 190.

(52) Véase más adelante, nota 56.

(53) La ley autoriza al Gobierno para modificar cierta parte del Código civil y redactar nuevos Códigos de comercio, marina mercante y enjuiciamiento civil, y para coordinar las demás disposiciones del dicho Código civil, ley que ha completado después la de 24 de diciembre de 1925, número 2.260, que autoriza asimismo al Gobierno para modificar y adicionar otros preceptos a más de los indicados en la ley anterior y para reformar asimismo los Códigos penales y de enjuiciamiento. De esta suerte vamos a la reforma completa de toda nuestra legislación codificada, que hoy está en estudio y que quedará realizada dentro de poco.

que el Parlamento por su naturaleza misma no puede ofrecer. No hay Código vigente alguno en Italia, por lo tanto, aprobado mediante discusión y votación del Parlamento; todos los de 1865 los publicó el Gobierno a virtud de autorización que contenía la ley de 2 de abril de 1865, autorización también que se dió al Gobierno en 2 de abril de 1882 para publicar un Código de comercio, como lo fué, con la de 22 de noviembre de 1888, el nuevo Código penal, y el procesal penal con la de 20 de junio de 1912. También en la reforma actual se ha apartado de las vías ordinarias, y con la ley de 30 de diciembre de 1923 ha creado un proceso especial para ello, consistente en preparar el Gobierno proyectos de nuevos códigos, si bien obligándose a presentarlos al estudio de las Comisiones parlamentarias, que examinarán los proyectos de ley de autorización y los publicarán después con el texto definitivo.

Para preparar la reforma, por Real decreto de 3 de junio de 1924 se nombró una Comisión que se dividía en Subcomisiones, Comisión encargada de preparar el nuevo Código de comercio que presidía el senador D'Amelio, Presidente primero del Tribunal Supremo del Reino, que ha terminado sus trabajos presentando un proyecto completo, en el que se ha recogido todo el material previo acumulado en los estudios precedentes, y especialmente el proyecto preliminar de la Comisión de 1919 (54). Este proyecto (55) no comprende el Derecho marítimo, materia del Título 2.° del vigente Código de comercio, porque el comercio marítimo es objeto del nuevo Código de la marina mercante, que regulará la materia, tanto desde el punto de vista del Derecho público como del privado (56).

(54) La confederación de la industria formuló algunas proposiciones. Véase *Proposte di riforma del Codice di commercio della Confederazione generale dell'industria italiana*, Roma, Coop. Tipográfica Egeria, 1925.

(55) El proyecto de Código de comercio apareció en dos volúmenes; el primero contenía el articulado y el segundo el informe, publicaciones números 298 y 327 del *Provveditorato generale dello Stato*, Roma, 1925. Acerca de esto consúltese: Cabiati: *Il progetto del nuovo Codice di commercio e le azioni privilegiate* (*Riv. di Dir. comm.*, 1926, I, 271, 402, 556); Salvatore: *Lo stato di insolvenza nel progetto di riforma del Codice di commercio* (art. 695 del Proyecto) (*Riv. Dir. comm.*, 1926, I, 612).

(56) También desde hace muchos años se emprendió el estudio y preparación de la reforma del Código de la marina mercante, enlazada a la reforma de las disposiciones del Derecho marítimo contenido en el libro II y parte del IV del Código de comercio. El Real decreto de 15 de mayo de 1904 nombró una Comisión dividida en cuatro Subcomisiones, que trabajó en

BIBLIOTECA FAC. DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES U. A. N. L.

§ 4.° Carácter moderno del Derecho mercantil.

Sumario: 10. Posición del problema.—11. Contenido del Derecho mercantil moderno. El comercio en su aspecto económico y jurídico. Materia de Comercio.—12. Ampliación creciente del contenido del Derecho mercantil.—13. Naturaleza y caracteres del Derecho mercantil. Posición del mismo frente al Derecho civil.

10. El estudio del moderno carácter del Derecho mercantil exige una investigación doble, porque el Derecho mercantil moderno puede considerarse, tanto en orden a su *contenido*, o sea a las relaciones sociales que regula, como desde el punto de vista *formal*, o sea de la estructura y naturaleza de los preceptos jurídicos que lo integran. Claro está que ambos problemas están íntimamente enlazados de tal suerte que no son sino dos aspectos del mismo problema, y es natural que la clase de las relaciones reguladas determine la estructura formal de las normas reguladoras.

Debemos advertir que al hablar del Derecho mercantil moderno queremos referirnos principalmente al *Derecho mercantil positivo italiano*, cuya exposición es la materia de nuestro estudio.

11. I) *Contenido del Derecho mercantil moderno. El comercio desde el punto de vista económico y jurídico. Materia de Comercio.* Como hemos visto, y como su nombre mismo indica, el Derecho mercantil es aquel que regula las relaciones *del comercio económicas:* el concepto *económico* del comercio es, por lo tanto, el supuesto inexcusable de nuestra investigación, toda vez que el comercio, en sentido *económico*, histórica y conceptualmente, es lo que constituye el núcleo

ella los años 1905-1906. Las actas de esta Comisión se publicaron en dos volúmenes, Roma, Imprenta Cecchini, 1905-1907. Continuó trabajando y recogió las conclusiones de la Conferencia; y los proyectos de reforma parcial se enviaron al Parlamento; suspendidos con motivo de la guerra, continuaron al terminar ésta. Los Decretos de 28 de agosto de 1918, 5 de octubre de 1919, 10 de marzo de 1921, reconstituyeron la Comisión, que se fusionó después con la creada para la reforma de los Códigos, designada por Real decreto de 3 de junio de 1924 para cumplimiento de la ley de 30 de diciembre de 1923, citada en el texto. Acerca del problema de la autonomía del Derecho marítimo, v. Bonnecasse: *Le particularisme du Droit commercial maritime,* Burdeos, 1921, y sobre ello, Asquimi, en *Arch. giur.*, IV serie, vol. IV, 1922, página 216 y siguientes.

fundamental y característico de las relaciones regidas por el Derecho mercantil.

El *cambio* es un fenómeno de incalculable importancia en la vida moderna: la casi totalidad de la riqueza actual no se produce para consumirla directamente el productor, sino para cambiarla con otras riquezas; los productos se estiman sólo como *mercancías*, esto es, como cosas destinadas al cambio: nuestra industria, nuestras aptitudes, nuestra inteligencia, se dedican casi siempre a satisfacer necesidades ajenas, no las nuestras; y he ahí por qué nosotros valoramos las cosas, no conforme a la mayor o menor utilidad que puedan tener *para nosotros*, sino únicamente conforme a su valor en cambio, esto es, conforme a su utilidad para *los demás*. Débese el fenómeno cambio a la división del trabajo; todos, al producir más y mejor por dedicarse a una sola clase de trabajo, motivan la especialización de éste, y con ello el cambio. Muchísimos son los beneficios que éste reporta, pero nos limitaremos a enumerar sólo dos: que permite utilizar del mejor modo posible una cantidad de riqueza que de otra suerte quedaría inútil como superior a las necesidades del que la produce, y permite aprovechar una capacidad productiva que de otra suerte quedaría inactiva, puesto que hace que cada uno regule su propia producción, no conforme a sus necesidades, sino a sus aptitudes (57).

El progreso de la civilización y la amplitud incesante del mercado, primero circunscrito a la ciudad, que después pasa a la nación para transformarse luego en colonial, y hoy universal, han ido dificultando crecientemente el cambio directo entre productor y consumidor, no obstante las progresivas y actuales mejoras de comunicaciones. Al convertirse el mercado en universal, no es posible el cambio internacional sin conocer perfectamente las circunstancias del consumo y producción en las distintas plazas y sin numerosas relaciones en países variadísimos y muy lejanos, y sin un activo y asiduo trabajo de conquista de mercados tan varios. Hay que estudiar las existencias que se acumulan en las distintas plazas; las mercancías que están en camino, las cosechas posibles, los sistemas monetarios y de pesas y medidas de los distintos países; prever las oscilaciones del cambio, saber las costumbres distintas, los descuentos cambiarios y no cambiarios, embalaje, aprovisionamiento, estimular las compras con circulares, propagandistas, viajantes, *reclamos* de todas clases. Todo esto exige conocimientos técnicos especiales, consume actividades, implica riesgos,

(57) Véase Gide: *Principes d'economie politique*, pág. 211 y siguientes, París, 1901, 7.ª ed.

BIBLIOTECA FAC. DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES U. A. N. L.

pero, por otra parte, constituye una función de indudable utilidad. Por último, posibilitar y facilitar el cambio, representa aumentar el valor de los productos, puesto que, como es notorio, el valor de ellos depende precisamente de la mayor o menor facilidad de cambiarlos por otros. Esta función, pues, este empleo de la actividad humana encaminada a procurar o facilitar el cambio es una de las ramas de la producción económica, que constituye precisamente la industria comercial o comercio (58); industria que, en obsequio al principio de la división del trabajo, la ejercitan profesionalmente personas que especulan convirtiéndose en intermediarios entre el que produce y el que consume, para aproximar la demanda y la oferta, facilitar así los cambios; y estos son los llamados *comerciantes*. Cierto que hoy la función de estos intermediarios profesionales disminuye en importancia, porque los productores propenden constantemente y se esfuerzan en ponerse en relación directa con los consumidores; pero esto no quiere decir que desaparezca, ni mucho menos, la *función social y económica del comercio*. Las asociaciones de productores ocupan el lugar de los comerciantes y *sustituyen* al intermediario. Pero precisamente porque lo sustituyen es por lo que ejercen sus funciones; sólo que estas asociaciones producen para sus miembros, esto es, de los mismos productores.

Tal es el concepto económico del comercio. No obstante, nos hallamos muy lejos de haber fijado el ámbito de aplicación del Derecho mercantil, o sea, su contenido moderno, y por varias razones.

Como hemos visto, según el concepto que la opinión general tiene del Derecho mercantil, es aquella parte del sistema jurídico que sólo regula las relaciones privadas relativas al comercio; esto es, una parte del Derecho *privado*. Por eso las reglas del Derecho mercantil, como veremos en seguida, y frente al conjunto de normas que en general gobiernan las relaciones privadas (Derecho *civil* y *común)*, son normas *especiales* o *extraordinarias;* por eso es natural que la ley misma indique qué relaciones se sustraen al Derecho común y han de someterse al Derecho especial o extraordinario. Toda legislación singular

(58) Véase Gide, op. cit., pág. 218 y siguientes; Vivante: *Trattato di Diritto commerciale*, 5.ª ed., I, n. 37 y siguiente; Manara: *Gli atti di commercio secondo l'art. 4 del Cod. di comm. ital.*, Torino, 1887, n. 12 y siguiente; Vidari: *Corso di Diritto commerciale*, Milán, 1900, 5.ª ed., n. 21 y sig.; Goldschmidt: *Handbuch des Handelsrechts*, Stuttgart, 1875, 2.ª ed., § 40, y 3.ª ed. (con el título: *Universalgeschichte des Handelsrechts)*, Stuttgart, 1891, § 1; Behrend: *Lehrbuch des Handelsrechts*, Berlín, 1896, § 1; Thaller: *Traité élém. de Droit comm.*, n. 6 y 7.

para una determinada materia incluída en una vasta serie de relaciones regulada por alguna de las grandes ramas del Derecho, presupone inexcusablemente la existencia de una o más normas que precisen exactamente tal materia (59). Pero para la materia que rige el Derecho mercantil, el principio directriz o *delimitativo* no puede consistir en una pura y simple remisión al concepto económico del comercio, que es harto incierto y discutido para que el legislador pueda fiar en él en cuestión tan importante como los límites del ámbito de aplicación del Derecho mercantil.

Es necesario más: en momento alguno de la evolución del Derecho mercantil ha coincidido el concepto *económico* del comercio, con el concepto *jurídico* de la *materia* mercantil; desde un principio no sólo se sometían al imperio de los estatutos y a la autoridad de los jueces mercantiles las condiciones nacidas de *causa mercaturae*, sino también las motivadas *ocasione mercaturae;* y desde los primeros tiempos las cosas del *cambio* estaban sometidas al imperio de la ley y jurisdicción mercantiles, como asimismo cuanto pertenecía a la profesión de los banqueros (60); hoy, por último, el campo de aplicación del Derecho mercantil ha desbordado los límites del puro y simple comercio en sentido económico.

Innegable es, por tanto, la necesidad de que el *legislador* señale

(59) Este problema de las normas excesivamente *determinantes* o *delimitantes*, que no encierran un mandato ni una prohibición, sino que señalan únicamente el alcance de otras normas realmente imperativas, se enlaza con el problema del carácter imperativo del Derecho, ya que representan un caso de aparente excepción al principio de la naturaleza general imperativa del Derecho. V. sobre el particular, Del Vecchio: *Il concetto del Diritto*, Bolonia, 1912, 2.ª ed., págs. 81 y siguientes; Thon: *Rechtsnorm und subjektives Recht*, Weimar, 1878, pág. 347, n. 51, y von Thur: *Das allgemeines Teil des deutschen bürgerlichen Rechts*, Leipzig, 1910, pág. 23, estiman las normas determinativas como parte de las normas jurídicas a que se refieren. A. Magri: *Le materie commerciali*, cap. I, pág. 1 y siguientes; hay que atribuirle el mérito de haber hallado caracteres especiales en aquellos preceptos en que la ley señala el contenido del Derecho mercantil o *materia de comercio;* las llamo *sistemáticas* en oposición a las demás destinadas a regular lo que ellas delimitan, que designa con el nombre de *dispositivas;* nomenclatura no exenta de reparos porque induce a confusión con otras distinciones conocidas universalmente; tampoco queda muy claro el fenómeno de normas sin contenido imperativo autónomo; aun cuando no son estos los únicos defectos, hay que reconocer, sin embargo, el perspicaz atisbo de la necesidad de estudiar la especial naturaleza de las normas.

(60) Véase más atrás, núm. 4.

BIBLIOTECA FAC. DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES U. A. N. L.

las relaciones que el Derecho mercantil ha de regir, o sea, la llamada (art. 1.° del Cód. de com.) *materia mercantil* (61), que es precisamente el conjunto de relaciones que la ley somete al imperio del Derecho mercantil; por consiguiente, este mismo es el que indica las relaciones que ha de regular, y de esta suerte el Código de comercio hace de ley fundamental para señalar la esfera de relaciones privadas que disciplina el Derecho mercantil. Y no vale decir que definiéndolo como el que regula la materia comercial, la regida por el Derecho mercantil, no se define uno ni otra porque utiliza el concepto de uno para identificar el otro (62).

Semejante reparo no es decisivo, porque al afirmar que el señalamiento de la materia comercial se hace al remitirlo a lo que dispone la ley, sólo se dice que el problema de contenido del Derecho mercantil es un problema de *Derecho positivo*. No hay juego alguno de palabras al decir que el Derecho mercantil regula aquel conjunto de relaciones que *disposiciones legales adecuadas* señalan como tales relaciones comerciales y las que a ellas se asimilan, y con este motivo hay que notar, que cuando se habla de materia comercial se quiere fijar el contenido *sustancial* del Derecho mercantil objetivo, o sea, el conjunto de *relaciones sociales* regidas por los preceptos del Derecho mercantil. Por consiguiente, al señalar o determinar la materia objeto de comercio, se tienen presente siempre hechos o *relaciones sociales* que se consideran como tales y no como hechos o relaciones *jurídicas*; cosa tanto más necesaria cuanto que puede inducir a confusión que determinadas normas jurídicas (las delimitativas, o, como otros dicen, *sistemáticas)*, señalan qué relaciones *sociales* regula el Derecho mercantil. Ahora bien; esas normas toman en consideración las relaciones que constituyen la materia comercial como relaciones *sociales* y no como relaciones e instituciones jurídicas; y precisamente porque semejantes normas son *delimitativas* y no *intrínsecamente reguladoras*, no pueden mirar las relaciones que las normas mismas delimitan, sino como relaciones sociales, y carecen todavía de eficacia para transformarlas en *relaciones jurídicas*, que es la misión precisamente de las normas reguladoras (63).

(61) Art. 1.° «*En materia mercantil* se aplicarán las leyes comerciales», etc.

(62) Bolaffio: *Il Codice di commercio commentato*, 5.ª ed., pág. 4.

(63) Mejor que todos, en este sentido, Franchi: *Commentario al Codice di commercio*, I, n. 1, quien define la materia comercial, como un conjunto de elementos o estados de hecho. En la doctrina italiana y extranjera, aunque no se haya acometido de frente el problema, predomina en cambio la opinión

Nos queda por resolver el problema del Derecho positivo: ¿Qué relaciones reputa *comerciales* la legislación italiana, o sea, según nuestro Derecho positivo, qué relaciones constituyen materia de comercio?

No es este lugar adecuado para tratar a fondo el asunto (64); por consiguiente, hemos de limitarnos a examinar el criterio fundamental seguido por la ley. Para señalar la materia comercial, el Código, artículo 346, no ha dado una definición sintética de lo que entiende por

de que la materia comercial comprende «actos jurídicos», o «hechos jurídicos», o «instituciones jurídicas» o «relaciones jurídicas». V. también, Vivante: *Tratatto*, I, pág. 1. «Derecho mercantil es aquella parte del Derecho privado cuyo principal objeto es regular las *relaciones jurídicas* nacidas del ejercicio del comercio»; aunque después dice en la pág. 73: «Cuando el legislador habla de actos de comercio, los considera como *negocios*, como *actividades* comerciales, susceptibles de generar obligaciones mercantiles». Lo mismo opina Magri, *Materie comm.*, pág. 78, y entre los alemanes, Goldschmidt: *Handelsr.*, I, § 43 a, quien después de advertir con razón, pág. 470, que la frase «materia de comercio» *(Handelssache)* indica todo estado de hecho perteneciente al comercio—negocios regidos por él u objeto—toda relación mercantil, añade después ya con menos fundamento (pág. 472), que sólo es, en sentido jurídico, materia mercantil «una relación de *derecho privado*, de *derecho procesal* o de *derecho jurídico*». Como además Beherend: *Lehrb.*, pág. 67: «Materia mercantil son las *relaciones jurídicas del tráfico comercial*, para las que hay normas jurídicas mercantiles especiales, y particularmente las del Código de comercio»; tampoco difieren sustancialmente de ésto los tratadistas alemanes de esta especialidad que escribieron bajo la vigencia del nuevo Código de comercio. V., por ejemplo, Lehemann: *Handelsrecht*², pág. 60. Ahora bien; aparte de la impropiedad técnica de lenguaje al decir normas que rigen *relaciones jurídicas*, porque las normas *crean* las relaciones jurídicas, y *regulan* las relaciones sociales, considerando las relaciones regidas por el Derecho mercantil como relaciones jurídicas, y, por consiguiente, como *hechos jurídicos* los hechos de que las mismas se derivan, con lo cual, exponiendo la teoría de los *actos de comercio* como la de los *actos jurídicos comerciales*, hay una tergiversación que origina una serie de malas inteligencias. Únicamente Franchi: *Comm.*, pág. 51, n. 4, parece haberse dado cuenta con verdadero significado de la frase «materia de comercio» y acto de comercio, aun cuando después, al aplicar los conceptos, incurra en ciertas ambigüedades. Hay también observaciones muy exactas en Wolff: *Ueber einige Grundbegriffe des Handelsrechts* (Sonder-Abdruck a. d. Festgabe der Berliner jur. Fak. für Gierke), Breslau, 1910, páginas 33 y 34.

(64) Véase a continuación, libro I, n. 111.

UNIVERSIDAD DE BARCELONA FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES U. A. N. L. BIBLIOTECA FAC. DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES U. A. N. L. DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

comercio jurídicamente. Ello obedece, de una parte, a la dificultad de dar una definición jurídica del comercio, y parte también porque desde hace tiempo el Derecho mercantil amplía su autoridad a muchas relaciones que en realidad no son tales relaciones mercantiles, y por eso la ley ha preferido una enumeración de actos a la indicación sintética del concepto de comercio; actos que reputa como manifestación de la actividad mercantil, o bien de actividad análoga, que deben asimilarse a la comercial; por último, con actividades conexas a unas u otras.

El artículo 3.° señala los *actos de comercio* en número de 24 (el Código de 1865 no comprendía más que 17, y 13 solamente el francés de 1808); el artículo 4.° habla de 25 que se presumen relacionados con el ejercicio del comercio y de carácter demasiado general; y, en fin, el artículo 6.° agrega a los 25 actos de comercio aludidos anteriormente, otros dos: la cuenta corriente y el cheque bancario de procedencia mercantil (65). A continuación veremos si estas 27 clases responden a un concepto de conjunto y cómo pueden clasificarse.

12. Las relaciones que regula el Derecho mercantil han ido multiplicándose cada vez más, de tal suerte, que hoy se ha ampliado el ámbito de su vigencia desmesuradamente. En sus comienzos, el Derecho mercantil tenía una aplicación muy restringida, y más restringida aún era la materia comercial: el tráfico era entonces principalmente local y recaía exclusivamente sobre los productos de la tierra, que en su mayor parte, además, los consumían los productores o vendían directamente a los consumidores en las ferias y mercados; el comercio interlocal nacional o internacional sólo se ocupaba de algunos productos manufacturados, o de algunos frutos agrícolas especialmente valiosos, sobre todo la especiería, drogas y productos exóticos, pero siempre de un limitado número de mercancías; un arancel de aduanas de aquella época hubiera contenido muy pocas partidas. La industria era doméstica y no estaba organizada la mano de obra; los banqueros eran principalmente intermediarios para pagar y no otorgantes de crédito; el seguro no existía sino como negocio aislado de azar, y, por consiguiente,

(65) El grupo más notable de disposiciones *determinativas* de materia mercantil nos lo suministran las disposiciones contenidas en los artículos arriba indicados; pero también hay otras normas con aquel carácter indicativo, entre ellas los artículos 2.°, 8.°, 54, 229, 349, y aun un grupo de preceptos de índole procesal sobre la *competencia* (artículos 869, 870, último apartado del 867 y último también del 923), en los cuales, en definitiva, no se hace más que sujetar a los preceptos del Derecho procesal mercantil las declaraciones procesales a relaciones de Derecho privado material mercantil. (Cons. Magri: *Materia comm.*, pág. 2.)

la actividad de los comerciantes recaía sobre los pocos frutos y pocos productos manufacturados; de consiguiente, era limitado el círculo de personas a las cuales se aplicaban las instituciones comerciales. Las facultades de las corporaciones no recaían sino sobre las personas que las integraban; los estatutos de ellas sólo regulaban las relaciones entre los inscritos en las asociaciones, ocupados en negocios de comercio, y, por tanto, existía una doble limitación que excluía de la competencia de jueces y del Derecho comercial, no sólo todas las relaciones no comerciales de los mercaderes, sino también las relaciones mercantiles entre los miembros de la corporación y extraños a ella; en resumen, el Derecho mercantil era un Derecho eminentemente profesional como derecho interno de la corporación, y en estas condiciones se explica que la gran masa de público mirase las instituciones mercantiles como interés particular de una limitada clase de ciudadanos. Pero las cosas cambiaron de aspecto pronto y han llegado hoy hasta el extremo de que las instituciones comerciales comprenden toda clase de ciudadanos y penetran en las relaciones más comunes de la vida diaria; sobre todo, la materia comercial se ha ampliado, y, por tanto, el ámbito de aplicación del Derecho mercantil.

El concepto mismo del comercio es muchísimo más amplio; aquella actividad intermediadora que recaía, por una sola vez tan sólo, sobre algunos productos agrícolas y pocos productos manufacturados, es continua ahora para facilitar el cambio de una gran *variedad de mercancías;* especialmente el progreso de los inventos y el continuo perfeccionamiento de la técnica industrial, han llevado al mercado una enorme cantidad de productos nuevos de las clases más variadas y de uso más diverso, que eran desconocidos de nuestros padres; todos cuyos nuevos productos son objeto de cambios y especulaciones comerciales. Después se ha sumado a las mercancías otra clase importantísima de cosas que han advenido objeto de comercio, como los *títulos de crédito*. Para facilitar la transmisión de los derechos, ha surgido una clase entera de documentos, cuyo oficio no es sólo el de probar el derecho y ni siquiera el de contribuir como elemento extrínseco a su formación, sino que derecho y documento están de tal suerte entre sí unidos y relacionados, que la posesión del mismo adviene condición necesaria y bastante para ejercitar el derecho: basta transmitir la posesión del documento para atribuir *ex novo* el derecho. De esta suerte la posición del adquirente del documento es segurísima, porque no tiene por qué preocuparse con lo que haya ocurrido al título antes de haberlo adquirido él, siempre que lo haya hecho de buena fe; título que de esta suerte circula libremente como si fuesen cosas que en sí

BIBLIOTECA FAC. DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES U.A.N.L.

encierran valor y cuya fácil transmisión presta servicios magníficos al crédito, porque facilita la concesión de éstos por parte de quien sabe que en cualquier momento puede hacer efectivo el valor de los mismos, enajenando el título que lo representa. Existen en el mercado enormes cantidades de estos títulos objeto de continuas transacciones: en Italia únicamente tenemos noventa mil millones de títulos de la Deuda pública; cuarenta mil millones de acciones de Sociedades; mil millones de obligaciones, de cédulas hipotecarias, de títulos de empréstitos municipales y provinciales; unos diez mil millones de documentos de cambio, *cheques* y de «assegni circolari», y aun así no son suficientes. Con el acceso de los bienes *inmuebles* al campo de acción del comercio, la especulación mercantil ha logrado un nuevo ámbito de actividad. Estos bienes inmuebles, que durante muchísimo tiempo no fueron considerados posible objeto de comercio, con el incremento adquirido por las edificaciones urbanas en el siglo XIX y con la reforma y engrandecimiento de las ciudades, la adquisición y venta de solares y de edificios fueron frecuentes, y la especulación se apoderó también de los bienes inmuebles; el Código italiano de 1882 hubo de reconocer esta evolución y reputar acto de comercio también la compra y venta de bienes inmuebles. Pero aún ha hecho otras conquistas la actividad mediadora de los comerciantes: el desarrollo del *crédito* creó una clase de instituciones comerciales, como los *Bancos o instituciones de crédito*, que asumieron las funciones de intermediarios de éste, obteniendo a préstamo capitales de quienes los poseían disponibles y entregándolos, asimismo, a préstamo a quien tenía necesidad de ellos; y los antiguos banqueros, que no eran en el fondo sino simples cambistas, se transformaron en las colosales instituciones modernas, a las que por mil conductos afluyen el crédito que distribuyen por muchísimas vías. El desenvolvimiento de la gran industria, las grandes construcciones, han producido una intensa demanda de trabajo, y, por otra parte, el aumento de la población y el gran movimiento emigratorio ha multiplicado la oferta; se ha creado, por tanto, un verdadero *mercado del trabajo:* la producción doméstica, el artesanado, han cedido el campo a la gran industria, y el trabajador aislado, al empresario; ahora bien: en la gran industria el empresario es verdaderamente un comerciante, un intermediario que especula sobre la mercancía *trabajo;* él organiza éste para ofrecer al público los *resultados* del mismo. Por último, el *riesgo* también hoy se ha convertido en objeto de especulación comercial; en su verdadero concepto, el seguro es una asociación de personas sometidas al mismo riesgo, y como tal asociación surgió originariamente; pero muy pronto la actividad especuladora se apoderó así-

mismo del seguro y surgieron intermediarios que concentraron todos los riesgos, así como también las primas, que administraron y distribuyeron a los perjudicados con el siniestro.

El nuevo estado de cosas que han ido constituyendo objetos de comercio, no sólo ha ampliado *cualitativamente* el ámbito de la actividad del comercio, de las instituciones comerciales, sino que *cuantitativamente* también ha sufrido un aumento por el enorme crecimiento realizado en la masa de cambios. En otro tiempo, ordinariamente se producía para consumir, y hoy no sólo se produce para cambiar, sino que se produce desmesuradamente y en cantidad jamás imaginada en los campos todos de la producción, lo mismo en la agricultura que en la industria manufacturera y en las extractivas. Pensemos nada más en que en los últimos cuarenta años la producción agrícola italiana ha subido de dos a ocho mil millones de liras oro, y multiplicar el cambio equivale a multiplicar el comercio.

Pero no es esto todo: la esfera de actividad de las instituciones comerciales ha rebasado el verdadero campo mercantil; instituciones nacidas para el comercio exclusivamente se las ha considerado útiles y prácticas y usado para otros fines en que no tiene nada que ver el comercio; la *letra de cambio*, por ejemplo, es un caso típico: nació como medio para facilitar los pagos mercantiles de una plaza a otra; después se convirtió en instrumento de crédito mercantil y hoy la usa todo el mundo que tiene necesidad de crédito y para un fin cualquiera; lo mismo la emplea el agricultor, que el profesional, que el particular.

A aumentar el valor social del comercio y la importancia práctica de las instituciones mercantiles contribuyen, por último, otras dos causas. En realidad, hoy el comercio no lo ejercen sólo los comerciantes; mediante las sociedades de *responsabilidad limitada* y, sobre todo, de las *sociedades anónimas* por *acciones*, están interesados en los asuntos mercantiles millares y millares de individuos, agricultores, propietarios, burgueses, mujeres, menores de edad; la difusión de la sociedad por acciones ha hecho que se difunda la especulación mercantil por todas las clases sociales, y en algunos países (nosotros estamos todavía muy lejos de este ideal) todos los burgueses, aun los obreros mismos, poseen acciones de sociedades mercantiles, y a esta difusión, por lo demás, de las empresas comerciales en la sociedad entera y hasta en las más humildes capas sociales, ha contribuído asimismo la *cooperación*, que, nacida como reacción contra los excesos de la especulación mercantil, trata de eliminar al intermediario especulador y sustituyéndolo a aquellos mismos que necesitan de esa actividad. Los consumidores se unen y adquieren directamente en común del productor; los

trabajadores se unen y producen en común, vendiendo directamente el producto o servicio; los que necesitan capital se unen y toman a préstamo directamente, eliminando al banquero intermediario; los que están expuestos a los mismos riesgos, se unen y ponen directamente en común riesgos y primas, ahorrándose la retribución del asegurador; pero precisamente porque todos estos cooperadores pretenden eliminar al intermediario, tienen que sustituirlo, es decir, tienen que ejercer su función; así, como colectividad ejercen una función intermediaria mercantil y tienen que adoptar todos los procedimientos del comerciante intermediario. De manera que todas las instituciones mercantiles son aplicables a los obreros, a los pequeños burgueses, a los pequeños propietarios, que constituyen la gran familia de los cooperadores.

Hemos visto la ampliación enorme adquirida por la *materia* sobre la que obran las instituciones comerciales; y también hemos visto que el Derecho comercial no es hoy sólo el derecho de los comerciantes, toda vez que los que no lo son pueden servirse de los actos de comercio para cumplir sus fines; y, por último, el número de no comerciantes que toman parte en las especulaciones mercantiles; pues más aún ha avanzado directamente en este camino la legislación mercantil. Según hemos dicho, el paso más importante y decisivo lo dió el Código de Napoleón de 1808 al dejar de ver en la legislación mercantil un derecho profesional de los comerciantes, y al reconocer que también quien no lo fuese, y ocasionalmente, podría especular mercantilmente, y al someter al Derecho mercantil el acto *aislado* de comercio; concepto que en la práctica ha sido fecundo en resultados. No sólo se han multiplicado las especulaciones comerciales aisladas, sobre todo las de títulos de créditos, a lo cual presta grandes facilidades el *mercado de títulos*, o sean *las Bolsas*, sino que también personas jurídicas de carácter público, como el Estado, la Provincia y el Municipio, han realizado y realizan actos mercantiles, aun cuando sea en interés público y sin que puedan adquirir jamás la calidad de comerciantes.

El último y más notable paso dado hacia la universalización del Derecho mercantil, como igualmente también hemos dicho, lo dió el Código alemán de 1861, seguido por el nuestro de 1882; podemos decir que la mayor parte de los asuntos comerciales se conciertan entre comerciantes y no comerciantes; la mayor parte de los comerciantes se dirigen al público y traban con éste relaciones; el negocio resultante de las mismas, si bien es comercial por una parte, no lo es precisamente por la otra; semejantes asuntos sólo en una sola forma deben regularse, puesto que engendra relaciones indivisibles; el Código actual vigente las somete a la legislación mercantil, y así se comprende el enorme alcance de estas disposiciones. Basta contratar con un comerciante para quedar prendido del Derecho mercantil, y las pequeñas necesidades de la vida cuotidiana nos obligan a colocarnos muchas veces al día en esta posición y a quedar sujetos al imperio del Derecho mercantil.

Y si tenemos en cuenta que todas estas causas de ampliación de las instituciones mercantiles proceden simultáneamente, y sus efectos se multiplican en proporción geométrica, habrá que darle la razón a Vivante, quien decía con agudeza que desde el nacimiento a la tumba nos gobierna el Código de comercio.

13. II) *Naturaleza y caracteres del Derecho mercantil. Posición del mismo ante el Derecho civil.* — Natural es que la índole de las relaciones gobernadas por el Derecho mercantil influya en la naturaleza de los preceptos jurídicos que las regulan; y que desde el punto de vista sustancial, ésta es la que caracteriza las relaciones sociales regidas por el Derecho mercantil; que ciertamente son *relaciones entre particulares*, es decir, que, como especie, pertenecen al más extenso género de las *relaciones privadas*, pero, sin embargo, relaciones privadas de una clase especial con exigencias propias y distintas de las demás clases de relaciones privadas, y de igual suerte, y desde el punto de vista formal, las normas del Derecho mercantil son asimismo normas de *Derecho privado*, o sea una especie del más extenso género de *normas de Derecho privado;* pero normas de Derecho privado de una clase especial, encaminadas a regular relaciones privadas especiales, y que por ello tienen características también especiales. De suerte, que en el campo del Derecho privado, y considerado éste como el conjunto de todas las normas reguladoras de las relaciones entre particular y particular, hallamos un agregado de *preceptos* que por sí constituyen un sistema completo regulador de todas las relaciones en general entre los particulares, y al que se da el nombre de *Derecho civil* (o Derecho privado *común)*, y una reunión de *normas*, indudablemente de menos importancia numéricamente, destinadas a regir una clase especial de relaciones entre particulares; las relaciones derivadas del ejercicio del comercio económico y otras a ellas afines o asimiladas, a la que se da el nombre de *Derecho mercantil*; y correlativamente, y en correspondencia con lo relativo al procedimiento, hay un conjunto de normas reguladoras del cumplimiento judicial de todas las relaciones particulares *(Derecho procesal civil o procedimiento civil)*, y algunas normas especiales reguladoras de la realización judicial de las relaciones mercantiles y de las asimiladas a ellas *(Derecho procesal mercantil, procedimiento mercantil)*. Y ahora pregun-

BIBLIOTECA FAC. DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES U. A. N. L.

tamos: ¿qué naturaleza, qué particulares características tiene el Derecho mercantil material y procesal; cuál es su posición frente al Derecho civil material y procesal? Y este es el problema de que brevemente vamos a tratar. Cierto que los mercantilistas se han conformado por largo tiempo con que el derecho comercial es, frente al derecho civil, no un derecho *excepcional*, sino un derecho *especial* (66). Pero no es necesario ser muy perspicaz para ver que el problema no se resuelve con este juego de palabras: ¿qué significa *Derecho especial*, y qué diferencia hay entre derecho especial y derecho excepcional? Duda tanto más legítima cuanto que los tratadistas de la teórica del derecho objetivo nos hablan de Derecho *singular*, *anómalo*, *excepcional*, pero no de *Derecho especial*, y si emplean alguna vez la palabra Derecho especial, la usan como sinónima de esta otra; Derecho singular o excepcional (67). El mismo artículo 1.º del Código de comercio, que trata

(66) Como entre los alemanes: *Anschütz* und v. Völderndorff: *Kommentar zum allg. deustchen Haudelgesetzbuch*, 1867-1874, I, pág. 11; Goldschmidt: *Handbuch des Handelsrerechts*, Berlin, u. Leipzig, 1880-1896, pág. 76, texto y nota 4; Staub, *Kommentar zum Handelsgesetzbuch*, 6.ª y 7.ª edición, 1899-1901, I, pág. 5, an. 13; entre los italianos, Vidari: *Corso di Diritto commerciale*, 5.ª ed., I, núm. 93 y sig.; Marghieri: *Il Diritto commerciale esposto sistematicamente*, 2.ª ed., I, pág. 39; Franchi, en *Commentario* de Vallardi, I, núm. 3; Vivante: *Trattato di Diritto comm.*, 5.ª ed., I, núm. 3; véase, además, la nota 22 en la pág. 333. Los franceses, aunque no presentan la cuestión general del carácter del Derecho mercantil, frente al civil, están conformes en estimar éste como fuente de derecho *subsidiaria* de aquél, y, por tanto, aplicable a la materia mercantil aunque después de haber agotado la interpretación de las fuentes principales. V. Massé: *Le Droit commercial dans ses rapports avec le Droit civil*, París, 1873, 3.ª ed., núm. 1.440-1.442; Alauzet: *Commentaire du Code de commerce*, núm. 7 y sigs.; Bravard-Veyrières et Demangeat: *Tralté de Droit commercial*, II, pág. 402; Boistel: *Cours de Droit commercial*, 4.ª edición, núm. 24. Thaller; op. cit., núm. 48.

(67) Así, Regelsberger: *Pandekten*, Leipzig, 1893, pág. 126 y sigs., habla de un *Regelmassiges* y de un *Sonderrecht* que corresponde exactamente al *ius singulare* de los romanos (v. también pág. 160); lo mismo Foerster-Eccius: *Preussisches Privatrecht*, Berlín, 1896, 7.ª ed., I, pág. 337. Jhering: *Geist d. römischen Rechts*, Leipzig, 1875, 2.ª ed., II, pág. 337, denomina *especiales*, en oposición a *singulares*, a aquellas normas que no son ya desviaciones, particulares de un principio en sí general, sino que por naturaleza son necesariamente particulares, que no encierran ninguna desviación de algo general, y respecto a ellas nada tienen de general, concepto que no nos parece utilizable para señalar el carácter del Derecho mercantil objetivo; las relaciones que regula éste son ciertamente derivadas del ejercicio del

de señalar las relaciones entre Derecho mercantil y civil, nada nos resuelve, sino que substituye una incertidumbre por otra. Bien está que el Derecho civil sea fuente del Derecho mercantil, o, mejor dicho, que entre en *funciones* de Derecho mercantil cuando las leyes de esta clase o las costumbres mercantiles *no basten*; pero este supuesto de que la ley misma *tenga lagunas* en el sistema de Derecho mercantil, propiamente dicho, tanto escrito como consuetudinario, que hayan de suplirse con el Derecho civil, ¿significa que aquél no sea un sistema acabado, que no se baste a sí mismo, que se encuentre ante el civil en un cierto estado tal de accesoriedad y subordinado que necesite señalarse con precisión?

Planteado sumariamente así el problema, aparece clara la necesidad de acometerlo desde un punto de vista general. Aplazando la solución, como suele hacerse, a cada materia en particular en que haya de aplicarse el principio general, se corre el riesgo de perjudicar la determinación exacta del principio por las exigencias particulares de cada caso discutido y por los puntos de vista especiales también de los escritores que de él se ocupan.

Si analizamos el conjunto de normas que constituyen el Derecho

comercio, pero son también, y ante todo, relaciones *privadas*, iguales que las nacidas del Derecho civil; de suerte que no puede llamarse derecho especial al *Derecho mercantil*, en el sentido de Jhering, porque sus preceptos no son por naturaleza de índole *necesariamente* especiales, cabiendo concebir el caso (como, por ejemplo, ocurría en Derecho romano) que regulen las relaciones comerciales preceptos comunes a las de naturaleza civil. Tampoco, por lo demás, carece el Derecho mercantil de cierto carácter general que puede consistir en que presupone el derecho íntegro civil de obligaciones, del cual a veces, y formalmente, se nos presenta como derogación o excepción de él (véanse, por ejemplo, los artículos 42, 43 y 44 del Código de comercio). A más de esto, también ofrece reparos la misma opinión de Jhering, para la que no habría precepto o norma que no pudiera denominarse especial; no ya cada parte del Derecho civil, obligaciones, sucesión, familia, cosas, podría serlo, sino, además, todo el Derecho privado mismo, en cuanto regula únicamente relaciones entre particulares, por naturaleza sería *necesariamente* especial, y no encerraría nada que se apartase de lo general. La denominación de Derecho *general* habría que reservarla para el conjunto sistemático del Derecho que regula *todas las relaciones humanas*. El *Derecho especial* de Jhering es, en realidad, ese mismo *Derecho general*, porque respecto a él nada hay de general; su contraposición al *ius singulare*, en el fondo, no tiene otro valor que el de la acostumbrada contraposición entre Derecho *normal* y Derecho *excepcional*.

mercantil objetivo, veremos que la particular disciplina jurídica de las relaciones mercantiles actúa en dos formas:

1.° Con preceptos que son desenvolvimientos y derivaciones de normas y principios del Derecho civil, cuya ulterior explicación se determina *con ocasión* de las exigencias del comercio (68).

2.° Mediante preceptos completamente nuevos, distintos de los correspondientes del Derecho civil y a veces también *expresamente contradictorios* (69).

Si atendemos a la primera clase de normas, *en sustancia* no hay en ellas una disciplina jurídica particular para las relaciones mercantiles, con arreglo al artículo 3.° de las disposiciones preliminares del Código civil; pueden éstas, por vía de interpretación, inducirse de los principios del Derecho civil, sin necesidad de expresa disposición legislativa; en este aspecto *coinciden* Derecho civil y Derecho mercantil; en cambio es harto distinta la situación respecto a la segunda clase de preceptos; éstos no coexisten con normas o principios de Derecho civil, sino que en materia comercial sustituyen a las normas y principios de éste (70); en este aspecto, por consiguiente, dado que el Derecho civil rige en general todas las relaciones entre particulares, en

(68) Así, por ejemplo, lo preceptuado en el art. 36 del Cód. de com., derivación de lo dispuesto en el 1.104 del Cód. civ. en cuanto este exige para que exista contrato el *consentimiento* de las partes, o sea la *coincidencia* de dos voluntades sobre la misma cosa; la del art. 28 respecto al 1.329, la del 79 para con el 1.725, etc.

(69) Como, por ejemplo, los arts. 11, 14, 16, 19, 40, 41, 42, 43, 44, 58, 59 y 60 del Cód. de com., etc. Pudieran multiplicarse los ejemplos, porque casi todo el Cód. de com. es una derogación de preceptos del Cód. civ.

(70) La división bipartita de los preceptos jurídico mercantiles hecha en el texto, y que Simoncelli, *Lezioni di procedura civile*, 1902-1903 (lit. página 90), acogió perfectamente por vez primera, está robustecido por las siguientes consideraciones: Como el Derecho civil es el derecho común de las relaciones privadas, contiene una completa disciplina de las mismas y no puede haber lagunas en él; las aparentes se han de suplir con la analogía o los principios generales de Derecho (conf. art. 3.° de las disps. Regelsberger: *Pandekten*, pág. 156; Crome: *System d. deut bürt-Rechts*, Tubingen y Leipzig, 1900, I, pág. 106; Filomusi Guelfi: *Enciclopedia giuridica*, Napoli, 1904, página 141, núm. 1). También las relaciones mercantiles que, ante todo, son relaciones entre particulares, cuando a falta de un derecho especial deben encontrar su completa disciplina jurídica en el sistema del Derecho civil. El régimen especial de Derecho mercantil, precisamente por su carácter *especial*, es decir, distinto al que encontrarían las mismas relaciones en el Derecho civil, debe necesariamente desprenderse de reglas que *sustituyen* princi-

tanto que el Derecho común regula *sólo algunas clases* de ellas, dado también que las normas del Derecho mercantil, en gran parte al menos, constituyen otras tantas *derogaciones* de normas del Derecho civil, nos parece que no puede negarse seriamente el carácter de éste frente a aquél, de *ius singulare* establecido *propter aliquam utilitatem* (71), o sea, por las exigencias especiales del comercio. Se trata, por consiguiente, de un verdadero derecho *singular*, *excepcional* o *anómalo*, como queramos, y no dice nada o dice precisamente lo mismo, el calificativo de *Derecho especial* a que suele recurrirse para evitar algunos supuestos inconvenientes de tal denominación; no sólo toda norma reguladora de una especial relación, sino toda rama del Derecho que rige una clase especial o un orden de relaciones (así el Derecho civil, el administrativo, el penal, etc.), es en cierto modo *Derecho especial*; desde este punto de vista, Derecho general, o sea el que regula *no una parte*, sino todas las relaciones humanas, sólo puede llamarse al *conjunto completo sistemático del Derecho*. Al calificar de *especial* en este sentido el Derecho mercantil, no se le asignan características especiales respecto a las demás ramas del Derecho (civil, penal, administrativo, procesal, etc.), que en tal aspecto son especiales *todos;* lo

pios y normas de Derecho civil, y que por regular un menor número de relaciones son, respecto a éstas, *excepcionales*. También es posible que el Derecho mercantil reproduzca normas contenidas ya en el sistema de Derecho civil; no son posibles más que estos dos casos.

(71) Toda la doctrina reciente está conforme en que, a semejanza de lo que ocurre en el Derecho singular, el común o normal está basado en la *utilitas*, aun cuando ésta ocupa un carácter especial en el Derecho singular. (Con. Ferrini: *Pandette*, Milán, 1900, pág. 16 y sigs. Fadda y Bensa en las notas a las *Pandette* del Windscheid, I, págs. 140 y 141; Windscheid: *Pandette*, § 29, nota 1; Regelsberger: *Pandekten*, págs. 126 y 127; Förster-Eccius, *Preuss Privatrecht*, I, pág. 76). No podemos dar por bueno el reparo que la generalidad hace de que la esencia del Derecho singular consiste en *su antitesis con los principios generales del sistema* (*contra-rationen iuris*); en este sentido véase Ferrini: *Pandette*, pág. 16, y especialmente pág. 18 in fine y 19; Jhering: *Geist.*, II, pág. 337; Windscheid: *Pandette*, § 26 in principio, y también Savigny, *System*, I, pág. 61, como diremos más adelante la *singularidad* de una norma sólo significa o quiere decir *excepción* en que ésta se encuentra respecto a otra norma; e igualmente *relación* de *regla* con respecto a *excepción* envuelve el concepto de *regularidad* o *normalidad* de un precepto; tratase, por consiguiente, de una relación que puede mediar entre *dos normas cualesquiera* contenidas en el sistema jurídico; no es necesario la relación entre una norma y los *principios* generales del sistema; contra la opinión que impugnamos aquí, véanse también: Regelsberger: *Pand.*, pág. 127; Keller.

que se indica es su posición *frente al sistema general del Derecho civil*, no como se pretende, frente al *Derecho civil*. Si además tenemos en cuenta una norma o un conjunto de ellas, no *en sí* y en su posición dentro del sistema general jurídico, sino frente a *otra norma* o a *otro conjunto de normas*, no pueden presentarse más que estos dos casos: o se trata de una norma *paralela* que entre sí no tiene contacto alguno y, por consiguiente, ninguna relación, o si existe, como ello no puede consistir sino en que las dos, *de un modo distinto*, disciplinan relaciones de la misma naturaleza, forzosamente una de ellas ha de representar *la regla* y otra *la excepción*, y precisamente *la regla* estará contenida en aquella norma que regula el mayor número de relaciones de aquella naturaleza, y *la excepción* en la que disciplina el número menor que puede llamarse, si se quiere, normas especiales frente a la primera, la cual, comprendiendo mayor número de casos, es indudablemente *más general*; pero *especial* en este caso no quiere decir más que excepcional.

Por consiguiente, es completamente relativo el concepto de *derecho singular* o *excepcional*; *lo que eso quiere decir sencillamente es rela-*

Pandek., § 7. Por otra parte, no es menos cierto, como dice Ferrini, *Pandette*, página 18, que tampoco está la esencia del *ius singulare* en la aplicabilidad restringida a determinada clase de personas, cosas o relaciones, porque también existen normas de *ius commune*, cuya aplicación está limitada a ciertas personas, cosas o relaciones. Lo que hay es que la absoluta relatividad de los conceptos de *ius singular* y de *ius comun*, que motiva el que una norma misma pueda ser respecto a una *ius singular* y *ius comun* frente a otra (Windscheid: *Pand.*, § 23, n. 2), impide que la antítesis entre ambas pueda plantearse de otra suerte que de esta forma: cuando dos distintas normas rigen una cierta clase o grupo de hechos o relaciones, y una de aquéllas disciplina el mayor número y la otra el grupo más reducido, aquella que rige algunos *determinados* hechos o relaciones del grupo o clase; llámase *Derecho singular*, y *Derecho común* el que disciplina o rige *todas las demás en general*. Toda la importancia práctica de la antinomia consiste en que la norma reguladora de algunos *determinados* hechos o relaciones de la clase no pueden ampliarse más allá de ella, porque los otros hechos o relaciones están regidos todos por la norma general. De esta opinión parece ser Windscheid, al decir (*Pand.*, § 29): «La más importante aplicación del derecho excepcional consiste en que para una cierta clase de personas, cosas o relaciones jurídicas se preceptúa con él *algo que carece de vigencia* respecto a las demás personas, cosas o relaciones *semejantes*». Véase también Crome, *System*, I, pág. 94, sub. 2, y en Italia, Carnelutti, en *Rivista di Diritto commerciale*, 1904, I, 203-205.

ción de una norma frente a otra norma. Para que exista *ius singulare*, se necesita:

1.º Un precepto *general* que regule varias relaciones o un orden completo de relaciones, normas dictadas por exigencias comunes a todas estas relaciones.

2.º Una norma *particular* distinta de la general reguladora de una o algunas determinadas relaciones *de la clase misma de las regidas por la norma general* y dictadas a virtud de exigencias que sean privativas de ella.

En una palabra, la denominación de derecho singular *no expresa otra cosa que la relación de excepción a una regla, en que se halla una norma comprensiva de una o más determinadas relaciones que integran una clase más general, con la norma general comprensiva de todas las demás relaciones de aquella clase:* de modo que, derecho especial, derecho singular, derecho excepcional, son una sola y misma cosa.

Afirmado esto, es evidente que el Derecho mercantil ante el *Derecho civil*, es un derecho excepcional o singular, o, si se quiere, especial, pero en el sentido precisamente de derecho excepcional.

Hemos dicho *frente al Derecho civil*, porque si atendemos a las normas del Derecho mercantil, no ya en sus relaciones con las de Derecho civil, sino en sus *relaciones internas*, la cosa es muy distinta. Expresando, como hemos visto, la calidad de normas de derecho común o de derecho excepcional sólo una *relación* entre dos normas, claro está que si examinamos una norma de Derecho mercantil, no ya frente a la de Derecho civil, sino respecto a otra exclusivamente de Derecho comercial, puede ocurrir muy bien que se presente una como regla y la otra como excepción. Cuando un conjunto de relaciones particulares determina la formación de un conjunto de normas especiales, indudablemente este conjunto de normas forma un derecho singular frente al derecho común, que es el que rige el grupo mayor de relaciones en que está comprendido aquél; pero en el seno del conjunto de normas especiales, a su vez, se determinan *otras relaciones de excepción a la regla*. Dice muy bien Windscheid (72) que una norma de carácter especial respecto a otra puede comprender una particular a su vez, respecto a la cual sea de derecho común; cosa importante, como veremos dentro de poco, para el problema de la admisibilidad de la *ampliación analógica* en materia comercial, por cuanto envuelve las posibilidades de ampliar por analogía un precepto de Derecho mercantil a las rela-

---

(72) *Pandette*, trad. Fadda y Bensa, I, § 23, n. 2.

BIBLIOTECA FAC. DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES U.A.N.L.

ciones exclusivamente civiles; y, por otra parte, es muy posible ampliar por analogía un precepto de derecho comercial que regula unas relaciones mercantiles a otra no regulada (73). Esta índole especial del Derecho mercantil y la posición que ocupa frente al civil, nos aclaran su carácter eminentemente fragmentario; no constituye un sistema jurídico acabado con existencia por sí mismo, sino un conjunto de normas en que hay una cantidad de *lagunas* en la disciplina jurídica de las relaciones que le están sometidas. ¿Cómo hay que llenar estas lagunas? Este es un problema de interpretación, de que a su tiempo trataremos; mas podemos afirmar desde ahora que allí donde falta la norma excepcional de Derecho mercantil pasa por necesidad lógica a suplirla la norma de derecho común, o sea, la disposición ordinaria del Derecho civil, como dispone expresamente el artículo 1.º del Código de comercio, que dice: «En materia comercial se aplicarán las leyes mercantiles: si no hay disposición aplicable, se observarán los usos mercantiles... y en su defecto se aplicará el *Derecho civil*.» Pero esto último, sin necesidad de precepto expreso, se induciría igualmente de las relaciones existentes entre Derecho mercantil objetivo y derecho objetivo civil; las relaciones mercantiles, antes que comerciales, son relaciones *entre particulares;* por consiguiente, cuando no hay normas dictadas para su especial naturaleza *mercantil*, y cumplidas las exigencias de su índole especial, es lógico que se les aplique el derecho común o general; si no existe norma de derecho singular, entra en vigor la de derecho común; de suerte que el artículo 1.º no hace sino confirmar una vez más el carácter excepcional del derecho comercial respecto al civil; ni puede pensarse de otra manera, según el principio que acabamos de exponer, de que, a falta de disposiciones de Derecho comercial escrito o consuetudinario, deba recurrirse al Derecho civil. Dentro de un sistema de normas de derecho común, y agotada la interpretación gramatical y lógica, los vacíos que se encuentran hay que colmarlos: primero, con la analogía; después, con los principios generales del sistema, y, por último, con los *principios generales de todo el derecho positivo* (art. 3.º, disp. prel.). Cuando en lugar de los principios generales del sistema no se acude a los principios generales de todo el derecho positivo, como indica el proceso de generalización previsto en el artículo 3.º, sino a las normas de otro sistema, esto significa que estas normas, además de las relaciones comprendidas en el sistema de que forman parte, regulan también las relaciones incluídas en otro sistema, en cuanto no son normas especiales para estas últimas, o, en otras palabras, ellas constituyen el *derecho común* del conjunto entero de relaciones comprendidas en los dos sistemas, en tanto que las normas del otro constituyen un derecho singular para sólo una parte de estas relaciones (74).

(73) Véase a continuación n. 40. Cons. al texto de Ruggiero: *Istituzioni di Diritto civile*, Messina, 1926, 4.ª ed., § 9: «Cuando el derecho singular constituye un todo orgánico normativo disciplinador de una materia completa, puede muy bien haber cabida en él para la interpretación analógica en aquellos casos que no prevén las normas particulares, pero que están comprendidos en la materia regida por aquel sistema, como, por ejemplo, en el Derecho mercantil, del que no está excluída la analogía» (pág. 63). En contra, Ferrara: *Tratatto di Diritto civile italiano*, Roma, 1921, I, pág. 89.

(74) La opinión que en el texto expongo de que el Derecho mercantil es un derecho excepcional respecto al Derecho civil, la expuse en un trabajo titulado: *Intorno al carattere del Diritto commerciale e ai suoi rapporti col Diritto civile*, en el tomo de homenaje a V. Scialoja, I, pág. 549 y siguientes. Después se pronunciaron en el mismo sentido, A. Scialoja: *Le fonti del Diritto commerciale*, Perugia, 1907, págs. 62 y 63 (reproducido con modificaciones y adiciones en el tomo *Saggi di vario diritto*, Roma, 1927, I, pág. 302); Navarrini: *Trattato elementare di Diritto commerciale*, Torino, 1911, I, página 22; *Trattato teorico-pratico di Diritto com.*, Torino, 1913, I, n. 36; Coviello: *Manuale di Diritto civile ital.*, 2.ª ed., 1916, pág. 19; De Ruggiero: *Istituzioni di Diritto civile*, 4.ª ed., Messina, 1926, I, § 9; Asquini: *L'autonomia del Diritto marittimo*, en *Arch. giur.*, 4.ª serie, vol. IV (1922), pág. 209. En contra, Coppa-Zuccari: *Diritto singolare e diritto comune*, Modena, 1915, página 72 y siguientes; Degni: *L'interpretazione della legge*, Nápoles, 1909, página 24, y Ferrara: *Trattato di Diritto civile*, I, pág. 84, n. 2, quien afirma que nuestra opinión adolece de la falta de lógica al considerar como *excepción* toda disciplina *diversa* de las relaciones; no existe tal falta de lógica; cuando una relación está sometida a *distinta* disciplina jurídica que la que le correspondería si no existiese aquélla, esa distinta disciplina constituye necesariamente una *excepción* al régimen jurídico, cuya aplicación queda excluída; y esto precisamente ocurre con las relaciones mercantiles, que se regirían por los preceptos de índole privada contenidos en el Código civil si existieran normas especiales en el Código de comercio, que por ello son especiales frente a aquél; esto no impide el que, como ya dijimos en las páginas 53 y 54 haya algunas normas en el Código de comercio, nada excepcionales, sino sólo desenvolvimiento y derivaciones de normas y principios de Derecho civil.

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ® DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS
BIBLIOTECA FAC. DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES U.A.N.L.

§ 5.º La cuestión de la autonomía del Derecho mercantil.

Sumario: 14. Movimiento en favor de un Código único de obligaciones. Razones en que se apoya. Crítica.—15. Constitución moderna de las relaciones económico-privadas y oportunidad de un derecho especial para el comercio.

14. La creciente ampliación del ámbito de actividad del Derecho mercantil ha inclinado a tratadistas notables a negar la necesidad y oportunidad de un derecho especial para el comercio y a sostener, en cambio, la necesidad de fundir el Derecho mercantil con el civil de obligaciones en un *código único de obligaciones.*

Este movimiento a favor del Código único lo inició en 1888 Vivante, en una notable y genial lección preliminar a su curso, y cada vez fué adquiriendo mayor número de adeptos, entre ellos, Bolaffio, Sraffa, Bruschettini, y fué combatido en cambio por Manara, Vidari y Sacerdoti (75).

Los promotores del Código único de obligaciones se apoyan principalmente en que el desarrollo histórico del Derecho mercantil y el estudio de sus condiciones actuales, demuestran que hoy, éste, de hecho, no regula únicamente el fenómeno social comercio, sino que se ha transformado en Derecho común y rige para comerciantes y no comerciantes, actos de comercio verdaderos y otros que de ello no tienen sino el nombre, y que en realidad son actos de la vida civil.

---

(75) Vivante: *Per un codice unico delle obligazioni,* en *Arch. giur.,* XXXIX (1888), págs. 407 y siguientes; *Ancora per un codice unico delle obligazioni,* en *Riv. ital. per le scienze giur.,* XIII, págs. 378 y siguientes; *Trattato di Dir. comm.,* 5.ª ed., § 1; Bolaffio: *Per un codice unico delle obligazioni,* Venecia, 1889; *A proposito dell'unificazione del diritto delle obbligazioni,* en *Giur. ital.,* 1907, IV, 113; Sraffa: *La lotta commerciale,* Pisa, 1894; Manara: *Contro un codice unico delle obbligazioni,* en *Giur. ital.,* 1892; Nidari: *Contro un codice unico delle obbligazioni,* ap. al vol. I del *Corso di diritto comm.,* 5.ª ed.; Sacerdoti: *Contro un codice unico delle obbligazioni,* Padua, 1890. También opinaron en contra de la unificación, Marghieri: *Trattato,* 3.ª ed., *Introduzione,* y en *Riv. de Dir. comm.,* 1907, I, 21; V., además, Cohn: *Drei Rechtswissenschaftliche Vortrage,* 1888; Riesser: *Der Einfluss handelsrechtlicher Ideen auf den Entwurf eines bürg. Gesetzbuchs,* Stuttgart, 1894, y, por último, Wieland: *Handelsrecht,* 1921, que enérgicamente aboga por la necesidad de una legislación mercantil especial, pág. 54; V. también Thaller: en *Ann. de Droit comm.,* 1893, I, pág. 21.

Además de estas razones fundamentales, aducen otras de orden práctico contra la separación del Derecho mercantil del civil.

a) Como quiera que el Código de comercio contiene las normas que el comercio ha ido creando para proteger sus propios intereses, el Derecho mercantil constituye una verdadera legislación de clase, en la que los intereses del productor son favorecidos a expensas del consumidor. Para la redacción del Código mercantil se llamó a los industriales, banqueros, aseguradores, Cámaras de Comercio, protectores y representantes del comercio en grande, los hombres que profesionalmente o en la enseñanza estaban habituados a defender sus intereses, y natural es, por tanto, que surgiese una legislación que subordina el interés de todos los ciudadanos al de los comerciantes. Por vía de ejemplo, véase lo que ocurre con los títulos al portador que se extravían, cuyo valor cede en beneficio de la institución emisora, quien se libera de la obligación de reembolsarlos (art. 57); no hay garantía alguna para los que depositan sus ahorros en los Bancos; ninguna, asimismo, tampoco, para los tenedores de obligaciones de las sociedades mercantiles; ninguna para los asegurados que confían centenares de millones a las compañías aseguradoras; el comerciante que ven de productos en mal estado queda exento de responsabilidad si el cliente no reclama a los dos días (art. 70); las compañías navieras quedan libres de toda responsabilidad por los actos del capitán y tripulantes que abandonan la nave (art. 491); la prescripción de los derechos se realiza dentro de un plazo breve, pocos meses, cuando esta prescripción perjudica los derechos de los consumidores, y, con una injustificada desigualdad, las empresas comerciales disponen de diez años para ejercitar los suyos. Los ejemplos pudieran multiplicarse.

b) La coexistencia de dos Códigos perjudica la baratura en los juicios y hace incierto el Derecho; un gran número de cuestiones, con grandísima pérdida de tiempo y de dinero, ocupa diariamente a los Tribunales para resolver la cuestión preliminar del carácter civil o mercantil del asunto; además de que la facultad que concede la ley a los magistrados para discernir el carácter comercial de los actos que no están taxativamente calificados de comerciales, motiva dudas para aplicar el Derecho mercantil.

c) Por último, en el orden científico se alega el perjuicio de la división; la escasez de principios generales del Código de comercio, se debe precisamente a la autonomía del Derecho mercantil; los que cultivan esta ciencia, sin comprender que los límites y presupuestos de las instituciones jurídicas reguladas por el Código de comercio están en el Código civil, olvidan el estudio de este Derecho y el del mercantil

BIBLIOTECA FAC. DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES U. A. N. L.

como una ciencia única, descuidan la obra lenta y paciente del jurista que intenta acomodar las nuevas manifestaciones de la vida social a los antiguos principios, y que sólo desisten de ello ante la necesidad evidente de un precepto nuevo; de aquí el oír frecuentemente a los mercantilistas hablar de excepciones al Derecho común, de contratos *sui generis*, de instituciones de naturaleza especial o anómala.

No todas estas razones que se aducen contra la necesidad de un Derecho mercantil autónomo tienen igual valor. Así, por ejemplo, nada prueba contra la autonomía del Derecho mercantil, aunque regule hoy la actividad de comerciantes y no comerciantes; es un Código de clase, porque lo han formado comerciantes, y abundante en preceptos favorables a sus intereses contra los de los no comerciantes. Además, si hasta ahora en la formación de los Códigos mercantiles ha ejercido influjo preponderante la representación de los intereses mercantiles, no quiere decir esto que semejante preponderancia se deba a la existencia de un Derecho mercantil autónomo, y menos aún que no hubiera ocurrido si no existiese un Código de comercio; toda clase social con intereses comunes que alegar y medios suficientes para ejercitarlos, influye en la formación de las leyes de modo adecuado a la importancia de los intereses en juego, y con tanta mayor energía cuanto lo sean sus fuerzas, bien sobre la opinión, bien sobre los poderes públicos; esto nada tiene de particular, o, mejor dicho, es inevitable, y es una simple consecuencia del juego de las fuerzas sociales. Ahora bien: si hasta aquí la clase de comerciantes ha ejercido en beneficio propio un influjo preponderante en la formación de nuestro Derecho mercantil, débese a su mejor organización, a que es la más poderosa y la que tiene intereses más considerables que defender; influjo que hubiera ejercido igualmente si el Derecho mercantil estuviese fundido con el civil en un Código único, porque aquel influjo se ejercita necesariamente cuando juegan los intereses de clase. Se ejerce, por ejemplo, al concertar tratados de comercio para obtener un arancel favorable; el predominio de los intereses de las clases más poderosas y mejor organizadas, es un fenómeno social necesario que depende de muy otras y muy complejas causas que la existencia de un Código autónomo para determinadas relaciones sociales; la clase más humilde de consumidores hallará tutela eficaz de sus intereses en la organización y en una activa participación en la vida pública, en una organización más fuerte del Estado, supremo protector del equilibrio entre las clases y grupos sociales, y no en la fusión del Código de comercio con el Código civil.

Tampoco es decisiva la razón nacida de la incertidumbre que motiva, al aplicar el Derecho mercantil, la cuestión previa de limitar la materia civil y comercial; la cuestión de límites, o, mejor, la aplicación entera del Derecho a cuestión de límites; todos los días surge al tratar de aplicar el Derecho mercantil: ¿estamos ante una relación a que debe aplicarse el precepto mercantil? Cuestiones análogas se presentan al aplicar el Derecho civil, el administrativo, el penal; a cada momento escúchase la pregunta, por ejemplo, de si un acto ilícito es civil o constitutivo de delito, o si un acto de la Administracion pública infringe un verdadero *Derecho privado* o *público*, o bien un simple *interés*; y en el mismo campo del Derecho civil se duda si un contrato es de sociedad o de mandato, o de arrendamiento de obras; sin suprimir el Derecho es imposible suprimir la cuestión de límites.

Por último, tampoco es una razón decisiva la imperfección científica que origina la división de Códigos; débese, más que a la existencia de un Código mercantil, a la deficiente cultura de algunos mercantilistas y al conocimiento imperfecto del método; y tan verdad es ésto, que, aun vigente el Código de comercio, la literatura jurídica italiana se ha enriquecido con excelentes publicaciones, en las cuales la coordinación científica entre Derecho civil y mercantil se hace con métodos excelentes y óptimos resultados.

15. La verdadera principal razón es la que hoy, *de hecho*, el Derecho mercantil regula multitud de relaciones que son perfectamente extrañas al comercio, «si pensamos en la grande homogeneidad de nuestra constitución social, en que las distintas clases de ciudadanos se mezclan y confunden trabajando juntos en la lucha por la existencia» (76).

Este es, a nuestro juicio, el nudo verdadero de la cuestión; acerca de ella hemos de advertir primeramente que hay que despojarla de los intransigentes formalismos con que comúnmente se la suele tratar. Con frecuencia se discute sobre la necesidad y oportunidad de sustituir el actual Código de comercio por un Código único de obligaciones civiles y mercantiles; el que las normas relativas al comercio y las referentes a la vida civil se encierren en uno o dos códigos, no tiene gran importancia en el orden científico; el Derecho mercantil pudiera permanecer autónomo y, por consiguiente, autónoma también la ciencia del derecho comercial, aun cuando esta clase de normas estuviesen contenidas en un código único, junto con las de derecho civil de obligaciones (77); lo que, en cambio, hay que preguntar, para llegar al fondo

(76) Vivante: *Trattato*, I, pág. 8.

(77) Wieland: *Handelsrecht*, I, § 6, ha probado recientemente que lo de

BIBLIOTECA FAC. DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES U. A. N. L.

del asunto, es si en el ámbito de las relaciones económico-privadas hay una clase de relaciones (las derivadas de la industria comercial y otras que exigen una igual o semejante reglamentación jurídica) y cuáles necesitan una disciplina jurídica especial, y si no totalmente, en mucha parte, distinta de las restantes relaciones económico-privadas. Planteada así la cuestión, no puede resolverse sino mediante un severo análisis, con arreglo a los datos de la experiencia de la moderna constitución de las relaciones económico-privadas y de las exigencias que éstas plantean al Derecho. Por consiguiente, hay que examinar:

1.º La estructura de la industria mercantil propiamente dicha, qué exigencias plantea al Derecho, que puedan determinar la formación de un derecho especial mercantil.

2.º Si la uniformidad de la vida económica ha llegado a un grado tal que las exigencias, antaño peculiares de la industria mercantil, han advenido comunes *a todas las relaciones económico-privadas*.

1.º Un análisis, aunque sea superficial, del fenómeno económico comercio, nos revelará lo que exige la industria mercantil a la legislación para desenvolverse de un modo conveniente, es decir, qué características debe tener un ordenamiento jurídico que pretenda favorecer el desarrollo del comercio.

El estudio de la vida económica de un pueblo adelantado cualquiera nos descubre la existencia de una clase numerosa de personas constituídas en *intermediarias* de los cambios; ahora bien: esta clase de personas que adquiere *bienes* y *servicios*, no *para sí*, sino para situarlos a disposición de quien los necesite, como así hace. no los productos de su trabajo, sino los del ajeno; para desplegar su función económica necesita *la posibilidad de un rápido y expedito acuerdo en los negocios y las mayores facilidades para el crédito*. Necesita lo primero porque sólo a este precio puede buscar y adquirir los productos y servicios y colocarlos allí donde son necesarios, o sea, que sólo en estas condiciones es provechoso el ejercicio de su función de intermediario entre productor y consumidor. Necesita lo segundo, o sea, la facilidad del crédito, porque éste es menester a quien no adquiere *para sí*, sino para otro, y adquiere sólo porque piensa colocar a su tiempo y en lugares oportunos los productos adquiridos. De esto se deriva que la industria mercantil exige al Derecho para poder ejercitarlo y desenvolverse:

a) La mayor sencillez en las formas de manifestación de la voluntad privada, con objeto de crear relaciones jurídicas.

b) La más eficaz protección para el crédito.

Surgió y se desenvolvió el Derecho mercantil como Derecho especial, precisamente porque el Derecho común no presentaba sencillez de formas ni tutelaba eficazmente el crédito, y no la ofrecía porque no necesitaban de una y otra las relaciones económico-privadas, que por las condiciones económicas y sociales de la época se distinguían perfectamente de las relaciones comerciales en este aspecto. La escasísima cultura de la población, la deficiente autoridad del Estado, cuya acción y protección del derecho eran poco eficaces, la insignificancia de los bienes muebles y la grandísima de los inmuebles, exigían para la mayor parte de la población formas solemnes para celebrar los contratos; esta solemnidad de formas garantizaba la verdad y seguridad de las manifestaciones de consentimiento, evitaba litigios y daba a la propiedad inmueble, singularmente respecto a los terceros, seguridad e indiscutibilidad. Además, en cuanto al crédito, poca o ninguna necesidad de él había fuera o aparte de las relaciones comerciales, a más de hallar su desarrollo un obstáculo insuperable en las ideas religiosas y en las prohibiciones canónicas para la estipulación de intereses.

2.º Imposible negar que este estado de cosas ha ido poco a poco modificándose en el transcurso de los siglos, y que la estructura moderna de las relaciones económico-privadas es completamente distinta. Robustecida la autoridad del Estado, organizada sólidamente la administración de justicia, acrecida enormemente la propiedad mueble, ha disminuído muchísimo la necesidad de formas solemnes para manifestar la voluntad privada, y singularmente en el campo de las relaciones económicas; a más de que la tierra ya no es hoy la única fuente de riqueza y de que también comienza a cultivarse con procedimientos técnicos que requieren ingentes y continuos anticipos de capital; a más de lo comercial, se han desarrollado otras industrias que, como ésta, necesitan crédito; mejoradas las comunicaciones, disminuído el precio del dinero, se ha difundido aquél enormemente; también aparte del comercio, en la vida económica moderna hay necesidad de él y, por consiguiente, de una eficaz tutela del mismo.

Este progresivo desarrollo de la vida económica, merced al cual se han ido desenvolviendo nuevas clases de relaciones económico-privadas con las exigencias mismas de las mercantiles, nos explica perfectamente la continua ampliación del ámbito de acción del Derecho mer-

---

la unificación formal es puro empirismo; que el Derecho mercantil, con su carácter de derecho singular, revive dentro del Código suizo de obligaciones, y con ello desaparecen las razones en que se fundaban nuestros mantenedores de la unificación; es decir, el ejemplo de la legislación suiza, que, por lo demás, no ha hallado imitadores.

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ®
DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS
BIBLIOTECA FAC. DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES U. A. N. L.

cantil; presentaba ya éste un conjunto acabado de normas especialmente aptas para favorecer la circulación de los bienes y el desarrollo del crédito, y es natural que se acudiera a él al tratar de disciplinar las nuevas formas de actividad económica, influídas por las mismas exigencias que habían ocasionado el nacimiento del Derecho mercantil.

Todo el problema, en su esencia, consiste en si esta nueva serie de relaciones económico-privadas agota el campo de relaciones económico-privadas, o, por lo menos, constituye mayoría suficiente para trastornar la relación que guardan los preceptos de Derecho mercantil con los de Derecho civil, y para que se considere el primero como el Derecho común de los Derechos privados y el Derecho civil como el Derecho especial de cierta clase de tales relaciones.

Un análisis de los hechos obliga a contestar negativamente. Cierto que del estudio de la vida económica resulta indudablemente que la serie de relaciones económicas que pueden asimilarse a las comerciales, en cuanto a exigencias de disciplina jurídica, *son categorías singulares* de relaciones privadas; exigencias semejantes a las de las relaciones mercantiles, en el campo de la producción, las tienen las de la *gran industria fabril*, las cuales, aunque no en la misma proporción que la comercial, implican rápida y fácil circulación de las cosas y el uso relativamente amplio del crédito personal. No puede decirse lo mismo precisamente de la *pequeña industria*, no sólo manufacturera, sino aun comercial, y se ha visto que los preceptos del Código de comercio son inadecuados para los minoristas; por ello pareció grave e inútil obligarles a llevar libros y se les ha eximido del farragoso y harto severo procedimiento de quiebras, y la ley de 25 de mayo de 1903, acerca del *convenio previo y quiebras de poca importancia*, ha atendido en parte a sustraer las empresas comerciales pequeñas a los rigores del Código de comercio. La *industria agraria*, aun cuando comprendida en el ámbito de la producción, tiene exigencias muy distintas de la industria comercial, y con más razón todavía puede aplicarse lo dicho acerca de las pequeñas empresas comerciales e industriales a la agricultura; pero en el campo mismo de la gran industria, cuyas manifestaciones ofrecen algunos caracteres de innegable semejanza con la organización de las grandes empresas comerciales y manufactureras, las exigencias de la agrícola son las mismas que las de la industria comercial; ni necesita la rápida circulación de la riqueza, porque se desenvuelve lentamente y en períodos largos de antemano conocidos, y el crédito mismo tiene para ella caracteres y formas propios; es crédito predominante real, y, sobre todo, a largos vencimientos.

Si abandonamos el campo de la producción, las diferencias son todavía más profundas. Las relaciones económico-privadas que no atañen a la producción ni con ella están relacionadas, tienen naturaleza y exigencias sustancialmente distintas de las de la producción en general y de la industria mercantil especialmente. Son relaciones conexas con instituciones tradicionales que interesan a la constitución política del Estado, como la familia, la propiedad, la sucesión; o bien relaciones inherentes al cambio improductivo, que no necesitan simplificación especial de formas jurídicas, que, a más de inútil, serían inoportunas, cuantas facilidades se diesen al crédito, que, como improductivo o de consumo, ofrece no pocos daños y peligros. Tanto es así, que en nuestro sistema y otros semejantes que autorizan el empleo de la letra de cambio para toda clase de operaciones de crédito, surgen quejas contra el uso de lo que, siendo por naturaleza instrumento de crédito productivo, y, por lo tanto, peculiar al crédito comercial, sin embargo, se la falsea y usa, con pésimos resultados, como instrumentos de crédito improductivo (78); lo cual prueba las consecuencias perjudiciales de que la ley, forzando la naturaleza de las relaciones, amplíe normas e instituciones de Derecho mercantil a otras sustancialmente distintas.

En conclusión: que hoy es evidentemente prematuro afirmar que las necesidades de la industria mercantil las experimenten no sólo *algunas*, sino *toda* clase de relaciones económico-privadas, o su gran mayoría. ¿Ocurrirá esto en el porvenir? Imposible preverlo; depende del buen orden económico de la sociedad futura; pero indudablemente si se acentuase la tendencia a la socialización y a la *estatización* de los instrumentos de producción, más bien que de que se fusionaran el derecho civil y el mercantil, se podría hablar de absorción parcial al menos, de uno y otro, por el Derecho administrativo; en todo caso, y esto es lo que estamos obligados a afirmar, la unidad del Derecho privado no puede ser consecuencia de un acto autoritario del legislador, sino que debe motivarlo la necesidad de homogeneidad sustancial de las relaciones económico-privadas, homogeneidad que falta hoy y que nadie puede decir si será el resultado de una evolución ulterior de la vida económica (79).

---

(78) Cons. Sraffa: *La cambiale e i non commercianti*, en *Archivio giur.*, 1897, fasc. 1-2-3.

(79) Véase también Rocco: *Intorno al carattere del Diritto commerciale* cit., págs. 543-545. Puede considerarse olvidada ya la polémica que hubo con este motivo. El mismo Vivante, iniciador y director ardoroso de la propaganda en favor de un solo Código de obligaciones, después de resol-

BIBLIOTECA FAC. DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES U. A. N. L.

§ 6.º Ciencia del Derecho mercantil y relación del mismo con las ciencias sociales y jurídicas

SUMARIO: 16. Ciencia del Derecho mercantil como ciencia jurídica autónoma.—17. Relaciones de la ciencia del Derecho mercantil con las demás y singularmente con las sociales y jurídicas.

16. I) *Ciencia del Derecho mercantil como ciencia jurídica autónoma.*—Explicada la razón de ser del Derecho mercantil como un conjunto autónomo de normas, no hemos demostrado aún la autonomía del Derecho mercantil como ciencia. El carácter fragmentario de las normas constitutivas de la disciplina jurídica del comercio y su posición subordinada respecto a las del Derecho civil, permiten dudar de la posibilidad de que exista una ciencia del Derecho mercantil. Y de ahí la duda explicable de si a las dos ciencias de Derecho civil y Derecho mercantil debe sustituir una y única *ciencia del Derecho privado* que estudie el conjunto orgánico de normas reguladoras de las relaciones entre particulares.

Ciertamente que el estudio del Derecho mercantil implica una continua apelación a los principios del civil, y lo fragmentario de las normas del mismo supone que el Derecho civil colme sus frecuentes lagunas; ello explica, por consiguiente, que el estudio del Derecho civil sea no sólo un instrumento auxiliar, sino un factor integrante del estudio del Derecho mercantil.

Pero no menos cierto es también que contra la autonomía de una

---

verse por la unificación, ya dijo que esto no puede realizarse por la sola voluntad del legislador, sino a virtud de la evolución económica. «Creo que más aún que nuestro influjo de escritores, contribuirá a resolver esta discrepancia el presente movimiento económico, creador de nuevas instituciones jurídicas que no tienen carácter civil ni comercial, pero que rigen objetivamente el campo común de la industria sin distinguir quién es y quién no es comerciante.» (*Trattato*, § 1, nota final). Apenas se inicia, ni tuvo mantenedores, el problema de la unificación del Derecho de obligaciones en la preparación reciente de la reforma general de nuestros Códigos. También Vivante, por último, se ha declarado abiertamente partidario de la autonomía del Derecho mercantil en *Riv. di Dir. comm.*, 1925, I, pág. 572, y explica que este cambio es fruto del influjo que han ejercido en él su experiencia en trabajos legislativos, que le han convencido de que la fusión de los dos Códigos perjudicaria al Derecho privado y su función práctica.

ciencia no puede ser un argumento decisivo el que haya de recurrirse frecuentemente a los principios y conceptos de otra ciencia.

Citemos tan sólo por vía de ejemplo, y en el campo mismo de las disciplinas jurídicas, el Derecho penal. Reconózcase o no el llamado carácter sancionador de tal derecho, y aunque se niegue que esta rama no contiene sino *sanciones* a las normas pertenecientes a todo el ordenamiento jurídico, en cuyo caso claro está que el Derecho penal habrá que reputarlo como un apéndice de todas las demás normas del Derecho público y privado; pero tengamos en cuenta, sin embargo, que no sólo contiene sanciones, sino preceptos, que en interés del Estado protegen bienes individuales y colectivos, los cuales, aun cuando ya lo están por otros preceptos, aquí lo son en otra forma (80), y es indudable que no puede entenderse ni estudiarse el Derecho penal sin conocer y estudiar cuantas normas jurídicas protegen, y aquellos mismos bienes e intereses que son objeto de la tutela penal; de aquí las apelaciones a conceptos de Derecho civil, comercial, constitucional, administrativo, procesal, que continuamente hace el Derecho penal; pero nadie, ni aun los mismos convencidos partidarios del carácter sancionador del Derecho penal (con lo que la cosa aparece aún más evidente), dudan un momento de la existencia autónoma de la ciencia del Derecho penal.

Es decir, que no hay que confundir *autonomía* e *independencia* de una ciencia, o, mejor dicho, su aislamiento. Para que tenga fundamento la existencia de un cuerpo de doctrina, y se la deba considerar como ciencia autónoma, necesita y basta:

1.º Que tenga amplitud suficiente para merecer un estudio especial.

2.º Que contenga doctrinas homogéneas dominadas por conceptos generales comunes y distintos de los conceptos generales que informan otra disciplina.

3.º Que disponga de *método propio*, o sea, que emplee procedimientos especiales para conocer la verdad constitutiva del objeto de su investigación.

Ahora bien: ¿reúne estas condiciones la ciencia del Derecho mercantil?

Evidentemente, sí: En cuanto a su magnitud e importancia, recordemos que únicamente el Código de comercio consta de 926 artículos, o sea, algo menos de la mitad de los del Código civil, cerca del

---

(80) Cons. sobre esto Rocco (Art.): *Il cosi detto carattere sanzionatorio del Diritto penale*, en *Giur. ital.*, 1910.

BIBLIOTECA FAC. DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES U. A. N. L.

doble de los del Código penal, y un número aproximado de los de enjuiciamiento civil y penal, sin contar las numerosas instituciones cuyo régimen jurídico no está comprendido en el Código, como las operaciones de Banca, gran parte de las de Bolsa, estadías y contraestadías, y otras más; lo que constituye un conjunto de normas bastante para que la ciencia del Derecho mercantil disponga de un campo tan vasto como el de cualquier otra disciplina jurídica.

Tampoco puede haber duda en cuanto a la homogeneidad de las doctrinas y a la especialidad de los principios generales: hay principios generales de Derecho mercantil, como los hay de Derecho civil, harto distintos y aun opuestos algunas veces los primeros a los del segundo, como, por ejemplo, «el dinero se presume siempre fructífero», «las obligaciones se suponen siempre contraídas *in solidum*», «ninguna prestación se presume gratuita», «es libre la prueba de los actos jurídicos en materia comercial», «son eficaces los contratos a favor de tercero», etc. (81).

Por último, en cuanto al *método*, vamos a ver en breve cómo el estudio del Derecho mercantil exige procedimientos especiales, singularmente para el conocimiento del contenido sustancial de las normas, o sea, de las relaciones sociales que regulan.

A nuestro juicio, pues, no cabe negar la autonomía de una ciencia como la del Derecho mercantil, que entre otros méritos cuenta, desde hace siglos, con una abundante y valiosa bibliografía.

No es este momento de hablar de la *autonomía didáctica*, porque hace muchos años están reconocidas en los reglamentos universitarios de Italia y del extranjero.

17. II) *Relaciones de la ciencia del Derecho mercantil con las demás ciencias sociales y jurídicas.* — Autonomía científica no equivale a aislamiento científico; toda ciencia está relacionada con otras y el Derecho mercantil las tiene estrechísimas.

A) En primer lugar, está relacionada la ciencia del Derecho mercantil, que estudia la *disciplina jurídica* del comercio y relaciones similares, con cuantas estudian el comercio. Sabido es que todo orden de hechos puede constituir objeto de investigación de varias ciencias, según el punto de vista desde que se estudie; ahora bien: en tanto que la ciencia del Derecho mercantil estudia el comercio desde el punto de

(81) Véase sobre los principios generales del Derecho mercantil lo que vamos a exponer inmediatamente acerca del *método* (*Introducción*, § 7) y de la *interpretación* (lib. I, § 13).

vista *jurídico*, otras lo estudian desde distintos puntos de vista: hay un grupo de ciencias técnicas que estudian las varias ramas del comercio desde el punto de vista de los procedimientos y medios necesarios para ejercerlo bien (*técnica de las mercaderías, contabilidad, técnica bancaria, ciencia actuarial, caminos de hierro, náutica*, etc.); y frecuentemente, al estudiar el Derecho mercantil, hay que acudir a los principios de estas ciencias, que son un auxilio inestimable para conocer en la realidad los hechos que el Derecho mercantil trata de regular.

B) Hay *ciencias sociales* que estudian el comercio como *fenómeno social*, cual la *Economía política*, y especialmente la *Economía comercial*, que lo hacen desde el punto de vista *económico;* es decir, el modo y las leyes con que la industria comercial promueve y facilita el cambio de productos; la *Ciencia política, y especialmente la Política comercial*, que estudian lo que debe ser la actividad del Estado para tutelar y fomentar esta importante rama de la producción económica; la *Historia del comercio*, que lo hace de su evolución en los diferentes pueblos y épocas; la *Estadística comercial*, que con la observación y el manejo de masas o grandes números del fenómeno económico comercio, investiga la regularidad del movimiento comercial y nos ofrece el estudio general de él en un determinado país, en una cierta época. Hay clara distinción entre el Derecho mercantil y todas estas ciencias que bajo distintos puntos estudian el fenómeno social del comercio; pero, por otra parte, hay entre la ciencia del Derecho comercial y estas otras coordinación estrecha, ya que éstas son indispensables para el conocimiento de las relaciones que disciplinan el Derecho mercantil (82).

C) Más íntimas aún son las relaciones de la ciencia del Derecho mercantil con las demás *ciencias jurídicas.*

a) Ocupa el primer lugar aquí la relación entre aquélla y la *Teoría general del Derecho o Jurisprudencia general (allgemeine Rechtslehre)*, que es la que estudia y elabora los principios generales comunes a todas las ramas del Derecho, cuyo estudio es importante, no sólo teórica, sino prácticamente, porque obtiene del examen de las normas que forman el ordenamiento jurídico entero ciertos principios generalísimos, y, por tanto, comunes a todo el Derecho público y privado, con las cuales pueden llenarse las lagunas del régimen jurídico,

(82) Acerca de las relaciones de la ciencia del Derecho mercantil con las demás sociales, v. Goldschmidt: *Universalgeschichte*, § 2, 1-10; Behrend: *Lehrbuch*, § 7, pág. 16 y sigs., texto y nota 25.

BIBLIOTECA FAC. DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES U. A. N. L.

para lo cual no bastaría la extensión analógica de las normas particulares de una rama del Derecho, y como son grandes en número e importancia las del Derecho mercantil y cada vez aumentan con el desenvolvimiento rápido de las relaciones mercantiles, hay necesidad frecuente de que el intérprete busque la norma reguladora induciéndola mediante la ampliación analógica, no sólo en el campo del Derecho civil, sino en los demás, y por ello realiza una función peculiar la Teoría general del Derecho. De consiguiente, la ciencia que brinda o debe brindar (porque la formación de una Teoría general del Derecho está todavía relativamente atrasada en Italia), ya constituídos estos principios comunes a todas las ramas del Derecho, es un precioso auxiliar para el estudio e interpretación del Derecho mercantil.

b) Con más motivo aún mantiene estrechas y frecuentísimas relaciones con la *Ciencia del Derecho civil*, porque, como hemos visto, el Derecho civil es el que regula el mayor número de relaciones privadas, en tanto que el mercantil sólo *algunas* especiales clases de éstas y, por tanto, el Derecho civil es el Derecho *común* de las relaciones privadas, lo que significa que con normas de esta clase tiene que llenar el Derecho mercantil todos sus vacíos. De suerte que es cosa corriente y frecuentísima aplicar el *Derecho civil a la materia comercial*. Tampoco es posible la reconstrucción orgánica de un *sistema* del Derecho mercantil en el orden científico sin encuadrar en él los numerosísimos preceptos de Derecho civil que completan los preceptos deficientes y fragmentarios del Derecho mercantil; y tal y tan estrecha es la relación entre ambos, que hasta permite fundar la duda de si existe por sí misma como organismo autónomo la ciencia del Derecho mercantil o si no hay más disciplina autónoma que la *ciencia del Derecho privado;* la resolución de este problema depende en gran parte de otro ya discutido, el de la existencia autónoma del Derecho mercantil, y al resolverlo en sentido afirmativo, como hemos hecho, no está todavía demostrada la existencia de una *ciencia autónoma del Derecho mercantil.*

Si como, por ejemplo, creen algunos escritores (83), no debe recurrirse a la extensión analógica de las normas del Derecho mercantil sino cuando se nos presenten lagunas, aun en las correspondientes normas del Derecho civil; y si por ello necesariamente se niega la existencia de principios generales propios y exclusivos del Derecho comercial (porque así el campo mismo de extensión analógica de los preceptos del Derecho mercantil se restringiría enormemente y casi se anula-

(83) Véase más adelante, libro I, cap. II, § 13.

ría) (84), habrá que negar asimismo el estudio del Derecho mercantil unidad orgánica y sistemática, y, por tanto, el carácter de ciencia autónoma. Mas, como inmediatamente veremos, no nos parece que las relaciones entre Derecho civil y mercantil nos lleven a excluir prácticamente la extensión analógica en el campo del Derecho mercantil propiamente dicho. Creemos, en cambio, que el Derecho civil no puede regir relaciones mercantiles o a ellas asimiladas, sino cuando se carezca de precepto de Derecho mercantil; y no puede decirse que falte éste cuando, aunque no esté expresamente expuesto, exista en el sistema implícitamente y pueda inducirse en vía de extensión analógica (85). Opinamos, por tanto, que existen principios generales del Derecho mercantil, esto es, normas generales aplicables a *todo y solo* el ámbito de la materia comercial, y creemos, además, que, no obstante lo fragmentario de su carácter, el Derecho mercantil puede ser objeto de un estudio orgánico y sistemático, y su conocimiento motivar una existencia autónoma, que es la del Derecho mercantil. Opinamos, en consecuencia, que hay *conexión*, no *confusión*, entre ciencia del Derecho civil y ciencia del Derecho mercantil.

c) Aunque menos íntimas, no merecen olvido las relaciones que existen entre la ciencia del Derecho mercantil con la del *Derecho público*, porque éste, desde el punto de vista de las relaciones entre el Estado y los particulares, legisla sobre el fenómeno comercio, y claro está que la ciencia del Derecho mercantil no puede dejar de tomar en cuenta los resultados de las ciencias que estudian las diferentes ramas del Derecho público.

Las relaciones de la ciencia del Derecho mercantil con la del *Derecho administrativo* las originan las frecuentes intersecciones que se dan entre los preceptos de uno y otro Derecho; el Estado, en el ejercicio de sus funciones administrativas, tiende, por un lado, a *fomentar el comercio*, y para ello crea instituciones encaminadas a facilitar las relaciones comerciales entre los particulares *(Bolsas, ferias, mercados, museos comerciales, zonas francas, almacenes generales)*, y a *proteger los intereses profesionales de los comerciantes (Cámaras de comercio* y *Sindicatos de comerciantes)*, y, por otra parte, trata asimismo de *prever los perjuicios que pueden sufrir el orden o la higiene públicos* con el ejercicio del comercio.

Por tanto, la ciencia del Derecho mercantil ha de estar atenta a los resultados de la actividad del Derecho administrativo en dos aspectos;

(84) Véase sobre todo esto, lib. I, cap. II, § 13.
(85) Véase libro I, cap. II, § 13.

BIBLIOTECA FAC. DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES U. A. N. L.

porque la actividad mercantil se desenvuelve en parte principal dentro de las instituciones creadas o vigiladas por el Estado, y, por tanto, todo lo referente a la organización de las mismas debe tomarlo en cuenta el que quiera estudiar la regulación jurídica de las operaciones que se realizan en ellas, además de que es utilísimo para comprender el alcance verdadero de la protección jurídica que el Estado presta a los intereses particulares en el campo de la actividad mercantil, conocer la forma en que el Estado enfoca el comercio desde el punto de vista de los intereses generales.

De no menor importancia son las relaciones entre la ciencia del Derecho mercantil y la del *Derecho penal;* porque el Estado, mediante esta clase de sanciones, asegura la prudencia y lealtad mercantiles, y el estudio de estos preceptos penales, que tutelan intereses tan vitales de la colectividad, es utilísimo para estudiar el ordenamiento jurídico de la industria mercantil en orden a las relaciones y los intereses particulares.

También la ciencia del Derecho mercantil está relacionada con el *Derecho fiscal;* los mercantilistas necesitan conocer el régimen tributario de las instituciones comerciales, no sólo porque hay en ellas frecuentemente reflejos de Derecho privado, y las infracciones a las leyes de Hacienda producen a menudo sanciones de esta naturaleza, sino porque esas leyes fiscales, aun antes que las mercantiles, sorprenden nuevos caracteres de la actividad comercial y descubren su estructura íntima, guiando así al intérprete para definir la naturaleza verdadera de las relaciones que trata de regular el Derecho mercantil.

Por último, relaciónase la ciencia del Derecho mercantil con la del *Derecho internacional;* el internacionalista necesita inexcusablemente conocer el régimen jurídico de las relaciones mercantiles en el Derecho interno, y, por otra parte, es utilísimo al mercantilista saber cómo disciplina el Derecho internacional las relaciones mercantiles, en cuanto a éste corresponde fijar los límites y condiciones de aplicación del Derecho interno a las relaciones comerciales internacionales, y resolver, en su caso, cuándo tales relaciones se rigen por preceptos distintos de los que gobiernan las relaciones mercantiles de cada país.

d) También merece que nos ocupemos, por último, de señalar las relaciones entre la ciencia del Derecho mercantil y la del *Derecho procesal.*

Estas no consisten sólo en la antigua e importante relación que hay siempre entre derecho material y derecho procesal, en cuanto éste suministra medios, para que, con la intervención del Estado, se realice efectivamente la protección de los intereses creados por el derecho material; y de ahí el influjo continuo de este derecho sobre el enjuiciamiento y de éste sobre aquél. Pero hay más todavía, a saber: el que si bien el Derecho mercantil es un derecho privado material preferentemente, también encierra muchísimas normas de derecho procesal; recordemos a este propósito que todos los preceptos sobre quiebras, que forman un libro entero del Código de comercio, son casi exclusivamente preceptos de carácter procesal, así como muchos de los contenidos en el libro IV tienen por objeto regular el ejercicio de las acciones mercantiles. Desde este punto de vista, las relaciones entre Derecho mercantil y Derecho procesal civil son análogas a las que median entre Derecho mercantil y Derecho civil; el Derecho procesal civil debe considerarse como un derecho común frente a estas normas del Derecho mercantil, y por ello la ciencia del Derecho procesal civil suministra a la del Derecho comercial las orientaciones y principios fundamentales; y así, por ejemplo, es imposible estudiar científicamente la institución de la quiebra sin conocer los principios de la ejecución en el Derecho procesal, de cuyo procedimiento ejecutivo la teoría de la quiebra no es, en sustancia, sino un capítulo importante.

§ 7.° El método en la ciencia del Derecho mercantil.

SUMARIO: 18. Importancia de las indagaciones técnica, económica, histórica, comparativa, exegética y sistemática.

18. En pocas ramas del Derecho aparece tan interesante como en el Derecho mercantil el problema del método; su especial naturaleza y característica posición dentro del sistema dan complejidad especial y rica en aspectos nuevos a todas las cuestiones relativas a las fuentes y procedimientos para conocer el Derecho.

Cuatro clases de investigación implica el estudio científico del Derecho mercantil:

1.° El estudio *técnico y económico* de las relaciones sociales que rigen el Derecho mercantil.

2.° El estudio *histórico comparativo* del desenvolvimiento de los varios aspectos de las instituciones de Derecho mercantil en el tiempo y en el espacio.

3.° El estudio *exegético* de las normas del Derecho mercantil positivo italiano.

4.° El estudio *sistemático* de los principios del Derecho mercantil italiano, de su coordinación con los preceptos y principios generales

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ® DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS
BIBLIOTECA FAC. DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES U. A. N. L.

del Derecho civil y con los principios generales de todo el Derecho positivo italiano.

A) Investigación técnica y económica.—Vivante ha realzado muy especialmente las necesidades especiales que para el estudio del Derecho mercantil nacen de la índole especial de su contenido, o sea, de las relaciones sociales que regula; y a este autor hay que reconocerle el mérito de haber expuesto categóricamente y mantenido con fidelidad el juicio de que todo estudio jurídico-mercantil debe hacerse previo conocimiento de la estructura económica y técnica de las instituciones; y no es esto decir que no ocurra lo propio en todas las disciplinas de esta clase, no; el Derecho es norma de conducta y es imposible conocer aquélla ignorando las relaciones que regula. Pero este conocimiento del contenido sustancial de las normas jurídicas en otros campos del Derecho es más o menos fácil, según las distintas ramas del mismo; pero en el Derecho mercantil es dificilísimo porque regula actos y relaciones de índole tan especial, son tan poco conocidos por la inmensa mayoría de las gentes, su tecnicismo es tan complejo, que no basta para ello la común experiencia y requiere un estudio especial y profundo; los actos de la vida social son ejecutados a nuestra vista diariamente y todos tenemos de ellos un conocimiento bastante directo: las relaciones de familia, las sucesiones, las formas más usuales del cambio económico, como la venta, el arrendamiento, la permuta, todos las conocen porque todos toman parte en ellas, y no es necesario en estos casos un estudio particular de la relación, aun cuando en algunos sea útil. Pero en el campo del Derecho mercantil la cosa es muy distinta; los que no son comerciantes ignoran generalmente las relaciones de la vida mercantil, y aun el mismo comerciante no suele conocer sino aquello que corresponde al ámbito de la propia y específica actividad profesional; el mecanismo de las operaciones de banca y bolsa, las variadísimas formas de la venta mercantil, el funcionamiento de las sociedades comerciales, la estructura de las empresas de seguros, las operaciones de los almacenes generales, el transporte marítimo y tantas otras como pudieran citarse, son relaciones con técnica especial que exigen el conocimiento directo del práctico y la observación del estudioso. A veces hay algunas relaciones que, aunque de Derecho mercantil, traspasan la actividad profesional del comerciante y son patrimonio de la actividad corriente de todo ciudadano, como la letra de cambio, el *cheque*, el transporte ferroviario; pero los más ignoran el funcionamiento práctico de las mismas; hay muchos que ignoran el mecanismo del crédito cambiario, que jamás han visto un cheque o no saben lo que es un contraasiento.

Unase a esto que el cambio incesante de las relaciones que regula el Derecho mercantil lo reviste de formas nuevas y nuevos caracteres que hay necesidad de seguir mediante un trabajo asiduo; que lo que ayer era contenido de una norma de Derecho mercantil puede hoy no serlo, y he ahí el peligro del estudio en los libros y la mayor seguridad que procura la observación directa de los hechos; de suerte que desde este punto de vista la ciencia del Derecho mercantil es una ciencia de observación (86).

Pero tampoco debemos exagerar; no pensemos en que la función del tratadista del Derecho mercantil quede agotada con esta investigación sobre la realidad de los fenómenos económicos que regulan el Derecho comercial; la ciencia de éste no es una ciencia económica o técnica, sino *jurídica*; su objeto principal no es el estudio de las leyes económicas que regulan el fenómeno comercio, ni mucho menos el estudio de los medios más aptos para ejercitar la profesión de comerciante; su objeto, en cambio, es el estudio del Derecho mercantil. Pero por seductora y fecunda que sea, como ninguna otra, esta investigación de los hechos es para el estudio del Derecho mercantil una investigación preliminar, un aspecto previo; el estudio del Derecho mercantil significa el de las normas jurídicas que rigen la materia comercial, y el conocimiento del régimen jurídico que las gobierna no podríamos esperarlo del conocimiento técnico de las relaciones comerciales; semejante finalidad no se consigue sino mediante otra serie de investigaciones de índole estrictamente jurídica, como veremos.

B) Investigación histórica comparada.—La investigación histórica, que busca los orígenes y persigue la evolución de las instituciones jurídicas de un pueblo determinado *en el tiempo*; el estudio del

(86) Es, por consiguiente, justa y merecedora de meditación la admonición que Vivante hace a los que se ocupan del Derecho mercantil: «No se permitan jamás tratar una institución jurídica si no conocen a fondo la estructura técnica y la función económica de la misma; acudan a las Bolsas, a los Bancos, a las Agencias, a las Sociedades mercantiles, a las Secretarías judiciales, en busca de material necesario, para comprender aquella estructura y aquella función. Es una deslealtad, una falta de probidad tratar de disciplinar jurídicamente una institución sin conocerla a fondo en la vida diaria.» V. Vivante: *Trattato*, Prefacio a la 1.ª ed, pág. XIII-XIV; v. también Prefacio a la 5.ª ed., páginas IX-X. Acerca de la necesidad de estas investigaciones, si bien arrancando de otros y no aceptables puntos de vista, como la existencia de un *derecho natural*, deducido de la *naturaleza de los hechos*, v. Goldschmidt: *Handbuch des Handelsrechts*, 2.ª ed., I, pág. 301 y siguientes.

BIBLIOTECA FAC. DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES U. A. N. L.

Derecho comparado, que nos descubre los caracteres varios de las instituciones jurídicas de los distintos pueblos; por último, la *investigación histórica comparada*, que estudia la evolución de las instituciones jurídicas en los diferentes tiempos y lugares, forman un conjunto de indagaciones indispensables para el estudio del Derecho mercantil vigente. Agréguese a ésto que quizá no hay rama alguna del Derecho que como en ésta sea tan útil e interesante el empleo del método histórico comparado, porque la rapidez con que se forma y desenvuelve el Derecho mercantil exige seguir las sucesivas evoluciones porque ha atravesado hasta llegar a nosotros; el carácter universal del mismo, originado por la multiplicación de las relaciones comerciales entre los pueblos, presta una mayor e inmediata utilidad al estudio de las instituciones de Derecho mercantil de las demás naciones; el desenvolvimiento del comercio internacional, que hace, por un lado, más sensibles y perturbadores los choques y conflictos entre las legislaciones varias, y, por otra parte, crea necesidades semejantes y condiciones sociales análogas entre los distintos pueblos, origina la formación de normas jurídicas análogas. Estas dos causas influyen para crear un *Derecho uniforme* del tráfico en todos los pueblos, y así ha ocurrido, por ejemplo, en materia de cambio, cuya legislación alemana, austriaca, húngara, suiza, italiana, rusa, danesa, noruega, sueca, japonesa, coinciden en lo sustancial. Esta uniformidad, a más de posibilitar y aun preparar la *unificación del Derecho mercantil* (87), presta al estudio del Derecho comparado y de la doctrina y jurisprudencia comparadas utilidad inmediata para la interpretación del Derecho comercial interno (88).

C) Investigación exegética.—Esta tiene por objeto señalar el verdadero alcance y amplitud de las declaraciones de voluntad encerradas en *cada norma legal*; el objetivo de la exégesis es simplemente *el precepto legal individual*, bien mediante la interpretación gramatical, bien mediante la interpretación lógica del texto, y representa la primera y más sencilla forma de interpretación; *la ley* es su objeto único, y la ley considerada en sus *disposiciones singulares*, no en relación al conjunto entero sistemático del Derecho, y además en su sola *norma expresa*, sin tener para nada en cuenta lo implícitamente contenido en el sistema; forma sencilla y, si se quiere, humilde de interpretación, aun cuando manejada por buenos jurisconsultos, como lo fueron algunos comentaristas franceses del Código de Napoleón, da maravillosos resultados, constituye una investigación indispensable para elevarla después a formas más complejas y atrevidas de interpretación. El estudio del particular precepto legal debe preceder indiscutiblemente a cualquier otra, por dos razones; porque el examen del texto basta para decidir la controversia, siempre que no haya una verdadera *laguna* en la ley; y porque no se puede acudir a medios más indicados de interpretación jurídica si ésta no descansa en textos cuyo contenido se haya fijado claramente (89).

---

(87) Ya se advierten los signos precursores en los trabajos para la unificación del Derecho cambiario. Véase acerca de las conclusiones de la Conferencia de La Haya, con este objeto, Buzzati: *Conferenza dell'Aja sul diritto cambiario*, en *Riv. di Dir. comm.*, 1910, I, pág. 533 y siguientes, y 1911, I, página 1 y siguientes; Vivante: *Il diritto cambiario alla Conferenza dell'Aja*, en *Riv. di Dir. civ.*, 1910, pág. 694 y siguientes. El texto del proyecto preliminar redactado por encargo de los delegados de varios estados, por los señores Lyon Caen y Simons, puede leerse en la *Riv. di Dir. comm.*, 1910, I, pág. 588 y siguientes; el del definitivo del proyecto de ley uniforme sobre cambios, aprobado por la Conferencia de La Haya en 1912, también lo publicó la revista antes citada, 1912, I, pág. 275, con notas aclaratorias de Sraffa; más eficaces han sido los resultados, los trabajos hechos para la unificación del Derecho marítimo, debidos principalmente al Comité internacional marítimo, fundado en Amberes en 1897 por Frank y Le Jeune; mediante una serie de conferencias que hubieron de suspenderse durante la guerra, este Comité ha redactado los muchos proyectos de tratados sobre extremos varios, algunos de los que han sido aprobados en conferencias diplomáticas habidas en Bruselas y firmadas por los respectivos Estados, como, por ejemplo, el de 23 de septiembre de 1910 sobre hurto, asistencia y salvamento de naves, que aprobó Italia, mediante ley de 12 de junio de 1913, núm. 606, sobre responsabilidad de los navieros, privilegios e hipotecas de buques; unificación de algunos preceptos en materia de póliza de fletamento, que fueron aprobadas por la Conferencia de Bruselas y suscrita por numerosos Estados. Sobre la última conferencia del Comité marítimo habido en Bruselas en abril de 1926. V. *Riv di Diritto comm.*, 1926, I, pág. 221. Acerca de la dificultad de la unificación, V. Rocco, en la misma *Riv.*, 1926, I, pág. 486.

(88) Para la aplicación del método histórico al estudio del Derecho mercantil, véase especialmente la polémica de mucho interés sostenida por Goldschmidt contra Thöl en *Zeitschrift f. das gesammte Handelsrecht*, I, pág. 24; XXVI, págs. 606-613; XXVIII, págs. 441-456; *Handbuch des Handelsrechts*, vol. I; *Universalgeschichte des Handelsrechts*, 3.ª ed., Stuttgart, 1891, págs. 40 y 41. V. también la contestación de Thöl, en su *Handelsrechtliche Abhandlungen*, Stuttgart, 1882, pág. 40. Acerca del uso del Derecho comparado, v. Saleilles: *Contribution à l'étude des méthodes juridiques*, en *Annales de Droit commercial*, pág. 217 y siguientes.

(89) Sobre el empleo del método exegético por los comentaristas france-

BIBLIOTECA FAC. DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES U. A. N. L.

D) Investigación sistemática o dogmática.—Llamamos así a la que trata de llenar las *lagunas* de la ley induciendo, mediante la ampliación analógica de la norma escrita, otras más generales no escritas, y estableciendo así principios y reglas generales, bien para una determinada materia, bien para una rama dada del Derecho, ya, por último, a todo el campo jurídico. Esta investigación (90) tiene grandísima, mejor dicho, preponderante importancia en el ámbito del Derecho mercantil; aun prescindiendo de las reglas jurídicas mercantiles, que únicamente de un modo circunstancial comprende el Código de comercio, pero que son consecuencia o desenvolvimiento de principioscontenidos ya en el Derecho civil, las normas genuinamente *mercantiles* son pocas y fragmentarias por cuanto regulando únicamente la materia mercantil, por su naturaleza misma, no contienen sino una regulación *parcial* de las relaciones privadas mercantiles; es de cir, que las rigen como relaciones *comerciales* y no como relaciones *privadas*. El carácter fragmentario del Derecho mercantil está reconocido explícitamente en la ley; el artículo primero del Código de comercio declara ya que el Derecho mercantil escrito y el consuetudinario son incompletos, no comprenden la disciplina jurídica entera de las relaciones mercantiles, supone corrientes estos casos, y provee a ellos en la forma que indica: «en materia comercial se observarán las leyes mercantiles. *Cuando no haya entre éstas* disposición aplicable se observarán los usos mercantiles... *A falta* de ellos se aplicará el Derecho civil». Véase con esto la amplitud que se da en el ámbito del Derecho mercantil a la investigación dogmática; de suerte que la primera función del mercantilista, después de agotada la interpretación gramatical y lógica del precepto de la ley mercantil, es acudir al procedimiento de generalización analógica, e inducir del conjunto de leyes y costumbres comerciales todos los posibles principios y reglas

---

ses del Código de Napoleón, V. Geny: *Méthodes d'interpretation et sources en Droit privé positif*, París, 1899, pág. 23 y siguientes; cuanto dejo dicho en esta obra de los civilistas, puede aplicarse a los mercantilistas franceses pertenecientes a la segunda mitad del siglo XIX. Manara es, entre nosotros, el más eminente representante de este método en Derecho mercantil; V. especialmente de este autor *Sull'odierna importanza del Diritto commerciale e sul metodo per istudiarlo*, extracto del *Circolo giuridico*, Palermo, 1885 así como *Gli atti di commercio*, Prefacio.

(90) Esta investigación llámase *sistemática* o *dogmática*, porque se dirige a reconstruir todo el *sistema* del Derecho vigente y suministrar los principios generales o fundamentales (dogmas) que lo informan.

generales de carácter específicamente comercial (91); pero esto no basta para disciplinar todas las relaciones mercantiles, según hemos visto, y entonces hay que recurrir al Derecho civil. Esta segunda tarea es más difícil porque el mercantilista no sólo tiene que desempeñar la función de civilista, sino con frecuencia ir más allá de donde iría el civilista mismo, ya que es frecuentísimo el caso de que ante relaciones nuevas en transformación continua, como sucede con las relaciones comerciales, aparezcan insuficientes las normas expresas del Derecho civil, y haya necesidad de usar del procedimiento de generalización inherente a la extensión analógica e ir más allá de lo requerido para regular las más sencillas y permanentes relaciones de la vida civil. Cierto que la ley civil—en relación con la materia mercantil—es más deficiente e incompleta, para lo que no sea materia propiamente civil, por dos razones: porque no contiene un adecuado régimen de las relaciones mercantiles, y, además, porque a virtud de las transformaciones rápidas que se realizan en la vida mercantil, para los asuntos de comercio, esas leyes civiles están comparativamente anticuadas y atrasadas; y sin que este juicio signifique falta de respeto hacia la obra, muy digna, verdaderamente, de nuestra codificación civil, no hay duda de que el Código de 1865 refleja condiciones de vida casi arcaica, comparada con la situación actual moderna del comercio y la industria italianas. Y cuanto mayor es el alejamiento entre los preceptos escritos y las relaciones llamadas a regular, tanto menos íntima es la analogía entre los casos regidos y los nuevos que hay que regular, y tanto mayor la necesidad que hay de ampliar la investigación hasta encontrar principios y normas bastante generales para que sirvan a los casos no comprendidos en el régimen; progresiva generalización que, en materia tan nueva como el mercantil, puede a veces llevar fuera del campo mismo del Derecho civil para inducir principios generalísimos de normas dictadas en otras ramas del Derecho. Debe, pues, el mercantilista, mediante un paciente trabajo de inducción, recoger conceptos y normas generales, no sólo en el campo del Derecho mercantil propiamente dicho, sino también en el del civil, y aun llegar a señalar principios generalísimos que sean comunes a todo el sistema jurídico; y sólo mediante este trabajo de inducción y generalización podrá regularse, merced a normas extraídas del Dere-

---

(91) Sobre la posibilidad de inducir, por analogía de las leyes y costumbres comerciales, normas más generales y aun principios generales de Derecho mercantil, v. más atrás, § 13.

BIBLIOTECA FAC. DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES U. A. N. L.

cho positivo, la variedad infinita de casos que origina la multiforme y siempre distinta actividad del tráfico (92).

Las cuatro clases de investigación que brevemente hemos descrito, suministran los elementos necesarios, no sólo para el estudio del *Derecho mercantil positivo vigente*, que constituye el objeto principal de la ciencia del Derecho mercantil, sino también para el estudio de las *reformas* que han de hacerse en el derecho constituído, estudio que también forma parte de la misión del mercantilista. Realmente la investigación *exegética* y la *dogmática*, descubriéndonos por completo el Derecho vigente, nos permiten conocer sus diferentes deficiencias; la investigación *técnica* y *económica* nos muestran lo que al Derecho exige la índole de las relaciones comerciales; y la investigación *histórico comparativa*, nos ilustra acerca de la forma en que las demás legislaciones han atendido a estas exigencias.

En suma, que los dos fines de la ciencia del Derecho mercantil, o sea, el conocimiento del derecho vigente y la preparación del derecho del porvenir, no pueden alcanzarse sino mediante las cuatro clases de investigación que acabamos de indicar.

§ 8.º División de la ciencia del Derecho mercantil.

Sumario: 19. División que suele hacerse. Su crítica. División que adoptamos.

19. Del Derecho mercantil, como ocurre con toda ciencia, hay varias divisiones. Las más en boga en Francia corresponde esencialmente a la seguida por el Código de comercio, que divide el Derecho mercantil en cuatro partes: una *Parte general* que trata de las fuentes, de los actos de comercio, de los comerciantes, de las sociedades mercantiles, de las obligaciones y contratos mercantiles, tanto en general como en particular; una segunda que dedica al *Derecho marítimo;* la tercera, a la *quiebra*, y la cuarta, a las *acciones* y al *procedimiento mercantiles*.

En Alemania, distinguen habitualmente *Derecho mercantil propiamente dicho*, del *Derecho marítimo* y del de *cambio*, porque allí la quiebra es una institución común a comerciantes y no comerciantes,

(92) Del procedimiento de generalización peculiar de la extensión analógica, V. cuanto decimos más adelante, a propósito de la *interpretación* en el Derecho mercantil.

y aunque autónoma, consideran que forma parte del Derecho procesal civil, y la nombran derecho de concurso.

Durante muchos años ha prevalecido en Italia la división seguida por la doctrina francesa, pero hace poco hay tendencias a seguir más bien el sistema alemán y excluir de los tratados de Derecho mercantil propiamente dicho, el marítimo y el de quiebras (93), o únicamente el Derecho marítimo (94).

En cuanto a la división del Derecho mercantil en sentido estricto, puede decirse, en sustancia, que prevalece la división de la materia correspondiente a la clásica división romana: *personas, cosas, obligaciones* (95).

No sería propio de este lugar la crítica profunda de estas distintas divisiones, la tradicional seguida por el Código, carece de carácter científico; y creemos que tampoco corresponde a un concepto exacto científico la división que excluye de la exposición del Derecho mercantil, materias que, cómo sucede en Italia, no sólo regula el Código de comercio, sino que son objetivamente mercantiles, como la quiebra, verdadera institución de comerciantes, y el Derecho marítimo, que rige un ramo importantísimo del tráfico mercantil. Excluir uno u otro, o los dos, al tratar del Derecho mercantil, porque el estudio de la quiebra corresponda al procedimiento y el del Derecho marítimo al administrativo, nos llevaría, si procediéramos con lógica, a incorporar la exposición del Derecho mercantil en sentido estricto a la del Derecho civil; y si reconocemos la oportunidad de estudiar separadamente el Derecho mercantil, no puede dejar de incluirse en él cuanta doctrina forma parte del mismo tradicionalmente y que en sustancia recae sobre un conjunto de normas jurídicas reguladoras de materias objetivamente mercantiles. Y en cuanto a la división tripartita en *personas, cosas y obligaciones*, adviértase que es una división que, aunque muy usada entre los civilistas, está con justicia ya abandonada, y que no es además muy correcto, en el orden lógico y sistemático, contraponer las obligaciones, clase *especial* de relaciones jurídicas, a las personas y a las

(93) El *Trattato di Diritto commerciale*, de Vivante, no comprende el Derecho marítimo, ni la quiebra.

(94) Como el *Trattato elementare* y el *Trattato teorico-pratico*, de Navarrini, el *Traité élémentaire di Droit commercial*, de Thaller, no comprende el Derecho marítimo; ello prueba que Francia también ha sido influída por la división alemana.

(95) Distinción seguida por Franchi en su *Manuale di Diritto commerciale*, Turín, 1890-1895; por Marghieri: *Manuale di Diritto commerciale*, Nápoles, 1907, y por Vivante: *Trattato*, 2.ª y sucesivas ediciones.

UNIVERSIDAD DE CASTILLA-LA MANCHA DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

cosas, que son *elementos* de las mismas; y que, a propósito de *elementos* comunes a todas las relaciones, se hable de dos clases especiales de éstas, como los derechos personalísimos y los derechos reales. A mi juicio, dada la naturaleza del Derecho mercantil y su posición respecto al civil, no hay más remedio que adoptar para la ciencia del Derecho mercantil la división misma que siguieron los pandectistas y es hoy corriente en el campo del Derecho civil. Si nuestro derecho es Derecho privado y derecho especial o excepcional, claro es que debe haber un perfecto paralelismo entre la sistematización del Derecho privado común o civil y la del Derecho mercantil; y así como en aquél hay una Parte general y una Parte especial, la primera de las cuales trata del derecho objetivo y de las relaciones jurídicas *en general*, ocupándose la segunda de las relaciones jurídicas en particular, cabe en el Derecho mercantil, una *introducción* que hable de la *ciencia del Derecho mercantil*, de su objeto, su función, su método, que deba ocuparse del Derecho mercantil objetivo en general y de las relaciones del mismo, también en general, para ir después en la parte especial o estudio de cada clase de relaciones jurídicas. He aquí, por lo tanto, sistemáticamente, la división que seguimos para la ciencia del Derecho mercantil:

PARTE GENERAL:

A) Introducción: *Ciencia del Derecho mercantil* (noción, objeto, método).

B) *Derecho mercantil objetivo* (división, fuentes, interpretación, contenido).

C) *Relaciones jurídicas comerciales en general:*

a) naturaleza y clases (derechos personales, derechos reales, derecho de obligación);

b) elementos:

α) sujetos (persona natural y jurídica);

β) objetos o cosas (distinción de las cosas; distintas clases de cosas; muebles e inmuebles; fungibles y no fungibles; simples y compuestas; con valor en sí mismas o que representan un valor);

c) nacimiento, modificación y extinción (hechos y actos jurídicos mercantiles):

α) hechos jurídicos voluntarios (actos jurídicos comerciales).

αα) actos lícitos. Teoría de los negocios jurídicos mercantiles;

ββ) actos ilícitos;

β) hechos jurídicos involuntarios: singularmente el transcurso del tiempo. Teoría de la prescripción;

d) cumplimiento de los derechos.

PARTE ESPECIAL:

A) *Derecho de las personas:*

a) Estado de comerciante. Derechos y obligaciones personales de los comerciantes;

b) la persona física comerciante;

c) sociedades mercantiles.

B) *Derechos reales:*

a) propiedad;

b) posesión;

c) Derechos reales de garantía.

C) *Derecho de obligaciones:*

a) obligaciones mercantiles en general. Principios especiales de las obligaciones mercantiles;

b) obligaciones que nacen de negocios jurídicos unilaterales; singularmente de la emisión de títulos de crédito; letra de cambio;

c) obligaciones nacidas de los contratos:

α) contratos del comercio terrestre (venta, transporte, seguros, depósito, prenda, cuenta corriente, operaciones de bolsa y de banca, mandato, etc.);

β) contratos del comercio marítimo (venta de buques, hipoteca naval, construcción, armamento, flete, seguro, préstamos a la gruesa, etc.);

d) Obligaciones nacidas de actos ilícitos;

e) Obligaciones que nacen de otros hechos jurídicos;

f) Cumplimiento de las obligaciones. Quiebra y Privilegios.

Objeto del presente tomo y exposición de la *Parte general.*

§ 9.º BIBLIOGRAFÍA DEL DERECHO MERCANTIL.

SUMARIO: 20. I) Desenvolvimiento de la ciencia del Derecho mercantil desde la primera mitad del siglo XIX a nuestros días: ciencia del Derecho mercantil en la primera mitad del XIX.—21. Progreso de la ciencia en Alemania.—22. Progreso de la ciencia en Italia.—23. II) Indicación de las obras generales cuya consulta es más útil.—24. Breve noticia bibliográfica.

20. I) Durante la primera mitad del siglo XIX, a Francia corresponde indudablemente la preferencia científica, legislativa y jurispru-

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ® DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS
BIBLIOTECA FAC. DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES U. A. N. L.

dencial del Derecho mercantil. Ya indicamos la difusión grande de su *Código de comercio* de 1807, que bien en su forma primitiva, bienreproducido con pocas diferencias, llega a casi toda Europa y a los Estados de la América del Sur. No es que expresase un pensamiento jurídico original; todo lo contrario: el Derecho sancionado por él y respecto a Francia, era creación predominantemente extranjera, y para hablar con más propiedad, preferentemente italiana. Decía, y decía bien, uno de los más geniales mercantilistas franceses, Fremery, en la Historia del Derecho mercantil, que, sea cualquiera el punto de que se arranque, se llega siempre a Italia; pero las instituciones y los principios elaborados en las ciudades italianas medievales que pasaron a Francia en los siglos xv y xvi, hallaron en el Código de comercio de Napoleón, y en la suerte de las armas y de las ideas francesas, vehículo para conquistar el mundo.

En los cincuenta primeros años del siglo, el trabajo científico y práctico fué en Francia de importancia y fecundo; su jurisprudencia, admirable por lo sólido y práctico del sentido, suministró materiales preciosos y constituyó la base de un espléndido movimiento doctrinal. Mientras en Alemania ardía aún la lucha entre los partidarios de la escuela histórica y de la filosófica, y por contraste aguardaba el Derecho mercantil la aurora de un renacimiento fecundo, en Francia, sabiamente manejados los métodos histórico, exegético y dogmático, fraguaban la sólida base de la ciencia mercantil francesa. Las fuentes históricas del Derecho mercantil habían sido exploradas diligente y agudamente por Pardessus y Fremery; Vincens, mediante la experiencia de la vida comercial, ilustraba los principios jurídicos; Massé trata profunda y sólidamente el Derecho mercantil vigente desde el punto de vista dogmático y sistemático; Pardessus resume breve y magníficamente la doctrina mercantilista contemporánea; Bravard-Veyrières, sutil y profundo crítico, corregía y renovaba la doctrina entera dominante en el campo del Derecho del tráfico, y un vastísimo material de estudios y de investigaciones se acumulaba en monografías, comentarios, diccionarios y revistas jurídicas; en una palabra: que la ciencia francesa del Derecho mercantil en los cincuenta primeros años del siglo se había prodigado magníficamente en todos los campos, dejando huellas imborrables en algunos de ellos, y en cuanto al Derecho marítimo y a la quiebra, por ejemplo, hoy mismo no ha envejecido.

En cambio, en Alemania no fueron muy propicias las circunstancias para el estudio del Derecho mercantil en casi toda la primera mitad del siglo xix; no sólo hasta la redacción de la Ordenanza cambiaria de 1847 faltaron totalmente tentativas de codificación del Derecho mercantil, sino que tampoco hubo un desenvolvimiento científico que pudiera compararse lejanamente al que logró el Derecho privado, civil o común. Entre la multiplicidad de estudios e investigaciones provocadas sobre todos los campos del Derecho por la escuela histórica, quedó olvidado únicamente el Derecho mercantil, y éste careció de estudio propio en la literatura científica, siendo expresado con brevedad en los manuales de Derecho civil; en cuanto a las Universidades, se estudiaba como parte del Derecho privado alemán en un curso de pocas semanas.

Más grave, sin embargo, era aún la situación en Italia, porque tanto la ciencia como la enseñanza del Derecho privado yacían abandonadas en la primera mitad del siglo xix, aun cuando no faltaron, ciertamente, chispazos en estos tiempos de decadencia; mas la continuidad de nuestra gloriosa tradición jurídica quedó interrumpida con la promulgación del Código francés y se paralizó la elaboración nacional del Derecho privado.

Por eso no es maravilla el que los estudios de Derecho mercantil, que en Italia habían disfrutado de épocas brillantísimas, quedasen reducidos a copias serviles, y con frecuencia incongruentes, de mal digeridas doctrinas francesas: si en las diferentes partes de Italia regían Códigos, traducción o imitación del *Code de commerce*, nada más natural que la riquísima y espléndida jurisprudencia francesa lo absorbiera todo e imposibilitara que surgiese una escuela nacional de Derecho mercantil. Cuando cerraba el siglo xviii con los nombres que aun hoy honrosamente se recuerdan, de Azuni, De Jorio, Baldasseroni, a contar desde los primeros años del xix hasta 1850, y salvo quizá el tratado de Cesarini, no hallamos una sola obra de Derecho mercantil cuyo recuerdo hoy valga la pena. En realidad, aun entre personas competentes, son pocos los que conozcan los nombres de Reale, Zucadelli, Salvi, Castelli, Corti, Dalluschek, Castellano, Portula, Sassi y Montagnini, Paroletti, Albertazzi y Prasca, Bronzini, que escribieron tratados, comentarios, diccionarios sobre el Derecho mercantil y que, con justicia, yacen en olvido.

Y en estas condiciones comienza el período histórico que vamos a estudiar especialmente: predomina la ciencia y la legislación francesa, muy tierna pero próxima ya a la madurez la ciencia alemana del Derecho mercantil, exhausta y todavía lejana la esperanza de renacimiento de la un día gloriosa doctrina mercantilista italiana.

BIBLIOTECA FAC. DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES U. A. N. L.

21. De suerte que así como la época anterior pudo, con justicia, denominarse época francesa, de la que vamos a hablar merece titularse alemana.

Por muchas razones estaba esta nación excelentemente preparada para un esplendoroso desarrollo del Derecho mercantil. Renacen los estudios jurídicos, debido especialmente a los partidarios de la escuela histórica, y esto debía reflejarse necesariamente en los estudios de Derecho mercantil. Contaba ya la ciencia jurídica alemana, en el campo de Derecho privado, con nombres como Savigny, Puchta, Hugo, Mittermayer, Beseler, y aunque no podía distraer su atención hacia el campo hasta ahora olvidado, pero tan prometedor, del Derecho mercantil, las necesidades prácticas de primer orden les empujaban a ello. El comercio alemán se desenvolvía briosamente y exigía le prestaran atención los legisladores y juristas; se inicia, por consiguiente, la nueva era del Derecho mercantil alemán con grandísimo vigor entre 1840 y 1850, y el acto más importante y significativo de esta época fué, indudablemente, la redacción y publicación de la ley de Cambios de 1847, obra legislativa admirable por la perfección técnica, e importante por el significado político, por cuanto en tiempos de división política afirmaba solemnemente la unidad del pensamiento jurídico alemán; de esa ley puede decirse que logró fortuna mejor que la del mismo Código de comercio francés, porque lenta, pero seguramente, ese sistema de cambio alemán ha dado la vuelta al mundo y todavía en fecha reciente triunfaba en la Conferencia de La Haya, que al elaborar un proyecto de ley de Cambios uniforme, reprodujo en sus líneas fundamentales los principios de la Ordenanza germánica de 1847.

En tanto que la legislación comercial alemana erigía tan admirable monumento, la ciencia tudesca del Derecho mercantil comienza a constituirse, a impulso, especialmente, de Enrique Thöl. Aun hoy maravilla, y sólo cabe explicarlo teniendo en cuenta el desenvolvimiento notable a que había llevado a la ciencia alemana el estudio de la historia y sistema del Derecho de Pandectas, el que Thol hubiera pasado de un salto desde los fragmentarios, ocasionales y breves escritos que le precedieron, a crear un cuerpo orgánico de doctrina como el que contiene su tratado de Derecho mercantil, cuyo primer volumen apareció en 1841: casi de la nada creó el Derecho mercantil alemán a base esencialmente romanista, y con rigurosa lógica supo deducir de aquel milenario cuerpo de doctrina jurídica, principios aptos para gobernar los novísimos caracteres del movimiento mercantil.

No faltaron críticas al procedimiento, pero en realidad era el único que podía emplearse en aquel instante; faltaba la base sólida de una

legislación reciente, y era harto natural y necesario el esfuerzo de utilizar el Derecho romano para adaptarlo a la disciplina jurídica de las nuevas relaciones surgidas del tráfico; se le reprochó el olvido de la investigación histórica y no haber contado suficientemente con los factores económicos en la reconstrucción del Derecho mercantil vigente; y esa censura, que inició antes que nadie el gran émulo de Thöl, Goldschmidt, y que se repitió después, peca, a nuestro juicio, de injusta. La investigación histórica es útil y necesaria cuando se trata de interpretar normas jurídicas producto de una larga evolución, y éste no era el caso de Thöl, quien más que interpretar normas existentes, tenía que crear una disciplina jurídica nueva para una serie de relaciones que el Derecho romano vigente a la sazón ni conocía ni regulaba. Ciertamente que era utilísimo el estudio de la naturaleza objetiva de las relaciones cuya disciplina jurídica se trataba de fijar, y Thöl no desconoció nunca la importancia de semejante investigación técnica y económica acerca de la naturaleza de las relaciones que necesitaban regularse; sólo dijo que ello era el principio, pero no el objeto directo de la investigación jurídica, y el resultado de su obra demostró que había emprendido el verdadero camino. A Thöl hubo de reconocérsele no sólo el mérito de fundador de la ciencia alemana de Derecho comercial, sino la de haber construído un organismo tan sólido de doctrina jurídica, que ocupó casi el lugar de la ley hasta promulgarse el Código general de comercio alemán, y aun en la misma redacción de éste, para cuya preparación sirvió la obra de Thöl, ejerció un decisivo influjo el docto mercantilista.

En tanto que a Thöl, cargado de años y de ciencia, benemérito en ésta y en la práctica, se le saludaba como el príncipe de los mercantilistas alemanes, un juvenil profesor de la Universidad de Heidelberg, Levin Goldschmidt, fundó una revista de Derecho mercantil, célebre después, en la que se colocaba resueltamente contra la tendencia dominante, cuyo jefe era Thöl; tendencia que consistía en servirse para el estudio del Derecho vigente, si no de un modo exclusivo, principal, del elemento sistemático, y de atender, sobre todo, a la investigación de los principios directivos o dogmas del Derecho positivo; frente a Goldschmidt, sostuvo la necesidad de reconstruir las fases sucesivas del desarrollo de las instituciones de Derecho mercantil, oponiendo al método del «aislamiento dogmático» de Thöl, el método «genético» (96). Y nosotros, que hoy miramos como jueces imparcia-

(96) Acerca de la polémica entre Thöl y Goldschmidt, v. pág. 86, nota 2, de la obra de éste.

BIBLIOTECA FAC. DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES U. A. N. L.

les y ya distante la oposición entre estos dos eminentes escritores, hemos de confesar que el más anciano, Thol, es verdaderamente quien tenía un concepto más moderno y preciso de la naturaleza del Derecho y de la misión de la ciencia jurídica. Thöl repitió insistentemente el concepto de que lo que él se proponía estudiar y exponer era el Derecho positivo, y nada más que el Derecho positivo, y que ninguna eficacia reconocía a cualquier otra clase de Derecho fuera de él; Goldschmidt, por el contrario, creía en un Derecho derivado de la íntima naturaleza de las cosas y de las relaciones, igual en todos los tiempos y para todos los lugares, y, por consiguiente, de ahí la necesidad para él, de atender continuamente a la naturaleza de las cosas, que, como todo partidario de la escuela histórica, considera que es la principal fuente de Derecho; decía que todo Derecho positivo es la manifestación externa y el reconocimiento de las normas jurídicas naturales inmanentes y propias de las relaciones de la vida en cada tiempo; y por ello, así como a Thöl se le puede colocar entre los precursores del positivismo jurídico, a Goldschmidt, como a otros partidarios de la escuela histórica, debe reputárseles en sustancia como un fruto tardío de la escuela de Derecho natural.

Pero por discutibles que sean las premisas filosóficas de la doctrina de Goldschmidt, hay que reverenciar y reconocer los altos merecimientos de este mercantilista para la ciencia del Derecho comercial; su mérito principal fué encaminarse hacia la investigación histórica, y por ello puede decirse que sus mejores esfuerzos se dirigieron a la reconstrucción histórica del Derecho mercantil; ahora bien, puede afirmarse que los resultados no guardan relación con el enorme esfuerzo hecho, sobre todo, en materia de interpretación y aplicación práctica del Derecho. Claro está que no se puede negar que en orden a la aplicación y la interpretación, la investigación histórica es menos fructífera en la rama mercantil que en otros campos del Derecho. En una materia como la que regula el Derecho comercial, en perpetua transformación y evolución, es relativamente escaso el número de preceptos y de instituciones antiquísimas, y su valor no podría precisarse sino mediante una larga investigación histórica; y es muy natural que los preceptos recientes, surgidos bajo el apremio de necesidades que acaban de nacer, tengan menor necesidad de investigación histórica para comprenderlos y aplicarlos rectamente: en el campo del Derecho mercantil ocurre un fenómeno inverso a lo que en otros, como, por ejemplo, el Derecho procesal, en el que se dan intensamente, y en número crecidísimo, la supervivencia de formas y reglas surgidas en otras épocas y para otras necesidades; esto es muy raro en el

ámbito del Derecho mercantil, en el que las normas que ya no responden a las exigencias de la vida comercial se eliminan rápidamente, y si subsiste alguna nominalmente en vigor, no hay dificultad ni interés en interpretar normas que ya no se aplican. Claro está que todo esto no priva del valor ideal y científico inherente a toda indagación histórica, aun cuando se encamine al campo del Derecho mercantil; y desde este punto de vista, Goldschmidt queda siempre como el maestro insuperable y benemérito. A más del campo histórico, Goldschmidt trabajó tanto y con tal profundidad, que es uno de los patriarcas de la ciencia alemana del Derecho mercantil.

Con la ley de cambios de diciembre de 1847, el Código de comercio del 61 y la ley sobre quiebras del 77, que tuvo el mérito de organizar un rápido y eficaz procedimiento de quiebra, común a comerciantes y no comerciantes, Alemania posee hoy una legislación mercantil elaborada esmeradamente, y a este sólido elemento de progreso jurídico hay que agregar una bibliografía riquísima, una jurisprudencia docta y sagaz, y por eso se explica ese predominio alemán en el campo del Derecho mercantil en la segunda mitad del siglo XIX.

No es posible olvidar la numerosísima fila de mercantilistas alemanes, a alguno de los cuales debe nuestra ciencia vivísimo reconocimiento: Kuntze, Endemann, Kohler, Riesser, Pappenheim, Gierke, Behrend, Lehmann, Grünhut. A virtud de esta literatura, zonas enteras del Derecho mercantil, que estaban olvidadas en la legislación y la doctrina francesa, ocuparon su debido lugar jurídico. Se elaboró la teoría de las fuentes, se revisó y sistematizó la de los actos de comercio, se fundamentó sólidamente la doctrina de los títulos al portador, se renovó la de la letra de cambio, se estudió el contrato de transportes, el seguro, la cuenta corriente, se fijó el concepto y esclareció la teoría de la representación, quedó definido debidamente el momento de la perfección del contrato y se estudió la doctrina de los contratos entre ausentes.

Este fervor de investigación disminuyó notablemente al promulgarse en 1896 el Código civil alemán; la codificación civil marca en este país el comienzo de la decadencia de los estudios mercantilistas, circunstancia que no es meramente fortuita, sino producida por causas de fácil averiguación. Hasta que se publicó el Código civil, favoreció el desarrollo del Derecho mercantil el que el Código de comercio era el único Código de Derecho privado vigente en Alemania; había precedido al civil y se utilizaba para regular algunas materias no comerciales estrictamente, y la doctrina de los civilistas se utilizaba continuamente para disciplinar aquellas nuevas relaciones civiles en

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ®
BIBLIOTECA FAC. DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES U. A. N. L.

que el Derecho romano era insuficiente; publicado el Código civil, se creyó necesario despojar al de comercio de cuanto no fuese estrictamente mercantil, y en la reforma del Código de comercio de 1897, readquiere la consideración de ser un derecho del comerciante, y la disciplina jurídica entera de las relaciones comerciales queda reducida a un corto número de normas de carácter profesional. Disminuída de esta suerte la importancia práctica del Derecho comercial, van olvidándose los estudios mercantiles y la atención entera de los juristas alemanes recae y continúa concentrada exclusivamente en la codificación civil. Unase a esto que aun en el campo mismo del Derecho civil, con la codificación ha descendido el nivel de los estudios juridicos, porque desaparecida la libertad de movimientos y de la indagación que exigía un derecho no codificado y entregado hacía siglos a la elaboración de los juristas, como el Derecho romano, la ciencia civilista alemana parece haber desaparecido, y descender, de la atrevida y laboriosa construcción dogmática, al trabajo pedestre de rumiar la exégesis de aquellos preceptos; crisis del Derecho civil que ha repercutido, naturalmente, en el Derecho mercantil, y agravado las causas de la decadencia de los estudios mercantiles desde hace más de veinte años.

Mucho menos compleja e importante es la evolución del Derecho mercantil en Francia en esta última época: la espléndida floración de la primera mitad del siglo sufre un colapso en el decenio siguiente a 1850, en que comenzó la decadencia; la actividad legislativa de este periodo no tiene nada de particular; ni las leyes de 1867 y 1893 sobre sociedades, ni la ley de 1887 sobre liquidación judicial, son índice de actividad legislativa original y fecunda; la doctrina, después de producir algunos comentarios y tratados de poco valor, como los de Alauzet, Delamarre y Poitvin, ha seguido y sigue reproduciendo únicamente la literatura más antigua, sin cuidarse de mejorarla, y la ciencia francesa vive hoy del patrimonio acumulado en la primera mitad del siglo último; cierto que el patrimonio era rico, pero no hay riqueza que resista si se gasta y no se produce otra nueva, y en realidad, Francia ha producido harto poco en los últimos decenios en el campo del Derecho mercantil, porque el tratado mismo moderno más completo y acreditado, de Lyon-Caen y Renault, no es sino una compilación enciclopédica muy diligente y exacta, sí, de cuanto se ha escrito y fallado en Francia en materia mercantil, pero que carece de originalidad. Se han hecho tentativas para buscar nuevos caminos, y merecen recordarse los nombres de Wahl, Saleilles, Pic, Levy-Ullmann y, sobre todo, Thaller, a quien la ciencia francesa del Derecho mercantil debe especial reconocimiento; pero son

tentativas aisladas nada más ante la gran masa de colecciones que se limitan a repetir hasta la saciedad lo ya escrito por Pardessus, Vincens, Bravard-Veyrières, Beslay, Massé y Alauzet.

22. En cuanto a Italia, las condiciones tristes en que se hallaban todavía los estudios jurídico-mercantiles hacia la mitad del siglo XIX y hasta que se consiguió la unidad política, hubieron de producir en el campo legislativo efectos imposibles de evitar. El primer Código de comercio del Reino de Italia, publicado en 1865, nació sin el apoyo de una sólida preparación doctrinal y jurisprudencial, y, en realidad, no fué más que una mediana revisión del Código albertino de 1842 que, a su vez, reprodujo íntegramente el Código de Napoleón, modificado por la ley de quiebras de 1838; y acerca de este mediocre Código nació una literatura también mediocre, pero algo superior a la muy mezquina de la época anterior; todavía dominaba la imitación de los comentaristas franceses, pero iba surgiendo ya el estudio sistemático del Derecho mercantil, merced a los trabajos especialmente de Ercole Vidari, que fué el iniciador del renacimiento de los estudios de Derecho mercantil.

En este ambiente se redactó y discutió el nuevo Código de comercio de que ya hemos hablado (97); y hasta después que aparece éste no comienza la época verdaderamente renovadora de los estudios mercantilistas en Italia, merced a dos clases de hechos que influyeron en ello; por una parte, la mejora de las condiciones económicas del país y el resurgimiento consiguiente del tráfico, que comienza con lentitud, y después de 1870 continúa con un ritmo más acelerado al comenzar el siglo; de otra, el resurgimiento de los estudios jurídicos, que también comienza, a contar de 1870, y especialmente del Derecho romano; de éste, como siempre, procede la luz, y cuando los estudios del Derecho romano, merced singularmente a Filippo Serafini, Vittorio Scialoja y Carlo Fadda, adquirieron cierto grado de desenvolvimiento y difusión, el conocimiento del método riguroso de estudio e investigación hubo de propagarse y producir un vasto movimiento de renovación en los estudios de Derecho privado (98).

También adquiere un impulso vigoroso y orgánico la ciencia del Derecho en el campo del mercantil. Vidari realizaba la publicación de sus cursos de Derecho mercantil en múltiples ediciones; Supino atendía asiduamente el trabajo preparatorio del nuevo Código de comercio; Marghieri exponía con sencillez y claridad el organismo del nue-

(97) Véase pág. 26 y sigs.

(98) Véase mi artículo *Gli studi di Diritto privato in Italia negli ultimi cinquant'anni*, en la *Riv. di Dir. comm.*, 1911, I, pág. 300.

BIBLIOTECA FAC. DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES U. A. N. L.

vo Derecho de cambio e iniciaba la exposición sistemática del Derecho mercantil italiano; Sacerdoti, con artículos y pequeñas monografías, ejercitaba en varios temas su poderoso ingenio de jurista; y nuevas y prometedoras energías surgían en el campo del Derecho mercantil para contribuir gallardamente a la formación de la escuela italiana; Lucio Papa D'Amico indaga en la historia del Derecho mercantil; Bolaffio, poderoso talento, comenta sagazmente algunos títulos del Código de comercio, y publica multitud de monografías y notas a la jurisprudencia que interpretan, con fortuna las más veces, los extremos más discutidos de la nueva legislación mercantil; Manara trabaja los conceptos jurídicos en el campo casi inexplorado del Derecho ferroviario; Franchi se dedica al desenvolvimiento del Derecho mercantil y trata agudamente problemas importantes del Derecho de seguros y del Derecho industrial.

Pero el escritor de la nueva escuela italiana que encierra las características más eminentes, quien desde el comienzo tiene más seguridad y plena conciencia del método, y a quien la ciencia italiana del Derecho mercantil debe, principalmente, la afirmación de su carácter propio y autonómico, es César Vivante; su personalidad científica queda afirmada desde sus primeros escritos sobre Derecho marítimo, pero fortifica y madura su opinión de jurista organizador en la monografía, compuesta de tres volúmenes, sobre contratos de seguros, y en el tratado de Derecho mercantil, obra grande y original de reconstrucción sistemática del Derecho comercial vigente; y si carece de la inflexible lógica jurídica de Thöl, así como de la amplitud y profundidad de cultura histórica y romanista de Goldschmidt, les es superior en conocimiento de la estructura técnica y de la función económica de las instituciones de Derecho mercantil y en el sentido fino de las exigencias prácticas del Derecho; su influjo fué grande en el desenvolvimiento de la ciencia italiana de nuestro Derecho, y los que lo experimentaron más directamente fueron sus discípulos, esto es, cuantos aprendieron en sus libros y en su enseñanza el Derecho mercantil. En este caso hay que colocar a Sraffa, que recibió de él el seniimiento vivo de la vida comercial, el conocimiento de la técnica de los negocios, que ha utilizado sagazmente para la reconstrucción jurídica de las instituciones guiadas por un criterio seguro que no le abandona nunca, y una cultura tomada en las fuentes más modernas.

Imposible acabar esta rápida ojeada sin que recordemos las demás personas ilustres que contribuyeron y contribuyen a mantener viva y floreciente la escuela italiana de mercantilistas: Arnaldo Bruschettini, Umberto Navarrini, Alberto Vighi, poderoso talento, arrebatado harto prematuramente a la ciencia; Ageo Arcangeli, Antonio Scialoja, Alfredo de Gregorio, y, entre los más jóvenes, Giuseppe Valeri, Alberto Asquini, Isidoro La Lumia.

Callo sobre otros muchos importantes romanistas, civilistas e historiadores: Pietro Bonfante, Gino Segré, Luigi Tartufari, Leonardo Coviello, Giovanni Pacchioni, Silvio Perozzi, Francesco Schupfer, Arrigo Solmi, Francesco Brandileone, Ludovico Zdekauer, Alessandro Lattes, que han contribuído con su enorme y valiente esfuerzo a los estudios de Derecho mercantil, ampliando el campo de investigación y enriquecídole con nuevas materias doctrinales e históricas. Sin exagerar puede decirse hoy que la escuela italiana de Derecho mercantil tiene una personalidad relevante y propia frente a las escuelas extranjeras; de la francesa la distingue una mayor atención al sistema, más profundo análisis de los conceptos jurídicos, la tendencia más exacta de la construcción orgánica de las instituciones; y respecto a la ciencia alemana, posee el mérito de un estudio más diligente de los hechos, un más vivo sentimiento de la realidad de las relaciones sociales y mayor lucidez de concepción y exposición.

Y en este campo la ciencia no oficial ha producido una de las figuras de jurista más completa de la Italia contemporánea, que ha dejado una huella imperecedera en esta clase de estudios. Me refiero a Gustavo Bonelli, desaparecido poco ha, a quien corresponde el mérito de haber expuesto y defendido con excelentes resultados, bajo todos los aspectos, la necesidad de una dirección más rigurosamente sistemática en el estudio del Derecho mercantil.

23. II) Aparte de los dos comentaristas Bartolo de *Sassoferrato* (1357) y Baldo degli Ubalde, de *Perugia* (1400), que nos legaron numerosas *respuestas* u opiniones *(consilia)* en materia comercial, deben señalarse como autores de obras de Derecho mercantil, que en todo o en gran parte traten de la materia:

Benvenuto Stracca, natural de Ancona: *Tractatus de mercatura seu mercatore,* Venecia, 1553. Primer tratado sistemático de Derecho mercantil, obra notable en que por primera vez se elabora el ingente material que el Derecho romano, los estatutos municipales, la jurisprudencia y la costumbre acumularon para la formación de las instituciones comerciales (99).

(99) Acerca de la obra de Stracca, v. Franchi: *Benvenuto Stracca,* Roma, 1888, y Goldschmidt: *Zeitschrift für das gesammte Handelsrecht,* XXXVIII (1890), pág. 1.ª y sigs.

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ® DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS
BIBLIOTECA FAC. DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES U. A. N. L.

Sigismondo Scaccia: *Tractatus de commerciis et cambio*, Roma, 1618. Menos estimable que el anterior, menos original, pero muy útil para lo referente a la letra de cambio.

Franciscus Roccus: *Responsa legalia de mercatura*, dos tomos, Nápoles, 1655. Compilación vasta, en la que se recoge utilísimamente la jurisprudencia del Sacro Consejo napolitano.

Ansaldus de Ansaldis: *Discursus legales de commercio et mercatura*, Roma, 1689. Algo más original que el anterior.

Giuseppe Maria Casaregis, genovés († 1737): *Discursus legalis de commercio*, tres tomos, Florencia, 1719. Obra clásica en la literatura del Derecho mercantil, que es un gran tesoro de sabiduría jurídica y de sentido práctico; hoy mismo no es posible estudiar las instituciones de Derecho mercantil sin conocer lo escrito por Casaregis, conocedor agudo y profundo de la práctica mercantil.

Azuni: *Dizionario universale ragionato della giurisprudenza mercantile*, 1.ª edic., Niza, 1780-88; 2.ª edic., Liorna, 1822-24, cuatro tomos.

Baldasseroni Ascanio: *Dizionario della giurisprudenza mercantile*, cuatro tomos, Florencia, 1810-12.

De Iorio: *Giurisprudenza del commercio*, Nápoles, 1793.

Fierli: *Della società chiamata accomandita e di altre materie mercantili*, Florencia, 1803.

Todas estas obras son útiles, principalmente, para la historia del Derecho mercantil en Italia; y lo mismo puede decirse respecto a Francia y Alemania de las obras siguientes:

Savary Jacques: *Le parfait negociant*, París, 1675; Idem, *Dictionnaire universel du commerce*, reimpreso en París en 1784; Idem, *Parères ou avis et conseils sur les plus importantes matières du commerce*, París, 1688.

Jousse: *Commentaire sur l'ordonnace de Louis XIV*, París, 1678.

Valin: *Commentaire sur l'ordonnace de la marine*, La Rochela, 1760.

Emerigon: *Traité des assurances et des contrats à la grosse*, Marsella, 1784.

Lauterbach: *Collegium de iure in curia mercatorum usitato*, Tubinga, 1655.

Marquard: *Tractatus politico-iuridicus de iure mercatorum et commerciorum singulari*, Francfort, 1662.

Martens: *Grundriss des Handelsrechts*, Gotinga, 1797.

24. Más abundante es la bibliografía contemporánea. Ocupa un lugar importante la literatura alemana, a la que debemos una amplia y con frecuencia profunda elaboración doctrinal de Derecho mercantil. Hoy es muy apreciable la literatura francesa, especialmente la más antigua. En los cuarenta años últimos, la literatura italiana ha rendido una óptima contribución a los estudios de Derecho mercantil, y desde hace pocos años, superior también a la literatura francesa y alemana.

Nos limitamos aquí a citar los tratados, comentarios y manuales más importantes:

A) Alemania.

Thöl: *Das Handelsrecht*, 6.ª edic., 3 tomos, Leipzig, 1879-80, obra fundamental, aunque anticuada hoy.

L. Goldschmidt: *Handbuch des Handelsrechts*, vol. I, partes 1.ª y 2.ª, Erlangen, 1864-68; 2.ª edic., Stuttgart, 1875-83; 3.ª edic., con el título *Universalgeschichte des Handelsrechts*, Stuttgart, 1891. Obra insigne por la profundidad de la doctrina jurídica, la amplitud de la investigación histórica, que hubo de dejar incompleta la muerte del autor. La 2.ª edición contiene la historia, los principios generales, la teoría de las cosas; la 3.ª, sólo la historia.

Endemann: *Das deutsche Handelsrecht*, 1.ª edic., Heidelberg, 1865; 4.ª edic., 1887.

Goldschmidt: *System des Handelsrechts in Grundriss*, 4.ª edición, Stuttgart, 1892; es un sumario sistemático que contiene indicaciones bibliográficas abundantes. Desarrolla algunos puntos y algunas cuestiones, pero en otros sólo menciona la bibliografía.

Endemann: *Handbuch des deutschen Handels-See-und Wechselrechts*, 4 tomos, Leipzig, 1881-85. Obra escrita en colaboración con Brunner, Cohn, Gareis, Regelsberger, Schott y otros. Hay publicada también una traducción italiana. Nápoles, Iovene, 1897-1903. Es una obra importantísima y bien hecha.

Behrend: *Lehrbuch des Handelsrechts*, vol. I, Berlín, 1880-96. Contiene la historia, los principios generales y el derecho de las personas. Excelente bajo todos aspectos.

Gareis: *Deutsches Handelsrech*, 8.ª edic., Berlín, 1909. Un compendio elemental.

Lehmann: *Lehrbuch des Handelsrechts*, Leipzig, 1908; 2.ª edición, 1912. Muy estimable.

Cosack: *Lehrbuch des Handelsrechts*, 10.ª y 11.ª edic., Stuttgart, 1923, Enke ed. Es útil porque es completa; contiene también el Derecho marítimo y el de cambio; hay una traducción francesa de la 7.ª edición alemana. París, 1904, Giard et Brière, ed.

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ® DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS
BIBLIOTECA FAC. DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES U. A. N. L.

Makower: *Das allgemeine deutsche Handelsgesetzbuch mit Kommentar*, 12.ª edic., Berlín, 1898-1901. La 13.ª edición, 1906-1907, está hecha en colaboración con F. Makower.

Hahn: *Kommentar zum allgemeinen deutschen Handelsgesetzbuche*, 1.ª edic., Braunschweig, 1862-63; 3.ª ed., 1879; 4.ª ed., 1894 (con un solo volumen). Excelente.

Anschütz y Von Völderndorff: *Kommentar zum Handelsgesetzbuch*, 3 tomos, Erlangen, 1868-74.

Gareis y Fuchsberger: *Das allgemeine deutsche Handelsgesetzbuch erläutert*, Berlín, 1891.

Staub: *Kommentar zum Handelsgesetzbuch*, 6.ª y 7.ª edic., Berlín, 1899; 8.ª edic., 1901, después de la muerte del autor, cuidada por Könige y Pinner. Berlín, 1906. La 10.ª y última edición, dos volúmenes revisados por Bondi, König y Pinner, es de 1921. Un verdadero modelo de comentarios claros, exactos y completos.

Düringer y Hachenburg: *Das Handelsgesetzbuch von 10 Mai 1897, auf der Grundlage des bürgerlichen Gesetzbuches*, 1.ª edic., Mannheim, 1899-1905; 2.ª edic., con la colaboración de Brest, Geiler, Fletchheim, Honiger (1908), Ritter (1910), Brand (1911). Util para la nueva elaboración del Derecho mercantil, hecha a base del Código civil alemán.

Lehmann y Ring: *Das deutsche Handelsgesetzbuch*, Berlín, 1901; 2.ª edic., 1913-14.

Heilfron: *Lehrbuch des Handelsrechts*, 2.ª edic., 2 vols.. 1912-13.

Ehrenberg: *Handbuch des gesammten Handelsrechts*, Leipzig, 1913; publicados los volúmenes I-IV.

Müller-Erzbach: *Deutsches Handelsrecht*, 1919.

Wieland: *Handelsrecht*, vol. I, Leipzig, 1921.

I. v. Gierke: *Handelsrecht und Schiffahrtsrecht*, Berlín, 1922,

Además de estas obras de Derecho mercantil, deben consultarse los tratados de Derecho civil prusiano de Dernburg (5.ª edic.); Stobbe (3.ª edic.); Förster-Eccius (4.ª edic.). Revistas dedicadas exclusivamente al Derecho mercantil son: la excelente *Zeitschrift für das gesammte Handelsrecht*, fundada por Goldschmidt en 1858, y la *Zeitschrift für Handels-Konkurs-und Versicherungsrecht*, Leipzig, 1907.

B) Son dignas de mención las siguientes obras de la literatura francesa:

Pardessus: *Cours de Droit commercial*, 6.ª edic., 3 vols. París, 1856-57. Excelente, si bien anticuada.

Massé: *Le Droit commercial dans ses rapports avec le droit de gens et le Droit civil*, 3.ª edic., 4 vols., París, 1873. Obra muy estimable por la originalidad de conceptos y de la exposición y con frecuentes referencias al Derecho civil y al Derecho internacional.

Demangeat y Bravard-Veyrières: *Traité de Droit commercial*, 2.ª edición, 6 vols., París, 1886-92, y el tratado de Bravard-Veyrières, reimpreso con magníficas notas de Demangeat. Excelente.

Boistel: *Cours de Droit commercial*, 2.ª edic., París, 1890.

Lyon-Caen y Renault: *Traité de Droit commercial*, 3.ª edic., 8 volúmenes, París, 1899-1906. Obra que agota la materia, que resume sistemáticamente la doctrina y jurisprudencia francesas.

Thaller: *Traité élémentaire de Droit commercial*, 1.ª edic., París, 1898; 7.ª edic., 1925, Rousseau, ed. Hay una traducción italiana, Milán, Vallardi, 1923. Manual excelente para uso de estudiantes.

Thaller, Pic, Percerou, Josserand y otros: *Traité général théorique et pratique de Droit commercial*, París, 1909 (en publicación: está publicada la parte relativa a *Società*, 2 vols., de P. Pic; *Fallimento*, 2 volúmenes, de Percerou; *Trasporto*, de Josserand; *Diritto marittimo*, 2 volúmenes de Ripert).

Lacour: *Précis de Droit commercial*, 2.ª edic., con la colaboración de Bouteron, 2 vols., París, 1922.

Revistas: *Annales de Droit commercial*, dirigida por Thaller, París, 1886. La publicación, suspendida en 1914, se ha reanudado en 1920 bajo la dirección de Percerou.

C) La literatura austríaca es menos rica. Citaremos:

Canstein: *Lehrbuch des österreichischen Handelsrechts*, Viena, 1895-96.

Randa: *Das österreichische Handelsrecht*, Viena, 1905.

D) De la literatura italiana, importantísima hoy en cantidad y calidad, debemos mencionar:

Vidari: *Corso di Diritto commerciale*, 9 vols., Milán, 1.ª edición, 1877-87; 4.ª edic., 1893-98; 5.ª edic., 1900-1908, Hoepli, ed. Obra sistemática meritoria por haber sido el primer tratado científico de Derecho mercantil italiano. Sin embargo, lo supera en todos aspectos.

Vivante: *Trattato di Diritto commerciale*, 4 vols., 1.ª edic., Turín, 1893-1902; 5.ª edic., Milán, 1922-26. I, Vallardi, ed. Obra excelente, fuerte y originalísima, con una sólida división sistemática y de profunda investigación; aun cuando hay que recomendarla a los que se ocupen de Derecho, adolece del defecto de que no figuran en ella el Derecho marítimo y la quiebra, cuya falta es muy lamentable.

Vivante: *Istituzioni di Diritto commerciale*, 26.ª edic., Milán, 1924, Hoepli, ed. Compendio breve para uso especialmente de los centros técnicos de enseñanza.

BIBLIOTECA FAC. DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES U. A. N. L.
UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ®
DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

Marghieri: *Il Diritto commerciale italiano*, expuesto sistemáticamente, 1.ª edic., Nápoles, 1884; 2.ª edic., 1886; 3.ª edic. (en colaboración con A. Scialoja), Turín, Unione tip. edit., 1910, apareció el primer volumen relativo a la sociedad y a la letra de cambio.

Marghieri: *Manuale di Diritto commerciale italiano*, 1.ª edic., Nápoles, 1902, Marghieri ed.; 2.ª edic., Roma, 1922-23, «Athenaeum».

Franchi: *Manuale di Diritto commerciale*, Turín, 1890-95. Excelente manual, aunque incompleto, para la enseñanza.

Supino: *Istituzioni di diritto commerciale*, 14.ª edic., Florencia, Barbèra, ed., 1920.

Navarrini: *Trattato elementare di Diritto commerciale*, 2 vols., Turín, 1911, Bocca, ed. Tratado completo, preciso y muy útil, al que falta el Derecho marítimo.

Navarrini: *Trattato teorico-pratico di Diritto commerciale*, 6 vols., Turín, Bocca, ed., 1913-26.

Además, deben mencionarse las cuatro obras de comentarios siguientes:

Vivante y Bolaffio: *Il Codice di commercio commentato*, la primera edición y la de 1883-97. Está publicándose una 5.ª edición, Turín, Unione tip. edit., de la cual se ha publicado hasta ahora: vol. I, Bolaffio: *Disposizioni generali. Degli atti di commercio dei commercianti. Dei libri di commercio*, 1922; vol. II, Bolaffio: *Dei mediatori. Delle obbligazioni commerciali in generale*, 1923; vol. III, Tartufari: *Della vendita e del riporto*, 1925; vol. V, Supino: *Della cambiale e dell'assegno cambiario*, 1923; vol. VI, Asquini: *Del contratto di trasporto*, 1925; vol. VII, Vivante: *Del contratto di assicurazione. Del pegno. Dei magazzini generali*, 1922; vol. VIII, Ascoli: *Del commercio marittimo e della navigazione*, 1923; vol. X, Mortara y Azzariti, *Dell'esercizio delle azioni commerciali e della loro durata*, 1922. Comentario de un valor desigual, pero en el que muchas partes de él son excelentes.

Castagnola y Gianzana: *Commento al Codice di commercio*, Turín, 1883-1900, Unione tip. edit. Obra de escasa utilidad, salvo en cuanto a la doctrina de la quiebra, que se debe a Bolaffio.

Franchi, Sraffa, Bonelli y otros: *Commentario al Codice di commercio*, Milán, 1900, Vallardi, ed., en publicación. En conjunto, es una obra muy recomendable y útil. Se ha publicado la *quiebra*, 3.º vol., 2.ª edic., 1923, debida a Bonelli (excelente); el *mandato*, debido a Sraffa (excelente); el *transporte*, de Bruschettini; la *parte general*, de Franchi y Pagani (excelente la parte de Franchi); la *sociedad*, de Navarrini (recomendable); el *seguro*, de Manfredi; el *Derecho marítimo*,

de Brunetti; la *acción comercial y la prescripción*, de C. F. Brusa y Grassi; la *prenda mercantil*, de Faggella.

Sraffa, Rocco, D'Amelio, Bonelli: *Il Codice de commercio annotato*, Milán, 1910 (en publicación), Vallardi, ed. Resumen de la doctrina y jurisprudencia sobre cada artículo del Código.

Señalaremos, por último, las dos Revistas dedicadas al estudio del Derecho mercantil:

Il Diritto commerciale, dirigida por Supino y Serafini, después por Supino, y, por último, por Supino y Cogliolo, 1883, Turín, Unione tip.-edit.

Rivista di Diritto commerciale, dirigida por Sraffa y Vivante, 1903. (Desde 1910 ha tomado el título: *Rivista del Diritto commerciale, del Diritto generale e delle obligazioni)*, Vallardi, etc. Excelente y riquísima publicación, quizá la mejor de su clase que se publica, no sólo en Italia, sino en el extranjero.

BIBLIOTECA FAC. DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES U. A. N. L.
UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN
DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

LIBRO PRIMERO

DERECHO MERCANTIL OBJETIVO

CAPÍTULO PRIMERO

Fuentes del Derecho mercantil.

---

§ 10. Generalidades.

Sumario: 25. Concepto del «Derecho mercantil objetivo» en sentido estricto e idea general de las «fuentes del Derecho». 26. El Derecho civil no es fuente del Derecho mercantil. 27. La «ley mercantil» es la única fuente. No lo son la jurisprudencia, la equidad, la naturaleza de los hechos y principios generales del Derecho, ni las leyes extranjeras.

25. En dos sentidos, amplio uno, más restringido el otro, puede tomarse la frase «Derecho mercantil objetivo»: Derecho mercantil, en sentido amplio, es el conjunto de normas reguladoras de la materia comercial; y así entendido lo serán, no sólo aquellas disposiciones dictadas especialmente para regir la materia comercial, sino también los preceptos del Derecho civil o del Derecho privado común, que, promulgadas para todas las relaciones privadas en general, se aplican a la materia comercial en defecto de norma especial para las relaciones de esta clase. En sentido estricto y más exacto, constituyen el Derecho mercantil tan sólo los preceptos que rigen *directa y especialmente* la materia mercantil. Ahora bien: cuando se dice Derecho mercantil, hay que entender por tal únicamente el conjunto de normas jurídicas dictadas *expresamente* para la materia comercial: los

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN
DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS
BIBLIOTECA FAC. DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES, U. A. N. L.

preceptos dictados para relaciones jurídico-privadas en general continúan conservando su carácter jurídico civil, siguen siendo normas de Derecho civil, aun cuando se hayan de aplicar *también* algunas veces a la materia mercantil; de igual suerte que los preceptos dictados para relaciones mercantiles mantienen este carácter aun cuando algunas veces, esto es, cuando sean derivaciones o explicaciones de normas y principios jurídico-civiles, puedan aplicarse a relaciones de índole exclusivamente civil.

Síguese de esto que el calificativo de civil o mercantil no es atribuída a una norma por su aplicación efectiva a materia civil o comercial, si no fuese originariamente *redactado a servir principalmente* a una u otra clase de relaciones.

Y esta declaración preliminar nos consiente señalar con precisión las *fuentes del Derecho mercantil*, y prescindir de algunas inexactitudes que alrededor de este concepto corren en la bibliografía mercantilista.

Son para nosotros fuente del Derecho *en sentido propio* o *fuente formal* del Derecho (100) *la forma en que se manifiesta el precepto externamente*, que como quiera que ésta varía según el *órgano* que la formula, puede decirse que hay en realidad tantas cuantos órganos constituyen la voluntad colectiva, de la cual es expresión la norma (101).

---

(100) Conocida es la distinción entre *fuente formal* y *fuente material* del Derecho. Como queda explicado en el texto, fuente *formal* es el medio de manifestarse exteriormente la norma jurídica; como el Derecho objetivo es la *declaración de la voluntad colectiva*, Cons., principalmente, Binding: *Handbuch des Strafrechts*, Leipzig, 1885, I, pág. 107; esta voluntad colectiva puede manifestarse en distintas formas que constituyen otras tantas fuentes de Derecho, en sentido formal. En cambio, es fuente material del Derecho todo elemento que contribuye a fijar el contenido de la norma o regla jurídica; por ello lo es la tradición, la naturaleza de las relaciones que rige, la utilidad o la necesidad sociales, la opinión popular, etc., etc.; en tanto que las únicas fuentes formales son la *ley* o la *costumbre*. (Cons. sobre esta distinción Regelsberger: *Pandekten*, Leipzig, 1893, pág. 68; Anzilotti: *La responsabilità dello Stato nel Diritto internazionale*, Florencia, 1902, pág. 30.)

(101) Cons. sobre el concepto de *fuente de Derecho:* Goldschmidt: *Handbuch*, págs. 302-303, que dice: «llámanse fuentes de Derecho las formas en que la colectividad estatuye su derecho propio, o sea, las formas en que aparece y exterioriza el Derecho positivo; no puede admitirse, en cambio, la definición que da de ello Scialoja: *Le fonti e la interpretazione del Diritto commerciale*, en *Saggi di vario Diritto*, Roma, 1927, pág. 254, para quien la fuente es la *forma de ejecución del Derecho*, porque da a entender que existe un Derecho anterior al positivo, del que éste es realización; Derecho natural racional o ideal, cuya existencia negamos resueltamente, como el mismo Scialoja (pág. 304); aun cuando en la reciente literatura jurídica italiana y de fuera de Italia se advierte un movimiento en favor de un nuevo *jus naturalis*, aunque no en el sentido de la vuelta al estado de naturaleza tan grato a los filósofos del siglo XVIII, o en el de un derecho inmutable, eterno, igual para todos los pueblos, pero siempre en el sentido de un ideal, regla soberana del orden jurídico, que brota de la conciencia humana, a la que en su evolución tiende el Derecho positivo. El exponente mayor de este resurgimiento en Italia es Del Vecchio: *Il concetto della natura e il principio del Diritto*, 2.ª ed., Bolonia, Zanichelli, 1922, y el prólogo *Sui principî generali del Diritto*, en *Arch. giur.*, 4.ª serie, I, 1921, págs. 33-91, y especialmente, págs. 53 y siguientes. Véase también Brunetti: *Le obbligazioni naturali*, en los *Scritti giuridici vari*, Turín, 1920, pág. 211, y los autores que cita. De los extranjeros, v. principalmente, entre los más notables modernos, Charmont: *Les transformations du Droit civil*, París, Colier, 1912, 2.ª ed., 1921; Valsesin: *Traité de Droit naturel*, París, 1922; Gény, *Science et technique en Droit privé positif*, 4 vols., París, 1914-1924; Nast: *L'irréductible Droit naturel*, en *Annales de Droit comm.*, 1920, págs. 143 y siguientes; Landsberg: *Zur Einigen Wiederkehr des Naturrechts*, en *Arch. f. Rechts-und Wirtschaftsphilosophie*, 1925, XVIII, fasc. 3.º; Momigk: *Wie stehen wir heute zum Naturrecht*, ibid, 1926, XIX, fasc. 3.º

(102) Entre los escritores alemanes, Behrend: *Lehrbuch*, págs. 85 y 86; Randa: *Handelsrecht*, I, pág. 27; Véase entre los italianos, Vivante: *Trattato*, I, núms. 2 y 20 y siguientes; Franchi: *Manuale*, pág. 20; Navarrini: *Man. elem.*, página 49, y *Trattato teorico-pratico*, I, núm. 55.

26. Así aparece claro el error de muchos que reconocen como fuentes del Derecho mercantil las leyes comerciales, los usos mercantiles y el *Derecho civil* (102); este último no puede ser *fuente de Derecho comercial*, por no ser medio para la creación del Derecho, sino un conjunto de normas ya formadas y promulgadas, aunque indudablemente se aplique en materia mercantil, como dice, y dice bien, el art. 1.º del Código de comercio, lo que sólo significa que en algunos casos *también* rige y se aplica a las relaciones mercantiles, que no es lo mismo que contribuir a la formación de preceptos de verdadero y propio Derecho comercial. E importa fijar exactamente esta función del Derecho civil para con la materia mercantil, no sólo para precisar conceptos jurídicos, sino para esquivar una confusión en que suele incurrirse al decir que el Derecho civil es fuente del Derecho comercial; porque implícitamente equivale a afirmar que éste, en algunos casos, asume el carácter de Derecho particular de comercio, y no es así: si

BIBLIOTECA FAC. DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES U. A. N. L.

alguna vez se aplica a relaciones comerciales, siempre se emplea *como tal Derecho civil*, o sea, en concepto de Derecho común de las relaciones privadas.

Para fijar cuál sea la posición del Derecho civil respecto a la materia comercial, basta, en realidad, recordar que el Derecho mercantil contiene la *especial* reglamentación jurídica de las relaciones mercantiles como tales; la regulación jurídica de las relaciones mercantiles como *relaciones* entre particulares o *privadas* hay que buscarla siempre en el Derecho civil. Hasta donde alcance la norma *especial*, reguladora de las relaciones mercantiles, consideradas éstas como clase *especial* de relaciones privadas, es ella la que debe aplicarse; cuando desfallezca, aparece el Derecho civil que rige las relaciones de todas clases de índole privada, y entre ellas, por tanto, las mercantiles.

El Derecho común se aplica a materia regida por normas especiales o excepcionales, cuando se carezca de precepto especial, y precisamente porque es Derecho común, no porque se transforme en Derecho particular o especial; por consiguiente, para resolver cuándo el Derecho civil es aplicable en materia comercial hay que resolver primeramente *si no existe* norma especial jurídica mercantil para la relación comercial; problema sencillo de interpretación.

27. Como quiera que, por las razones expuestas, hay que excluir de entre las *fuentes* del Derecho mercantil al Derecho civil, aun cuando se recurra a él frecuentemente en materia comercial, no restan otras ante el Derecho mercantil, sino las tradicionales y únicas en el Derecho moderno: la *ley*, regla emanada del Estado, mediante sus adecuados órganos, y la *costumbre*, que es la que procede directamente de la colectividad y se manifiesta tácitamente con la observancia efectiva de los coasociados. Pero como, por los motivos que pasamos a exponer, tampoco la costumbre es una verdadera y propia fuente del Derecho mercantil, no hay para éste otra única e inmediata que la *Ley mercantil* (103).

En cambio, no reputamos fuente de Derecho en general, por tanto, tampoco del Derecho mercantil, la *jurisprudencia*, la *equidad*, la *naturaleza de los hechos*, los *principios generales del Derecho*, ni las *leyes extranjeras* (104).

a) La *jurisprudencia*, o sea la actividad teórica y práctica de los juristas, no es fuente de Derecho, aun cuando sea instrumento necesario excelente para el *conocimiento del Derecho;* porque esa actividad no tiene por objeto crear nuevas normas jurídicas, sino estudiar, interpretar y aplicar el Derecho vigente (105).

b) La *equidad*. En opinión de Scialoja, hoy dominante, es el *derecho de un caso particular:* en muchas disposiciones legales, como, por ejemplo, los artículos 463, 578, 1.124, 1.652 y 1.718 del Código civil, en el artículo 10 de la ley de 3 de abril de 1926 sobre las relaciones colectivas del trabajo, se invoca la equidad; mas en estos casos, *aparte de que son excepcionales,* la ley no quiere formular un precepto invariable y permanente para ciertas clases de relaciones que pueden en la práctica ofrecerse con variadísimos caracteres, sino que autoriza al juez para regularlos según las peculiares circunstancias del caso. Por consiguiente, la fuente de Derecho no es la equidad, sino la sentencia del juez; pero aun desde este punto de vista lo es en un sentido restringidísimo y muy especial en cuanto, si bien la ley autoriza al juez para resolver, habiendo en cuenta las circunstancias del caso, según su prudente arbitrio, esta resolución sólo es aplicable a aquel asunto, no a otro (106).

---

(103) La doctrina moderna discute si lo mismo puede decirse en general, en cuanto a las demás ramas del Derecho; pero esto no nos interesa, porque en el Derecho mercantil hay razones especiales para prescindir de la cuestión de carácter general. Véase a continuación el § 31.

(104) Ha pasado ya a la Historia lo de la multiplicidad de las fuentes del Derecho mercantil. Los antiguos mercantilistas acogían numerosas fuentes; pero poco a poco ha ido reconociéndose que para el Derecho mercantil también queda reducido a la costumbre. Cons. Mossa: *I problemi fondamentali del Diritto commerciale* (discurso preliminar), en *Riv. di dir. comm.*, 1926. I, 234.

(105) Sobre la autoridad, valor de la doctrina y la jurisprudencia, véase Fadda y Bensa: *Note delle Pandette del Windscheid*, págs. 129 y siguientes. Acerca de la facultad del juez para crear el Derecho, v. Rocco: *La sentenza civile*, Torino, 1906, págs. 152 y siguientes; idem: *L'interpretazione delle leggi processuali*, extracto del *Arch. giur.*, 1906, pág. 18 y autores en ellos citados, a los cuales hay que agregar: Coviello: *Dei moderni metodi di interpretazione della legge*, S. Maria Capua Vetere, 1908; Polacco: *Le cabale legali*, en *Atti dell'Istituto veneto*, 1908; Ferrara: *Poteri del legislatore e funzioni del giudice*, en *Riv. di Dir. civ.*, 1911; Brugi: *L'analogia del Diritto ed el cosi detto giudice legislatore*, en *Dir. comm.*, 1916; Stier-Somlo: *Das freie Ermessen in Rechtsprechung und Verwaltung*, Tubinga, 1908; Kantorowicz: *Aus der Vorgeschichte des Freirechts*, 1925.

(106) Cons. V. Scialoja: *Del Diritto positivo e dell'equità*, Camerino, 1880; Fadda: *L'equità e il metodo nel concetto di giureconsulti romani*, Macera-

BIBLIOTECA FAC. DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES U. A. N. L.

c) La *naturaleza de los hechos*, esto es, la índole de las relaciones sociales que rige el Derecho mercantil, son, según hemos visto, un guía indispensable y seguro para conocer el Derecho vigente; es un factor importantísimo de elaboración del precepto legal porque señala las exigencias a que el Derecho debe dar satisfacción, pero en sí mismo es incapaz de *crear* la norma jurídica, y no puede, por tanto, ser fuente formal del Derecho. El opinar en contra (107), equivale a reconocer un Derecho superior al positivo, un a modo de nuevo Derecho natural, ideal o racional (108).

d) Los principios generales del Derecho, entendidos en el único sentido que cabe hacerlo, o sea, en el de *principios generales del Derecho positivo*, son reglas ya descubiertas, mediante el procedimiento de generalización de la analogía jurídica. Para esta generalización ulterior, que va más allá de la analogía de la ley y del Derecho, se procede, naturalmente, por grados, y recorriendo los principios generales de cada una de las ramas jurídicas (principios generales del Derecho civil, del penal, del administrativo, etc.), que constituyen el objeto de la *Parte general* de cada una de estas disciplinas jurídicas, hasta llegar a los *principios generales del Derecho positivo entero*, cuyo estudio pertenece a la Ciencia general del Derecho o Teoría general del Derecho. Así comprendidos, claro está que los principios generales del Derecho no constituyen formas *nuevas*, y menos aún pueden ser *fuente de Derecho:* son reglas ya comprendidas implícitamente en el sistema jurídico (109).

---

ta, 1881; Fadda y Bensa: *Note alle Pandette del Windscheid*, págs. 136 y siguientes; A. Scialoja: *Le fonti*, págs. 60 y 61; Micelli: *Sul principio di equità*, en *Studi in onore di Vittorio Scialoja*, vol. II; Donati: *Sul principio di equità*, Perugia, 1913; Osilia: *L'equità nel Diritto privato*, Roma, 1923.

(107) Así Adickes: *Zur Lehre von der Rechtsquellen insbesondere über Vernunft und die Natur der Sache als Rechtsquelle*, Cassel, 1872, págs. 22 y siguientes; Behrend: *Lehrb.*, págs. 71 y 85; Goldschmidt: *Handbuch*, págs. 301 y siguientes; Thöl: *Handelsrecht*, § 15, 2; Vivante: *Trattato*, I, n. 25; Geny: *Interprétation et sources*, págs. 178 y siguientes.

(108) Véase Rocco: *Interpretazione delle leggi processuali*, pág. 171 A. Scialoja: *Le fonti e l'interpretazione*, n. 36, págs. 304 y siguientes; Franchi; *Commentario*, pág. 6, n. 7; Regelsberger: *Pandekten*, pág. 68; Anzilotti: *La responsabilità dello Stato*, pág. 30; Navarrini: *Trattato elem.*, I, pág. 30, idem: *Trattato teorico e pratico*, n. 56; v. también Ferrara: *Trattato di Diritto civile*, I, pág. 152; Cons. también Asquini: *La natura dei fatti come fonte di Diritto*, en *Arch. giur.*, 1921, 129.

(109) Sobre los principios generales, V. Scialoja: *Del Diritto positivo e della equità*, pág. 24; Fadda y Bensa: *Note*, págs. 128 y siguientes; Rocco:

e) La ley extranjera: también ésta ejerce la función doble de servir para *interpretar* el Derecho italiano, si en éste no han sido acogidos los principios que encierra aquélla; y además puede servir para la *reforma* legislativa al percibir, y para satisfacer las exigencias nuevas de la vida mercantil; pero como carecen de autoridad en Italia, ni integran el Derecho positivo nuestro, ni son fuente formal de Derecho en Italia.

§ 11. La ley mercantil.

SUMARIO: 28. Nociones generales. Diversas clases de leyes mercantiles.—29. Leyes civiles que asimismo son aplicables en asuntos de comercio; leyes civiles cuya aplicación invoca el Código de comercio; supuestas normas de Derecho privado común.—30. Leyes mercantiles en particular: *a)* Código de comercio; *b)* leyes especiales; disposiciones de otros Códigos; cuándo son comerciales.

28. Ley comercial es la regla emanada de los órganos del Estado, en quienes reside la función legislativa, destinada a regular la materia mercantil. Como ya en parte hemos podido ver, hay dos clases de leyes mercantiles:

a) Hay leyes que regulan *exclusivamente* la materia mercantil, normas excepcionales que son otras tantas anulaciones de preceptos de Derecho civil, que rigen únicamente en asuntos comerciales y que ni aun por analogía pueden ampliar su aplicación a relaciones civiles. A esta clase de leyes pertenecen cuantas disposiciones regulan relaciones que no pueden ser más que mercantiles, como, por ejemplo, la

---

Intorno al carattere del Diritto commerciale, pág. 17; A. Scialoja: *Le fonti*, n. 49, pág. 324. Ya hemos señalado la reciente tendencia, sobre todo entre nuestros filósofos del Derecho, hacia los conceptos del jus-naturalismo; véase principalmente: Del Vecchio: *Sui principî generali del Diritto*, ya citado para este autor, los principios generales del Derecho constituyen los principios del Derecho natural; cons. también sobre el particular; Brunetti, en *Riv. di Dir. comm.*, 1922, II, 436; Asquini: en *Arch. giur.*, 1921, 129; Cogliolo: en *Diritto commerciale*, 1924, I, 161, que reconoce asimismo la existencia de normas universales, que son el presupuesto de las codificadas; Pacchioni: en *Arch. giur.*, 1924, XCI, 133, para quien en un amplio sentido hay que remontar a los principios más generales de la ciencia del Derecho. Contra la opinión jurídico naturalista, v. Brugi: *I principî generali di Diritto e il Diritto naturale*, en *Arch. giur.*, 1923, págs. 160 y siguientes; Scaduto: *Sull'identificazione dei principî generali di Diritto*, Perugia, 1926.

BIBLIOTECA FAC. DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES U. A. N. L.

letra de cambio, el *rapport*, los asuntos marítimos, el depósito en los almacenes generales (110) y cuantos rigen relaciones que pueden ser también civiles (por ejemplo, la venta, prenda, mandato), estatuyen reglas especiales para los mismos cuando revisten carácter comercial.

b) Hay leyes que rigen principal y directa, aunque no exclusivamente, materias mercantiles, encierran reglas que, aun cuando no hayan sido dictadas para cosas de comercio, son, sin embargo, especiales aplicaciones de principios más generales y que en el Derecho civil tienen otras aplicaciones particulares, pudiendo, por ello, reputarse comunes a lo civil y a lo mercantil; normas susceptibles de ampliación analógica del campo comercial al civil. A esta clase de leyes comerciales pertenecen cuantas disposiciones rigen relaciones que también pueden ser civiles (correspondencia telegráfica, celebración de contratos, mediación) en virtud de normas derivadas y aplicaciones de principios contenidos ya en el Derecho civil.

29. No hay más que estas dos clases de leyes mercantiles: aquellas que, aunque se apliquen a cosas mercantiles, no *regulan principal y directamente* éstas, no lo son; y por eso las disposiciones del Código y de otras leyes civiles que se aplican a cosas mercantiles a falta de precepto jurídico comercial escrito o consuetudinario (art. 1.º del Código de comercio), carecen del carácter de leyes comerciales.

Tampoco lo son los preceptos del Código y otras leyes civiles a que se remite el Código de comercio o las demás leyes mercantiles; apelaciones frecuentes, como las que hacen al 67 del Código de co-

(110) A. Scialoja (*Le fonti*, n. 40, pág. 310, dice que estas normas no son de Derecho excepcional, sino de Derecho común, aun cuando después convenga en que fuera de la materia mercantil no son aplicables. Serían de Derecho común si, regulando instituciones exclusivamente mercantiles, no existiesen en el Derecho civil reglas correspondientes que pudieran desempeñar el oficio de normas de Derecho común. Su inaplicabilidad en materia civil sólo dependería de que las instituciones que regula no existan como instituciones exclusivamente civiles: el razonamiento es ingeniosísimo, pero inexacto, a nuestro juicio. Presupondría esto que esas sedicentes relaciones objetivamente mercantiles fuesen creación del Derecho mercantil, de suerte que, si no estuviesen regidas por éste, no podrían reconocerlas ni regularlas en el Derecho civil; cosa muy dudosa, cuando menos. En el Derecho civil hay siempre normas aplicables a estas relaciones que son precisamente el Derecho común de ellas, en tanto que el Derecho mercantil es para ellas un Derecho excepcional o especial, y tan cierto es, que en estas relaciones, a falta de Derecho mercantil, se aplican los preceptos del Derecho civil.

mercio, al 1.165 del Código civil; la del 107 del primero, al 1.720-1.723 del segundo; la del 365, al 1.757 y siguientes; la del 773 al 1.995 y siguientes; el 916, apartado primero, al 2.123 y siguientes. Pero estas invocaciones no sirven para transformar el precepto de Derecho civil en ley mercantil; su eficacia es más limitada; la de anular parcialmente lo dispuesto en el art. 1.º, que atribuye fuerza obligatoria a los usos en el campo mercantil (111); es decir, que con esa apelación dejan de aplicarse los usos y entra a serlo inmediatamente el Derecho civil en cosas de comercio a falta de norma legislativa mercantil. Cierto que, *en parte*, es igual la eficacia práctica a lo que ocurriría si se hubiera de reputar mercantiles los preceptos invocados; pero no es *exactamente lo mismo;* subsiste esta diferencia: que la analogía referente a las verdaderas y genuinas leyes mercantiles deberá prevalecer siempre sobre la del Derecho civil, invocado como subsidiario, que no prevalecería si se tratara de verdaderas leyes mercantiles (112). Por lo

(111) La opinión sostenida en el texto de que las leyes civiles a que se remiten las mercantiles no pueden reputarse de esta naturaleza, pudo emitirla antes A. Scialoja: *Fonti*, núm. 6, págs. 257 y 258; en igual sentido, véase Grasso, en *Dir. comm.*, 1916, II, pág. 255, y Tumedei, en *Riv. di Dir. comm.*, 1924, II, págs. 3 y sigs. Sin embargo, a nuestro juicio, hay que señalar con más precisión el fundamento y alcance del principio (así, por ejemplo, Scialoja, en cuanto a la eficacia práctica, no distingue entre leyes comerciales y civiles, invocadas por el primero. En contra, la doctrina muy extendida, v. en Vivante: *Trattato*, I, núms. 4 y 21; Franchi: *Commentario*, número 5; Bolaffio: *Commento*, pág. 49; Navarrini: *Tratt. teor.-prat.*, I, número 43; Gasca: *Tratt. della compra-vendita*, 2.ª ed., 1914 (1), I, núm. 373, y la jurisprudencia citada por Scialoja, *op. cit.*, pág. 259, núm. 3.

(112) Hay que pensar en que la interpretación analógica sólo procede cuando esté regulado en la ley el caso en cuestión; si éste estuviese previsto en la ley mercantil y preceptuase que le es aplicable una cierta disposición del Código civil, ella es la que debe intervenir, y prescindirse de la interpretación analógica, puesto que falta el supuesto necesario de intervención de ésta. El caso de que el texto habla se refiere a la hipótesis de que la remisión hecha por el Código de comercio al Código civil sea para un caso distinto al cuestionado; y en este supuesto procedería erróneamente el intérprete que ampliase así como así, y por analogía, los preceptos del Código civil, sólo porque a éstos los remite el de comercio para caso distinto, sin averiguar previamente si puede, por analogía, obtenerse de la ley mercantil una regla más apta para resolver el caso no previsto. Queda desvanecida, por consiguiente, la objeción de Navarrini, en su *Trattato teorico-pratico*,

(1) Hay edición española, publicada en esta misma *Biblioteca* de la *Revista de Derecho Privado*, 2 vol.

BIBLIOTECA FAC. DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES U. A. N. L.

demás, la clase de leyes civiles invocadas tiene siempre un valor teórico importante: no pueden incluirse en la categoría de leyes mercantiles las reglas que no fueron dictadas especialmente para materia de comercio; si hubiéramos de mirar como normas mercantiles cuantas regulan *también* la materia o asuntos comerciales, habría que reputar, el Derecho civil entero como Derecho comercial, y, por tanto, desaparecería el destino de estas dos ramas jurídicas.

De cuanto queda dicho se induce que si la norma jurídica está destinada directamente a regir relaciones comerciales, será ley mercantil; si no lo está, será una ley civil; que no cabe una tercera especie de normas entre ellas que no sean ni comerciales ni civiles. *Tertium non datur.* Cierto que algunos escritores hablan a veces de preceptos de Derecho privado, común o general (113), reguladores de todas las relaciones privadas, sin distinción entre civiles o mercantiles; pero no existe esa tercera clase de normas distintas, tanto de las civiles como de las mercantiles, porque la destinada a regir todas las resoluciones privadas en general es una norma de Derecho civil, porque éste es, precisamente, el Derecho común de las relaciones privadas; cuando se habla, por tanto, de Derecho normal o común, sólo se puede aludir al Derecho civil, y sólo en este sentido existe un Derecho privado común, no como algo distinto del Derecho civil (114).

30. Denominamos mercantiles las leyes que rigen *particularmente la materia* de comercio; por lo tanto, este carácter hay que inducirlo

---

pág. 91, núm. 2, que dice: «No hay intérprete alguno que ante la referencia hecha por el Código de comercio a un precepto del Código civil, y antes de emplear la norma indicada, pretendiese buscar si hay o no disposición análoga en la ley mercantil, despreciando la observancia de la remisión o referencia». Si ésta no corresponde al caso discutido, no impide el precepto invocado acudir a la investigación analógica.

(113) Así, Bolaffio: *Comm.*, pág. 47; A. Scialoja: *Fonti*, págs. 258-261.

(114) Indudablemente hay preceptos jurídico-civiles que jamás pueden aplicarse a relaciones mercantiles, porque su propia naturaleza les impide que adquieran nunca carácter comercial, como lo son, por ejemplo, las relaciones de familia; así como hay otras reglas que pueden aplicarse a materia mercantil, porque rigen relaciones que *también* pueden adquirir este carácter; mas esto no quiere decir que estas últimas sean normas de Derecho privado común más bien que de Derecho civil; mantienen este carácter, porque el Derecho civil es el Derecho común de las relaciones jurídicas privadas, y es sólo un accidente el que algunas veces pugnen y otras no con el concepto de comercio.

del contenido de toda ley, de la naturaleza de las relaciones que regula y no únicamente del *nombre*, que puede, todo lo más, servir como indicio del propósito del legislador; después, para resolver si la materia que rige la ley es *materia comercial*, hay que acudir, como hemos dicho, al Código de comercio y examinar si las relaciones que la ley rige son relaciones derivadas de actos que a virtud de los preceptos del Código de comercio deben reputarse de naturaleza mercantil.

Como para *calificar* la ley es decisivo su contenido, o sea la materia sobre que recae, claro está que, no sólo el Código de comercio es *ley mercantil*, sino que además tienen aquel carácter:

a) En primer lugar, el *Código de comercio;*

b) Las leyes especiales que regulan la materia comercial.

A estas leyes especiales es a las que remite el artículo 2.° del Código de comercio, y las más principales son: el Código de la Marina mercante, texto único, publicado por Real decreto de 24 de octubre de 1877, n. 4.146, y su respectivo Reglamento, aprobado por Real decreto de 20 de noviembre de 1879, n. 5.166 (115); el Reglamento para la ejecución del Código de comercio, aprobado por Real decreto de 27 de diciembre de 1882, n. 1.139, el cual, en algunos particulares, como, por ejemplo, las disposiciones relativas a Bolsas y agentes mediadores, tiene carácter de ley (116); la ley de 25 de enero de 1888, número 5.174, aboliendo los Tribunales de comercio; la ley de 22 de junio de 1905, n. 268, reduciendo el interés en asuntos civiles y mercan-

---

(115) El texto único del Código de la Marina mercante fué reformado, en parte, por la ley de 11 de abril de 1886, n. 3.781. El Reglamento ha sufrido numerosas enmiendas; entre ellas debemos mencionar: los Reales decretos de 17 de diciembre de 1885, n. 3.812; del 4 de noviembre de 1887, n. 5.031; 12 de agosto de 1888, n. 5.670; 17 de octubre de 1889, n. 6.497; 7 de noviembre de 1889, n. 6.514; 30 de enero de 1890, n. 6.646; 9 de junio de 1892, n. 320; 14 de enero de 1894, n. 17; 31 de marzo de 1895, n. 108; 9 de mayo de 1895, número 352; 29 de septiembre de 1895, n. 640; 23 de octubre ídem, n. 671; 26 de noviembre de 1896, n. 572; 4 de diciembre de 1898, n. 510; 2 de febrero de 1899, n. 39; 8 de diciembre de 1904, n. 672; 29 ídem, n. 703; 2 de abril de 1905, n. 156; 21 de mayo ídem, n. 236; 17 de mayo de 1908, n. 222; 14 de junio de 1914, n. 625; 30 de enero de 1916, n. 235; 3 de septiembre de 1925, número 2.288; 14 de noviembre de 1926, n. 2.023.

(116) Análogas modificaciones ha experimentado el Reglamento para la ejecución del Código de comercio; entre las más importantes se cuentan las de los Reales decretos de 17 de diciembre de 1885, n. 3.612 (art. 2.°); 4 de agosto de 1894, n. 416; 29 de septiembre de 1894, n. 435; 30 de diciembre de 1897, n. 544; 9 de junio de 1907, n. 299; 19 de noviembre de 1921, n. 1.728.

BIBLIOTECA FAC. DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES U. A. N. L.

tiles; la de 17 de julio de 1919, n. 1.176, y respectivo Reglamento, aprobado por Real decreto de 3 de enero de 1920, n. 39, sobre la capacidad jurídica de la mujer casada, que contiene algunas reglas modificativas de preceptos del Código de comercio; la de 17 de mayo de 1866, n. 2.933, sobre ferias y mercados; la de 3 de julio de 1871 y 3 de abril de 1882, refundida después en el texto único aprobado por Real decreto de 17 de diciembre de 1882, n. 1.154, sobre almacenes generales de depósito, modificada por la de 22 de julio de 1897, n. 319, y respectivo Reglamento, aprobado por Real decreto de 4 de mayo de 1873, n. 1.371, y modificado después por otro de 10 de septiembre de 1923, n. 1.966; la de 6 de agosto de 1876, n. 3.261, y respectivo Reglamento, aprobado por Real decreto de 31 de octubre de 1876, n. 3.440, sobre plazas y depósitos francos; la de 2 de enero de 1910, n. 9, sobre navegación interior, que, con lo preceptuado en la de 20 de marzo de 1865, anejo *F*, sobre lo mismo, se refundió en el texto único, aprobado por Real decreto de 11 de julio de 1913, n. 959, cuyo Reglamento lo aprobó otro de 17 de noviembre de 1913, n. 1.514; la de 20 de marzo de 1910, n. 121, sobre Cámaras de comercio, y Reglamento de 12 de febrero de 1911, número 245, modificado por otro decreto-ley de 8 de mayo de 1924, número 750, y cuya aplicación aprobó el Real decreto de 4 de enero de 1925, n. 29 (las funciones de las Cámaras de Comercio las han asumido ahora los Consejos provinciales de economía, creados por la ley de 18 de abril de 1926, n. 731); la ley sobre propiedad industrial, es decir, la ley de 30 de agosto de 1868, n. 4.577, sobre marcas y dibujos de fábrica, con su Reglamento, aprobado por Real decreto de 7 de febrero de 1869, n. 4.860; la ley también de 30 de agosto de 1868, n. 4.578, y su Reglamento, aprobado por Real decreto de 7 de febrero de 1869, número 4.861, sobre dibujos y modelos de fábrica; la ley sobre patentes de invención industrial de 30 de octubre de 1859, n. 3.731, modificada por otra de 31 de enero de 1864, n. 1.657, y de 4 de agosto de 1894, número 376, con el respectivo Reglamento, aprobado por Real decreto de 31 de enero de 1864, n. 1.674, y 2 de octubre de 1913, n. 1.237 (el Convenio de la Unión para proteger la propiedad industrial, firmado en París en 20 de marzo de 1883, revisado en Bruselas el 14 de diciembre de 1900 y en Wáshington el 2 de junio de 1911, lo han examinado nuevamente los Estados interesados y pactado una Convención nueva en La Haya el 6 de noviembre de 1925; el mismo día varios delegados aprobaron el nuevo texto del *Arrangement* de Madrid, revisado en Bruselas y en Wáshington, concerniente al registro internacional de marcas de fábrica, cuyos dos Convenios adquirieron vigor en Italia por virtud del Real decreto-ley de 10 de enero de 1926, n. 169); la ley

de 16 de julio de 1905, n. 423, sobre protección temporal de inventos industriales y modelos y dibujos que figuren en las Exposiciones nacionales e internacionales; el Real decreto-ley de 16 de octubre de 1924, n. 1.828, que contiene disposiciones sobre patentes industriales que interesen a la defensa nacional y manera de proceder en ello, aprobado por Real decreto de 3 de agosto de 1925, n. 1.491. Indiquemos también las leyes en materia bancaria, como la de 10 de agosto de 1893, n. 449, sobre reordenación de los establecimientos emisores; el Real decreto de 10 de abril de 1910, n. 204, aprobatorio del texto único de la ley sobre establecimientos emisores, y el Real decreto-ley de 6 de mayo de 1926, n. 812, unificando el servicio de emisión de billetes de Banco; la ley de crédito inmobiliario, reunidos en texto único y publicado por Real decreto de 22 de febrero de 1885, n. 2.922, que se sustituyó después con el texto único, que aprobó otro de 16 de julio de 1905, número 646, y el Reglamento, aprobado por el Real decreto de 5 de mayo de 1910, n. 472; la ley de Crédito agrícola, de 23 de enero de 1887, número 4.276, modificada por la de 26 de julio de 1888, n. 5.588, y respectivo Reglamento, aprobado por Real decreto de 8 de enero de 1888, n. 5.166; la ley de 15 de julio de 1888, n. 5.546, modificada por la de 17 de julio de 1898, n. 311, y con el Real decreto de 21 de octubre de 1923, n. 2.413, sobre Cajas de Ahorro, y los Reglamentos relativos, aprobados por Reales decretos de 21 de enero de 1897, n. 43, y 27 de abril de 1899, n. 164; la ley relativa a Montes de Piedad, de 4 de mayo de 1898, n. 169, y su Reglamento, aprobado por Real decreto de 14 de mayo de 1899, n. 185, modificada la primera por el Real decreto-ley de 20 de diciembre de 1923, n. 3.226, y el segundo por Real decreto de 19 de julio de 1924, n. 1.305. En materia de transportes tienen importancia: la ley de 27 de abril de 1885, n. 3.048, para el servicio de las redes mediterránea, adriática y siciliana, y especialmente las *tarifas* y *condiciones* detalladas en los anejos *D* y *E;* y la Convención internacional de Berna para los transportes internacionales por ferrocarril, de 14 de octubre de 1890, entrada en vigor en Italia con la ley de 15 de diciembre de 1892, n. 710, a la que acompaña la declaración de 20 de septiembre de 1893 (ley de 15 de diciembre de 1895, n. 719); el Convenio adicional de 16 de julio de 1895 (Real decreto de 29 de diciembre de 1895, n. 715) y Convenciones adicionales de 16 de junio de 1898 (ley de 23 de diciembre de 1900, n. 496) y de 19 de diciembre de 1906 (ley de 20 de diciembre de 1908, n. 718); además, las leyes de 22 de abril de 1905, n. 137, y 7 de julio de 1907, n. 429, sobre la intervención del Estado en los ferrocarriles; la ley de 17 de julio de 1907, n. 540, y 15 de julio de 1909, n. 524, sobre concesión de ferrocarriles a la indus-

BIBLIOTECA FAC. DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES U. A. N. L.

tria privada y relativos textos únicos, aprobados por Real decreto de 9 de mayo de 1912, n. 1.447, modificado después por Real decreto de 19 de noviembre de 1921, n. 1.684; el Real decreto-ley de 12 de noviembre de 1921, n. 1.585, señalando las condiciones para el transporte de mercancías en los ferrocarriles del Estado, modificado por Real decreto ley de 18 de febrero de 1923, n. 470; 24 de septiembre de 1923, número 2.123; 6 de abril de 1925, n. 372; el Real decreto de 30 de diciembre de 1923, n. 2.828, respecto a la defensa legal de los ferrocarriles del Estado. También deben citarse la ley de 24 de marzo de 1903, número 197, sobre el convenio previo y quiebras de poca importancia, que se modificó en ciertos particulares, restableciendo la moratoria para los resguardos expedidos por los establecimientos de crédito, mediante Real decreto-ley de 28 de diciembre de 1921, n. 1.861; 3 de enero de 1922, número 1; 2 de febrero de 1922, n. 27; 5 de febrero de 1922, n. 32; 13 de marzo de 1922, n. 289; 8 de febrero de 1924, n. 136; 9 de marzo de 1924, número 553. Agréguese también la ley de 20 de marzo de 1913, n. 272, sobre Bolsas de comercio, y su Reglamento respectivo, aprobado por Real decreto de 4 de agosto de 1913, n. 1.068, y modificado después por los Reales decretos-leyes de 16 de octubre de 1919, n. 2.097; 18 de agosto de 1920, n. 471; 15 de abril de 1924, n. 462. La ley de 7 de marzo de 1925, n. 222, y el Reglamento, aprobado por Real decreto de 9 de abril de 1925, n. 376, que han modificado el régimen de las Bolsas; pero la aplicación de algunas disposiciones se había prorrogado por Real decreto de 7 de marzo de 1926, n. 373. Recordemos igualmente el Real decreto de 27 de mayo de 1909, n. 437, aprobatorio del texto único de la ley sobre la expedición de duplicados de documentos representativos de depósitos bancarios en caso de pérdida; el Real decreto de 19 de mayo de 1881, n. 220, sobre Cámaras de compensación; el Real decreto-ley de 7 de octubre de 1923, n. 2.283, relativo a cheques circulares y su funcionamiento, aprobado por decreto ministerial de 15 de noviembre de 1923; el Real decreto-ley de 20 de marzo de 1924, n. 372, autorizando para extender protestos a los secretarios de los Ayuntamientos. Citemos también las varias medidas dictadas acerca de Sociedades comerciales, entre las que merecen mencionarse especialmente la ley de 1.° de abril de 1915, n. 431, modificativa de los artículos 158 y 172 del Código de comercio; el Real decreto-ley de 11 de enero de 1923, n. 75, que deroga temporalmente el artículo 158 del Código de comercio y prorrogado después con la ley de 28 de mayo de 1925, n. 976; Real decreto-ley de 11 de noviembre de 1923, n. 2.605, que autoriza para emitir obligaciones hasta el cuádruplo de su capital a las Sociedades concesionarias de tranvías; el Real decreto-ley de 8 de julio

de 1925, n. 1.230, relativo al empleo del uso de la palabra «popular» por parte de Sociedades que no estén constituídas en forma cooperativa; el Real decreto-ley de 11 de marzo de 1926, n. 413, que regula la constitución y aumento de capital de las Sociedades por acciones, y otros preceptos de aplicación al caso dictados por Real decreto de 11 de marzo de 1926, n. 414.

c) Finalmente, las disposiciones y otros Códigos, y especialmente las del Código civil, que regulan materias comerciales; como, por ejemplo: art. 284, 1.232, aprt. 1.°; 1.324, 1.328, 1.329, 1.341, ap.; 1.513, ap.; 1 831; 1.890; 1.958, n. 8 y 9 del Código civil; art. 91, ap.; 137, 156, 157 de la ley de Enjuiciamiento civil. También estas disposiciones son *leyes mercantiles*, en cuanto se refieren a materia de comercio.

Resolver después en cada caso si los preceptos contenidos en otra ley o Código son disposiciones de *Derecho mercantil*, o sea, si se refieren a *materia comercial* en la forma indicada en el Código de comercio, es cosa de interpretación, y para resolverlo hay que decidir si el legislador quiso dictar un precepto *especial para la materia mercantil.*

Así, por ejemplo, ciertos escritores y alguna sentencia han sostenido que los preceptos de los arts. 1.450 y 1.451 del Código civil son *leyes mercantiles* porque tratan de la venta de *mercancías* vendidas a peso, número, medida o en masa, y estiman que las cosas objeto de contrato, como *tales mercancías*, son cosas destinadas al tráfico mercantil y hay que referirlos necesariamente a asuntos comerciales (117). Contra ello se ha dicho, acertadamente, que la palabra *mercancía* en nuestra legislación no tiene significado tan técnico y preciso que haya de referirse en todo caso a la venta mercantil, porque cabe vender a peso, número y medida, y en masa, cosas sin constituir, precisamente, objeto de venta mercantil (118); también afirman esos tratadistas que son leyes mercantiles, y en *este concepto* substraídas a la fuerza derogatoria de los usos, todas las disposiciones del título IV, libro 3.° del

(117) Vivante: *Trattato*, núm. 3, Cass. Roma, 14 noviembre 1893 *(Giur. ital.*, 1894, I, 474).

(118) Bolaffio, en *Temi*, 1902, 61; *Comm.*, pág. 47, núm. 2; A. Scialoja: *Fonti*, núm. 7, págs. 259 y 260. Cass. Florencia, 23 diciembre 1901 (*Temi*, 1902, 61). Consiste, principalmente, la importancia práctica de la cuestión en que, si se consideran leyes mercantiles los artículos 1.450 y 1.451, no pueden ser derogados por los usos comerciales. En contra, Ap. Florencia, 3 enero 1914 *(Foro ital.*, 1914, I, 178); Cass. Turín, 8 noviembre 1915 *(Repertorio del Foro ital.*, 1915, *Vendita*, núm. 109.

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN
BIBLIOTECA FAC. DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES
PROCESO DE DIGITALIZACIÓN

Código civil (arts. 1.097-1.371), en que están comprendidos los principios generales de las obligaciones y contratos. Fúndase esta opinión en el art. 1.103 del Código civil, que dice: «Tengan o no denominación especial los contratos, quedan sujetos a los principios generales que constituyen este título. Las reglas peculiares a ciertos contratos civiles están contenidas en los respectivos títulos de cada uno de ellos, y los especiales de la contratación mercantil en el Código de comercio»; y de esto se quiere inducir que la ley distingue entre reglas particulares a cada uno de los contratos, pero no en cuanto a las reglas generales, y que por ello deben reputarse comunes a todos, tanto civiles como mercantiles, y al aplicarla a los segundos son, por consiguiente, leyes comerciales. Pero la premisa no justifica la conclusión; la ley dice, sencillamente, que las reglas generales sobre obligaciones se aplicarán tanto en materia civil como en materia comercial, y esto significa únicamente que esas normas son normas de Derecho privado *común* (119), que es como decir de Derecho civil, porque como hemos visto, el Derecho común de las relaciones privadas es el Derecho civil; esto no significa que todas las disposiciones del título IV, libro 3.° del Código civil pueden ser substituídas por el uso. Vamos a ver inmediatamente que las costumbres comerciales no pueden derogar las normas imperativas del Derecho civil, y esto basta para negar que los usos pueden hacer brecha en las relaciones esenciales de las obligaciones y contratos para substraer buena parte de ellas a la fuerza derogatoria de los usos.

§ 12. Usos mercantiles (120).

Sumario: 31. I) Nociones generales. Usos mercantiles y verdadera y propia costumbre.—32. Nociones generales acerca de los «usos». Sus clases: *a)* Usos interpretativos. *b)* Usos invocados por la ley. *c)* Verdadera y propia costumbre.—33. II) *Usos invocados por la ley:* fundamento y límites de su fuerza obligatoria. Usos generales. Usos locales. Usos particulares.—34. Requisitos: 1.° Debe tratarse de uso social: elemento objetivo o material, y elemento subjetivo o espiritual del uso social; *opinio iuris:* prácticas de tolerancia. 2.° Debe ser legítimo. 3.° No puede ser contrario a las normas de la ley mercantil. 4.° Debe ser un uso mercantil.—35. La aplicación del uso excluye la aplicación de las normas de Derecho civil y es independiente de la voluntad de las partes. Uso imperativo.—36. Prueba del uso. Principios generales. Aplicación. Declaración de oficio. Excepciones a la regla de la carga de la prueba. Impugnabilidad en casación.—37. Enumeración de los medios de prueba; su valor, especialmente de los recogidos por las Cámaras de Comercio.

31. I) El problema de la naturaleza de la fuerza obligatoria y la aplicación de los usos en materia comercial no hay que confundirlo con el más amplio, general y aun más arduo problema del valor de la costumbre como fuente de Derecho, paralela a la ley en el régimen jurídico moderno, porque el problema de la costumbre, en parte, es un problema comprendido en la teoría general del Derecho, y, en parte también, un problema de Derecho público; por eso es necesario fijar el carácter de la regla jurídica, si puede, y cómo, la voluntad colectiva, de que es expresión dicha regla, manifestarse tácitamente por el hecho de la observancia efectiva de ésta; en consecuencia, qué requisitos deben reunir esos hechos en que se concreta esta tácita manifestación de la voluntad colectiva y en qué límites es compatible con la organización moderna del Estado el nacimiento de una norma jurídica a virtud de las actividades directas de los asociados, más bien que por mediación del Estado y de sus órganos. Todos estos problemas comunes al Derecho privado y al público son extraños a nosotros, porque, en realidad, no hay un problema específico de la costumbre comercial; lo hay respecto a la costumbre, que en estos aspectos es igual en todas las ramas del Derecho.

---

(119) En el sentido del texto: Vivante: *Trattato*, I, núm. 4; Franchi: *Comm.*, núm. 5; A. Scialoja: *Fonti*, núm. 8, págs. 260 y 261. En contra: Bolaffio: *Comm.*, núms. 7 y 8, pág. 37, núms. 1 y 47; Vighi, en *Temi veneta*, 1899, 325 y siguientes; Sraffa, en *Giur. ital.*, 1908, IV, 360.

(120) *Bibliografía:* Vivante: *Gli usi mercantili*, en *Arch. giur.*, 1883, páginas 234 y siguientes; Grassi: *Usi mercantili*, en *Dig. ital.*, XXIV, 24, 84; Scialoja: *Fonti e interpretazione del Diritto commerciale*, en *Saggi di vario Diritto*, I, Roma, 1927, núm. 9-33; Mossa: *Studî sugli usi interpretativi*, en *Riv. di Diritto comm.*, 1922, I, 557. Sobre la doctrina general de la costumbre: Vanni: *Della consuetudine nei suoi rapporti col Diritto*, en *Saggi di filosofia*, II, 1906; Miceli: *La forza obligatoria della consuetudine*, 1889; Degni: *L'autorità del Diritto consuetudinario nella legislazione italiana*, en *Studî* por Fadda, vol. IV, pág. 191; Bonfante: *Per una revisione della teoria della consuetudine*, en *Riv. di Dir. comm.*, 1904, I, página 274; Flumene: *La consuetudine nel suo valore giuridico*, Sassari, 1925; Ferrara: *Trattato di Diritto civile*, vol. I, 1921, págs. 125 y sigs.; Coviello: *Manuale di Diritto civile*, 3.ª ed., Milán, 1924, págs. 47 y sigs.; Puchta: *Das Gewohnheitsrecht*, Erlangen, 1828, 1837; Schmidt: *Zur Lehre von Gewonheitsrecht*, 1884; Sturm: *Revision der gemeine Lehre von Gewohnheitsrecht*, Leipzig, 1900.

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN
BIBLIOTECA FAC. DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES U. A. N. L.

Más sencillo, y completamente distinto, es, en cambio, el problema de la eficacia jurídica de los *usos comerciales*, conforme al art. 1.° del Código de comercio. Aquí no se trata de formación de norma jurídica, extraña a la ley, y mediante la acción directa de los coasociados, no por obra de los poderes legislativos del Estado; aquí hay un precepto legal: el art. 1.°, que reconoce expresamente fuerza obligatoria a *los usos* en los casos y en asuntos no previstos en la ley mercantil, y, por lo tanto, es evidente que los usos a que se refiere el art. 1.° carecen de fuerza obligatoria *por sí*, y la tienen sólo en cuanto los reconoce aplicables el art. 1.°; estamos, por consiguiente, lejos del ámbito de la costumbre. De costumbre como fuente de Derecho paralela a la ley sólo puede hablarse en cuanto de la observancia efectiva de los coasociados pueda inducirse una regla que sea expresión directa de la voluntad colectiva, y, por lo tanto, obligatoria *per se*. Pero cuando, en cambio, nos encontramos con un texto legal que, en vez de expresar con precisión la regla, apela a los *usos* o a la *práctica*, habrá que reconocer que no hay sino una semejanza de nombre entre éstos y la costumbre; en realidad, este caso de invocar los usos no se distingue en nada, jurídicamente, de aquellos otros en que, para fijar el contenido de la regla, se remite la ley a un factor que le es extraño; y así sucede cuando esa ley atribuye eficacia jurídica a la voluntad privada, como, por ejemplo, cuando dice que los contratos legalmente celebrados tienen fuerza de ley para los contratantes (art. 1.123 del Código civil), o cuando preceptúa que puede disponerse por testamento en todo, o en parte, de los bienes propios, para cuando se deje de existir (art. 759 del Código civil); cuando la ley confía al arbitrio judicial el régimen de una relación especial (art. 544 del Código civil); ya, en fin, siempre que la ley se remite a lo que el *uso* haya establecido (artículos 580, 582, 1.124, 1.505, 1.608 y 1.654) (121); en todos estos casos no hay una disposición contractual, testamentaria, judicial o consuetudinaria distinta de la regla jurídica. El contrato, el testamento, el fallo del juez, el uso, no son fuentes de Derecho análogas a la ley; no crean norma alguna: lo que hacen es prestar contenido a la norma legal; en todos estos casos la ley, digámoslo así, señala una norma jurídica *en blanco*, una norma cuyo contenido es indeterminado, y cuya determinación confía a la voluntad privada, al juez o al uso.

Que es lo que ocurre respecto a los usos comerciales citados en el artículo 1.° del Código de comercio; este artículo establece una norma

(121) Lo mismo ocurre cuando la ley alude a la buena fe, a las buenas costumbres, a la equidad.

con contenido indeterminado, determinación que, precisamente, corresponde hacer al uso, y, por tanto, los usos comerciales no son fuente de Derecho distinto de la ley mercantil y paralela a ella; carecen de fuerza para crear *por sí* reglas jurídicas, pero *desempeñan la función más modesta de suministrar contenido a la norma general del artículo 1.°*

32. Ahora precisa determinar con mayor rigor lo que son los *usos* a que se refiere el art. 1.°

La palabra «uso» encierra un significado amplísimo, que comprende desde la simple *habitualidad individual* hasta la verdadera y propia *costumbre jurídica*. En sentido amplio, «uso» es *toda consciente y continuada repetición de actos voluntarios*, cuya repetición puede ser un hecho simplemente individual, fundado en la facilidad mayor que presenta repetir un acto ya realizado, en vez de practicar uno nuevo (habitualidad); o bien un hecho social fundado en la fuerza del *hábito* o en la *imitación*. Desde el punto de vista jurídico, cabe distinguir tres grupos distintos en los usos.

a) En primer lugar, aquellos cuya eficacia emana de constituir indicio de una cierta *voluntad;* ésta es la que obra jurídicamente y cuya existencia presume el uso. Este significado pueden adquirirlo tanto las prácticas o hábitos *individuales* como la práctica o hábito *generales*. Si una persona, al repetir los mismos actos, suele manifestar una cierta voluntad, parece lógico presumir que aquella serie de actos responde a una voluntad *constante*, y que esta voluntad existe, aun cuando en un caso particular falte la correspondiente especial manifestación; si, por ejemplo, dos comerciantes en sus relaciones de negocios las han regulado siempre de una cierta manera, podrá presumirse lícitamente que del mismo modo quieren regularlas en el porvenir; y de igual suerte que, en un círculo más o menos amplio de personas, todas aquéllas que realizan actos jurídicos determinados los realizan en cierta forma expresiva de una voluntad idéntica, parece lógico inducir que esta manera de obrar responde a una voluntad *general*, y que por ello todos los que pertenecen al grupo quieren lo mismo, aunque en casos particulares falte la manifestación expresa de esta voluntad.

Todos estos usos cuya eficacia consiste precisamente en la presunción de voluntad de que nacen (122), llámanse *usos interpretativos*

(122) Esta es la doctrina dominante en nuestros escritores. Vivante: *Trattato*, vol. I, núms. 18 y siguientes; Navarrini: *Trattato teorico-pratico*,

BIBLIOTECA FAC. DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES U. A. N. L.

(designados con inexactitud por algunos usos de *hecho* o usos *contractuales)*, bien se trate de hábitos individuales o generales. Desde el punto de vista jurídico, estos usos deben ser igualmente considerados, porque actúan creando presunciones de voluntad, y los efectos jurídicos que de ellos se derivan dependen precisamente de la voluntad presunta en ellos. De aquí se deducen dos consecuencias:

1.ª Cabe impugnar siempre la presunción de voluntad derivada de estos usos, demostrando que hubo una voluntad distinta en el caso en cuestión (123).

---

número 52; Scialoja: *Fonti*, núm. 20, págs. 281 y siguientes, a la que se opone la teoría que propende a atribuir valor objetivo a los usos interpretativos, cuya eficacia no puede fundarse en la voluntad de las partes; esto es, que los usos no servirían para completar, o la voluntad en sí misma, o su declaración, tal como algunos escritores distinguen, sino que poseería eficacia objetiva como regla jurídica, como reflejo de la voluntad legislativa. Véanse las citas que hace Mossa: *Studi sugli usi commerciale*, en *Riv. di Dir. comm.*, 1922, I, páginas 557 y siguientes, y en Scialoja: *Fonti*, pág. 281, núm. 2. La base contractual de la fuerza vinculatoria de los usos interpretativos la reconocen sin protesta los Tribunales, en cuya opinión aquéllos contribuyen a fijar la voluntad presunta de los contratantes, y debe ceder ante la prueba o existencia de voluntad contraria. Cass. Florencia, 3 diciembre 1914 (*Foro ital.*, 1915, 278. Tribunal Supremo del Reino, 22 marzo 1926 (sentencia núm. 835, no aparecida todavía), en la que declaró que cuando el juez, por las cláusulas del contrato, haya formado juicio acerca de la voluntad de los contratantes, es inútil toda indagación sobre el uso. Cass. Palermo, 31 marzo 1917 *(Foro sic.*, 1917, 136), y que no pueden invocarse usos mercantiles nacidos con posterioridad a la celebración del contrato. Cass. Turín, 27 julio 1921 *(Giur tor.*, 1922, 94). Véase la nota siguiente.

(123) Que desaparezca la obligatoriedad ante la ignorancia de la existencia del uso es consecuencia de cuanto decimos en el texto, porque para la parte que pruebe esa ignorancia desaparece la presunción de voluntad en que se funda la fuerza vinculatoria de los usos interpretativos; en este sentido va la doctrina dominante entre civilistas y mercantilistas; Scialoja: *Fonti*, citada, pág. 285; Vivante: *Trattato*, loc. cit.; Navarrini: *Trattato teorico-pratico*, núm. 53. En cambio, en la doctrina que asigna fundamento objetivo a los actos interpretativos, separándolos del elemento subjetivo (v. la nota anterior), solamente por voluntad contraria de las partes quedaría el uso interpretativo privado de fuerza obligatoria; de igual suerte que la regla jurídica vincula aun en caso de ignorancia, del mismo modo sería aplicable el uso aunque las partes lo desconociesen, si bien cabe que las mismas puedan derogarlo mediante pacto expreso, como pueden renunciar a la aplicación de un precepto legal que no tenga carácter imperativo; véanse las citas que

2.ª En tanto que no se impugne la presunción, el uso se considera declaración de voluntad y, como tal, puede derogar las normas legales declarativas o permisivas.

b) El grupo segundo de usos comprende aquellos cuya eficacia jurídica reside en que son invocados por la ley; son obligatorios en cuanto integran el contenido de una norma legislativa; tienen el valor de normas jurídicas, no porque por sí mismos constituyan éstas, sino porque integran el contenido de una disposición legal. Por lo común, la ley en estas remisiones incorpora a su contenido hábitos generales; pero también cabe que se refiera asimismo a hábitos individuales; ejemplo de ello, el artículo 486 del Código civil. En estos casos, en vez de expresar la ley una disposición concreta, eleva a norma de conducta obligatoria la práctica general o individual, porque estima difícil señalar *a priori* lo que requieren ciertas relaciones, y es más sencillo remitirse a aquella sistematización de hecho que en el porvenir indiquen las necesidades mismas de tales relaciones. Estos usos, por una parte, son obligatorios con independencia de la voluntad privada, por imponerlos la ley (y por eso no vale aducir que en el caso particular las partes no quisieron referirse a ellos), y, por otro lado, obligan asimismo en cuanto la ley los invoca, y la ley hace esto porque no formula un precepto adecuado; no se aplican sino *a falta* de una disposición legal, y por ello no pueden derogar éstas en ningún caso.

c) El tercer grupo de usos lo componen aquellos hábitos generales que adquieren verdadero carácter de costumbre jurídica, por cuanto surgen como producto de la observancia efectiva de una regla formulada tácitamente por la voluntad colectiva; usos obligatorios *per se*, aparte

---

hace Ferrara en su *Trattato*, cit., pág. 143, núm. 1. Nuestra jurisprudencia rechaza que el uso interpretativo pueda sujetar a las partes cuando lo ignoren; además, propende a distinguir: el uso interpretativo que no sea contrario a la ley vincula a los contratantes, aunque éstos no lo hayan invocado expresamente; Cass. Palermo, 26 marzo 1923 *(Riv. di Dir. comm.*, 1924, II, 113). Al contrario, los usos en negocios, derogatorios de la ley escrita, sólo tendrán eficacia en cuanto las partes los invoquen, bien expresamente, bien se desprenda así de la conducta que sigan. En este sentido: Tribunal Supremo del Reino, 20 de febrero de 1925 *(Riv. di Dir. comm.*, 1925, II, 652.). No es de apreciar en realidad esta distinción, porque si el uso interpretativo obliga a las partes en razón de su voluntad presunta, deroga también las leyes facultativas que no hayan invocado expresa ni tácitamente; en este sentido, véase Vivante: *Trattato*, I, núm. 13. En contra, Brugi, en *Riv. di Diritto comm.*, 1924 II, 115.

BIBLIOTECA FAC. DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES U. A. N. L.
BIBLIOTECA

y por encima de la ley, como fuente que son de Derecho, paralela a la misma.

Claro está que los usos de que habla el artículo 1.º de entre estas tres categorías son precisamente los hábitos y prácticas generales que, invocados por un texto legal, pasan a integrar el contenido de una disposición legislativa y son obligatorios *a virtud de este título;* distínguense de los usos *interpretativos* porque el fundamento de su fuerza obligatoria reside directamente en la ley, que es quien los invoca, y no en la presunta voluntad de las partes (124); distínguense de la verdadera costumbre jurídica en que no son reglas jurídicas autónomas, sino que forman el contenido de un precepto legislativo (125).

Hablemos ahora de estos usos invocados por la ley:

---

(124) Los civilistas y mercantilistas, generalmente, distinguen entre usos interpretativos y las otras dos clases de usos legales. Bolaffio (*Comm.*, número 11) dice que no debe tratarse de usos interpretativos, sino de prácticas individuales, porque cuando ésta, al generalizarse, adviene práctica social y se formula así, se aparta de la voluntad para convertirse en norma integradora de ley, esto es, en uso legal. En análogo sentido se expresa Ferrara (*Trattato di Diritto civili*, núm. 31), aunque reconoce la importancia práctica de la distinción entre uso interpretativo y uso legal, pero afirma que la distinción consiste sólo en la *antigüedad (vetustas),* porque el uso en los negocios no es tan inveterado y arraigado que pueda elevarse a norma jurídica.

(125) Suele descuidarse generalmente esta segunda distinción; con el genérico de costumbre suelen comprenderse las dos clases que hemos diferenciado. Navarrini (*Trattato teorico pratico*, vol. I, núm. 44, pág. 72, y nota 1.ª, página 73) impugna la distinción y dice que en nuestro sistema jurídico la costumbre, en general, tiene eficacia en cuanto la ley la reconoce, bien en un precepto de carácter general, como ocurre con el artículo 1.º del Código de comercio, o en especiales referencias (artículos 2.º, 580, 582, 1.505 apartado, 1.574, 1.598, 1.600, 1.604, 1.607, 1.609, 1.610, 1.613, 1.625, 1.654). Ahora bien; cuanto dice no afecta a la exactitud de la distinción; únicamente conduciría a negar el carácter de norma obligatoria a los usos que hemos incluído en la tercera clase, esto es, a negar a la costumbre el carácter de fuente de Derecho autónoma.

Ya hemos dicho que no tenemos por qué ocuparnos aquí de este problema general extraño al Derecho mercantil, porque los usos que a éste importan son los que *invoca* el artículo 1.º, no la verdadera y propia costumbre; no está de más, sin embargo, recordar que hay quien recientemente niega con resolución carácter de fuente de Derecho a la costumbre. Ferrara, por ejemplo, dice: «En el Derecho moderno no es la costumbre una fuente *paralela* a la ley, sino un *régimen de hecho*, que la ley se apropia y utiliza para sus fines, para una más completa y precisa ordenación de las relaciones diarias. Sabido es que la ley misma utiliza factores sociales para dar más agilidad a sus normas y mantener el contacto entre el Derecho y la vida, y por eso se remite a la buena fe, a las buenas costumbres, a la equidad y también a los usos; de costumbre se elevan a *medios de determinación* de la regla jurídica, conceptos morales sociales (*Trattato di Dir. civ. ital.*, vol. I, página 147).

Aun cuando se reconozca eficacia de fuente autónoma a la costumbre, en el Derecho moderno, si bien muy limitada, a lo menos para relaciones no reguladas en la ley, no cabría negar el fundamento distinto de la fuerza obligatoria de los usos invocados y no invocados por ésta. Aun entre los mismos autores que en apoyo de sus objeciones cita Navarrini en nota de la pág. 72, no faltan algunos a quienes no se les ha escapado la distinción, como, por ejemplo, Chironi y Abello, *Trattato*, vol. I, pág. 50, que dicen: «Es indudable que estas costumbres (las invocadas por la ley), como reciben fuerza legal del texto legislativo, han de reputarse Derecho escrito y, por tanto, parte integrante de la ley propiamente dicha, en la que tienen el verdadero fundamento de su eficacia obligatoria, a diferencia de la costumbre que es «extraña a la ley»; Brugi también señala la importancia teórica y práctica de la observación, aunque escolástica, de que la costumbre (o, con más precisión, el uso) invocado por la ley, más que disponer de fuerza propia, la toma de ésta» (*Rivista di Diritto commerciale*, 1924, II, págs. 123 y siguientes).

33. II) El fundamento de la fuerza de obligar de los usos invocados reside en la norma misma legal que los invoca. En este caso no son por sí normas jurídicas: llegan a serlo porque les confiere fuerza obligatoria un precepto legislativo; en resumen: aquí el uso desempeña la función de *fijar el contenido* de un precepto legal. Esta posición suya frente a la ley, no sólo explica el *fundamento*, sino también los *límites* de su fuerza obligatoria, acerca de la cual puede decirse en substancia lo siguiente: que la disposición legal que se refiere al uso subsiste decisiva siempre. Hay casos en que la ley se remite al uso y le confiere fuerza obligatoria sólo en cuanto faltan en aquellas disposiciones sobre el particular; hipótesis frecuentísima, como, por ejemplo, la del artículo 1.º del Código de comercio, aplicable en cuantos casos la ley mercantil *no prevea*, como la del artículo 36, que invoca los *usos generales* para señalar el plazo dentro del que debe recibir el proponente la aceptación de la oferta contractual, y los casos en que no es necesaria una contestación preventiva de la aceptación en vista de la calidad del contrato, porque la ley ha renunciado a disponer sobre los dos extremos, de igual suerte la cuantía de la retribución del comisionista

---

BIBLIOTECA FAC. DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES U. A. N. L.

que haya estipulado *star del credere* (1) se fija, como dispone el apartado 2.º del artículo 387 del Código de comercio, según los usos locales, porque la ley se remite a éstos en vez de disponer directamente; otro tanto ocurre con la oferta de la entrega de la mercancía o del precio para lograr la resolución de pleno derecho en la compraventa, que ha de hacerse en la forma usada en el comercio (art. 67), porque la ley se abstiene de expresar nada sobre el caso o se remite a los usos.

Decimos que esto es lo más frecuente, porque es natural que la ley haga referencia a los usos cuando no estima oportuno disponer una forma precisa y se remite a los caracteres que en la práctica haya de adquirir la relación. Pero también cabe que la ley logre el mismo fin por otro conducto, esto es, expresando un principio, y agrega que los usos pueden derogarlo; así ocurre con el artículo 30 del Código de comercio, según el cual, el agente mediador, a quien se confía una operación, no se le autoriza por ello a aceptar o ejecutar las obligaciones de los contratantes, salvo *usos contrarios* locales o especiales del comercio; o como el artículo 69, que autoriza el cumplimiento de las obligaciones derivadas de la venta, aun después de transcurrido el plazo, que es de esencia, dada la índole de la operación, siempre que se avise al otro contratante dentro de las veinticuatro horas siguientes al vencimiento del plazo, *salvo los usos especiales* del comercio; y según el mismo artículo 69, la venta puede realizarse el día posterior al del aviso, salvo los usos comerciales (art. 347). En estos casos el uso puede derogar la ley, o, mejor dicho, es la ley misma la que para el régimen de ciertas relaciones señala una doble norma: una principal, cuyo contenido lo determina el uso, y otra subsidiaria, cuyo contenido fija previamente la ley, y que sólo se aplica a falta de la primera.

Pero la ley, en todo cuanto a los usos se refiere, no sólo es dueña de ordenar su subordinación o preferencia a la norma legal, sino también de fijar *qué usos deben regir*, porque hay usos de varias clases: usos extendidos por todo el territorio del Estado (usos *generales* en cuanto al espacio) y usos cuya difusión está limitada a ciertas localidades (usos *locales*); usos comprensivos de todas las relaciones de una cierta clase (usos generales en cuanto a la materia), y usos que sólo se dan en *algunas* relaciones (usos *especiales*); y la ley que se remite a ellos es la que debe indicar a *qué clase de uso* se refiere. Por eso el artículo 1.º del Código de comercio invoca en primer lugar los usos especiales y locales, y a falta de éstos nada más lo hace a los generales; pero otras veces se remite la ley solamente a *usos locales* (artículos 361, 337, 336, 549 del Código de comercio), y en ciertos casos a los usos de una plaza determinada, con exclusión de aquella otra en que también la relación se desenvuelve (art. 384: usos de la plaza *en que el comitente realiza la operación*; art. 287: usos del lugar en que la *comisión se ejecuta)*; otras veces la ley se refiere, como en los artículos 30 y 69, a los usos *especiales*; otras, en fin, invocan los *usos generales*, como en los artículos 36 y 586; frecuentemente la remisión se hace simplemente a los *usos*, como en los artículos 62, 67, 69, 356, 347, 397, en cuyo caso, y por analogía, es de aplicar el principio del artículo 1.º y prevalecer los usos locales y especiales sobre los generales.

En resumen y conclusión: que el principio dominante de toda esta materia consiste en que la fijación de la fuerza obligatoria del uso es un *problema de interpretación de la regla jurídica referente a ello.*

Y ahora, prescindiendo de las varias disposiciones especiales referentes al uso, vamos a tratar de señalar con precisión el alcance del artículo 1.º del Código de comercio, que es importantísimo porque encierra una *remisión general a los usos*. Esta invocación general no es que sea una novedad del Derecho mercantil, porque en el mismo Derecho civil hay una remisión general análoga para toda la materia contractual contenida en el artículo 1.121, que dice que los contratos obligan, *no sólo* a lo expresado en ellos, sino también a las consecuencias todas que se deriven del mismo, conforme a la equidad, al *uso* o a la ley, y esto significa que, a virtud de la invocación del artículo 1.124, también en materia contractual civil tiene el uso fuerza obligatoria e integra el contenido de un precepto jurídico general.

34. Vamos ahora a señalar los *requisitos* que debe reunir el uso *conforme al artículo 1.º*

Por requisitos del uso queremos decir las *condiciones* que la ley exige para que la *práctica*, o sea, la forma en que se repite un acto, se convierta en obligatoria o pasé a integrar el contenido de la regla jurídica que a él se remite, y estos requisitos substancialmente son cuatro, *conforme al artículo 1.º:*

1.º El uso debe ser el uso, *uso social*, no *individual*, porque, a di-

---

(1) Los apartados 2.º y 3.º del artículo 387 del Código de comercio italiano dicen:

«El comisionista que asuma tal responsabilidad (mediante cláusula especial) queda obligado personalmente para el cocontratante al cumplimiento de las obligaciones derivadas del contrato.»

«En este caso, tiene derecho a la retribución especial llamada *star del credere*, que habrá de fijarse conforme a los usos del lugar en que se cumplió la comisión.»—*(N. del T.)*

BIBLIOTECA FAC. DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES U. A. N. L.

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ® DIRECCIÓN GENERAL

ferencia de los interpretativos, cuya eficacia reside en la voluntad privada, que pueden ser tanto prácticas sociales como prácticas individuales, aquellos a que la ley se remite sólo pueden ser prácticas sociales, y esto se debe sencillamente a que el contenido de la norma jurídica, es decir, de un mandato general, no puede determinarlo la voluntad de una o más personas singulares, y precisamente a los que se remite el artículo 1.º es a los usos mercantiles, o sea, a prácticas seguidas por la numerosa y variada clase de personas que, habitual u ocasionalmente, ejercen el comercio; y, descendiendo a especificar los usos mercantiles invocados, prevé los casos en los que invoca, o los *usos generales*, o los *usos especiales*, o los *usos locales;* ahora bien: también los usos especiales y locales (de los *generales* no hay que hablar, porque la cosa es clara) son usos *sociales*, están practicados por una colectividad de personas, porque los primeros se refieren a una determinada rama del comercio y los segundos a una cierta localidad.

Una vez sentado que el uso debe ser *social*, veamos lo que se entiende por tal, y, a nuestro juicio, puede definirse como la constante repetición de un acto voluntario; concepto que comprende tanto los individuales como los sociales y que encierra en toda clase de usos un factor doble: primeramente, un *elemento objetivo o material*, la *uniformidad de conducta externa*; en segundo lugar, un *factor subjetivo o espiritual:* la *conciencia de esta conducta uniforme*; de suerte, que no basta que el mismo acto voluntario se realice muchas veces en la misma forma; es menester que nazca éste cada vez del mismo modo, no al azar, sino consciente y deliberadamente.

Y aplicados estos conceptos a los usos sociales, podemos fijar del modo siguiente los dos factores que concurren a su formación:

a) Elemento *objetivo* o *material*, consistente en el acto externo de la repetición por parte de los individuos singulares que constituyen un cierto grupo social, de un acto determinado, de tal suerte, que aparezca como *conducta uniforme de la colectividad*; no es necesario, por consiguiente, que sean los mismos individuos los que repitan los mismos actos, sino que la repetición asumirá ese carácter de conducta general, uniforme, únicamente cuando distintos individuos, y en análogas circunstancias, se conduzcan idénticamente. En cambio, precisa que el acto sea realizado *por todos o casi todos los que tengan motivos o posibilidad para realizarlo*, y no sólo por algunos pocos, o muchos, que pertenezcan a la colectividad. Además, es necesario que el acto sea *realizado del mismo modo*, con objeto de que la conducta de cada uno de los que lo realizan surja como repetición de la conducta de los demás que en ello le precedieron. Por último, es necesaria la prolongación por *un cierto tiempo* de esa repetición para que aparezca el acto como la conducta de la colectividad, que es un conjunto fijo y permanente de individuos. En resumen, no existe conducta uniforme de la colectividad si no es general, constante y duradera (126).

b) El elemento *subjetivo* o *espiritual* consiste en que cada asociado que realiza el acto uniforme sea consciente de que repite un acto realizado en aquella forma, y, por consiguiente, que posee la *voluntad de continuar un precedente*, o, dicho en otros términos: la conformidad del acto singular con los demás, cuyo conjunto constituye la conducta social uniforme, no debe ser fortuita, sino consciente y querida. Téngase en cuenta que esta conciencia y voluntad de realizar un acto conforme al uso seguido no constituye todavía la conciencia y voluntad de observar una norma jurídica, o sea, una norma de conducta inexcusablemente obligatoria *(opinio iuris atque necessitatis)*. Será necesaria esa voluntad de observar una norma jurídica en la propia y verdadera costumbre, pero no para que exista un *uso social*, cuya fuerza obligatoria reside por completo en la regla jurídica que le invoca: para los usos sociales no es necesario tanto; con menos basta, por la simple conciencia y voluntad de *realizar lo ejecutado y*

(126) Debe entenderse, en relación con el fin para que son requeridos, no en sentido material, estos requisitos de *generalidad*, *constancia* y *duración;* los tres son necesarios para *probar la conducta uniforme de la colectividad;* de modo que se debe decir que una cierta conducta está *generalmente* difundida, no obstante haber ocurrido alguna divergencia, porque la cuestión está en si esos casos dispares son más o menos numerosos que los conformes, y pueden o no constituir una excepción a la regla (cons. Regelsberger: *Pandekten*, pág. 95); así también la conducta será *constante* cuando los actos repetidos que la integren sean los mismos, *aproximadamente*. Por último, será *duradera* si la constancia subsiste en cierto tiempo, sin que *a priori* quepa indicar el número de años. Creemos que para fijar la existencia del elemento *material* o *externo* hay que atender a la intención con que se realiza cada acto (así Scialoja: *Fonti e interpretazione*, págs. 267 y siguientes). La intencionalidad servirá para demostrar la existencia del factor espiritual o subjetivo, pero el externo u objetivo habrá de desprenderse de la observación de los hechos materiales. Si el uso ha de constar de un elemento externo y otro interno, claro está que el primero sólo puede procurárnoslo un conjunto de actos externos. También se justifican algunas de las conclusiones a que llega Scialoja, mediante el concepto, indicado arriba, de que el examen de los actos singulares se hace con vistas a la finalidad de la indagación, que es el descubrir la existencia de una *conducta uniforme de la colectividad*, no en los individuos.

BIBLIOTECA FAC. DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES U. A. N. L.

que realizan los demás, bien por tradición, bien por imitación, independientemente de toda idea de obligación jurídica (127).

¿Y qué diremos entonces de ciertos hábitos realizados, no con intención de observar una regla jurídica y de respetar un derecho ajeno, sino por simple condescendencia o liberalidad, como los distintos aplazamientos y otras concesiones que se suelen hacer a la clientela, como los regalos de fin de año, la reducción a los que pagan puntualmente, la espera a los que hacen compras nuevas, el envío de los objetos a domicilio, etc., etc.? Hay quien afirma que semejantes costumbres jamás son obligatorias (128). A mi juicio, hay que distinguir si la práctica reúne todos los requisitos objetivos o subjetivos del uso social; no puede negarse la obligatoriedad, habiendo en cuenta la remisión del artículo 1.º del Código de comercio. Si, en cambio, esa práctica carece de las condiciones necesarias de difusión, constancia y duración, o no aparece que los actos se hayan realizado, con el propósito de continuar un hábito seguido, en una palabra, cuando en vez de un *uso social*, lo que hay es un *uso individual*, la práctica no es obligatoria entonces. Nada importa la intención de realizar un acto jurídico obligatorio o facultativo, puesto que los usos a que se refiere el artículo 1.º no tienen por propia virtud obligatoriedad, sino a causa de la disposición legal que los invoca (129).

---

(127) Por eso no incluímos entre los requisitos que deben reunir los usos a que se refiere el art. 1.º del Código de comercio, la *opinio juris*, o sea, el propósito de cumplir un precepto jurídico, porque, aun cuando así lo exijan algunos tratadistas y sea la opinión más difundida y autorizada (véase Vivante: *Trattato*, I, núm. 11; Goldschmidt: *Handbuch*, pág. 329, texto y nota 23; Franchi: *Comment.*, págs. 16 y 17); para nosotros es superfluo, puesto que asignamos a la ley que los invoca la fuerza entera que poseen; por lo demás, adviértase que no todos lo consideran necesario, aun para la verdadera costumbre. Véase Ferrara, quien dice que para nada se necesita averiguar cómo y por qué se ha formado un uso general y constante, ni si se funda en la *opinio juris* o en un error; la convicción de la justicia u oportunidad de la norma, etc. (*Trattato* cit., pág. 139). Al requisito subjetivo *opinio juris* substituye el objetivo del *contenido jurídico* del uso, en el sentido de que éste debe consistir en la regla de una relación externa, que cae en el ámbito del Derecho, con el objeto de excluir las prácticas usuales que quedan en el círculo de la sociabilidad; concepto exactísimo en sí mismo, porque no hay duda de que la regla de conveniencia social, como las morales, religiosas, etc., no están comprendidas entre los usos de que tratamos.

(128) Vivante: *Trattato*, núm. 11.

(129) A. Scialoja: *Le Fonti*, núm. 18, pág. 276, que exige aún el conocimiento de que existe un deber jurídico, con motivo de estas prácticas, llamadas de mera tolerancia, reconoce que basta que exista tal conciencia en la generalidad, y que, en cambio, carece de importancia el estado de ánimo individual; la opinión más correcta, expuesta en el texto, de no ser necesaria la conciencia de un deber jurídico, y que los actos de mera condescendencia son también obligatorios, en virtud del art. 1.º, cuando hayan reunido los requisitos de la costumbre social, ha sido acogida por la Jurisprudencia; ap. Bolonia, 19 septiembre 1900 (*Temi*, 1901, 65); apel. Milán, 2 diciembre 1903; ap. Venecia, 6 julio 1901 (*Temi*, 1901, 534).

2.º No basta, sin embargo, que se trate de un *uso social* para que una práctica adquiera fuerza obligatoria en virtud de la cita del artículo 1.º es preciso que sea una práctica *legítima*, producto de actos autorizados por el Derecho. El artículo 1.º, al referirse a los usos, no pretende legitimar un *uso cualquiera;* semejante precepto no es derogatorio del sistema jurídico regulador de la conducta de los ciudadanos, que subsiste en pleno vigor y hay que observar, lo mismo que el artículo 1.º O, dicho de otro modo, ese artículo 1.º presupone la observancia del conjunto de normas que constituyen el ordenamiento jurídico y se refiere a los usos únicos que legítimamente pueden surgir.

Y para que pueda llamarse legítimo un uso es necesario: que no sea contrario a los principios de *Derecho público*; que no sea opuesto a las reglas imperativas o coactivas del Derecho privado, mercantil o civil; una serie de actos ilegítimos, y, por lo tanto, ineficaces, no puede engendrar un uso al que haga referencia la ley (130).

---

(130) Los usos contra el orden público y las buenas costumbres son usos contra el ordenamiento jurídico constituído (art. 12 de las disposiciones preliminares del Código civil), y, por consiguiente, son usos ilegítimos. La relatividad del concepto del orden público explica la variedad de la Jurisprudencia cuando resuelve casos prácticos, singularmente en relación con los principios de la libertad económica, donde surgen frecuentes dudas acerca de la validez de los usos limitativos en materia de competencia comercial. Pueden leerse en Mossa: *op. cit. (Riv. di Dir. comm.*, 1922, I, página 571, nota) una serie de casos en que se reputó ilegítimo el uso invocado; estos casos, en realidad, se refieren a usos interpretativos, los cuales, como está reconocido generalmente, hasta cabe que deroguen la ley mercantil, y con mayor motivo habrán de servir respecto a los usos que se invocaron como norma legal.

El requisito de la legitimidad del uso tal vez fuese interpretado en el sentido de que deba ser racional y equitativo; pero nuestra doctrina rechaza esta opinión, advirtiendo que el juez no puede suplantar la regla jurídica, que está llamado a aplicar con sus opiniones individuales. Véase Vivante: *op cit.*, núm. 15; Barassi: en *Riv. di Dir. comm.*, 1912, II, 593; Cass. Florencia, 16 enero 1913 (*Riv. di Dir. comm.*, 1913, II, 442). Aún retoña en la re-

BIBLIOTECA FAC. DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES U. A. N. L.

3.° Además, es necesario que el uso no vaya tampoco contra las reglas de carácter meramente *dispositivas* de las leyes *mercantiles;* lo exige así explícitamente el dicho artículo 1.° del Código de comercio, que se refiere precisamente a los usos, y tan sólo para en el caso *de que se carezca de un precepto legislativo en materia mercantil;* tal es la única razón de la inaplicabilidad de los usos en asuntos regidos por las normas dispositivas de la ley mercantil; ninguna razón puede aducirse como causa de este principio, más que el texto explícito del dicho artículo 1.°; por eso nos parece equivocada la afirmación (131) de que en este caso es inaplicable el uso, con arreglo a lo dispuesto en el artículo 5.° de las disposiciones preliminares del Código civil, que preceptúan que las leyes sólo se derogan por otras posteriores; porque este artículo nada tiene que ver con tal cuestión, puesto que va dirigido a negar eficacia derogatoria o abrogatoria a la costumbre. En materia de usos invocados por la ley, es decir, de usos con fuerza obligatoria, por aludir a ellos un precepto legislativo, cae fuera del supuesto artículo 5.°, dictado para el caso en que falte precepto legal del que pueda inducirse la derogación de otra norma de ley; en nuestro caso cabe perfectamente que una disposición legal atribuya eficacia obligatoria a los usos con preferencia a lo demás que regula la materia; ya hemos visto más arriba diferentes ejemplos (artículos 30, 69, 336, 337 y 347 del Código de comercio). Todo está confiado a la disposición legal invocadora de los usos que puede hacerlo, bien para *completar* la ley, bien para *substituirla,* y si decimos que en el caso del artículo 1.° los usos invocados no pueden derogar la ley mercantil, esta afirmación se funda en lo preceptuado en el dicho artículo (132).

---

ciente doctrina la tendencia a ampliar las facultades del juez para otorgarle además las de apreciar la justicia del uso; inútil nos parece decir que esta tendencia se relaciona con aquel movimiento de renovación jurídico-naturalista de que ya hemos hablado más atrás, para el que, en definitiva, la justicia es cosa aparte del Derecho positivo y su finalidad es corregirlo. Véase Mossa: *op. cit.*, págs. 572 y sigs.

(131) Bolaffio: *Comm.*, vol. I, pág. 74; A. Scialoja: *Fonti*, n. 17, págs. 275 y siguientes.

(132) Por eso hay que reconocer opuesta al texto explícito del art. 1.° la opinión que sustentan algunos escritores, como, por ejemplo, Vidari: *Corso di Diritto commerciale*, I, números 138-140, ya hoy abandonada, de que el uso puede derogar las normas permisivas o declarativas de la ley mercantil; opinión que se funda en que si es posible derogar la ley del contrato, también hay que reconocer que la cláusula contractual derogatoria, convertida en uso, también puede derogarse. Rechazamos esta opinión, porque cierto que la voluntad de las partes puede derogar la regla declarativa de la ley mercantil, pero para esto es necesario un pacto expreso o tácito del contrato, en tanto que los usos a que se refiere el art. 1.° no son obligatorios como pactos tácitos del contrato, sino precisamente como prácticas universalmente seguidas, aunque los ignoren los contratantes. En este sentido va la doctrina dominante de antiguo. Véase Vivante: *Trattato*, n. 14; Franchi: *Comm.*, pág. 15; Bolaffio: *Comm.*, págs. 74-85; A. Scialoja: *Fonti*, n. 15, pág. 271, nota 1; Navarrini: *op. cit.*, n. 46. La jurisprudencia sigue obstinada en rechazar la validez de los usos contrarios a la ley mercantil; recordamos entre los fallos más recientes: ap. Génova, 24 abril 1925 *(Temi gen.*, 1925, 218); Cass. Palermo, 21 junio 1921 *(Mon. trib.*, 1921, 710); Apel., idem, 12 octubre 1923 *(Foro sic.*, 1923, 298); Cass. Florencia, 31 diciembre 1918 *(Giur. ital.*, 1919, I, 1, 72); Cass. Turín, 29 marzo 1913 *(Foro ital.*, 1913, 1.196), que realza especialmente la diferencia en este punto entre el uso invocado con carácter legislativo en razón del art. 1.° y el uso interpretativo.

4.° Por último, es necesario que se trate de un *uso comercial,* como dice el artículo 1.°, que se refiera precisamente a *usos mercantiles;* uso comercial es una práctica seguida en cosas de comercio, cuyo carácter, como hemos visto, hay que fijar con arreglo a las disposiciones de los artículos 3.°, 4.° y 6.° del Código de comercio.

Cuando todos estos cuatro requisitos concurren, adquiere el uso fuerza obligatoria en virtud de lo preceptuado en el artículo 1.° del Código de comercio; no es que constituya por sí mismo una norma jurídica, sino que *forma el contenido de una norma jurídica;* o sea, que el artículo 1.° es un precepto legal, cuyo contenido es variable, y para hallar el cual hay que investigar en los usos.

35. De que el uso constituye el contenido de una norma jurídica y justamente de una *norma legislativa mercantil,* se deducen las dos siguientes consecuencias:

1.ª El uso mercantil que forma el contenido de un precepto de *Derecho mercantil* hay que aplicarlo como norma jurídica especial o excepcional, y, por lo tanto, con preferencia al Derecho común o civil; así lo reconoce el mismo artículo 1.°, que preceptúa que en materia comercial sólo se aplicará el Derecho civil cuando la ley mercantil no provea especialmente o no pueda aplicarse el principio del artículo 1.° a causa de que falte el uso que cabría invocar.

2.ª El uso mercantil que forma el contenido de un precepto *legislativo* es obligatorio a causa de la invocación directa que hace la ley, y no en virtud de la voluntad particular, elevada a indicio o presun-

BIBLIOTECA FAC. DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES U. A. N. L.

ción; es obligatorio e independiente de la voluntad de las partes, aun cuando a ella no se refieran siquiera tácitamente y hasta la ignoren.

Pero aquí surge una duda: ¿Hay usos que puedan obligar independientemente de la voluntad privada y aun *contra* ella misma?; o, en otros términos: ¿Hay usos de naturaleza tal que puedan constituir el contenido de una norma jurídica imperativa o coactiva, y, por tanto, imposible de derogar por la voluntad privada? Creemos que sí: porque la característica de los preceptos jurídicos privados imperativos o coactivos consiste en que la tutela del interés privado tiene un cierto aspecto de interés público, en virtud del cual queda excluída la autonomía de la voluntad del campo de aplicación del precepto legal. Pero puede ocurrir muy bien, a nuestro juicio, que determinada práctica se cree y extienda precisamente por motivos de utilidad general, como, por ejemplo, antes de que el contrato de arrendamiento de servicios entre particulares fuese regulado por la ley (133), existía la práctica de que el amo o principal no podía despedir al obrero o criado sin previo aviso; y demostrado que el fundamento de ello era motivo de interés social, la tutela del contratante más débil contra el más fuerte económicamente, nada impedía reputar imperativa o coactiva la norma jurídica resultante de la invocación que hace a este uso (134) el artículo 1.º del Código de comercio.

36. Expuestos los requisitos que deben reunir los usos a que se refiere el artículo 1.º, vamos a ver cómo puede suministrarse la *prueba* de estos requisitos, o, mejor dicho, cómo probar la existencia del uso.

Antes de resolver este problema hay que fijar la *naturaleza* de tal prueba: la doctrina más corriente fúndase en la consideración de que el uso es una norma jurídica y dice que la prueba del uso es la correspondiente a la prueba de un precepto jurídico, aplicándose, por tanto, al uso cuantos preceptos regulan para el juez el conocimiento

(133) El contrato de arrendamiento de servicios lo reguló el Decreto lugartenencial de 9 febrero 1919, n. 112, que fué substituído por el Real decreto-ley de 13 noviembre 1924, n. 1.825; la obligación del previo aviso la impone ahora el art. 10 de este decreto y es irrenunciable (art. 17).

(134) En este sentido: Tribunal de hombres buenos (Collegio probiviri) de Milán (industria textil), 27 febrero 1901 *(Mon. trib.*, 1901, 216), y 30 junio 1906 *(Ivi*, 1906, 697); Navarrini: *op. cit.*, n. 47; contra: Bolaffio: *Comm.*, n. 111; Vivante: *Trattato*, n. 13.

del Derecho (135); opinión que, si es substancialmente exacta, hay que justificarla mejor.

Cierto que los usos del artículo 1.º no constituyen norma jurídica *per se*, porque ya hemos visto que no son obligatorios por sí mismos, sino en cuanto los invoca un precepto legal, y que, aun cuando constituyen el contenido de la norma general del artículo 1.º, no son una verdadera norma jurídica. Declarada su existencia, obligan como precepto legal; pero esta declaración no es una declaración de regla jurídica, sino declaración de un *hecho* para fijar el alcance del precepto del artículo 1.º; situación semejante a la de la prueba de *leyes extranjeras* que la legislación interna invoca algunas veces; tampoco estas son por sí mismas preceptos jurídicos internos, pero al referirse a ellas la ley del país son obligatorias, y por eso la prueba de las mismas es una cuestión de *hecho*, cuyo objeto es fijar el contenido de una norma jurídica (136).

Más aún: si la existencia del uso es un hecho, hay que distinguirlo de los demás que son objeto de prueba en juicio, porque el uso ni es hecho ni forma parte del mismo *al que deba aplicarse la norma jurídica*, sino un hecho que sirve para fijar el contenido de ésta, y aun cuando la distinción pueda aparecer sutil, es exactísima. Sabido es que la función judicial, en cuanto constituye una *declaración* de derecho, esto es, su aplicación, implica un silogismo del que la norma jurídica es la premisa mayor, el hecho específico la menor y la conclusión, el fallo, o sea, la aplicación del precepto al hecho específico; de suerte que todo juicio declarativo se resuelve en la determinación del precepto jurídico o del precepto jurídico aplicable (determinación del *derecho)*; en la determinación del hecho o caso específico (declaración del *hecho)*, y en la aplicación del Derecho al hecho *(fallo)*. Pues bien; la declaración del uso no integra la determinación del hecho específico, no es declaración del hecho *en causa*, forma parte, en cambio, de la determinación del *derecho*; en conclusión, el uso es *un hecho que sirve para determinar el Derecho*.

A esto se debe que para la prueba del uso rijan los principios reguladores de la determinación del *derecho*, o sea, de la norma jurídica

(135) Vivante: *Trattato*, n. 17; Bolaffio: *Comm.*, págs. 60 y siguientes; Franchi: *Comm.*, pág. 20; A. Scialoja: *Le fonti*, n. 27 y siguientes, págs. 294 y siguientes; Goldschmidt: *Handbuch*, págs. 342 y siguientes.

(136) Acerca de la prueba de leyes extranjeras, v. especialmente, Fedozzi: *Il Diritto processuale civile internazionale*, Bolonia, 1905, págs. 450 y siguientes.

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN
BIBLIOTECA FAC. DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES U. A. N. L.

que deba aplicarse, no aquellos que regulan la declaración del hecho a que ha de aplicarse la regla, y, por tanto:

a) Porque el juez debe ser quien, de oficio, y con vista de los elementos recogidos por él *(iura novit curia)*, señale el derecho, mientras que la declaración del hecho recae sobre el elemento aducido exclusivamente por las partes *(iudex iudicare debet secundum alligata et probata)*, y, por tanto, la declaración del uso que está incluido en la determinación del derecho es de la libre iniciativa del juez, quien por ello, no sólo puede procurarse de oficio cuantos elementos sean necesarios para declarar su existencia, sino que, además, puede aplicar de plano el uso de que tenga noticia (137).

b) Y como la declaración del uso no es una declaración de hechos, a su prueba no son aplicables las reglas de la *carga de la prueba*, ni, por tanto cabe aplicar el principio de que ésta debe facilitarla quien tiene *interés* en la declaración de un hecho *(onus probandi incumbit ei qui dicit, non ei qui negat)*, ni tampoco aquel otro principio de que debe desestimarse la demanda de quien no prueba lo alegado *(actore non probante, reus absolvitur)*. En cambio, el juez está en la *obligación* de aplicar el uso aun cuando la parte interesada no haya probado su existencia (138).

c) La infracción o aplicación indebida del uso puede alegarse como fundamento de casación, porque infringir o aplicar indebidamente un uso no equivale a una apreciación inexacta de los hechos a que hay que aplicar la norma, que es función reservada exclusivamente al tribunal *a quo*, sino infringir o aplicar indebidamente el precepto jurídico, cuyo contenido es el uso (139).

---

(137) Conforme, Cass. Turín, 13 diciembre 1909 (*Foro ital.*, 1910, I, 304); Ap. Milán, 7 julio 1908 *(Ivi,* 1908, I, 1.475, con referencia en nota). Además en los considerandos, Cass. Florencia, 15 julio 1920 *(Giur. ital.,* 1921, I, 1, 86.

(138) Este principio es consecuencia del anterior: el juez debe conocer los usos, y, conocidos, aplicarlos, y puede libremente declarar el uso pertinente en causa; en tal sentido es como hay que entender la inaplicabilidad de los principios que rigen la carga de la prueba, según queda arriba expuesto; pero, si fuera necesario probar la existencia del uso, corresponde probarla a quien la alega en apoyo de su pretensión: el juez no puede exigir de la parte adversa que pruebe la inexistencia de la misma; y en este sentido se ha pronunciado el Tribunal de casación de Florencia en su fallo citado en la nota anterior.

(139) Cons. Cass. Turín, 29 marzo 1913 *(Giur. ital.*, 1913, I, 1, 586); Cass., Florencia, 17 noviembre 1913 *(Ivi*, 1914, I, 1, 10, referida en nota; y, por último, distingue precisa e implícitamente entre los usos de negocios y los

¿Y qué podemos decir cuando por primera vez se alegue el uso en casación, o cuando se recurra en casación contra sentencia por haber afirmado equivocadamente la existencia de un uso? En este caso la cuestión se complica por el carácter que tiene la casación, que nuestro sistema judicial debe resolver únicamente acerca del derecho, y es por tanto, inapta para investigar los hechos. Cierto que en la ley procesal no existe régimen alguno de procedimiento de prueba, y, por lo tanto, no sabría de qué manera proceder para declarar en casación la existencia del uso; indudablemente hay dificultad, pero no parece la suficiente para infringir el principio. El Tribunal de casación no puede practicar *ciertas* informaciones de hecho, como, por ejemplo, examinar testigos, ordenar la práctica de peritaje, es decir, que en casación no cabe seguir un procedimiento igual o análogo al que se sigue ante el Tribunal *a quo*, pero cabe hoy en Sala, por ejemplo, recibir el testimonio o dictámenes de peritos mercantiles. Esto aparte de que existen muchas investigaciones de hecho realizables por el Tribunal Supremo, como son, por ejemplo, cuantas se refieren al examen de *documentos*, y en otros casos más, como la tasación de costas, según los artículos 541, 542 de la ley de Enjuiciamiento civil; en resumen, puede decirse que en casación cabría también información de hecho para la declaración del uso en los modos y formas compatibles con el régimen jurídico del recurso (140).

d) Para declarar el uso son inadmisibles aquellos medios probatorios fundados en las *declaraciones* de los interesados, como la *con-*

---

citados en el art. 1.°, como motivo del recurso ante el Tribunal Supremo sobre supuesto error de interpretación; Tribunal Supremo del Reino, 30 de enero de 1926 (sentencia n. 307, inédita aún), y también la de 12 de julio del mismo año, n. 2.318, también inédita).

(140) Lo que decimos en el texto no se opone a la naturaleza de la casación. Es jurisprudencia constante, por ejemplo, que el Tribunal de casación puede resolver también sobre cuestiones de hecho. Cuando se trata de competencias, y, por lo tanto, puede examinar y apreciar los autos, con objeto de, por ejemplo, fijar el lugar de ejecución señalado en el contrato para resolver la competencia territorial. Véase, por último, Casación del reino, 27 de abril 1925, y julio ídem, sentencias n. 1.248 y 2.083, inéditas *(Rep. del Foro ital.*, 1925, palabra *Competenza*, números 355 y 462). De igual suerte que en materia de competencia está facultado el Tribunal Supremo para apreciar la prueba practicada, lo mismo puede declarar si es aplicable una norma objetiva, examinar, no sólo los documentos, sino también la apreciación hecha de la misma por el tribunal *a quo* y cualesquiera otras, la de testigos inclusive.

BIBLIOTECA FAC. DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES U. A. N. L.

fesión, el *juramento*, o que se proponen obtener una declaración de los mismos, como el *interrogatorio de preguntas*. El principio dispositivo en que se fundan estas instituciones sólo sirve para la cuestión de hecho de autos, no para el derecho que se sirve de otro principio, el de *oficio*, y respecto al cual prepondera más que la voluntad de las partes la iniciativa y libre apreciación del juez. Supuesto que la prueba del uso corresponde a declarar el derecho, síguese de ahí que para ella no caben aquellos medios en los cuales substituyen a la *declaración* del hecho su *reconocimiento* por el interesado (141).

37. Sobre los diversos *medios de prueba* a que puede acudir un juez para declarar la existencia del uso, no olvidemos que éste es un hecho o fenómeno no *individual*, sino *social*, es un hecho complejo resultante de la reunión de intereses singulares individuales; por tanto, pueden clasificarse en dos categorías los medios que puede emplear el juez para declarar su existencia:

a) Medios de *conocimiento directo del uso*, mediante los cuales el juez averigua directa y personalmente su existencia y que implican que el juez conozca los *singulares hechos* individuales cuyo conjunto constituye el fenómeno social llamado *uso*. Puede llevar al conocimiento de esos hechos singulares el estudio de gran número de *contratos* en que esté repetida una cierta cláusula; el *testimonio* de los que practicaron el uso en cada caso; la *experiencia personal* que posea el juez de la repetición frecuente en el mundo de los negocios de una cierta conducta (y esto, además, es uno de los campos en que la *ciencia privada* del juez puede prestar auxilio más útil). Después corresponde al juez valorar la importancia en conjunto, como hecho o fenómeno social, de los actos individuales cuyo conocimiento ha adquirido.

b) Hay medios de *conocimiento indirecto* del uso que todos se concretan en la *atestación* o *testimonio* de personas peritas y prácticas en negocios mercantiles, que afirmen la existencia del fenómeno social llamado uso. Estos testimonios pueden ser de varias clases, que a su vez las distinguiremos en:

1.° *Testimonios preconstituídos*, entre los cuales se cuentan: *las colecciones de las Cámaras de comercio; las resoluciones judiciales anteriores; las opiniones de los mercantilistas* (142);

(141) Cons. Ap. Venecia, 4 marzo 1902. *(Temi*, 1902, 249).

(142) Nos parece inútil indicar que el incluir entre los *medios de prueba* las resoluciones judiciales no queremos decir que sean éstas elemento esencial para la existencia de los hábitos: en nuestro régimen jurídico, el juez reconoce la subsistencia del uso y lo aplica, pero no lo crea: la misma concordancia de opiniones de los autores sirven de medio apto para formar la convicción del juez.

Y, además, téngase en cuenta que tampoco intentamos con ello crear orden alguno de preferencia legal entre los medios de prueba que insinuamos en el texto; orden que no existe en el enjuiciamiento moderno, donde el juzgador forma su convencimiento apreciando libremente los varios elementos de prueba aducidos, sin sujeción a regla alguna predeterminada; no existen reglas apriorísticas a que haya de atenerse, y la apreciación de cada prueba dependerá de su importancia, siempre variable según las circunstancias y respecto a las demás. Por eso nos parece infundada la discusión suscitada por Bolaffio *(Comment.*, vol. II, pág. 111, n. 2), acerca del lugar que debe ocupar la opinión de los escritores en el orden de los medios de prueba, en su contestación a Vivante *(Tratt.*, vol. I, pág. 59*)*, de que deben ser considerados como órganos vivos de la conciencia jurídica nacional; a lo que opone Bolaffio: «la importancia mayor de los testimonios de quienes practican esos usos sobre los que los estudian y exponen con criterio doctrinal, que puede ser también un prejuicio científico». No creemos que vale la pena de discutir *a priori* el elemento que deba prevalecer: habría lugar a ello únicamente en el caso de que el juez, según las circunstancias especiales, forme su convicción sobre uno u otro elemento de prueba.

2.° *Las declaraciones simples o testimonios*, entre los cuales se cuentan los testimonios judiciales en forma de *testimonio* corriente; las atestaciones judiciales en forma de *peritaje* para emplearlas cuando se trate de asuntos técnicos o se requieran conocimientos especiales; las atestaciones o testimonios *extrajudiciales (certificaciones y actas de notoriedad)*.

Hay que advertir, y esto es muy importante, que la apreciación de todos estos medios de conocimiento indirecto del uso, que, por otra parte, son los que se utilizan más frecuentemente y a veces los únicos posibles, que el juez debe proceder con mucha cautela para aceptar sus conclusiones, porque, aun cuando aparentemente sean los más apreciables, con frecuencia lo son poco o nada: así, por ejemplo, ocurre con las *colecciones de las Cámaras de comercio*, porque éstas, interpretando torcidamente la ley que les confiere la colección y publicación de los usos, se abrogan la facultad, no de *declarar* los usos existentes, sino de promulgar o crear normas como si fueran usos obligatorios: facultad de que carecen para crear normas jurídicas; por consiguiente, aun las colecciones de las Cámaras hay que someterlas a crítica severa y distinguir en ellas las normas representativas de verdaderos usos, de aquellas creaciones arbitrarias de las Cámaras

BIBLIOTECA FAC. DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES U. A. N. L.

mismas (143); esto no impide que alguna de estas reglas se adopte y difunda como corriente, y *en este concepto*, y no por estar consignadas en la colección, podrá considerarse como obligatorias a tenor del artículo 1.º del Código de comercio.

§ 13.—Interpretación del Derecho mercantil.

Sumario: 38. Criterios para la interpretación. Importancia especial del elemento práctico en la interpretación del Derecho mercantil y consecuencias que de esto se derivan.—39. El problema de las lagunas en el Derecho mercantil: cuándo puede decirse que existen.—40. Interpretación analógica de las Leyes mercantiles: debe preceder a la aplicación del Derecho civil. Interpretación analógica de éste para fijar los principios más generales.

38. No vamos a exponer aquí la doctrina general de la interpretación de las leyes (144); únicamente vamos a dirigir una ojeada a las

---

(143) Sobre los usos de las Cámaras de comercio hay varias publicaciones: Calamandrei: *Gli usi del commercio italiano*, Florencia, 1899; Trespioli: *Gli usi mercantili*, Milán, 1907; y las publicadas en la *Riv. di Diritto comm.* La ley de 20 de marzo de 1910, n. 121, confió oficialmente a las Cámaras de comercio la colección, publicación y revisión periódica de las colecciones, e indudablemente, como decíamos en el texto, merecen cierta atención; pero no puede deducirse de la ley de 1910, como erróneamente han hecho repetidamente algunos, que las colecciones hacen prueba plena, y que no se admite otra en contrario Cass. Turín, 2 marzo 1918 (*Mon. trib.*, 1918, 567); idem, 4 marzo 1918 (*Riv. di Dir. comm.*, 1918, II, 512); idem, 8 marzo 1921 (*Ivi*, 1922, 164). En el sentido del texto de que la atestación de los usos por las Cámaras de comercio se apoya en presunciones contra las que cabe prueba testimonial en contrario; Cass. Nápoles, 28 noviembre 1922 (Tribunales de apelación 1923, 332), En el mismo sentido ha fallado el Tribunal Supremo del reino en sentencia de 28 abril 1925 (n. 1.276, inédita) (*Repertorio del Foro ital.*, 1925, palabra *Consuetudine*, n. 4), y Scialoja: *Le fonti*, n. 30, página 297, texto y nota 1.

(144) *Bibliografía:* A. Scialoja: *Le fonti e l'interpretazione del Diritto commerciale*, en *Saggi di vario Diritto*, 1, Roma, 1927, n. 38 y siguientes, págs. 308-327; Carnelutti: *Criteri di interpretazione della legge sugli infortuni;* idem: *Sulla dottrina generale dell'intrepretazione delle leggi;* V. Scialoja: *Sulla teoria della interpretazione delle leggi*, en *Studi per* Schupfer, vol. III; Rocco: *L'interpretazione delle leggi processuali*, en *Arch. giur.*, 1906, 91; Piola-Caselli: *Interpretazione delle leggi*, en *Digesto italiano;* Degni: *L'interpretazione della leggi*, 2.ª edic., Nápoles, 1909; Fadda y Bensa: *Annotazioni alle Pandette del Windscheid*, vol. I, pág. 118 y siguientes; Gény: *Méthode d'interprétation et sources en Droit privé positif*, París, 1899; *Science et technique en Droit privé positif*, París, 1914-1924; Kohler: *Ueber die Interpretation von Gesetzen*, 1896; Danz: *Die Auslegung im Recht*, 1897; Brutt: *Die Kunst der Rechsanwendung*, 1907.

particularidades que ofrece la interpretación de las leyes mercantiles y en general del *Derecho mercantil.*

De los dos factores que concurren a fijar el contenido y alcance exactos de la *voluntad colectiva* expresada en la norma y que se siguen en el proceso de interpretación, los cuales son, como hemos visto, el factor histórico y el factor práctico (145), este último es el de mayor importancia para interpretar el Derecho mercantil.

No es que neguemos la mucha que tiene el factor histórico: únicamente queremos advertir *la particular* importancia del elemento *práctico* en el campo del Derecho mercantil, en comparación con las otras ramas del Derecho; importancia especial que depende de la misma naturaleza del Derecho mercantil, que regula relaciones en perpetua formación y evolución, para las cuales *no fué* escrita la norma jurídica, y a las que, sin embargo, hay que adaptarla.

Este estado de cosas respecto a la interpretación, origina dos clases de exigencias particulares en el campo del Derecho mercantil.

---

(145) Sobre esta distinción, véase especialmente; Menger: *System des oesterreichisches Zivilprozessrechts*, Viena, 1876, pág. 107 y siguientes. La interpretación histórica, en sentido amplio o lato, considera la ley como un hecho histórico, como un documento histórico cualquiera, y su objeto es reconstruir la voluntad contenida en la ley, cual era al dictarse. Por ello comprende: 1.º La apreciación del significado de las palabras empleadas, conforme el uso corriente y el que de ellas ha hecho la ley misma *(interpretación literal* o *gramatical)*. 2.º Investigación del pensamiento que anima a los que contribuyeron a su formación (estudio de los trabajos preparatorios). 3.º Estudio de los precedentes históricos de la ley y de la evolución jurídica atinente a su formación. En cambio, el elemento práctico nos procura medios de conocer el alcance actual de la voluntad expresada en la ley. Esta no es simplemente un hecho histórico que pueda estudiarse fuera de nosotros y de la presente vida social; es, para decirlo con una frase ingeniosa de Wach: *(Handbuch des deustschen Zivilprozess*, Leipzig, 1885, pág. 357), es una voluntad que tiene continua eficacia, una fuerza de vida constante. La ley es jurídicamente expresión de una voluntad colectiva, y precisamente de la voluntad de la persona jurídica *Estado:* como tal voluntad del Estado, es un acto de voluntad *inmanente*, despierta y viva siempre, no una voluntad transitoria.

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN
BIBLIOTECA FAC. DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES U. A. N. L.

Los nuevos aspectos de los fenómenos que ya están regulados exigen un particular y profundo estudio de los hechos sociales regidos por el Derecho mercantil, para averiguar cuál sea el verdadero contenido *actual* de la norma; de suerte, que es muy interesante en este aspecto el estudio de los fenómenos económicos que rigen el Derecho mercantil, cuya evolución altera profundamente con frecuencia el significado y valor de la norma establecida, cuando no había realizado esa evolución.

Los nuevos fenómenos que no están previstos y regulados implican, por un lado, el estudio de su naturaleza económica y de las exigencias que al Derecho se piden, y, por otra parte, un trabajo de interpretación sutil para llenar las lagunas que presenta el Derecho mercantil vigente respecto a ellos.

Y este punto merece atención especial.

39. El Derecho mercantil es un Derecho lleno de *lagunas*, eminentemente fragmentario, y el mismo artículo 1.° del Código lo confiesa cuando prevé el caso *normal* de ellas y señala la forma de remediarlas: «En materia mercantil se observarán las leyes comerciales; en los casos no previstos por éstas, se observarán los usos comerciales...; a falta de todo ello, se aplicará el Derecho civil.»

La frecuencia de estas lagunas da interés grandísimo a un grave problema de interpretación: el de la ampliación analógica en el ámbito del Derecho mercantil.

Lo fragmentario de las reglas de Derecho mercantil dificulta mucho y exige un trabajo delicado del intérprete. En un campo en que lo corriente es la laguna, la aplicación de las normas ofrece toda la amplitud, pero también todas las dificultades del Derecho sin codificar.

Al asumir este difícil cometido, el mercantilista, que habrá tenido que impregnarse de la realidad de los fenómenos sociales, necesita adquirir la rigidez y austeridad del jurista, y sólo a este precio puede encuadrar sólidamente la resolución del caso no regulado en el sistema del Derecho vigente y esquivar las soluciones puramente ideales, perjudiciales a la certidumbre del Derecho y condenadas a morir al mismo tiempo que el prestigio del que las patrocinó.

Dos problemas nos ofrece esta delicada investigación: ¿cuándo existe esa laguna y cómo debe llenarse? El primero, aun cuando no se plantea con claridad, es prácticamente importantísimo y no muy fácil resolver. Vemos que en casos aparentemente análogos al menos, se nterpreta como una *laguna* el silencio de la ley mercantil, que habrá

de salvarse con los usos o el Derecho civil, bien como *disposición tácita o implícita* que excluya el uso de las fuentes subsidiarias. Así sucede con el silencio del Código acerca de la capacidad para realizar actos singulares de comercio que no sean los de los artículos 10 y 14, derogado este último, y que se interpreta como laguna, estimando regulada esa capacidad por el Derecho civil. En cambio, el silencio del Código sobre la posibilidad de comenzar a ejercer el comercio en nombre de un menor de edad, se reputa prohibición tácita, desechando la aplicación del artículo 220 del Código civil. De igual suerte se estima como una laguna el silencio del Código sobre el ejercicio del comercio por parte de los inhabilitados, que se salvará acudiendo al Derecho civil. En cambio, el silencio del mismo Cuerpo legal sobre la capacidad de la mujer comerciante para realizar actos que se opongan a los intereses del marido, y antes de promulgarse la ley de 17 de julio de 1919, número 1.176, que derogó la necesidad de la autorización marital, hubo quien lo interpretó como reconocimiento pleno de la capacidad de la mujer, en tanto que otros lo consideraban como laguna que había de suplir el artículo 136 del Código civil. Por último, lo mismo ocurre con el silencio del artículo 44 del Código de comercio, que enumera los requisitos formales necesarios para realizar los actos enumerados en el artículo 1.314 del Código civil, tenido como laguna por algún intérprete, y que implicaba la aplicación del artículo 1.314 en materia mercantil también; en tanto que otros consideraban aquel silencio como disposición tácita o implícita sancionadora del principio de libertad de formas en materia mercantil que excluía toda apelación al Código civil, y otros muchos ejemplos que pudieran citarse. Son muchas las cuestiones que dividen a la doctrina y jurisprudencia en el campo del Derecho mercantil, cuya raíz está en la diversidad de concepto que tienen los intérpretes acerca de las lagunas de la ley mercantil; y yo estoy convencido de que no puede decirse que existen lagunas en la ley, y lo que afirmo de ésta puede igualmente hacerse de los usos, siempre que del conjunto de normas jurídicas mercantiles pueda inducirse, por analogía, la norma adecuada para disciplinar el caso no regulado expresamente. Según el artículo 1.° del Código de comercio, se aplican los usos cuando las leyes no proveen; es de aplicar el Derecho civil si las leyes mercantiles *no proveen* y *no existe* una regla consuetudinaria; de suerte que no cabe afirmar que la ley escrita no diga cuándo hay posibilidad de la extensión analógica.

40. No es que con la analogía se creen normas nuevas, sino que se esclarecen las existentes, dentro del sistema, mediante un procedi-

BIBLIOTECA FAC. DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES U. A. N. L.

miento consistente en inducir del precepto expreso para el caso regulado, un precepto más general del presupuesto, y, por tanto, querido tácitamente por el legislador, que comprende el caso regulado y el que no lo está. Esta norma general, implícita en la norma especial expresa, es indudablemente un *precepto*, y precepto que, deducido de las normas del Derecho mercantil escrito, impide que se apliquen, bien los usos, bien el Derecho civil, y si se deduce de los primeros, impide también que se pase al Derecho civil.

Una observación de naturaleza exegética que confirma esta interpretación surge, por lo demás, también, cotejando el artículo 1.° del Código de comercio con la tercera de las disposiciones preliminares del Código civil; éste, que realmente enfoca el caso de ausencia de precepto *expreso*, emplea la fórmula «siempre que una cuestión no pueda resolverse mediante *precisa* disposición legal», lo que quiere decir mediante una disposición expresa; el 1.° del Código de comercio dice únicamente que se aplicará la costumbre «cuando la ley mercantil *no disponga*», y que se aplicará el Derecho civil «*a falta* de usos mercantiles». Por consiguiente, se exige, en realidad, en el primero, la falta de una disposición explícita, y en el segundo, la falta de una disposición *cualquiera explícita* o *implícita*, o sea, que pueda inducirse por analogía. Y no me parece justa la objeción que se hace a este concepto de lagunas en el Derecho mercantil diciendo que «debe estimarse el conjunto de disposiciones legales y usos mercantiles como un todo organizado y completo de normas aplicables mediante la interpretación autorizada por el artículo 3.° de las disposiciones preliminares, porque quedaría ineficaz lo dispuesto en el artículo 1.° del Código de comercio, que prohibe la aplicación del Derecho civil, ya que los principios generales mercantiles son el resultado de un conjunto sistemático de reglas que, teóricamente al menos, deben bastar para llenar una laguna cualquiera» (146). Me parece que no es necesario juzgar el conjunto de leyes y usos comerciales como un todo sistemático de normas para asegurar que no puede decirse comprobada la existencia de una laguna que haya de ser salvada acudiendo al Derecho civil, si antes no se agota la interpretación analógica. Cabe la analogía tanto cerca de la ley como del Derecho, y aun, a mi juicio, también para los principios generales, aunque sea en una legislación tan fragmentaria como la mercantil; porque nadie ha dicho que en un conjunto de normas, aunque sea insistemático, mediante la analogía, no puedan obtenerse normas generales comunes a la totalidad, y utilizables para las materias enteras reguladas por éste. Y, en efecto, hay principios generales de Derecho mercantil conocidos comúnmente desde hace mucho tiempo; recordemos, por ejemplo: «ninguna prestación se presume gratuita»; «el dinero se presume siempre fructífero»; «en caso de duda, debe aceptarse la solución que favorezca y facilite la circulación»; «nadie puede contratar válidamente en beneficio de un tercero», y otros muchos, que prueban que el Derecho mercantil tiene sus principios generales, como los tienen asimismo el Derecho civil, el administrativo, el penal, el procesal, etc. (147).

(146) Véase Scialoja: *Fonti* cit., n. 47, pág. 319.

Por lo tanto, cabe que preceda la aplicación de las normas inducidas, por analogía, de las leyes comerciales y los principios generales del Derecho mercantil, a la aplicación del civil, sin que padezca el artículo 1.° del Código de comercio, porque, no obstante la analogía y los principios generales, en las leyes mercantiles, y más aún en los usos comerciales, habrá siempre lagunas bastantes para necesitar frecuentemente acudir al Derecho civil.

Cierto que la previa tarea del mercantilista consistirá en poner a contribución, primero, las leyes mercantiles, después las costumbres comerciales, para deducir, por analogía, mediante el procedimiento de generalización, cuantas normas sea posible de carácter directamente mercantil. Pero esta tarea primera no excluye otra más difícil, consistente en salvar las lagunas ya descubiertas, mediante la aplicación del Derecho civil; tarea ardua porque el mercantilista, no sólo tiene que asumir la función de civilista, sino ir más lejos aún que éste; es cosa muy frecuente que ante relaciones sociales en evolución constante, como las relaciones mercantiles, aparezca la insuficiencia de las normas expresas del Derecho civil, y haya necesidad, mediante el proceso de generalización inherente a la extension analógica, de avanzar más allá de cuanto se ha menester para regir las más sencillas y permanentes relaciones de la vida civil, porque estas leyes civiles son, indudablemente, y con respecto a la materia mercantil, más deficientes e incompletas de lo que pudieran ser para el servicio de la materia propiamente civil, debido a dos causas: porque no encierran una regulación adecuada a las relaciones mercantiles, y, además, porque en la transformación rápida de la vida mercantil, para la materia de comercio, es comparativamente mucho más antigua; y no es pecar de irreverencia con la obra verdaderamente insigne de nuestra codificación civil decir que el Código de 1865 refleja condiciones de vida verdaderamente arcaica ante el estado moderno del comercio y de la

(147) Véase Scialoja: *Fonti*, n. 49, pág. 324.

BIBLIOTECA FAC. DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES U. A. N. L.

industria. Ahora bien; cuanto más profunda sea la discrepancia entre las normas escritas y las relaciones que deben regir, menos íntima será la analogía entre el caso regulado y los nuevos por regular, y esto implica que el proceso de extensión analógica necesario para aplicar la ley envejecida a los casos nuevos es más complicado y exige más delicadeza; la busca en vía de inducción y generalización de la norma adecuada para regular los casos nuevos, debe tomar por base, no una sola o algunas normas singulares, sino un número considerable de ellas, tantas cuantas se necesiten para señalar una categoría de casos lo suficientemente amplia que comprenda el nuevo, y análoga a otra categoría que comprenda casos alguno de los cuales se halle expresamente regulado; y únicamente entonces, con la aplicación del procedimiento de la analogía *iuris*, es cuando del caso singular regulado se puede deducir, primeramente, la regla general aplicable a la clase entera, y luego, de ésta, mediante nueva generalización, remontarse a otra regla más general todavía, comprensiva, no sólo de los casos de esta clase, sino también de aquella otra que no se ha regulado expresamente. Pues bien; esta progresiva generalización en materia tan nueva como la mercantil, puede, a veces, llevar fuera del campo mismo del Derecho civil, y conducir al descubrimiento de normas y principios generalísimos aplicables a distintos campos del Derecho objetivo, y *aun* comunes a todo el régimen jurídico (148).

He aquí, por consiguiente, cómo las mismas exigencias prácticas de aplicación e interpretación del Derecho exigen más que en otro alguno, en el campo del Derecho mercantil, el empleo amplio y frecuente del proceso de generalización, que lleva consigo la extensión ana-

(148) Como se desprende de cuanto queda dicho en el texto, doy por demostrado que las posibles lagunas que puedan existir en el ordenamiento jurídico, tal cual aparezcan de las *fuentes formales* del Derecho (que en realidad queda reducida a una, la *ley*), deben salvarse mediante normas *deducidas* del *propio sistema* legal. Estoy conforme con la más numerosa y autorizada opinión de la *plenitud de ordenamiento jurídico*, y la regla de que las posibles lagunas del Derecho escrito se colman mediante el proceso de generalización, propio de la analogía. Véase sobre esto, especialmente: Donati: *Il problema delle lacune nell'ordinamento giuridico*, Milán, 1920; Fadda y Bensa: *Note alle Pandette*, de Windscheidt, I, pág. 129 y sigs. Coviello: *Manuale di Diritto civile*, pág. 82 y sigs.; Ferrara: *Trattato di Diritto civile*, I, pág. 224 y sigs.; Simoncelli: *Inst. di Diritto privato*, 3.ª edic., Roma, 1921, pág. 84; Barassi: *Ist.*, pág. 41; Dusi: *Ist.*, I, pág. 55; Windscheidt: *Pand.*, I, § 23, pág. 107; Gierke: *Deutsches Privatrecht*, I, Leipzig, 1895, § 18, página 141; Bergbohm: *Jurisprudenz und Rechtsphilosophie*, I, Leipzig, 1892,

lógica. El mercantilista, mediante un sabio trabajo de inducción, debe obtener conceptos y normas generales, no sólo en el campo del Derecho mercantil propiamente dicho, sino también en el del civil, y aún unir al descubrimiento de principios generales comunes a todo sistema jurídico. Sólo mediante este trabajo de inducción y de generalización podrá regular, mediante normas deducidas del derecho constituído, la variedad infinita de casos que engendra la multiforme y variada siempre actividad mercantil (149).

página 372 y sigs., y, antes de todos, Savigny: *Sistema del Diritto romano attuale*, trad. Scialoja, I, Turín, 1886, pág. 296 y sigs. La opinión contraria, que reconoce la existencia de lagunas en el ordenamiento jurídico, y cree deben completarse con elementos extraños al Derecho positivo (singularmente del *Derecho natural*), lo propugnan desde fecha reciente autores muy notables. V. especialmente: Del Vecchio: *Sui principî generali del Diritto* ya citado; Brunetti: *Scritti giuridici varî*, III, Turín, 1920, pág. 1 y sigs., 30 y siguientes, 50 y sigs.; *Il Diritto naturale nella legislazione civile*, en *Riv. di Diritto comm.*, 1922, I, pág. 437 y sigs.; Pacchioni: *I principî generali di Diritto*, en *Arch. giur.*, 4.ª serie, vol. VII, 1924, pág. 133 y sigs.; R. Luzzatto: *Su l'asserita completezza dell'ordinamento giuridico*, Ferrara, 1922; Gény: *Méthodes d'interprétation et sources*, cit., vol. I y II, *passim*; Gangi: *Il problema delle lacune nel Diritto privato*, en *Arch., giur.*, 4.ª serie, vol. V (1923), pág. 137 y siguientes. Esta afirmación se funda en principios jurídicos, políticos y filosóficos, que yo niego resueltamente, entre ellos, el reconocimiento de un derecho no estatal, opuesto al concepto moderno de Estado, y su completa soberanía aun en el cambio de formación de la regla jurídica. V. en este sentido, y muy acertadamente, Ascarelli, en *Arch. giur.*, 1925, pág. 240.

(149) Cons. Vivante: *Trattato*, I, núm. 5; Bolaffio: *Comm.*, pág. 37; D'Amelio: *Codice di commercio*, págs. 13-14; Degni: *L'interpretazione della legge*, Nápoles, 1909. En contra: A. Scialoja: *Fonti*, cit., núm. 44; Ghini: *Brevi osservazioni sull'interpretazione della legge nel Diritto commerciale*, en *Filangieri*, 1906, págs. 192, y, por último, De Semo, en *Il Diritto comm.*, 1925, páginas 1 y sigs. Acerca de si es más o menos aplicable a relaciones singulares mercantiles un determinado precepto del Código civil, abunda la jurisprudencia; pero son resoluciones de casos particulares de las que no pueden inducirse criterios generales sobre la cuestión que se discute en el texto; sobre todo abunda en ésta, como hemos notado, el carácter diverso de las varias disposiciones del Código civil. Así, por ejemplo, el Trib. de cas. de Roma, en sentencia de 12 noviembre 1907 *(Foro ital.*, 1908, 16), hubo de declarar que es aplicable a la venta mercantil de inmuebles la rescisión por lesión (artículo 1.529, Cod. civ.), (en igual sentido: Cass. Turín, 27 marzo 1915, *Riv. di Diritto comm.*, 1915, II, 520). A. Scialoja, en una nota publicada en el *Foro italiano*, loc. cit., aplaude el fallo y dice que con él la Corte de casación ha recogido su opinión sobre la interpretación y rechazado la posibilidad de

BIBLIOTECA FAC. DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES U. A. N. L.

acudir a la analogia antes de aplicar el Código civil. No me parece exacta la deducción, porque hay variedad de opiñiones entre nuestros escritores acerca de la aplicabilidad de la acción necesaria a la venta mercantil, y discuten su mayor o menor compatibilidad con el carácter de las operaciones mercantiles. Pueden verse sobre ello: Marghieri: *Corso di Diritto comm.*, II, 1268; Sraffa, en *Riv. di Dir. comm.*, 1915, II, 520, que la niegan; Bolaffio: *Comm.*, número 33; Navarrini: *Trattato*, cit., II, 501; Tartufari: *Della vendita e del riporto*, en *Comm.* de la Utet, vol. III, 5.ª edic., núm. 79 y sigs.; Chironi, en *Riv. di. Dir. comm.*, 1916, I, 261, etc., en sentido opuesto. Este escritor último afirma ser de Derecho público el precepto relativo a la rescisión por lesión, y todo ello prueba que no planteo el problema general de interpretación al aludido fallo, y, por tanto, no tiene autoridad sobre el principio general.

FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES BIBLIOTECA U. N. L.

CAPITULO II

Contenido del Derecho mercantil.—Materia de comercio (Teoria de los actos de comercio).

§ 14.—Actos de comercio.

Sumario: 41. Indicación de las relaciones sometidas a las leyes mercantiles. Enumeración de los actos de comercio. Carácter demostrativo de la enumeración.—42. Si existe un concepto unitario del acto de comercio. Opinión dominante. Clasificación usual de los actos de comercio en objetivos y subjetivos; crítica de esta clasificación. Investigación que hay que hacer para fundarla. *Estudio analítico de los actos de comercio: A)* 43. Actos de comercio, así calificados en razón de su naturaleza intrínseca.—44. 1.° Actos de mediación en el cambio de mercancías y de inmuebles. Compra para revender y reventa.—45. 2.° Actos de mediación en el cambio de dinero a crédito: operaciones de bolsa.—46. 3.° Actos de mediación en el cambio de trabajo. Empresa. Estudio de cada empresa en particular: *a*) Empresa de suministros; *b*) de edificaciones y construcciones; *c)* fabril; *d*) de espectáculos públicos; *e*) editora tipográfica y librera; *f)* de transporte de personas y de cosas; *g)* de comisiones, agencias y oficinas de negocios. Concepto general de empresa.—47. 4.° Actos de mediación en el cambio de riesgos. Seguros. Mecanismo de los seguros. Fundamento de su carácter mercantil. Crítica de la opinión corriente.—*B)* 48. Estudio de otros actos mercantiles a causa de su conexión con una actividad mercantil: *a)* operaciones mediadoras en negocios mercantiles; *b)* depósitos motivados por el comercio: cuenta corriente, cheque bancario con causa mercantil; *c)* seguro de cosas, objeto o establecimientos de comercio; *d*) compra y venta de participaciones o acciones de sociedades mercantiles; *e)* contratos y obligaciones de los comerciantes: *f) rapport* y *deport*; *g*) letra de cambio; *h)* operaciones relativas a la navegación; *i)* depósito en los almacenes generales.—49. Régimen de los actos de comercio por su conexión: *a*) casos en que hay que probar la conexión; *b)* casos en que se presume; *c*) casos en que la conexión se declara *ope legis*.—50. *Concepto general del acto de comercio* tal cual

BIBLIOTECA FAC. DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES U. A. N. L.

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

acudir a la analogia antes de aplicar el Código civil. No me parece exacta la deducción, porque hay variedad de opiñiones entre nuestros escritores acerca de la aplicabilidad de la acción necesaria a la venta mercantil, y discuten su mayor o menor compatibilidad con el carácter de las operaciones mercantiles. Pueden verse sobre ello: Marghieri: *Corso di Diritto comm.*, II, 1268; Sraffa, en *Riv. di Dir. comm.*, 1915, II, 520, que la niegan; Bolaffio: *Comm.*, número 33; Navarrini: *Trattato*, cit., II, 501; Tartufari: *Della vendita e del riporto*, en *Comm.* de la Utet, vol. III, 5.ª edic., núm. 79 y sigs.; Chironi, en *Riv. di. Dir. comm.*, 1916, I, 261, etc., en sentido opuesto. Este escritor último afirma ser de Derecho público el precepto relativo a la rescisión por lesión, y todo ello prueba que no planteo el problema general de interpretación al aludido fallo, y, por tanto, no tiene autoridad sobre el principio general.

FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES BIBLIOTECA U. N. L.

CAPITULO II

Contenido del Derecho mercantil.—Materia de comercio (Teoria de los actos de comercio).

§ 14.—Actos de comercio.

Sumario: 41. Indicación de las relaciones sometidas a las leyes mercantiles. Enumeración de los actos de comercio. Carácter demostrativo de la enumeración.—42. Si existe un concepto unitario del acto de comercio. Opinión dominante. Clasificación usual de los actos de comercio en objetivos y subjetivos; crítica de esta clasificación. Investigación que hay que hacer para fundarla. *Estudio analítico de los actos de comercio: A)* 43. Actos de comercio, así calificados en razón de su naturaleza intrínseca.—44. 1.° Actos de mediación en el cambio de mercancías y de inmuebles. Compra para revender y reventa.—45. 2.° Actos de mediación en el cambio de dinero a crédito: operaciones de bolsa.—46. 3.° Actos de mediación en el cambio de trabajo. Empresa. Estudio de cada empresa en particular: *a*) Empresa de suministros; *b*) de edificaciones y construcciones; *c)* fabril; *d*) de espectáculos públicos; *e*) editora tipográfica y librera; *f)* de transporte de personas y de cosas; *g)* de comisiones, agencias y oficinas de negocios. Concepto general de empresa.—47. 4.° Actos de mediación en el cambio de riesgos. Seguros. Mecanismo de los seguros. Fundamento de su carácter mercantil. Crítica de la opinión corriente.—*B)* 48. Estudio de otros actos mercantiles a causa de su conexión con una actividad mercantil: *a)* operaciones mediadoras en negocios mercantiles; *b)* depósitos motivados por el comercio: cuenta corriente, cheque bancario con causa mercantil; *c)* seguro de cosas, objeto o establecimientos de comercio; *d*) compra y venta de participaciones o acciones de sociedades mercantiles; *e)* contratos y obligaciones de los comerciantes: *f) rapport* y *deport*; *g*) letra de cambio; *h)* operaciones relativas a la navegación; *i)* depósito en los almacenes generales.—49. Régimen de los actos de comercio por su conexión: *a*) casos en que hay que probar la conexión; *b)* casos en que se presume; *c*) casos en que la conexión se declara *ope legis*.—50. *Concepto general del acto de comercio* tal cual

BIBLIOTECA FAC. DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES U. A. N. L.

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

aparece del análisis del sistema legal. Su correspondencia con el concepto de comercio.—51. Especificación de los actos de comercio; actos comerciales por su naturaleza intrínseca y actos comerciales por conexión. Actos de comercio accesorios, según las doctrinas francesa e italiana. Juicio crítico.—52. Definición del acto de comercio, según el Código, y consecuencias prácticas que de ello se derivan.

41. Hemos visto que el Derecho mercantil es un derecho especial o singular que, a semejanza del civil, regula relaciones privadas, aunque no todas, sino alguna clase de ellas; por eso es necesario, como en toda norma y conjunto de normas de derecho especial, fijar con precisión la *clase de relaciones* a que se aplican. Y esta explicación es necesaria porque, como hemos visto muchas veces, se definiría mal el contenido del Derecho mercantil si se dijese solamente que se aplica a relaciones comerciales: la indicación sería insuficiente por el doble motivo de que implicaría la remisión a un concepto económico discutido y ambiguo, como el concepto de comercio, y que, en realidad, no comprendería el ámbito entero de relaciones a que efectivamente se aplica el Derecho mercantil. Por consiguiente, la ley ha experimentado la necesidad de mayor esclarecimiento, y en una serie de artículos (3.º, 4.º, 5.º, 6.º, 54) ha precisado a qué relaciones se aplica el Derecho mercantil; o, en otros términos, cuál sea el *contenido social* de este Derecho, o, como se acostumbra a decir, la *materia mercantil*. Todas las legislaciones comerciales han experimentado esta necesidad, hasta el punto de que todas ellas, mediante ciertas normas delimitadoras, atienden a fijar las diferentes clases de relaciones que entran bajo el régimen del Derecho mercantil; y entre ellas citaremos el *Código de comercio* (artículos 632-638), el Código de comercio *alemán* (párrafos 1.º, 2.º, 3.º, 4.º, 6.º, 343, 344, 345), el Código de comercio *austriaco* (párrafos 271, 272, 273, 274, 275, 276, 277); por consiguiente, el problema del *contenido* del Derecho mercantil es un problema de Derecho *positivo*, porque a la ley especial o singular corresponde precisamente señalar qué relaciones sociales trata de regir de un modo particular (150).

El código italiano, en sus *reglas delimitativas*, más arriba indicadas, toma como base el concepto de *actos de comercio* para fijar las relaciones a que deben aplicarse las normas *reguladoras* del Derecho mercantil; o, en otros términos, para determinar las *relaciones* que el

(150) Cons. Goldschmidt: *Handsbuch.*, I, 477, y en substancia también, Manara: *Atti di commercio*, núm. 24.

Derecho comercial debe regir, la ley atiende a la actividad, al *acto voluntario humano* de que se derivan esas relaciones.

Es, por lo tanto, *acto de comercio la actividad que motiva relaciones regidas por el Derecho mercantil* (151). Como ya hemos notado, en los actos considerados por la ley como manifestaciones de la actividad mercantil, ni las relaciones que de ellos se derivan, ni esta

(151) *Bibliografía:* Vidari: *Corso*, I, núm. 34 y sig.; Vivante: *Trattato*, I; núm. 29 y sig.; Bolaffio: *Comm.*, núm. 17 y sig.; Franchi: *Comm.*, núm. 21 y sig.; Marghieri-Scialoja: *Dir comm.*, I, núm. 79 y sig.; D'Amelio: *Cod. di comm.*, pág. 22 y sig.; Cipelli: *Teoria giuridica degli atti di commercio*, Parma, 1870; Papa d'Amico: *Teoria sociologica e giuridica del commerc.* (*Arch. giur.*, XXXI, 1883, 3 y sig.); Ruggeri: *Gli atti di commercio nel nuovo codice*, Messina, 1883; Manara: *Gli atti di commercio secondo l'art. 4 del vigente codice di commercio*, Turín, 1887 (monografía muy plausible); Angeloni: *Osservazioni sull'art. 4 del codice di commercio*, en *Annali dell'Università di Perugia*, 1908; Magni: *Delle recenti teoriche sulla ripartizione degli atti di commercio*, en los citados *Annali*, 1908; Magri: *Le materie commerciali nella legislazione italiana*, Bolonia, 1910; Arcangeli: *Nozione giuridica di commercio*, en *Riv. di Dir. comm.*, 1914, I, 581 y sig.; Rocco: *Saggio di una teoria generale degli atti di commercio* (*Riv. di Dir. comm.*, 1916, I, 81) y *Ancora per una teoria generale degli atti di commercio* (*Ivi.*, 1924, I, 109); Abello: *Gli atti oggettivi di commercio. Contributo alla teoria generale degli atti di commercio* (*Diritto commerciale*, 1918, 221); Vivante: *Un nuovo raggruppamento degli atti obbiettivi di commercio* (*Riv. di Dir. comm.*, 1919, I, 145); Pagani: *Sull'art. 4 del codice di commercio* (*Diritto commerciale*, 1920, 328); Soprano: *Atti di commercio fondamentali e ausiliari. Contributo alla classificazione degli atti di commercio* (*Ivi.*, 1921, 203); Picchio: *Contributo alla determinazione del concetto d'impresa secondo l'art. 3 del Codice di commercio* (*Riv. di Dir. comm.*, 1921, I, 647); Thöl: *Handelsrecht*, I, § 14 *a;* Anschütz u. von Völderndorff, *Handelsgesetzbuch*, III, pág. 5 y sig.; Goldschmidt: *Handb.*, I, §§ 42, 47 y sig.; Endemann: *Handelsrecht*, § 9; Gareis u. Fuchsberger: *Handelsgesetzbuch*, página 584 y sig.; Behrend: *Lehrb.*, § 22 y sig.; Staub: *Komm.*, I, pág. 24 y sig., Cosack: *Lehrb.*, §§ 7 y 10; Lehmann: *Lehrb.*, §§ 14 y 16; Ritter: *Komm.*, página 2 y sig.; Düringer u. Hachenburg: *Handelsgesetzbuch*, I, § 1; Wolff: *Ueber einige Grundbegriffe des Handelsgeschäft*, Gotinga, 1907. Nótese, sin embargo, que estos últimos autores escriben bajo la influencia del nuevo Código de comercio alemán de 1897, tratan más exactamente de la *industria mercantil*, que basta, según la ley, para atribuir a quien la ejerce el carácter de comerciante; Randa: *Oesterr. Handelsrecht*, I, § 6; Pardessus: *Droit. comm.*, I, núm. 7-19; Massé: *Droit. comm.*, I, pág. 2, núm. 1.380 y sig.; Bravard-Veyrières et Demangeat: *Traité*, I, pág. 105; Lyon-Caen et Renault: *Traité*, I, pág. 80 y sig.; Boistel: *Comm.*, pág. 25 y sig.; Thaller: *Traité élé-*

BIBLIOTECA FAC. DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES U. A. N. L.

primera norma delimitativa del Código, son actos *jurídicos* ni relaciones jurídicas: aún no son más que formas de actividad *social* y relaciones *sociales*, porque las relaciones reguladas por el Derecho, antes de advenir relaciones jurídicas a causa de las normas que las rigen, son únicamente relaciones sociales.

Desde este punto de vista, todavía no es acto jurídico el acto de comercio, sino simplemente un acto humano que es considerado en el aspecto *social*, o, más bien, en el aspecto económico (152); y esto explica cómo un acto único de comercio consta normalmente de una *serie* de actos jurídicos, que, desde el punto de vista del Derecho exclusivamente, son actos independientes y autónomos, pero estrechamente unidos entre sí desde el punto de vista social y económico. Y ahora hay que advertir que esta conexión económica no deja de ejercer influjo asimismo en la valoración jurídica de los actos singulares.

En sus disposiciones delimitativas respecto a la materia comercial, no da una definición sintética del acto de comercio la legislación italiana, sino que enumera una serie de actividades que califica de actos comerciales. Nada menos que a *veintisiete* clases de actos atribuye la cualidad de acto de comercio (artículos 3.º, 4.º, 5.º y 6.º); o sea, como actividades que engendran relaciones reguladas por el Derecho mercantil. Y éste y nada más es el alcance de los preceptos sobre actos de comercio con que comienza el Código: la ley, al calificar un cierto acto de mercantil, no hace otra cosa que someter a este Derecho las relaciones que del acto se derivan. Y que *alguna vez* ocurra a base de una presunción, es cierto, como vamos a ver en seguida; pero no siempre y necesariamente la norma encierra una presunción que sujete un cierto grupo de relaciones al Derecho mercantil; es de por sí más bien una disposición ordenadora o una disposición integral, o complementaria de otras verdaderas y autónomas reglas jurídicas ordenadoras directamente, de las que forman parte, por tanto; y de ahí la frase «la ley *reputa* actos de comercio», contenida en alguno de los artículos citados (153), que no implica en sí presunción alguna.

No quiere decir esto que quede excluída de estos preceptos la existencia de presunciones; ya veremos que hay una clase entera de actividades declaradas mercantiles precisamente a base de una presunción (los actos de que habla el artículo 4.º), lo que significa, en cambio, únicamente que *no todos* los preceptos que incluyen entre materia de comercio las relaciones de una cierta actividad encierran una presunción (154).

Y donde no hay presunción, la frase «reputa» con que en el artículo 3.º enumera la ley la serie de actividades a que asigna carácter comercial, a juicio de aquellos que están preparando la vigente legislación comercial, tiene un significado distinto: el de que en la enumeración que hace la ley, por lo general, hay que asignarle carácter *ejemplificativo* y *no taxativo*, y que, por lo mismo, siempre que a ello no se oponga la especial naturaleza de las disposiciones singulares, y por vía de *extensión analógica*, pueda darse carácter comercial también a otras clases de actividades no tenidas en cuenta por la ley, siempre que tengan carácter común con las que aquélla ha tenido en cuenta.

Acaso a primera vista parezca extraño que reglas jurídicas que señalan la esfera de aplicación de un derecho singular carezcan ellas mismas de este carácter, y que, por el contrario, se estimen susceptibles de extensión analógica; pero esta contradicción es sólo aparente, porque, como quiera que las disposiciones delimitativas no tienen la existencia autónoma como reglas jurídicas, sino que son sólo integración o complemento de otras reguladoras intrínsecamente, el ampliarlas por analogía no significa más que una extensión del ámbito de aplicación de las normas o reglas singulares, cosa muy posible *siempre que la ampliación se mantenga dentro de tales límites que no desnaturalice la regla jurídica a que se refiere*. O sea, que no es lícito el que, por vía de extensión analógica, las disposiciones ordenadoras traten de trastornar la relación cuantitativa en que están las re-

mentaire, págs. 6 y sigs.; Beslay: *Des actes de commerce*, París, 1865; Appert: *Des actes de commerce terrestres*, París, 1897; Duchange: *Des actes de commerce par relation*, París, 1900; Acher: *De la notion juridique des actes de commerce et des commerçants*, en *Revue générale du Droit*, 1904.

(152) A pesar de alguna impropiedad de expresión, esto es lo que generalmente opinan los tratadistas. Véase Vivante: *Trattato*, 4.ª ed., I, núms. 30 y 31; con más claridad aún en la 5.ª ed., núm. 29 *in fine* y 31; Franchi: *Comm.*, número 22, texto y nota 4; Arcangeli: *Natura commerciale delle operazioni di banca*, 1904, I, 44, núm. 5; Magri: *Le materie commerciali*, págs. 9 y 10; D'Amelio: *Cod. di comm.*, núm. 4. En contra, Manara: *Atti di comm.*, número 20. Por lo demás, en tal sentido se inspiraban ya los trabajos preliminares: Dictamen de Mancini: «es preferible el juicio que asigna carácter de actos de comercio a cuantas operaciones, en opinión general, constituyen una manifestación de la actividad mercantil, *por su esencia en el orden económico*» (en Castagnola y Gianzana: *Fonti e motivi*, I, pág, 205).

(153) Artículos 3.º y 4.º

(154) Ramponi: *Teoria generale delle presunzioni*, Turín, 1890; página 157; Bolaffio: *Comm.*, 2.ª ed., núm. 18; D'Amelio: *Cod. di comm.*, núm. 11.

BIBLIOTECA FAC. DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES U. A. N. L.

laciones regidas por el derecho especial, por el derecho común; pero no podrá rechazarse el que, si llegara este trastorno, se amplíen las disposiciones determinativas a otras relaciones distintas de las que éstas tienen en cuenta; es simplemente una cuestión de medida. Cabe siempre la ampliación, pero *a condición de que no altere el carácter de las verdaderas y autónomas reglas reguladoras,* porque destinadas a señalar el ámbito de aplicación de un conjunto de normas singulares, esas disposiciones determinativas no podrán alterar la naturaleza de éstas y aniquilar así el supuesto de su propia existencia (155).

(155) Acerca del carácter exclusivamente ejemplificativo de la enumeración que contiene el art. 3.º, está conforme la doctrina italiana: Vidari: *Corso*, 5.ª ed., I, n. 39-41; Vivante: *Trattato*, I, n. 33; Franchi: *Comm.*, n. 30; Bolaffio: *Comm.*, n. 18; D'Amelio: *Cod. di comm.*, n. 10; Navarrini: *Tratt. teorico-pratico*, I, 109; Manara: *Atti di commercio*, n. 23; A. Scialoja, en *Foro ital.*, 1918, I, 159; Magri: *Materie comm.*, pág. 15, nota; Montessori: *Il concetto d'impresa negli atti di comm.* (*Riv. di Dir. comm.*, 1912, 517 y 518). También la jurisprudencia está conforme en este sentido: Ap. Venecia, 28 agosto 1883 (*Temi ven.*, 1883, 483); Ap. Milán, 28 septiembre 1888 (*Mon. trib.*, 1889, 151), Ap. Catania, 6 septiembre 1895 (*Giur. cat.*, 1895, 230); Cass. Turín, 24 enero 1895 (*Foro ital.*, 1895, I, 497); Ap. Turín, 8 abril 1895 (*Giur. tor.*, 1895, 422); Cass. Palermo. 12 marzo 1896 (*Cir. giur.*, 1896, 112); Ap. Roma, 10 junio 1897 (*Foro ital.*, 1897, I, 1.125); Cass. Roma, 3 junio 1897 (*Foro ital.*, 1897, I, 1.024); Cass. Roma, 18 octubre 1898 (*Foro ital.*, 1898, I, 1.318); Ap. Bolonia, 6 junio 1902 (*Giur. ital.*, 1902, I, 717); Cass. Turín, 26 mayo 1902 (*Giur. ital.*, 1902, I, 1, 804, en los considerados); Cass. Turín, 30 octubre 1902 (*Mon. trib.*, 1903, 347); Cass. Roma, 19 agosto 1903 (*Giur ital.*, 1903, I, 936; Ap. Roma, 5 abril 1904 (*Cons. comm.*, 1904, 157); Cass. Turín, 31 agosto 1916 (*Giur. tor.*, 1916, 1.383). Como dijo Vivante (*Mon. trib.*, 1887, 141), yo también tengo mis dudas acerca de la pureza de esta doctrina (*Studî in onore di*, v. Scialoja, II, pág. 554). Y, en realidad, mi objeción, consignada en el texto también, de que parece difícil que pueda ampliarse, por analogía, el precepto que limita el campo de aplicación de un derecho excepcional, había quedado hasta ahora sin contestación adecuada. En la afirmación de Scialoja (*Foro*, 1908, I, 159) de que no hay extensión analógica en aplicar el precepto implícito en nuestro Derecho, que autoriza la ampliación, nos parece haber una petición de principio, porque da por probada la existencia de ese precepto implícito; y, por lo tanto, el carácter ejemplificativo de la enumeración; la objeción se destruye, en cambio, con las consideraciones expuestas en el texto. Por lo común es taxativa la enumeración de los actos de comercio en las legislaciones extranjeras; véase la ley belga de 15 de diciembre de 1872, art. 1.º (Namur: *Le Code de commerce belge*, Bruselas, 1888, I, págs. 24 y siguientes); *Code de commerce*, artículos 631, 633, 638 (Locré: *Esprit du Code de commerce*, París, 1813, VIII, págs. 174 y 175; Delamarre y Lepoitvin: *Traité* n. 37; Thaller: *Traité élémentaire*, n. 9; Boistel: *Droit commercial*, n. 32; en contra, sin embargo, Pardessus: *Droit commercial*, I, n. 17, 32 y siguientes; Massé: *Droit commercial*, II, n. 1.382). En Alemania, la enumeración que hacía de los actos de comercio el Código de 1861 la creían taxativa los tratadistas (Goldschmidt: *Handb.*, I², § 42, pág. 444, texto y nota 26; Behrend: *Lehrb.*, § 22; pág. 87). Dentro del nuevo Código del 97 puede, aunque en otro aspecto, volver a plantearse el problema; pero ya no se trata de saber si es taxativa o demostrativa la serie de actos o de negocio que *por sí* engendran relaciones regidas por el Derecho mercantil (actos o negocios de comercio), sino si es demostrativa o taxativa la serie de la *industria mercantil*, cuyo ejercicio atribuye *per se* la cualidad de comerciante; y la doctrina posterior al Código continúa reconociendo que la enumeración de la industria mercantil contenida en el § I es taxativa. Véase Staub: *Komm.*, I, § I, anot. 31 B, pág. 35.

Esto demuestra la *posibilidad* de la extensión analógica de las normas delimitadoras del artículo 3.º; pero queda por demostrar todavía que haya sido querida *efectivamente* por la ley. Suelen aducirse a favor de esta solución, sin gran fundamento, los propósitos que mostraron en los trabajos preparatorios los redactores de la ley (156), y, con menor fundamento aún, lo deducen del uso de la palabra *reputa*, que nada prueba en favor de ninguna de las opiniones.

A mí me parece que el carácter ejemplificativo de la enumeración que encierra el artículo 3.º aparece claro analizando e interpretando, no sólo éste, sino todas las normas delimitativas que inician el Código de comercio. Ya veremos pronto que cuantas normas indican los actos que deben reputarse comerciales están influidas por un principio fundamental común, del que aparece que en nuestra legislación hay un concepto unitario del acto de comercio. Pero si todas las normas relativas al acto de comercio son aplicación de un principio único común, parece lícito deducir, en unión de las demás razones ya expuestas, que ese principio debe aplicarse íntegramente aun en los casos no enumerados.

En general, por analogía, pueden ampliarse los preceptos que determinan actividades de las que se derivan relaciones regidas por el De-

(156) *Atti della Commissione* del 1869: sesión 21 abril 1870, acta XXVIII, n. 120 (*Atti della Commissione*, parte II, pág. 17); *Relazione Corsi al Senato*, cap. VI (*Lavori preparatorî*, II, parte I, pág. 32); *Relazione Mancini-Pasquali alla Camera*, n. IV (*Lavori preparatorî*, II, parte I, pág. 165); *Relazione Manzini al Senato*, pág. 27. En pocos extremos como éste están tan claros y concordes los trabajos preparatorios.

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN
BIBLIOTECA FAC. DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES U. A. N. L.

recho mercantil; únicamente en algunos casos, y por virtud de la especial naturaleza de una disposición o de un precepto, podrá negarse la extensión íntegra del mismo a casos análogos no previstos; y eso ocurre especialmente con los que estatuyen *presunciones* (ejemplo: artículo 4.° del Código de comercio), porque las presunciones exigen una disposición legal especial y son de interpretación estricta (157).

42. Ante la posibilidad de ampliar por vía analógica la disposición determinante de la actividad calificada de mercantil y de encuadrar en la esfera de las relaciones reguladas por el Derecho mercantil relaciones dependientes de otros actos, además de los enumerados por la ley, es interesantísimo, aun desde el punto de vista exclusivamente práctico, el problema de *reagrupamiento* en *categorías* homogéneas de los diferentes actos enumerados en el artículo 3.° y siguientes, es decir, el problema de determinar el *concepto unitario del acto de comercio*, según el Código. Este reagrupamiento y la clasificación de los actos de comercio en grandes grupos o categorías, además de preparar el camino para fijar el concepto del acto de comercio al que podrá después alegarse mediante ulterior generalización, tiene, además, la ventaja de facilitar la ampliación analógica y de dar cabida a la *analogía jurídica*. Después, la determinación de un concepto unitario del acto mercantil nos permitirá sentar los *principios generales* reguladores de esta materia y multiplicar las posibilidades de la extensión analógica; hay, pues, dos problemas íntimamente enlazados entre sí, de evidente interés científico altísimo a más de práctico.

Para la doctrina dominante en Italia no existe semejante concepto único del acto de comercio, según nuestro derecho positivo, y niega que exista asimismo criterio o principio directriz, basado en la enumeración de la ley, de los actos de comercio (158).

(157) Ramponi: *Presunzioni*, págs. 144 y siguientes.

(158) Esta es ya la opinión dominante en Italia; v. Vivante: *Trattato*, 5.ª ed., I, n. 34; Bolaffio: *Comm.*, 5.ª ed., n. 17 y 18; Franchi: *Comm.*, n. 27 y 28; Navarrini: *Trattato*, I, n. 107. Vivante, loc. cit., n. 1, cita en apoyo de esta doctrina textos extranjeros que no siempre tienen tal significación, como sucede con Behrend *(Lehrb.*, pág. 11), que al escribir que no puede hacerse una cerrada separación entre el comercio y las demás formas de cambio, reconoce la dificultad de dar un concepto *económico* del comercio, no ya la imposibilidad de fijar el concepto *legislativo* del acto de comercio. Lo mismo piensa Endemann *(Handelsrecht*[4], pág. 11, sub IV) al señalar la dificultad de distinguir el comercio *económica* y *socialmente* (*wirtschaftlich u. social politisch*). Y a la dificultad de dar a los juristas un concepto *económico* del comercio apunta también Lehmann[2], *Lehrb.*, § 2, sub VI, pág. 8, y cuando Smith (*A compendium of mercantile Law*. Londres, 1906, I, pág. LXIII) dice que la distinción entre Derecho comercial y las demás partes del derecho de obligaciones, es, en cierto modo, necesariamente arbitraria, reconoce simplemente lo que ya tantas veces hemos expuesto: que el concepto de comercio y de acto mercantil es un concepto de *derecho positivo*, una categoría *legislativa*, no *científica*, pero no quiere decir con ello, en manera alguna, que sea imposible reconstruir este concepto legislativo en cada legislación.

Creo que no sea definitiva esta conclusión pesimista, porque es resultado de un análisis excesivamente superficial y muy insuficiente de las varias clases de actos de comercio enumerados en la ley. En una palabra, la doctrina dominante, tanto en Alemania como en Italia, respecto al estudio del criterio intrínseco que ha servido de base a la ley para declarar comercial, y, por lo tanto, sujeta a las leyes mercantiles, una actividad determinada, se ha limitado a una observación harto superficial; y ha revelado que, a consecuencia de una larga evolución histórica en una clase de actividades que se consideraban comerciales, porque los que la ejercían tenían la cualidad de comerciantes, ahora se ha agregado otra serie de actividades más importante y en creciente aumento, a las que se ha atribuído por la ley carácter comercial sin atender a la profesión de sus autores.

Y de aquí nace la clasificación corriente en dos categorías de los actos de comercio: *a) actos de comercio objetivos*, a los cuales atribuye la ley esta cualidad de mercantiles atendiendo a su naturaleza, independientemente y sin consideración alguna a la persona que los realiza; *b) actos de comercio subjetivos*, reputados así por la ley a causa de ser comerciantes quienes los realizan (159).

(159) Vidari: *Corso*, I[5], n. 41; Vivante: *Trattato*, I[4], n. 32 *bis;* Bolaffio: *Comm.*, 5.ª ed., n. 1 y 18; Franchi: *Comm.*, n. 22; D'Amelio: *Cod. di comm.*, n. 5; Navarrini: *Tratt.*, I, 112 y sig.; Manara: *Atti di comm.*, n. 1 y sigs.; Magri: *Materie commerciali*, págs. 13 y 14. Igualmente la doctrina alemana anterior a 1898 y la austríaca: v. Goldschmidt: *Handb.*, I[2], § 42, 45, 47, 51; Endemann: *Handelsrecht*[4], págs. 27 y sigs.; Behrend: *Lehrbuch*, § 22; Anschütz y Von Völderndorff: *Komm.*, III, págs. 3 y 4; Gareis y Fuchsberger: *Komm.*, página 588, n. 4; Randa: *Handelsrecht*[2], § 6. Adviértase, además, que, si pasamos de la doctrina alemana a la italiana, la distinción entre actos de comercio *objetivos* (o *absolutos)* y actos de comercio *subjetivos* (o *relativos*) ha sufrido un cambio, y no ciertamente para mejorar. Conforme a los Códigos alemán y austríaco, la doctrina germánica sólo reputaba actos de comercio *objetivos* las cuatro clases de ellos enumerados en el artículo 271 del Código

BIBLIOTECA FAC. DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES U. A. N. L.

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 formal, 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 independientemente 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.° y 6.° 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.° a 6.° 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).

---

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 incluídos 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.° 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.° 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.°, y reducida a los únicos del artículo 4.° 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.

(160) En estos últimos tiempos ha sido muy tratada la cuestión de clasificar los actos mercantiles. Bolaffio *(Temi 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 *jurídicamente* relacionados con un acto de comercio principal objetivo o subjetivo. Angeloni: *Observazioni sull art. 4.° 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.° cree otra clase de comerciabilidad paralela a la del artículo 3.°, sino que se limita a establecer la presunción de que los que realiza el comerciante están incluídos entre los actos declarados comerciales por el artículo 3.° y sus análogos, y, por consiguiente, en conclusión, que el artículo 4.° se limita a presumir que en los actos del comerciante se dan aquellas condiciones requeridas por el artículo 3.° para declarar la comerciabilidad de un acto. No es difícil objetar a esta interpretación del artículo 4.° 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-

BIBLIOTECA FAC. DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES U. A. N. L.

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.°, si después se añadiera que el artículo 4.° da por probadas las simples condiciones particulares requeridas por el artículo 3.° 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.° 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 equívoca 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.°, comerciales por *accesoriedad* los del artículo 4.°, 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.°, y en reconocer la comerciabilidad intrínseca a todos los actos del artículo 3.°, siendo así que el concepto de la conexión apóyase en la comerciabilidad, no sólo de los actos del artículo 4.°, sino de muchos del artículo 3.°, 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.° 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.° 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.°).

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.°).

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 incluído 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.° 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.

BIBLIOTECA FAC. DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES U. A. N. L.

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 excluído 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-

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN
BIBLIOTECA FAC. DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES U. A. N. L.

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. *economica*) 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.

BIBLIOTECA FAC. DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES U. A. N. L.

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.° 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.°, 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 austriaco, 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 (Uebernahme)* 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) Advirtamos 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.

BIBLIOTECA FAC. DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES U. A. N. L.

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 excluído 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-

BIBLIOTECA FAC. DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES U. A. N. L.

conocer la necesidad de continuar viendo aquí que el carácter comercial lo da el empleo del trabajo ajeno: el que da un espectáculo público realiza un acto de comercio cuando se convierte en intermediario entre el artista y el público (174).

E) Empresa editora, tipográfica y librera.

Sobre la empresa editorial no puede haber cuestión porque el editor realiza un acto de comercio en el momento que se convierte en intermediario entre el autor y el público, o sea, en cuanto utiliza la obra de los autores para ofrecer sus resultados al público (175).

También es cosa sencilla lo referente a la empresa tipográfica, porque no podemos imaginar siquiera el caso del tipógrafo único obrero de la imprenta propia (176); mas como el ejercicio del arte de imprimir presupone siempre el empleo de personal, claro está que la comerciabilidad nace de la especulación sobre el trabajo.

Pero en la empresa librera, la cuestión de la comerciabilidad ya no es tan fácil; y a primera vista no se comprende el fundamento de que se declare la comerciabilidad del negocio de librería. Parece que debía estar comprendido ya en los núms. 1-2 del art. 3.°, puesto que el negocio librero se resuelve en una compra, para revender, de cosas adquiridas con este objeto. Aquí, más que una compra para revender, latente o disfrazada, hay un caso de compra-venta mercantil tan evidente que no se explica uno para qué esta duplicidad legislativa (177). Pero

te, dentro de las previsiones del n. 9 del art. 3.°». En contra, Arcangeli: *Noz. giur. del comm.*, págs. 595 y siguientes, que erróneamente cita el ejemplo del suministro, en que hay comerciabilidad si el adjudicatario proporciona la mercancía (página 594, n. 3), porque, en nuestra opinión, para la comerciabilidad de la empresa es decisiva la sola procedencia del trabajo, no la de la primera materia.

(174) Este es, además, el concepto dominante en la doctrina; v. Vivante: *Trattato*, 5.ª ed., I, n. 71; Bolaffio: *Comm.*, n. 45; Manara: *Atti di comm.*, página 57.

(175) No realiza un acto mercantil el autor que edita sus propias obras, ni el editor de un periódico redactado todo por él; v. Vivante: *Trattato*, I, n. 72; Franchi, *op. cit.*, n. 40; Bolaffio: *Comm.*, n. 49, D'Amelio: *Comm*, página 46, n. 7; Navarrini: *Tratt. teor. prat.*, I, n. 157.

(176) Cuando se realice esto, no habrá *empresa*, ni, por tanto, acto de comercio; v. Montessori, *op. cit.*, pág. 429.

(177) Marghieri: *Trattato*, I, n. 104; Montessori, *op. cit.*, pág. 438; Navarrini: *Trattato*, I, n. 156, dicen que la inclusión de un modo particular en la ley de la empresa de librería, entre los actos mercantiles, obedece a llevar bajo el imperio del Derecho mercantil toda la actividad compleja desplega-

como no puede pensarse que la ley se haya producido inútilmente, hay que investigar si hay algún aspecto que dé importancia práctica a la disposición del núm. 10 del art. 3.°, relativo a la empresa de librería; y en nuestra opinión, este precepto tiene por objeto calificar de mercantiles aquellas organizaciones de venta de libros no comprados, sino recibidos en *depósito* simplemente (una especie de contrato estimatorio), cuya organización trabaja en difundir libros publicando catálogos, correspondiéndose con los libreros, utilizando agentes para la colocación de las obras; empresa que, de otra suerte, escaparía a la disciplina del Derecho mercantil, cuando es evidente su comerciabilidad. Y esto supuesto, la nota característica de la *empresa* librera consiste, evidentemente, en esta *organización sistemática* de la venta y difusión de obras, que exigen el empleo de numeroso personal perfectamente adiestrado y bien dirigido. Por esto, si se habla aquí de empresa, no puede hacerse sino en el sentido de actividad intermediadora entre quien trabaja y quien necesita de los productos del trabajo; puesto que la empresa librera (en alemán *Sortiment)* organiza el trabajo de venta en beneficio de los editores, toma a su servicio empleados, y este trabajo de difusión se lo hace pagar mediante un estipendio (178).

Pero tampoco explica esto por qué la ley califica de comerciales las empresas libreras, y no los negocios de librería; y creemos que debe

da en el comercio de libros, porque, ateniéndose a los núms. 1 y 2 del artículo 3.°, únicamente serían comerciales los actos singulares de compra y venta que realizase el librero: la explicación no puede ser más deficiente. En efecto, no se comprende por qué se ha experimentado la necesidad de una norma calificadora de toda la compleja actividad referente al comercio de libros, y no para las demás y mas importantes ramas de comercio. Para este objeto bastaba el principio de la accesoriedad o conexión, del cual hay una más amplia aplicación en el art. 4.°

(178) En el comercio de librería moderno lo excepcional es la compra de libros por el librero; lo corriente es que éste los reciba en depósito; de consiguiente, si la ley no hubiese perfilado como empresa la industria librera, escaparía al Derecho mercantil la mayor parte de esta clase de comercio por faltarle el elemento de compra para revender. En Italia suelen estar en conexión la empresa librera con la editorial; y las grandes casas editoriales se ocupan también de la difusión de sus obras, organizando sistemáticamente las ventas. En Alemania, en cambio, esa función queda reservada principalmente a las empresas de librería *(Sortimenten)*, que reciben los libros en depósito y los venden en nombre propio, pero por cuenta de los editores; véase, por último, Cosack, *Lehrbuch*: págs. 417-425; Lehmann, págs. 869 y siguientes.

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN
DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS
BIBLIOTECA FAC. DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES U. A. N. L.

haber una razón para esta limitación legal, que no puede ser más que una: excluir del campo comercial las librerías de poca importancia que en realidad no hacen una verdadera especulación librera, sino que únicamente reciben libros en administración y se ocupan en venderlos, y por ello, más bien que comerciantes autónomos, se les puede llamar agentes de los editores. Pero, apartada esta clase de libreros y la de aquellos que adquieren las obras y son comerciantes por otros motivos, el concepto de empresa librera no puede necesariamente darse sino a los especuladores que difunden los libros tomándolos sólo en depósito, pero que organizan un trabajo para difundirlos mediante agentes ocupados en colocar las obras al contado o a plazos y de cobrar estos últimos, de recibir las remesas de las publicaciones que aparecen por entregas, etc. Y una vez más, aquí, y en substancia, si se habla de empresas, no se puede hacerlo sino en el sentido de especulación sobre el trabajo.

F) Empresa de transporte de personas o de cosas por tierra o por agua (núm. 13 del artículo 3.º).

También en esta clase de actos de comercio la idea de empresa implica la organización de un especial factor de la producción, que es el trabajo. Según el número 13 del artículo 3.º, únicamente puede existir empresa de transportes cuando el que los realizase se sirva del trabajo de auxiliares, y queda excluído de la previsión de aquel precepto cuando el transporte lo realice personalmente el que lo toma a su cargo; es decir, que no constituye acto mercantil la práctica del oficio de cochero, carretero, mozo o barquero (179). Por consiguiente, si la línea divisoria entre el transporte como acto de comercio y el transporte como acto civil está determinada por el hecho del empleo de auxiliares o de la ejecución personal de aquél, claro está que el carácter mercantil de la empresa de transportes consistirá en el uso del trabajo ajeno; porque decir únicamente que la empresa grande de transportes es comercial y no lo es la pequeña (180), o bien que es comercial la empresa de transportes y no el oficio de tal (181), quiere decir en substancia lo mismo; en nuestro caso, la distinción entre empresa grande y pequeña nos la da precisamente el empleo o no de personal para hacer el transporte, y la diferencia entre empresa y oficio consiste

(179) Vivante: *Trattato*, 5.ª ed., núm. 73; Montessori, *op. cit.*, pág. 435, núm. 25; D'Amelio: *Cod. comm.*, pág. 56, núm. 7. Consúltese, por último, Cass. Roma, 20 junio 1918 *(Giur. ital.*, 1918, I, 1, 847.)

(180) Montessori, *op. cit.*, pág. 436.

igualmente en esto: en que el transporte lo realizan otros o lo ejecuta personalmente el que se encarga; y claro es que también en este caso la empresa no significa más sino la organización del trabajo, reclutamiento del trabajo, actos de intermediación en el cambio del trabajo.

G) Empresa de comisión, de agencia y de oficina de negocios (núm. 21 del artículo 3.º).

Hay comisión cuando un asunto se negocia en nombre propio, pero por cuenta ajena; es decir, cuando se toma a su cargo un negocio ajeno sin que aparezca por cuenta de quién respecto a terceros.

En la doctrina italiana corren ideas no muy claras respecto a la comerciabilidad de la empresa de comisiones: apoyándose en los trabajos preparatorios del código, suele afirmarse que el elemento empresa no es de esencia para la comerciabilidad de la comisión, porque, como se dice en las actas de la Junta redactora del proyecto preliminar (182), un solo negocio de comisión debe reputarse comercial (183); y que, como aparece del artículo 380 del Código de comercio, el fundamento de la comerciabilidad de la comisión consiste en que ésta tiene por objeto el trato de asuntos mercantiles, y por ello está siempre en relación con un acto de comercio (184).

A nuestro juicio, esta opinión se debe a la interpretación errónea del pensamiento de los que prepararon la vigente legislación mercantil: se dice, en efecto, en los trabajos preliminares: «la locución general de que son actos de comercio las empresas de comisión *no puede excluir* el que sea por sí mismo acto de comercio un solo negocio de *comisión mercantil*»; pero esto no quiere decir que un negocio solo de comercio haya de ser *siempre y necesariamente* acto de comercio, y que, por tanto, sean sinónimos empresa y contrato de comisión para el número 21 del artículo 3.º; lo que, por lo demás, prueba también la consideración de que, interpretada así la ley, se priva de valor a la palabra «empresa» que emplea la ley (185), y que modificaría arbitrariamente el texto legislativo.

(181) Vivante: *Trattato*, I, núm. 73; Franchi, núm. 58; D'Amelio: *Codice di comm.*, pág. 56, núm. 7; Navarrini: *Trattato*, núm. 59.

(182) *Atti della Commissione*, vol. I, parte II, verb, XXXI, núm. 141.

(183) Bolaffio: *Commento*, núm. 73, pág. 348; Pagani. *Commento* número 61, pág. 118; D'Amelio: *Cod. di comm.*, pág. 64; Magri: *Materie comm.*, pág. 28; Montessori, *op. cit.*, pág. 442.

(184) Véase Bolaffio, pág. 142; Montessori, pág. 443; Navarrini, *Trattato*, I, núm. 161, pág. 227.

(185) Bolaffio también, pág. 349, dice que es inexacta la fórmula de la ley.

BIBLIOTECA FAC. DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES U. A. N. L.

Por ello, si se quiere dar algún significado a la frase *empresa de comisiones* que usa la ley, hay que reconocer que no todos los actos de comisión son comerciales, sino algunos tan sólo, y precisamente en los que existe el elemento empresa. Claro está que esto no quiere decir que pueda ser acto de comercio una comisión sola (como con razón decía en los trabajos preliminares), porque esa operación singular de comisión cabe que asuma la forma de empresa; y precisamente existe, y, por tanto, hay acto de comercio, cuando, para ejecutar la comisión, el comisionista utiliza el trabajo de agentes subalternos, empleados y operarios cuyo trabajo asume y retribuye a riesgo suyo; y es natural que esta organización se forme comúnmente para atender a una serie de operaciones; pero esto no quita, como decían los trabajos preparatorios, que pueda tener también por objeto la ejecución de una sola comisión complejísima e importantísima. A nuestro juicio, las comisiones que no sean empresa pueden ser actos de comercio, pero no actos de comercio fundamentales, sino actos de comercio accesorios, por cuanto se refieren a negocios comerciales; sin que por esto sea superfluo lo que dispone el número 21 del artículo 3.º, porque siempre existirá una gran diferencia entre empresa de comisión, actos de comercio fundamentales y la comisión de negocios mercantiles, actos de comercio accesorios, y no hay más que recordar el principio que vamos a exponer en seguida, en virtud del cual los actos de comercio fundamentales pueden engendrar un ejercicio profesional mercantil que no puede nacer jamás de los actos de comercio accesorios.

A la *empresa de agencias* o *de oficinas de negocios* cabe aplicar cuanto hemos dicho hasta ahora acerca de la empresa de comisión: son aquellas oficinas que se ocupan especialmente de contribuir a celebrar contratos de diferentes clases: venta y arrendamiento de edificios o de terrenos, colocación de empleados y domésticos, de artistas de teatro, y otras cosas varias. Estas agencias se ocupan, además, de prestar servicios variadísimos: informar, expedir correspondencia, traducir y copiar documentos, organizar viajes, etc.; y nótese que aquí tampoco considera la ley actos de comercio la agencia o la oficina de negocios, sino la *empresa de agencia u oficina de negocios;* porque la característica específica comercial del acto es el factor empresa también, no la naturaleza de los negocios de que la misma se ocupa, que pueden ser comerciales o civiles, o no ser ni lo uno ni lo otro; es decir, no ser negocios, sino simplemente prestación de obra, como, por ejemplo, las traducciones, copias, etc.; en una palabra, que aquí, lo mismo que antes, la comerciabilidad nace en substancia del hecho de que la agencia implique una organización del trabajo ajeno, y, por

consiguiente, una posición intermediaria en el cambio de trabajo.

Y ahora, ya podemos afirmar que en todos los actos que el Código califica de empresa hallamos que el elemento específico constitutivo de la misma, en el sentido del Código, es el hecho de la organización del trabajo *ajeno;* como es cierto también, en sentido económico, el que, como la empresa es organización para producir, implica reunión y coordinación de los varios factores productivos, entre los que está el trabajo; pero para la Economía carece de importancia la forma en que la empresa se proporciona el factor trabajo, como le es indiferente la forma en que se procura los demás factores de la producción; de modo que el que en ésta se emplee trabajo propio o ajeno nada importa, y por ello, en sentido económico, lo mismo es empresa la del operario, artesano o artista, que, mediante su trabajo propio, y a su riesgo, produce, que la empresa del industrial o contratista que se sirve de centenares de obreros.

Muy distinto, en cambio, es el concepto que tiene el Código de comercio de la empresa; para él nada importa la procedencia del *capital* que invierte el empresario; puede haber empresa aunque el capital que se invierta en producir pertenezca a éste; como, por ejemplo, el fabricante que emplea materia prima producida en sus fincas; y puede haberla si el capital se recibe o toma a préstamo, como sucede con el artesano que adquiere la primera materia o pide a crédito el dinero necesario para adquirirla; pero, en cambio, para la ley, tiene una importancia decisiva la procedencia del *trabajo* que se emplea; para el Código hay empresa, y, por consiguiente, acto mercantil, cuando la producción se realiza mediante el empleo de trabajo ajeno, o, en otros términos, cuando el empresario recluta el trabajo, lo organiza, lo vigila, retribuye y dirige para fines de producción. De modo que si las empresas, según el Código, son también empresas económicas, no todas éstas lo son para aquél, sino sólo aquellas en que interviene el elemento trabajo; no la del que atiende a la producción o la atiende él exclusivamente, sino la del que cuenta con colaboradores organizados y pagados por él mismo (186).

---

(186) Es cuestión de *medida* la de resolver cuándo, al concurrir en la producción el trabajo personal del empresario y la de otros colaboradores remunerados, hay organización del trabajo ajeno, y, por tanto, *empresa*, en el sentido del Código de comercio; si en cantidad y calidad domina la obra personal del empresario, no la hay. El concepto de empresa para la ley mercantil como acto de intermediación entre los trabajadores y el público lo ha señalado frecuentemente, además, tanto nuestra doctrina como la francesa,

BIBLIOTECA FAC. DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES U. A. N. L.

47. 4.° La última clase de actos de comercio, según su naturaleza intrínseca, son los *seguros* (números 19 y 20 del artículo 3.°).

Nos parece indispensable exponer previamente algo sobre el mecanismo del seguro. Hay multitud de acontecimientos que, aisladamente considerados, nos parecen producto del azar, como el nacimien-

---

aun cuando no con bastante precisión, y expuesto con cierta contradicción. Véase, por ejemplo Vivante, *Trattato*, I, núm. 69, quien, después de afirmar que el concepto legislativo de empresa corresponde al concepto económico, no deja de advertir, con razón: «La obra del empresario debe ir dirigida a atender las necesidades ajenas, las del mercado, y, por ello, como es principio dominante entre los demás comerciantes, debe realizar la función de intermediario interponiéndose entre la masa de trabajadores y la masa de consumidores.» Manara: *Atti di commercio*, núm. 22, después de describir al mpresario como intermediario entre todos los distintos agentes de la producción (obreros, capitalistas) y e público (desconociendo así que en el sentido del Código es empresario también el que produce con materia prima *propia* y con capital en metálico también *propio*, y puede no serlo asimismo el que produce con capital *ajeno)*, agrega, por último, con razón: «El empresario trata de conseguir un beneficio vendiendo a los consumidores los productos obtenidos, no ya directamente, sino transformando él mismo la primera materia en manufactura, pero indirectamente y valiéndose del *trabajo ajeno*» (pág. 54); y añade: «reconocido que se trata de una verdadera empresa manufacturera, es decir, de que el empresario trata de obtener un lucro principalmente, ofreciendo a los consumidores *los productos del trabajo ajeno*, organizado y pagado por él, no importa nada en absoluto el que haya adquirido o producido él mismo la materia con que trabajó la industria manufacturera» (pág. 56). En cambio, está clarísimamente expuesto y con mucho rigor el concepto de la *intermediación en el cambio del trabajo*, en Carnelutti: *Riv. di Dir. comm.*, 1910, II, 758; *Riv. di Dir. pubblico*, 1909, II, 16 y siguientes, y, por último, en el tratado del *Infortuni sul lavoro*, Roma, I, páginas 66-69.

El concepto de empresa expuesto en el texto lo ha criticado Montessori (*op. cit.*, págs. 520 y sigs.), quien substancialmente replica: 1.° Que existe también el elemento empresa en otros grupos de actos mercantiles, como en la compra para revender, en las operaciones de banca y en el seguro; 2.° Que el empresario no puede ser intermediario entre trabajadores y consumidores porque él mismo participa en la producción; 3.° Que el empresario no es intermediario en el trabajo porque no enajena éste, sino el producto nuevo que el dicho trabajo crea con los demás factores de la producción; 4.° Que también la industria agrícola en grande se interpone entre los trabajadores y el público, y debería considerarse por ello empresa o acto de comercio, en el sentido del Código, contra el precepto claro del artículo 5.°. A ello hemos de contestar: 1.° Ser cierto que el elemento *económico* empresa existe tam-

to, la muerte, el logro de una cierta edad, el incendio, el naufragio, el hurto, el granizo, etc.; pero la estadística nos dice que estos hechos, cuando se examinan en masas o en cantidad considerable, están sujetos a leyes constantes; y que lo casual, respecto a una persona sola o frente a una cosa expuesta a esos acontecimientos, se convierte en reglado

---

bién en otros actos calificados de mercantiles por la ley; pero esto prueba una vez más que empresa no es para el Código lo que es en sentido económico; 2.° El hecho de que el empresario, precisamente porque la dirige, participe en la producción, no estorba el que sea un intermediario *respecto al factor trabajo:* no será un intermediario si se atiende a la *cosa* producida, pero sí si se atiende a la *energía de trabajo que él ha producido:* el razonamiento de Montessori, según ha observado agudamente Carnelutti, *Infortuni sul lavoro*, I (pág. 68, nota), básase todo él en una confusión entre el *cambio de la cosa producida* (respecto al cual es indudable que no hay función de intermediación en la empresa) y *cambio del trabajo que se invirtió en producirla* (respecto a que el empresario desempeña la función mediadora); cuando el elemento trabajo prepondera en la formación del producto, bien sea éste cosa o servicio, el objeto del cambio hay que reputarlo verdaderamente *resultado del trabajo;* 3.° Si el empresario no enajena directamente *trabajo*, enajena, en cambio, el *resultado del trabajo*, y aun en el cambio del resultado del trabajo hay cambio de trabajo; por esta razón precisamente es contrato de trabajo, y no de venta, el arrendamiento de obras (V. Barassi: *Contratto di lavoro*, Milán, 1901, págs. 178 y sigs.); 4.° El artículo 5.° del Código de comercio no dice más sino que el que vende los productos del fundo propio no realiza un acto mercantil, pero no excluye que constituya acto mercantil la especulación sobre el trabajo en la agricultura; en este sentido, v. Carnelutti (*op.* y *loc. cit.)*. La industria agraria en grande, según el Código de comercio, está comprendida en el concepto de empresa; y ello responde también a las objeciones de Arcangeli, *op. ult. cit.*, págs. 598 y 599; no prueba el ejemplo del agricultor que adquiere abono, semillas, etc., porque es completamente extraño a la organización del trabajo que las ha producido; menos aún encaja el ejemplo de las empresas *públicas* que no son comerciales, aun cuando sean empresas, porque son públicas precisamente.

Picchio: *Riv. di Dir. comm.*, 1921, I, 647-664, somete a un amplio examen crítico el concepto de *empresa* según el Código, y lo define: «El organismo adecuado para determinar una serie importante de relaciones jurídicas, cuyo fin es facilitar a otros utilidades de naturaleza varia» (págs. 658 y 660). De modo que la característica fundamental de la empresa es la de ejercer «una función intermediadora entre la actividad ordinaria de los productores, y más precisamente de los que crean cualquier clase de utilidad, y el público» (pág. 660); pero con esta definición, o no se dice nada, o se dice precisamente aquello que hemos afirmado y que critica el autor, o sea, que la empresa

BIBLIOTECA FAC. DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES U. A. N. L.

por leyes precisas ante un gran número de personas o un gran número de cosas expuestas a ese acontecimiento. Sabemos el número que de cada 10.000 personas nacen, mueren o se suicidan; sabemos asimismo que entre 10.000 de la misma edad sobrevive un cierto número de ellas cada diez años; que en tantos kilómetros cuadrados de territorio, todos los años y en ciertas regiones el granizo devasta un cierto número de ellos, y así podemos calcular aproximadamente los daños que el incendio causa anualmente en los edificios de una cierta localidad y

---

es una organización de trabajos *ajenos*, intermediación en el cambio de trabajo. Mediar entre los productores y el público es función de quien realiza un acto mercantil; también hay en la compra para revender intermediación entre los productores y el público, de modo que, si se quiere dar a la empresa un contenido específico, hay que decir cuáles son específicamente los productores de los que el empresario se constituye en intermediario, y habrá que acabar, como nosotros hemos hecho, diciendo que estos productores son los *trabajadores*.

Por último, A. Scialoja (nota agregada al escrito *Sul concetto di impresa come atto di commercio*, en *Saggi cit.*, pág. 344), aunque rechaza el concepto de empresa como organización de trabajo ajeno, no encuentra nada que oponer al análisis que se hace en el texto, y que lleva a este concepto: excepción hecha de la empresa de librería y la de agencia y oficina de negocios, en cuyas dos clases de empresa «el uso del trabajo ajeno es únicamente un elemento de la organización sistemática de un cierto ramo de negocios», Sostengo que es el elemento verdadero y decisivo para la comerciabilidad de la empresa, porque cuando hay organización sistemática, aunque no haya empleo de trabajo ajeno, hay acto mercantil.

Tampoco es extraño al Código alemán vigente este concepto de empresa, porque entre la actividad cuyo ejercicio profesional atribuye la cualidad de comerciante hay semejanza, que es precisamente lo indicado en el párrafo 1.º número 2 (asunción de la elaboración de mercancías para otros cuando sobrepuja los límites del oficio); 5.º (Transporte de personas o de cosas por tierra o por agua); 6.º (Negocios de comisión, de expedición y de almacenaje); 8.º y 9.º (Negocios de edición y de librería), que son esencialmente *empresas*, según el significado que a esta frase da nuestro Código de comercio: en ellas la comerciabilidad está representada también precisamente por el empleo del trabajo *ajeno*. Si bien la doctrina alemana había descuidado este particular, reconoce que la diferencia entre empresa pequeña o taller (*Handwerk*) y la empresa grande o fábrica consiste principalmente en que el artesano emplea la *propia* fuerza de trabajo en la producción y el fabricante se limita a la dirección técnica del trabajo; véase especialmente, bajo el imperio del Código de 1861, Goldschmidt: *Handb.*, 2.ª ed., I, págs. 513 y 514, y bajo el nuevo Código, Staub: *Komm.*, 2.ª edic., I, págs. 64 y sigs.; Lehmann: *Lehrb.*, 2.ª ed., pág. 83.

el promedio de daños que sufren los buques que por naufragio u otras causas desaparecen. De modo que puede calcularse, respecto a cada persona o cosa, la probabilidad de que se dé para ellas un cierto acontecimiento, y en este cálculo de probabilidades se funda la institución del seguro. Si todas aquellas personas o cosas sujetas a un cierto acontecimiento que produce una necesidad económica se unen y convienen en distribuir entre sí la cantidad necesaria para afrontar las necesidades económicas que produzca la realización de aquel acontecimiento, son evidentes las ventajas de semejante unión. Cada una de las personas en las cuales puede darse ese acontecimiento, y que, por lo tanto, quedan expuestas, una vez ocurrido, a una necesidad económica, tendrán la seguridad de poder afrontar esa necesidad futura cuando se realice, mediante un sacrificio cierto, pero limitado, y al garantizarla se *aseguran* contra una necesidad eventual, pero inmensamente mayor.

Llámase *riesgo* la posibilidad de realización de un determinado acontecimiento a una determinada persona; la cantidad calculada previamente necesaria para afrontar la necesidad económica, *cantidad asegurada;* la que cada asegurado debe satisfacer para contribuir al fondo necesario al pago del total de la cantidad, por la necesidad creada al realizarse el acontecimiento respecto al conjunto de asegurados, llámase *prima*. Y adviértase que el acontecimiento contra cuyas consecuencias quiere asegurarse no es siempre un hecho perjudicial o dañoso, es decir, un acontecimiento que acarree una disminución patrimonial; basta que ocasione una necesidad económica, porque sucesos que no son perjudiciales pueden crear esa necesidad. Así, por ejemplo, llegar a una cierta edad, cumplir un niño los veinte años, alcanzar los cincuenta un joven, llegar el hombre a los sesenta o a los setenta, son acontecimientos gratos y que, indudablemente, no causan daño alguno, es decir, disminución alguna patrimonial, pero que ocasionan una necesidad económica. El joven, a los veinte años, puede necesitar medios para emprender una profesión; en el hombre maduro acrecerán las necesidades familiares; el anciano necesitará el descanso en los últimos años de su vida. He aquí por qué el seguro representa, no sólo una institución encaminada a reparar un daño, sino como un medio de atender a un acontecimiento fausto o triste, que, generalmente, motiva una necesidad económica. Hay, sí, seguros que tienen por fin reparar daños, y son los seguros llamados *contra los daños* (seguros contra incendios, contra los riesgos de la navegación, contra el granizo, contra la mortalidad del ganado); pero hay también seguros cuyo objeto es atender a las variadas necesidades económicas que origina

BIBLIOTECA FAC. DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES U. A. N. L.

la marcha de la vida humana y a los cuales se denomina *seguros de vida*, de combinaciones tan variadas como varias son las oportunidades de esa vida que pueden tener una repercusión económica.

Conviene averiguar la causa de que la ley repute acto de comercio el seguro únicamente para el asegurador y no para el asegurado (artículo 6.º princ.). Vivante fué el expositor de una doctrina autorizada que ha sido acogida universalmente acerca de esto, y dice que se debe a que el seguro lo practican hoy exclusivamente grandes empresas, sociedades e instituciones organizadas sólidamente, y que el caso de un asegurador aislado ha desaparecido del mundo económico (187); la *empresa* es, por tanto, un elemento esencial del seguro, y a este título la ley ha dado al seguro el carácter de acto de comercio para el asegurador (188), a cuya opinión debemos de hacer ciertas reservas; no negamos la imposibilidad de un seguro aislado, puesto que no sería un negocio de seguros, toda vez que éste implica la reunión de una gran masa de personas expuestas a los mismos riesgos, y únicamente habiendo en cuenta un gran número de ellas puede funcionar el mecanismo del seguro y pueden hacerse cálculos de probabilidades para establecerlo, y no pueden apreciarse leyes constantes que regulen el acontecimiento respecto a una sola persona, resolviéndose, por tanto, ese seguro individual en un juego de azar; ni negamos tampoco que el seguro sea practicado corrientemente por grandes sociedades o por instituciones importantes; esto ocurre por alguna causa, como la necesidad de un fuerte capital de garantía para afrontar casos extraordinarios, y la necesidad de gastos iniciales grandes para reclutar la cantidad de asociados necesarios, con el fin de que pueda funcionar el seguro; la necesidad de brindar a los asociados una organización permanente que sobrepuje la duración ordinaria de la vida humana, a fin de que pueda desenvolverse normalmente todo el tiempo necesario, que con frecuencia es larguísimo. Se comprende así el que responda mejor a todas estas exigencias una persona jurídica con vida ilimitada y organización más sólida, que una sola persona física cuya vida breve está continuamente amenazada y cuyo patrimonio no constituye una garantía segura para los terceros. Pero ni la imposibilidad teórica del negocio de seguros aislado, ni la inaptitud práctica de una persona individual para ejercitar sistemáticamente el seguro, se

(187) Véase Vivante: *Il contratto di assicurazione*, Milán, 85-90, y *Trattato*, IV, n. 1858-59; Arcangeli: en *Riv. di Dir. comm.*, 1904, 48; Montessori *op. cit.*, pág. 503; Navarrini: *Trattato teorico-pratico*, I, n. 162, pág. 232.

(188) Montessori, *op. cit.*, pág. 505.

expresan correctamente afirmando que la empresa sea un elemento esencial del seguro; conforme al concepto económico, empresa es la organización de factores de la producción para conseguir un producto destinado al cambio, y no se comprende cómo puede aplicarse al seguro este concepto económico, y, de todas suertes, tampoco el por qué, dado el concepto económico de la empresa, haya de excluirse la empresa dirigida a una producción aislada y la empresa individual. Lo más exacto, indudablemente, es decir que la práctica del seguro es el ejercicio de una actividad sistemática, a causa de que el seguro es la reunión de muchas personas expuestas al mismo acontecimiento, y distribución entre ellas de las cantidades necesarias para afrontar las consecuencias económicas de esos acontecimientos al realizarse; no tiene nada que ver con la empresa como organismo económico, y sólo significa que el seguro es asociación de riesgos, y de muchos riesgos homogéneos. De igual suerte, el concepto de que el seguro no puede ejercerlo sino una persona jurídica, un ente de vida cierta y larga, nada tiene que ver con la empresa, y se refiere sólo a que la asociación de riesgos insita en el seguro, por lo general, no puede operar si no es fija y de larga duración.

Menos infundada aún sería la identificación del seguro con la empresa entendida en el sentido del Código; en este caso, y como empresa, sería el seguro acto mercantil, esto es, como organización de trabajo ajeno, y hay algo de verdad en esta comparación. Es indudable que la práctica del seguro implica por parte del asegurador una organización y una complejidad de trabajo tales que necesita el auxilio, no de uno, sino de muchos colaboradores; es función esencial del asegurador la recluta de asegurados, la redacción de tarifas, de primas a base matemática, la administración del fondo constituído por estas primas, el pago de las cantidades adeudadas al realizarse el acontecimiento asegurado, y todo ello constituye una tal cantidad y variedad de actividades, que no puede indudablemente realizarlas sino mediante la colaboración de muchas personas; de suerte, que en la práctica del seguro existe el elemento de organización del trabajo ajeno, aun cuando no creemos que estó sea lo que preferentemente incorpora esta industria a la esfera de las relaciones mercantiles.

E indudablemente no hay indicio alguno en la ley de que sea ésta la causa de su calificación de acto mercantil; los números 19 y 20 del artículo 3.º hablan de *seguro* simplemente y no de *empresa de seguros*, y, en realidad, a más de la organización del trabajo ajeno, hay en el seguro un factor importante, acaso decisivo, para fijar su carácter mercantil. Hemos dicho que es reunión de personas expuestas a los

BIBLIOTECA FAC. DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES U. A. N. L.

mismos riesgos, y en esta reunión hay una verdadera y propia comunidad de riesgos. Cada asegurado pone en común su riesgo individual con los riesgos individuales semejantes que corren otras muchas personas, y en el orden económico este riesgo individual se convierte en una participación, en un riesgo colectivo (189), y mediante esta trans-

(189) Este concepto, latente o manifiesto, está en cuantos escritores han tratado la materia. Vivante: *Trattato*, 5.ª ed., IV, n. 1.858. «Según la intención de los contratantes, ese riesgo es presupuesto del seguro, cuando se agrega a una gran cantidad de ellos semejantes, que se afronta con un fondo de primas susceptible de atemperarse continuamente a la probabilidad de los siniestros y de las indemnizaciones.» Gobbi: *L'assicurazione in generale*, Milán, 1898, pág. 85: «El seguro se obtiene substituyendo *al eventual y total costo* (que se necesitaría para lograr la disponibilidad de riqueza necesaria para satisfacer la necesidad eventual) con un *cierto y parcial*. Para resolver el problema de substituir a un costo eventual un costo cierto que sólo sea una parte o fracción del primero, es *preciso reunir muchos elementos igualmente expuestos al riesgo*, y con el total de aportaciones de cada uno constituir un fondo suficiente para atender al total de necesidades que han de surgir.» Rocca: *Manuale teorico-pratico di assicurazione*, Milán, 1911, después de definir (pág. 3) el seguro, «unión de varias personas a fin de atender a necesidades futuras mediante la acumulación de capital y transmisión del riesgo», añade (pág. 7): «Advirtamos, por último, que la unión de varias personas ocurre siempre, sea cualquiera el aspecto jurídico bajo el que la sociedad se nos presente; la única diferencia consiste en que en la forma mutua los asegurados están unidos por el vínculo social, y, en cambio, en la anónima sólo hay comunidad entre los interesados, en el sentido de que todos se encuentran en la misma condición jurídica frente a la empresa aseguradora.» Leroy-Beaulieu: *Trattato teorico-pratico di economia politica (Bibl. dell'Economista*, 4.ª serie, X, 2, Turín, 1898), pág. 664: «El seguro es una *compensación general de los siniestros entre personas* que *constituyen* un grupo a tal efecto; el siniestro se divide así entre todos los miembros del grupo, *proporcionalmente a las partes previamente aceptadas por cada uno*.» Wagner: *Le assicurazioni*, en Schönberg, *Manuale di economia politica (Biblioteca dell'Economista*, 3.ª serie, XIII, Turín, 1889), páginas 800 y 801: «Conforme a su naturaleza, todo seguro se funda en la *mutualidad*, o sea, tomando la palabra en su significado práctico, en la *asociación*, y los dos sistemas (seguro mutuo y de especulación) no son sino dos formas jurídicas distintas, encaminadas a la *práctica de aquel principio de mutualidad y de asociación*», y añade: «Para la actuación práctica del seguro deben formarse *asociaciones de riesgos*.» Chaufton: *Traité de l'assurance*, París, 1884, I, pág. 214: «El seguro es la compensación de los efectos del azar *mediante la mutualidad* organizada, según las leyes de la Estadística», y así habla también Goldschmidt: *Handb.*, I, pág 582; Thaller: *Traité élém.*, pág. 818.

formación esquiva la posibilidad de levantar él sólo las consecuencias económicas todas, cuando ocurre el riesgo, pero a su vez asume desde entonces, y en un cierto modo, una cuota parte de la cantidad necesaria con que habrá de atenderse a la masa de necesidades que creen la realización efectiva de los eventos asegurados; he aquí cómo también en el seguro se presenta una forma particular de cambio, cosa evidente si tenemos en cuenta que el seguro es comunidad o asociación de riesgos, y que en toda comunidad hay un cambio en cuanto todo comunero cambia la cosa que pone en común por una cuota parte de ella que ha advenido común. Ahora que en el seguro no hay un bien puesto en común, sino que lo que se pone en común es un riesgo, esto es, la posibilidad de un acontecimiento determinante de una necesidad económica, y por esto la participación consiste, no en algo patrimonial, no en un conjunto de bienes, sino en un conjunto de necesidades; pero nadie ha dicho que sólo pueda haber comunidad y cambio en materia de bienes; puede haberla también de deudas y de necesidades; en una palabra, en el seguro tenemos un cambio: el cambio de un riesgo individual por una cuota proporcional de un riesgo colectivo.

Ahora bien; puede ocurrir que este cambio, o sea, la comunidad de riesgo, se dé directamente entre las mismas personas expuestas a los mismos riesgos, y, en realidad, ésta fué la forma primera en que apareció el seguro en sentido técnico, o sea, en forma mutua. Se reúnen las personas que corren los mismos riesgos, y puestos éstos ya en común y ocurrido el hecho asegurado, reparten entre todos los asociados la cantidad necesaria para afrontar los efectos de aquél, entregándola después al asociado en quien el acontecimiento se había realizado. Pronto, sin embargo, interviene el mediador en esta forma de cambio y a la asociación directa de interesados substituye un ente intermediario que asume la función; se constituyeron sociedades anónimas poderosas, únicas adecuadas, por su solidez económica y por su duración, para desempeñar esa tarea, y estas sociedades se interpusieron entre todos los amenazados por los mismos riesgos, reclutaron asegurados y concentraron esos riesgos para repartirlos en forma de primas. El cambio y la asociación de riesgos se realiza hoy a través de grandes sociedades anónimas o grandes entidades que practican la industria del seguro (190). La institución aseguradora asume los riesgos

(190) Quien con más claridad ha expuesto el factor de la *transmisión del riesgo* en el seguro ha sido Willet: *The economic theory of risk and insurance*, New York, 1901. Véase Rocca: *Assicurazioni*, págs. 17 y 18, si formal-

BIBLIOTECA FAC. DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES U. A. N. L.

individuales, que después distribuye en otras tantas cuotas que han de pagar los asegurados mismos.

Véase, por consiguiente, cuánta semejanza hay entre las funciones del asegurador y el intermediario del cambio, y que así como el comerciante concentra y distribuye las mercancías, el banquero el crédito, y el empresario el trabajo y los productos, así el asegurador concentra los riesgos y los distribuye (191).

48. Si, como hemos visto, para los actos mercantiles fundamentales enumerados en los apartados 1.°, 2.°, 3.°, 6.°, 7.°, 8.°, 9.°, 10, 11, 13, 19, 20 y 21 del número 3.° del Código de comercio, agrupados en las cuatro clases mencionadas, el carácter mercantil deriva de su naturaleza intrínseca, en los demás actos que enumeran los artículos 3.°, 4.°, 5.° y 6.° del mismo Código la comerciabilidad procede simplemente de una relación accesoria que las enlaza con una actividad mercantil; trátase de actos que por sí mismos carecen de carácter, que pueden

---

mente, y, por tanto, jurídicamente, hay transmisión del riesgo del asegurado al asegurador, substancialmente, y, por tanto, económicamente, la transmisión pasa del asegurado *individual* a la colectividad de asegurados; desde el punto de vista económico el asegurador no es más que un simple *intermediario*. En lo substancial, el fenómeno es el mismo, tanto en la forma más sencilla del mutuo que constituye una mera oficina de distribución, cuanto en la mutua, como la que disciplina nuestro Código de comercio, que son verdaderas sociedades con personalidad jurídica (art. 239 del Código de comercio); como, por último, la sociedad de especulación e instituciones de carácter público. Véase Rocca: *Assicurazioni*, pág. 7; Wagner: *Assicurazioni*, pág. 800.

(191) Claro esta que el concentrar los riesgos equivale a decir concentrar el capital destinado a atender las consecuencias económicas, y repartir los riesgos equivale a distribuir estos capitales entre los que han sufrido aquellas consecuencias. Véase Lacour: *Précis de Droit commercial*, París, 1912, página 38; Arcangeli: *Nozione giur. del commercio*, pág. 600, nota 3. Sin embargo, la fórmula expuesta en el texto tiene el mérito de la claridad y brevedad. Porque no debe buscarse el fundamento de la comerciabilidad de los seguros en el *factor empresa*. La industria del seguro se incorpora al ámbito de las relaciones comerciales mediante su específica función de intermediario en el cambio o transmisión de los riesgos. Montessori, *op. cit.*, pág. 523, al negar la función mediadora en el seguro, olvida totalmente la doble transmisión, y, por consiguiente, el cambio del riesgo que adviene entre el asegurado particular y la colectividad de asegurados, del cual se deriva, necesariamente, el carácter de intermediario de la empresa a través de la cual se realiza el cambio.

ser civiles o mercantiles, y que advienen comerciales en cuanto se relacionan con un acto mercantil fundamental.

En varios actos, en la expresión misma de la ley aparece evidente que la causa de la comerciabilidad está en una relación de conexión con una actividad mercantil: *a)* esto sucede con las *operaciones de mediación* en «*asuntos mercantiles*» (número 22 del artículo 3.°); en sí, la mediación no es acto de comercio, pero lo llega a ser cuando tiene por objeto pactar un asunto comercial, y por eso está en relación de conexión con un acto mercantil (192).

b) Y lo mismo hay que decir respecto al *depósito*, cuando son comerciales, cuando se producen «*por motivos de comercio*» (número 23 del artículo 3.°); y la *cuenta corriente*, y el cheque, que son actos de comercio si tienen «*causa mercantil*» (apartado del artículo 6.°); esto significa que unos y otros pueden o no ser actos de comercio, y precisamente son comerciales cuando se producen con motivo de un asunto mercantil, o, en otros términos, cuando son conexos con un acto de comercio (193).

c) También el seguro respecto al asegurado es acto de comercio cuando las cosas que lo motivan son «*objeto o establecimiento de comercio*» (párrafo del artículo 6.°), y éste es el caso típico de conexión entre el seguro y un negocio o una serie de ellos mercantiles, porque un *objeto de comercio* o un *establecimiento mercantil* presuponen

---

(192) El vínculo de conexión con un negocio comercial como fundamento y condición de la comerciabilidad de la mediación está reconocido por toda la doctrina (v., por ejemplo, Vivante: *Trattato*, I[5], n. 81), y mejor que todos lo ha expuesto Bolaffio: *Comm.*, n. 77.

(193) Me parece que no hay necesidad de demostrar en cuanto al *depósito* la equivalencia entre la *causa comercial* y la *conexión con un asunto o una actividad mercantil*. Los reparos de Vivante: *Trattato*, I, n. 476, como vamos a ver más adelante, dependen de un cambio entre la conexión o dependencia *jurídica*, y conexión o dependencia *económica*. Cierto que el depósito es un contrato *jurídicamente autónomo*, pero también lo es que puede serlo económicamente, o, mejor dicho, generalmente puede estar relacionado con otro asunto. La custodia no es en sí misma fin: se deposita siempre con un objeto económico ulterior que trasciende del fin económico inmediato o causa jurídica del contrato, que es siempre custodia. Este fin ulterior o *causa remota* puede ser un asunto civil o mercantil; si lo último, aparece evidente la dependencia o conexión (económica) entre el depósito y el asunto comercial; esto lo expresa perfectamente Bolaffio: *Comm.*, n. 84, págs. 413 y siguientes; Arcangeli: *Il servizio bancario delle cassete forti*, en *Riv. di Dir. comm.*, 1905, I, 295, y lo mismo puede decirse de la *cuenta corriente* y del *cheque bancario*.

BIBLIOTECA FAC. DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES U. A. N. L.

necesariamente un negocio o una serie de negocios comerciales (194).

d) De igual suerte la *compra y la venta de participaciones o acciones de «sociedades mercantiles»* (número 5 del artículo 3.º) son actos de comercio en virtud de relación y conexión con uno o más negocios comerciales. Desde luego, las sociedades mercantiles tienen por objeto la realización de uno o más actos de comercio (artículo 76 del Código de comercio); adquirir una participación o acciones de las mismas equivale a convertirse en socio de ellas, y, por consiguiente, tomar parte en una empresa que tiene por objeto uno o más actos de comercio; y venderlas significa salir de una sociedad mercantil, esto es, desinteresarse de una empresa que tiene por objeto uno o más actos de comercio; es evidente la conexión entre el acto de comprar o vender una participación o una acción; es el negocio o los negocios mercantiles lo que constituye el fin de la sociedad (195).

---

(194) Aquí el elemento de la *conexión* o de la *dependencia* como fundamento de la comerciabilidad lo reconoce también Vivante: *Tratt.*, I, n. 78, pág. 111.

(195) Aun cuando no deduzca la consecuencia precisa que hemos expuesto en el texto (clasificación entre los actos *mercantiles por conexión*), muchos autores, con más o menos claridad, reconocen la dependencia o conexión entre la compraventa de participaciones o de acciones y una empresa comercial. Véase Vivante: *Trattato*, I[5], n. 47, que deduce la comerciabilidad de estos actos de que con ellos el adquirente está sujeto «al riesgo de los beneficios o pérdidas que pueden ocurrir a la entidad social»; Bolaffio *Comm.*[5], n. 38: «Son comerciales la compra y la venta, porque se desarrollan sobre aquellos títulos que asignan o extinguen para el que compra o vende la cualidad de miembro de una sociedad comercial, aunque sea de responsabilidad limitada.» Franchi: *Comm.*, n. 53: «En la compraventa de participaciones o acciones de una sociedad mercantil la comerciabilidad se revela a base de un elemento propio suyo distinto de la intención de revender; aunque las acciones de la sociedad, y especialmente las al portador, tengan por principal objeto la compra para revender, o sea, que funcionan como objeto de comercio, a semejanza de cualquier otro título de crédito; pero hay que tener en cuenta que quien adquiere un título de esta clase necesariamente adviene *socio* de la sociedad, y, por consiguiente, realiza un acto jurídico que está íntimamente ligado al campo mercantil, para el cual directamente viven las sociedades comerciales. Por lo demás, este mismo concepto se encuentra ya en los trabajos preparatorios del Código. Véase *Atti della Commissione de 1869*, sesión XXVIII, n. 123 (parte II, pág. 19), en que el senador Cabella advierte la diferencia de trato que se daba a la compraventa de títulos de crédito enumerados en el apartado 1.º del artículo 3.º y a la compraventa de participaciones o acciones mencionadas en el número 5 del artículo 3.º; y si las primeras constituían un asunto mercantil únicamente si existía intención de revender, las segundas lo eran siempre porque «en ella concurren dos operaciones que tienen carácter comercial, tanto para el que vendiendo disuelve por su parte las relaciones que lo ligaban a la sociedad mercantil, cuanto para el comprador, que al adquirir la acción contrae igual vínculo e ingresa en la sociedad».

e) A la misma clase pertenece el fundamento de la comerciabilidad de los actos indicados en el artículo 4.º: este artículo califica genéricamente de comerciales todos los *contratos y obligaciones de los comerciantes;* es decir, *todos los actos realizados por comerciantes*, excepto los de índole esencialmente civil, o los que del acto mismo resulte lo contrario. El artículo 4.º crea una *presunción*: la de que *todos los actos realizados por un comerciante se refieren al ejercicio del comercio*, y a *este título* los califica de comerciales; de suerte, que la declaración de comerciabilidad está fundada en una presunta *conexión* entre los actos que realiza el comerciante y su ejercicio del comercio (196).

f) Pero este fundamento de la conexión es el fundamento de la comerciabilidad también de otros actos en que, a primera vista, no aparece ésta.

---

(196) Para todos los autores, la *conexión* entre los actos del comerciante y su actividad mercantil la asume a base de la comerciabilidad de los actos mismos (auxiliada por la presunción consignada en el artículo 4.º). Véase Vivante: *Trattato*, I[5], núm. 84; Manara: *Atti di commercio*, núms. 32 y siguientes; Magri: *Materie commerciali*, págs. 52 y 53, y también Bolaffio; *Comm.*[5], núms. 19, 87. Unicamente Angeloni: *Osservazioni sull'articolo 4.º del Codice di commercio*, págs. 18 y siguientes, afirma que la presunción no atiende a la referencia o conexión con el comercio, sino directamente a la *comerciabilidad* de los actos del comerciante. Ya hemos expuesto arriba nuestra opinión sobre esta doctrina absurda que refiere la presunción, no ya a un determinado hecho, sino a un hecho necesariamente indeterminado como la *comerciabilidad*. En contra, Angeloni, pero sin tocar el punto esencial de la cuestión. Magri: *Delle recenti teoriche sulla partizione degli atti di commercio*, págs. 6 y siguientes. En cambio, Lumbroso: *Le obbligazioni commerciali che non nascono da contrato*, págs. 5 y siguientes, 41 y siguientes del extracto que, no sólo funda la comerciabilidad de los actos de los comerciantes sobre su conexión con la práctica del comercio, sino que amplia el principio también a los actos de los no comerciantes relacionados con un acto mercantil. Con más precisión todavía, Azzariti, en *Riv. di Dir. comm.*, 1907, II, 10, advierte que el motivo de que la ley califique de comerciales otros actos jurídicos de los enumerados en el artículo 3.º no consiste en la cualidad de comerciante del autor de los mismos, sino en la referencia, en la conexión que tienen con el comercio, y a base del artículo 4.º funda una

BIBLIOTECA FAC. DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES U. A. N. L.

Así ocurre con el *rapport* (número 4 del artículo 3.º); prescindamos, por ahora, de dar una definición jurídica precisa, que no nos interesa, y limitémonos a describir la estructura económica, para decir que el *rapport* consiste en una operación mediante la que se recibe a crédito una cantidad de dinero, entregando una cierta cantidad de títulos de una determinada clase; o se recibe a crédito una cierta cantidad de títulos de determinada especie, entregando una cantidad en metálico, y quedando facultado el concedente del crédito para servirse de los títulos del metálico recibido todo el tiempo que la operación subsista, mediante una retribución que, en el primer caso, se llama *rapport*, y en el segundo, *depport*.

La causa de la comerciabilidad del *rapport* no es intrínseca, sino exclusivamente extrínseca, porque, desde el punto de vista formal y jurídico, el *rapport* puede ofrecérsenos como una compra al contado

clase entera de actos de comercio por accesoriedad comprensiva, tanto de los actos de los comerciantes, como de los que no lo son, que están relacionados con el comercio (pág. 14). Las doctrinas francesa y alemana han adoptado unánimemente el criterio de la conexión para calificar de mercantiles los actos del comerciante: los franceses denominan comerciales a los actos del comerciante, *por accesoriedad;* véase Lyon Caen y Renault: *Traité*, Paris, 1906, 4.ª ed., I, pág. 183, núm. 122; Massé: *Droit comm.*, núm. 968; Thaller: *Traité élém.*[7], núm. 60. Además, evidente es también la comerciabilidad por conexión, en el Código alemán de 1861 (§§ 273 y 274), de los actos que ejecuta el comerciante; véase Goldschmidt: *Handb.*[2], I, págs. 653 y siguientes, que les llama *negocios auxiliares* (*Hilfgeschäfte*); Behrend: *Lehrbuch*, pág. 132, los denomina negocios auxiliares o accesorios (*Hilf. oder Nebengeschäfte*); Endemann: *Deutsches Handelsrecht* (pág. 32); Gareis y Fuchsberger: *Handelsgesetzbuch*, págs. 599 y 569. Conforme al nuevo Código, § 343, todos los negocios del comerciante pertenecientes al ejercicio de su profesión son mercantiles; pero este precepto tiene distinto alcance. Si el § 273, posterior a otros que enumeraban los actos de comercio principales, no incluían los accesorios; el § 343 del nuevo Código, que no los enumera ya, sino sólo indica actividades cuyo ejercicio *profesional* es comercial, comprende *todos* los actos de comercio, no sólo los *constitutivos* del ejercicio de la industria mercantil, sino los accesorios; pero la doctrina está, sin dificultad, conforme en incluir también los accesorios, o sean, los *conexos* con el ejercicio profesional; véase Düringer y Hachenburg: *Handelsgesetzbuch*, págs. 197 y 198, que distingue entre los actos de los comerciantes, *Grundhandelgeschäfte, relative Handelsgeschäfte* y *accessorische Handelsgeschäfte;* Ritter: *Handelsgesetzbuch*, Berlín, 1910, pág. 425; Staub: *Komm.*, II, págs. 1.042 y 1.043; Cosack: *Lehrb.*[7], pág. 39; Lehmann: *Lehrb.*[5], pág. 62; Wieland: *Handelsrecht*, Munich y Leipzig, 1921, I, págs 65 y 66; Ehrenberg: *Handbuch des gesammten Handelsrechts*, Leipzig, 1918, II, pág. 87.

junto a una simultánea reventa a plazos; o una venta al contado con una simultánea readquisición a término de los mismos títulos (que es como delinea el *rapport* nuestro Código en su artículo 73); pero desde el punto de vista substancial y económico no tiene nada de común con la compra para revender, que los números 1 y 2 del artículo 3.º califican de acto mercantil. En la compra para revender hay económicamente un cambio mediato o indirecto, un acto de intermediación en el cambio; en el *rapport*, por el contrario, falta por completo este carácter económico, porque el que compra revende al comprador mismo, y, por tanto, económicamente, no hay cambio mediato, sino un doble cambio inmediato, y no hay función de intermediación alguna.

La comerciabilidad del *rapport* depende de su conexión *normal* con un negocio comercial; esa operación de crédito llamada *rapport*, mediante la que se nos facilita dinero o títulos, puede servir a distintos fines, pero todos ellos conexos con un negocio mercantil; con ella la especulación bursátil obtiene dinero o títulos necesarios para sus operaciones: a la banca, para el empleo fructífero de los capitales que afluyen a ella; a los comerciantes e industriales, para obtener dinero sin enajenar definitivamente los títulos que forman su reserva, y por lo común, rara vez, o nunca, acudirá un particular al *rapport* para necesidades de su patrimonio doméstico o agrícola; porque indudablemente no tiene necesidad de adquirir títulos a crédito, y, si quiere tomar dinero a préstamo, preferirá enajenar los títulos que posea o entregarlos simplemente en prenda (197).

g) El problema de la letra de cambio es menos sencillo (número 12 del artículo 3.º); pero también ésta se califica de acto mercantil

(197) Todos los escritores exponen la conexión normal del *rapport* con un asunto mercantil, y algunos hacen destacar especialmente su conexión con las especulaciones bursátiles, y de modo preciso con los contratos a plazo, de que se sirven para arrastrar y prolongar su cumplimiento (y de aquí su nombre de negocios de *rapport* o de aplazamiento (*Prolongationsgeschäfte*). Véase Piccinelli: *Valori pubblici e operazioni di borsa*, Milán, 1897, págs. 678 y siguientes; Buchère: *Traité théorique et pratique des opérations de la bourse*, París, 1882, págs. 383 y siguientes; Courtois: *Traité élémentaire des opérations de bourse et de change*, París, 1882, págs. 68 y siguientes; Rota: *Principi di scienza bancaria*, Milán, 1885, pág. 218; Ferraris: *Principi di scienza bancaria*, Milán, 1882, pág. 34 y siguientes; Lexis: *Il commercio* (*Bibl. Econom.*, serie 3.ª, vol. XIII), págs. 606 y siguientes; Lehmann: *Lehrb.*[2], páginas 773-775; Adler: en *Zeitschrift für das gesammte H. R.*, XXXV, pág. 418; Ofner: en *Zeitschrift für d. ges. H. R.*, XXXVII, pág. 438; Cosack: *Lehrb.*[8], págs. 298 y 299. Pero no deja de haber escritores que se

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ®
BIBLIOTECA FAC. DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES U. A. N. L.

por estar *normalmente* relacionada con un negocio comercial; conexión que ya surgió en la primera fase de su desarrollo histórico cuando era instrumento de cambio translaticio, esto es, cuando servía para pagar entre plazas lejanas; no había relaciones fijas de crédito y débito entre plaza y plaza, sino que, por lo general, era una consecuencia de operaciones mercantiles.

Pero en la época moderna del desarrollo de las instituciones cambiarias, en que la letra de cambio se ha convertido en un puro y simple título de crédito, continúa subsistiendo aquella conexión originaria, aunque por otra causa. Hoy día, la letra de cambio realiza su función económica normal cuando sirve de instrumento de crédito *mercantil*, esto es, cuando depende de una operación de *comercio;* pero, indudablemente, en la práctica se emplea para otros muy distintos fines: como instrumento de crédito industrial, de crédito agrícola, y a veces sirve al crédito improductivo; pero todas ellas, unas más y otras menos, son desviaciones llenas de inconvenientes, las cuales no estorban que en sana y normal función haya de considerarse la letra de cambio como un precioso y diario auxiliar de la actividad *mercantil* (198).

h) De igual suerte que con la cambial, y por razones históricas y prácticas, deben considerarse comerciales, por hallarse relacionadas con la práctica del comercio, las actividades inherentes a la *navegación*.

Califica la ley de actos mercantiles la *construcción, compra, venta y reventa de naves* (núm. 14, art. 3.º); *la compra y venta de aparejos, vituallas, enseres, combustibles y otros objetos para armamentos de la navegación* (núm. 15 del art. 3.º); *los viajes marítimos* (núm. 16, art. 3.º); *el enrolamiento de personas al servicio de los buques de comercio y los contratos sobre el salario y estipendio de la tripulación* (núm. 17, art. 3.º); *los fletes, préstamos a la gruesa y otros contratos relativos al comercio marítimo y a la navegación* (núm. 18 del artículo 3.º).

---

ocupen de las demás aplicaciones del *rapport* y su relación, especialmente, con el comercio bancario, y, en general, con todas las formas de especulación mercantil. Véase, especialmente, Vivante: *Trattato*, IV⁴, n. 1.707 y 1.708; Piccinelli: *Operazioni di borsa*, pág. 680.

(198) Véase, especialmente, Sraffa: *La cambiale e i non commercianti*, en *Arch. giur.*, 1897, pág. 137; Wagner: *Credito e banche*, en *Manuale di economia politica* de Schönberg *(Bibl. Econ.*, serie 3.ª, vol. XI, págs. 444 y 445. El carácter eminentemente comercial de la letra de cambio como instrumento de crédito aparece clarísimo en la exposición de Grünhut: *Wechselrecht*, Viena, 1897, I, § 3, págs. 10 y siguientes.

Si tenemos en cuenta que la mayor parte del comercio universal se hace por la vía marítima y que en todo tiempo ha servido y sirve la navegación al comercio, nos será fácil explicarnos el fundamento de estas disposiciones legales; es evidente, desde el punto de vista histórico, la relación entre el ejercicio de la navegación y el del comercio; durante mucho tiempo fueron comerciantes también armadores y capitanes, y no sólo atendían a armar y a hacer navegar los buques, sino que comerciaban en todos los países que visitaba la nave. Adquirían mercancías en un puerto y las revendían en otro, admitiendo encargos de vender, comprar y cambiar mercancías por cuenta ajena. Al advenir la navegación a vapor, creáronse líneas regulares y se separaron las dos funciones, decayendo la antigua relación entre la práctica del comercio y la navegación; todavía, sin embargo, ya que no el armador, el cargador es, por lo común, un comerciante que se sirve de la navegación para ejercer su comercio; y por eso todas las relaciones inherentes a la carga son todavía hoy accesorias de una actividad mercantil principal. Pero, en cambio, las relaciones inherentes al armamento de la nave no se consideran hoy conexas con otra actividad mercantil, y hay que reputarlas comerciales, no por causas de conexión o accesoriedad, sino por una razón intrínseca. Entre nosotros, como en otros muchos casos, no se ha consumado la evolución de la industrial naval, y cuanto se relaciona con la navegación se considera como un todo, sin distinguir entre las que su carácter comercial deriva de su intrínseca naturaleza de aquellas otras que proceden de una relación de accesoriedad, y en vez de reputar mercantiles por conexión las solas relaciones inherentes a la carga y comerciales por sí, porque constituyen *empresa*, las relaciones inherentes al armamento, continúan aglomerándose unas y otras en una serie de actos mercantiles por conexión (199).

i) Por último, una causa de conexión explica la comerciabilidad de los depósitos en los *almacenes generales* y de *todas las operaciones sobre el certificado de depósito* y *documentos pignoraticios* librados por ellos (núm. 24, art. 3.º).

Aquí no se toman en cuenta todas las relaciones inherentes a los

---

(199) La conexión con la actividad mercantil como fundamento de la comerciabilidad de los actos inherentes a la navegación la reconoce Vivante cuando *(Trattato*, I⁵, n. 79) dice que la nave «es cosa que imprime carácter mercantil a todas las obligaciones inherentes a su ejercicio». El buque es un objeto eminentemente mercantil, como instrumento potentísimo del tráfico.

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN
BIBLIOTECA FAC. DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES U. A. N. L.

almacenes; sólo las operaciones de depósito y las relativas a los títulos que expiden los almacenes a causa de esos depósitos; no cabe duda que, en su *función normal*, el depósito en los almacenes generales facilita el tráfico de mercancías, puesto que los almacenes expiden títulos *(certificados de depósito)*, cuya cesión basta para transmitir la disponibilidad de las mercancías; sirven los certificados de depósito y documentos de prenda librados por los almacenes para facilitar el crédito durante la circulación de la mercancía y los anticipos sobre ella. Por lo general, el comerciante deposita en los almacenes mercancías adquiridas para especular; endosa el certificado de depósito que da derecho a la entrega pura y simple de la mercancía, y así la vende, acabando la especulación; de igual suerte el comerciante endosa el certificado de prenda, porque, no queriendo o no pudiendo vender la mercancía, pretende realizar, en parte al menos, el capital invertido mediante la obtención del anticipo sobre ella. Claro está que el depósito en los almacenes puede eventualmente servir para otras operaciones que no sean comerciales; pero son casos raros, que no le privan de la normal accesoriedad existente entre las varias operaciones anejas al depósito y la utilidad mercantil (200).

49. Distinta es la forma en que trata la ley los actos conexos con una actividad mercantil:

a) En los casos más sencillos exige la ley que se demuestre, caso por caso, la conexión; y esto sucede respecto a la mediación (núm. 22, art. 3.°), en que, a tenor de dicho precepto, se fija la comerciabilidad demostrando que se refiere a un asunto comercial; lo mismo ocurre con el depósito (núm. 23 del art. 3.°), en que hay que probar la causa de comercio; con la cuenta corriente y con el cheque (art. 6.°, apartado) en los no comerciantes, porque respecto a éstos se da la presunción del artículo 4.° y no hay que demostrar la causa comercial; en el seguro respecto al asegurado (principio del art. 6.°), que será comercial cuando se pruebe que la cosa a que se refiere constituye un objeto de comercio o un establecimiento mercantil; y, por último, en las simples compra y venta de participaciones o acciones sociales (núm. 5 del art. 3.°), en que hay que demostrar que pertenecen a una sociedad mercantil las participaciones o acciones.

b) Otras veces, y precisamente para la extensa clase de actos a que se refiere el artículo 4.°, la ley acude a quien tiene interés en de-

(200) Cons. Vivante, *Trattato*, I, n. 74 y 75, y, sobre todo, Bolaffio: *Comm.*, I, págs. 411 y 412.

mostrar la conexión y la presume, aunque admitiendo prueba en contrario; en cambio, estatuye que son mercantiles todos los actos realizados por los comerciantes, creando así una presunción de que cuantos actos ejecutan están relacionados con su actividad comercial, salvo prueba en contrario. Nótese, sin embargo, que la prueba en contrario de la no conexión no se admite ilimitadamente, sino sólo en los términos taxativamente indicados en el artículo 4.°; de modo que se trata, no de una presunción absoluta, sino relativa, contra la cual se da sólo cierta prueba. La presunción se refiere a todos los actos del comerciante; de modo que todos ellos, pertenezcan o no al ámbito ordinario de sus negocios, se presumen relacionados con su actividad mercantil. Para impugnar esta presunción no pueden aducirse sino dos pruebas, consistentes, o en que la conexión con el ejercicio mercantil lo rechaza la naturaleza misma del acto, o que *de las circunstancias mismas de éste* aparece probada esa exclusión; de modo que sólo probando cabe substraerse a la presunción del artículo 4.°

1.° La misma naturaleza del acto rechaza la conexión, o sea, que el acto es esencialmente civil; y en este sentido no es acto esencialmente civil la donación (201), porque se hacen donaciones por causas de comercio, como, por ejemplo, donación para *reclamo*, gratificación a los empleados de un establecimiento mercantil, etc.; tampoco son en este sentido actos esencialmente civiles los actos ilícitos, aun cuando no sea muy raro que el comercio degenere en actividad ilícita (202); de

(201) Cons. Manara, *op. cit.*, n. 53; Vivante: *Trattato*, I, n. 91; Ascoli: *Trattato delle donazioni*, pág. 249. En contra: Bolaffio: *Comm.*, n. 88; Navarrini: *Trattato*, n. 189. La constitución de renta vitalicia también es asimismo civil. Ap. Bolonia, 16 septiembre 1898 *(Legge*, 1899, I, 203); Cass. Roma, 30 mayo 1899 *(Foro ital.*, 1899, I, 1, 740).

(202) Tiempo atrás se discutió mucho este punto; prevaleció en la jurisprudencia el concepto de que la responsabilidad derivada de los actos ilícitos era esencialmente civil. El Tribunal de casación de Turín y el de Roma aunque con algunas vacilaciones, fallaron en tal sentido hasta hace pocos años; v. entre las últimas sentencias: Cass. Roma, ses. un., 14 marzo 1906 *(Giur. ital.*, 1906, I, 1, 409, con nota contraria); 14 enero 1912 *(Ivi*, 1912, I, 1, 593); 20 febrero 1914 *(Ivi*, 1914, I, 1, 394). Pero en los últimos años, estos dos Tribunales, como los demás de casación, abandonaron esa errónea doctrina. Entre las sentencias más recientes, véanse: Cass. Florencia, 5 mayo 1904 *(Giur. ital.*, 1904, I, 1, 487); Cass. Turín, 2 octubre 1907 *(Ivi*, 1908, I, 1, 91); Cass. Nápoles, 10 marzo 1908 *(Ivi*, 1908, I, 1, 424); Id., 21 marzo 1911 *(Ivi*, I, 1, 588); Cass. Turín, 30 diciembre 1911 *(Ivi*, 1912, I, 1, 221); Cass. Palermo, 10 marzo 1913 *(Circ. giur.*, 1913, 230); Cass. Turín, 31 octubre 1913 *(Giur. tor.*, 1913, 1.466);

BIBLIOTECA FAC. DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES U. A. N. L.

igual modo son siempre actos esencialmente civiles los contratos agrícolas, aunque alguna vez puedan relacionarse también con el ejercicio del comercio, como, por ejemplo, con empresas municipales, y el comercio de ganados (203); en suma, que civiles esencialmente no lo son sino aquellos cuya naturaleza misma rechaza el enlace con el comercio, tal cual ocurre con el testamento, el matrimonio y la adopción.

2.° Que las circunstancias mismas del acto excluyan la conexión con una actividad mercantil; quiere decir esto, sencillamente, que los elementos para impugnar la presunción pueden deducirse sólo del acto y no de hechos anteriores o posteriores, y que debe atenderse a la voluntad común de las personas participantes en dicho acto, y no a la secreta intención de una sola de ellas.

c) La ley, otras veces, no llega a elevar la conexión con una actividad comercial a requisito extrínseco legal de la comerciabilidad cuya existencia haya de probarse, bien directamente, bien con auxilio de presunciones, sino que toma la conexión a base de una declaración inmediata de comerciabilidad, como ocurre con el *rapport* (núm. 4 del art. 3.°); la *letra de cambio* (núm. 12 de idem) para las actividades distintas e inherentes a la *navegación* (núms. 14-18 de ídem); el *depósito* en los *almacenes generales* (núm. 24 de ídem). En todos estos actos la conexión con uno o más negocios comerciales es el *motivo* de la declaración legal de comerciabilidad, es la *hipótesis lógica* lo que constituye el fundamento de la norma jurídica que lo sujeta al imperio del Derecho mercantil. Podría aún hablarse de una *presunción juris et de jure* de conexión, porque, en substancia, hay esta clase de presunción siempre que la ley señala una norma a base de una condición de hecho, de existencia probable, y que reconoce prescindiendo de toda clase de prueba; pero nosotros preferimos huir de

Id., 26 septiembre 1914 *(Mon. trib.*, 1914, 821); Cass. Palermo, 13 octubre 1914 *(Foro ital.*, 1915, I, 232); Cass. Roma, 27 marzo 1916, 12 abril 1916, 17 julio 1916 *(Ivi*, 1916, I, 1, 527, 583 y 1.013); Id., 17 abril 1920 *(Ivi*, 1920, I, 1, 421); Cass. Nápoles, 14 abril 1921 (*Ivi*, 1921, I, 403); Cass. Palermo, 29 octubre 1921 *(Mon. trib.*, 1922, 946); Cass. Turín, 22 junio 1923 *(Foro ital.*, 1923, I, 1.135). Lo mismo dicen también: Cass. del Reino, 18 marzo 1925 *(Foro ital.*, 1925, I, 742).

(203) Consúltese, por último, Casación del Reino, 22 mayo 1925, inédita *(Repert. Foro ital.*, palabra *Atto di commercio*, n. 6); Cass. Roma, 19 febrero 1923 *(Giur. ital.*, 1923, I, 1, 264). Más particularmente para el arrendamiento de predios rústicos: Cass. Roma, 13 abril 1917 *(Riv. di Dir. comm.*, 1917, II, 535); Ap. Bolonia, 21 enero 1916 *(Ivi*, 1916, II, 479).

este concepto de presunción *juris et de jure*, sobre cuya exactitud técnica habría mucho que hablar.

50. Todo esto supuesto, nos creemos ahora en condiciones de fijar el concepto de acto mercantil y de clasificarlo.

En primer lugar, hemos de declarar resueltamente que existe un concepto del acto mercantil con arreglo al derecho positivo, no obstante predominar la doctrina contraria: la negativa a que por costumbre se llega obedece a no haber profundizado suficientemente en los motivos *intrínsecos* que determinaron la comercialización de cada uno de los actos enumerados en los arts. 3.° y 6.° del Código de comercio, y a haberse atenido a consideraciones del aspecto *extrínseco* del proceso histórico que le precedió. Pero, en realidad, la observación más superficial debía bastar a persuadirnos de la falacia de esta conclusión negativa y a la progresiva generalización que se realiza mediante la extensión analógica, siempre con posibilidad de elevarse a los principios generales comunes a un grupo de preceptos jurídicos.

En segundo lugar, debemos también afirmar que el concepto del acto mercantil hay que deducirlo, no ya *a priori* de criterios económicos más o menos vagos, sino *a posteriori* del examen de la legislación positiva; el concepto que queremos exponer es un concepto de *derecho positivo;* no deseamos saber lo que sea en sí el acto mercantil, sino cuál es el concepto que de él se forja la legislación italiana, y por ello estimamos infructuosas, por defecto mismo del método empleado, cuantas tentativas han hecho los mercantilistas para llegar a una determinación aprioristica del acto mercantil, con auxilio de criterios inducidos de la Economía política.

El análisis del sistema jurídico positivo nos ha llevado a afirmar que la ley ha señalado como comerciales una serie de actividades a base de *dos* criterios: uno *intrínseco*, inherente a la *naturaleza* misma y a la *función económica característica* de la operación; y otro *extrínseco*, inducido de la relación de *conexión* en que una actividad que carece por sí misma de función económica característica se entronca con una actividad intrínsecamente comercial; y claro está que la noción *substancial* del acto mercantil, según el Código, no puede obtenerse sino de los actos intrínsecamente comerciales.

Hemos visto que el concepto común de compra, en las cuatro categorías de actos intrínsecamente comerciales, en la *compra para revender y reventa sucesiva*, en las *operaciones de banca*, en la *empresa*, en la *asunción de seguros*, es el concepto de *cambio indirecto o mediato, la interposición en la realización del cambio*. En la

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN
BIBLIOTECA FAC. DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES U. A. N. L.

compra para revender y reventa sucesiva hay un cambio mediato de *mercancía, título de crédito* o *bienes inmuebles* contra otros bienes económicos, el cual comúnmente es metálico. En las operaciones de banca, cambio mediato de *dinero presente por dinero futuro* y dinero contra dinero a *crédito;* en la empresa, cambio mediato de los productos del *trabajo* por otros bienes económicos, especialmente por dinero; en el seguro, cambio mediato de un riesgo individual por una *parte proporcional de un riesgo colectivo*. Todo acto mercantil perteneciente a una de estas cuatro categorías es un acto en que se practica un *cambio indirecto*, o por *persona interpuesta*, una función de *interposición* en el cambio. Los objetos de cambio son varios: mercancías, títulos, bienes inmuebles, dinero a crédito, productos del trabajo, riesgos; las formas de cambio son diversas, pero el fenómeno de *cambio por persona interpuesta* se halla en las cuatro categorías de actos que la ley tiene presentes.

Remontándonos ahora, mediante el procedimiento de ampliación analógica, desde los cuatro principios relativos a las cuatro categorías de actos que acabamos de citar, y al principio general dominante en todas, podemos fijar el concepto del acto *intrínsecamente mercantil*, según nuestro derecho positivo; para el cual, por consiguiente, constituye un *acto mercantil por sí* todo aquel *en que se ejecuta* un cambio indirecto, o, lo que es lo mismo, *todo acto de interposición en el cambio*, sea cual sea el objeto y la forma de ese cambio.

La finalidad de *especulación* o *lucro* no es de esencia para el acto de comercio; cierto que, por lo común, el que media para realizar un cambio indirecto no quiere inútilmente arriesgar su actividad y su capital, y tratará de obtener un beneficio, pero, en orden a nuestro derecho positivo, no se requiere la finalidad de ganancia. La evolución social y económica ha dado a esta función intermediaria otros fines distintos que los de lucro. Esta función la ejercitan hoy tanto el Estado como otros entes públicos, en interés a la colectividad, y aun la practican entes que fundan los interesados mismos en el cambio para excluir el lucro del intermediario; a veces la practican los particulares, las corporaciones públicas, para fines de beneficencia; y nuestra legislación, reconociendo plenamente la importancia de esta evolución, reconoce que pueden ejecutar actos de comercio el Estado, la Provincia, el Municipio y otras corporaciones públicas, extrañas, indudablemente, al fin del lucro (art. 7.º), y ha declarado mercantil (núms. 19 y 20 del art. 3.º y art. 239) el seguro mutuo, en que la entidad aseguradora trabaja en beneficio de los mismos asegurados, y, en general reputa mercantiles las sociedades cooperativas todas cuyo fin sea la

realización de un acto de comercio (art. 219), porque las sociedades cooperativas se proponen precisamente excluir, no la función intermediaria, que es la que ellos mismos ejercitan, sino el lucro del intermediario. Además, el silencio del Código acerca de la especulación o del lucro al hablar de aquellos actos de comercio, salvo el de inmuebles (núm. 3, art. 3.º), confirma que, en principio al menos, la finalidad de realizar un beneficio o lucro no es un requisito esencial del acto de comercio (204).

Este concepto que hemos expuesto del acto intrínsecamente comercial, ¿responde al concepto de comercio según la Economía política? Sólo parcialmente. Para la ciencia económica, el comercio es aquella rama de la producción económica que aumenta el valor de los productos al interponerse entre los productores y consumidores para facilitar el cambio de mercancías. De modo que el comercio, en sentido económico, atiende más bien a las mercancías. Por el contrario, según el Código, el acto de comercio comprende todo acto de interposición, sea cualquiera el objeto de cambio: mercancías, títulos, predios rústicos y urbanos, metálico, trabajo, riesgos. Desde el punto de vista económico, además, como el comercio es un ramo de la producción, su ejercicio implica la reunión de factores varios de ella, y constituye una *empresa*, que habrá, por tanto, de procurar al empresario una remuneración *(beneficio)*. En cambio, hemos visto que nuestro Derecho mercantil concibe el comercio aún sin beneficios, no sólo en el caso de empresa cooperativa, sino en general.

En resumen, que, según el Código, el concepto del acto de comercio es *más amplio* que el concepto económico del comercio, pero éste es el que constituye el núcleo fundamental. Económicamente, el comercio consiste en una mediación en el cambio, y jurídicamente el acto de comercio es un acto de interposición en el cambio, sólo que este concepto de interposición lo *amplía* el Derecho a otras formas de mediación y a otras clases de cambio que las conocidas y estudiadas por la ciencia económica.

A mi juicio, la diferencia meramente *cuantitativa* entre el contenido de los dos conceptos, económico y jurídico, del comercio, depende sólo de que el Derecho ha sabido aprehender, antes que la ciencia económica, la progresiva evolución de ese fenómeno social comercio, y, en realidad, junto al comercio tradicional de los productos brutos y manufacturados, otras formas y otros tipos de actividad comercial se han ido desarrollando y agregándose poco a poco: el comercio de títulos,

(204) Véase Vivante: *Trattato*, 15, n. 34.

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN
DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS
BIBLIOTECA FAC. DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES U. A. N. L.

el de predios urbanos y rústicos, el del crédito, el de trabajo y el de riesgos. Y junto con la actividad mercantil de índole profesional, esto es, sistemática y especuladora, de una clase limitada de personas, los comerciantes, ha ido desarrollándose una actividad mercantil no profesional. sino ocasional, por una multitud de personas que, sin hacer del comercio una ocupación sistemática, realizan una especulación comercial cuando la ocasión se presenta; y todavia más se ha ido desarrollando la actividad de los mismos interesados en el cambio, que, mediante sociedades cooperativas, han concentrado la función intermediaria para privar, en su propio provecho, de beneficios al intermediario; se ha ido desarrollando también la actividad del Estado y de otras entidades de carácter público, que, gracias a la *estatización* y *municipalización*, han ido asumiendo, a veces con exceso, la función mediadora peculiar del comercio en beneficio de la colectividad. Como hemos demostrado suficientemente más arriba (205), el comercio se ha ido infiltrando extensamente en la vida social entera, y su campo de acción, lo mismo respecto a las cosas que en cuanto a las personas, se ha ampliado enormemente; y a esta más vasta y moderna comprensión del fenómeno económico corresponde el concepto del comercio en el derecho positivo.

51. La *clasificación* de los actos mercantiles puede hacerse ahora con la mayor facilidad, con arreglo a un criterio *substancial*, esto es, a base del *fundamento* distinto de la comerciabilidad de los varios actos que toma en consideración la ley, y al *modo* distinto con que la declara.

La distribución de los actos mercantiles, que brota espontánea de nuestro análisis, consiste en *actos mercantiles por su naturaleza intrinseca* y *actos mercantiles por conexión;* así, hemos visto que algunos actos la ley los considera comerciales, porque practican de un modo *unívoco* y *característico* la interposición en el cambio, en tanto que otros los califica de comerciales, aun cuando por sí no desempeñen una función económica característica, en cuanto son *conexos* con una operación de interposición. Evidentemente, en todo cambio mediato hay una serie de operaciones características concatenadas entre sí, y que todas juntas constituyen la interposición en el cambio; esto ocurre en el cambio mediato de mercaderías. de títulos de crédito o bienes inmuebles, en que la interposición la constituye un acto de adquisición realizado con el fin de enajenarla después y por la enajenación que se

(205) Véase más atrás, núm. 12.

sigue a este acto adquisitivo; así también la operación de banca de un acto en que se toma dinero a crédito con la intención de darlo a su vez a crédito también, y por un acto sucesivo en que ese dinero, recibido a crédito, se entrega a crédito también lo mismo ocurre en la empresa cuya interposición consta de los actos varios indispensables para reclutar, organizar y dirigir el trabajo, para obtener un determinado producto o servicio enajenable o prestable, y de los actos sucesivos con que el producto se enajena o presta el servicio; otro tanto ocurre con el seguro, en el que la interposición consiste en todos los actos necesarios para concentrar el riesgo, recluta y elección de los asegurados, liquidación y pago de las cantidades aseguradas y de los actos necesarios para distribuir los riesgos, formular tarifas, recaudar las primas y administrar los fondos reunidos. Pero junto a estos actos *constitutivos* de intermediación, hay otros que *sirven* a la intermediación; estos actos en sí son económicamente neutros o equívocos, porque pueden servir para varios fines; pero cuando se emplean para facilitar una operación de interposición en el cambio, se *injertan*. digámoslo así, a ella, y asumen carácter mercantil a causa de *conexión*.

Algo hay de verdad, por consiguiente, en la doctrina comúnmente seguida en Francia (206) y mantenida por autoridades en Italia también (207), que reconoce la existencia de la clase de actos mercantiles *accesorios*, aun cuando tal como se ha formulado en Francia y en Italia no es aceptable esa teoria de los actos accesorios; para los escritores franceses son actos mercantiles accesorios únicamente aquellos de que se ocupa el artículo 4.° del Código de comercio italiano, o sean, los que realiza el comerciante y se refieren a su industria mercantil. Semejante opinión es harto limitada, porque, como hemos visto, hay otras muchas clases de actos que se califican de mercantiles por su relación con una actividad comercial; para los italianos que siguen esa opinión de acto de comercio accesorio no hay, como en la doctrina francesa, *dos* clases de actos mercantiles: los del artículo 3.° *(principales)* y los del artículo 4.° *(accesorios)*, sino que habria *tres:* los del artículo 4.° *(subjetivos)*, gran parte de los del artículo 3.° *(objetivos)* y una tercera clase que habrá de agregarse a las ya conocidas de actos *accesorios* (208).

(206) Véase Lyon Caen y Renault: *Traité*, 1.ª, págs. 183 y siguientes; Thaller y Percerou: *Traité élém.*, núm. 60.

(207) Véase especialmente Bolaffio, cuya amplia exposición se leerá siempre con provecho (*Comm.*, I, págs. 136 y siguientes y *passim*); Abello: *Degli atti accessori di commercio*, en *Scritti in onore di Chironi*, Turín, 1915.

(208) Bolaffio, recientemente (véase más adelante), ha llevado a las úl-

BIBLIOTECA FAC. DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES U. A. N. L.

Ahora bien; precisamente en esta división tripartita consiste el error de la doctrina, porque, al llevar la clase de acto mercantil accesorio *junto* a las dos categorías de actos objetivo y subjetivo, se clasifican los actos mercantiles a base de dos criterios distintos que funcionan *simultáneamente*.

La distinción entre acto objetivo y subjetivo, incompleta, como hemos visto, se funda en la *profesión de la persona* que realiza el acto; en cambio, el grupo de actos mercantiles accesorios presupone una distinción fundada en un criterio harto distinto y más substancial: el de la *intrínseca naturaleza económica* del acto; conservando, por tanto, la distinción basada en el primer criterio, es imposible, lógicamente, agregar a ella una tercera categoría de actos referente a otra distinción, a que hay que oponer el que incurra en el error manifiesto de dar vida a algo perfectamente superfluo con esa clase de actos accesorios, porque, dado el criterio clasificador dominante hasta ahora, los actos mercantiles objetivos y subjetivos agotan la serie entera de los actos mercantiles y no queda espacio para los actos accesorios (209). Unicamente puede hablarse en oposición de los actos *intrinsecamente mercantiles*, de una clase de actos comerciales a causa de accesoriedad o, para más exactitud, de *conexión*, si prescindimos de la distinción incompleta de actos de comercio objetivos y subjetivos.

Con nuestra opinión antes sustentada, se destruyen fácilmente cuantas objeciones se hicieron a la clase de actos accesorios (210).

Se dijo, en efecto, que con la doctrina de la accesoriedad se califican de actos accesorios actos autónomos, como el seguro, la cuenta corriente, la cesión, el cheque bancario.

Pero este reparo se funda en un equívoco respecto al concepto de *accesoriedad;* ésta se refiere a la accesoriedad *jurídica*, y considera accesorios únicamente los actos que no se sostienen sin un acto principal; en cambio, nosotros hablamos de la *accesoriedad económica* de *comercialidad accesoria*, y reputamos actos comerciales accesorios, o, mejor dicho, *por conexión*, aquellos que por su índole económica pueden servir a una actividad cualquiera, cuando se les hacer servir a una actividad mercantil.

Después se dijo que, en realidad, los actos llamados accesorios son actos de comercio objetivo, reparo fundado por quien reconoce la coexistencia de dos clases tradicionales junto a la de los actos accesorios; pero no tiene valor para nosotros, que hemos demostrado su imperfección y rechazado la distinción tradicional, y, por tanto, podemos proceder con entera libertad a una agrupación más racional de los distintos actos mercantiles.

Por último, se dijo que por sí solos jamás pueden los actos accesorios crear un ejercicio comercial, y, por tanto, jamás pueden crear un comerciante; pero carece de fundamento esta crítica. Desde luego, no es necesario que todos los actos de comercio lleven a la creación del comerciante; al declarar mercantil un acto, la ley se propone regularlo por el derecho comercial y ya es bastante este resultado importante para clasificar un acto como mercantil. La otra función de crear un ejercicio comercial sólo pertenece a los actos característicos y unívocamente comerciales, es decir, a los actos mercantiles con arreglo a su naturaleza intrínseca; nosotros en esto somos lógicos, aun desde este punto de vista, cuando reconocemos dos clases de actos mercantiles: la de los *constitutivos* de comercio que motivan el ejercicio profesional y la de los actos *conexos* inadecuados a tal objeto.

No es lógica la doctrina dominante cuando critica la clase de actos accesorios porque no crean el comerciante, para luego crear una categoría: la de acto objetivo, que comprende una cantidad de ellos, como la letra de cambio, la compra de acciones de sociedadas mercantiles, los contratos marítimos, el depósito en los almacenes generales, que no dan vida a un ejercicio profesional.

Finalmente, dividimos los actos mercantiles en dos grandes clases:

a) *Actos mercantiles según su naturaleza intrínseca*, o *actos mercantiles constitutivos.*

b) *Actos mercantiles por conexión*, o también *actos mercantiles accesorios.*

---

timas consecuencias el sistema que injerta la distinción entre el acto *principal* (*fundamental, constitutivo*) y acto *accesorio* (*conexo, dependiente*) en la de actos *objetivos* y *subjetivos* y agrega una cuatripartición de los actos mercantiles, distinguiendo *actos de comercio objetivos principales; actos de comercio objetivos accesorios; actos de comercio subjetivos principales* (artículo 4.º); *actos de comercio subjetivos accesorios.* Véase sobre esta distinción Vivante: *Trattato*, núm. 32, cuya crítica es certera, toda vez que las dos clasificaciones, partiendo de criterios substancialmente distintos, son inconciliables entre sí. Efectivamente, los actos sedicentes subjetivos son, en realidad, accesorios como hemos visto, y un acto mercantil subjetivo principal es una contradicción. Bolaffio, que con tanta firmeza ha defendido la clase de actos accesorios, no ha advertido que su doctrina no podía resistir sino abandonando completamente la distinción tradicional, aunque equívoca e insuficiente, de actos objetivos y subjetivos. En tanto que confíe en la distinción tradicional no logrará huir de la contradicción señalada en el texto.

(209) Vivante: *Trattato*, I⁵, núm. 32.

(210) Especialmente por Vivante, *op.* y *loc. cit.*

BIBLIOTECA FAC. DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES U. A. N. L.

Los actos mercantiles constitutivos constan de cuatro grupos:

α) *Actos de interposición en el cambio de mercancías, títulos, predios rústicos y urbanos* (compra para revender y reventa sucesiva) (Código de comercio, núms. 1, 2 y 3 del art. 3.º)

β) *Actos de interposición en el cambio de dinero contra dinero a crédito* (operaciones de banca) (núm. 11 del art. 3.º)

γ) *Actos de interposición en el cambio del trabajo* (empresa) (números 6, 7, 8, 9, 10, 13 y 21 del art. 3.º)

δ) *Actos de interposición en el cambio de riesgos* (seguros) (números 19 y 20 del art. 3.º)

Los actos mercantiles por conexión o accesorios comprenden tres grupos:

α) *Actos declarados inmediatamente mercantiles por la ley a virtud de su normal conexión con un negocio mercantil*, que se subdividen en cuatro grupos, o sean:

αα) *Rapport* (núm. 4 del art. 3.º)

ββ) *Operaciones cambiarias* (núm. 12 del art. 3.º)

γγ) *Actos inherentes a la navegación* (núms. 14, 15, 16, 17 y 18 del art. 3.º)

δδ) *Depósitos en los almacenes generales y operaciones inherentes a ellos* (núm. 24 del art. 3.º)

β) *Actos presuntos de conexión con una actividad mercantil:* o sean, todos los actos que realiza un comerciante (art. 4.º)

γ) *Actos en que hay que demostrar la conexión con un asunto mercantil.* La ley enumera varios de ellos: *compra y venta de participaciones o acciones* (núm. 5 del art. 3.º); *seguros de cosas respecto al asegurado* (princ. del art. 6.º); *operaciones de mediación* (núm. 22 del art. 3.º); *depósitos* (núm. 23 del art. 3.º); *cuenta corriente y cheque* (apartado del art. 6.º); *mandato* (art. 349); *comisión* (art. 380).

52. Y ahora ya podemos definir el acto mercantil según el Código, que es *todo acto que realiza o facilita la interposición en el cambio.*

De esta definición se deducen muchas consecuencias prácticas, y vamos a enumerar las más importantes:

1.ª Es acto de comercio toda actividad con la que se realiza una interposición en el cambio, sea cualquiera el fin que motiva la interposición y la persona que la realice, y cualquiera, asimismo, el objeto y la forma del cambio que se efectúe mediante la interposición. De aquí que haya actos de comercio, aun cuando esa interposición no persiga un lucro, sino un interés social o de beneficencia misma (211). También hay actos mercantiles, aunque la interposición la realice el Estado u otro ente público; y, por último, lo hay también, en el caso, hoy raro, pero que en la evolución del comercio puede surgir, de que el cambio habido mediante la interposición tenga por objeto cosa distinta o se produzca en forma diversa de las estudiadas en los cuatro casos típicos previstos por el Código de comercio.

2.ª Toda actividad, aunque no sea mercantil por sí, pero que esté relacionada con una actividad de esta clase y propenda a facilitarla, es comercial, aunque no esté comprendida expresamente en los casos previstos por la ley.

Aquí es inmensamente grande el ámbito de la extensión analógica; ciertamente que no pueden crearse presunciones de conexión, pero, allí donde se demuestre ésta, hay que reconocer su carácter mercantil; por tanto, serán comerciales, no sólo la compra y venta de participaciones y acciones de sociedades mercantiles, sino la compra y venta de un establecimiento comercial, y, en general, toda compra conexa con un negocio mercantil (212), no sólo la mediación en un asunto comercial, sino el depósito a causa del negocio de esta clase, de la cuenta corriente y el cheque; en el mismo supuesto, el mandato y la comisión para negocios mercantiles, sino también el arrendamiento, y

---

(211) Por eso declaro que la compra de mercancías para revenderlas constituye acto mercantil, aunque la haga el Estado sin propósito de lucro Ap. Palermo, 29 agosto 1919. (*Circ. giur,* 1920, 19); que igualmente es acto mercantil la compraventa de acciones de sociedades comerciales, aunque sin fin de lucro, sino para conseguir del director la renuncia del cargo propio: Ap. Bolonia, 20 febrero 1924 (*Mon. trib.*, 1924, 667); que es comercial la empresa de espectáculos públicos, organizados sin propósito de lucro, por el comité de un congreso gimnástico, y otros deportes: Ap. Brescia, 5 de septiembre 1923 (*Mon. trib.*, 1924, 789); Cass. Florencia, 28 noviembre 1907 (*Riv. di Diritto comm.*, 1908, 114); Cass. Turín, 26 mayo 1902 (*Giur. ital.*, 1902, I, 1, 804): Ap. Venecia, 4 agosto 1903 (*Monitore trib.*, 1903, 871). Discute la doctrina con motivo singularmente del acto del comercio fundamental, compra de mercancías para revenderlas (núm. 1 del art 3.º), en el que algunos ven como característica esencial el fin de especulación, aun cuando este pacto no lo mencione la ley más que en la compra de bienes inmuebles para revenderlos: Bolaffio: *Comm.*, núm. 24; Navarrini: *Trattato,* I, núm. 136. En el sentido del texto, Vivante: *Trattato*, I, 38; Thaller: *Traité élém.*, núm 21.

(212) Véase Cass. Turín, 24 abril 1920 (*Mon. trib.*, 1921, 107); 5 enero 1923 (*Giur. tor.*, 1923, 289).

BIBLIOTECA FAC. DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES, U. A. N. L.

aun la prenda y la cesión, la transacción, el mutuo (213), el comodato, hasta la donación a veces, cuando tenga una causa mercantil, es decir, que se relacione con una actividad comercial (214).

3.ª Cuando se quiere fijar la naturaleza intrínseca comercial de una actividad, no sólo para someterla al imperio del Derecho mercantil, sino para deducir la comerciabilidad accesoria de un acto relacionado con ella, hay que acudir al concepto del acto de comercio *constitutivo*, y, por ello, será comercial por conexión el acto encaminado a facilitar un acto mercantil constitutivo.

4.ª Los actos *ilícitos* mismos, cuando están relacionados con una actividad mercantil y, en razón de esta conexión, adquieren carácter de acto mercantil, y no sólo, como dice la doctrina dominante, cuando los realiza un comerciante, sino cuando se ejecutan en dependencia o con ocasión de un acto de comercio, por quien no lo sea; en el caso primero, por el carácter comercial del autor se presumirá, sin más ni más, la conexión; pero en el segundo habrá que probarla (215).

5.ª Determinar la comerciabilidad de un acto es *quaestio iuris*, y, por lo tanto, puede ser motivo de casación, y, *en todo caso*, siempre que se trata de un acto mercantil *constitutivo* o *fundamental* (categoría *a*), y cuando se trata de actos cuya conexión con una actividad mercantil esté reconocida en todo caso por la ley (grupo α de la clase *b*). En cambio, cuando se trata de actos cuya conexión sea *presunta* simplemente (grupo β de la categoría *b*), hay que demostrarlo en cada caso. El *problema de la conexión* con una actividad mercantil es una cuestión *de hecho* que queda cometida a la apreciación del Tribunal *a quo* (216).

6.ª El *carácter* y *forma* de la *cooperación* aparecen señalados sin más distinción cuando se halla fijado el *concepto* y la especie del acto mercantil (claro está que fundamental).

Así que el fenómeno de la cooperación es perfectamente paralelo al de comercio como lo entiende el Código. *Toda actividad intrínseca mercantil puede ejercitarse, bien en forma capitalista, bien cooperativa.* Se practica en forma *capitalista* cuando un tercero, extraño a las partes entre las cuales se realiza el cambio, asume la función intermediaria con fines de especulación o lucro; se practica en forma cooperativa cuando la función intermediaria la asume un grupo de personas *directamente interesadas en el cambio*, que *substituyen* al intermediario para apropiarse el lucro. Por consiguiente, el concepto de cooperación es un concepto jurídico al igual del de acto de comercio, y se determina con los mismos criterios que sirven para fijar el concepto del acto de comercio fundamental o constitutivo, de quien se deriva directamente (217).

Por tanto, así como hay cuatro categorías fundamentales de actos de comercio, esto es, cuatro tipos de actividad intermedia en el cambio, así existen cuatro tipos de cooperativas.

a) Al primer grupo de actos mercantiles fundamentales: intermediación en el cambio de mercancías, corresponde el tipo de *cooperativa de ventas* (si asumen los productores la función intermediaria), y la *cooperativa de consumo* si, como frecuentemente sucede, asumen esa función los consumidores.

---

(213) Para el mutuo, veánse, entre las más recientes sentencias: Cass. Florencia, 22 julio 1915 (*Giur. ital.*, 1915, I, 1, 909); Cass. Palermo, 21 mayo 1921 (*Ivi*, 1921, I, 1, 584); Cass. Turín, 19 julio 1921 (*Mon. trib.*, 1921, 627); Cass. Palermo, 1.º mayo 1923 (*Foro ital.*, 1923, I, 652); Id., 1.º marzo 1923 (*Ivi*, 1924, I, 271).

(214) Véase más atrás, página 190, texto y nota 200.

(215) Para el caso del acto ilícito que cometa un comerciante, véase más atrás, pág. 191, nota 202. Los que han planteado el problema de si también un acto ilícito, cometido por persona que no sea comerciante, puede motivar la obligación de resarcimiento, de carácter mercantil, reconocen que sí. Bolaffio: *Comm.*, pág. 523; Vivante, 4.ª ed., I, núm. 32, nota 6; Navarrini: *Trattato*, I, núm. 179. Véase sobre el caso Mortara y Azzariti, en *Codice di commercio comm.*, 5.ª ed., vol. X, núm. 33 bis. El elemento de la *conexión* con el comercio como elemento decisivo de la comerciabilidad del acto ilícito lo destaca bien Vivante, *Trattato*, 5.ª ed., I, núm. 88, si bien se refiere a los hechos ilícitos cometidos por el comerciante. «Dejando aparte el sentimentalismo, dícese, sin fundamento, que la responsabilidad por razón de culpa es extraña al comercio, cuando es precisamente inseparable del ejercicio mercantil, porque todos los que acometen trabajo pueden errar; y, por ello, conexo a ciertos negocios, como, por ejemplo, el de transportes, hay abierta siempre una cuenta y su correspondiente fondo especial de amortización.»

(216) Cass. Turín, 19 diciembre 1920 (*Giur. tor.*, 1921, 12). Son conformes, entre las más recientes sentencias: Cass. Florencia, 5 febrero 1920 (*Giur. ital.*, 1920, I, 1, 309); Cass. Turín, 14 julio 1908 (*Giur. tor.*, 1908, 234); Cass. Florencia, 24 julio 1902 (*Temi*, 1902, 687).

(217) Del concepto de acto mercantil, como acto de interposición en el cambio, se deduce asimismo, según el Código, el concepto de *cooperación;* ésta es también concepto jurídico, como lo es el acto de comercio; hay cooperación cuando la función mediadora en el cambio, peculiar del comercio en sentido jurídico, lo asumen las personas mismas entre quienes el cambio se realiza. Acerca del concepto de cooperación, v., entre los juristas, Sabbatini, en *Dir. comm.*, 1885, 617 y siguientes; *Relazione sulla riforma delle società cooperative*, Turín, 1897, y *Trattato di Dir. comm.*, II, 5.ª ed., Milán,

b) Al grupo segundo de actos mercantiles fundamentales (intermediación en el cambio de dinero a crédito, *operaciones de banca)* corresponden las *cooperativas de crédito* o Bancos populares y Cajas rurales (según asuma la estructura jurídica de anónima o colectiva), en las que se congregan los que disponen de dinero para entregarlo a crédito a los que necesitan de éste para ejercer la función intermediaria y adueñarse del lucro.

c) Al grupo tercero de actos mercantiles fundamentales (interposición en el cambio de trabajo, *empresa)* corresponden las *cooperativas de trabajo o de producción* que forman los trabajadores mismos unidos para organizar la producción y ofrecer los resultados de ella al público, desempeñando ellos mismos la función organizadora e intermedia de empresarios y apropiándose el lucro.

d) Al cuarto y último, de actos mercantiles fundamentales (interposición en las asociaciones de riesgos, *seguros)*, pertenecen las cooperativas de seguros o *aseguradoras mutuas*, en que, unidos los mismos asegurados para ejercer la función intermediaria de asegurador, se adueñan de los beneficios.

De un modo harto breve hemos hecho una lista de *algunas* de las consecuencias que se derivan del concepto por nosotros patrocinado del acto mercantil, y de nuestra clasificación de ellos; y sólo de algunas, porque el concepto es fecundísimo en resultados prácticos en el campo entero de la materia mercantil.

§ 15.—Materia comercial.

SUMARIO: 53. Determinación de la materia mercantil. Relación de los estados y condiciones de hecho que originan relaciones regladas por el Derecho mercantil. Condición o estado de comerciante. Persona física o ente mercantil. Disfrute de las cosas destinadas al comercio.—54. Relaciones que se derivan de actos o estados de hecho mercantiles. Relaciones unilaterales o bilaterales mercantiles.

1923, n. 642 y siguientes; Sacerdoti: *Le società cooperative e il Codice di commercio*, Padua, 1893; Manara: *Le società cooperative nel vigente Cod. di comm. italiano*, Turín, 1899, y *Trattato delle società*, I, Turín, 1902, n. 274 y siguientes; Bolaffio: *Società commerciali e società cooperative*, Venecia, 1900; Bonelli: *Società cooperative e Codice di commercio*, en *Dir. comm.*, 1899, 681 y siguientes; entre los economistas, Wollemborg: *La teorica della cooperazione*, en *Giornale degli Economisti*, 1887, págs. 127 y siguientes; Rabbeno: *Le società cooperative di produzione*, Milán, 1889; Pantaleoni: *Esame critico dei principî teorici della cooperazione*, en *Giornale Economisti*, 1898, págs. 202 y siguientes, 308 y siguientes, 404 y siguientes; Valenti: *L'associazione cooperativa*, en *Arch. giur.*, LXVI (1901), págs. 3 y siguientes, 255 y siguientes.

53. Dijimos que para el señalamiento de las relaciones a las que es aplicable el Derecho mercantil toma la ley como base el concepto del acto de comercio; lo que significa que la determinación del acto de comercio no es más que un medio para calificar de comercial las relaciones que de él se derivan, esto es, las que han de quedar sujetas a la ley mercantil, la ley acude al *acto* para fijar las *relaciones* que constituyen la materia de comercio; y así brota espontáneamente la duda de si éste es el único medio posible para fijar la comerciabilidad de una relación, o, en otros términos, si no hay más relaciones comerciales que las derivadas de un acto mercantil principal o accesorio. Pues bien: para convencernos de que hay relaciones sujetas a la ley mercantil, y, por consiguiente, comerciales, que no cabe estimar producto de un acto mercantil, basta abrir el Código de comercio. Todas las relaciones personales del comerciante, como, por ejemplo, el deber de llevar cierta clase de libros (arts. 21 y siguientes del Código), la obligación de presentar y anotar las capitulaciones matrimoniales (artículo 16), presentar y anotar la demanda de separación de bienes (artículo 19), son relaciones que regula el Derecho mercantil, y por ello constituyen materia de comercio; la capacidad de ejercer el comercio como una profesión (arts. 19 y siguientes), o de realizar actos sueltos de comercio (arts. 7.° y 14), está tambien regulada en el Derecho mercantil; la constitución, organización y extinción de las sociedades comerciales (arts. 76 y siguientes), originan relaciones reguladas por el Derecho mercantil; la posesión de títulos al portador (arts. 55 y 57) y de la letra de cambio (arts. 329 y 332); la propiedad y posesión de los buques (arts. 480 y siguientes); los derechos reales de los terceros en la quiebra (arts. 780 y siguientes, 802-803-804), están asimismo regidos por el Derecho mercantil y constituyen materia de comercio; y asimismo lo son todas aquellas que no cabe considerarlas producto de una actividad, sino que, por el contrario, derivan de un estado de hecho permanente, como, por ejemplo, las relaciones personales del comerciante, que se derivan de su condición o estado de tal; las relaciones internas de la sociedad son relaciones derivadas de la existencia del grupo social y no de una determinada actividad, porque sería absurdo o artificioso querer derivar todas las relaciones internas de la vida de una sociedad, que puede existir años y años, del acto constitutivo inicial; y también no se derivan evidentemente de un acto, sino de un

estado, de una condición, todas las relaciones reales regidas por el Derecho mercantil; es, por tanto, evidente, que existen otras fuentes de relaciones comerciales fuera de los actos de comercio, y existen condiciones o estados de hecho permanentes que engendran relaciones regladas por el Derecho mercantil.

¿Y cuáles son estos estados o condiciones de hecho? Cabe distinguir en ellas dos categorías:

a) La primera nos la procura la *condición o estado personal del comerciante:* desde este punto de vista, es considerable también la importancia jurídica del mismo, es decir, del profesional del comercio; y ese estado de comerciante, que en un tiempo facilitó el criterio para fijar la materia entera mercantil, aún hoy procura un criterio para señalar la comerciabilidad de un cierto número de relaciones; y hoy mismo constituyen materia mercantil las personalísimas relaciones del comerciante, es decir, las que atienden a su persona como tal; que no son muy numerosas, porque el comerciante individual, como persona física, está siempre en el Estado moderno bajo el imperio de la ley común, que regula el régimen de todos los ciudadanos, y por eso se reducen relativamente a pocas las relaciones especiales, por razón de su estado de comerciante. Pero respecto a la persona jurídica mercantil, esto es, a las sociedades comerciales, ocurre cosa muy distinta, porque motivan una cantidad de relaciones internas que pudiéramos decir corporativas, numerosas e importantes, tanto en ésta como en toda clase de asociación: relaciones específicas propias de la sociedad mercantil como persona jurídica, cuyo fin es el comercio, y que por ello caen por completo bajo el imperio del Derecho mercantil (218).

b) Otra clase de estado o condición motivadores de relaciones regidas por el Derecho mercantil nos la suministran las distintas formas de disfrute de los bienes del mundo exterior; disfrute que puede originarse por un acto de adquisición que nada tiene que ver con el comercio, que no es acto mercantil, y que, sin embargo, engendra relaciones regladas por este derecho. Si, por ejemplo, un particular hereda, o adquiere por otro conducto, títulos al portador para disfrutar pacíficamente los beneficios, o si hereda un establecimiento mercantil, y, para eximirse de cuidados o responsabilidades, lo entrega en arrendamiento y así evita convertirse en comerciante, el disfrute de los títulos y del establecimiento origina relaciones comerciales, no obstante no ser acto mercantil el acto adquisitivo de unos y otro.

(218) Adviértase aquí que la ley mercantil, no sólo atiende a la condición de entidades cuyo fin es el comercio, sino también a las condiciones de algunas otras que no lo tienen, tan sólo porque adoptan formas peculiares de las entidades mercantiles, como, por ejemplo, la sociedad civil, que reviste la de sociedad por acciones (art. 229); caso único de relaciones calificadas de mercantiles y regidas por el Derecho comercial exclusivamente por razón de forma.

Esto significa que estas relaciones son mercantiles, no porque dependan de una actividad comercial, *sino por la naturaleza especial de la cosa sobre la que recae el disfrute.* De igual suerte, el que hereda un inmueble o lo adquiere para habitarlo, y después ejercita el comercio sirviéndose del inmueble como almacén o tienda, realiza con ello un disfrute de la cosa que origina relaciones regidas por el Derecho mercantil, según veremos, y, sin embargo, no fué indudablemente mercantil el acto de que procede el disfrute; en este caso, el disfrute origina relaciones mercantiles por su naturaleza especial, es decir, *porque el disfrute adviene medio para una especulación comercial,* porque es un disfrute que se hace con fines comerciales. De todo esto surge la enorme diferencia existente entre estas dos clases de estado o condición de hecho que motivan relaciones reguladas por el Derecho mercantil. En tanto que el estado de comerciante es una condición de hecho, en cuya naturaleza intrínseca se basa el motivo de su comerciabilidad, el disfrute de un bien del mundo exterior es una condición de hecho cuya comerciabilidad deriva de una relación de conexión con una actividad mercantil. El estado de comerciante, persona física o jurídica, es, por lo tanto, un estado de hecho comercial por sí, un estado de hecho intrínsecamente comercial: el disfrute de una cosa del mundo exterior es comercial únicamente, o cuando la cosa sobre que recae está destinada normalmente al comercio, o cuando el disfrute se dirige a un fin comercial; en suma, que en uno y otro caso, aquella circunstancia de hecho es comercial por conexión.

Respecto a los estados y condiciones de hecho, se reproduce la distinción misma que describimos respecto a las actividades. Así como hay actos de comercio fundamentales, existe también una condición de hecho fundamentalmente mercantil, como lo es el estado o condición de comerciante; y como hay actos mercantiles por conexión o accesorios, así hay estados o condiciones de hecho comerciales por conexión o accesoriedad (219).

Puede decirse, para acabar, que la determinación de la actividad o

(219) Entre estas condiciones o estados de hecho mercantiles por conexión hay que incluir también ciertas condiciones o estados personales, aunque parcialmente regidos por el Derecho mercantil, precisamente por su

BIBLIOTECA FAC. DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES U. A. N. L.

de los estados de hecho comerciales no son sino un medio para llegar a aquélla, que es el verdadero fin a que propendemos, o sea, la determinación de las *relaciones* constituyentes de la materia de comercio; como resultado de toda la anterior investigación, podemos decir que *son comerciales*, o sea, están reguladas por el Derecho mercantil todas las relaciones que se derivan, o de un acto mercantil fundamental, o del estado de comerciante, y *todas las relaciones derivadas de un acto o de un hecho conexo con una actividad mercantil*.

En este sistema, el acto mercantil representa el *prius*, el concepto primordial; el acto mercantil basta por sí mismo para crear relaciones reguladas por el Derecho mercantil. En cambio, los estados o condiciones de hechos comerciales, y salvo el caso de sociedad civil que asuma la forma de sociedad por acciones, no se concibe sino refiriéndolo al concepto del acto mercantil. En nuestro Derecho no hay estado o condición calificada de mercantil por razón sólo de forma, salvo el caso citado de la sociedad, sino que ese calificativo depende únicamente de su referencia al comercio. Y el concepto legal de éste está únicamente en el del acto mercantil.

54. Las relaciones comerciales, cualquiera que sea la actividad o el estado de hecho de que se derivan, son relaciones sociales, o, lo que es lo mismo, relaciones humanas, y se dan, por lo tanto, siempre entre dos sujetos al menos, porque no se concibe un vínculo social unilateral; y tan cierto es esto respecto a aquellas relaciones regidas por el derecho que motiva los llamados derechos relativos o de obligaciones, como en aquellos otros que originan los llamados absolutos, esto es, los personales o reales; la diferencia consiste sólo en que en los derechos relativos las relaciones se dan entre personas individualmente determinadas, y en los absolutos, entre una persona y todos los demás miembros de la colectividad que se hallan obligados a respetar ese derecho. Y esto ocurre también con las relaciones mercantiles: hay algunas, y precisamente las que se derivan de un acto mercantil, que engendran relaciones con personas individualmente determinadas, es decir, crean derecho de obligaciones, y, en cambio, hay otras, las que se derivan del estado o condición de hecho, que las motivan con toda la colectividad, y, por consiguiente, originan derechos absolutos personales y reales.

Si bien cabe que ocurra, y así sucede normalmente, que una relación nacida de una actividad o de un estado de hecho reputado mercantil se ofrezca de un modo distinto respecto a las personas intervinientes, una relación única puede, para uno de los sujetos, ser producto de un estado o de una actividad mercantil, y para el otro, efecto de un estado o actividad no comercial, y así se comprende que ocurre en las relaciones derivadas de un estado o de una condición de hecho, porque se trata de una relación con la colectividad, en que cada uno de los coasociados figura como tal, y, por consiguiente, con una cualidad que excluye para él toda referencia al comercio; la relación es, por tanto, necesariamente unilateral comercial. Pero ocurre lo mismo también con las relaciones derivadas del acto de comercio; respecto a la relación derivada de la naturaleza del acto mercantil fundamental, explica por qué normalmente la relación derivada de él sea comercial para una parte sólo; el acto mercantil fundamental es expresión siempre de una actividad intermediaria, y, por consiguiente, de una actividad compleja, de una serie de cambios coordinados entre sí; y esa actividad se desenvuelve poniendo en contacto al intermediario con persona que trate de realizar un acto de cambio puro y simple, y para el cual el cambio no es mercantil; de esa suerte, el comerciante en mercaderías, al adquirir el producto, realiza un acto de cambio, que para él es la manifestación de una función intermediaria y, por tanto, mercantil; pero para el productor son actos que nada tienen que ver con la función intermediaria, e igualmente cuando el comerciante vende los productos al consumidor realiza un segundo acto de cambio, que es comercial para él, pero no para el consumidor; como el banquero cuando recoge de sus clientes el capital moneda, sobre todo con los depósitos, realiza un acto que es de intermediación para él, pero no para los clientes, y cuando entrega esos capitales en préstamo o descuento realiza un acto también comercial para él, pero que frecuentemente no tiene este carácter para los clientes; y lo mismo el empresario realiza un acto comercial cuando recluta y paga a los obreros, y un acto comercial sólo para él realiza cuando procura al público las cosas o los servicios producidos; y así, por último, el asegurador, cuando reúne asegurados, distribuye entre ellos los riesgos, asumiéndolos; cobra las primas, satisface las cantidades aseguradas, realiza actos que son de intermediación para él, pero no para los asegurados. Cierto que puede darse el caso también de que el acto sea de intermediación para todos los partícipes en él, y, por consiguiente, la relación comercial para ambas partes, como, por ejemplo, cuando el comerciante mayorista revende al detallista, cuando un Banco redescuenta a otro letras de cambio, cuando el empresario vende al comer-

conexión con esta clase de actividad; tal sucede con la profesión de *mediador* (arts 29 y sigs.), el estado del *ex comerciante* (art. 26, 690), la condición del *heredero de un comerciante* (art. 26, 690).

BIBLIOTECA FAC. DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES U. A. N. L.

ciante mercancías; pero son casos que pueden considerarse excepcionales frente a la enorme masa de aquellos en que el acto es mercantil únicamente para una persona y en que la relación es mercantil unilateralmente. Lo mismo puede decirse de los actos mercantiles por conexión; como lo ordinario es que la actividad mercantil fundamental origine relaciones comerciales unilaterales, así también, por lo común, la actividad conexa con una actividad mercantil origina actos comerciales unilaterales; de esta suerte, en todos los actos en que hay que probar la conexión hay un acto mercantil; si el acto principal es unilateral, lo será también el accesorio (220); el depósito será sólo comercial para la parte para quien represente la accesoriedad de una especulación mercantil. Acerca de los actos cuya conexión con una utilidad mercantil se presume *iuris tantum*, o sea, respecto a los actos de los comerciantes, no cabe duda de que la relación de ello derivada será siempre unilateralmente comercial; no ha lugar a distinguir únicamente respecto a aquéllos tan sólo en que la conexión con una actividad comercial la considera la ley como base de declaración de comerciabilidad, o bien, como usualmente se dice, la ley crea una presunción *iuris et de iure*; la declaración de la ley es absoluta, y comprende igualmente a todos aquellos participantes del acto; por eso la letra de cambio es acto de comercio, tanto para el librador como para el tomador.

En todos los casos en que nos encontramos frente a una relación que sea comercial por una parte y no lo sea por la otra (relación mercantil unilateral o mixta), aparece el problema de la ley que ha de regularla, porque es evidente que una sola relación no puede regularse sino por una sola ley, y no es posible, lógicamente, que la regule la ley civil por una parte y por otra la mercantil; ahora bien, ¿cuál ha de ser ésta? El Código italiano de 1865, en su art. 91, ordenaba que se aplicase la ley del demandado, o sea, que hacía depender la aplicación de la ley civil o mercantil de la situación procesal que asumía la persona para quien la relación era civil o mercantil; el art. 680 del Código albertino de 1842 (art. 680) facultaba para elegir la ley a la parte para quien la relación no era mercantil, y no hay necesidad de decir

(220) A veces, el acto conexo se convierte en mercantil bilateralmente porque para la otra parte es también un acto de comercio bien fundamental (como, por ejemplo, el seguro de cosas o de establecimientos mercantiles es acto fundamental para el asegurador), bien por conexión (ejemplo: la compra de acciones de una sociedad es mercantil para el comprador, y la venta correspondiente es mercantil para el vendedor).

lo defectuoso de ambos sistemas, que dejaban a la casualidad o a la voluntad la determinación de la ley aplicable.

El Código vigente, siguiendo el Código germánico de 1861 (párrafo 277), resuelve la cuestión radicalmente, y dice que, cuando el acto sea mercantil para una sola de las partes, «todos los contratantes quedan sujetos por esta causa a la ley mercantil»; esto equivale a que todas las relaciones mixtas constituyen ahora materia de comercio.

Sólo dos excepciones tiene el principio: el art. 54 dice textualmente: «Si un acto es mercantil para una sola de las partes en razón de ello, todos los contratantes quedan sujetos a la ley mercantil, *salvo las disposiciones relativas a la persona de los causantes y salvo disposiciones en contrario de la ley*».

La primera de las dos excepciones es sólo aparente, porque, en realidad, las relaciones que se refieren a la persona del comerciante a que alude la ley son relaciones que nada tienen que ver con el acto ejecutado por el comerciante, sino que depende de su estado y condición, y es natural, por ello, que se distinga entre las relaciones derivadas del estado de comerciante y aquellas procedentes de los actos que el mismo realiza, como asimismo es muy justo que las relaciones nacidas del estado de una de las personas participantes en un acto no puedan modificar el estado de la otra parte, y, por lo tanto, se comprende que las normas relativas al estado del comerciante (221), se apliquen únicamente a éste y no a quien no lo sea y ejecute un acto de comercio, y no únicamente si el acto motiva relaciones mixtas, como prevé el art. 54, sino también si dicho acto mercantil engendra relaciones comerciales bilaterales.

La otra excepción se refiere a «las disposiciones contrarias a la ley» (art. 54). Si nos atuviésemos a la dicción literal del artículo, parecería que hay casos en que la ley preceptúa que una misma relación debe regularse por la ley mercantil, para una parte, y por la ley civil, para la otra; absurdo que la ley no puede sancionar. Consiste la excepción en que, en algunos casos, la ley quiere que se aplique el Derecho civil a las relaciones mixtas, como, por ejemplo, hace el artículo 40 del Código de comercio respecto a las obligaciones mercantiles, cuyos codeudores se presumen solidarios; pura presunción inaplicable a los no comerciantes en aquellas convenciones que no constituyen acto mercantil para los mismos; eso quiere decir que, cuando una persona no comerciante se obliga mediante contrato o acto que no es comercial para él, la relación obligatoria derivada no

(221) Las hemos enumerado más atrás, págs. 202 y 203.

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ® DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

la regula la ley comercial, para lo cual se presumiría solidaria, sino la ley civil, que no establece esta presunción.

De suerte que, aparte de la excepción relativa a la persona del comerciante, que en realidad no es excepción, queda tan sólo la de los casos en que la ley misma señala la aplicación del Derecho civil.

Algunos han querido agregar otra a esta excepción (222), y han dicho que también hay que excluir, a tenor del artículo 54, las relaciones no contractuales, en que hay que aplicar siempre el Derecho civil; opinión que acaso pudiera encontrar fundamento en la dicción literal del dicho artículo, que habla precisamente de contratantes; pero no la creemos fundada. La literalidad no tiene gran importancia, porque la disposición del artículo 54 tiene alcance general, y no vale mucho más la alegación hecha de que, faltando un contrato, no puede obligársele a sufrir la ley comercial a quien se convierte en acreedor del comerciante; porque jamás puede depender de la voluntad de las partes la sumisión de un vínculo a la ley mercantil o a la ley civil. De suerte que nos parece que, sea cualquiera el origen de la relación, y, por consiguiente, no sólo cuando un acto no sea contractual, sino para un estado o condición de hecho, si es parcialmente mercantil, también por la ley mercantil debe regularse la relación; de otra suerte, llegaríamos al absurdo de sujetar a la ley civil, a veces, relaciones inherentes al estado de comerciante, que son, evidentemente, relaciones no contractuales (223)

(222) Vivante: *Trattato*, 4.ª ed., I, núm. 102; seguido por Navarrini, *Trattato*, I, núm. 118 *a)*.

(223) Cons Bolaffio: en *Riv. di Dir. comm.*, 1918, I, 669, y *Comm.*, 5.ª edición, II, núm. 253. El mismo Vivante, en la 5.ª ed. del *Tratatto*, I, número 96, reconoce que el alcance de lo dispuesto en el art. 54 no puede restringirse a los contratos

FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES BIBLIOTECA U. N. L.

LIBRO II

RELACIONES DE DERECHO MERCANTIL EN GENERAL

CAPITULO PRIMERO

Concepto, naturaleza y clases de las relaciones jurídico-mercantiles.

§ 16. — Relaciones jurídico-mercantiles (224).

Sumario: 55. Conceptos y elementos de las relaciones jurídicas en general y de las jurídico-mercantiles en particular. — 56. Clases de relaciones jurídico-mercantiles. Relaciones o derechos personales, relaciones o derechos reales y relaciones o derechos de obligación. — 57. Actos jurídicos mercantiles.

55. Hasta ahora, al hablar de materia mercantil, hemos tratado las relaciones reguladas por el Derecho comercial *como relaciones sociales:* nuestro fin, sin embargo, no ha sido exponer el régimen jurídi-

(224) *Bibliografía:* Sobre la teoría general de las relaciones jurídicas, la hay abundantísima. Consúltese, especialmente, Windscheid: *Diritto delle Pandette* (trad. ital. de Fadda y Bensa), Turín, 1902, vol. I, § 37 y siguientes; Neuner: *Wesen und Arten der Privatrechtsverhältnisse*, Kiel, 1866; Thon: *Rechtsnorm und subjektives Recht*, Weimar, 1878; Bierling: *Iuristische Principienlehre*, Freiburg, 1898, y *Zur Kritik der iuristischen Grundbegriffe*, Gotha, 1883; Jellinek: *System der subjektiven öffentlichen Rechte*, Tubinga, 1905; Del Vecchio: *Il concetto del Diritto*, Bolonia, 1912, págs. 95 y siguientes; Cicala: *Rapporto giuridico, Diritto subiettivo e pretesa*, Turín, 1909; Coviello, *Manuale di Diritto civile italiano*, 3.ª ed., Milán, 1924, § 7 y siguientes; De Ruggiero: *Istituzioni di Diritto civile*, 4.ª ed., Nápoles, 1926, I, § 21 y siguientes; Barassi: *Istituzioni di Dirito civile italiano*, Milán, 1914, § 13 y siguientes: Ferrara: *Trattato di Diritto civile italiano*, Roma, 1921, vol. I, págs. 295 y siguientes.

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ® DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

la regula la ley comercial, para lo cual se presumiría solidaria, sino la ley civil, que no establece esta presunción.

De suerte que, aparte de la excepción relativa a la persona del comerciante, que en realidad no es excepción, queda tan sólo la de los casos en que la ley misma señala la aplicación del Derecho civil.

Algunos han querido agregar otra a esta excepción (222), y han dicho que también hay que excluir, a tenor del artículo 54, las relaciones no contractuales, en que hay que aplicar siempre el Derecho civil; opinión que acaso pudiera encontrar fundamento en la dicción literal del dicho artículo, que habla precisamente de contratantes; pero no la creemos fundada. La literalidad no tiene gran importancia, porque la disposición del artículo 54 tiene alcance general, y no vale mucho más la alegación hecha de que, faltando un contrato, no puede obligársele a sufrir la ley comercial a quien se convierte en acreedor del comerciante; porque jamás puede depender de la voluntad de las partes la sumisión de un vínculo a la ley mercantil o a la ley civil. De suerte que nos parece que, sea cualquiera el origen de la relación, y, por consiguiente, no sólo cuando un acto no sea contractual, sino para un estado o condición de hecho, si es parcialmente mercantil, también por la ley mercantil debe regularse la relación; de otra suerte, llegaríamos al absurdo de sujetar a la ley civil, a veces, relaciones inherentes al estado de comerciante, que son, evidentemente, relaciones no contractuales (223)

(222) Vivante: *Trattato*, 4.ª ed., I, núm. 102; seguido por Navarrini, *Trattato*, I, núm. 118 *a)*.

(223) Cons Bolaffio: en *Riv. di Dir. comm.*, 1918, I, 669, y *Comm.*, 5.ª edición, II, núm. 253. El mismo Vivante, en la 5.ª ed. del *Tratatto*, I, número 96, reconoce que el alcance de lo dispuesto en el art. 54 no puede restringirse a los contratos

FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES BIBLIOTECA U. N. L.

LIBRO II

RELACIONES DE DERECHO MERCANTIL EN GENERAL

CAPITULO PRIMERO

Concepto, naturaleza y clases de las relaciones jurídico-mercantiles.

§ 16. — Relaciones jurídico-mercantiles (224).

Sumario: 55. Conceptos y elementos de las relaciones jurídicas en general y de las jurídico-mercantiles en particular. — 56. Clases de relaciones jurídico-mercantiles. Relaciones o derechos personales, relaciones o derechos reales y relaciones o derechos de obligación. — 57. Actos jurídicos mercantiles.

55. Hasta ahora, al hablar de materia mercantil, hemos tratado las relaciones reguladas por el Derecho comercial *como relaciones sociales:* nuestro fin, sin embargo, no ha sido exponer el régimen jurídi-

(224) *Bibliografía:* Sobre la teoría general de las relaciones jurídicas, la hay abundantísima. Consúltese, especialmente, Windscheid: *Diritto delle Pandette* (trad. ital. de Fadda y Bensa), Turín, 1902, vol. I, § 37 y siguientes; Neuner: *Wesen und Arten der Privatrechtsverhältnisse*, Kiel, 1866; Thon: *Rechtsnorm und subjektives Recht*, Weimar, 1878; Bierling: *Iuristische Principienlehre*, Freiburg, 1898, y *Zur Kritik der iuristischen Grundbegriffe*, Gotha, 1883; Jellinek: *System der subjektiven öffentlichen Rechte*, Tubinga, 1905; Del Vecchio: *Il concetto del Diritto*, Bolonia, 1912, págs. 95 y siguientes; Cicala: *Rapporto giuridico, Diritto subiettivo e pretesa*, Turín, 1909; Coviello, *Manuale di Diritto civile italiano*, 3.ª ed., Milán, 1924, § 7 y siguientes; De Ruggiero: *Istituzioni di Diritto civile*, 4.ª ed., Nápoles, 1926, I, § 21 y siguientes; Barassi: *Istituzioni di Dirito civile italiano*, Milán, 1914, § 13 y siguientes: Ferrara: *Trattato di Diritto civile italiano*, Roma, 1921, vol. I, págs. 295 y siguientes.

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ® DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

co de aquellas relaciones, sino delimitarlas; es decir, que no queríamos averiguar *cómo* se regulan estas relaciones, sino únicamente *qué* relaciones regula el Derecho mercantil; y terminado este estudio, vamos a entrar ahora en lo esencial de nuestro asunto, y ver cómo regula el Derecho mercantil las relaciones que hemos delimitado, y en este estudio nos hallamos, sobre todo, con una serie de preceptos aplicables a todas las relaciones mercantiles en general, y cuyo estudio forma el contenido de la parte general de nuestra ciencia; estudio en que las relaciones mercantiles serán consideradas como relaciones jurídicas, y por esto hablamos de *relaciones de Derecho mercantil* y *relaciones jurídico-mercantiles.*

La relación jurídico-mercantil puede definirse: *toda relación de la vida social, en cuanto se halla regulada por el Derecho mercantil y por ello adviene relación jurídica.*

Como toda relación jurídica (225), la mercantil tiene su estructura propia; es decir, que consta de ciertos elementos constitutivos; presupone, ante todo, unos sujetos intervinientes, los cuales han de ser dos, por lo menos; después consta de un contenido específico que forma la esencia; es decir, de un *derecho subjetivo*, correspondiente a uno de los sujetos, y de un *deber jurídico* correspondiente, que pesa sobre el otro sujeto. Como, además, la norma jurídica es esencialmente bilateral, la relación jurídica que de ella se deriva ha de ser también esencialmente bilateral y constar de una facultad de querer, reconocida a un sujeto, al que corresponde una necesidad de querer impuesta al otro; por último, la relación jurídica cabe que tenga eventualmente, asimismo, un objeto, o sea, que recaiga sobre una cosa del mundo exterior; y decimos eventualmente, porque no todas las relaciones jurídicas tienen un objeto, como sucede, por ejemplo, con los derechos de obligación; pero hay importantísimas clases de relaciones jurídicas que lo tienen, como, por ejemplo, los derechos reales, en que el conjunto de facultades atribuídas al sujeto activo implica el ejercicio de una facultad sobre un bien del mundo exterior, que así constituye el objeto del derecho. En esta clase de derechos, a primera vista, puede aparecer que falta la verdadera bilateralidad de la relación jurídica, porque el conjunto de facultades que constituye el derecho sobre una cosa del mundo exterior parece como que borra el otro elemento de

(225) Acerca de la teoría general de las relaciones jurídicas que invocamos aquí sintéticamente, véase la exposición resumen de las tendencias de la moderna doctrina, en Ferrara: *Trattato* cit., vol. I, págs. 295 y siguientes, y los autores arriba citados.

la relación, el obligado; pero, en realidad, como quiera que no se concibe una relación jurídica entre persona y cosa, hay que admitir también en esta clase de derecho la existencia de uno o más sujetos pasivos u obligados; la relación, así que discurre entre el derechohabiente y la colectividad entera es el sujeto pasivo donde figuran todos los coasociados (226).

En suma, que los límites de toda relación jurídica son tres, y tres, por tanto, los de las relaciones jurídico-mercantiles; en toda relación existen y son necesarios dos, que son los *sujetos*, entre los cuales corre la relación y el *derecho* con la *obligación* correspondiente, que constituye el contenido de la misma; sólo hay un elemento eventual insito en una categoría de relaciones, en las reales, como suelen llamarse, porque se concreta en disfrute de un bien del mundo exterior.

Hemos dicho que el vínculo jurídico no es más que la relación social, en tanto que la regula el derecho, y claro es, por consiguiente, que la mutación de un vínculo social en vínculo jurídico es obra exclusiva del mismo, y por eso el derecho, o sea, la norma jurídica, no se limita a reconocer las relaciones jurídicas, sino que las crea; no hay relación jurídica sin norma jurídica de la cual se derive.

Además, como quiera que la norma jurídica no crea de la nada las relaciones de esta clase, sino que lo que hace es transformar las relaciones sociales en jurídicas, su obra es a base de una situación de hecho ya existente, y he aquí por qué la ley crea las relaciones jurídicas enlazando a un cierto estado de hecho el nacimiento de la relación.

Puede decirse, por consiguiente, que el verdadero proceso del Derecho es el de unir efectos jurídicos a un determinado acto o a un determinado estado de hecho; y no sólo el nacimiento de la relación jurídica, sino su modificación y su extinción, se produce en cuanto la ley une a un determinado hecho estos efectos jurídicos; en general, puede decirse que el derecho objetivo jamás obra directa, sino indirecta-

(226) Sobre estos conceptos y sobre la distinción entre derechos reales y derechos de obligación, véanse: Windscheid: *Diritto delle Pandette*, I, § 18; y notas de Fadda y Bensa, citadas, págs. 545 y siguientes; Fuchs: *Das Wesen der Dinglichkeitsbegriff*, Berlín, 1889; Oertmann: *Der Dinglichkeitsbegriff*, en *Jahrbücher für die Dogm.*, 1892, 415; Neuner: *Wesen und, Arten*, ya citados, pág 9; Polacco: *Le obligazioni nel Diritto civile italiano*, 2.ª ed., 1915, págs. 22 y siguientes; Carnelutti: *Distinzione fra diritti reali e diritti di credito*, en *Studi di Dir. civ.*, 1916. pág. 243; Ferrara: *Trattato di Diritto civile*, vol. I, págs. 300 y 360, De Ruggiero: *Istituzioni di Diritto civile*, § 22, pág. 222.

mente, siempre, esto es, agregando efectos jurídicos a un determinado hecho. Así éste aparece como causa inmediata y la norma legal como causa mediata de los efectos jurídicos; los hechos de que dependen el nacimiento, modificación o extinción de las relaciones jurídicas se llaman efectos jurídicos.

En orden al Derecho mercantil hay que resolver dos problemas que se presentan.

56. El primero se refiere a las varias clases posibles de relaciones jurídico-mercantiles.

Según la clasificación más en boga, sabemos que en materia civil hay cuatro clases de relaciones jurídicas, que equivale a decir que son cuatro las categorías de derechos (227); existen relaciones jurídicas de la personalidad o derechos personales, entre los cuales están los derechos de familia; hay además relaciones reales, esto es, derechos reales; también existen relaciones de crédito, o sean, derechos de obligación, y, por último, relaciones de sucesión que originan los derechos hereditarios. En cambio, sólo se habla en el Derecho mercantil de una clase sola de relaciones jurídicas, o sea, relaciones de obligación, como si en el derecho que estudiamos no hubiera más que esta clase.

Y, sin embargo, si recordamos lo dicho con motivo de la materia mercantil, reconoceremos que en ésta hay también otras clases de relaciones jurídicas, y algunas muy importantes, como, por ejemplo, una clase importantísima de relaciones sociales reguladas por el Derecho mercantil, nacidas de la condición o estado de comerciante, y que, además, si bien hay relativamente pocas relaciones inherentes al estado de comerciante individual, reguladas por el Derecho mercantil, son importantísimas las corporativas de la persona colectiva comerciante, o sean, las sociedades mercantiles, que también regula esta clase de derecho Claro es, por consiguiente, que, además de las relaciones de obligación, hay otras relativas al estado de la persona individual o colectiva ejercientes del comercio, reguladas por el Derecho mercantil; y, por último, que también existen situaciones de hecho estables, consistentes en el disfrute de una cosa que disciplina el Derecho comercial; casos en que el disfrute asume carácter mercantil, ya por la naturaleza de la cosa en cuanto se destina al comercio, o por el

(227) Para la clasificación de los derechos acúdase a los tratados generales de Derecho civil; los más recientes italianos, como Ferrara: *Trattato*, vol. I, cap. IX, y especialmente págs. 359 y siguientes, y De Ruggiero: *Istituzioni de Diritto civile*, 4.ª ed., Nápoles, 1926, vol. I, pág. 211.

fin que da al disfrute el que lo realiza, y en esos casos, como el goce de ella adquiere carácter mercantil por razón de accesoriedad o conexión, el Derecho comercial regula las relaciones que se derivan de ella. En todos estos casos nos hallamos ante verdaderos derechos reales mercantiles, o sea, derechos reales creados por la ley comercial y regulados por la misma, y, por tanto, hay que disciplinar a medida de las leyes comerciales todos los derechos reales sobre las cosas destinadas normalmente al comercio, como el establecimiento *(azienda)* comercial, los buques, los títulos de crédito, bien sean nominativos, a la orden o al portador. Por ello se regulan conforme al Derecho mercantil los derechos reales sobre cosas que el propietario destina al ejercicio comercial: la propiedad y la posesión de los inmuebles dedicados al comercio, los bienes muebles objeto de especulación mercantil; y hay que reconocer la existencia de una propiedad, de una posesión, de derechos reales de garantía comerciales disciplinados de un modo especial por las leyes de esta clase, y, por lo tanto, admitir la existencia de una usucapión o prescripción adquisitiva mercantil al lado de la usucapión civil y otras.

Para concluir. Que, además de la tradicional categoría de obligaciones mercantiles, reconocemos la existencia de otras clases de relaciones comerciales y de otras dos categorías precisamente: relaciones personales o derechos de la personalidad, y relaciones reales o Derechos reales en materia mercantil; claro está que no puede hablarse de relaciones de sucesión mercantiles, porque la sucesión *mortis causa* es institución exclusivamente civil.

57. El segundo problema que nos interesa se refiere a la determinación de los hechos jurídicos como hechos jurídico mercantiles: ¿cuándo hay hecho jurídico mercantil? Podemos decir, en general, que todo hecho jurídico que motive el nacimiento, modificación o extinción de una relación jurídica comercial es hecho jurídico-mercantil. Con esto claro que no está resuelto aún el problema, porque nos falta indicar qué hechos son los que originan el nacimiento, modificación o extinción de una relación jurídico-mercantil. Pero de cuanto hemos expuesto anteriormente acerca de la materia de comercio se deduce que *son hechos jurídico-mercantiles los actos de comercio y los estados de hecho comerciales;* a este propósito conviene tener en cuenta que los actos mercantiles son actividades sencillas unas veces, otras complejas, y que, por tanto, el acto mercantil no siempre corresponde a un único hecho jurídico comercial, sino que frecuentemente, y estamos por decir que normalmente, motiva una serie de hechos jurídicos que

DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN

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

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.° 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 el 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.° 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 prohibe 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 la presunción en el caso de resolver sobre la capacidad de las partes 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; Giovene: *Ivi*, 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 repute 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 prohibe 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. VéaseSraffa: *Del mandato e della commisione*, 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.°, 3.° 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.° 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.° 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 accesoria, 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) Consúltese 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. Turín, 23 diciembre 1889 (*Dir. comm.*, 1890, 251).

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

ejerce el comercio en nombre ajeno no es comerciante, pero ello no constituye un elemento específico de la profesión mercantil, sino una consecuencia general de la representación; quien procede en nombre ajeno es, en realidad, un representante, y es principio general inherente al concepto de representación que todo cuanto crea el representante surta efectos jurídicos para la persona representada; lo de que, por consiguiente, la profesión mercantil ha de ejercerse en nombre propio es aplicable a toda clase de actividad jurídica, porque se trata de un principio general común a todos los actos realizados por representantes, y no de un elemento constitutivo especial de la profesion mercantil.

Háblase también de otro requisito: el de que se asuma una responsabilidad ilimitada (239), y, por tanto, que sólo será comerciante el que al ejercer el comercio la asuma. Pues bien; nos hallamos aquí, asimismo, ante un principio que nada tiene de especial para esta materia; según los arts. 1.948 y 1.949 del Código civil, todo el que se obliga responde con su patrimonio entero, es decir, asume responsabilidad ilimitada. Por otra parte, las excepciones que establece la ley misma al principio de responsabilidad ilimitada no impiden adquirir la cualidad de comerciante, y el ejemplo más señalado de responsabilidad personal *limitada* que hay en nuestro régimen jurídico corresponde a una clase de comerciantes, a los armadores (art. 491 del Código de comercio); lo que equivale a que la limitación de la responsabilidad no es obstáculo para adquirir carácter de comerciante, y aun cabe ir más lejos, sobre todo si recordamos que ese principio de responsabilidad limitada nació y se difundió, principalmente, merced al Derecho mercantil, y hasta podría decirse que los sujetos de derecho en quienes más amplia aplicación encuentra el principio de esa responsabilidad son los mismos comerciantes.

Nuestro derecho no exige requisito formal ni formalidad alguna para conferir esa cualidad, ese carácter de comerciante; es decir, que el ejercicio del comercio, y sólo él, es el que califica de tal. En otras legislaciones, como, por ejemplo, la alemana, además, se adquiere la cualidad legal de comerciante en virtud de inscripción en el Registro mercantil, o sea, que hay dos modalidades para ello: el ejercicio de una industria declarada mercantil por la ley o mediante la inscripción en el Registro de comerciantes (§ I y II), y hay, por tanto, en ese país, dos clases de industria mercantil: una *natural* y otra *mediante registro*, o sean, dos clases de comerciantes. Nada de esto ocurre en nuestro

(239) Bolaffio: *Comm.*, pág. 577; Navarrini: *Trattato*, n. 219.

Código, que reconoce sólo una clase de ellos: la de los que ejercen una industria comercial por sí; y aun cuando es cierto que la ley de 20 de marzo de 1910, núm. 121, relativa a las Cámaras de comercio (art. 53), así como la reciente ley de 25 de abril de 1926, núm. 731, y la de Consejos provinciales de Economía (art. 28), exigen, a quien ejerce el comercio o industria, que lo comunique así a la Cámara de comercio o al Consejo provincial de Economía para que lo inscriban en el Registro respectivo, y obligan a esas corporaciones a proceder de oficio a la inscripción de los que no la hayan solicitado (arts. 60 y 61 de la ley sobre Cámaras de comercio), esta inscripción en tal registro carece de influjo jurídico acerca de la determinación de tal cualidad, y el inscrito no por ello es comerciante (240), ni el que no lo está lo es por ese solo hecho (241), sino que, al contrario, puede muy bien declararse comerciante al no inscrito en el Registro, y no comerciante al que lo está; de suerte que la inscripción no implica presunción alguna jurídica de comerciabilidad, porque no hay otro camino para serlo entre nosotros que uno: el de ejercer el comercio. El valor de la inscripción en el registro está limitado a la posibilidad de constituir una presunción de mero hecho *(praesumptio hominis)*, o un indicio de que quien está inscrito ejerce el comercio, indicio por sí solo insuficiente cuando no le acompañan otros elementos de prueba, porque esta presunción *hominis* carece de valor, según el art. 1.334 del Código civil, salvo cuando sean múltiples, graves, precisas y concordantes.

Hay *personas físicas* y *personas jurídicas* comerciantes.

61. *A) Persona física.* Todos pueden ser comerciantes conforme a nuestro derecho positivo; desaparecieron del derecho moderno las antiguas prohibiciones y limitaciones para el ejercicio del mismo; cierto que subsisten todavía incompatibilidades en los funcionarios del Estado, notarios, procuradores (242), pero sólo tienen un reducido efecto; no impiden adquirir la calidad de comerciante; los infractores sólo están sujetos a sanciones disciplinarias.

(240) Consúltese Ap. Venecia, 8 febrero 1913 (*Cons. comm.*, 1913, 44).

(241) Consúltese Ap. Génova, 11 febrero 1924 (*Temi gen.*, 1924, 145); Ap. Roma, 13 noviembre 1913 (*Rass. comm.*, 1914, 79).

(242) Está prohibido el comercio a los cónsules (ley 28 mayo 1866, artículo 4.°), a los empleados civiles (Real decreto 30 diciembre 1923, n. 2.960, artículo 96), a los funcionarios judiciales y secretarios (ley orgánica judicial de 6 diciembre 1865, art. 14, hoy art. 15 del Real decreto 30 diciembre 1923, n. 2.786), a los abogados de la Hacienda (art. 9.° del texto único, aprobado

Para que la persona física o natural pueda ser comerciante, es necesario el efectivo ejercicio de la profesión mercantil: no es suficiente llamárselo y expresarlo así en el encabezamiento de la correspondencia, circulares, documentos públicos o privados, ni inscribirse en el Registro antes aludido; la intención de adquirir esa cualidad no basta, es preciso el hecho (243), por una razón muy sencilla: el estado de comerciante es una condición de vida transformada por el Derecho en un estado jurídico, y el hombre no puede obtener un estado o condición social mediante la simple declaración de voluntad; en el mundo moderno, en que la actividad del individuo es perfectamente libre y puede desenvolverse a su voluntad en los campos más distintos, el único elemento decisivo para colocar una persona en un determinado estado o condición social, es el hecho del ejercicio de una profesión determinada; la intención puede cambiar; sólo el hecho constituye un dato positivo e irrevocable.

62. *B) Persona jurídica.* Muy distinto a lo dicho respecto a la persona física es lo que hay que decir para la jurídica. Esta no necesita ejercer efectivamente la profesión mercantil: basta que se constituya con el fin de ejercitar profesionalmente el comercio, o sea, de modo estable y para realizar un lucro; así como para la persona física no basta la intención, para la jurídica es suficiente el fin; el motivo de la distinción es manifiesto, porque mientras el hombre halla en la vida multitud de fines que puede realizar de distintos modos y en todas las formas posibles de actividad, la persona jurídica nace para realizar uno determinado, y su actividad la marca y limita éste, que es, en otros términos, la ley fundamental e inmutable de vida de la persona jurídica. Compréndese, por tanto, que una persona jurídica sea comerciante por el hecho sólo de constituirse con el fin de ejercitar el comercio, y así lo reconoce implícitamente la ley, primero, en el art. 8.º del Código de comercio, al declarar comerciantes las sociedades mercantiles, y el artículo 76 del mismo, que preceptúa que la sociedad será mercantil cuando se constituya con objeto de practicar uno o más actos de comercio.

A la afirmación que acabamos de hacer de que en nuestro derecho positivo no se adquiere el carácter de comerciante sino a virtud del ejercicio del comercio, y no con el cumplimiento de formalidades extrínsecas, hemos de hacer una salvedad: la del artículo 229 del Código de comercio, respecto a la persona jurídica: dispone éste que la sociedad que no tenga por objeto el ejercicio del comercio, y, por lo tanto, las sociedades civiles, aunque se constituyan en forma de anónimas, quedan sujetas a las disposiciones del Código de comercio, salvo los preceptos relativos a la quiebra; de suerte que, en este caso, la forma de constitución basta para quedar sujeta, casi íntegramente, al régimen de las sociedades mercantiles; lo que quiere decir que, salvo la excepción de la quiebra, en todo lo demás, la sociedad civil en forma de anónima o por acciones se considera comerciante.

Hasta ahora hemos hablado de personas jurídicas mercantiles en general; apresurémonos a añadir que nuestro derecho positivo sólo conoce una clase de personas jurídicas mercantiles: la *sociedad comercial*. Esto no quiere decir que no haya otras que ejerciten el comercio; las hay, pero se trata de personas jurídicas que aunque lo ejerzan no adquieren jamás el carácter de comerciantes, o sea, de profesionales del comercio; y, por ello, no son entidades comerciales el Banco de Nápoles, el de Sicilia, el Monte dei Paschi, de Siena, ni las Cajas de Ahorro, Montes de Piedad, sociedades de socorros mutuos, Instituto Nacional de Seguros, aunque tengan una personalidad jurídica propia y distinta del Estado; todas ellas ejercen habitualmente el comercio, es decir, realizan una serie de operaciones comerciales; el Banco de Nápoles, el de Sicilia, el Monte dei Paschi, de Siena, son verdaderos bancos que reciben crédito y lo distribuyen; las Cajas de Ahorro son también bancos porque reciben el dinero de los depositantes y lo emplean entregándolo a su vez a credito; lo son el Monte de Piedad, toda vez que, cuando menos, recibe depósitos, y, como frecuentemente ocurre, realiza una serie de operaciones bancarias; y las Sociedades de socorros mutuos, las que están bien organizadas, son verdaderas empresas de seguros.

Pero, además, ninguna de estas entidades es comerciante por la razón sencilla de que para ellas el ejercicio de esta actividad es *medio*, no *fin;* lo ejercen con un objeto único que no es el de especulación o lucro, sino la utilidad pública; el Banco de Nápoles y el de Sicilia, por ejemplo, así como el Monte dei Paschi, tratan exclusivamente de difundir el crédito, y cuantos beneficios obtienen en el ejercicio de ese comercio se emplean, o en aumentar el capital propio, o en acrecer la

---

por Real decreto de 24 noviembre 1913, n. 1.303, modificado por el art. 3.º del Real decreto de 30 diciembre 1923, n. 2.828); además se prohibe a los abogados y procuradores (ley 25 marzo 1926, n. 453, art. 3.º), y a los notarios (ley 16 febrero 1913, n. 89, art. 2.º), etc.

(243) Consúltese Ap. Génova, 11 febrero 1924 (*Temi gen.*, 1924, 143); Cass. Nápoles, 29 julio 1919 (*Foro ital.*, 1919, 837); Ap. Génova, 23 junio 1916 (*Temi gen.*, 1916, 426); Ap. Palermo, 29 julio 1912 (*Foro sic.*, 1912, 412); Ap. Turín, 8 julio 1902 (*Giur. tor.*, 1902, 1.106).

eficacia de su acción en otras obras de utilidad general (244); las Cajas de Ahorros, acerca de las cuales se ha discutido tanto, aun cuando ejercen el comercio bancario, lo hacen como medio para difundir el ahorro y el crédito, y los beneficios los emplean en obras de utilidad general, como hace, por ejemplo, la benemérita Caja de Ahorros de las provincias lombardas, que desde su constitución ha invertido centenares de millones en obras de utilidad pública. Las Cajas de Ahorro, asimismo, tampoco pueden considerarse mercantiles, porque no tienen carácter privado, sino público (245); y lo mismo puede decirse de los Montes de Piedad, que si bien admiten depósitos, tienden constantemente a difundir el crédito entre los más desventurados; otro tanto ocurre con las sociedades de socorros mutuos, entidades de previsión social más que dirigidas a procurar beneficios económicos a los so-

(244) Cons. Fadda y Bensa: *Note al Windscheid*, I, pág. 802; Vivante, vol. II, n. 306. Las recientes disposiciones sobre los bancos de Nápoles y Sicilia (Real decreto-ley de 23 de julio de 1926, n. 1.298), que han dejado de ser instituciones emisoras a virtud del Real decreto de 6 de mayo de 1926, n. 812, confirman el carácter expuesto en el texto acerca de los bancos, que en el art. 1.° del Real decreto-ley de 23 de julio de 1926, se llaman: «Establecimientos de Crédito de Derecho público».

(245) Sobre este punto, se ha formado una copiosísima bibliografía. Sostienen que las Cajas de Ahorro corrientes, son o pueden ser, al menos, entes mercantiles: Bruschettini: *Le Casse di risparmio e il Codice di commercio*, en *Arch. giur.*, 1898, pág. 545 y sig.; Franchi: en *Annuario di dottrina, legislazione e giurisprudenza*, 1893, pág. 129 y sig., y en *Giur. ital.*, 1899, I, 2, 372; Pettini M.: *Perchè le Casse di risparmio debbono, secondo il diritto positivo italiano, considerarsi enti commerciali*, en *Giur. ital.*, 1904, IV, 54, y también *Ivi*, 1905, IV, 113, y 1908, IV, 1 y sigs.; Abello: *Della qualità di commerciante e delle Casse di risparmio ordinarie*, en *Diritto comm.*, 1918, I, 97 y sigs.; véase además: Vidari: *Corso*, vol. II, n. 671); Giorgi: *La dottrina delle persone giuridiche*, vol. V, pag. 475; Bolaffio: *Commento*, n. 109; Navarrini: *Trattato*, n. 242. Están, en cambio, conformes con lo expuesto arriba: Papa d'Amico: *Le Casse di risparmio sono enti commerciali?*, en *Dir. comm.*, 1895, página 797 y sigs.; Di Nola: *Le Casse di risparmio non sono enti commerciali*, en *Riv. di Dir. comm.*, 1906, II, 389. En el mismo sentido, Vivante: *Trattato*, n. 109; Sraffa: *Il fallimento delle società commerciali*, pág. 45; Bonelli: *Fallimento*, n. 21. Nuestra jurisprudencia es resueltamente de nuestra opinión, de que las Cajas de Ahorros son personas de índole civil (mejor dicho, pública); Cons. Cas. Palermo, 23 noviembre 1895 (*Giur. ital.*, 1896, I, 1, 278); Cas. Roma, 31 marzo 1903 (*Riv. di Dir. comm.*, 1904, II); Cas. Nápoles, 8 febrero 1906 (*Ivi*, 1906, II, 389); Cas. Turín, 25 septiembre 1907 (*Giur. ital.*, 1907, 1.060); Ap. Bolonia, 1 junio 1917 (*Ivi*, 1917, I, 1, 320), y, por último, Tribunal Superior del Reino, 11 de agosto 1924 (*Ivi*, 1924, I, 1, 849).

cios, y en éllo precisamente se distinguen de las sociedades de seguros. Trátase, pues, siempre de entidades que carecen de socios, o al menos, como en las de socorros mutuos, no se proponen ventajas directas para aquéllos, sino fines benéficos y de previsión social y que no entregan sus utilidades en provecho de los particulares; lo que supone la falta de toda cualidad profesional, porque profesión siempre es actividad directa a un fin de lucro particular o de especulación; y los entes públicos que tienen fines de pública utilidad, no pueden ejercer profesión alguna, y menos aún la de comerciante.

Muy importantes consecuencias se derivan de este principio: todas estas entidades, si bien por razón de sus actos están sujetas a las leyes mercantiles (art. 7.° del Código de comercio), jamás pueden ser comerciantes, y no pueden aplicárseles los preceptos del Derecho mercantil que atiende a la persona del comerciante y al estado jurídico de tal. De modo que, y esto es una consecuencia importantísima, aun cuando estas entidades caigan en insolvencia, no pueden ser declaradas en quiebra, como no pueden serlo tampoco las demás entidades de carácter público enumeradas en el artículo 7.°

SECCION II.—OBJETOS O COSAS

§ 19.—División de las cosas.

Sumario: 63. *A*) Cosas muebles e inmuebles.—64. *B*) Cosas simples y complejas. En particular «Universitates». El establecimiento (*azienda*) mercantil en particular; su concepto y naturaleza jurídica.—65. *C*) Cosas fungibles y no fungibles. Singularmente la moneda.—66. *D*) Cosas corporales e incorporales. En particular los signos distintivos.—67. Razón social.—68. Insignia.—69. Marca.—70. *E*) Cosas con valor en sí mismas y cosas que lo representan. Títulos de crédito: concepto y clases.

63. *A*) *Cosas muebles e inmuebles.*—Como hemos visto, y reconociendo de esta suerte la evolución realizada hacia tiempo en el mundo económico, el Código de comercio de 1882 ha incluído también las cosas inmuebles en el campo del Derecho mercantil; y, por lo tanto, en adelante, no ya las cosas muebles, sino las inmuebles, los predios urbanos y rústicos, pueden ser objeto de relaciones jurídico-mercantiles; sólo queda entre ellas una diferencia: la de que el Derecho mercantil regula mucho más las relaciones sobre cosas muebles que sobre las inmuebles; y puede decirse que nuestro Derecho rige

preferentemente la posesión y propiedad de cosas muebles en materia comercial, en tanto que la posesión y la propiedad de los inmuebles, aun cuando formen parte de la materia mercantil, su régimen predominante es el Derecho civil; de aquí que, aun en materia comercial, las transmisiones de propiedad de los bienes inmuebles hayan de hacerse en las formas rigurosas exigidas por el Derecho civil (246).

Y son susceptibles de relaciones de Derecho comercial, tanto las inmuebles por *naturaleza:* tierras, fábricas, árboles, sembrados, frutos no separados del suelo, manantiales, estanques, aguas corrientes, canales conductores de agua a un edificio o predio, molinos, baños, y todas las construcciones flotantes, cuando están unidas a las orillas o adscritas a una fábrica existente sobre las riberas (arts. 408-413 del Código civil); como las inmuebles por *destino,* esto es, las cosas que la ley considera inmuebles por su dependencia de éstas a cuyo uso están destinadas (arts. 413-415 del Código civil).

Los bienes muebles susceptibles de ser objeto de relaciones de Derecho mercantil son variadísimos: lo pueden ser tanto los productos del suelo, como los objetos manufacturados; y, en general, la cosa mueble que se destina al comercio, se llaman mercancía: una clase especial de cosas muebles, frecuentemente objeto de relaciones comerciales y distintas de las mercancías, son los *títulos de crédito,* documentos representativos de derechos, de que vamos a ocuparnos en breve.

Entre las cosas muebles merecedoras de mención especial están los buques, que tienen una grandísima importancia en el Derecho mercantil; la ley los considera como cosas muebles (art. 480 del Cód. de com.), y buque, en sentido legal, es toda construcción destinada a flotar en el mar o en aguas interiores, susceptible de navegar con sus medios propios, o en otra forma. Es grandísima la importancia de la nave en Derecho mercantil, no sólo porque una buena parte del comercio se hace por vía marítima o fluvial, sino porque el régimen de la propiedad de los buques lo regula el Derecho comercial de un modo tan particular, que la nave constituye una cosa mueble *sui generis,* y asimilada a los inmuebles en algunos respectos.

64. *B) Cosas simples y complejas, la «universitates» en particular, el establecimiento (azienda) mercantil.* Todas las cosas son producto necesariamente de varios elementos; pero éstos, al unirse, pueden perder su individualidad de tal suerte, que la cosa integrada por ellos se considere materialmente única, y en este caso se llama una cosa simple, como, por ejemplo, un trozo de metal que consta de varios pequeños trozos reunidos intimamente, un animal, una planta, una piedra. En cambio, cuando una cosa está compuesta de varios elementos con individualidad propia, en tal forma que, unidos, sirven para satisfacer una necesidad, pero que pueden, separados, satisfacer otras, existe una cosa compleja, como ocurre con el edificio, la nave, una joya.

(246) Consúltese sobre el particular: Mortara y Azzariti: *Comm. cit.,* n. 208; Vivante: *Trattato,* I, n. 51, y IV, n. 2.223; Navarrini: *Trattato,* I, n. 181 y 185; Magri: *Le materie comm.,* Bolonia, 1910, pág. 115.

Dos clases hay de cosas complejas: en una, los elementos que la integran están unidos materialmente, como, por ejemplo, el edificio, la nave; y otras, en que la unión es exclusivamente ideal, en el sentido de que se destinan a satisfacer una necesidad única, como, por ejemplo, un rebaño, un museo de cuadros, una biblioteca, etc.; se dice en el primer caso, que hay una cosa *compuesta,* y en el segundo, una *universalidad de cosas;* en la universalidad de cosas, como quiera que la unión la determina el fin, aun permaneciendo idéntico el todo, pueden variar los elementos particulares de él, o, en otros términos, la universalidad no cambia porque varien sus elementos, que se determinan, no individualmente, sino por el hecho de pertenecer al todo. Pueden ser objeto de relaciones jurídicas mercantiles todas las cosas simples o complejas, y una de las cosas más importantes es la universalidad, esto es, el *establecimiento (azienda) mercantil* (247).

Esta puede ser objeto de las más variadas relaciones, y el Derecho mercantil se ocupa de ella, ante todo, como objeto de derecho de propiedad del comerciante, porque éste, no sólo es dueño de cada cosa, en particular, de las que lo componen, sino, además, dueño del todo como tal, como conjunto que posee individualidad propia para fines jurídicos; y esto implica que se proteja la infracción del derecho del propietario a la integridad económica del establecimiento, cosa de

(247) *Bibliografía.* Fadda y Bensa: *Note al Windscheid,* I, pág. 433; Calamandrei: *Teoria dell'azienda commerciale,* Turín, 1891; Navarrini: *Studi sull'azienda commerciale,* Modena, 1901; Ferrara: *L'azienda commerciale negli studi recenti,* en *Giur. ital.,* 1902, IV, 273; Tendi: *Le «universitates rerum» nel Diritto italiano,* Florencia; 1906; Carnelutti: *Valore giuridico della nozione dell'azienda commerciale,* en *Riv. di Dir. comm.,* 1924, I, 156; Castelli Avolio: *L'azienda commerciale nella teoria e nella pratica del Diritto,* Nápoles, 1925: Carrara: *Appunti per una nuova impostazione del concetto di azienda,* en *Riv. di Dir. comm.,* 1926, I, pág. 45; Catalan: *Condition juridique des fonds de commerce,* París, 1889; Gombeaux: *Notion juridique des*

mucha importancia, como veremos más adelante, para la teoría de la competencia desleal.

Pero el establecimiento (azienda) puede ser también objeto de otros derechos reales: de simple posesión, de derechos reales separados, de garantía, de usufructo, de prenda.

Por último, también puede ser objeto de relaciones de obligación y puede ser enajenada, donada, alquilada, y de relaciones sucesorias, herencia o legado.

Véase, pues, toda la importancia de fijar la naturaleza del establecimiento como objeto de derecho en general, y de ello vamos a ocuparnos ahora, si bien brevemente, aunque reservando para la Parte especial tratar especialmente las varias relaciones jurídicas de que puede ser objeto.

Examinemos el establecimiento mercantil, primero, desde el punto de vista *económico*, y después, desde el *jurídico;* y en esta materia, asimismo, la estructura económica de la institución determina su carácter jurídico; pero los dos puntos de vista son diferentes, y sólo estudiándolos por separado podrán evitarse confusiones y resolverse las muchas dificultades que suscita el problema.

a) Económicamente, la hacienda no es otra cosa que una *empresa* en sentido económico, o sea, la *reunión de varios factores de la producción organizados para ésta;* cuyos elementos, como sabemos, son *capital* y *trabajo*, y al igual que en toda forma de empresa, en ésta, no importa cuál sea la procedencia y pertenencia de los elementos que la constituyen, pudiendo ser, tanto el capital como el trabajo, propiedad del mismo empresario (organizador de la producción) o de otras personas, como puede ser en parte del empresario y en parte ajeno. De modo que cabe que el empresario aporte capital y trabajo; que aporte el trabajo propio y recurra al capital ajeno; que aporte su capital y recurra al trabajo de los demás, y, por último, que se limite a organizar la producción, empleando capital y trabajo ajenos; en la

fonds de commerce, París, 1912; Valery: *Maison de commerce et fond de commerce*, en *Ann. de Droit commerciale*, 1902, 209; Boutaud y Chabrol: *Traité général des fonds de commerce*, París, 1905; Montier et Faucon: *De la vente et du nontissement des fonds de commerce*, París, 1909; Thaller: *Traité élém.*, n. 79 y siguientes; Lyon-Caen et Renault: *Traité de Droit comm.*, n. 246 y 247; Cendrier: *Les fonds de commerce. Traité général théorique et pratique*, 1919; Grave: *Das Kauffmannische Geschäft*, 1905; Isay: *Das Recht am Unternehmen*, 1910. V., además, Wieland: *Handelsrecht*, vol. I, págs. 239 y siguientes, y otros muchos autores ya citados; Cosack: *Lehrbuch des Handelsrechts*, 11.ª edic., Stuttgart, 1923, § 18.

empresa pequeña se dan los supuestos primero y segundo, y en la grande, el tercero y cuarto.

En toda empresa, y, por tanto, en el establecimiento mercantil, hallamos tres elementos: 1.º, capital; 2.º, trabajo, y 3.º, organización del uno y del otro a fines de producción.

El elemento *organización*, que es esencial al establecimiento, nos alumbra para apreciar en qué consiste el «avviamento» (a), que por lo común se estima como un factor de la hacienda (248).

(a) Nos parece que, sin acudir a nombres extranjeros ni emplear largos rodeos para designar estas dos instituciones jurídico-mercantiles, podemos encontrar con bastante autoridad unos genuinamente españoles, que serán los que emplearemos en esta obra. El *Diccionario de la Lengua Castellana*, 1.ª ed., Madrid, 1734, t. IV, pág. 120, 2.ª columna, trata de las diversas acepciones de la palabra «Hacienda» y entre ellas las hay muy adecuadas para la designación del establecimiento mercantil. Otro tanto nos ocurre para la palabra adecuada a expresar el conjunto de bienes que contiene, en un momento dado, el establecimiento mercantil: en el mismo diccionario, tomo I, pág. 501, se lee: *Aviamiento, f. m. aviar, aviado;* y tampoco parece que deba haber obstáculo alguno en resucitarla con esta aplicación, que el pueblo continua usando, muy acertadamente, para expresar el concepto sobrentendido en el *avviamento*. Conste así.—*(N. del T.)*

(248) En esta época última ha ido formándose una bibliografía considerable sobre el aviamiento, sobre todo respecto a la cuestión de la protección a la sedicente propiedad comercial, en relación con la crisis de alquileres. Consúltese Sraffa: *La locazione di un negozio e l'avviamento*, en *Studî di Dir. comm.*, Florencia, 1907, pág. 113; Roberti: *Ius intraturae e ius stantiandi*, en *Riv. di Dir. comm.*, 1921, I, 198 y siguientes; Ascoli: *Sulla tutela della così detta proprietà commerciale*, en *Riv. di Dir. civ.*, 1921, 417 y siguientes, y 1922, 99 y siguientes; Polacco: *Sulla così detta proprietà commerciale*, en *Riv. di Dir. comm.*, 1922, I, 101; Cristofolini: *Sul compenso per l'avviamento commerciale dovuto al conduttore uscente*, en *Rivista di Dir. comm.*, 1922, I, 614; Fubini: *La proprietà commerciale*, en *Mon. trib.*, 1922, I, 101, y 1925, 41; Rotondi: *La tutela dell'avviamento*, en *Studî dell'Università di Pavia*, 1925; Chiaudano: *La tutela della proprietà commerciale*, Roma, 1925. Para la tutela del aviamiento se dictó el art. 6.º del Real decreto-ley de 3 de abril de 1921, n. 331, con carácter temporal. El 16 de julio de 1922 se presentó un proyecto de ley al Senado, *Atti del Senato*, año 1922, stamp. n. 517, que fué abandonado. No puede reconocerse una propiedad mercantil en el sentido del derecho del arrendatario de un local dedicado al negocio para ocupar el local mismo, aun contra la voluntad del dueño, después de extinguido el contrato de arrendamiento; semejante facultad motivaría un derecho real en el arrendatario, y, por tanto, una expropiación del propietario, cuyo fundamento no podría explicarse; sólo en el caso de que por el ejercicio prolon-

El establecimiento mercantil no es una simple reunión de capitales y de trabajo, sino una *organización* de ellos para fines productivos, y esto nos explica que el valor económico del establecimiento no esté representado sólo por el valor del capital y del trabajo empleado en él, sino que hay que agregarle el del valor de un tercer elemento, la organización; de suerte, que cuando esa organización de los distintos factores de la producción alcanza un cierto grado de eficacia, el valor del conjunto organizador es superior al de la suma de los factores singulares que lo componen.

Y según sea esa organización más o menos eficaz para fines de la producción, se dice que el establecimiento está más o menos aviado (a); cierto que, como ha dicho Carnelutti, el aviamiento no es un *factor* sino una *cualidad* de la hacienda (249), que en sustancia consiste en la eficacia del establecimiento mercantil para fines de la producción, y por ello, aun a los efectos fiscales, se toma en cuenta para valorar económicamente el establecimiento.

Tal eficacia depende, a su vez, no sólo del capital y del trabajo invertidos, sino de la forma de organización.

Y por ello se comprende lo difícil que ha sido siempre definir el aviamento, porque, en realidad, son variadísimas las circunstancias que le prestan eficacia y hacen, por consiguiente, una hacienda aviada, y que pueden referirse: 1.°, a la composición del capital (patentes que aseguren un determinado producto, un nombre que individualice y acredite el establecimiento, una enseña que distinga y destaque el negocio, una marca que asegure la procedencia de las mercancías, un local bien situado y dispuesto en que se ejercite el comercio); 2.°, el valor del trabajo, capacidad de los directores técnicos, empleados y operarios del establecimiento; 3.°, por último, al empuje dado a la organización (habitualidad y confianza del público).

De suerte que podemos definir el aviamento *capacidad de la hacienda (o establecimiento mercantil) por su composición y el empuje dado a su organización para producir económicamente y proporcionar beneficios al empresario.*

---

gado del comercio en un determinado local, adquiera éste una especial *plusvalía*, la negativa del propietario a renovar el contrato podría justificar un derecho en el arrendatario saliente para repetir por el importe de tal *plusvalía*, fundándose en el principio del enriquecimiento injusto.

(a) Véase nota del traductor en la página 237.

(249) Carnelutti: *Valore giuridico della nocione dell'azienda commerciale*, en la *Riv. di Dir. comm.*, 1924, I, págs. 156 y siguientes.

b) Ya del concepto económico es fácil pasar al *concepto jurídico del establecimiento.* La hacienda, jurídicamente, es «el conjunto de cosas *(bienes* y *servicios)* reunidos y organizados para ejercer el comercio; el elemento económico «capital», jurídicamente, se traduce en el concepto «bien»; el económico «trabajo», en el concepto de «servicios» o «prestación». En rigor, a los *servicios* y *prestaciones* que contribuyen a constituir el establecimiento, debería agregarse el trabajo personal del empresario; pero como es el derecho-habiente de su hacienda, no puede jurídicamente tomarse en cuenta su trabajo; cabe, sin embargo, que el titular del establecimiento no lo sirva personalmente; desde el punto de vista jurídico, por lo tanto, los servicios se consideran elementos del establecimiento en cuanto se prestan por el personal adscrito a él y el titular del mismo tenga un derecho, esto es, siempre que el personal esté ligado por un contrato de trabajo o de empleo; los servicios, o, con mayor exactitud, los derechos a los servicios, también se incluyen entre la amplia clase de cosas.

Queda así bien fijada la *naturaleza jurídico* del establecimiento o hacienda.

Dicen algunos (250) que éste goza de una especie de personalidad jurídica, que es un sujeto de derecho distinto del comerciante, con patrimonio, derechos y obligaciones; y excusado es decir que en nuestro régimen jurídico positivo carece de fundamento semejante doctrina. Ni la ley reconoce esta supuesta personalidad jurídica, según puede verse con precisión en los artículos 1.948 y 1.949 del Código civil, que contradice la posibilidad de reconocer ninguna clase de autonomía al establecimiento mercantil, y además dicen los dichos textos que el que contrae una obligación, responde al acreedor con todos sus bienes, muebles e inmuebles, presentes y futuros, y que los bienes del deudor constituyen la garantía común de sus acreedores. Y como quiera que este principio general, y respecto a los bienes que constituyen el establecimiento, nada dice la ley en contrario, forzoso es reconocer que el comerciante responde con todos sus bienes, así en materia de obligaciones civiles como comerciales, y que, por lo tanto, los acreedores mercantiles pueden proceder, tanto contra el patrimonio particular como contra el patrimonio mercantil del comerciante; y los acreedores de carácter civil, lo mismo contra el patrimonio civil que contra el mercantil; y eso significa sencillamente que el dicho establecimiento mer-

---

(250) Endemann: *Das deutsche Handelsrecht*, págs. 54 y siguientes; Valery: *Maison de commerce et fonds de commerce*, en *Annales de Droit comm.* 1902, págs. 216 y siguientes, 319 y siguientes.

cantil no es la única garantía de los acreedores comerciales, ni siquiera exclusiva, y que por ello, desde el punto de vista jurídico, no goza de autonomía alguna.

No sólo quiere decir esto que el establecimiento carece de la consideración de persona jurídica, sino, además, que no puede reputársele como un *universitas iuris* (251). La universalidad en derecho es un conjunto de cosas destinadas a un fin por voluntad de la ley: como la herencia, considerada aisladamente; los bienes del quebrado durante el procedimiento de quiebra, la dote; en todos estos casos el conjunto de cosas no puede destinarse a un fin distinto, y los elementos que lo constituyen no pueden distraerse a ese fin sin motivo de utilidad y necesidad. En cambio, el establecimiento mercantil entero depende de la voluntad del propietario, que puede perfectamente, cuando quiera, cambiar el destino, no sólo del conjunto de cosas, sino de los bienes que constituyen el establecimiento: puede liquidar y vender la hacienda cuando le plazca, y puede disminuirla y aumentarla cuando le convenga; puede destinar al establecimiento cosas que constituyan su patrimonio privado, o separar del establecimiento bienes para destinarlos a este último o para venderlos; y todo esto demuestra evidentemente que el establecimiento es una simple *universitas facti*, de cuya composición y vida resuelve la voluntad del propietario (252).

(251) En este sentido especialmente, Fadda y Bensa: *Note alle Pandette del Windscheid*, I, pág. 441. Cierto que no pueden dar motivo para esto determinadas disposiciones excepcionales del período de la post-guerra, las cuales, con fines especiales, acentúan el carácter unitario del establecimiento mercantil, como el artículo 8.º del Real decreto-ley de 22 de diciembre de 1921, n. 1.962, que contiene los preceptos para liquidar los bienes de los súbditos que fueron enemigos: aquí se trata de la *hacienda mercantil*, separada de su titular y del destino de ella a un fin fijado por la ley, extraño a la voluntad del titular.

(252) Prevalece en nuestra doctrina y en la jurisprudencia la opinión de que la hacienda mercantil hay que considerarla como una universalidad de hecho; Vivante: *Trattato*, III, n. 842; Navarrini: *Studi sull'azienda commerciale*, págs. 7 y siguientes, y *Trattato teorico-pratico*, II, n. 1.418; Sraffa, en *Dir. comm.*, IX. 650; Coviello: *Manuale di Diritto civile*, n. 259; Venzi: *Annotazioni alle istituzioni di Pacifici-Mazzoni*, II, pág. 297; Trib. Supr. del Reino, 27 marzo 1925, sentencia n. 959, inédita, en *Repertorio* del *Foro ital.*, 1925, palabra *Azienda commerciale*, n. 6; Ap. Milán, 24 febrero 1925 (*Foro ital.*, 1925, I, 703); Cas. Roma, 12 mayo 1920 (*Rivista di Dir. comm.*, 1920, II, 452); idem, 11 septiembre 1902 (*Giur. ital.*, 1902, I, 1, 1.001); id., 24 mayo 1882 (*Ivi*, 1883, I, 1, 17). Las tentativas que recientemente han hecho Ferrara y Carrara para orientar en un sentido distinto la teoría de la hacienda han fracasado, a mi juicio; Ferrara: *Trattato di Diritto civile*, I, pág. 873, dice que la hacienda no es ni *universitas iuris* ni *universitas facti*, sino una simple *organización*. Carrara: *Appunti per una nuova impostazione del concetto di azienda*, en la *Riv. di Dir., comm.*, 1926, I, págs. 43 y sigs., define la hacienda como combinación de elementos de producción y la califica jurídicamente como un concierto (*accordo*), esto es, como un negocio jurídico. Pero es evidente que los dos intentos se basan en la confusión entre el concepto *económico* y el concepto *jurídico* de la hacienda. Económicamente, como he dicho en el texto, la hacienda es *empresa*, esto es, organización de los factores de la producción; pero jurídicamente es, y no puede ser otra cosa, que un *conjunto de cosas*, bienes y servicios. Nada tiene que ver, ni para el concepto económico ni para el jurídico de hacienda, el que la organización o combinación de elementos de producción se realice por la voluntad unilateral de una sola persona que la posea y organice, como acaece comúnmente, o bien mediante acuerdo entre el empresario y otras personas.

Y lo dicho sobre la hacienda mercantil, en general, es aplicable a los bienes destinados al ejercicio del comercio marítimo: con frecuencia se habla de patrimonio marítimo como de algo autónomo, y los franceses, singularmente, suelen distinguir el *patrimonio terrestre* del *patrimonio marítimo*, distinción que, aparentemente al menos, pudiera fundarse en el principio de la responsabilidad limitada que el Código de comercio (arts. 491 y siguientes) impone al armador a causa de las obligaciones derivadas de los actos lícitos o ilícitos del capitán y la tripulación. Pero la responsabilidad limitada no tiene más eficacia que la de, mediante el abono, asignar un determinado bien (la nave o el flete) para el pago de determinados acredores; lo que implica que éstos no pueden ejercitar sus derechos sobre el patrimonio restante del armador, pero no que los demás acreedores del mismo dejen de ejercitar sus derechos sobre el buque abandonado (253).

Hay, por lo tanto, aquí responsabilidad limitada, pero no autonomía patrimonial, y menos aún asignación exclusiva de un bien a un fin determinado, ni la nave aun para esto es *persona jurídica* ni *universitas iuris*.

65. *C) Cosas fungibles y no fungibles.*—Son fungibles las cosas, respecto a otras (por ello la fungibilidad es la cualidad de una cosa considerada en su relación con otra), cuando, aun siendo individual-

(253) Esto sería cierto aun cuando aceptásemos la opinión, que creo infundada, de que los acredores sobre la cosa abandonada tuvieran un derecho de prelación sobre el buque abandonado. (Cons. Riper: *Droit maritime*, París, 1913, I, pág. 967.

mente distintas, sirven para satisfacer las mismas necesidades, de suerte que quepa estimarlas equivalentes y sean susceptibles de sustitución una por otra: el hierro, la madera, el oro, la plata, son fungibles.

Son, por el contrario, no fungibles, las cosas, unas respecto de otras, cuando, además de ser distintas individualmente, sirven para satisfacer necesidades diversas y no pueden reputarse equivalentes ni sustituibles, como ocurre con un cuadro, una estatua, un caballo de raza pura.

En materia de obligaciones, sobre todo, es muy importante fijar cuándo son fungibles las cosas, porque el obligado a entregar una de éstas puede pagar entregando una equivalente, en tanto que si la obligación consiste en entregar una cosa no fungible, tiene que entregar la individualizada misma.

Para señalar la fungibilidad o infungibilidad de una cosa, hay que atender, en primer lugar, a su naturaleza objetiva; sin embargo, puede también la voluntad privada dar como fungible una cosa que objetivamente no sea fungible, y viceversa, siempre que la voluntad se manifieste claramente. En cambio, de la voluntad de las partes depende siempre tomar una cosa individual o genéricamente, o sea, atender a la cosa singular en su individualidad, o simplemente a una cierta cantidad de cosas de una determinada clase: distinción que no coincide exactamente con la anterior que hemos expuesto de cosas fungibles y no fungibles, porque en tanto que esta última distinción arranca siempre del criterio de la naturaleza objetiva de la cosa, aquélla se basa en la voluntad de las partes: verdad es que, cuando una cosa la señalan las partes individualmente, hay que reputarla no fungible, y como fungible, si se señala genéricamente; o, mejor dicho, no todas las cosas fungibles se determinan genéricamente, ni tampoco individualmente todas las no fungibles; pero todas las señaladas individualmente pertenecen al primer grupo, y todas las que lo han sido genéricamente, al segundo; lo que significa que la distinción entre ellas es aplicable a toda clase de relaciones, aunque no sean contractuales, mientras que la distinción de cosas determinadas individual o genéricamente sólo se aplica a los relaciones contractuales.

Hay entre las cosas fungibles una de importancia especial, *la moneda*, que es la que asume la función de denominador común de todos valores, y de la que hay dos clases. Aunque, por lo general, el Estado es quien asigna a una cosa el carácter de moneda, esto no impide el que, por consentimiento general o particular, se atribuya esa cualidad a determinada cosa a la que no reconoce el Estado tal carácter; en el primero de los supuestos, tendremos la llamada moneda *legal*,

que, por serlo, no puede rechazarse en los pagos, y en el segundo, la moneda *convencional*. Las cosas que comúnmente se emplean como moneda, bien la declare el Estado (moneda legal), bien a virtud del uso constante del comercio (moneda comercial, que no es mas que una especie de moneda convencional), pueden, además, y por excepción, tomarse sin contemplación a su cualidad de moneda, como objeto de cambio no monetario; es decir, como simple mercancía, y por ello cabe comprar y vender libras esterlinas, rublos rusos, y aun moneda italiana misma, como piezas de 20 liras, oro, de Vittorio Emmanuel II, o escudos de la República romana; y en este caso no cabe duda de que, para cumplir la obligación, hay que dar las monedas estipuladas.

En cambio, pueden surgir dudas cuando la moneda se tome en su oficio de tal; esto es, común denominador de los valores, como instrumento de cambio; y puede darse el caso de haber atendido a una especie particular de moneda, como, por ejemplo, si contratando 100 libras esterlinas, lo que se ha querido ofrecer es la clase de moneda inglesa así llamada. Pero puede asimismo darse el caso, y es frecuente, de que no se haya atendido a la clase de moneda, sino al valor de ella, por ejemplo, en el caso de contratar el pago de 100 libras esterlinas en la creencia de obtener el valor de esas 100 libras esterlinas.

Los dos supuestos están tratados en el artículo 39 del Código de comercio, que dice que cuando se contrate y consigne la cláusula *efectivo* u otra equivalente, sobre una moneda que carezca de curso legal o comercial en el reino, debe entenderse que las partes han querido atender a la especialidad de la moneda, y que el pago habrá de hacerse en la indicada: que si, por el contrario, se considera simplemente su valor, y no se consigna frase alguna de aquéllas, el deudor puede liberarse satisfaciendo una cantidad de moneda italiana que corresponda al valor de la moneda indicada, conforme a la cotización del día del vencimiento, en el lugar del pago (adviértase que el cambio es el precio que hay que pagar en moneda de un país para adquirir una cierta cantidad de moneda de otro) (254).

(254) Las oscilaciones grandes en los cambios, frecuentísimas en las circunstancias anormales monetarias de los distintos países después de la guerra, han motivado numerosas discusiones acerca de la aplicación del precepto legislativo aludido en el texto para el caso de retraso en el pago; y discutido en este supuesto de retraso el pago en moneda nacional debe hacerse a base del tipo de la cotización del cambio del día del vencimiento, o bien al del día en que efectivamente se realiza tal pago. Como quiera que el artículo 39 habla sin distinción alguna del tipo del cambio del día del

66. *D) Cosas corporales e incorporales.* — Son corporales las que tienen existencia física, esto es, que son apreciables por los sentidos, e incorporales las que sólo mentalmente se conciben, a virtud de un proceso lógico de abstracción.

---

vencimiento, dícese que las alteraciones del valor del dinero en el lapso que media entre el vencimiento y la época del pago, no puede influir en lo más mínimo para modificar el principio del Código, y que el retraso del deudor no puede producir otro efecto que la obligación de satisfacer los intereses de demora, conforme al artículo 1.231 del Código civil; y así habla, principalmente, Vassalli: *Sul pagamento dei debiti di danaro espressi in moneta estera*, en *Riv. di Dir. comm.*, 1922, 252. Esta solución nos parece inicua en el caso de que suba el cambio, cosa que ha ocurrido entre nosotros constantemente y por mucho tiempo, porque con la mora del deudor, el acreedor recibe una cantidad inferior a la que le correspondería para procurarse la cantidad de moneda extranjera pactada. Hubo quien dijo que el dicho artículo 39 atiende al caso normal de que el pago se haga puntualmente, y que por ello, conforme al espíritu de la ley, que debe prevalecer sobre la letra, en cualquier tiempo que el deudor satisfaga su crédito, debe siempre entregar la cantidad equivalente a la fijada en moneda extranjera, a base de la cotización del día del pago; y en este sentido se expresan, Ascoli: en *Riv. di Diritto civile*, 1920, 404. Acerca de este punto, deben consultarse, además de los autores citados, Bottari: en *Mon. trib.*, 1921, 193; Gallupi: en *Riv. di Dir. comm.*, 1922, II, 189; Cobianchi: *Ivi.*, 1922, 67; Persico: en *Diritto comm.*, 1922, 119; Ascarelli: en *Riv. di Dir. comm.*, 1923, I, 444; Pacchioni: en *Diritto comm.*, 19 3, páginas 1 y 33, que opinan diversamente. Una y otra solución inspiraron la jurisprudencia. Véase, por ejemplo, en el primer sentido: Cass. Florencia, 9 junio 1923 (*Foro ital.*, 1923, I, 796); en sentido opuesto: Cass. Turín, 9 julio 1922 (*Ivi.*, 1923, I, 907). El Tribunal Supremo, al principio, vaciló entre ambas soluciones; véanse las sentencias de 13 enero 1924 (*Corte di cass.*, 1924, 898) y 28 junio 1924 (*Foro ital.*, 1924, I, 790). Pero después ha sentado jurisprudencia en el sentido de que el pago debe hacerse siempre al tipo de cotización del día del vencimiento; pero que en caso de mora, imputable al deudor, éste debe satisfacer, a título de resarcimiento de daños, la diferencia entre las dos cotizaciones; pero observando que a ello no se oponga el artículo 1.231 del Código civil, que dispone que en las obligaciones que tengan por objeto una cantidad de dinero, el daño consiste en el pago de los intereses legales; porque esta disposición sólo atiende al daño que causa la falta de disponibilidad del dinero, y no al que consiste en la desaparecida equivalencia entre la divisa extranjera y la nacional: sentencia 13 septiembre 1924 (*Giur. ital.*, 1924, I, 1, 898), a la cual siguen otras: véase por ejemplo, sentencia 11 mayo 1925 (*Ivi.*, 1925, I, 1, 868), etc. También ha resuelto el mismo Tribunal un caso en que, consignándose en el contrato la cláusula «efectivo» u otra equivalente, se retrasó el pago, y en este

Entre las cosas corporales deben incluirse, no sólo las que tienen forma y consistencia definida, sino aquellas otras que no son tanto materia como modalidad de ser de la misma, cual sucede con el calor, la luz, la electricidad (255), bastando que sean perceptibles mediante los sentidos.

---

lapso bajó la moneda extranjera; sentencia 12 septiembre 1925 (*Giur. ital.*, 1925, I, 1, 956); el fallo del Tribunal Supremo responde al principio general en materia de cumplimiento de las obligaciones. Evidentemente, el acreedor tiene derecho a recibir el valor de la cosa objeto de la obligación en el momento del vencimiento; por ello hay que rechazar la pretensión del deudor de cumplir su obligación con una cantidad menor; si se desvaloriza la moneda nacional respecto a la extranjera consignada en el contrato, entre el vencimiento y el pago, habrá que entregar una mayor cantidad de moneda nacional para formar el valor que la prestación tenía en el instante del vencimiento; por consiguiente, no nos parece que haya necesidad de acudir al principio de la responsabilidad nacida del daño causado por el incumplimiento: la letra del art. 39 corresponde al caso normal, al *quod plerumque fit;* pero dicho artículo sanciona un principio que debe aplicarse, aun cuando excepcionalmente no se dé el caso supuesto. El camino recorrido por el Tribunal Supremo involucra, en cambio, la cuestión al interpretar el artículo 1.231 del Código civil; hay quien sostiene que en las deudas pecuniarias, si bien por razón de mora se deben intereses legales por resarcimiento de daños, esto no excluye que, si el acreedor prueba que ha sufrido un daño mayor, se le reconozca el derecho a ser resarcido íntegramente conforme a los principios generales, y así puede verse en Giorgi: *Teoría delle obbligazioni*, 7.ª edición, Florencia, 1924, vol. II, páginas 200 y 201. Pero esta interpretación se impugna, por lo general, fundándose en que el resarcimiento del daño causado por la mora consiste exclusivamente en el interés legal. Véase Polacco: *Obbligazioni*, 2.ª edición, Roma, 1915, pág. 141 Otros sostienen, además, que en materia mercantil no es aplicable el artículo 1.231 del Código civil en caso de sufrir mayores perjuicios el acreedor de los que corresponden al interés legal, y que entonces el deudor en mora debe intereses *compensadores* (Bolaffio: *Comm.*, vol. II, pág. 261); como vemos, se trata de una cuestión muy discutida. En el caso de que la moneda nacional se revalorice, la obligación de satisfacer la cantidad adeudada en el instante del vencimiento, depende del principio de que el acreedor tiene derecho a beneficiarse con el aumento de valor que adquieran las cosas que le corresponden al vencimiento.

(255) En Italia y fuera de Italia se ha discutido mucho sobre si la electricidad es cosa material, prevaleciendo para nosotros la opinión afirmativa; véase, entre otros, Barassi: *Sulla natura del contrato di distribuzione dell'energia elettrica*, en *Mont. trib.*, 1900, 321; Bonfante: *Natura del contratto di somministrazione di energia elettrica*, en *Foro ital.*, 1901, I, 907, y en

Las cosas muebles corporales, en cuanto constituyen objeto de comercio, suelen llamarse mercancías, que es el más amplio significado que asume la palabra; en sentido más restringido suelen llamarse mercancías los productos en bruto o manufacturados no destinados a la alimentación, a los cuales se denomina frutos *(derrate)* (256). Desde otro punto de vista, llámanse *mercancías* las cosas muebles corporales con valor por sí mismas, y en contraposición a ellas se denominan *títulos de crédito* los documentos representativos de un valor, que son también cosas muebles corporales, como veremos inmediatamente (257).

Pertenecen a las cosas incorporales, además de aquellas que sólo tienen existencia puramente jurídica, como los *derechos*, las que también la tienen fuera del derecho, con vida puramente intelectual, esto es, que existen sólo como conceptos, como criterios abstractos; así, por ejemplo, las enseñas distintivos, consideradas, no en su manifestación concreta, sino abstractamente. Pueden ser objeto de relaciones jurídico-mercantiles todas las cosas corporales e incorporales, y en nuestro campo son características algunas cosas incorporales, como los diferentes signos distintivos: la *razón social*, el *lema* y la *marca*.

67. La *razón social (ditta)* (258) sirve para distinguir la persona comerciante, y en el ámbito restringido de la actividad mercantil des-

---

Riv. di Dir. comm., 1904, II, 497; Carnelutti: *Studi sulle energie comme oggetto di rapporti giuridici*, en *Riv. di Dir. comm.*, 1913, I, 354, que estudia la energía en general y la humana especialmente. La doctrina alemana discutió mucho la cuestión porque abundaron los escritores que la excluían del concepto de cosa, como, por ejemplo, Regelsberger: *Pandekten*, Leipzig, 1893, I, § 96, nota.

(256) En este sentido emplean la palabra *mercancía* los números 1 y 2 del artículo 3.°, 5, 38, 70, 460 apartado, 461, núm 6 del 469.

(257) Véase, por ejemplo, números 1 y 2 del artículo 3.°, 38, 386, 802 y 803.

(258) *Bibliografía*: Vidari: *Corso*, vol. I; Vivante: *Trattato*, I, § 18, página 162; Marghieri-Scialoja: *Trattato*, I, pág. 264; Navarrini: *Trattato*, IV, números 1.425 y siguientes; Franchi: *La protezione del nome commerciale*, 1886; Amar: *Dei nomi dei marchi e degli altri segni*, Turín, 1893; *Manuale della proprietà industriale*, Turín, 1904; Giannini: *Concorrenza sleale*, Nápoles, 1898; Di Franco: *Trattato della concorrenza sleale*, Turín, 1906; Magri: *Sul concetto giuridico della ditta commerciale*, en *Riv. di Dir. comm.*, 1912, 18 y siguientes. Véase también Ferrara: *Trattato di Dir. civ.*, vol. I, pág. 579; Thaller: *Traité élém.*, n. 101; Lyon-Caen y Renault: *Traité*, etc., vol. II, números 152 y siguientes; Sudre: *Le droit au nom*, París, 1903; Perreau: *Le droit au nom en matière civile*, París, 1910; Reibel: *Le nom commercial*, París, 1905; Wieland: *Handelsrecht*, I, § 17, pág. 173, con amplias citas de la doctrina alemana.

(259) Fadda y Bensa: *Note alle Pandette del Windscheid*, pág. 634.

empeña igual función que el nombre civil en el campo más amplio de la vida civil; con ella se distingue al comerciante como sujeto de derecho.

La necesidad de individualizar la persona, vivamente sentida en la vida civil, y su importancia, lo atestiguan las numerosas precauciones de que la ley rodea el régimen del nombre; y así atiende, desde que el individuo nace, a que se le imponga uno (arts. 74 y siguientes del Código civil); preceptúa que el hijo legítimo o legitimado adopte el apellido paterno (arts. 172, 174 y 175 ídem); que el hijo natural reconocido tome los del progenitor o progenitores que lo reconozcan (art. 185 ídem); que el hijo adoptivo tome el del adoptante agregándolo al propio (art. 210 ídem), y que la esposa tome el del marido (art. 131 ídem); que al hijo de padres desconocidos le imponga nombre y apellidos el encargado del Registro civil (arts. 377 y 378 ídem); y, como dice muy bien Fadda (259): «Todos, desde que nacen, necesitan un nombre y apellido fijos, escritos en su acta de nacimiento, que da fe de ello, y los únicos cambios que pueden ocurrir están relacionados con un cambio también de su condición civil y son consecuencia del reconocimiento, legitimación, adopción o matrimonio.» Unicamente hay un caso especialísimo en que se permite, mediante Real decreto, el cambio de nombres o apellidos (art. 119 del Real decreto sobre el régimen del estado civil, de 15 de noviembre de 1865); y ese nombre y apellidos constan en las actas del estado civil y son datos que pueden conocerse porque integran los registros que existen en todos los Ayuntamientos (artículos 356 y siguientes ídem), cuyas oficinas son públicas, según disposición expresa de la ley (362 ídem). Todo cambio en el nombre o apellidos, bien proceda de cambio de la condición civil o de concesión real, hay que anotarlos al margen de las actas de nacimiento (arts. 197, 382 y 200 de ídem, en cuanto a las legitimaciones, y respecto a las adopciones, el 219) son también efecto de actos asimismo del estado civil, al igual de los de nacimiento, como el cambio de apellidos que origina el matrimonio; los cambios de nombre y apellidos autorizados por el Soberano se anotan en el acta de nacimiento (según dispone el Reglamento de esta institución, art. 124).

Es, pues, natural que en la vida mercantil se experimente la necesi-

dad de individualizar las personas dedicadas al comercio, y aun puede decirse que en el orden patrimonial tiene mayor importancia esta exigencia, porque la habilidad técnica, la probidad, la corrección, son cualidades personales de un valor económico considerable en el mundo mercantil a causa del crédito que obtiene el que las posee, y de aquí el interés grande de que todo comerciante individualice segura y característicamente su personalidad y la tendencia a hacer lo más señalado y característico posible su nombre comercial.

Y hay que reconocer que en nuestro régimen jurídico no hay una disciplina distinta para el nombre civil que para el comercial.

Ante todo, como sujeto de derecho, el comerciante no se distingue del particular; ya hemos visto que, así como no existe un patrimonio mercantil distinto del civil, no hay tampoco, consiguientemente, una personalidad mercantil distinta de la civil; y como quiera que el nombre individualiza precisamente al sujeto de derecho, claro es que un único sujeto de derecho sólo puede tener un nombre.

Por otra parte, aun cuando exista un excelente régimen de publicidad para el nombre civil, no hay en nuestro Derecho un sistema obligatorio de publicidad para el nombre comercial.

Todo lo cual significa que, jurídicamente, no existe nombre mercantil distinto del civil, y que el nombre con que el comerciante ejerce el comercio ha de corresponder a su nombre civil, o, mejor dicho, que éste no puede practicar el comercio bajo un nombre distinto del que civilmente le corresponde.

Claro está que nada de esto impide al comerciante que para individualizar el ejercicio de su comercio una a su nombre las indicaciones que considere más aptas para distinguirlo de los demás y acreditarlo; pero no le es lícito usar el nombre de otro, ni forjarse uno a capricho; las modificaciones que puede hacer en su nombre han de reunir dos requisitos para legitimarlas: *a)* no deben variar su nombre civil; *b)* deben ser conforme a la verdad. De modo que el comerciante puede, como razón social, usar abreviado su nombre civil, siempre que el apellido permanezca inalterable, como, por ejemplo, firmar con la inicial del nombre, modificación permitida por la ley, porque, si bien la ley civil exige que la firma conste de los nombres y apellidos, en cuestiones de comercio basta el apellido (arts. 251, 258, 262 y 371 del Código de comercio). Puede asimismo agregar a su nombre civil aquellos calificativos que mejor lo identifiquen y acrediten; expresar la paternidad, indicar que es sucesor a título universal o particular de otro comerciante, agregar a su nombre la expresión de títulos honoríficos, nobiliarios, académicos o condecoraciones, y aun mencionar que es

allegado de una determinada persona que ha desempeñado una cierta profesión; todo ello es lícito, siempre que sea cierto y no induzca a confusiones perjudiciales para otra persona.

Y aquí cesa la tolerancia de la ley, por lo que hay que considerar ilegítima, dentro de nuestro régimen jurídico, tanto la creación de un nombre mercantil arbitrario, como la adopción del de otra persona que substituya el propio. Ya sé que existe la práctica contraria en Italia, y que se habla de *razón social derivada*, o sea, de la que se adquiere por herencia o por actos intervivos; práctica ilegal, porque, con arreglo a derecho, en Italia no hay nombre comercial distinto del civil, y éste no es transmisible, porque sirve para individualizar el sujeto de derecho y nace, vive y muere con él.

El nombre de la *hacienda* o establecimiento es cosa aparte de la razón social como nombre del comerciante; cierto que el contenido de la *razón social* suele emplearse para designar la hacienda, o sea el conjunto de bienes dedicados al comercio, y entonces se habla de una razón social objetiva en oposición a la razón social-nombre, que constituiría la razón social subjetiva (260); aquélla puede consistir en un nombre arbitrario, como, por ejemplo, Almacenes del Louvre, Café Gambrinus, Hotel de la Carrera; o bien en la indicación del objeto del negocio acompañado del nombre de una persona, que, por lo común, será el del propietario del establecimiento: Café Pedrocchi, Café Aragno, Pastelería Ronzi y Singer. Como individualización de la hacienda, la razón social tiene un régimen jurídico completamente distinto del de la individualización de la persona, y por ello, la razón social subjetiva, ni puede cederse ni transmitirse por herencia, y menos aún forjarse a capricho del comerciante; en cambio, la razón social objetiva, sí puede inventarse, venderse y transmitirse por herencia, a condición tan sólo de que, tanto por actos intervivos como *mortis causa*, se transmita simultáneamente con la hacienda, por ser un signo distintivo de ella, y, como tal, corre la suerte de la cosa individualizada.

Pero entiéndase bien que el uso de un nombre como razón social

(260) Magri: *Sul concetto giuridico della ditta commerciale*, en *Riv. di Dir. comm.*, 1912, págs. 18 y siguientes; Mortara y Azzariti: *Comm.*, cit., número 179, expusieron ya la función doble del nombre comercial; al tratar de ella, y por lo general, no se tiene bastante en cuenta esta función doble, principalmente, a causa de la duda y obscuridad tan frecuentes al tratar esta materia; obscuridad y dudas en que incurre también la jurisprudencia. Véase, por ejemplo, Tribunal Supremo, 24 octubre 1924: *Foro ital.*, 1925, I, 258; 6 abril 1925, sentencia 1.047, inédita; *Repertorio Foro ital.*, 1925; palabra: *Ditta*, núms. 7-9.

objetiva no implica el uso del mismo nombre como razón social subjetiva, y que el comerciante no puede iniciar relaciones jurídicas con terceros más que con el nombre que le corresponda civilmente, y, por tanto, jamás podrá hacerlo con la denominación de la hacienda cuando suscriba obligaciones o en cualquier forma adquiera derechos o contraiga deberes jurídicos.

La razón social objetiva, que en todos los órdenes debe distinguirse de la subjetiva o razón social-nombre, tiene muchos puntos de contacto con el lema y la marca.

68. El *lema* (*insegna*) es el signo distintivo, el que diferencia del negocio, esto es, el local en que el comerciante ejerce el comercio, y lo forman bien palabras, bien dibujos o un conjunto de palabras y dibujos reunidos. Tiempo atrás, solía consistir en una figura, como, por ejemplo, un león de oro, una estrella de oro, un caballo blanco; hoy lo corriente es que lo constituyan palabras que, por lo común, reproducen la razón social objetiva; pero, aun así, no debe confundirse con la razón social objetiva: aquélla se propone distinguir el lugar en que esté instalado el establecimiento; ésta sirve para distinguir éste como conjunto patrimonial, y tanto es así, que un mismo establecimiento o hacienda que trabaje en locales distintos puede tener en cada uno de ellos insignias o lemas diferentes: su régimen jurídico es semejante al de la hacienda, y puede ser cedido, transmitido, y en todo caso sigue las vicisitudes del negocio que individualiza y distingue.

69. Así como el lema o insignia distingue y diferencia el negocio, la *marca (il marchio)* realiza la misma función respecto a las mercancías (261) y consiste en una contraseña que se fija a éstas a fin de indicar su procedencia. No hay que confundir las marcas con la marca *(marche)* de fábrica; aquéllas indican la procedencia, y ésta la propiedad de la mercancía; hay, pues, dos clases principales de *marcas:* marcas de fábrica y marcas de comercio; las primeras indican y distinguen al productor de la mercancía, y las segundas, a los que con ella comercian; claro está que la más importante es la de fábrica, que acompaña a la mercancía desde su origen hasta el consumo, y la de comercio puede hacerse desaparecer, y aún substituirse por todos los revendedores sucesivos. La marca de comercio puede consistir en una contraseña cualquiera, una figura, una abreviatura, y aun en la reproducción del nombre del comerciante, del nombre de la hacienda o del lema o insignia. Pero también en estos casos la diversa función que desempeñan hace que se distingan la marca de la razón social subjetiva, de la razón social objetiva y del lema: la marca puede adquirirse, bien de un modo originario o derivativo, y su disciplina jurídica la expondremos en la parte especial, juntamente con la de la razón social y la del lema.

(261) *Bibliografía:* Vivante: *Trattato*, vol. III, § 68 bis, págs. 22 y siguientes; Marghieri-Scialoja: *Trattato*, I, pág. 264; Navarrini: *Trattato*, IV, núms. 1.436 y siguientes; Bosio: *Trattato dei marchi o segni distintivi di fabbrica*, Turín, 1904; Ramella: *Trattato della proprietà industriale*, 2.ª edic., Turín, 1927, vol. II; véanse también los autores citados en la pág. 444. Pouillet: *Traité des marques de fabrique*, 6.ª ed., París, 1912; Brun: *Les marques de fabrique*, 1897; Dunant: *Traité des marques de fabrique*, 1898; Laborde: *Traité théorique et pratique des marques de fabrique et de commerce*, 1914; Allart: *Traité des marques de fabrique*, 1914; Kohler: *Warenzeichenrecht*, 1910; Adler: *System des österr. Warenzeichenrechts*, 1908; Lastig: *Markenrecht und Zeichenregister*, Halle, 1890.

70. *E) Cosas que en sí mismas tienen un valor y cosas representativas de un valor. Los títulos de crédito* (262). La mayor parte de las cosas corporales tienden directamente a satisfacer una necesidad, y, por lo tanto, poseen un valor intrínseco derivado de este hecho; hay algunas, sin embargo, que carecen de ese valor intrínseco, y el que tienen depende únicamente de la incorporación a ellas de un de-

(262) *Bibliografía:* Bonelli: *Contributo ad una teoria scientifica dei titoli di credito*, en *Giur. ital.*, 1897, IV, 1, y en *Riv. di Dir. comm.*, 1904, I, 185; *Appunti sulla natura giuridica dei titoli di credito*, en *Riv. di Dir. comm.*, 1908, I, 513; Bruschettini: *Trattato dei titoli al portatore*, Turín, 1898; Navarrini: *Intorno alla natura giuridica dei titoli di credito*, Turín, 1898; Bolaffio: *Titoli all'ordine e al portatore*, en *Arch. giur.*, 1896, LVII, 274, y en *Giur ital.*, 1917, IV, 44 y siguientes; Segré: *Dei titoli obbligatori al portatore*, en *Scritti dedicati a* Schupfer, 1898, y *Sui titoli al portatore*, en *Temi sic.*, 1902; Rocco: *Ancora un contributo alla teoria dei titoli di credito*, en *Arch. giur.*, vol. LXII, 1899, págs. 111 y siguientes; Abello: *Natura giuridica delle azioni al portatore*, en *Studi dedicati a V. Scialoja*, 1904; Arcángeli: *Sulla teoria dei titoli di credito, in particolare della cambiale*, en *Riv. di Dir. comm.*, 1910, I, 1, 173, 246 y 437; Brunetti: *I titoli di credito nel Diritto italiano*, Milán, 1910; Wahl: *Traité théorique et pratique des titres au porteur*, París, 1891; Thaller: *De la nature du titre de crédit*, en *Ann. de Droit comm.*, 1906 y 1907; Kuntze: *Die Lehre von den Inhaberpapiere*, 1857; Jacobi: *Die Wertpapiere in bürg. Recht*, Jena, 1901; Lehmann: *Zur Theorie der Wertpapiere*, 1891; Koch: *Geld und Wertpapiere;* Unger: *Die rechtl Natur der Inhaberpapiere*, 1857.

recho, de suerte tal que el que las posee posee el derecho, y, cuando esto ocurre, la cosa que por sí misma carece de valor directamente lo adquiere a causa y en proporción de ese derecho unido a ella, y esto es lo que ocurre precisamente con los *títulos de crédito*.

Son estos documentos a los que va unido un derecho de crédito, cuyo tenedor adquiere el crédito por ese solo hecho.

Función especialísima la de esos documentos: generalmente, sólo desempeñan una meramente *probatoria*, esto es, demostrativa simplemente de la existencia de una relación jurídica, pero con ella no tienen conexión alguna necesaria: la relación existe por sí y con independencia del documento; precisamente porque tiende a demostrar que existe, la presupone, y en este caso la relación produce todos sus efectos, aun sin documentos, siempre que quepa probar su existencia en otra forma. Pero puede ocurrir que tenga el documento una función todavía más importante, que encierre un valor, no sólo probatorio, sino *constitutivo;* cabe que el documento sea condición necesaria para la existencia de la relación jurídica, como sucede en todos aquellos casos en que se exige consignar en escritura las declaraciones de voluntad; no surge entonces la relación si no se expresa en la indicada forma, y, por lo tanto, al faltar el documento, no hay relación jurídica.

Se ve, pues, en este segundo caso, que entre relación y documento existe una conexión estrechísima, pero aún incompleta, porque si el documento se necesita para constituir originariamente la relación jurídica, todavía quedan ambos separados en el sentido de que, una vez constituída la relación, ésta vive independientemente del documento: puede ocurrir que, una vez constituída la relación, se alegue ésta, aun cuando el documento no se posea; y tener éste a su disposición nada significa si no se es efectivamente el sujeto activo de ella a base de la declaración de voluntad que la originó.

A veces sucede, en cambio, que la conexión entre el documento y la relación jurídica no es sólo originaria, sino permanente: esto es, hay casos en que no sólo no aparece el derecho si la declaración de voluntad que lo origina no se consigna en un documento sino que, ulteriormente, documento y derecho están tan compenetrados, que aquél es supuesto necesario y bastante para atribuir el derecho, y, en este caso, el tenedor del documento y sólo él es quien posee el derecho: *y esos documentos que tienen la virtualidad de atribuir un derecho son precisamente los títulos de crédito:* en ellos hay incorporación completa o conexión entre documento y derecho, y éste se materializa, digámos o así, en el título en forma que coinciden exactamente el *derecho real sobre el título* y el *derecho de crédito;* y por

ello la propiedad de aquél implica la propiedad de éste, y la posesión del título el simple ejercicio efectivo del crédito.

No podemos explicar aquí, jurídicamente, tal fenómeno; ya trataremos de ello en la Parte especial, que es su lugar; por ahora, baste indicar que el problema está enlazado con el de las relaciones jurídicas, y, singularmente, con el de las obligaciones de factores indeterminados. Pueden existir relaciones jurídicas en que algunos de sus elementos, por ejemplo, uno de los sujetos, sea indeterminado, siempre que quepa determinarlos, esto es, que contenga datos para la futura determinación del mismo, que es lo que ocurre con estos títulos de crédito donde hay un vínculo obligatorio en que el sujeto activo o acreedor no se señala originariamente, aun cuando se indica como tal a la persona que advenga propietario del documento; no se trata, pues, de una determinación individual, sino dependiente de la adquisición de una cierta cualidad jurídica, la del propietario del título, y ésta es la que fija la adquisición del derecho de crédito: propietario de aquél y titular de éste, son dos cualidades inseparables; y a esto obedece que la relación obligatoria derivada de un título de crédito sea una relación con sujeto activo determinado indirectamente e indeterminado individualmente, y la necesaria consecuencia de que el negocio jurídico que origina la relación no sea un contrato, sino un negocio jurídico unilateral, porque no se concibe un contrato con persona indeterminada cuando el contrato es la concordancia de dos declaraciones de voluntad concretas, que necesitan para su formación siempre dos personas determinadas individualmente; pero la declaración de voluntad puede crear una obligación para con persona indeterminada individualmente, aunque determinable, como, por ejemplo, la oferta que se hace por anuncio, y de aquí la posibilidad siempre de la declaración de voluntad creadora de obligaciones, no respecto a Ticio o Cayo, personas singularmente determinadas, sino para con el propietario de un documento, sea quien sea.

Esto explica perfectamente la inseparable relación entre documento y derecho, que depende precisamente de eso: de que el deudor se haya obligado sencillamente para con el propietario del documento.

Esta conexión origina beneficios prácticos incalculables, porque en virtud de ella se materializan los créditos y se transmiten con igual facilidad que las cosas muebles: cierto que el documento no es realmente más que una cosa mueble corporal, pero, como contiene eficacia para representar el derecho, basta transmitir el documento para transmitir aquél; además, como quiera que el derecho corre la suerte del documento, con la transmisión del mismo no hay jurídicamente verdadera

BIBLIOTECA FAC. DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES U. A. N. L.
UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ®

transmisión del derecho: éste no se transmite, sino que se adquiere originariamente cada vez, en virtud de la adquisición del título; quien compra un título, no adquiere el derecho de su causante, sino la condición para obtener tal derecho, de igual suerte que, en otro terreno, quien compra un predio no echa sobre sí, porque se lo transmita el vendedor, la carga de los impuestos, sino que se convierte en deudor de ellos desde el momento que adquiere el fundo; situación que nos lleva a una consecuencia práctica de importancia capital que nos explica las ventajas de los títulos de crédito y de su consiguiente difusión: la de que de ese estado nace el que no se aplique a esta especial transmisión de derechos el principio de lógica jurídica regulador de todas las transmisiones de derechos: *nemo plus iuris in alium transferre potest quam ipse habeat;* porque ni en la adquisición de un título de crédito hay transmisión verdadera, o sea, adquisición derivada, sino originaria del derecho de crédito, y, por lo tanto, la adquisición del acreedor, a base de ese título, es la de un acreedor originario, o sea, un derecho-habiente propio y autónomo, contra el cual no podrán alegarse las excepciones de índole personal que hubieran podido dirigirse contra el acreedor anterior.

Hay varias clases de títulos de crédito: la división más importante que de ellos se hace es la que se funda en la naturaleza del crédito y en la forma de transmitir los títulos.

Según la distinta naturaleza del crédito incorporado al título, distínguense:

a) Títulos que dan derecho al pago de una cantidad de dinero, es decir, que contienen un crédito en metálico, como la letra de cambio, el billete de Banco, *el cheque*, las cédulas inmobiliarias, las obligaciones de las sociedades provincias o municipios, los títulos de la Deuda pública, etc.

b) Títulos que dan derecho a la prestación de un servicio, como, por ejemplo, los billetes de ferrocarril, que permiten el traslado en éstos; los billetes de tranvía, de teatro, de entrada en una Exposición, etcétera.

c) Títulos que dan derecho a la entrega de una cosa, y que, por lo común, derivan de un contrato que supone la entrega de ella para devolverla después, como, por ejemplo, las contraseñas del depósito de equipajes, de guardarropas, y todos los llamados *títulos de disposición*, originados por un contrato en que se encuentra implícita la restitución de la cosa entregada: en este caso se encuentran los certificados de depósito en los Almacenes generales (recibos expedidos por los almacenes), las pólizas de carga (expedidas al embarcar las mercancías en el buque), los talones de ferrocarril o de otra cualquier empresa de transportes que reciben cosas para transportar (y que quedan en poder del porteador); todos cuyos documentos de disposición son verdaderos títulos de crédito, porque el derecho que dan a la entrega procede de un contrato, y no es el derecho corriente a reivindicar, que corresponde al propietario.

d) Títulos que atribuyen la cualidad de socio y que son los únicos que no proporcionan realmente un derecho de crédito, sino uno más complicado y de naturaleza distinta, como es la que corresponde a todo asociado respecto a la sociedad *(derecho corporativo* o *de asociado);* y a esta clase pertenecen las acciones de las sociedades mercantiles.

En contemplación a la forma en que pueden transmitirse, se dividen los títulos de crédito en:

a) Nominativos, que son aquellos cuya transmisión (llamada *transfert)* exige formalidades bastante complicadas, y consiste en anotar la transmisión en los libros del deudor; adviértase que esa anotación no tiene nada que ver con la notificación que para ceder los créditos exige el art. 1.539 del Código civil, porque el traspaso del título nominativo no envuelve cesión del crédito, porque no es tal, sino sólo transmisión del título a base del cual se adquiere originariamente el crédito. Hay muchos títulos nominativos, y frecuentemente pueden asumir, bien la forma nominativa u otra, como, por ejemplo, los títulos de la Deuda pública y las acciones de las sociedades mercantiles, que pueden ser nominativos o al portador; pero los hay, aunque pocos, que sólo pueden ser nominativos, como, por ejemplo, las acciones de las sociedades mercantiles cuyo capital no ha sido desembolsado totalmente o liberado (art. 166 del Código de comercio).

b) Títulos a la orden, cuya transmisión necesita formalidades menos complicadas; se hace mediante lo que se llama *endoso,* consistente en una declaración de voluntad de transmitir el título, que hay que escribirla en el documento mismo. Los hay que pueden revestir, tanto forma de a la orden como nominativa o al portador, y en este caso se halla el *cheque,* que cabe extenderlo a la orden o al portador, según el art. 340 del Código de comercio; el talón resguardo de transporte, que puede ser igualmente nominativo, a la orden o al portador, y la póliza de carga; hay, en cambio, otros que son necesariamente a la orden, como, por ejemplo, la letra de cambio y el cheque circular (263).

---

(263) El régimen del cheque circular esta expuesto en el Real decreto-ley de 7 de octubre de 1923, núm. 2.283, que disciplina jurídicamente este título

c) Títulos al portador. Son aquellos que para transmitirlos no necesitan más que la tradición manual, forma de transmitir que suele concurrir con cualquiera de las otras dos; hay títulos que lo mismo pueden ser nominativos que a la orden o al portador (el talón de porte), pero lo más frecuente es que estos títulos sean nominativos o al portador, como, por ejemplo, los títulos de la Deuda y las acciones de las sociedades mercantiles; raramente pueden serlo a la orden o al portador (como el *cheque).*

Conviene advertir acerca de esto, que tanto el *transfert* como el endoso y la tradición manual no operan la transmisión de la propiedad del título, sino nada más que su posesión; cabe la duda de si el *transfert* y endoso deberían considerarse, más que como formas que acompañan la transmisión de la posesión, como causas eficientes de transmitirla (264), porque, si bien es cierto que aquí, como en todo, la transmisión de la propiedad es independiente de la de la posesión respecto a los títulos de crédito, como en las demás cosas, cabe que haya propiedad sin posesión y posesión sin propiedad. La transferencia de ésta no depende de la transmisión de la posesión, sino del hecho de que exista un título válido, hábil para transferir el dominio; y de la existencia de este título hay que partir para resolver si el poseedor del documento es propietario también de él; téngase, sin embargo, en cuenta que a estos títulos es aplicable, como a todas las cosas muebles, lo dispuesto en el artículo 707 del Código civil, en virtud del cual, para el tercero de buena fe, la posesión surte los mismos efectos que el título, lo que equivale a que el que adquiere con buena fe la posesión de una cosa mueble se convierte en propietario, aun-

---

de crédito importantísimo para transmitir de una plaza a otra el metálico, y que antes carecía de normas propias.

(264) La necesidad de registrar la transmisión no es, por tanto, un motivo para excluir los títulos nominativos del grupo de títulos que circulan en el comercio, como sostiene Bolaffio: *Comm.*, pág. 473, n. 2. En este sentido, véase Marghieri: *Titoli e operazioni di credito*, Turín, 1921, pág. 12, n. 1, opina que ni la cláusula nominativa en sí, ni la formalidad del registro de la transmisión, impiden al título adquirir su verdadera y propia aptitud para circular. En cambio, la doctrina dominante incluye en el concepto general de los títulos de crédito aun los nominativos, habiendo en cuenta la inseparable conexión que entre documento y derecho de crédito hay en estos títulos, al igual de los de a la orden y al portador; conexión que, en cierto sentido, acentúa más los preceptos recientemente contenidos en el Real decreto-ley de 7 de junio de 1923, n. 1.364, dictado para favorecer la transmisión y conversión de los títulos nominativos.

que la haya adquirido *a non domino;* principio que, respecto a las cosas muebles, modifica profundamente aquel otro de que la adquisición de la propiedad es independiente de la posesión y depende del título, porque propiedad y posesión coinciden siempre en el adquirente de buena fe; todo ello es aplicable a los títulos de crédito, y, por tanto, el que de buena fe adquiere la posesión de un título de éstos, sana los vicios del título, en virtud de haberlo adquirido, y se convierte en propietario; principio que supone un refuerzo para dar solidez a la posición del adquirente del título, y que presta seguridad a la circulación; y ese concepto de que el adquirente de la propiedad de un título de crédito adquiere originariamente el derecho de crédito, y el principio de que la posesión obtenida con buena fe de un título de crédito equivale a propiedad, se reúnen y apoyan recíprocamente. De suerte que, por un lado, el que con buena fe adquiere la posesión de un título de crédito puede oponerse a la demanda de reivindicación del propietario, fundado en que la posesión equivale al título, y, por otra parte, es el único acreedor para el deudor, y acreedor con derecho propio y autónomo, porque lo deriva, no de una transmisión viciosa, sino del hecho de ostentar la propiedad del título.

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN
DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

BIBLIOTECA FAC. DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES U. N. L.

CAPITULO III

Nacimiento, modificación y extinción de las relaciones jurídico-mercantiles.—Los actos jurídico-mercantiles.

§ 20.—Consideraciones generales.

Sumario: 71. Consideraciones generales. Especialidad del régimen de los hechos jurídicos en materia mercantil.

71. Hemos dicho que las relaciones jurídicas nacen, modifican y extinguen a consecuencia de la realización de un hecho llamado hecho jurídico (265); y los hechos productores de la creación, modificación o extinción de una relación jurídico-mercantil se pueden denominar «hechos jurídico-mercantiles».

De éstos, en general, no hay una teoría propia, y ello revela, más que nada, el carácter fragmentario del Derecho mercantil. Pocas son las normas de carácter general en materia mercantil derogatorias sobre actos y hechos jurídicos de las disposiciones de Derecho civil, y muy difícil construir una teoría general orgánica con el régimen especial que el Derecho mercantil da a cada hecho o acto jurídico; por consiguiente, habremos de limitarnos a mencionar aquellos puntos especiales de la teoría de los hechos jurídicos en que el Derecho mercantil presenta particularidades señaladas, u ofrece interés especial para las aplicaciones más importantes que de ella se hacen en materia comercial.

(265) *Bibliografía:* Acerca de la doctrina general de los actos jurídicos, consúltense las obras generales: Gianturco: *Sistema*, § 49; Chironi y Abello: *Trattato di Diritto civile italiano*, vol. I, págs. 351 y sigs.; Coviello: *Manuale di Diritto civile*, § 97; De Ruggiero: *Istituzioni di Diritto civile*, vol I, § 24; Windscheid: *Pandette*, I, § 67 y 68; Regelsberger: *Pandette*, I, § 129; Bierling: *Juristische Prinzipienlehre*, vol. II, Tubinga, 1898, § 20; Enneccerus: *Rechtsgeschäft, Bedingung und Anfangstermin*, Marburgo, 1888-1889, págs. 152 y siguientes.

Sabido es que los hechos jurídicos se dividen en:

A) Actos humanos, es decir, *actos que dependen de la voluntad del hombre*, y que a su vez se subdividen:

a) Actos lícitos, o sean, actos del hombre encaminados a un fin reconocido por el Derecho. Estos actos lícitos se subdividen a veces en

«) *Negocios jurídicos*. Declaraciones de voluntad, a las que la ley asigna efectos jurídicos.

ß) *Acciones humanas* productoras de un estado de hecho a que la ley asigna efectos jurídicos, como las edificaciones, plantaciones, tomas de agua.

En esta última clase de actos jurídicos cabe incluir los estados de hecho que motivan aquellos efectos jurídicos conocidos con el nombre *prescripción*, porque precisamente en ésta, como después veremos, hay un contenido negativo (el desuso de un derecho) o positivo (disfrute de hecho de un derecho), que, prolongado por un cierto tiempo, causa, respectivamente, la pérdida o adquisición del derecho.

b) Actos ilícitos, o sean, los actos del hombre encaminados a un fin prohibido por el Derecho, y que al realizarse originan consecuencias jurídicas perjudiciales para el que los ejecuta, es decir, que contrae una *responsabilidad*.

B) Hechos independientes de la voluntad humana, o sean, hechos del mundo exterior. El nacimiento, la muerte, el granizo, el naufragio, pérdida fortuita de la cosa, el aluvión, etc.

En materia mercantil, el régimen de los hechos jurídicos ofrece singularidades de cierto interés, sobre todo en los negocios jurídicos y en la prescripción.

SECCION I.—NEGOCIOS JURIDICOS MERCANTILES (266)

§ 21.—La forma en los negocios jurídicos mercantiles.

Sumario: 72. Consideraciones generales. Principio de libertad de forma y sus excepciones.—73. Negocios completamente formales: compra y venta de bienes inmuebles, contrato de ajuste de la tripulación; negocios rela-

(266) *Bibliografía*: Acerca de la teoría general de los negocios jurídicos, Chironi y Abello: *Trattato di Diritto civile italiano*, pág. 369; Coviello: *Manuale di Diritto civile;* De Ruggiero: *Istituzioni di Diritto civile*, vol. I, § 25;

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ®

tivamente formales: letra de cambio, préstamos a la gruesa o riesgo marítimo, contratos a plazo en bolsa; actos constitutivos de sociedades mercantiles.—*14*. Otros negocios jurídicos que deben constar por escrito según el Código de comercio. Efectos que produce la inobservancia de la forma.—75. Actos enumerados en el artículo 1.314 del Código civil; en cuál de ellos es necesaria la forma escrita, bajo pena de nulidad.—76. Negocios formales por voluntad de las partes.

72. Forma de los negocios jurídicos no es el medio empleado efectivamente por la parte para declarar su voluntad, porque entonces serían formales todos ellos; la forma consiste en el medio señalado por la ley para que se manifieste la voluntad en determinados casos. Los hay primeramente en que ésta deja en libertad de elegir el medio para esa manifestación, y hay otros en que la ley predetermina este medio; en el primer caso tenemos el negocio jurídico libre de forma o *no formal*, y en el segundo, de forma no libre o *formal* (267).

La libertad de formas es el principio general del Derecho civil, porque, habiendo reconocido el derecho moderno la autonomía de la voluntad privada como principio general, o sea, la regla de que toda declaración privada de voluntad, siempre que se encamina a un fin lícito, vincula jurídicamente al declarante sin necesidad de que el derecho determine previamente el fin, la consecuencia lógica de ello ha sido el reconocimiento de la absoluta libertad de elección de los medios para manifestar esa voluntad, a cuya gradual conquista de libertad de formas han cooperado válidamente el progreso de la cultura, la multiplicación de las relaciones económicas, la seguridad del cumplimiento del derecho derivada de la consolidación de la autoridad pública y de la justicia estatal. Y en materia civil hay un principio general de derecho que reconoce que la voluntad puede declararse en cualquier forma; esto no impide que, cuando exista un texto legal terminante que imponga en un caso particular una cierta forma, se dé el negocio formal; casos que son relativamense numerosos en el Derecho civil, pero siempre excepcionales, y, por tanto, de interpretación estricta.

En materia mercantil, ese principio de libertad de forma rige igualmente y con un gran fundamento económico, y, por tanto, de aplicación jurídica más amplia; porque, para las relaciones mercantiles, la sencillez de formas es exigida, por un lado, con motivo de la rapidez en que se desenvuelven y cruzan las relaciones económicas, y lo facilita, además, el grado superior de cultura, la costumbre de puntualidad y confianza recíprocas, difundidas ampliamente en el mundo comercial, que constituyen una verdadera necesidad para que viva y se desenvuelva el comercio; de suerte, que en nuestro derecho son limitadísimas las excepciones al dicho principio de libertad de la forma.

De igual suerte que en el Derecho civil, en el mercantil son dos las formas exigidas comúnmente: el *documento privado* y el *instrumento público*, en que la declaración de voluntad se recoge y consigna por escrito por un funcionario público; hay una formalidad especial que en materia mercantil tiene un gran campo de aplicación, y es el timbre que hay que adherir al documento en que esté redactada la escritura.

Hay en Derecho mercantil, como en Derecho civil, dos clases de negocios formales según la naturaleza de las consecuencias jurídicas que la ley une a la inobservancia de la forma. En primer lugar, ocurre algunas veces que la ley ordena una determinada forma bajo *pena de nulidad;* es decir, que declara ineficaz jurídicamente la voluntad expresada en forma distinta; otras veces, no declara ella totalmente ineficaz dicha declaración, pero asigna a ésta, cuando no se expresa en la forma prescrita, menor eficacia jurídica que a la manifestada en forma legal; la inobservancia en ambos casos repercute en la eficacia jurídica del negocio y causa la ineficacia total del primero y la parcial del segundo.

73. Seis son tan sólo los negocios jurídicos formales mercantiles, y de éstos únicamente dos lo son absolutamente formales, o sean:

V. Scialoja: *Responsabilità e volontà nei negozi giuridici*, Roma, 1885; Fadda: *Teoria del negozio giuridico*, Nápoles, 1909; Segre: *Studi sul concetto del negozio giuridico secondo il Diritto romano e il nuovo Diritto germanico*, en *Riv. ital. per le scienze giuridiche*, 1900; Scialoja (Antonio), en *Studi di Diritto privato*, Roma, 1906, pág. 3; Isay: *Die Willenserklärungen*, en *Thatbestande des Rechtsgeschäfts*, 1899; Margigke: *Anwendungsgebiet der Rechtsgeschäfte*, 1901; *Willenserklärung und Rechtsgeschäft*, 1907; Enneccerus: *Rechtsgeschäft, Bedingung und Anfangstermin*, Marburgo, 1889; Kindel: *Das Rechtgeschäft und sein Rechtsgrund*.

(267) *Bibliografía:* Vivante: *Trattato*, IV, § 116, págs. 66 y siguientes; Navarrini: *Trattato*, vol. II, págs. 197 y siguientes; Rocco, en *Riv. di. Dir. comm.*, 1903, II, 19; Coppa-Zuccari: en *Foro it.*, 1900, I, 11, 29; acerca de la forma de los negocios jurídicos en general, Windscheid: *Pandette*, I, § 72; Casimo: *Saggio sulla forma degli atti giuridici in materia civile e commerciale*, en *Arch. giur.*, 1896, 423; Ferrarini: *La forma degli atti giuridici*. Módena, 1898; Loewe: *Die Form der Rechtsgeschäfte*, 1899; Völderndorff: *Die Form der Rechtsgeschäfte nach allgemeinen Grundsätzen und positiven Rechte*, 1857; Frei: *Zur Lehre von der Form der Rechtsgeschäfte*, 1906; Franz: *Die Formbedurftigen Rechtsgeschäfte des Reichsprivatrechts*, Leipzig, 1907.

BIBLIOTECA FAC. DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES U. A. N. L.

1.° *Compra y venta de bienes inmuebles;* el último apartado del artículo 44 del Código de comercio invoca expresamente el cumplimiento en materia mercantil de las formalidades requeridas por el artículo 1.314 del Código civil, o sea, la escritura pública, bajo pena de nulidad.

2.° *Contratos de ajuste de la tripulación,* que es el contrato de arrendamiento de obra de la marinería de un buque, el cual, bajo pena de nulidad, según el artículo 522, debe constar por escrito y celebrarse ante la autoridad local de Marina, o del cónsul en país extranjero; de modo que, no sólo exige que se consigne por escrito, sino que ha de constar precisamente en un documento público; la causa de esta exigencia legal se halla, por un lado, en el deseo de protección a la gente de mar, y, por otro, en la necesidad de documentar de un modo indudable un negocio jurídico a que van unidas importantes consecuencias, tanto de derecho público como por los deberes especiales de disciplina que se exigen a la tripulación de la nave.

Son *relativamente formales*, o sea, ineficaces en parte, sólo cuando carezcan de la forma exigida, los negocios siguientes:

1.° *Letra de cambio* (artículos 251 y 254 del Código de comercio), que debe extenderse en papel timbrado, y, además, contener ciertos datos, señalados por la ley; formalismo rigurosísimo, porque, no sólo se exige la escritura, sino además, y *a priori*, el contenido de lo que ha de escribirse; la inobservancia de estas formas no se sanciona con la ineficacia total del negocio, sino con su ineficacia como tal letra de cambio, o sea, como negocio productor de efectos especiales jurídicos inherentes a la letra; mas, de todas suertes, surte los propios efectos de todo negocio jurídico.

2.° *Contrato de préstamo a la gruesa o riesgo marítimo;* que consiste en un mutuo con interés de índole especial, en que al mutuante se le reembolsa con el producto de las cosas que a este fin se designan (el buque, el flete o la carga, o parte del buque, del flete o de la carga), a condición de que buque y carga lleguen sin novedad a puerto; según el artículo 590, debe consignarse por escrito, porque, de no hacerlo, el negocio se resuelve en un mutuo común y sólo produce los intereses legales.

3.° *Los contratos de venta a plazos en la Bolsa,* en que los contratantes especulan con las diferencias entre la cotización que en el día tienen los títulos y la que puedan obtener transcurrido un cierto plazo: según las leyes de 14 de junio de 1874 y 13 de septiembre de 1876, se deben consignar por escrito en hojas timbradas que se venden en las dependencias de Hacienda, porque de otra suerte, y a semejanza de

los contratos corrientes de juego y apuestas, no dan al acreedor derecho para acudir a los Tribunales, es decir, que sólo engendran una simple excepción y no una acción. El régimen a que han sometido estos contratos las leyes posteriores de 20 de marzo de 1913, número 272, sobre el régimen de Bolsa, y la ley fiscal sobre estos contratos, aprobada por Real decreto de 30 de diciembre de 1923, número 3.278, es distinto; la falta de forma prescrita no anula ahora el contrato ni le priva completamente de todos sus efectos jurídicos; la limitación es solamente temporal; no pueden ejercitarse las acciones en juicio hasta que no se haya satisfecho el impuesto y la multa (arts. 51 de la primera ley citada y 13 de la segunda); pero, una vez probado el pago, queda expedita la vía judicial (268).

4.° *Actos constitutivos de sociedades mercantiles.*—Tanto las sociedades colectivas como las comanditarias simples mercantiles necesitan constituirse por escrito, y la escritura debe contener ciertos datos señalados por la ley, y además entregar un extracto de ella en la Secretaría del Tribunal a cuya jurisdicción pertenezca el domicilio social, para transcribirlo y fijarlo en los lugares que indica el artículo 90 (artículos 87, 88, 90 del Cód. de com.). La constitución de las sociedades en comandita y anónimas debe constar en escritura pública ante notario, y contener especiales datos, y librar copia literal de ella a la Secretaría del Tribunal, para que, una vez autorizada por éste, y mediante providencia, se transcriba y fije en la forma indicada en el artículo 90 (artículos 87, 89 y 91 del Cód. de com.): la falta de estas formalidades no motiva la nulidad total del acto constitutivo, aunque aminora su eficacia, porque la sociedad colectiva o en comandita simple, constituída irregularmente, puede ser disuelta a petición de un socio, y los suscriptores de acciones en la comandita de esta clase, y anónimas, quedan desligados de las obligaciones contraídas, a más de que hay, opiniones autorizadas que afirman que la falta de cumplimiento de las formalidades impide que la sociedad adquiera personalidad jurídica.

74. Además de estos negocios indiscutiblemente formales, hay otros en que ofrece duda este carácter.

En un primer grupo de ellos están cuantos, según el Código de comercio, deben consignarse por escrito, pero a cuya afirmación no agrega sanción alguna específica para el caso de incumplimiento

(268) Consúltese Ap. Génova, 7 julio 1916 *(Foro ital.*, 1916, 1.391); Ap. Milán, 6 marzo 1923 *(Mon. trib.*, 1923, 627). Consúltese también Cass. Florencia, 13 enero 1923 *(Dir. comm.*, 1923, 180).

BIBLIOTECA FAC. DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES U. A. N. L.
UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ®

de tal formalidad, y ese grupo es numerosísimo. En ese caso está contrato de seguros (art. 420 del Cód. de com.), el de prenda (45 de ídem), el de construcción de buques (481 de ídem), el de hipotec sobre el buque (485 de ídem), el de flete (547 de ídem); de mod que puede haber duda acerca de los efectos de la inobservancia d precepto legislativo que exige la escritura; y en estos casos, ¿habrá q estimarla como un elemento esencial del contrato, y, a falta de él, se total o parcialmente ineficaz? La duda la resuelve el art. 53, que te tualmente dice que, cuando el Código de comercio requiera la prue por escrito, no es admisible la de testigos sino en los casos en que permita el Código civil, y eso significa que la falta de escritura produ simplemente la consecuencia de limitar los medios de prueba, y c precisión la de excluir la de testigos; ya veremos a continuación cór la ley mercantil (art. 44) deroga las disposiciones restrictivas del 1.3 del Cód. civ. y autoriza al juez, en materia comercial, para admitir prueba testimonial en todos los casos. Ahora bien: este precepto lit ral del Código de comercio sufre una limitación en los casos en que ley mercantil prescribe la escritura sin agregar sanción especifica alg na; la sanción general, por consiguiente, de la inobservancia de es normas es volver a las disposiciones restrictivas del Código civil sea, a la exclusión de la prueba de testigos.

Evidentemente, semejante sanción no convierte estos negocios formales; pero la exclusión de la prueba de testigos influye en la pr ba y no en la eficacia del negocio; será más difícil ésta, pero siem posible, empleando aquellos otros medios admitidos en nuestra leg lación, salvo los testigos, para convencer al juez de la existencia de hecho jurídicamente conocido, como son la confesión, el interroga rio, el juramento (no las simples presunciones o indicios que están cluídos siempre que se rechaza la prueba de testigos, art. 1.354 del digo civil).

75. Más complicada es la cuestión en otro grupo de casos, o s en todos aquellos actos que, a tenor del 1.314 del Código civil, han consignarse por escrito, bajo pena de nulidad; actos que en mate civil tienen indudable carácter formal, y son:

1.° Los contratos de transmisión de bienes inmuebles o de bien y derechos susceptibles de hipoteca, salvo las disposiciones relativa la deuda pública;

2.° Los contratos en que se constituyan o modifiquen servidu bres prediales, o derechos de uso o de habitación, o transmitan el ej cicio del derecho de usufructo;

3.° La renuncia a los derechos enumerados en los dos epígrafes anteriores;

4.° Los contratos de arrendamiento de bienes inmuebles por más de nueve años;

5.° Los contratos de sociedad cuyo objeto sea el disfrute de bienes nmuebles, cuando la duración de ellas sea indeterminada o exceda de nueve años;

6.° Los actos constitutivos de renta, tanto perpetua como vitalicia;

7.° Las transacciones;

8.° Los demás actos especialmente señalados por la ley.

De todas estas clases de actos, el Código de comercio sólo tiene en uenta una: la de compra y venta de bienes inmuebles, respecto a los uales, y según el último apartado del art. 44 del Código de comercio, rige lo dispuesto en el 1.314 del Código civil»; de suerte, que la com- ra y venta de bienes inmuebles son, indudablemente, negocios forma- es en materia mercantil también, y en tal concepto los hemos estu- iado en otro lugar.

Pero ¿qué diremos de los demás actos que enumera el citado 1.314 a quienes no alude el Código de comercio? ¿Habrá que reputarlos rmales también en materia mercantil, y aplicarles en este campo gualmente el tan repetido art. 1.314 del Cod. civ.? Se discute, pero, a uestro juicio, la solución más correcta es negativa; no olvidemos que te último artículo citado no es aplicable en materia mercantil sino ando la ley comercial lo invoque expresamente, y sólo lo hace res- ecto a la compra y venta de inmuebles.

Esta nuestra opinión encuentra un sencillo, pero importante apoyo lo que sigue. Hay un principio general, que alienta en todo el sis- ma legal, de que las declaraciones de voluntad privadas se pueden oducir en cualquier forma: este principio sancionador de la libertad formas no consta expresamente en ningún artículo de la ley, pero induce del sistema entero y de la historia del derecho positivo vi- ente; y no cabe duda de que, para oponerse a él, es preciso una dis- osición especial que exija determinada forma en un negocio jurídico, ra que hayamos de considerarlo formal. Si existe en materia civil el incipio de libertad de formas, con mayor razón debe imperar en ma- ria comercial; una de las características de este derecho es su anti- rmulismo; por tanto, la repetida libertad de formas debe tenerse mo principio de Derecho mercantil, y ante él es muy significativo el encio del Código de comercio, que no es una laguna que haya que narse con el Código civil, sino una disposición implícita que envuel- la exclusión de toda formalidad.

BIBLIOTECA FAC. ECONOMÍA Y CIENCIAS SOCIALES U.A.N.L.
UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ®
DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

Al hablar de la interpretación (§ 12) hemos visto que no son lagunas los silencios todos del Derecho mercantil, sino que hay que distinguir entre silencio y silencio, y reconocer sólo la existencia de aquellas que puedan motivar la aplicación del Derecho civil a los solos casos en que la interpretación analógica y la busca de principios generales subsiguiente no permitan aclarar la norma o un principio de Derecho mercantil sancionado implícitamente; por lo tanto, en nuestro caso, el silencio de la ley mercantil no es una laguna que haya de salvarse merced al Derecho civil, sino simplemente una remisión tácita indudable al principio general de la libertad de forma. Acudir al artículo 1.314 del Código civil está fuera de lugar, porque, en todos los casos en que el Código de comercio no disponga otra cosa, debe imperar el principio general de libertad de formas; esto aparte de que es muy significativo el que el Código de comercio haya acudido al tan repetido artículo para citar uno solo de los actos formales que enumera, o sea, la compra venta de bienes inmuebles; si, por tanto, el Derecho mercantil invoca el Derecho civil, pero limitadamente, esa limitada invocación ha tenido que ser consciente y no puede verse en ello una laguna, o sea, un olvido; opinión que sólo unos pocos impugnan, y con razones muy endebles (269).

Se dice, primeramente, que el Código de comercio sólo atiende a la compra y venta de bienes inmuebles, y calla por completo respecto a los demás contratos que enumera el artículo 1.314 del Código civil; ahora bien: en virtud del artículo 1.° del Código de comercio, ante el silencio de la ley mercantil, y en el caso especial del artículo citado, se aplica el Derecho civil. Pero ya hemos visto lo falaz de estas razones, de que todo silencio de la ley mercantil debe ser considerado como laguna que habrá de llenar el Derecho civil, porque de esta suerte queda completamente excluída del ámbito de nuestro Derecho la interpretación analógica y la investigación de los principios generales, quedando reducida la interpretación a una mezquina y pedestre exégesis; hemos refutado ya esta doctrina, de la que se hace una aplicación infeliz a la materia, porque, en primer lugar, no es verdad que no puedan existir normas jurídicas mercantiles por encima de disposiciones expresas, sino todo lo contrario, puesto que en ésta, como en todas las demás ramas del Derecho, cabe interpretarlas con auxilio de todos los elementos de la interpretación literal, lógica y

(269) Manara: *Atti di commercio*, Turín, 1887, págs. 211 y siguientes; Giorgi: *Obbligazioni* (7.ª ed.), III, números 244 y 245, pág. 221; Parodi: en *Giur. ital.*, 1903, I, 1, 405.

analítica, y únicamente cuando ya los hayamos agotado inútilmente es cuando podemos declarar la existencia de una verdadera laguna y recurrir al Derecho civil (270).

Después se dice que el silencio del artículo 44 sobre la forma de los negocios mercantiles carece de significación, porque este artículo contiene disposiciones relativas a la prueba en materia comercial, y únicamente en el último apartado, por evidente error de método, varía de asunto y se ocupa de la forma; pero se añade que para la separación existente entre las instituciones de la forma y de la prueba, el principio de libertad de ésta, sancionado por el artículo 44, no implica realmente el principio de libertad de formas. A esto contestaremos que la inaplicabilidad del artículo 1.314 en materia comercial se desprende, no de que el artículo 44 sancione la libertad de prueba, sino precisamente del silencio de la ley mercantil respecto a la forma de los actos de que se ocupa el dicho 1.314; silencio que ya de por sí, e independientemente de lo que la ley dispone acerca de la prueba, significa el reconocimiento de la libertad de esas formas. Por lo demás, no cabe duda de que el principio de libertad de prueba, reconocido expresamente en el artículo 44, nos proporciona una nueva razón en favor de nuestra tesis; porque, si la ley declara que en materia mercantil es libre la prueba, supone, evidentemente, que también es libre la forma, porque la observancia de esta última se refiere a la validez jurídica del negocio, y no puede probarse sino lo que existe jurídicamente; de suerte que es inexacto el principio de separación entre la forma y la prueba, tal como lo exponen nuestros impugnadores. Forma y prueba son dos instituciones distintas, aun cuando la forma sea un requisito para la validez y eficacia jurídicas del negocio, y que la prueba tienda a la probanza ante el juez de un negocio jurídico existente y válido; pero diferenciación no es separación, sino, al contrario, forma y prueba tienen puntos de contacto y se influyen recíprocamente. En primer lugar, en los negocios formales realiza una doble función la forma: sirve para la constitución del Derecho y para probarlo, y así, en aquellos negocios en que se exige que consten por escrito, exhibiendo el documento en que consta celebrado el negocio, no sólo se prueba con ello la observancia de la forma necesaria para que exista, sino también se suministra la prueba de éste; en segundo término, como lo que en manera alguna puede probarse tampoco puede prácticamente tener eficacia jurídica, es evidente que, si se reconocen sólo ciertos medios probatorios determinados y se excluyen otros, al

(270) Véase más atrás, § 12.

BIBLIOTECA FAC. DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES U A N L
UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ®
DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

tratar de la prueba preconstituída, como, por ejemplo, la escritura, el negocio cuya prueba se limita, se equiparan a un negocio formal, y si es uno solo el medio de prueba reconocido, esa limitación equivale a imponer una forma; así, por ejemplo, si se dice que un cierto acto no puede realizarse más que por escrito, o que sólo puede probarse mediante documento escrito, la cosa es igual; de modo que cuando la ley diga que un determinado acto puede probarse en cualquier forma, equivale a decir que aquél puede realizarse como se quiera, y esto es, precisamente, el caso del artículo 44 del Código de comercio.

También se invocan los trabajos preparatorios del Código de comercio (271), en los que se dice que la ley mercantil no se propone prescindir de la necesidad de la forma escrita en los contratos de transmisión de la propiedad de bienes inmuebles y de otros susceptibles de hipoteca, ampliándose de esta suerte el alcance del apartado último del artículo 1.314. Para impugnar esto, baste decir que se trata de opiniones expuestas en las discusiones parlamentarias y contradichas por otras en la discusión misma y documentos legislativos, por lo que no cabe deducir razón alguna de esos trabajos contra la opinión que combatimos.

Por último, se recuerda la necesidad de escritura en los contratos enumerados en el artículo 1.314 para poder inscribirlos; pero es el caso de que no todos esos actos necesitan ser inscritos (por ejemplo: las transacciones y constitución de rentas, según los artículos 1.932, 1.933 del Código civil); y hay actos, además, que deben inscribirse y para los cuales no se requiere la forma escrita, como, por ejemplo, la cesión de arriendos o alquileres por plazo superior a tres años, número 7 del artículo 1.932 del Código civil; los contratos relativos a la construcción de buques; los de enajenación o cesión de estos últimos; los de hipoteca naval, artículos 481, 482, 485 y 486 del Código de comercio, que, aun debiendo ser transcritos, no exige que consten por escrito si han de ser eficaces entre las partes. Quiere esto decir que en los casos en que la inscripción es necesaria, hasta que esto se realiza no produce efectos respecto a terceros, pero es perfectamente válida entre las partes, a pesar de la falta de escritura y de la inscripción; y esto basta para negar que deban reputarse formales. Por lo demás, nadie ha dicho que no puedan transcribirse también negocios no consignados por escrito, como ocurre con las sentencias que reconozcan la existencia de un negocio y que se declare inscribible, y frecuentes son los casos en que la ley exige que se inscriba una sentencia (números 4 y 8 del art. 1.932, 1.934 y 1.935 del Código civil) (272).

(271) *Lavori preparatori del Codice di commercio: Atti parlamentari*, vol. II, parte II, págs. 370-371. (Discurso del «relatore» Pasquali al Congreso de los Diputados.)

(272) Conforme a cuanto queda dicho en el texto, es opinión dominante que no puede aplicarse íntegramente en materia comercial el artículo 1.314 del Cód. civ.: Vivante: *Trattato*, IV, n. 1.578; Vidari: *Corso di Dir. commerciale*, n. 2.392; Navarrini: *Trattato*, II, n. 494 y siguientes; Mattirolo: *Diritto giud. e proc. civ.*, II, n. 418 y siguientes; Lessona: *Teoria delle prove*, 3.ª ed., vol. III, Florencia, 1922, números 196 y 198; Chironi y Abello: *Trattato di Dir. civ. ital.*, pág. 616; Coppa-Zuccari: en *Foro ital.*, 1900, I, 1.129; Belotti: en *Giur. ital.*, 1903, I, 1, 180. En contra, Manara: *Atti di commercio*, número 119; Giorgi: *Obbligaz.*, 7.ª ed., III, n. 203, pág. 244. La opinión más reciente entre los tratadistas propende a separar de los demás (núms. 6 y 7) los actos enumerados en el artículo 1.314 del Cód. civil, relativo al régimen de la propiedad inmobiliaria (núms. 1-5); éstos los estiman aplicables a la materia comercial, porque del núm. 3 del artículo 3.° y último apartado del 44 del Cód. de com. se deduce el principio general de que, aun en materia mercantil, se rige por el Derecho civil la propiedad inmueble; véase Vivante, 5.ª ed., IV, n. 1.578. Paréceme difícil deducir un principio general de preceptos como ese artículo 44, que tiene un carácter excepcional; en el llamado régimen de la propiedad inmueble hay que distinguir: los derechos reales sobre inmuebles considerados en sí y como absolutos, no cabe duda de que se rigen por el Derecho civil, no porque, en general, pueda pensarse en un derecho real, o, en general, en un derecho absoluto mercantil, sino porque el Código de Comercio no contiene disposición alguna acerca del régimen de los derechos reales inmobiliarios, cuya disciplina hay que buscarla, por eso, en el Código civil; en cambio, los negocios jurídicos generadores de relaciones de obligación y estas mismas relaciones obligacionales, cuando su objeto sea transmitir de la propiedad u otros derechos reales sobre bienes inmuebles, como, por ejemplo, la compraventa de éstos, pueden perfectamente tener carácter comercial y, por lo tanto, regirlos el Derecho mercantil y aplicársele el principio de la libertad de formas.

Respecto a la jurisprudencia, ésta ha declarado multitud de veces que no es la forma escrita requisito indispensable en las transacciones mercantiles y, que, por tanto, pueden probarse en esta materia testificalmente las transmisiones; principio confirmado reiteradamente por la jurisprudencia del Tribunal Supremo del Reino, que ya anteriormente lo había así declarado en los Tribunales de Casación regionales (a), Trib. Supr. del Reino, 20 febrero 1925, en *Giur. ital.*, 1925; 28 julio 1925 (sentencia, aún inédita, n. 1.325), en *Repertorio del Foro ital.*, 1925, palabra *Transacción*, n. 4; y, por último, Salas reunidas, 10 marzo 1926 (*Giur. ital.*, 1926, I, 1, 417). Véase, además, Cass. Turín, 22 noviembre 1902 *(Riv. di Diritto comm.*, 1903, II, 19, anotado por Rocco, en

(a) Hasta fecha reciente hubo en Italia varios Tribunales de Casación; hoy sólo existe el de Roma.—*(N. del T.)*

BIBLIOTECA FAC. DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES U. A. N. L.

76. A más de los casos que acabamos de citar, en que la ley ordena el empleo de una determinada forma, cuya inobservancia, de un modo absoluto o relativo, repercute en la eficacia jurídica del negocio, o bien influye como limitando la acción de la prueba testimonial existen negocios formales por voluntad de las partes; no puede negarse a éstas la facultad de convenir la forma determinada, documento privado o público, que haya de revestir cierto negocio jurídico o para condicionar con ésta la perfección misma del negocio, ya para formalizar el documento demostrativo de la perfección del negocio: en el primer caso, esa forma se exige *ab substantiam*, y en el segundo, *ad probationem*.

---

que se cita la jurisprudencia más antigua; Cass. Florencia, 11 mayo 1907 (*Giur. ital.*, 1907, 1, 1, 761); Cass. Turín, 21 octubre 1908 (*Giur. ital.*, I, 1, 29); Ap. Venecia, 14 abril 1910 (*Riv. di Diritto comm.*, 1910, II, 760); Ap. Turín, 27 abril 1914 (*Giust. amm.*, 1914, 1.094); Ap. Palermo, 17 julio 1914 (*Mon. trib.*, 1914, 993); Ap. Milán, 3 agosto 1915 (*Temi lomb.*, 1915, 724); 28 julio 1916 (*Mon. trib.*, 1916, 712); 13 enero 1917 (*Riv. di Dir. comm.*, 1917, II, 365); Cass. Roma, 28 mayo 1918 (*Giur. ital.*, 1918, I, 1, 847.). Hay algún fallo aislado disconforme, como, por ejemplo, Ap. Palermo, 25 febrero 1924 (*Mon. trib.*, 1924, 906); pero carece de importancia, sobre todo después de las reiteradas sentencias del Tribunal Supremo del Reino.

Lo dicho respecto a las transacciones puede aplicarse a las constituciones de renta en que no medien bienes inmuebles (Cass. Roma, 30 mavo 1899, en *Foro ital.*, 1899, I, 740).

Vacila la jurisprudencia cuando se trata de arrendamientos por más de nueve años; declaran que no es indispensable que consten por escrito los arrendamientos por ese plazo: Ap. Turín, 12 febrero 1915 (*Giur. ital.*, 1915, I, 2, 259); en sentido opuesto, véase Cass. Turín, 29 marzo 1892 (*Legge*, 1892, II, 683); quizá como tendencia la apunta asimismo el fallo de la Cass. de Roma de 6 diciembre 1915 (*Giur. ital.*, 1916, I, 1, 29). Claro está que la cuestión atañe tan sólo a la validez del contrato en sí mismo y su prueba entre las partes, porque respecto a terceros subsiste en todo vigor y eficacia lo dispuesto en el Código civil sobre la necesidad de la inscripción de esos arrendamientos (núm. 5 del art. 1.932 del Cód. civ.), de igual suerte que en los de menos de nueve años, les es aplicable lo dispuesto en el 1.597 del propio Código civil, que obliga al adquirente a respetar los arrendamientos únicamente anteriores a la venta y que consten en documento público o privado, pero de fecha cierta.

La jurisprudencia del Tribunal Supremo del Reino vacila sobre si, tratándose de arrendamientos mercantiles, puede probarse la fecha cierta a fines del artículo 1.597 del Cód. civ. y a tenor del apartado del artículo 55 del Código de com.; véase en contrario la sentencia de 30 de junio de 1926 (*Giur. ital.*, 1926, I, 1, 971), y la de 10 de abril de 1924 (*Ivi*, 1924, I, 1, 378).

De modo que si las partes estipulan la necesidad de la forma escrita para perfeccionar el negocio jurídico, que, según la ley, no requiere forma determinada, el negocio se reputa formal por voluntad de las partes, y queda sujeto al régimen mismo establecido para los negocios declarados formales por la ley, y en tanto que la forma convenida no se dé, el negocio es inexistente; y será cuestión de interpretación de la voluntad si nos hallamos entre tanto ante un contrato preliminar obligatorio para las partes, o ante una simple conversación que no vincula a nadie; pero, aun cuando admitiésemos la existencia de un contrato preliminar, su contenido consistiría únicamente en la obligación de llegar a la futura celebración del negocio jurídico en la forma convenida, o sea, que no habría sino una obligación de hacer no coactiva, según nuestro Código, y aun cuando la infracción a este deber suscitara el resarcimiento de daños, imposibilitaría la perfección del negocio.

Pero si las partes estipulan la forma escrita sólo como garantía, únicamente *ad probationem*, el negocio preexiste a lo escrito, se perfecciona con la declaración de voluntad, y si el documento no se redacta después, podrá probarse la relación obligatoria con los medios reconocidos por la ley, a tenor del artículo 44 del Código de comercio: si las partes llegan a formular el escrito, quedará limitada la admisión de prueba de testigos, de igual suerte que ocurre con los negocios jurídicos que la ley exige consten por escrito, sin que vaya la disposición seguida de sanción alguna (273).

En caso de duda acerca de la intención de las partes, doctrina y jurisprudencia propenden a considerar lo convenido por los interesados sobre la forma escrita, más bien con fines probatorios que constitutivos (274).

Pueden surgir dificultades especiales sobre la admisibilidad de prueba deducida independientemente del escrito, o sea, en caso de desistir las partes del contrato o en el de convenios posteriores no formales a aquel formal, o, por último, cuando haya discrepancia entre

---

(273) En este sentido, Segré, en *Riv. di Dir. comm.*, 1920, II, pág. 200; en contra, Vivante: *Trattato*, IV, n. 1.580, quien opina que el principio del artículo 53 del Cód. de com. se limita a los contratos en que el Código, no los contrayentes, exige prueba escrita. Otros, por el contrario, creen que debe prohibirse en estos casos la prueba de testigos. Navarrini: *Trattato*, V, números 2.074, 2.075.

(274) Véase Cass. Roma, 26 julio 1919 (*Riv. di Dir. comm.*, 1920, II, 197).

BIBLIOTECA FAC. DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES U. A. N. L.

el documento escrito que se quiso como documento probatorio y el contrato anteriormente ya perfecto (275).

§ 22.— La representación en los negocios jurídicos mercantiles.

Sumario: 77. I. *Concepto de representación.*—Principio en el derecho moderno de admisión libre de la representación.—78. II. *Fundamento de la representación.* Objeto final de las declaraciones de voluntad. Distinción entre los sujetos de la voluntad y destinatarios del fin. Actuación por cuenta de otro. Organos deliberantes representativos.—79. III. *La representación y demás instituciones afines:* representación y prestación de obra. *Nuncius.* Responsabilidad por el hecho ilícito ajeno. Relaciones entre personas jurídicas y sus órganos deliberantes.—80. Relaciones entre la representación, mandato y arrendamiento de obra.—81. IV. *Presupuestos de la representación: a)* Facultad de representar; representación legal y representación voluntaria.—82. Negocio constitutivo de la representación. Procura y negocio representativo. Forma de la procura.—83. Voluntad del representante en la celebración del negocio representativo. Falta de representación; representación aparente.—84. *b) Contemplatio domini.*—85. *c)* Actuación dentro de los límites del poder: representantes que se extralimitan de sus poderes.—86. V. *Formas especiales de la representación mercantil. a) Representación instituyente*: naturaleza de la relación interna que vincula al factor con el principal; representación del factor; su fuente; extensión de esa representación.—87. La procura instituyente; procura publicada y no publicada. Límites de la primera: actos necesarios y actos correspondientes al ejercicio del comercio a que está adscrito el factor. Contenido normal de la procura instituyente; representación procesal; su carácter.—88. Obligaciones y responsabilidad del factor.—89. Normas especiales acerca de la *contemplatio domini,* en la representación instituyente. Requisitos de la *contemplatio domini* en los contratos por escrito; el artículo 371 del Código de comercio. Presunción de la *contemplatio domini.*—90. Revocación de la procura instituyente; publicidad; su falta; efectos.—Revocación de la procura no publicada.—91. *b) Representación de los comisionistas viajantes*: concepto general. Importancia y utilidad de su función.—92. Clases distintas de comisionistas viajantes. Comisionistas viajantes con representación. Naturaleza de la relación interna.—93. Especialidad de la representación de los comisionistas viajantes: forma de la procura; su contenido y límites. La *contemplatio domini.*—94. *c) Representación de los comisionistas del negocio.* Concepto y límites de la procura.—95. *d) Representación de los consignatarios:* su concepto, función y representación.

(275) Acerca de esto, véase especialmente Segrè: *Sulla posteriore documentazione di un contratto,* en *Riv. di Dir. comm.*, 1920, II, 197 y siguientes; Mossa: *La documentazione del contenuto contrattuale,* en *Riv. di Dir. comm.*, 1919, I, 414 y siguientes. Véase, además, Vivante: *Trattato,* IV, números 1.579 y sigs.; Navarrini: *Trattato,* V, núms. 2.072 y siguientes.

77. I. *Concepto de la representación* (276).—El Derecho no sólo tiene como fin la conservación de la sociedad, sino, además, la cooperación social, y a esta última está encaminado todo el derecho contractual y buena parte del derecho privado patrimonial, aun el no contractual; y la institución de derecho privado que más eficacia presta para el ejercicio del principio de la cooperación social es la representación que permite obrar jurídicamente, por medio de otro, a las personas físicas, a más de ser condición necesaria de existencia de las jurídicas, que sólo por medio de personas físicas pueden producirse.

Es la representación una institución jurídica mediante la que una persona llamada representante da vida a un negocio jurídico en nombre de otra que se denomina representado, en forma tal, que el negocio se considera como creado directamente por ésta y a ella pasan inmediatamente los derechos y obligaciones que nacen del negocio.

El Derecho romano desconoció esta institución; no pudo concebir que el acto jurídico realizado por una persona pudiese nunca surtir efectos directamente respecto a otra: y aun cuando hoy algunos opinan que singularmente en la compilación justinianea está reconocida, a los romanistas de nuestra época les parece, en general, ajena al Derecho romano; ello obedece principalmente a la organización de la familia romana que autorizaba al *pater familias* para adquirir, mediante los hijos y los esclavos, y, por tanto, sobraba una institución enca-

(276) *Bibliografía:* Vivante: *Trattato,* I, § 26, pág. 262; Navarrini: *Trattato,* II, n. 470 y sigs.; Sraffa: *Del mandato commerciale e della commissione,* en el *Comm. al Cod. di comm.*, vol. IV; Valeri: *Del mandato commerciale e della commissione,* en el *Cód. di comm. annotato,* pág. 96; Tartufari: *Della rappresentanza nella conclusione dei contratti,* Turín, 1892; Nattini: *La dottrina generale della procura. La rappresentanza,* Milán, 1910; Pacchioni: *La teoria moderna sulla rappresentanza* en Baudry-Lacantinerie y Wahl: *Dei contratti aleatori,* pág. 755; Fadda y Bensa: *Note al Windscheid,* I, págs. 907 y sigs.; Chironi y Abello: *Trattato,* I, pág. 411; Coviello: *Manuale di Dir. civ.*, I, § 125, 128; De Ruggiero: *Istituzioni di Dir. civ.*, I, § 28; Pilon: *Essai d'une théorie générale de la représentation dans les obligations,* París, 1918; Biermann, *Lehre von der Vertretung und Vollmacht,* en *Festgaben für Dernburg,* 1900; Scholossmann. *Die Lehre von der Vertretung inbesondere bei obligatorischen Verträgen,* 1900; Mitteis: *Die Lehre von der Stellvertretung nach römisch. Recht,* 1885; Buchka: *Die Lehre von der Stellvertretung,* 1882.

BIBLIOTECA FAC. DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES U. A. N. L.

minada a conseguir el mismo fin. La representación como institución jurídica se afirma en los siglos XIV y XV, debido al influjo del Derecho canónico, y hoy el derecho moderno arranca de un principio naturalmente opuesto al del Derecho romano, o sea, el absoluto y general reconocimiento de la representación en los negocios jurídicos, a cuyo resultado contribuyeron la desaparición de la esclavitud y las modificaciones sucesivas que sufrió la constitución de la familia, sobre todo la patria potestad, y al haber llegado a la imposibilidad de la adquisición de derechos mediante los hijos y los esclavos, se ha impuesto la necesidad de una institución que permita obrar jurídicamente, por medio de otras personas, de una manera sencilla y segura, y de cuya necesidad ha surgido la institución de la representación.

Esa necesidad de la cooperación ajena en la formación de los negocios jurídicos se experimenta más enérgicamente en las relaciones mercantiles, que han sido siempre más amplias y complicadas. Para el comercio que fué local primero, nacional después, más tarde internacional, y, por último, universal, es necesario realizar simultáneamente negocios en lugar distinto, y de ahí la posibilidad de obrar y formalizar negocios mediante otros; es, por consiguiente, la representación un instituto del mayor interés para las relaciones mercantiles, y que en esta materia encuentra aplicación más extensa.

Por eso, en todas las legislaciones está inscrito implícita o explícitamente el principio del reconocimiento libre de la representación, y si bien algunas legislaciones, como la alemana (Código civil de 1896, párrafos 164-181), la tratan de una manera especial, sólo indirectamente lo hace la legislación italiana, aun cuando no ofrezca duda su existencia en virtud de multitud de disposiciones que encontramos, tanto en el Código civil, artículos 1.744, 1.728 y 1.752, como en los 349, 350, 368, 106, 116, 122 y 491 del Código de comercio.

78. II. *Fundamento jurídico de la representación.*—Por lo general, no se define, sino que se describe esta institución, según hemos visto en lo que hemos expuesto más arriba.

Porque cuando se dice que en la representación las declaraciones de voluntad del representante producen sus efectos jurídicos directamente para el representado, no se hace más que describir los efectos de la misma, pero no se expresa la causa de este fenómeno jurídico, de que el hecho realizado por una persona sea considerado como si lo ejecutase otra; y la dificultad de un concepto lógico de tal fenómeno acaso no fuera extraña a la repugnancia mostrada por los romanos a la representación, y hay que sumarlo probablemente a los motivos

históricos y económicos de que en el Derecho romano prevaleciese como norma el principio *per extraneam personam nobis adquiri non potest.*

Hay, pues, que proceder a investigar, cosa que acostumbran a olvidar los tratadistas italianos, cuál sea el fundamento jurídico de la representación.

El punto de arranque es muy sencillo: hemos visto que entre los hechos jurídicos, es decir, entre los hechos a los que el Derecho asigna eficacia jurídica, tienen importancia grandísima, mejor dicho, preponderante, los hechos humanos voluntarios. Primeramente, el Derecho reconoce a la voluntad humana importancia jurídica, de varios modos y en diversas formas: puede, primeramente, tomar en consideración, de modo preferente, el hecho material, producto de un acto humano voluntario, y, por lo tanto, las modificaciones del mundo exterior, consecuencia de esas acciones humanas, como, por ejemplo, la edificación de una casa, la plantación de árboles, la apertura de un camino, la fabricación de la mercancía, consecuencias perfectamente lícitas y sancionadas por el Derecho, o bien, el daño de una cosa o la lesión de la integridad física de una persona, causada por otra, consecuencia ilícita, y que el Derecho veda. En segundo lugar, y éste es el caso quizá más importante, puede el Derecho atribuir eficacia a la voluntad humana, pero sólo en cuanto ésta se afirma, y el Derecho entonces no considera las modificaciones que en el mundo exterior son consecuencia del acto voluntario, sino la determinación en sí misma; y natural es que en este caso haya de manifestarse externamente la voluntad, aun cuando esto sea una mera condición necesaria para que se conozca el acto volitivo y pase del momento de intención al de acción; ahora, lo que el Derecho considera, no son las consecuencias del acto de voluntad, sino la voluntad en sí. En el primer caso, el Derecho enlaza al hecho externo, consecuencia jurídica, como secuela de un acto voluntario; pero en el segundo atribuye esas consecuencias al acto de voluntad, y aquí tenemos la oposición que advertimos entre los hechos jurídicos materiales lícitos e ilícitos, y declaración de voluntad.

Pero la voluntad humana, bien motive materiales modificaciones del mundo exterior, bien se limite a afirmarse mediante una declaración, va siempre dirigida a un objeto, y Jellinek ya hubo de notar acertadamente que no se puede querer *simpliciter*, sino que hay que querer algo (277); a lo cual añadimos nosotros que ocurre esto porque

(277) Jellinek: *Teoria dei diritti pubblici subicttivi*, trad. ital., Milán, 1912, pág. 49.

BIBLIOTECA FAC. DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES U. A. N. L.

el hombre se determina siempre por motivos, y en la serie de motivos conscios que determinan el acto de voluntad hay siempre uno inicial, que, en cuanto es considerado como contenido de dicho acto, constituye el *objeto final* o simplemente el *objeto;* en tanto que la *causa* es el motivo más próximo determinante de la voluntad, el *objeto* es el motivo primero o inicial suscitado por la serie de movimientos psíquicos de los cuales se deriva el acto de voluntad, y que constituye el objeto último de ésta.

El objeto final a que se dirige el acto de voluntad, por lo general, es un bien o un interés (278) de la persona que realiza el acto; pero puede ocurrir también que el objeto final del acto no sea un interés del agente, sino un interés ajeno, cosa frecuentisima, porque en la sociedad humana el fenómeno de la cooperación es muy común, y por ello puede decirse que la recíproca cooperación entre los hombres es precisamente uno de los aspectos fundamentales de la vida civil; y en estos casos se da una falta de coincidencia entre el destinatario del objeto o sujeto del interés y el sujeto de voluntad.

Y puede ocurrir que esta separación permanezca oculta, es decir, que el objeto final de la acción no salga del mundo interno y no se manifieste exteriormente en el acto, y en este caso, el Derecho no toma en consideración el objeto final oculto y desconocido, sino solamente atiende al objeto manifiesto, y como éste es un objeto del sujeto agente, toma en consideración el acto como dirigido a realizar o a satisfacer un interés del agente.

Mas también puede suceder que la falta de coincidencia entre el sujeto de voluntad y destinatario del objeto, aparezca externamente en el acto; y en este caso adquiere importancia jurídica esa tal separación. No es cierto lo que comúnmente se dice de que el Derecho considere sólo el motivo próximo de la acción o causa, y no los demás motivos que lo precedieron, o, mejor dicho, sólo es cierto esto respecto al problema de la validez de las declaraciones de voluntad, porque no cabe duda de que para juzgar acerca de la validez de éstas sólo se atiende al motivo próximo o causa; pero si, en cambio, se mira al problema del destino de los efectos jurídicos del humano, y especialmente de la declaración de voluntad, aparece entonces en juego el motivo

(278) Bien, interés, objeto o fin son conceptos equivalentes en realidad; *bien* es todo cuanto puede servir para satisfacer las necesidades humanas; *interés* es todo bien referido a un sujeto determinado, y se le considera reconocido por éste; *objeto* o fin es el bien o el interés en tanto lo persigue la voluntad.

inicial u objeto último, porque precisamente éste es el que señala el destinatario de los efectos jurídicos del acto.

Así sabemos que el Derecho, en sentido objetivo, es esencialmente garantía de fines o protección de intereses, y que, a su vez, el derecho subjetivo es precisamente un interés jurídicamente protegido, lo cual significa que para señalar el verdadero destinatario del efecto jurídico, y, por tanto, el del derecho subjetivo, hay que tener en cuenta el destinatario del objeto que se trata de proteger, el interés que quiere tutelarse. El sujeto de la voluntad manifestada para obtener el objeto, no es tan importante; porque, si es cierto que es necesario siempre acto de voluntad para realizar un objeto o fin, también es posible siempre que el fin de un sujeto se realice mediante el acto de otro sujeto.

De suerte que, cuando la separación o distinción entre sujeto del acto y destinatario del objeto o fin aparezca en aquél externamente, los efectos jurídicos de dicho acto se producen en la persona del destinatario del objeto, o, en otras palabras, el destinatario del objeto adviene titular de las relaciones jurídicas derivadas del acto.

Respecto a este fenómeno de separación o distinción entre autor del acto y destinatario del objeto o fin, debe distinguirse entre actos materiales y declaraciones de voluntad, no porque sea substancialmente distinto el fenómeno en los dos casos, sino porque se producen un tanto diversamente.

Cuando se trata de hechos materiales, los efectos jurídicos beneficiosos (adquisición de derechos) o dañosos (responsabilidad) que de ellos se derivan, conforme sean lícitos o ilícitos, repercuten en la persona del destinatario del objeto, siempre que el autor de la acción o acto aparezca autorizado para actuar en interés ajeno; por consiguiente, es necesario que se den estas dos condiciones para que se produzca el efecto jurídico en la persona del destinatario del objeto o fin: que exista una autorización para obrar por otro, y que esta autorización se conozca o deduzca, bien de la forma misma en que se manifieste la acción, bien por otras circunstancias extrínsecas del acto; pero adviértase que no es necesaria una autorización especial para realizar esa acción, sino que basta con una genérica para obrar; y esto explica que se edifique, o plante, o produzca una mercancía, en interés de otro, o, como suele decirse, por cuenta de otro, y, en general, quien ejecuta una obra material para otro hace que éste adquiera la propiedad de la obra, como explica también el que aquel que ejecuta un acto ilícito y obra en interés de otro, hace al destinatario del objeto en consecución del cual se comete la acción ilícita responsable de éste (apartado 3.°, art. 1.153 del Código civil).

BIBLIOTECA FAC. DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES U. A. N. L.

En materia de declaración de voluntad, ya el fenómeno se nos ofrece algo más complicado; aquí también, cuando el declarante no es el destinatario del objeto a que la voluntad se refiere, los efectos jurídicos se dan en la persona del destinatario; y asimismo aquí también se necesita que el declarante esté autorizado para obrar por otro, y que esa autorización esté exteriorizada, aun cuando hay que distinguir según el modo en que deban exteriorizarse el acto con destino ajeno de la declaración de voluntad y la autorización para realizarla.

A) En un primer grupo de casos, este procedimiento de exteriorización es más elemental, y no sale del grupo de personas interesadas directamente, o sea, del destinatario de la voluntad y del autor de la declaración, es decir, que es un conocimiento puramente interno que no llega a los terceros a quienes va dirigida la declaración de voluntad.

B) En el segundo grupo, en cambio, el procedimiento de exteriorización del vínculo en cuya virtud obra jurídicamente una persona en interés de otra es completo, y llega hasta la manifestación a los terceros; *en este segundo caso es cuando hay precisamente representación.*

Es, pues, la representación *uno de los casos de falta de coincidencia entre el sujeto del acto y el destinatario del objeto a quien va dirigido aquél*, y, por tanto, uno de los casos en que la acción o acto de un sujeto surte efectos jurídicos respecto a otro sujeto; el fenómeno mismo que hemos visto realizarse también respecto a los hechos materiales, aun cuando la representación en sentido propio sólo se da en los negocios jurídicos, o sea, en las declaraciones de voluntad, también en el campo de ésta la representación no es el único caso de separación entre el autor del acto y destinatario del objeto, sino sólo el caso más acabado: aquel en que la separación nace de las relaciones internas y se da a conocer a los terceros a quienes va dirigida la tal declaración.

Si denominamos con la palabra genérica *órgano*, que quiere decir simplemente instrumento, al que da vida a una declaración de voluntad para un fin ajeno, podemos distinguir dos clases de órganos:

a) Organos *puros* o *simples*, o también órganos deliberantes, que se dan siempre que la relación permanece puramente interna, esto es, que no se da a conocer a los terceros al declarar la voluntad; y a esta clase de órganos pertenecen todos los llamados órganos deliberantes de las personas jurídicas, como Cámara, Senado, Ayuntamiento, Junta y Consejo de Administración de una Sociedad anónima, y ciertas figuras jurídicas del derecho privado, como, por ejemplo, el comisionista, que, según el Código de comercio (arts. 380 y 381), obra en nombre propio, aunque por cuenta ajena, que es la fórmula con la que la ley quiere significar que es puramente interna la separación entre sujeto de la declaración de voluntad y sujeto del fin.

b) Organos *representativos* o *representantes*, que son aquellos en que el sujeto de la declaración de voluntad obra para fines ajenos, y la separación entre el sujeto de ella y el destinatario de éstos se conoce por los terceros a quienes va dirigida la declaración, de suerte que la relación del órgano es externa.

Para concluir, podemos definir ahora de modo más preciso la representación, situación jurídica mediante la que se da vida por alguien a una declaración de voluntad para realizar un fin, cuyo destinatario es otro sujeto, haciendo conocer a los terceros a quienes va dirigida la declaración que aquél obra en interés ajeno y, consiguientemente, que todos los efectos jurídicos de esa declaración de voluntad se producen respecto al sujeto en cuyo interés ha obrado aquél.

El actuar para fines ajenos se suele designar con la frase de *obrar por cuenta de otro*, y el obrar, dando a conocer al tercero a quien la declaración de voluntad va dirigida, a que el fin del acto es servir un interés ajeno, designase con la frase *obrar en nombre de otro;* por tanto, se pueden resumir brevemente las características de la representación diciendo que ésta consiste en *obrar en nombre y en interés de otro.*

Sentado, pues, el concepto y fundamento jurídico de la representación, ya es relativamente fácil resolver las distintas cuestiones que se suscitan respecto a esta materia.

79. III. *La representación y demás instituciones afines.*—El primer grupo de cuestiones se refiere a las diferencias y relaciones existentes entre la representación y otras figuras jurídicas que pueden confundirse con ellas fácilmente, a causa de que pertenecen, con la representación, al grupo más general de casos en que el acto de un sujeto tiende a realizar un fin cuyo destinatario es otro sujeto.

A) Hay que distinguir, en primer lugar, la representación, de aquellos otros casos en que se da vida a un acto material para un fin ajeno, en los que no hay representación, sino *prestación de obra.* La diferencia entre ambas consiste substancialmente en que la segunda se obra por otro, dando vida a un acto material, en tanto que en la representación se crea una declaración de voluntad. Ya más atrás hemos

BIBLIOTECA FAC. DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES U. A. N. L.

señalado la diferencia que hay entre el hecho material y la declaración de voluntad, que consiste principalmente en que el hecho material es un acto voluntario, pero en el que la ley toma en consideración, sobre todo, las modificaciones que causa la voluntad humana en el mundo exterior, y a *estas* modificaciones atribuye efectos jurídicos; en tanto que en las declaraciones de voluntad o negocios jurídicos la ley asigna efectos a la manifestación de voluntad *como tal*.

Las prestaciones de obra en todas sus formas son, por tanto, cosa distinta de la representación, lo mismo que sean a título gratuito que a título oneroso, que son la clase más importante, y es conocida con el nombre de *arrendamiento de obra*.

En la prestación de obra en general, y singularmente en el arrendamiento de obra, el que la ejecuta pone a disposición de otro su aptitud para la producción de un resultado beneficioso a este último; de modo que en la prestación de obra se dan precisamente estas cualidades (prestaciones de obra y particularmente *arrendamientos de obra)* o estos resultados (prestaciones y en particular arrendamiento de obra), lo constitutivo del objeto de la prestación. En cambio, en la representación, el representante sólo pone a disposición de otro su aptitud para querer, es decir, para realizar un acto de voluntad, y aunque es muy cierto que cuando al vínculo jurídico de prestación de obra se une otro de representación, caso frecuente, porque hay ejemplos en que se acoplan el arrendamiento de obra y la representación, y no sólo cuando se trata de realizar algo intelectual, sino también cuando ese arrendamiento consiste en un acto puramente manual. En el arrendamiento de obra intelectual (adviértase que es cosa distinta de la representación, porque en aquél el arrendatario lo que pone a disposición de otro son sus aptitudes intelectuales, y en la representación la propia aptitud para *querer*, y la *voluntad* es una facultad completamente distinta de la *inteligencia);* en el arrendamiento de obra intelectual, decimos, frecuentemente se asocia la relación o el vínculo de representación; y así, por ejemplo, el gerente de una Sociedad anónima es arrendatario de obra con representación, y el director de la casa principal o de la sucursal de una hacienda mercantil es arrendatario de obra con representación institoria; pero algunas veces encontramos el arrendamiento de obra exclusivamente manual, hermanado con la representación, como ocurre con los sirvientes, que, a veces, representan de un modo limitado a sus amos en materia de gastos corrientes y ordinarios de la familia.

Y conforme a este mismo criterio, hay que distinguir el representante del *nuncius*, que también es un prestamista de obra, porque no es más que un medio material para transmitir declaraciones de voluntad, desempeñando función análoga a la que realiza una carta, un telegrama, y por ello su misión consiste simplemente en prestar su actividad material para transmitir la declaración, que es lo contrario de representación, en la que siempre hay una actividad volitiva, y por eso se dice que hay representante cuando alguien presta a otro su aptitud para querer, y, por consiguiente, al formalizar la declaración de voluntad hay un poder declarativo, y hay simplemente *nuncius* si alguien se coloca al servicio de otro como vehículo de transmisión de la declaración de voluntad y no pone a servicio ajeno más que su aptitud para realizar una obra material no jurídica.

B) Más precisamente aún hay que distinguir la representación del vínculo que se contrae en virtud del acto ilícito que realiza un sujeto y origina la responsabilidad de otro; aquí hay, indudablemente, también un acto material lesivo, realizado al ejecutar una obra en interés de otro; pero no puede hablarse de representación, primero, porque lo peculiar de ésta es la declaración de voluntad, y, además, porque en la representación se exige que el destinatario verdadero del objeto, a cuyo fin se hace la declaración, sea conocido de los terceros a quienes va dirigida aquélla, en tanto que no es posible esto en el caso de responsabilidad por actos ajenos, en que basta que el acto ilícito ocurra al ejecutar la obra en interés de otro.

C) También hay que distinguir la representación de aquel grupo de casos afines a ella en que hay realmente prestación de una actividad volitiva, dirigida a un objeto o fin de otro; pero la distinción entre autor del acto de voluntad y destinatario del fin no se ha dado a conocer a los terceros, y queda como un vínculo interno, conocido tan sólo de las partes. En primer lugar, la representación se distingue del vínculo que media entre la persona jurídica y los verdaderos órganos deliberantes. Los órganos deliberantes de las personas jurídicas no son representantes, porque se limitan a laborar o a cooperar con otros a la formación de la voluntad del ente, pero no lo declaran a los terceros como voluntad de éste; y así, por ejemplo, los diputados y senadores son órganos del Estado, pero no representantes de él, y los consejeros de administración de las sociedades que no llevan la firma social son órganos, pero no representan a la sociedad. Tampoco aquí negamos que haya casos en que corresponda al órgano juntamente la representación, pero entonces se trata de órgano representativo de las personas jurídicas, que se distinguen de los representantes que no son órganos; el Rey es un órgano representativo del Estado, como lo

BIBLIOTECA FAC. DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES U. A. N. L.

son también los ministros y el alcalde lo es del Ayuntamiento, y los administradores con la firma social lo son de la sociedad.

80. *D)* Y con sujeción a este criterio distínguese, cosa difícil y discutida, la *representación* del *mandato*. Dominaba entre los tratadistas, hasta hace poco, la idea de que la representación era un requisito esencial del mandato, y decían que en éste iba implícita siempre la facultad de representar, a cuya opinión se sumaban los civilistas, a fin de hallar una diferencia entre el mandato y arrendamiento de obra, separación que ofrecía dificultades después que el derecho moderno destruyó el criterio distintivo del Derecho romano, para el cual el elemento característico del mandato era la *gratuidad*, y aquéllos habían reconocido la posibilidad del mandato retribuído (arts. 1.737-1.739 del Código civil, y 349 del Código de comercio).

Pero no existe este pretendido carácter distintivo, ni la representación es esencial en el mandato, y ya hemos visto, y aún lo hemos de ver mejor, que cabe representación sin mandato, como, por ejemplo, la representación unida al arrendamiento de obra, y que puede también haber mandato sin representación; en efecto:

a) El art. 1.737 del Código civil se limita a decir que en el mandato se obliga a una persona a ejecutar un negocio *por cuenta de otro*, sin agregar que debe realizarse también *en nombre de otro*, que es lo esencial de la representación.

b) El art. 1.744 del Código civil prevé el caso, expresamente, de que el mandatario haya obrado *en nombre propio*, y agrega que, en este supuesto, el negocio celebrado no pasa a propiedad directa del mandante, que a él queda ajeno, y, sin embargo, es un caso previsto expresamente en la ley de mandato sin representación.

c) Cierto que tenemos en el Código de comercio el art. 349, que dice que el mandato tiene por objeto la negociación de asuntos comerciales por cuenta y en nombre del mandante, dando a entender así que la representación es un requisito del mandato mercantil; pero hay otros preceptos que delatan que no ha sido ésta la intención del legislador, como, por ejemplo, el 380 y 381, que disciplinan un caso de mandato sin representación. En efecto, el contrato de comisión no es más que un mandato, como dice el 380, que preceptúa el que entre comitente y comisionista se dan los mismos derechos y obligaciones que entre mandante y mandatario, y, sin embargo, esta forma de mandato excluye la representación, porque el mismo art. 380 dice que la comisión tiene por objeto la negociación de asuntos comerciales por cuenta del comitente, pero *en nombre del comisionista*, y el 381 agrega que este último queda obligado directamente con la persona con la que contrató, como si fuese suyo el negocio, prueba evidente de que la comisión es un mandato sin representación (279).

(279) Rechazado el que la representación constituya un elemento esencial y característico del mandato, los tratadistas han discutido acerca de la distinción entre mandato y arrendamiento de obra, multiplicándose de esta suerte las tentativas para una diferenciación. Sraffa (*Del mandato commerciale e della commisione*, en *Commentario al Cod. di commercio*, vol. IV, páginas 17 y sigs.), separa el mandato del arrendamiento de obra, en virtud de que el mandato tiene por objeto la celebración (*trattazione*) de negocios jurídicos, dando con la palabra «trattazione» el más amplio sentido comprensivo, no sólo de las fases preparatorias del negocio, sino también su celebración; y, por el contrario, el arrendamiento de obra tiene por objeto la realización de actos materiales en los que es posible que el arrendatario ostente la representación del arrendador, y de esta suerte, en el arrendamiento de obra, lo mismo puede hallarse que falta la representación, pero también cabe que falte en el mandato, porque existiría éste aun cuando al mandatario se le encomendase sólo la preparación y no la celebración. El verdadero carácter distintivo entre los arrendamientos de obra y el mandato consistiría, por tanto, en que en el primero existiría la realización de actos materiales, y en el segundo, realización de actos jurídicos preparatorios, cuando menos. Esta opinión de Sraffa es, indudablemente, de grandísimo valor, y entre otros méritos tiene el de haber aclarado el que para que haya mandato basta que exista el encargo de preparar el negocio jurídico, aun cuando no se le faculte para celebrarlo; sin embargo, puede reprochársele de falta de precisión al fijar en lo que ha de consistir esta preparación del negocio jurídico, suficiente para caracterizar de mandato al contrato, puesto que hay casos de arrendamiento cuyo objeto también es la preparación de negocios jurídicos, como ocurre con el mediador, el intérprete, el empleado que lleva la correspondencia, todos arrendatarios de obra.

Vivante avanzó después en esta senda (*Trattato di Dir. comm.*, 4.ª edición, I, n. 254), quien dice que la diferencia entre mandato y arrendamiento de obra consiste en que el mandatario está facultado siempre para tomar una resolución respecto al negocio jurídico del principal, y que la celebración ulterior del negocio puede o no confiársele. En cambio, al arrendatario de obra no toca resolver: está ya resuelta la cosa por el principal, y se limita a ejecutarla. De modo que el mandatario resuelve sobre la celebración del negocio, el representante lo perfecciona y el arrendatario de obra lo realiza con actos materiales. Meritísima es la doctrina. Vivante ha comprendido perfectamente que el mandatario coloca a disposición del mandante sus aptitudes propias para querer jurídicamente, y el arrendador de obra únicamente la aptitud material o intelectual, sin intervenir personalmente en la constitución del negocio jurídico; nota después el nombrado autor, con

BIBLIOTECA FAC. DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES U. A. N. L.

En cambio, y supuesto lo dicho acerca de la representación, aparecen claramente dibujadas las relaciones entre ella y el mandato. Una y otra forman parte del numeroso grupo de casos en que se colocan

---

acierto, la diversidad que hay entre la cooperación jurídica del mandatario y la del representante, esto es, que si el mandatario se limita a un querer para el mandante, el representante concluye el negocio para el representado.

Pero no satisface completamente esta doctrina de Vivante; no puede decirse que el mandante resuelve y el representante celebra, porque el representante también resuelve; si éste careciera de poder para resolver no sería un representante, sino un simple *nuncius*, aparte de que son muy limitadas las facultades que señala Vivante al arrendador suponiéndole sólo un ejecutor del negocio jurídico, porque el arrendatario de obra que pone a disposición del arrendador su actividad manual o intelectual propia, lo mismo puede ejecutar un negocio jurídico como servir a otros fines del principal, como, por ejemplo, edificar, defender una causa, curar una enfermedad. Vivante mismo ha modificado algo en la 5.ª ed. de su *Trattato*, I, n. 246 y siguientes, la exposición de la teoría general de la representación, y ahora (n. 254) expone así la diferenciación: «El mandato encierra el *encargo de administrar* uno o más *negocios* para el principal; la representación, el encargo de *celebrarlos* en nombre de éste; el arrendamiento de obra, el de *ejecutarlos*». Esta fórmula nueva ya no suscita alguna de las objeciones hechas más atrás, pero tampoco la estimamos perfecta, porque no destaca el verdadero elemento que distingue las tres figuras, y, además, por el ambiguo significado que da a las palabras *administrar* y *negocio*, expresiones posibles de conceptos más o menos amplios y que se emplean en un sentido disconforme con la misma exposición que hace Vivante; y así, por ejemplo, no cabe duda de que los negocios que puede *ejecutar* el arrendatario de obra y los que el mandatario *administra* no son únicamente negocios jurídicos (en relación a los cuales no se puede hablar siquiera en sentido estricto de *administrar*), y los negocios que *celebra* el representante no pueden ser otra cosa que negocios jurídicos. Bastante mejor expresada está la diferenciación en la pág. 273, en que dice: «El arrendatario de obra es un *cooperador material* del principal; el mandatario y el representante son sus *cooperadores jurídicos*: uno, en la parte *interna* de la hacienda; el otro, *en su relación con los terceros.*» La distinción aquí entre mandatario y representante está bien señalada y es conforme a cuanto sostenemos. Ya nos parece menos clara la distinción en lo referente al arrendatario de obra, del que, como cualquier otro, puede decirse que coopera *materialmente* sólo en sentido relativo y en oposición de las cooperaciones *jurídicas*, porque en sentido absoluto sería extraño llamar cooperador *material* al que pone a disposición de otro su obra *intelectual*. La distinción verdadera consiste en que el arrendatario de obra no realiza ni ejecuta negocio jurídico para otro, y el mandatario y el representante, sí.

a disposición ajena las facultades propias volitivas para celebrar un negocio jurídico; pero en tanto que el mandato nos ofrece el de que la distinción entre el sujeto de la declaración de voluntad y el destinatario del objeto o fin a que se dirige ésta, queda en relación interna, sin darla a conocer el declarante a los terceros; por el contrario, la representación nos ofrece el caso más típico de exclusión del conocimiento de los terceros de la declaración de voluntad, así es que, mientras el mandatario permanece como un órgano de los intereses del mandante en las relaciones puramente internas, el representante, en la declaración, se presenta a los terceros con ese carácter; y de aquí que el mandatario trata el negocio en interés del mandante, pero ante los terceros lo concluye como si fuera propio; el representante lo trata y celebra como propio; todo lo cual se expresa más sencillamente en la fórmula siguiente: *el mandatario procede por cuenta ajena, pero en nombre propio; el representante procede por cuenta y en nombre de otro.*

Compréndese que la representación puede ir emparejada con el mandato; mas, desde el punto de vista de la relación con los terceros, el mandato va embebido en la representación en el sentido de que la facultad de obrar por cuenta y en nombre de otro encierra la de obrar por cuenta ajena; pero en las relaciones internas el mandato subsiste y rige las relaciones entre representante y representado, quedando, respectivamente, mandatario y mandante.

Así se resuelve el problema de la diferenciación entre mandato y arrendamiento de obra, entre los cuales hay diferencias análogas a las que existen entre arrendamiento de obra y representación, porque mientras el arrendamiento de obra pertenece a aquel grupo de casos en que el que ejecuta por otro pone a su disposición, no la aptitud propia para querer, sino su obra manual o intelectual, el mandato está contenido en el segundo grupo de aquellos casos que comprende también la representación, en los cuales el que procede por otro pone a disposición de éste su aptitud para un querer, y, por consiguiente, realiza, no una obra material para otro, sino un negocio jurídico; es decir, realiza una declaración de voluntad.

81. IV. *Supuestos de la representación.* — Vamos a ver, ante todo, cuáles son esos supuestos; es decir, las condiciones necesarias para que una persona, por cuenta y en nombre de otra, dé vida a una declaración de voluntad, y cuyas condiciones son substancialmente tres:

A) En primer lugar, es necesario *facultad para representar:* que puede nacer, bien de un estado de hecho independiente de la volun-

BIBLIOTECA FAC. DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES U. A. N. L.

tad del representado (representación *legal)*, o de una declaración de voluntad del representado (representación *voluntaria)* (a).

La primera va siempre unida a una cierta cualidad que posee el representante, o se debe a encontrarse éste en una cierta situación jurídica; son representantes legales los padres que ejercen la patria potestad (artículos 224 y 231 del Código civil); el tutor o protutor (artículos 266, 277 y 1.303 de ídem); los curadores especiales, o sean, el curador del concebido y no nacido (artículo 236), curadores del artículo 233, 327 último apartado, y del apartado 839 de la ley de Enjuiciamiento civil; curador especial testamentario, en el caso del artículo 247, posesionado de los bienes del ausente (artículos 28 y 29); heredero beneficiario de inventario (artículo 955); curador de la herencia yacente (artículos 982, 983 del Código civil, y artículos 898, 875, 876 y 877 de la ley de Enjuiciamiento civil); curador de la quiebra, *negotiorum gestor*, en el caso de la sedicente gestión representativa (artículo 1.144 del Código civil).

Hay, en cambio, representación voluntaria cuando, mediante una declaración de voluntad, se faculta a otro para obrar en nombre y por cuenta suya, y ésta, mediante la que se erige un representante, constituye un negocio jurídico autónomo, y precisamente unilateral, que implica únicamente la atribución de la *facultad* para representar, y, por lo tanto, solamente regula el aspecto externo de la relación entre representante y representado, o sea, el aspecto relativo a los terceros; porque del aspecto interno, o sean los derechos y las obligaciones recíprocas entre representante y representado, quedan fuera de la cuestión y se rigen por otro negocio jurídico, que puede ser mandato, un arrendamiento de obra, un contrato de sociedad, un depósito bancario (en que el Banco depositario contrae la obligación de pagar en nombre del depositante, siempre que éste lo ordene librando un *cheque);* en una palabra: cabe decir que todo negocio jurídico puede llevar consigo una declaración de voluntad que constituya representación (280), y es natural, por consiguiente, que las relaciones internas se regulen a compás de este negocio.

(a) Sobre todo lo relativo a representación, puede verse la excelente obra, ya clásica, del prof. de la Univ. de Viena J. Hupka, traducida al castellano, en la *Biblioteca de la Rev. de Derecho Privado, La representación voluntaria en los negocios jurídicos*, Madrid, 1930, un vol., 427 páginas, 20 pesetas.—(*N. del T.*)

(280) Esta afirmación, sin embargo, no debe inclinarnos a negar la autonomía de la relación jurídica de representación, como parece hacer Vivante: *Trattato*, I, núm. 248 bis., núm. 4.

82. En nuestro lenguaje jurídico no hay palabra precisa para designar los negocios jurídicos unilaterales que constituyen representación, debido a que se ha desconocido durante mucho tiempo el carácter autónomo de este negocio y ha sido confundido con otros varios, a los cuales va relacionado, por lo general, y, sobre todo, con el mandato; por lo tanto, es muy frecuente usar la palabra «mandato» para designar el negocio que constituye la representación, y en nuestro lenguaje legislativo es corriente esta confusión.

Así es que, para evitar equívocos, daremos el nombre de *procura* o *atribución de poderes* (281) al negocio constitutivo de representación.

Es, por consiguiente, la procura un negocio autónomo, que así como no se confunde con otros varios a los que puede estar relacionado eventualmente, tampoco debe confundirse con los que el representante puede realizar a virtud de la procura: hay que distinguir de ella estos negocios, aunque dependan de la misma, en el sentido de que ésta es un supuesto para aquéllos; en cambio, los distintos negocios a que da vida el representante, y que se suelen denominar negocios por representación, son y deben permanecer siendo esencialmente declaraciones de voluntad *del representante*, según hemos visto cuando hablamos del fundamento de la representación. Si en ésta hay realmente una separación entre autor del acto de voluntad y el destinatario del objeto o fin, claro es que la declaración de voluntad del representante es una declaración *de su* voluntad; distinción entre procura y negocio de representación que tiene grandísimo interés en diferentes aspectos.

Primeramente, en cuanto a la forma que ha de revestir la procura, está muy difundida la opinión de que la procura que faculta para ce-

---

(281) La palabra *procura* la propuso Nattini: *La dottrina generale della procura*, Milán, 1910, págs. 4 y siguientes; sin embargo, hay que advertir que este autor da este nombre tanto al negocio constitutivo de la representación como a la representación que del mismo se deriva; para él será asimismo procura la representación voluntaria, en oposición a la legal; nos parece bien el nombre de procura para designar el negocio constitutivo de la representación, pero no oportuno, y menos aún necesario, denominar igualmente la representación que engendra, porque este nombre especial podría contribuir a crear la errónea opinión de que la representación nacida de la procura es substancialmente distinta de la representación legal, no siendo cierto; Pacchioni: *Addizioni* a Baudry Lacantinerie y Wahl: *Dei contratti aleatori*, págs. 755 y siguientes, prefiere la frase *autorización representativa* para señalar el acto en que se confiere el poder al representante, y *legitimación representativa* para indicar la existencia de tal poder.

BIBLIOTECA FAC. DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES U. A. N. L.

lebrar un negocio formal ha de conferirse con iguales requisitos señalados al negocio que ha de realizar el representante; opinión fundada, evidentemente, en que se confunde la procura con el negocio de representación; porque si, en cambio, reconocemos que se trata de negocios jurídicos completamente distintos, y que el negocio representativo encierra únicamente la declaración de voluntad del representante, claro está que no puede ampliarse a la procura la obligación de una determinada forma prescrita por la ley para el negocio representativo (282).

(282) Es extraño que un escritor como Nattini: *op. cit.*, que señala con firmeza la separación entre *procura* y *negocio representativo*, pretenda después ampliar a la primera las formalidades legales que se exigen legalmente al negocio celebrado mediante representación, cuando menos, a los que enuncia el artículo 1.314, en razón a que la eficacia del negocio representativo, esto es, la transmisión de la propiedad de los inmuebles al representado depende precisamente de la procura; con ello, Nattini aniquila la autonomía de la procura y la convierte, no sólo en un *supuesto de la repercusión en el representado* de los efectos jurídicos del negocio de representación, sino en un simple factor de éste; la cuestión se discute, especialmente, respecto a los contratos transmisores de la propiedad inmueble enumerados en el citado artículo 1.314 del Código civil; nuestra opinión la mantienen tratadistas de mucho mérito. Chironi: *Questioni di Dir. civ.*, Turín, 1890, pág. 200; Vivante: *Tratatto*, I, núm. 251; Sraffa: *Del mandato commerciale e della commissione*, pág. 33, y recientemente, Venzi: *Manuale di Diritto civile*, Florencia, 1922, pág. 518; Appiani, en *Riv. di Diritto commerciale*, 1926, I, 217. También hay muchos que opinan en contra: Fadda y Bensa: *Notas a Windscheid*, pág. 917; Satta, en *Legge*, 1896, I, 390, y los autores que cita: Navarrini: *Trattato*, II, pág. 478. La jurisprudencia, que por mucho tiempo estuvo dividida, ha ido adoptando esta opinión cada vez más, hasta que, por último, la recogen diferentes sentencias del Tribunal Supremo del Reino: 22 abril 1924 (*Giur. ital.*, 1924, 1, 1, 490); 17 septiembre 1925 (*Ivi*, I, 1, 1.133); 9 noviembre 1925 (*Ivi*, 1925, I, 1, 1.183); hoy puede decirse que es unánime. Ahora bien: al pronunciarse hoy la jurisprudencia en el indicado sentido, surge el peligro de que se trate de anular la abundantísima contratación de muchísimos años, peligro tanto mayor, cuanto que, tratándose de actos nulos por defectos de forma, ni la propiedad puede haberse adquirido por prescripción (artículo 2.137 del Código civil); de suerte que todas las ventas hechas podrían anularse, a lo cual hubiera incitado el aumento de valor que la propiedad inmueble ha alcanzado; de aquí la necesidad del Real decreto-ley de 7 enero 1926, núm. 12, para subsanar los contratos de compra-venta celebrados con anterioridad, en que hubo mandato verbal; la mayor parte de escasa cuantía, y en que estaban interesados nuestros emigrantes, quienes enviaban sus economías a personas de la familia para que las invirtiesen en la compra de casas o pequeños predios a nombre del pariente expatriado; el decreto no es aplicable a los contratos posteriores a la fecha del mismo. La cuestión de principio queda resuelta legislativamente, y a *contrario sensu* es lo propugnado en el texto; su valor jurídico es agregar otro acto a los enumerados en el art. 1.314 del Código civil.

Esto es, indudablemente, lo cierto; el negocio ejecutado por representante tiene existencia propia, y por ello no pueden ampliarse a la procura los preceptos relativos a la forma establecida para el negocio que ha de ejecutar un representante sin infringir aquel fundamental principio de que hemos hablado muchas veces, y que tan frecuentemente se olvida, de que en nuestro derecho moderno es un axioma la libertad de forma, y que por ello los preceptos jurídicos relativos a ésta son de interpretación estricta y no cabe ampliarlos por analogía (283).

83. Otra consecuencia originada por la distinción entre procura y negocio representativo consiste en que hay que tener en cuenta la *voluntad del representante* para decidir, bien acerca de la validez del negocio jurídico, bien de la buena o mala fe, del conocimiento o de la ignorancia en la ejecución del negocio mismo; por tanto, si la voluntad del representante adolece del vicio de error, hubo dolo o violencia, es anulable el negocio jurídico, aun cuando el representado haya querido aquel negocio que no quiere el representante; y por ello es decisivo el conocimiento o la ignorancia del representante, no los del representado, para señalar el conocimiento de los vicios de la cosa adquirida, y, por tanto, la posibilidad de ejercitar la acción redhibitoria; para reconocer la existencia del *consilium fraudis* en la revocación del acto fraudulento; y habrá que atender a la buena o mala fe del representante para señalar la existencia de la buena fe en la posesión, etcétera, etc. (284).

(283) Véase más atrás, § 21.

(284) También se discute sobre si para la validez del acto es necesario que el representante tenga plena capacidad jurídica; no es que se dude de que el representante haya de ser capaz para declarar la voluntad propia; lo que se discute es si la incapacidad legal impide la representación, sobre todo si el menor no emancipado y el inhabilitado pueden válidamente ser representantes en aquellos actos que le está prohibido realizar por cuenta propia. Con justicia prevalece la opinión de que hay que atender al representado y no al representante para resolver acerca de la capacidad personal necesaria para la válida celebración del negocio y prescindir de la capacidad del representante. Acerca de esto, consúltese lo escrito por Pacchioni y Brugi en *Riv. di Dir. comm.*, 1916, I, 37 y 429. Se dice, en cambio, generalmente,

BIBLIOTECA FAC. DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES U. A. N. L.

Por último, la distinción entre procura y negocio representativo lleva a la consecuencia de que el *contrato celebrado por el representante* es un *contrato entre presentes*, aunque el representado esté lejos, y se rige por las normas de los contratos entre presentes (285).

Cabe que cualquiera se arrogue la facultad de representar no conferida o extinguida, y, por cónsiguiente,no exista el supuesto de la representación; nos hallaremos entonces ante un representante aparente *(falsus procurator)*, y, en tal caso, el negocio realizado por el supuesto representante será completamente inválido, porque carece de eficacia como negocio representativo, puesto que falta la representación; y tampoco puede surtir efectos como negocio propio del pretendido representante, porque éste lo ha celebrado, no en nombre y por cuenta propia, no para sí, sino para otro; claro que subsiste la obligación del aparente representante de resarcir los daños, que consisten precisamente en proporcionar al tercero cuantos beneficios le hubieran correspondido por razón del negocio; pero esto nada tiene que ver con la validez del negocio mismo.

En cuanto al supuesto representado, cabe la duda de si podrá ratificar el negocio y hacerlo propio, cosa que no me parece dudosa, siempre que se trate de un negocio no anulable simplemente, es decir, con

---

que, en caso de procura especial para adquirir una cosa cierta, el conocimiento que el representado tenga de los vicios de la cosa comprada le priva de ejercitar la acción redhibitoria; como igualmente el conocimiento del representado acerca de la falta del *jus disponendi* en el poseedor excluye la buena fe a los fines del art. 707 del Código civil; consecuencias que suelen justificarse diciendo que, en el caso de procura especial, la voluntad del representado concurre con la del representante en la celebración del negocio jurídico; Tartufari: *Della rappresentanza*, Turín, 1892, n. 441 y siguientes, o fundándose en el principio general de la buena fe, en virtud del cual el representado no debe servirse de la procura para esquivar la prohibición en que incurriría si obrase personalmente; Vivante: *Trattato*, I, n. 249, o bien, por último, indicando que los vicios de que pueda adolecer la procura se reflejan en el negocio formalizado por representación, en la que constituye un supuesto la voluntad del representado, necesaria para la constitución de la procura; Nattini: *op. cit.* Entre todas ellas, sólo la opinión de Vivante se compadece con el principio de la autonomía de la procura y de la separación entre procura y negocio representativo.

(285) Consúltese Cass. Turin, 8 mayo 1903 *(Temi genov.*, 1903, 487); Ap. Trani, 3 febrero 1914 *(Repertorio* del *Foro ital.*, 1914, palabra *Commesso viaggiatore*, n. 3); Cass. Tribunal Supremo, 12 marzo 1924 *(Settimana della cassazione*, 1924, 139).

nulidad relativa invocable por una determinada persona y que sólo ella puede alegarla, sino de una nulidad absoluta, porque la ineficacia del negocio realizado por el *falsus procurator* tiene eficacia, no sólo respecto al representado, sino respecto a todos. Pero del carácter absoluto de esta nulidad se desprende sólo que la convalidación del negocio no puede hacerse con la renuncia del pretendido representante a alegar la nulidad, sino que es necesario que éste se lo apropie y acepte el hecho consumado, que, en substancia, equivale a decir que la acostumbrada forma de ratificación, o sea la ratificación renuncia, es insuficiente en este caso, que para consolidar el negocio requiere una forma más compleja de ratificación, en que el representado otorgue *ex post* el poder necesario, y que se le dé, además, efecto retroactivo *(ratificación-aceptación)* (286).

En cambio, no nos parece aceptable que el representante aparente sea un intermediario entre el tercero y el pretendido representado y considerar el negocio celebrado como una oferta hecha por el tercero al pretendido representado por medio del representante aparente (287), porque no hay oferta, sino un negocio ya celebrado, aun cuando nulo, y podrá hablarse de convalidación posterior a la nulidad, pero nunca de perfección del negocio, porque éste está ya formalizado y no puede estimarse oferta unilateral; de lo que cabe duda es sobre si para convalidar el negocio es bastante la aceptación del supuesto representado; nosotros nos inclinamos a que sí, y hallamos que la ratificación-aceptación es un negocio *unilateral* semejante a la procura, aun cuando se refiera a un *contrato* celebrado por el pretendido representante. Como quiera que la nulidad del negocio representativo no se subsana hasta el momento de la aceptación, el tercero que conozca la nulidad del negocio puede alegarla siempre e impedir la ratificación; pero esta ignorancia del tercero no es revocación de una oferta contractual, es una forma de alegar la nulidad del negocio.

84. *B)* En segundo lugar, para que haya representación es necesario la llamada *contemplatio domini*, esto es, que, como hemos visto, precisa que sea completo el procedimiento de exteriorización de la

---

(286) Acerca de las varias clases de ratificaciones, y particularmente sobre la diferencia entre *ratifica-rinuncia* y *ratifica-accettazione*, consúltese Rocco, en *Rivista di Dir. comm.*, 1910, II, 178-192.

(287) Así parece hacerlo Vivante: *Trattato*, I, n. 265 bis, nota 45, aplicando el artículo 36 del Código de comercio; en este sentido se expresaba claramente en las anteriores ediciones; véase, por ejemplo, 2.ª ed., n. 260.

BIBLIOTECA FAC. DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES U. A. N. L.

falta de coincidencia entre el sujeto de voluntad y el destinatario del fin, y, por tanto, se exige que el representante entere al tercero a quién va dirigida la declaración, y en el momento de ésta, de que obra por cuenta ajena, o, como se dice generalmente, de que obra *en nombre* del representado; por tanto, debe saber el tercero que se relaciona jurídicamente con el representadó, no con el representante, y saberlo en el momento de expresarse la declaración de voluntad, porque si el representante no obra en nombre del representado, desaparece la eficacia especial de la representación, y tendremos un caso de exteriorización imperfecta de la relación de órgano, y la eficacia de la distinción entre el que declara la voluntad y el destinatario del fin quedará exclusivamente interna, o sea, en otras palabras, que la declaración de voluntad producirá eficacia jurídica respecto al representante, pero no respecto al representado (288).

85. *C)* Por último, es necesario que el representante obre dentro de los límites de la representación conferida, cuyos límites los da la ley o la procura; al tercero a quien esté dirigida la declaración, en aquellos casos en que se exige su voluntad para la perfección del negocio, corresponde enterarse de los límites de la misma y del contenido de la procura, cuando en ésta tiene aquélla su origen, que si fué dada por escrito y, por tanto, en documento, puede exigir que se le exhiba, y el representante está obligado a ello (art. 359 del Código de comercio) (289). La procura redactada corrientemente debe expresar con precisión los límites de la representación que no pueden traspasar, aun cuando el negocio que haya de celebrar sea más ventajoso para el que está autorizado a celebrar, como, por ejemplo, si al representante se encomienda la compra al contado y la hace a crédito, carecerá de eficacia para el representado.

Si el representante traspasa los límites del poder, en la parte que se

(288) Según la opinión corriente, es necesario, al menos, un negocio jurídico siguiente, o sea, un acto especial de transmisión, para que los efectos de ese negocio creado por el representante puedan asignársele al representado; véase Scaduto: *La rappresentanza mediata nell'acquisto dei Diritti*, en *Riv. di Diritto comm.*, 1925, I, 525 y siguientes.

(289) En el caso de otorgarse la escritura por escrito, no puede el representado oponer al tercero, contratante de buena fe, las limitaciones a aquélla que no aparezcan del documento entregado al representante y que éste haya exhibido al tercero, salvo cuando éste no lo conociera hasta el momento de contratar. Ap. Nápoles, 2 diciembre 1907 (*Foro ital.*, 1908, I, 258); Casación Turín, 23 octubre 1920 (*Ivi*, 1921, I, 70, con nota de Segrè).

haya excedido el negocio no surte efectos para el representado (290), y cabe, además, distinguir entre el *representante que traspasa las facultades* que se le confieren y el *representante aparente;* y la diferencia no consiste, como suele afirmarse (291), en que en el primer caso quepa la ratificación que no cabe en el segundo, porque, como hemos visto, en el caso de falso representante se admite también la ratificación en concepto de *ratificación-aceptación;* y en el supuesto del representante que traspasa sus poderes, la ratificación que puede darse es la *ratificación aceptación*, porque el negocio que se celebra extralimitándose de la representación es nulo, como el celebrado por quien no es representante, y no puede convalidarse sino con una posterior aceptación.

En lo que únicamente consiste la diferencia es en la importancia de la responsabilidad del representante para con el tercero; el aparente responde siempre de los daños porque la eventual culpa del tercero participante en el acto, y que depende de no haberse enterado de la existencia de la facultad de representar, jamás puede excluir la culpa del representante aparente que incurre en ella, porque ha dado a entender lo que no existía; en cambio, el representante que traspasa sus poderes no siempre es responsable; la culpa aquí no está insita *in re ipsa;* hay que probarla, y en esa prueba de la culpa hay que tener presente siempre que el tercero participante en el acto estaba obligado también a enterarse de los límites del poder, por lo cual habrá frecuentemente compensación entre la culpa de uno y la del otro.

86. V. *Formas especiales de representación mercantil.*—Trazada a grandes rasgos la teoría general de representación, tan interesante para el Derecho mercantil, porque en él encuentra aquélla la más vasta y frecuente aplicación, indiquemos ahora algunas de las formas especiales que asume en materia mercantil:

A) Representación de los factores o representación instituyente (artículos 367-377 del Código de comercio).

Llámase factor (institor) al que ejerce el comercio en nombre y por cuenta de otro (art. 367 del Código de comercio). Dos elementos integran esta figura del factor: en primer lugar, la estabilidad de la relación que le une al principal, y en segundo, la especial naturaleza de la representación de que está investido.

(290) Cons. Cass. Tribunal Supremo, 31 marzo 1924 (*La Corte di Cass.*, 1924, 791).

(291) Vivante: *Trattato*, I, n. 265 y siguientes.

BIBLIOTECA FAC. DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES U. A. N. L.
UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ®
DIRECCIÓN DE BIBLIOTECAS

a) Por lo general, la relación interna que liga al factor con el principal es el arrendamiento de obra; éste coloca de un modo permanente a disposición de otro su propia actividad material e intelectual para ejercer el comercio que se le confía, y el contrato en cuya virtud el factor se obliga a ejercer por cuenta del principal es un contrato de arrendamiento de obra, porque la dirección de una hacienda mercantil es tarea tan importante y durable que exige, efectivamente, dedicar a ella trabajo material e intelectual, y no solamente la aptitud para querer; por eso negamos que haya mandato, toda vez que, teniendo éste por objeto la expresión de la facultad volitiva del mandatario, requiere siempre un contrato que de un modo limitado comprometa al mandatario, pero que no implica jamás absorción permanente e intensa de su actividad a favor del mandante. De ahí que se considere mandatario al que se pone a disposición de otro para la celebración de uno o algunos negocios jurídicos, y en cierto sentido por tal puede reputarse el consejero de administración de una sociedad que de vez en cuando asiste a las reuniones del Consejo; pero no es mandatario aquel que de un modo continuado presta a otro toda o la mayor parte de su actividad; es prácticamente inconcebible prestar a otro el trabajo volitivo de un modo permanente, y si tal ocurre, significa que, además de la actividad volitiva, se compromete también obra, trabajo y material, siempre necesaria cuando se trata de preparar una serie considerable y coordinada de negocios (292).

De suerte, que el contrato que media entre principal y factor no es mandato, sino un contrato de arrendamiento de obra (293), y contrato en que el factor precisamente se obliga a ejercer el comercio por cuenta del principal de un modo permanente, a cambio de una retribución que puede pactarse en formas muy diversas; por lo común, se satisface sueldo o participación, esto es, un tanto por ciento del valor de los negocios hechos; a veces, se le satisface también una parte de las utilidades.

b) Pero el factor no es únicamente arrendatario de obra: es también un representante, y aun, en algunos casos, puede ser esto sólo; representación que nace de una procura unida al contrato de arrendamiento de obra, y sólo excepcionalmente cabe que no proceda de la procura, sino de una representación legal, como, por ejemplo, el progenitor ejerciente de la patria potestad, o el tutor, cuando está autorizado para ello por cuenta del menor (art. 12 del Cód. de com.), asumen la figura jurídica de factores, aun cuando su representación nazca de la condición jurídica de padre o de tutor y no de una procura (294). De todas suertes, salvo estos casos, en todos los demás nace siempre la representación del factor (295) de una procura unida a un contrato de arrendamiento de obra.

La figura jurídica del factor como representante es muy especial: es un *representante general*, o, dicho en otras palabras, su representación tiene una amplitud singular, debida a la misma naturaleza del encargo conferido; se le confía el ejercicio del comercio por cuenta de su principal, y, por consiguiente, debe estar autorizado para cuantos actos exija el ejercicio del comercio, y precisa que su representación se extienda a todos los actos que pueda exigir el ejercicio del comercio que se le ha confiado.

De suerte, que la amplitud de la representación, o sea, el aspecto externo de la figura del factor, es consecuencia de la amplitud y estabilidad del cargo conferido, y es un reflejo necesario de la naturaleza del vínculo interno que le une al principal.

Aquí nos vamos a ocupar sólo de lo que suele llamarse aspecto exterior de la relación, o sea, del factor como representante, pero no del aspecto interno, o sea, del factor como arrendatario de obra en sus relaciones de trabajo con el principal.

87. La procura que da al factor derecho a representar puede ser consecuencia de un acto que *haya adquirido publicidad*, prevista en

---

(292) Esta diferencia entre mandato y arrendamiento de obra aparece de la distinción que hemos establecido ya y explica por qué generalmente el mandato es gratuito y por qué el Derecho romano consideraba la gratuidad como elemento esencial del mandato; al prestar a otro únicamente la actividad volitiva propia, forzosamente ha de ser aislada y fragmentaria, y así se concibe que una actividad de esta clase se preste sin compensación.

(293) Consúltese Ap. Bolonia, 18 septiembre 1907 (*Temi*, 1907, 930); Ap. Florencia, 10 abril 1917 (*Ragg. giur.*, 1917, 183); Tribunal Supremo del Reino, 14 julio 1925 (*Repertorio* del *Foro ital.*, 1925, palabra *Institore*, n. 34 y 35). En contra, Navarrini: *Trattato*, IV, n. 1.502, que, en substancia, niega el carácter diferencial expuesto por nosotros en el texto entre mandato y arrendamiento de obra.

(294) Véase, por ejemplo, Cass. Roma, 14 noviembre 1918 (*Giur. ital.*, 1919, I, 1, 449).

(295) No puede hablarse de factor cuando falta la representación, que es lo que sucede al simple agente, cuya misión es la de buscar negocios subordinados a la aceptación por parte de quien le confía el encargo: Tribunal Supremo del Reino, 20 abril 1925 (*Repertorio* del *Foro ital.*, 1925, palabra *Institore*, n. 6). Véase también Ap. Génova, 16 noviembre 1925 (*Temi genovese*, 1925, 428).

BIBLIOTECA FAC. DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES U. A. N. L.

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ®

el artículo 369, o sea, que haya sido *presentado y anotado* en la Secretaría del Tribunal en cuya jurisdicción haya de ejercer su cargo el factor y en el libro registro especial, y *fijado* en los lugares que determina el artículo 9 del Código de comercio e *inserto* en el periódico oficial destinado a estos fines *(Giornale degli annunzi giudiziari* (296), a cuya forma de procura pública, con no mucha exactitud, denomina la ley *mandato expreso*.

Puede haber procura sin publicidad, y entonces, con poca exactitud también, el Código lo denomina *mandato tácito*, no siendo esto rigurosamente exacto, porque, aun en este caso, puede no ser completamente tácito, sino constar a veces en documento escrito (297).

La diferencia entre procura publicada y no publicada consiste en que, en la primera, la ley permite que se limite la representación del factor, que no tolera en la segunda; o, mejor dicho, que esas limitaciones no pueden oponerse a terceros, si el mandante no prueba que éstos las conocían (artículos 368-370 del Código de comercio) (298).

---

(296) Ninguna otra forma de publicidad puede substituir a la señalada en la ley, tal como circulares, anuncios en los periódicos, etc., que no darían el carácter público legal exigido para la procura, y, por consecuencia, la limitación de facultades conferidas al factor que contenga la procura no podrá oponerse legalmente a los terceros si no se prueba que éstos las conocían al contratar, como se dispone para estos apoderamientos no publicados. Cass. Roma, 25 febrero 1918 *(Giur. ital.*, 1918, I, 1, 1.071).

(297) No es, sin embargo, necesaria la escritura, porque puede aparecer de otros elementos también la tal procura: Cass. Turín, 31 diciembre 1921 (*Mon. trib.*, 1922, 262). Véase también Tribunal Supremo del Reino, 17 septiembre 1925 (*Repertorio* del *Foro ital.*, 1925, palabra *Institore*, n. 24).

(298) Consúltese Tribunal Supremo del Reino, 27 marzo 1925 (*Repertorio* del *Foro ital.*, 1925, palabra *Institore*, n. 21-22); Cass. Roma, 25 febrero 1918, *Giur. ital.*, 1918, I, 1, 1.071). Y se discute, además, si es indispensable que el tercero conozca efectivamente las limitaciones, o si es suficiente con que pudiera conocerlas si hubiera desplegado una diligencia corriente, y en este sentido véase Valeri, en *Rivista di Dir. commerciale*, 1921, I, pág. 305; Navarrini: *Trattato*, vol. II, n. 1.504 bis; Cass. Florencia, 12 diciembre 1907 (*Riv. di Dir. comm.*, 1908, II, 411). Nada importa el conocimiento o ignorancia del extraño en cuanto a las limitaciones en el caso de procura que haya obtenido la debida publicidad: Cass. Turín, 15 febrero 1899 (*Dir. comm.*, 1899, 591). Sin embargo, hay quien dice que esa presunción *iuris et de iure* de conocimiento del tercero de las limitaciones consignadas en la procura, aunque sea de las publicadas, está dirigida exclusivamente por la ley a las relaciones entre el proponente y el tercero y no a las relaciones entre el factor del tercero con que haya contratado, y que, por ello, el factor es personalmente responsable, hacia el de buena fe, de todo lo que realice y exceda de los límites de la procura, si no le ha enterado suficientemente de las facultades de que disponía: Tribunal Supremo del Reino, 10 febrero 1925 (*Riv. di Dir. comm.*, 1925, II, 277); Ap. Venecia, 3 junio 1924 (*Ivi*, con nota de Carnelutti). En contra: Trib. de Venecia, 18 febrero 1924 (*Riv. di Dir. comm.*, 1925, *loc. cit.*).

Aquí surge la cuestión de los *límites* que pueden consignarse en la procura pública; claro está que no pueden consignarse toda clase de limitaciones, a menos de desnaturalizar el carácter del factor, que, esencialmente, siempre debe ser un representante general.

Sobre esto hay dos opiniones.

Unos se someten, sencillamente, a la apreciación del juez, y dicen que no puede haber una regla general que limite esas restricciones, aparte de que la representación decaería de su dignidad de nombramiento institucional para descender a un rango más modesto, no vinculatoria a los deberes legales del factor (299).

Otros, en cambio, dicen que el *mínimum* de facultades del factor aparece cotejando los artículos 368 y 370, colocado el primero antes del 369, que distingue entre representación otorgada públicamente y la conferida de un modo tácito, y que por ello debe estimarse que regula las dos formas de representación, y que la del factor se extiende a todos los actos comprendidos *dentro de los límites* del comercio para el que ha sido propuesto. En cambio, el 370, que se refiere únicamente a la procura no publicada, preceptúa que la representación derivada de esta última ha de reputarse general y comprende cuantos actos *pertenezcan* y sean *necesarios* para el ejercicio del comercio para el que ha sido propuesto; y de aquí la distinción entre actos *pertenecientes* y actos *necesarios* al ejercicio del comercio; conforme al artículo 368, toda procura institucional, publicada o no publicada, ha de contener, por lo menos, las facultades para realizar actos *pertenecientes*, o sean constitutivos del comercio, a la vez que, si la procura no ha sido publicada, se presume general, y los comprende todos, no los propios y pertenecientes, sino también los necesarios al ejercicio del comercio; de modo que el *mínimum* de facultades que debe contener la procura y que deben existir en la pública se refieren a la realización de cuantos actos pertenezcan al comercio o constituyan el comercio (300).

---

(299) Vivante: *Trattato*, I, n. 267. Substancialmente, y en el mismo sentido, Navarrini: *Trattato*, IV, n. 1.505, quien dice que es imposible inducir del texto legal un criterio absoluto, y que, por lo tanto, cree que hay que resolver la cuestión en cada caso.

(300) Véase Sraffa: *Del mandato commerciale e della commissione*, en

Ni una ni otra solución nos parecen aceptables; porque la primera no resuelve la cuestión; no basta someterse a la apreciación del juez: hay necesidad de proporcionar a éste un criterio para distinguir la representación institucional de las demás; ni la segunda, porque es extraño que se reconozcan las limitaciones para los actos necesarios, cuando evidentemente son éstos los que forman el elemento constitutivo del ejercicio del comercio, y no se concibe sin ellos tal ejercicio.

Nosotros creemos que hay que separar los *constitutivos* del negocio de los *accesorios*, aun cuando éstos se refieran al ejercicio del comercio; clara distinción deducida del artículo 370, que dice que la procura no publicada habrá de presumirse general y comprender cuantos actos pertenezcan y sean necesarios al ejercicio del comercio: actos que enumera, y que, en una u otra forma, se refieren al comercio, o sean, los constitutivos, sin los cuales no se concibe el comercio, y que son los *necesarios*, como los que, aun no siendo indispensables, también se refieren a él y se hallan comprendidos en los límites de éste, que son, precisamente, los actos *pertenecientes* al comercio (301). Se supo-

---

Comm. al Cod. di comm., vol. IV, págs. 84 y siguientes. El criterio propuesto por éste y defendido por Valeri: *Le forme della preposizione institoria*, en *Riv. di Dir. comm.*, 1921, I, 293 y siguientes, n. 15, y en otras obras anteriores ya citadas. Para justificarlo explica la distinción ya señalada por Sraffa entre actos *necesarios* y actos *pertenecientes* al comercio, en forma que no nos parece bien. Véase la nota siguiente.

(301) Discútese, no obstante, acerca de en qué consiste la distinción entre actos *pertenecientes* y actos *necesarios*. Valeri: *Il contenuto essenziale della preposizione institoria*, en *Riv. di Dir. comm.*, 1914, I, 142 y siguientes, defiende lo propuesto por Sraffa y, desenvolviendo la doctrina, de la que deduce la misma solución, formula la diferencia en un sentido completamente opuesto a lo que indico en el texto: conceptúa actos *pertenecientes* los que constituyen el objeto específico del comercio y sirven sucesivamente a posibilitar el ejercicio del comercio mismo, y por eso están comprendidos indiscutiblemente en el ámbito corriente del mismo, y *necesarios*, los que caen fuera de ese ámbito corriente del comercio ejercido y son indispensables para la marcha normal y productiva de la hacienda. Esa indispensabilidad es muy relativa, añade Valeri, porque así como el factor (institor), a virtud de la naturaleza misma de sus funciones de mandatario, ha de procurar siempre el mayor rendimiento posible para la hacienda, por igual razón ha de considerarse acto necesario, en el sentido del artículo 370, todo aquel que sea útil para el ejercicio del comercio y sea adecuado rigurosamente para aumentar en cualquier forma los productos del comercio *(Riv. di Dir. comm.*, 1921, I, 312); distinción expuesta por Valeri, que recoge también Navarrini: *Trattato*, II, n. 1.504 bis. Mas ella, además de ser completamente

ne, por tanto, lógicamente, en cambio, que la procura publicada, que no puede ser más que general, restrinja a los actos constitutivos únicamente del comercio las facultades del factor, o sea, aquellas propias y necesarias, y excluya las conexas que, aun dentro de sus límites, no sean indispensables al ejercicio del comercio; es decir, que el *mínimum* de facultades que debe poseer el factor ahora y siempre es el de todas aquellas sin cuyo otorgamiento sería imposible el ejercicio del comercio.

De modo que si el artículo 370 nos puede suministrar un indicio acerca del *mínimum* de facultades que haya de contener la procura institucional, y, por lo tanto, las posibles limitaciones que cabe hacer, la solución del problema sólo nos la dará la naturaleza misma de la procura institucional, y si ésta se concede para posibilitar el ejercicio del comercio y está relacionada con un contrato que contenga el encargo de ejercitar permanentemente el comercio por cuenta del principal, evidentemente debe contener, al menos, facultades para realizar los actos necesarios al ejercicio del mismo, sin necesidad de apelar a autorizaciones especiales continuas, que, a más de poder negarlas, representan, de todas suertes, un obstáculo para la ejecución del contrato.

Como, por consiguiente, el vínculo interno del arrendamiento de

---

opuesta al verdadero sentido de las palabras (porque *necesario* no equivale a *útil)*, no atiende a lo dispuesto en el artículo 368, que señala el ámbito normal de la procura institoria, aun cuando indique que el proponente responde de la actuación del factor y de las obligaciones que contraiga, *dentro de los límites del comercio que le ha sido confiado;* y como el 370, que le sigue, no distingue entre unos y otros actos, deben estar ambos dentro de los límites corrientes del comercio. Nos parece infundada la opinión de Valeri, en *Riv. di Dir. comm.*, 1914, 115, de que el artículo 368 señala únicamente el contenido *mínimo* de la procura, al hablar de la ampliación de la responsabilidad del proponente por los actos que realice el factor, y que en cambio el 370 dé a entender un contenido más amplio de la procura que el que la anterior disposición señala para la responsabilidad del proponente; porque esto equivaldría a decir que en una parte de los actos realizados por el mandatario, atinentes a lo que la ley presume ser el contenido de la procura, desaparecería la responsabilidad del mandante, y esto, en otras palabras, supone que no habría proposición institoria. Lo cierto es que el artículo 370 se completa con el 368, y que la responsabilidad del proponente no deja de existir respecto a todos los actos a que el artículo 370 supone se extiende la procura: Cass. Florencia, 26 noviembre 1914 *(Mon. trib.*, 1915, 650); Ap. Génova, 25 marzo 1904 *(Temi gen.*, 1904, 488). Véanse también los considerandos, Tribunal Supremo del Reino, 23 junio 1924 *(Foro ital.*, 1924, I, 501).

BIBLIOTECA FAC. DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES U. A. N. L.

obra determina la concesión de la procura, así hay que inducir la extensión de ésta de la naturaleza de su objeto: a mi juicio, el error de los que tratan esta materia consiste en aislar por completo la relación externa de representación del vínculo interno del arrendamiento de obra, a que está siempre unida en la realidad de la vida.

En cuanto al artículo 368, nada puede inducirse de él acerca de las posibles limitaciones de la procura publicada, precisamente porque se refiere a la procura institucional en general, y no a una u otra forma de ella en particular; nos presenta el caso corriente de procura sin limitaciones, y no la excepcional de procura limitada; emplea, por tanto, una fórmula que corresponde exactamente con la del 370 y no es muy distinta. Decir que la representación se extiende a todos los actos que el factor realiza en los límites del comercio, es lo mismo que decir que comprende todos los actos necesarios y que pertenezcan al comercio.

Finalmente, la procura institucional es esencialmente una procura general que *puede* comprender toda clase de actos cualesquiera, pertenecientes al comercio que se le ha confiado al factor, pero que, *por lo menos*, *debe* comprender los actos necesarios para el ejercicio de este comercio.

La procura institucional, aun en su forma más amplia, otorga poderes que no son ilimitados; hay siempre uno máximo, como hay un límite mínimo, consistente, aquél, en que el factor no puede realizar actos extraños al ejercicio del comercio que se le ha confiado, y de aquí:

a) Que el factor no pueda practicar actos que contradigan el ejercicio del comercio que se ha colocado a su cargo, y por ello no puede enajenar, ni liquidar la hacienda, ni cambiar la razón social, el objeto ni el domicilio (302);

(302) Discútese si el factor puede vender o adquirir inmuebles o hipotecarlos: como no hay limitaciones en la ley, a diferencia de lo que ocurre en otras legislaciones, y como la contratación de inmuebles está incluída entre los actos de comercio, la opinión general es que tal operación está comprendida en las facultades del factor. Vivante: *Trattato*, I, n. 272; Valeri, en *Riv. di Dir. comm.*, 1921, I, 315, y escritores allí citados; Ap. Venecia, 21 noviembre 1924 *(Riv. di Dir. comm.*, 1925, II, 255). Ahora que, como quiera que tanto la doctrina como la jurisprudencia dominantes requieren que se consigne por escrito la procura para vender o comprar bienes inmuebles (véase más atrás, n. 75 y nota), no cabe estimar incluídas en las facultades normales del factor semejante autorización cuando no haya mandato por escrito.

b) El factor puede ejercer el comercio de la hacienda confiada, pero no fundar o cooperar con el caudal entregado otras haciendas, porque contrariaría el encargo que se le hizo.

El peculiar carácter de la representación institucional, consistente en ser una representación esencialmente general, tiene otra derivación señalada por la ley en el artículo 375 del Código de comercio, que indica el que a la representación de derecho material va siempre unida la representación jurídica procesal; lo que quiere decir que el factor puede ejercitar acciones y ser demandado en juicio, en nombre del principal, en toda relación jurídica nacida de los actos que haya realizado en el ejercicio del comercio que rige (véase también el artículo 872 del Código de comercio); representación judicial unida legalmente a la representación en los negocios jurídicos, de suerte que esa representación institucional *ope legis* confiere también la representación en juicio, que tiene el carácter, no de representación voluntaria, sino legal (303). Y que se trata de una representación legal, de una situación de hecho, a la cual atribuye la ley este efecto jurídico, y no de una ampliación presunta de la representación voluntaria, lo demuestra el que esa representación judicial en interés de los terceros comprende el ejercicio de todas las acciones, sea cualquiera la relación jurídica de que nazcan; y, por tanto, no sólo de las nacidas de los negocios jurídicos creados por el factor, sino también de los que dependan de los actos ilícitos del mismo; y esto basta para probar que no se trata de una ampliación presunta de la procura institucional, que evidentemente mira a los negocios jurídicos realizados por el factor, sino también a sus actos ilícitos.

Y ese carácter legal de esta representación origina que no pueda restringirla ni excluirla el mandante ni siquiera en la procura publicada en forma legal; la ha establecido la ley para garantía de los terceros, y no puede disminuirla la voluntad del representado: sin que quepa objetar que los terceros no pueden quejarse, porque, a virtud de esa publicación, deben constarles las limitaciones impuestas a la representación; porque si eso puede alegarse en las relaciones voluntarias que hayan mantenido por el factor, hemos visto que el artículo 375 establece un principio general, aplicable tanto a las relaciones voluntarias como a las involuntarias.

88. En contraposición a la amplitud y generalidad de la represen-

(303) Cass. Florencia, 14 marzo 1923 *(Cons. comm.*, 1923, 406); Ap. Catania, 5 marzo 1915 *(Giur. di Catania*, 1915, 49).

BIBLIOTECA FAC. DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES, U. A. N. L.
UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ®
DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

tación institucional, existen especiales obligaciones y responsabilidades del factor.

Aunque éste ejerza el comercio, no es comerciante (304), porque el ejercicio en nombre ajeno, y cuantos efectos jurídicos nazcan de sus actos, repercuten en la persona del principal; y, sin embargo, tiene obligaciones muchas que son propias del comerciante, que debe cumplir, y son, a saber:

1.ª Debe cuidar de que se observen las formalidades requeridas por la ley para habilitar a los incapaces de ejercer el comercio y responde solidariamente con el mandante de las consecuencias que se deriven de la inobservancia de esta formalidad (art. 373) (305).

2.ª El factor debe atender a la publicidad legal de las capitulaciones matrimoniales de su principal, lo mismo que a la de la demanda de separación de bienes entre aquél y su cónyuge, y responder personalmente del incumplimiento de estas formalidades.

3.ª Está obligado a llevar los libros de comercio de la hacienda mercantil de su principal y responde de la inobservancia de este precepto.

4.ª En caso de quiebra del principal, el factor sufre la pena impuesta a la bancarrota simple o fraudulenta, si en el ejercicio del cargo que desempeña en la hacienda que se le ha confiado realiza alguno de los hechos calificados como delito por los artículos 856, 857, 860 y 861 del Código de comercio (concuérdase con el 862 del mismo cuerpo legal).

89. Ahora hay que examinar las particularidades de la representación institucional acerca de la celebración del negocio por representación: realmente la característica de aquélla consiste en su generalidad, que se refleja no sólo en el negocio a que da vida, esto es, en la *procura*, de la que hemos hablado, sino en el negocio creado ejercitando la representación, o sea, en el negocio *representativo*.

(304) Cass. Florencia, 24 febrero 1913 (*Ragg. giur.*, 1913, 877).

(305) La ley habla de responsabilidad solidaria, pero no se comprende que pueda haber responsabilidad solidaria con el proponente incapaz. Vivante: *Trattato*, I, n. 270, letra *a*), supone el caso del padre que carece de autorización judicial para continuar el comercio en nombre del menor, y que nombra factor; pero en este caso, dice Navarrini: *Trattato*, IV, pág. 154, nota 2, no sería el proponente el padre; en el caso de que el proponente sea incapaz, la responsabilidad debe ser exclusiva del factor; otros dicen que cabe concebir la relación solidaria entre una obligación para uno válida y para otro anulable, a causa de la incapacidad de éste. De Semo: *Le obbligazioni solidali*, Roma, 1916, págs. 210 y sigs. Indudablemente, en los demás casos mencionados en el texto en los números 2 y 3 subsiste la responsabilidad solidaria del factor y del proponente. Véase Tribunal Supremo del Reino, 3 abril 1925 (*Repertorio* del *Foro ital.*, 1925, palabra *Institore*, n. 37).

Esa particularidad consiste en el requisito de la *contemplatio domini*, que se requiere para que la representación surta sus efectos respecto al negocio por representación, y en esta materia la ley se ha inspirado en el principio de proteger todo lo posible la buena fe de los terceros, y en ello se fundan dos principios.

Primeramente, el de obligar al factor, cuando celebra por escrito un negocio jurídico, que aparezca igualmente en él que obra en nombre del principal, o sea, el requisito de la *contemplatio domini*, que, según el artículo 371 del Código de comercio, ha de constar por escrito (306). Y adviértase que esto se refiere al caso en que este negocio se consigne por escrito; a los demás se aplica el principio general de que la *contemplatio domini* puede aparecer del conjunto de circunstancias que rodeen el negocio jurídico, y aun de la conducta del factor, o sea, no sólo de una declaración de voluntad expresa, sino tácita, o, como suele decirse, de hechos concluyentes.

Como quiera que la formalidad de la escritura a causa del requisito *contemplatio domini* en los negocios jurídicos consignados por escrito, se exige únicamente en beneficio de los terceros, la sanción a la misma no consiste en la desaparición de la representación, sino en la res-

(306) Conforme a la dicción literal del artículo 371, el factor, al firmar, debe consignar, no sólo su nombre y apellidos, sino también los de su principal, o la razón social del mismo, anteponiéndole la frase «por poder» u otra equivalente. La jurisprudencia declara que, aun cuando el factor no consigne la cláusula «por poder» u otra equivalente, se observe lo dispuesto en la ley si del acto aparece que ha contratado como tal factor, y, por consiguiente, no incurre en responsabilidad personal si el contratante conoce la persona de éste, aun cuando no se le haya nombrado: Ap. Ancona, 19 diciembre 1923 (*Giur. tosc.*, 1924, 80); Ap. Venecia, 18 enero 1921 (*Foro ven.*, 1921, 163); Cass. Turín, 14 noviembre 1908 (*Mon. trib.*, 1909, 645); Cass. Turín, 28 mayo 1920 (*Diritto comm.*, 1920, 254); Ap. Milán, 30 junio 1926 (*Temi lomb.*, 1920, 225); Cass. Nápoles, 27 febrero 1899 (*Foro ital.*, 1899, I, 586); Cass. Turín, 2 febrero 1901 (*Giur. ital.*, 1901, I, 1, 470). Esta jurisprudencia, que parece contraria al texto literal del artículo 371, fúndase en el hecho de que la sanción de la misma no consiste en la inexistencia de la representación, sino en la responsabilidad personal del factor, y que no cabe cuando se pruebe que, a pesar de la omisión de la antefirma, conoce el tercero la relación institoria; de suerte que subsiste el principio legal y el factor puede liberarse de los efectos ejercitando la *exceptio doli*.

BIBLIOTECA FAC. DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES U. A. N. L.

ponsabilidad personal del factor; o sea, que subsiste la eficacia de la representación respecto al representado, pero a la responsabilidad de éste añade la ley la del factor (art. 371, apartado del Código de comercio) (307).

Por consiguiente, después, y en interés también de los terceros, la ley dispone que el elemento-*contemplatio domini* se considere implícito en todos los actos que realice el factor dentro de los límites del comercio que ejerce, cuyo principio se deduce de lo dispuesto en los artículos 368 y apartado 371, diciendo el primero que el mandante responde de los actos del factor y de las obligaciones que éste contraiga dentro de los límites del comercio que dirige; dando a entender que basta que un acto esté comprendido dentro de esos límites para que surta efectos la representación y tenga eficacia el acto respecto al representado; y, más explícito aún, el apartado del 371 agrega que, aun cuando el factor no manifieste que obra en nombre del mandante, todavía en el caso de que la ley lo disponga así, bajo pena de incurrir en responsabilidad personal, los terceros pueden ejercitar contra el mandante las acciones que nazcan de los actos del factor pertenecientes, y que sean necesarios al ejercicio del comercio practicado por el mismo, que equivale a que, si bien falta el requisito de la *contemplatio domini*, produce los efectos de la representación en todos los actos comprensivos del ejercicio del comercio regido por el factor.

En una palabra: que la ley aquí deroga lo dispuesto en el artículo 1.127 del Código civil, que preceptúa que el que contrata se presume lo hace para sí y sus causahabientes, o sea, que todos los actos incluidos en el ejercicio del comercio que rige el factor se realizan en nombre del mandante, y así en todos ellos se presume el elemento *contemplatio domini* (308).

---

(307) La responsabilidad del factor es solidaria con la del proponente (art. 40 del Cód. de com.); Ap. Ancona, 13 diciembre 1923 *(Giur. tosc.*, 1924, 80).

(308) El que la responsabilidad del proponente subsista aun cuando el factor en realidad no proceda en nombre de él, es una consecuencia de esta presunción; y en tal sentido se expresa la doctrina y la jurisprudencia predominantes; Vivante: *Trattato*, I, n. 274; Vidari: *Corso*, n. 3.584; Marghieri-Scialoja: *Trattato*, I, 280; Tartufari, *op. cit.*, n. 304; Valeri: *La contemplatio domini nella preposizione institoria*, en *Riv. di Dir. comm.*, 1921, I, 622 y siguientes; Cass. Palermo, 18 noviembre 1909 *(Mon. trib.*, 1910, II); Cass. Turín, 18 mayo 1908 *(Giur. tor.*, 1908, 963); Cass. Florencia, 28 mayo 1897 *(Foro ital.*, 1897, I, 909). En contra: Sraffa, *ob. cit.*, pág. 91; Navarrini: *Trattato*, IV, número 1.509, según los cuales, el artículo 371 del Código de comercio se refiere sólo al caso del factor que, aunque no lo haya manifestado por escrito, contrate en nombre del principal; en tanto que, cuando no lo haga en nombre del proponente, ninguna responsabilidad directa alcanza a éste, aun cuando, en último extremo, el tercero podrá ejercitar contra él la acción *de in rem verso:* esta interpretación priva de contenido práctico a lo preceptuado en el artículo 371. Por otra parte, conviene notar que la presunción legal, aun en el caso de procura no publicada, no excluye la responsablidad personal del representante que calle el nombre del proponente: Tribunal Supremo del Reino, 17 septiembre 1925, sentencia inédita *(Repertorio* del *Foro ital.*, 1925, palabra *Institore*, n. 25).

90. La figura especial de la representación instituyente influye, por último, también en la *revocación de la procura.*

Si se publica aquélla, hay que publicar también ésta, y en igual forma (art. 374 del Cód. de com.); pero esa publicidad es necesaria únicamente para que los terceros conozcan legalmente la revocación y no puedan alegar ignorancia: de modo, que no se impone como formalidad esencial, en el sentido de que la no publicada carezca de eficacia; la ley no dice nada de esto y es improcedente agregarlo, y, por ello, el apartado 370, que regula los efectos de la procura no publicada, dispone que, en estos casos, las limitaciones no pueden alegarse contra los terceros, si no se prueba que las conocían, de lo cual se desprende el principio general de que la falta de publicidad legal respecto a las limitaciones de la procura, y lo que se dice de éstas es aplicable a la revocación, que es su límite máximo, no surte otros efectos que el de que proponente o mandante haya de probar que los terceros conocían las limitaciones, y, por tanto, y *a fortiori*, la revocación.

Si no fué publicada la procura, no hay para qué hablar del conocimiento legal de su contenido por parte de los terceros, y, por ello, la ley no ha creído necesario dictar normas acerca de la revocación del mandato no publicado. Surge así la duda de si puede admitirse la revocación pública de la procura no publicada: nos parece que sí, porque no debe impedirse al proponente procurar que llegue a los terceros noticia legal de la revocación (309).

91. *B) Representación de los comisionistas viajantes de comercio* (arts. 377 y 378 del Cód. de com.).—Llámanse, en general, comisionistas viajantes de comercio a los que, en interés de un comercian-

---

(309) Están conformes en esto Vivante: *Trattato*, I, n. 273; Navarrini: *Trattato*, IV, n. 1.519; Vighi, en *Riv. di Dir. comm.*, 1903, II, 15. En contra: Sraffa, *ob. cit.*, pág. 125.

BIBLIOTECA FAC. DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES U. A. N. L.

te, se trasladan a una o más localidades a fin de obtener negocios y autorizándoseles para iniciarlos y formalizarlos en nombre de aquél.

Han adquirido hoy importancia excepcional por el progreso y amplitud de la industria, que exige la venta rápida y en gran escala de los productos, para lo cual sirven admirablemente los viajantes, que llegan a países lejanos, los visitan continua y periódicamente, adaptan las condiciones de venta a las exigencias de la plaza, informan a los productores de las necesidades de los consumidores para que adecuen a éstas la producción, se informan de la solvencia de los clientes, cobran los créditos; en una palabra: ponen directamente en contacto a productores y consumidores, a productores y detallistas; eliminan los mayoristas, abren así nuevas salidas a la producción y amplían el mercado de cualquier producto; todo lo cual presta grandísimos beneficios sociales, no exentos alguna vez de ciertos perjuicios, como ha ocurrido en el Mediodía de Italia, en que los viajantes empujaron a compras excesivas a una población de limitada capacidad de consumo, provocando con ello crisis y ruinas.

✓ **92.** Hay varias clases de viajantes de comercio, y la primera clasificación que de ellos puede hacerse, de importancia económica únicamente, es la de viajantes *encargados de ventas* y viajantes *encargados de compras*, de las cuales la primera es la más numerosa e importante.

También cabe dividirlos en viajantes *con representación del principal*, y viajantes *sin representación:* distinción que nos interesa mucho, porque su importancia jurídica es grande y de ello depende el que algunas veces el principal los autorice para formalizar negocios en su nombre, y otras sólo para recibir pedidos, obtener notas, sin estar autorizados para más; de suerte que su misión concluye cuando han relacionado al cliente con la casa y han realizado la intermediación entre la propuesta del cliente, que el principal puede aceptar o rechazar. Por lo general, los comisionistas viajantes representantes, disfrutan de la confianza absoluta del principal y se hallan a su exclusivo servicio, gozan de un sueldo fijo, a más de un tanto por ciento de los negocios que realizan, y, en cambio, los que carecen de representación, su tarea es más limitada: trabajan, por lo común, simultáneamente para casas análogas y se les retribuye, no con sueldo, sino con un tanto por ciento (310).

(310) Hay que advertir aquí que en el lenguaje corriente se emplea la palabra *representante* para señalar también a aquellos que se limitan a procurar negocios; pero esta denominación impropia no nos debe seducir: la representación existe sólo cuando se faculta para perfeccionar el negocio. En los demás casos no puede hablarse de representante en sentido jurídico: Tribunal Supremo del Reino, 18 julio 1924 *(Settimana della Cass.*, 1924, 420); Ap. Milán, 2 diciembre 1919 *(Temi lomb.*, 1920, 188); Ap. Palermo, 21 diciembre 1917 *(Circ. giur.*, 1918, 128).

El Código de comercio no se ocupa de los primeros, porque supone que el comisionista viajante se halla al servicio permanente del principal (art. 378).

El vínculo interno que liga al comisionista viajante con el principal, tenga o no representación, hay que definirlo como arrendamiento de obra; porque el comisionista viajante de comercio, a semejanza del factor, aun cuando en límites más restringidos, pone a disposición de su principal las actividades intelectivas y materiales propias, y ello basta para definir como tal arrendamiento de obra el aludido vínculo; por tanto, debe negarse que existe aquí una relación de *mandato*.

Y más evidente aún aparece esto en los comisionistas sin representación, que no hacen más que buscar negocios, sin estar facultados para resolver respecto a ellos, y, por tanto, no pueden perfeccionarlos en nombre del principal ni en el propio; de suerte que falta un elemento peculiar del mandato, consistente en usar en interés de otro de las facultades volitivas propias, porque buscar negocios, recoger las ofertas de los clientes, es misión que, si bien requiere trabajo material e intelectual, no necesita de las facultades volitivas.

Rechacemos, por tanto, la opinión de que existe el mandato (311), aun en el caso de comisionista sin representación, que responde a la doctrina que caracterizaba el mandato por la facultad de *tratar* negocios por cuenta ajena, que no corresponde a nuestro concepto del mismo, en el que vemos siempre manifestación de una voluntad por cuenta de otro.

Pero, aun cuando el comisionista viajante ostente la representación del principal, la relación entre ambos es un arrendamiento de obra y no un mandato, porque la actuación del comisionista viajante, aun la del que ostenta representación, consiste en hallarse al servicio permanente, y, por lo común, exclusivo, del principal, e invertir casi toda su actividad, si no toda; e implica, por lo tanto, un empleo de trabajo material e intelectual en la preparación de los negocios jurídicos, que perfecciona luego como representante; de suerte que también es aplicable a él lo dicho del factor, de que cuando cualquiera pone a disposición de otro su actividad de un modo permanente para celebrar una

(311) Sraffa: *Del mandato commerciale e della commissione*, pág. 132.

BIBLIOTECA FAC. DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES U. A. N. L.

serie importante de negocios, no hay sólo empleo de actividad volitiva, sino también, y principalmente, de trabajo intelectual y material, y, por tanto, el negocio jurídico producto de tal relación no es un mandato, sino arrendamiento de obra.

En una palabra: los comisionistas viajantes con representación son arrendatarios de obra con esta última, y los comisionistas viajantes sin ella son simplemente arrendatarios de obra.

93. En la representación de los comisionistas viajantes, cuando aquélla se les confiere, se dan las particularidades notables siguientes:

La procura que confiere la representación puede revestir una forma cualquiera; puede constar en un documento o ser verbal simplemente; por lo común, ocurre lo primero; pero no se hace constar en escritura pública, como ocurre la mayor parte de las veces con la procura institucional, sino que aparece en cartas, anuncios, circulares y otros documentos semejantes, que se envían directamente a los clientes, o se entregan al viajante mismo para que los exhiba a aquéllos y sirva para autorizar su condición de tal representante.

Si la procura es simplemente verbal, el tercero que contrate con él no tiene más garantía que su palabra y su responsabilidad, y corre el riesgo de hacerlo con un representante aparente, o con uno que se exceda de sus facultades, y le corresponde probar la existencia de los límites efectivos de la procura cuando haya de dirigirse contra el principal y alegar contra él los efectos del negocio realizado en su nombre por el comisionista. Por tanto, no me parece aceptable la opinión de Sraffa de que «los terceros están autorizados, sin más ni más, a suponer que el comisionista se halla capacitado para formalizar los actos que comúnmente se realizan con el mandato que se les ha conferido» (312). Con ella se supone la existencia de una procura presunta inherente al nombramiento mismo de comisionista y de una procura de la cual se afirma una ampliación presunta; y ambas presunciones carecen de fundamento legal y de realidad, porque la ley no contiene disposición ninguna al respecto, y el único artículo que trata de la procura de los viajantes, es decir, el 377, prevé el caso de la escrita, y dice que el tercero debe atenerse estrictamente a sus términos; y, por otra parte, la figura que reviste en la práctica la misión de los comisionistas viajantes excluye la posibilidad, asimismo, de una simple presunción *hominis*, en el sentido que quiere Sraffa, porque lo frecuente es que el comisionista viajante sin representación, y, por tanto, el simple envío de

(312) Sraffa, *ob. cit.*, pág. 135.

uno de ellos no implica realmente en sí que se le confiera representación alguna. Rechazada, por tanto, toda presunción acerca de la existencia y límites de la procura, hay que aplicar el principio general, conforme al cual, quien está interesado en la existencia de una de éstas, debe probarlo (313); principio que confirma el art. 359 del Código de comercio, que da derecho al tercero para exigir que se le exhiba el documento que contiene la procura.

Cuando la procura se confiere por escrito, y, por tanto, hay documento acreditativo de ella, tanto si es una sencilla carta, un anuncio o una circular, la representación se rige por el contenido del documento (art. 375 del Cód. de com.), y, por tanto, son eficaces las restricciones que en el documento se establezcan; y las limitaciones posteriores, producto de instrucciones no contenidas en la procura, no pueden alegarse contra terceros, a menos de que se pruebe que éstos las conociesen (art. 359 del Cód. de com.).

Muy variadas pueden ser esas restricciones: cabe que se limiten a un ramo del negocio, que lo sean topográficamente, que se concedan para una sola provincia o región; pueden limitarse las condiciones en que han de hacerse esos negocios: cabe que se exija que las ventas se realicen contra entrega de letras de cambio, etc., etc.; pero todas ellas deben aparecer del documento cuando la procura se confiere por escrito, y aun cuando es completamente libre la forma que deba revestir la procura, si se confiere en un documento, en él deben constar todas las condiciones de la misma, y, por lo tanto, las limitaciones que a ella se impongan; pero, si nada dice de la amplitud de la representación, habrá que atenerse a la índole de los negocios para que ha sido conferida, a las circunstancias que la han acompañado y a los usos de comercio; y así por ejemplo, el comisionista viajante encargado de ventas, a falta de restricción especial, podrá vender a crédito y vender todas las mercancías que constituyen el objeto de comercio de su principal, aun cuando no aparezcan en el muestrario; podrá conceder los descuentos usuales en los pagos al contado, etc., pero no podrá vender las mercancías que no forman parte del comercio principal, ni podrá pactar ventas sucesivas a períodos largos, ni tomar dinero a préstamo, ni mezclarse en la perfección del contrato, ni cobrar el precio si no está facultado para ello en la procura.

De igual suerte que todos los representantes, los comisionistas viajantes deben proceder en nombre del principal, y este requisito de la

(313) Cass. Turín, 9 enero 1918 (*Riv. di Dir. comm.*, 1918, II, 500). La prueba puede hacerse mediante testigos.

BIBLIOTECA FAC. DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES U. A. N. L.

contemplatio domini ha de constar por escrito, que es lo que preceptúa el art. 378 del Código de comercio, invocando lo dispuesto en el 371, dedicado a los factores, y cuya falta de formalidad, aunque no implique la nulidad del negocio por representación como tal, es causa de responsabilidad para el representante.

Pero el 378, al invocar el 371, agrega que el comisionista viajante sólo debe mencionar el nombre del principal, sin necesidad de que a firmar haga constar que lo hace por poder. Esta disposición obedece a un curioso equívoco (314); el 373 del *Proyecto*, que corresponde al 378 del Código, se limitaba a la invocación de lo dispuesto en el 378 para los comisionistas viajantes (382 del proyecto); la Cámara de comercio de Venecia hubo de advertir que, de tal suerte, aunque obligando al comisionista a firmar *por poder*, se le conferían facultades equivalentes al factor, cuando son mucho menores, y, por consiguiente, proponía que el comisionista viajante no pudiera firmar *por poder;* observaciones que se incorporaron al proyecto definitivo y fundado en él se redactó el 378. Pero esas advertencias de la Cámara de comercio de Venecia obedecían al equívoco del significado de la palabra *procura*, que en italiano equivale sencillamente al acto con que se confiere la representación, de suerte que puede perfectamente decirse que el comisionista viajante dispone de la procura y puede firmar por poder; en cambio, en alemán, la palabra *prokura* indica el acto constitutivo de representación institucional, y el factor se llama, precisamente, *prokurist*, que se diferencia del representante simple, que sólo tiene facultades para contratar negocios aislados *(Handlungsbevollmächtiger);* y he aquí por qué el Código de comercio alemán, en su art. 49, prohibe al comisionista viajante que dé a entender que posee una *prokura*, es decir, que sea un factor; pero en el Código italiano no puede hacerse esa distinción en la misma medida, y, por ello, el artículo 378 dice que el comisionista viajante que, en realidad, posee una procura, no puede firmar por poder, y, por lo tanto, ¡que no puede dar a entender lo que realmente es!

94. *C) Representación de los mancebos (Commessi di negozio)* (art. 379 del Cód. de com.).—Son los que auxilian al principal o al factor en el ejercicio del comercio, realizando en el establecimiento o fuera de él operaciones especiales necesarias para tal ejercicio. El Código (art. 379) se ocupa únicamente de los mancebos encargados de

(314) De ese equivoco se ocupó con mucho acierto Sraffa, *ob. cit.*, páginas 136 y sigs.

vender al por menor, pero en esa clase están incluídos todos los agentes del principal o del factor *encargados de determinadas funciones que han de desempeñar bajo la dirección del principal o del factor, y que tienen para desempeñarlas una representación limitada*, a cuya clase pertenecen, no sólo los encargados de las ventas, sino los de la casa, de los almacenes, los agentes vendedores de billetes de teatro o de ferrocarril, los conductores de tranvías, de buques a vapor, de automóviles públicos, camareros de cervecerías, cafés, fondas y cuantos estén encargados de cobrar (315).

Desde el punto de vista de la relación que los une al principal, todos estos agentes son arrendatarios de obra, a quienes se les confiere, además, una representación limitada.

La procura, en virtud de la cual se confiere la representación, por lo general es tácita, y basta con el hecho de destinarlo al cargo (316). Sus límites se desprenden de la naturaleza de la función confiada al agente, de suerte que, si se trata de comisionistas encargados de vender al por menor, podrán vender y entregar la mercancía, y cobrar el precio y dar recibo (comienzo del art. 379); también podrán hacer descuentos y aplazar el pago, según la costumbre, entregar muestras, cambiar la mercancía vendida por otra, etc.; pero carece de facultades para realizar aquellos actos que no son estrictamente inherentes a su función, y, por lo tanto, vender fuera de la casa, reclamar créditos del principal extraños al negocio (apartado 379 del Cód. de com.), a menos de que no se les haya conferido una procura especial, expresa o tácita, como, por ejemplo, cuando el mancebo lleva a casa del cliente los objetos adquiridos en el establecimiento puede reclamar el precio porque el encargarle de llevar los objetos fuera del establecimiento comprende implícita la facultad para el cobro de ellos; y lo que decimos de los mancebos puede aplicarse a todos los demás agentes; así el encargado del despacho de billetes de un teatro puede vender éstos en el local y cobrarlos, pero no puede usar de facultades más amplias, como, por ejemplo, abonar por años los palcos, dar entradas gratuitas, sin entrometerse, a menos, en funciones de otros departamentos de la administración del teatro; fuera de lo peculiar de su cargo, carece de representación.

(315) Repetimos aquí lo que ya hemos advertido: la palabra *agente* es término vago e incierto que puede comprender tanto el significado de una verdadera representación como la actividad de un simple colector de negocios: Tribunal Supremo del Reino, 22 junio 1925, inédita *(Repertorio* del *Foro ital.*, 1925, palabra *Institore*, n. 7).

(316) Véase Ap. Catania, 25 mayo 1923 *(Foro civ.*, 1923, 289).

BIBLIOTECA FAC. DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES U. A. N. L.

95. *D) Representación de los consignatarios.*—Son los que de una manera permanente designa el armador para que ejerzan el comercio en los diferentes puertos donde tocan sus buques, y hay que reputarlos como verdaderos factores del armador al designarlos éste para su comercio en cada escala. Así como el armador es un comerciante marítimo, el consignatario es el factor de esta clase de comercio; es institución consuetudinaria de la que no se ocupa el Código de comercio, no obstante su origen antiquísimo y su uso frecuente aun en la época de la navegación a vela. Obedece esto a las condiciones especiales en que se desenvolvía el comercio marítimo en aquella época, en que era raro que una misma nave tocase repetidas veces, y en períodos fijos, en un mismo puerto, y los consignatarios no prestaban sino un trabajo momentáneo y transitorio: más que nada eran los auxiliares del capitán, el cual se valía de ellos por los conocimientos que poseían en la plaza; entonces eran simples arrendatarios de obra sin representación; quien la poseía enteramente era el capitán, puesto que la nave, abandonado el puerto donde cargaba o descargaba, nada dejaba tras sí, ni asuntos pendientes ni cuestiones sin resolver, y se ignoraba cuándo volvería al puerto. Todo esto cambió radicalmente con la navegación a vapor al crearse líneas de navegación con viajes periódicos, porque, asegurada de esta suerte la vuelta de los buques de un armador a los mismos puertos, las relaciones de aquéllos con los consignatarios hubieron de adquirir necesariamente estabilidad, y esto indujo a los armadores a crear en los distintos puertos agencias confiadas a consignatarios permanentes, además de que el poco tiempo de permanencia de los buques de vapor en los puertos no permite al capitán ocuparse de la parte administrativa y comercial, y como, además, las funciones técnicas que asumen éstos son mayores cada vez y absorben como nunca toda su actividad, ha sido preciso separar las funciones *técnicas* de las *relativas al ejercicio de la industria marítima*, que antes estaban reunidas en el capitán, quien ahora se ha reservado sólo las primeras, pasando las segundas a los consignatarios (317).

(317) Consúltese sobre consignatarios, Vivante: *I raccomandatari nella navigazione a vapore*, en *Arch. giur.*, XXIII, 309-316, y Tartufari: *La rappresentanza nella conclusione dei contratti*, Turín, 1892, págs. 274 y sigs. Nuestra jurisprudencia ha dicho alguna vez que el consignatario puede ser condenado personalmente e *in solidum* con el armador para resarcir daños en las averías: Cass. Turín, 18 febrero 1921 (*Mon. trib.*, 1921, 643); pero el consignatario es un representante del armador, y como tal, y a semejanza de todos los representantes, no contrae obligación personal alguna para con los terceros respecto a los actos realizados con aquel carácter, y obrando dentro de los límites del mandato; en este sentido están en lo cierto: Cass. Turín, 7 enero 1922 (*Giur. ital.*, 1922, I, 1, 172) y Tribunal Supremo del Reino, 12 mayo 1924 (*Dir. maritt.*, 1925, 96); sólo que, tratándose de consignatarios de sociedades extranjeras, suele fundarse la responsabilidad de ellos en el artículo 231 del Código de comercio, que dice que, en caso de incumplirse las formalidades señaladas en el artículo anterior, 230, los administradores y los representantes de cualquier clase de la sociedad extranjera son personalmente responsables de todas las obligaciones sociales, en cuanto a los actos que dependan del ejercicio de sus funciones, y en este sentido, Tribunal Supremo del Reino, 19 septiembre 1924 (*Dir. maritt.*, 1924, 732), 26 enero 1925 (*Ivi*, 1925, 311), Ap. Génova, 2 marzo 1922 (*Riv. di Dir. comm.*, 1923, II, 204), 21 noviembre 1924 (*Dir. maritt.*, 1924, 763), 31 diciembre 1924 (*Temi gen.*, 1925, 113), 4 febrero 1925 (*Dir. maritt.*, 1925, 482). Sobre esto consúltese Moraglia: *Sulla responsabilità del raccommandatario*, en *Riv. di Dir. comm.*, 1923, II, 204, y las varias notas insertas en *Diritto marittimo* a las sentencias citadas

§ 23.—Diferentes clases de negocios jurídico-mercantiles.

SUMARIO: 96. Tipos varios de negocios jurídicos, y en particular negocios jurídicos unilaterales. Singulares negocios jurídicos unilaterales.—97. Negocios jurídicos plurilaterales: actos complejos y contratos.—98. Negocios colectivos o actos complejos en particular: sus diversas clases; negocios colectivos en Derecho mercantil.—99. Contratos: su concepto. Contratos bilaterales y unilaterales.—100. Perfección del contrato: contratos entre presentes y ausentes. El principio formulado por el art. 36 del Código de comercio: su aplicación en materia civil.—101. Perfección del contrato unilateral: interpretación del último apartado del art. 36 del Código de comercio.—102. Elementos constitutivos del contrato considerados como negocios autónomos: propuesta y aceptación. La propuesta en particular: requisitos de la misma.—103. Aceptación: requisitos. Aceptación tácita: efectos del silencio en las relaciones jurídicas. Concordancia entre aceptación y propuesta (art. 37 del Código de comercio).—104. Vigencia de la propuesta y de la aceptación. Singularmente de la de la propuesta. Plazo voluntario y legal. Efectos jurídicos ajenos a la formación del contrato.—105. Vigencia de la aceptación.—106. Revocación de la propuesta y de la aceptación.—107. Efectos de la revocación: cuándo motiva la obligación de resarcir daños.—108. Muerte o incapacidad del proponente o del aceptante.

96. Durante muchísimo tiempo los tratadistas no han conocido y estudiado como figura jurídica autónoma más que una clase de negocios jurídicos: los contratos; débese a la doctrina alemana e italiana la reconstrucción del negocio jurídico como figura general, y el haber

BIBLIOTECA FAC. DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES U. A. N. L.

elevado junto al contrato otras clases de negocios, y especialmente el *negocio jurídico unilateral* y el *acto complejo*.

Los negocios jurídicos o declaraciones de voluntad pueden separarse, ante todo, en dos grandes grupos: al primero pertenecen los negocios resultantes de la declaración de voluntad de una sola persona, y se suelen llamar *negocios jurídicos unilaterales;* la segunda la constituyen los negocios que constan de varias declaraciones de voluntad, a los que puede designarse con el nombre de negocios jurídicos *plurilaterales*.

a) Negocios jurídicos unilaterales.—En nuestra legislación no hay un principio general, como existe en el art. 1.123 del Código civil, respecto a los contratos, que atribuya a una simple declaración de voluntad unilateral eficacia para producir efectos jurídicos, y, por tanto, compréndese el que durante mucho tiempo la doctrina haya desconocido la figura de negocio jurídico, y que hoy mismo sea objeto de viva oposición, y, sin embargo, en multitud de casos de nuestro derecho positivo nos encontramos con ese fenómeno de que la declaración de voluntad de una sola persona produzca eficacia jurídica por sí misma e independientemente de la declaración de voluntad de otra.

Y esos casos, que ya hemos mencionado y que recordaremos, son los siguientes:

1.º El *testamento*, todos cuyos efectos jurídicos emanan de una sola declaración de voluntad del *de cuius*, sin que la voluntad del heredero intervenga para nada, puesto que el derecho hereditario se transmite, como es sabido, respecto a él, independientemente de la adquisición de la herencia, que sólo necesita de la aceptación (artículo 925 del Código civil).

2.º El *reconocimiento*, o sea, el acto en virtud del cual una parte manifiesta confesar la existencia de un hecho jurídicamente conocido o de una relación jurídica, y a esta clase de declaraciones pertenecen tanto la confesión judicial como la extrajudicial (arts. 1.356 y 1.358 del Código civil).

3.º La *renuncia* en todas sus variadísimas formas, como el abandono del derecho de propiedad o derelicción, abandono del derecho de servidumbre o de usufructo, renuncia a un derecho real y aun la renuncia a un derecho de crédito o remisión; y de igual suerte la renuncia a la herencia, la renuncia a alegar la invalidez de un negocio o ratificación (318).

(318) Acerca del carácter unilateral de la renuncia, véanse Fadda y Bensa, *Note alle Pandette del Windscheid*, págs. 858 y siguientes.

4.º El *desistimiento unilateral*, reconocido para algunos negocios jurídicos, como en el contrato de suministro (art. 1.649 del Cód. civ.), en la sociedad (núm. 3.º del art. 1.729 y 1.733 del Cód. civ.), en el mandato (art. 1.757 ídem), en el depósito (1.860 ídem); y a cuya clase de negocios unilaterales están adscritas aquellas declaraciones de voluntad por las que una de las partes puede lograr la rescisión de un negocio jurídico, en virtud de causas previstas en la ley, como la revocación de las donaciones por ingratitud o supervivencia de prole (art. 1.078 ídem), la demanda de resolución de los contratos bilaterales por incumplimiento (art. 1.165 ídem), la disolución de la sociedad mercantil irregular por voluntad de uno de los socios (art. 9 del Cód. de com.).

5.º El *abandono* a los acreedores y a los aseguradores de la nave, productor de efectos distintos, pero ambos eficaces, por la sola declaración de voluntad del propietario del buque (arts. 491, 492, 493, 632, 637, 638 y 640 del Cód. de com.).

6.º La *oferta* del tercer poseedor de un inmueble que quiere cancelar la hipoteca, y en que manifiesta su deseo de pagar el precio o el valor del inmueble (arts. 2.044 y 2.046 del Cód. civ.), oferta que vincula al oferente durante cuarenta días, y es una declaración de voluntad unilateral de la que depende la obligación del tercer poseedor a mantener su oferta durante cuarenta días y la de pagar el precio o valor del inmueble, transcurrido que sea el plazo, sin aumento de precio.

7.º La *oferta del particular contratante con la Administración pública*, que vincula al particular mientras no se perfecciona el contrato, con la aprobación administrativa que hagan las autoridades superiores competentes; respecto al Estado, el ministro respectivo, mediante decreto, que ha de registrarse en el Tribunal de Cuentas. El contrato aquí no se perfecciona hasta que no media la aprobación; pero la declaración de voluntad del particular es por sí una oferta que le obliga a mantenerla.

8.º La *promesa de celebrar un contrato unilateral*, que, conforme a lo previsto en el tercer apartado del art. 36 del Código de comercio, obliga al que la formula inmediatamente que llega a conocimiento de la otra parte, sin necesidad de aceptación.

9.º *Promesa de mantener una oferta contractual*, que obliga al promitente y que en el caso de que falte a ella, o rehuse cumplirla, debe resarcir daños (consúltese el segundo apartado del art. 36 del Código de com.).

10. *Promesa al público* (319). Sea cualquiera la construcción que

(319) *Bibliografía*: Lucci: *Delle promesse per pubblici proclami*, Nápoles, 1893; Polacco: *Le obbligazioni nel diritto civ. italiano*, 2.ª ed., Roma,

BIBLIOTECA FAC. DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES U. A. N. L.

se haga de esta promesa al público, no cabe duda de que es un negocio unilateral por sí mismo, que obliga al declarante a cumplir la prestación prometida, o, al menos, a sostener la oferta de contrato que éste encierra.

11. *Promesa contenida en los títulos de crédito.*—Indudablemente éstos encierran un negocio jurídico unilateral, que se perfecciona con la declaración únicamente de voluntad del que las emite, porque el carácter autónomo del derecho de crédito del poseedor prueba que el derecho mismo surge inmediatamente de la promesa, lo que significa que el que emite se obliga directamente con el poseedor, sólo que éste no es una persona individualmente determinada, sino simplemente determinable, y como es perfectamente concebible un contrato con persona indeterminada, de ahí que la declaración de voluntad del emitente haya de considerarse como un negocio jurídico unilateral, en que éste se obliga para con aquella persona que aparezca acreedor, mediante la posesión del título.

12. *Procura*, o sea el acto en que se confiere a otro representación: el carácter unilateral de este negocio jurídico aparece de todo cuanto hemos dicho más atrás acerca de la autonomía de la procura.

13. *Negotiorum gestio*, que existe cuando alguien asume el cumplimiento de un negocio ajeno (arts. 1.141 y siguientes del Cód. civ.), en el que las obligaciones del gestor y del *dominus* dependen de la declaración unilateral de voluntad del gestor.

Como vemos, es numerosísima la serie de casos en que nuestro Derecho atribuye a las declaraciones unilaterales de voluntad eficacia jurídica; de suerte que bien puede decirse que no se trata de un principio excepcional, sino de uno verdaderamente general, susceptible de originar consecuencias; y las objeciones que se oponen a esta doctrina (320) están reducidas en substancia a que en los varios casos en

1915, pág. 168; Messina: *La promessa di ricompensa*, 1899; Barassi: *La promessa di ricompensa al pubblico nel diritto privato*, en *Arch. giur.*, 1901; Cicu: *L'offerta al publico*, Turin, 1902; Toesca: *L'offerta al publico*, Sassari, 1903; Bolchini: *La promessa al publico*, en *Riv. di Dir. comm.*, 1903, I, 38; Baviera: *L'offerta al pubblico*, Milán, 1907; Pranzataro: *La teoria dei contratti «in incertam personam»*, en *Giur. ital.*, 1902, IV; A. Scialoja: *L'offerta a persona indeterminata e il contratto conchiuso a mezzo di automatico*, 1902. La doctrina alemana sobre *Auslobung* es abundantísima; véanse los muchísimos autores citados en Oertel: *Die Lehre von der Auslobung*, Leipzig, 1895.

(320) Esmerada y agudamente las expresa Scialoja: *Studi di Diritto privato*, Roma, 1906, págs. 71 y siguientes, y ha poco *Saggi di vario Diritto* Roma, 1927, págs. 59 y siguientes. De Ruggiero: *Istituzioni di Diritto civile*,

que solemos ver un efecto dependiente de una declaración unilateral de voluntad se suele descubrir, en cambio, un efecto legal, es decir, una consecuencia jurídica dependiente de la ley (321); pero este concepto es fruto de un juicio equivocado acerca de la respectiva función de la ley y de la voluntad en la producción de eficacia jurídica; créese que la voluntad humana posee fuerza propia para producir efectos jurídicos, y no se la reconocen más que al contrato, es decir, al negocio jurídico que resulta de varias declaraciones de voluntad movidas por intereses distintos y que convergen sobre el mismo objeto; y de tal suerte se hace consistir la eficacia jurídica de la voluntad privada en el hecho de que, por la reunión de varias voluntades, surge una superior que se impone a los participantes individuales del acto. Ahora bien: esta opinión responde a un estado arcaico de la evolución jurídica, a condiciones de una sociedad primitiva, dispersa aún, en que el Estado no se ha afirmado todavía como órgano del Derecho, y entre cuyas fuentes no ha aparecido aún la ley como expresión de la voluntad superior del Estado. En tal sociedad, de la cual nos ofrece un ejemplo hoy la Sociedad internacional de naciones, la voluntad suprema contenida en la norma jurídica no resulta sino del acuerdo expreso o tácito de varias voluntades individuales que se imponen a la voluntad de cada uno; y en la sociedad así organizada el acuerdo es, en realidad, y no la declaración de voluntad unilateral, el que se considera

vol. II, págs. 70 y 245, quien impugna el negocio unilateral como figura jurídica general, aun cuando reconoce «que hay casos especiales a los que es inaplicable el concepto de contrato y la fuerza obligatoria hay que atribuirla a la simple promesa»; pero dice que «la laguna del derecho positivo no puede llenarla el intérprete», pág. 247, nota.

(321) Fundados en este concepto los aludidos escritores, señalan como única fuente de obligación el *contrato* y la *ley*. La doctrina moderna ha sometido a severas revisiones la tradicional enumeración legislativa de fuentes de las obligaciones, aun cuando creemos que sin llegar a resultados eficaces. Consúltense principalmente: Planiol: *Classification des sources des obligations*, en *Rev. critique de lég. et jurisp.*, 1904, 224; Demogue: *De la classification des sources des obligations*, en *Studi per Chironi*, I, 105, y *Droit des obligations*, vol. I, 1923, págs. 43 y siguientes; A. Scialoja: *Le fonti delle obbligazioni*, en *Saggi di vario Diritto*, Roma, 1927, págs. 33 y siguientes; Albertario: *Le fonti delle obbligazioni e la genesi delle'art. 1.097 del Cod. civ.*, en *Riv. di Dir. comm.*, 1923, I, 493, y especialmente pág. 511; Scuto: *Classificazione delle fonti delle obbligazioni*, en *Foro civ.*, 1923; Degni: *Studi sul Diritto delle obbligazioni*, Roma, 1926, págs. 5-31; De Ruggiero: *Istituzioni di Diritto civile*, vol. II, pág. 85.

BIBLIOTECA FAC. DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES U. A. N. L.

fuente de efectos jurídicos. Pero en la sociedad moderna las cosas son muy distintas: el Estado se ha afirmado como órgano específico del Derecho y reivindica para sí la función de dictar normas jurídicas; de modo que hoy la única fuente de Derecho es la ley, y a la ley hay que reconducir cuantos efectos jurídicos se producen: ya no es la voluntad humana fuente autónoma para producir esos efectos, sino sólo un hecho a que la ley asigna efectos jurídicos; y, en estas circunstancias, no hay razón para asignar una situación privilegiada al concierto de varias voluntades, respecto a la declaración unilateral de voluntad. Aun en ese mismo acuerdo, hoy la voluntad privada no es más que ocasión para los efectos jurídicos derivados de la ley; la voluntad superior resultante del acuerdo carece de importancia y no es ella la causa de los efectos jurídicos contractuales. Equiparados, pues, los negocios plurilaterales a los unilaterales, es evidente el error de querer asignar en los segundos los efectos jurídicos a la ley y no a la voluntad, y en los primeros, a ésta y no a la ley.

Amplísimo es en materia mercantil el campo de aplicación que encuentran los negocios jurídicos unilaterales, y por eso estos *obligatorios*, es decir, los que derivan obligaciones para el que los realiza, han encontrado terreno abonado para su desarrollo en el ámbito del comercio: las ofertas de contrato, las ofertas al público, los títulos de crédito, tienen en Derecho mercantil grandísima importancia, y por esa razón nos hemos detenido en destacar entre los negocios jurídicos mercantiles los resultantes de una sola declaración de voluntad.

97. *B) Negocios jurídicos plurilaterales.*—Esta clase de negocios es mucho más numerosa y comprende todos aquellos en que aparecen varias declaraciones de voluntad; de suerte que, con frase más comprensiva, podemos llamarlos también negocios *complejos*, entre los cuales el más importante es el contrato; pero, junto a ellos, los tratadistas modernos reconocen la existencia de otra importante clase de éstos, que suelen designar con el nombre de *actos complejos* o *convenios*.

La diferencia entre contrato y acto complejo consiste precisamente en que aquéllos, los intereses de las partes, son distintos y opuestos, y en los convenios contractuales se concilian esos intereses, porque en el acto complejo las partes persiguen iguales intereses y juntos colaboran a su realización: en el contrato están las partes *una frente a otra;* en el acto complejo, *una al lado de otra;* en aquél, la eficacia jurídica del negocio satisface al mismo tiempo los intereses de las dos partes; pero esos intereses están en oposición, como, por ejemplo, en la venta, donde el interés de una de las partes es adquirir la cosa al menor precio posible, y el de la otra, entregarla en el mayor que pueda; en el acto complejo, en cambio, los efectos jurídicos satisfacen los intereses de las partes; pero éstos son iguales y comunes para ellas como sucede en las juntas generales de una sociedad anónima y en la constitución de una sociedad; de suerte que por este motivo, al nombre general de actos complejos, que se presta a cierta confusión, puesto que en el fondo el contrato nace también de varias declaraciones de voluntad, y es negocio complejo, preferimos llamarle *acto*, o, mejor aún, *negocio colectivo*.

98. I. *Negocios colectivos* (o también actos complejos) (322).—Es una figura que se emplea muchísimo, lo mismo en el derecho público que en el privado: acto colectivo es la fundación de una corporación, las resoluciones de los Cuerpos colegiados (juntas generales de las sociedades, juntas de acreedores en la quiebra, sesiones de los Ayuntamientos, de los Tribunales, del Congreso de los Diputados, del Senado, del Consejo de Estado, etc.), resultantes del consentimiento de varios órganos diferentes (la ley en los Estados constitucionales, porque se necesita la aprobación del Congreso, del Senado y la sanción real), y, por último, los actos resultantes de una declaración de voluntad principal y de una o más accesorias, o sea, todos aquellos que necesitan aprobación, homologación o autorización. En todos estos casos nos encontramos con un acto, resultado de varias declaraciones de voluntad dirigidas a la realización de un interés único y común a todos los declarantes.

Pero, según la forma en que puedan prestarse y coordinarse juntas las diversas declaraciones de voluntad para el logro del fin común, así se dan distintos tipos de actos colectivos.

a) A veces las diversas declaraciones de voluntad poseen un mismo valor jurídico, y entonces hay actos colectivos, resultado de declaraciones de voluntad *iguales*, que se llaman generalmente *actos complejos iguales*, que son aquellos en los que diferentes personas concurren para fundar una corporación, las reuniones de los órganos colegiados y otros que resultan de varias declaraciones de voluntad de igual valor, como la ley (nótese aquí que las dos declaraciones de voluntad que la forman, o sea, la aprobación de la Cámara y la del Senado, son a su vez actos colectivos); y como los actos realizados por

(322) Consúltese: Kuntze: *Der Gesammtakt; ein neues Rechtsbegriff*, 1892; Fadda y Bensa: *Note al Windscheid*, I, pág. 845; Brondi: *L'atto complesso nel Diritto pubblico*, en *Studi per Schupfer*, III, 553.

BIBLIOTECA FAC. DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES U. A. N. L.

varios representantes que ostentan una procura colectiva. como sucede con los que realiza el presidente del Consejo de Administración de una Sociedad, y las del consejero delegado, cuando la firma se confía a ellos colectivamente.

b) Otras veces es desigual el valor jurídico de las declaraciones de voluntad concurrentes para constituir el acto colectivo, y hay una de ellas que se reputa principal y otras varias accesorias *(actos complejos desiguales);* en tal caso están todos aquellos actos que necesitan autorización o aprobación; es único y resultado de la unión de la declaración de voluntad principal y de las declaraciones aprobatorias o autorizantes.

Grande es la importancia en el Derecho mercantil del grupo de actos colectivos o negocios colectivos, sobre todo en dos instituciones turídicas fundamentales del Derecho mercantil: la sociedad comercial y la quiebra. Aquélla es una verdadera corporación reconocida como persona jurídica, y en esa materia, por consiguiente, nos tropezamos a cada momento con la figura del acto colectivo, y acto colectivo es, y no contrato, como suele decirse inexactamente, aquel mediante el cual se constituye una sociedad mercantil (la cosa puede ofrecer duda cuando se trata de sociedades civiles que no constituyen persona jurídica): actos colectivos son las resoluciones de las juntas de accionistas de las sociedades mercantiles, las de los Consejos de administración, los actos que realizan los administradores que llevan la firma social, autorizados por el Consejo o la Junta general; y únicamente considerando la sociedad como corporación, y como actos colectivos los constituyentes de la misma y en los que su vida se desenvuelve, pueden explicarse razonablemente determinadas especialidades del régimen jurídico de la sociedad mercantil, de que inútilmente trataríamos de enterarnos aplicándoles los preceptos peculiares del derecho contractual.

E igualmente resulta fecunda la doctrina del acto colectivo en materia asimismo de quiebra, la que crea entre los acreedores una comunidad con sus órganos propios, y cuyas resoluciones revisten el carácter de actos colectivos, explicándose de tal suerte muchas particularidades del derecho de la quiebra, y entre ellas, por ejemplo, la obligatoriedad del convenio que celebran la mayoría de los acreedores, aun para los ausentes y discrepantes (art. 840 del Código de comercio).

99. II. *Contratos.* Figura típica y tradicional del negocio jurídico, y que también en la práctica tiene superior importancia y muy amplia aplicación.

Consta éste de dos declaraciones de voluntad, y cuando en un mismo contrato median más de dos personas, ocurre una de estas dos cosas: o no se trata, en realidad, de un contrato único, sino de un conjunto de ellos (como, por ejemplo, en el caso de venta, cuyo precio se garantiza por un tercero, en que hay, en realidad, venta y fianza, y pueden separarse perfectamente los dos negocios), o bien se trata de un contrato en que una de las declaraciones de voluntad es, a su vez, un acto colectivo (como, por ejemplo, contrato de venta celebrado por varios condóminos, contrato celebrado por dos representantes con procura colectiva), donde, en realidad, el contrato se reduce siempre a un negocio jurídico, debido a dos partes y resultante de dos declaraciones de voluntad.

Por este motivo dudaría mucho de incluir la sociedad civil entre los contratos, porque en el acto constitutivo de ésta las partes no se proponen el logro de un fin mediato, distinto o en oposición con el de los demás, como ocurre en los contratos, sino que se proponen la realización de un fin mediato común a todos los contratantes.

En realidad, como ya hemos advertido, la causa mediata o remota del contrato consiste en la satisfacción del interés propio de cada contratante, y la causa próxima, el logro de la cooperación ajena, mediante la cual se obtiene aquella satisfacción; y como esa cooperación puede ser de distinta naturaleza, de ahí las dos subclases en que el contrato se divide; aludo con esto a los dos grandes grupos de contratos *unilaterales* y *bilaterales*, distinción que no hay que confundir con la que ha poco hicimos entre negocio unilateral y bilateral (porque los unilaterales son siempre también contratos) y se funda en la naturaleza de los efectos jurídicos derivados del contrato; son bilaterales *(sinalagmáticos)* los que engendran obligaciones para ambos contratantes, como, por ejemplo, la venta, el arrendamiento y la permuta, y unilaterales, de los que sólo nacen para uno de ellos (donación, mutuo).

En los bilaterales, la cooperación que una parte desea obtener de la otra consiste en una prestación; en cambio, en los unilaterales es insignificante esa cooperación y puede consistir únicamente en recibir lo que la otra se obliga a entregar; de modo que en los contratos bilaterales la prestación de una de las partes sirve para satisfacer el opuesto interés de la otra, en tanto que en los unilaterales la cooperación pasiva de una de ellas sirve para satisfacer un interés no opuesto, sino distinto del de la otra; en la compraventa, por ejemplo, la entrega de la cosa por el vendedor satisface el interés del comprador de adquirirla, interés, naturalmente, en oposición con el del vendedor, que procura no privarse de ella, y sólo lo hace en virtud de la compensación que obtiene con el precio; de igual suerte que la prestación del comprador

BIBLIOTECA FAC. DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES U. A. N. L.

satisface el interés del vendedor en recibir el precio, precio que está en oposición con el interés del comprador, que desearía obtenerla sin sacrificio o con el menor posible; en cambio, en la donación, al recibir la cosa, el donatario satisface el interés del donante, consistente en realizar un acto de liberalidad, en beneficiar, que es distinto del interés del donatario, consistente en enriquecerse con la cosa donada.

Demuestra todo esto que, tanto en el contrato unilateral como en el bilateral, se concilian siempre los diversos aunque no opuestos intereses, y que esta característica del contrato existe en las dos clases de ellos; no cabe duda, por tanto, que el contrato es algo más que la simple concurrencia de dos voluntades de igual contenido, porque no basta que dos personas quieran la cosa misma para que entre ellas se celebre un contrato; es necesario, además, que la cosa querida, esto es el contenido de la voluntad contractual, permita conciliar el interés de ambas partes y que se logre el fin particular de cada una de ellas.

100. Lo expuesto anteriormente acerca de la naturaleza del contrato nos permite resolver la interesantísima cuestión teórica y práctica de la perfección del mismo (323).

Y preguntamos: ¿qué es necesario para llamar perfecto, y cuándo lo estará, un contrato? Y éste es el problema que en la práctica se presenta a cada momento, si no nos basta la existencia de dos declaraciones de voluntad de igual contenido y queremos que haya algo más para la celebración de los contratos.

Cosa que, aparte de su importancia teórica evidente, por que afecta

(323) *Bibliografía:* Ramella: *Trattato sulla corrispondenza*, Turín, 1890; Majorana: *Delle convenzioni fra persone lontane*, 2.ª ed., Palermo, 1912; Valery: *Des contrats par correspondance*, París, 1895; Giorgi: *Teoria delle obbligaz. nel Diritto moderno italiano*, vol. III, n. 214 y siguientes; Girault: *Traité des contr. par corresp.*, 1890; Bianchi: *Il contratto per corrispondenza e l'art. 36 Cod. di comm. in materia civile*, en *Scritti*, por Filippo Serafini, 1892, págs. 53 y siguientes; Gabba: *Il contratto fra assenti*, en *Foro ital.*, 1897, I, 21; Grisostomi: *Le promesse di contrattare*, Frascati, 1903; V. Scialoja: *Osservazioni sull'art. 36 del Cod. di comm.*, en *Scritti per le onoranze a Pessina*, 1909, vol. III; Carrara: *La formazione dei contratti*, Milán, 1915; Candian: *Questioni in tema di formazioni di contratti*, en *Riv. di Diritto comm.*, 1916, I, 854; Vivante: *Trattato*, IV, n. 1.508-1.549; Navarrini: *Trattato*, II, n. 404-469; Bolaffio: *Comm.*, II; Segrè, en el *Cod. di comm. annotato*, sobre el artículo 36; Scheurl: *Vertragsabschluss unter Abwesenden*, en *Jahrb. f. die Dogm.*, II, 1858, 166; Koeppen: *Der obligatorische Vertrag unter Abwesenden (Ivi*, 187, 139).

a la misma naturaleza del contrato como negocio bilateral, la tiene mucha en el orden práctico: es importante, sobre todo, porque, hasta que el contrato no se perfecciona, ninguna de las partes puede volver sobre su propia voluntad; se necesita para saber si en el instante de la perfección tenían capacidad las partes para obligarse; porque hay que averiguar la ley que debe aplicarse al mismo, tanto en caso de que la legislación cambie, como porque cada una se encuentre en lugares distintos y esté regida por legislación diferente; porque se necesita para establecer el momento en que hay transmisión de propiedad, y, por consiguiente, averiguar las cuestiones relativas al riesgo, peligro, etc.

Ese problema de fijar el momento en que el contrato se perfecciona puede plantearse en todos ellos; porque, si bien lo corriente es que el cambio de declaración de voluntad se haga de presente, en el mismo lugar, y sin que medie intervalo apreciable físicamente entre el momento de emitir uno la declaración y que la otra parte exprese la suya, y no tiene importancia práctica ninguna, surge ésta, en cambio, cuando precisa algún tiempo para que la declaración de voluntad llegue a la otra parte, que es lo que sucede, por lo común, en los contratos que se celebran entre *personas ausentes*, pero que también puede ocurrir entre *presentes* cuando las partes pactan por escrito, como en el caso del sordomudo, o cuando, por un incidente lamentable, no llega a la otra parte esa declaración de voluntad (324). De modo que, aun cuando, por regla general, se plantea el problema tanto entre *presentes* como entre *ausentes*, prácticamente, cuando importa es en este último supuesto; y ese es el motivo por el que el Código de comercio se ocupa de ello precisamente, con motivo de los contratos entre personas que residen lejos una de otra (art. 36).

El principio expuesto en este artículo 36 consiste que para la perfección de los contratos no basta sólo la existencia de dos declaraciones de voluntad de contenido idéntico, sino que es necesario el *cono-*

(324) En este aspecto, dicen algunos que debiera substituirse, a la división corriente de los contratos entre presentes y entre ausentes, la de contratos de celebración *simultánea* y formación sucesiva, según que las dos declaraciones de voluntad se fundan en un solo contexto, o haya entre ellas una separación, aunque breve, de tiempo, y prescindiendo de la distancia que haya entre las partes; Segrè: *Cod. di comm. annotato*, al tratar del artículo 36, n. 8. Adviértase, sin embargo, que el problema del momento perteccionador del contrato se da también en los de formación simultánea, aun cuando en éstos sea una excepción, puesto que, como hemos visto en el texto, cabe que la declaración de voluntad expresada por una parte no llegue a la otra a que va destinada.

BIBLIOTECA FAC. DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES U. A. N. L.
UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ®

cimiento en ambas y que manifiesten la conformidad con las dos declaraciones, es decir, que es necesario que los dos declarantes conozcan esa coincidencia.

Y el fundamento de este principio se halla en la naturaleza misma del contrato: si éste es una conciliación de los intereses distintos de las partes, claro está que la conciliación no puede ser casual, sino consciente, y que una de ellas debe conocer que la otra ha querido lo que representa esa concordia entre los dos intereses distintos; por tanto, el artículo 36 preceptúa que el contrato será perfecto cuando la noticia de la aceptación llegue al proponente, o sea, que para la perfección del contrato se necesita, no sólo la propuesta, es decir, la declaración de una de las partes que contenga los elementos todos del contrato, ni tampoco la aceptación, o sea, la declaración consciente y conforme de la otra, sino, además, el conocimiento, por parte del proponente, de la aceptación formulada; sólo es completa con el recíproco conocimiento de ese acuerdo.

De tal suerte, el Código de comercio, entre las varias teorías con que luchaba acerca de cuál era el momento de perfección del contrato, singularmente entre personas ausentes, ha recogido la del *conocimiento*, que exige precisamente que las partes sepan ese acuerdo; teoría que rechazan otros, quienes se satisfacen con la simple aceptación, luego de hecha la propuesta (teoría de la *declaración* o de la *aceptación);* o que, además, pretenden que la declaración de aceptación se remitiese al proponente (teoría de la *remisión);* o que exigian, además, que ésta hubiese llegado al proponente sin necesidad del conocimiento de la aceptación por parte de éste (teoría de la *recepción).* Todas ellas adolecen del defecto de aquietarse con la simple coexistencia de las dos declaraciones de voluntad de contenido idéntico, y de preocuparse sólo del momento en que queda completa como declaración de voluntad existente por sí. Pero no basta para el contrato la coexistencia de dos declaraciones de voluntad de contenido idéntico; es preciso el reflejo subjetivo de esta coexistencia, el conocimiento de ella por parte del contratante, puesto que el objeto de la voluntad contractual consiste precisamente en la conciliación de los distintos intereses que las partes tienen sobre un objeto común.

El principio del artículo 36 del Código de comercio no sólo puede aplicarse a la materia comercial, sino a la civil, porque, en realidad, no es un precepto especial de este último derecho, sino una norma que regula las relaciones comerciales de modo distinto a las correspondientes reglas civiles; pero es un principio escrito ocasionalmente para materia comercial, realmente, aplicación y derivación de los principios de Derecho civil relativos a la naturaleza del contrato. Y ya hemos visto a su tiempo que en esta clase de normas cabe perfectamente la extensión analógica de la materia mercantil a la civil (325).

101. El artículo 36 del Código de comercio sólo reconoce expresamente la teoría del *conocimiento* en materia de contratos *bilaterales;* porque si a primera vista puede parecernos que quiso sentar un principio distinto, en el último apartado del dicho artículo dice:

«En los contratos unilaterales la promesa es obligatoria inmediatamente que tenga de ella conocimiento la otra parte a quien va dirigida.»

Según su tenor literal, dicho artículo declara en su último apartado

---

(325) La gran mayoria de los tratadistas opina que el artículo 36 es aplicable también a las relaciones civiles, sin embargo de que alguno de ellos impugna la exactitud del concepto desarrollado en el texto, cuando se trate de un caso de extensión analógica, porque, en definitiva, lo dispuesto en el artículo 36 no es más que un precepto general de derecho privado; Navarrini: *Trattato,* II, n. 409. Indudablemente, como ya dijimos (véase más atrás, párrafos 4 y 5), el artículo 36 pertenece a aquella clase de disposiciones contenidas en el Código de comercio que son desarrollo o derivación de principios del Derecho civil; pero esto no impide que sean leyes comerciales dictadas para regir principal y directamente materia comercial, y, por tanto, su aplicación a relaciones civiles no puede hacerse mediante extensión analógica Hay escritores, como Gabba: *Questioni di Diritto civile,* II, pág. 105, que dicen que el artículo 36 debe aplicarse únicamente a materia mercantil, porque la cuestión de la perfección del contrato por correspondencia, en materia civil, no es cosa que regule este Código y ha de resolverla el juez con criterio científico y a base del artículo 3.º de las disposiciones preliminares. En igual sentido se expresa Giorgi: *Obbligazioni,* III, n. 140, y Albertario, en *Monitore trib.*, 1910, 341. Pero, en realidad, aun cuando no se hubiera dictado el artículo 36, se llegaría igualmente a la doctrina del conocimiento, fundándose en el concepto mismo de contrato; pero, puesto que hay una disposición precisa legal que lo establece, parece lógico acudir a ella y aplicarla generalmente mediante extensión analógica. Otros, por último, entre las disposiciones varias del artículo 36 del Código civil, hacen distinción y excluyen, en particular, la aplicación a materia civil de los preceptos acerca de la perfección de los contratos unilaterales (último apartado) y respecto a la facultad del proponente de reconocer eficacia a una aceptación tardía (parte primera *in fine);* Ramella: *Trattato della corrispondenza,* n. 206; opiniones que ni la doctrina ni la jurisprudencia han aceptado. Consúltese Ap. Palermo, 13 marzo 1913 *(Foro ital.,* 1913, I, 1.272); Cass. Roma, 5 abril 1916 *(Giur. ital.,* 1916, I, 1, 732).

BIBLIOTECA FAC. DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES U. A. N. L.

que en los contratos unilaterales la promesa es obligatoria apenas llegue a conocimiento de la parte a quien va dirigida, o sea, que, *para ser obligatoria la propuesta de contrato unilateral no es necesaria declaración alguna ulterior de voluntad por la otra parte;* ahora bien: ¿cómo conciliar semejante precepto con el principio de que el contrato exige *dos declaraciones conformes* de voluntad, encaminadas a la constitución, régimen o disolución de un vínculo jurídico? (art. 1.098 del Código civil). Porque tendríamos un contrato resultante de una sola declaración de voluntad, y esto es simplemente absurdo.

Varias son las interpretaciones posibles o que se han propuesto para explicar el último apartado de este artículo:

a) Puede ocurrir que el aludido apartado se refiera al caso en que el futuro acreedor propusiera el contrato unilateral, y el futuro deudor contestara prometiendo; pero, si fuese así, habría necesidad, para que el contrato fuera perfecto: 1.º, de una propuesta del acreedor; 2.º, de la aceptación del deudor; 3.º, de la noticia de la aceptación, o sea, que para los contratos unilaterales existe el mismo principio que para los bilaterales, y entonces: ¿qué necesidad hay de una disposición especial para aquéllos? (326).

b) Según otra solución, como quiera que la ley dice que la promesa del último apartado del artículo 36 obliga apenas sea conocida por la persona a quien se dirige, parece tratarse, no de promesa contractual o propuesta de contrato, sino de una promesa unilateral, es decir, de una declaración unilateral de voluntad perfecta por sí sola; de suerte, que esa promesa sería obligatoria, por consiguiente, como acto unilateral, y habría impropiedad de dicción en la norma; la ley, en vez de referirse a contratos unilaterales, quiso hablar de actos unilaterales (327). Mas tampoco cabe aceptar esta opinión, que altera el texto legislativo y substituye una frase con otra, sin que haya motivos suficientes para esa interpretación modificadora.

c) Hay otra opinión para la cual el último párrafo del artículo 36, en los contratos unilaterales, da por presunta la aceptación, de suerte que siempre habrá las dos declaraciones de voluntad necesarias para formar el contrato, salvo que la del aceptante se presumiría por la

---

(326) Exposición que hace Scialoja, v. *Osservazioni sull'art. 36 del Codice di commercio,* en *Scritti per il cinquantesimo anniversario d'insegnamento di E. Pessina,* III, pág. 12, que, sin embargo, lo rechaza por inadmisible.

(327) Esta es la opinión de V. Scialoja, *op. cit.*, pág. 13.

ley (328). Pero esta explicación adolece del defecto de crear una presunción *juris et de jure* que no está en la ley, y que llegaría al mismo resultado de dar vida a un contrato mediante una única declaración de voluntad, que es lo mismo que transformar el contrato en negocio jurídico unilateral.

d) Del tan repetido artículo y apartado se da otra explicación: la de que en los contratos unilaterales la promesa o propuesta es obligatoria, que es lo mismo que decir que ésta sería irrevocable apenas llegase al destinatario; el contrato así no estaría completo con la simple propuesta, pero ésta sería irrevocable (329). Esta interpretación, aun cuando mejor que las anteriores, adolece del defecto de convertir la promesa citada en el repetido artículo, en una oferta o propuesta de contrato, cuando la promesa es una cosa y la oferta otra. La *oferta* o proposición es la declaración de voluntad formulada por una parte, y que, mediante el concurso de la declaración de la otra, se destina a la formación del contrato, del cual es un elemento; y aun cuando en cierto sentido esa propuesta pueda constituir un negocio jurídico autónomo, porque es causa de la obligación de mantenerla, y, por tanto, sea irrevocable, aun en este caso, es siempre y principalmente un elemento contractual.

Por el contrario, la *promesa* de que habla el artículo en cuestión, conforme al uso corriente y al significado propio de la frase, es siempre y solamente un negocio jurídico autónomo, no una declaración de voluntad encaminada a enfrentarse con otra para constituir un contrato; es un negocio jurídico que por sí crea obligaciones: las de ejecutar lo ofrecido, y no sólo la de no revocar la promesa; de suerte, que, con arreglo al significado propio de la palabra, la promesa puede ser lo mismo un negocio jurídico unilateral que un contrato, y precisamente por promesa se entiende el negocio jurídico *preliminar*, que es todo aquel que contiene la obligación de celebrar otro, y especialmente un contrato; como la promesa de venta es un contrato preliminar de la venta que encierra la obligación de vender.

---

(328) A. Scialoja: *La dichiarazione unilaterale di volontà*, en *Studi di Diritto privato*, pág. 98, y últimamente en *Saggi di vario diritto*, Roma, 1927, págs. 59 y siguientes. En el mismo sentido, Bolaffio: *Comm.*, vol. II, n. 193.

(329) Esta opinión la expresó por primera vez Grisostomi: *Le promesse di contrattare*, Frascati, 1903, págs. 164 y siguientes (pero la idea ya se encuentra en otros, por ejemplo, Segrè: *Dei titoli al portatore*, 1898, pág. 37; Montessori: *Dell'obbligazione al portatore*, Módena, 1902, pág. 85, la recogió Vivante: *Trattato*, IV, n. 1 514, y la siguió Navarrini: *Trattato*, II, n. 458.

BIBLIOTECA FAC. DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES U. A. N. L.

Creemos que precisamente al negocio preliminar alude el último apartado del 36, que quiso indicar que la promesa de un contrato unilateral, esto es, la declaración de voluntad con que alguien se obliga a celebrar un contrato unilateral generador de obligaciones a su cargo únicamente, es un negocio jurídico unilateral que se perfecciona por la sola declaración de voluntad del promitente.

Para concluir: ese apartado del artículo 36 débese a una mala inteligencia de un párrafo de Grocio (330), no a la teoría del conocimiento, que no rige de un modo distinto los contratos unilaterales de

(330) El origen del apartado, según los trabajos preparatorios, se descubre por lo que Manzini manifiesta en su *Relazione*, de que se proponía continuar el sistema de Grocio, desarrollado en un pasaje de la célebre obra *De iure belli ac pacis*, lib. II, cap. XI, n. 158: «Illud etiam quaeri solet an satis sit acceptationem fieri, an vero etiam innotescere debeat promissori antequam promissio plenum effectum consequatur. Et certum est utroque modo fieri posse promissionem, aut hoc modo: volo ut valeat si acceptetur; aut hoc modo; volo ut valeat si acceptam intellexero. Et in his quidem, quae ad mutuam pertinent obligationem, posterior sensus praesumitur: in promissis vero mere liberalibus potius est ut prior sensus credatur adfuisse, nisi aliud appareat». Grocio, por consiguiente, se plantea la cuestión de si basta la aceptación para que la promesa adquiera carácter obligatorio, o si se precisa también que el promitente tenga noticia de la aceptación, resolviéndola en el sentido de que todo depende de la forma en que la promesa se haga; si el promitente dice que la promesa surte efectos con la aceptación, será obligatoria con ésta simplemente; necesitará, en cambio, que llegue a su noticia la aceptación, si el promitente dijese: quiero que valga la promesa cuando conozca la aceptación, y concluye por establecer una presunción en la promesa de contrato bilateral *(quae ad mutuam pertinent obligationem)* se presumirá que el promitente exige noticia de la aceptación; en las promesas de *mera liberalidad*, se presumirá que al promitente le basta la *simple aceptación*. Esta distinción de Grocio entre promesa *quae ad mutuam pertinent obligationem* y promesa de *mera liberalidad*, no es muy correcta, porque las promesas de mera liberalidad constituyen una clase de promesas de contratos unilaterales, pero no *todas* las promesas de contratos unilaterales son promesas de liberalidad; pero, sea como quiera, está clara la distinción de Grocio. Pues bien: los autores del Código la malentendieron, y en tanto que para las promesas de mera liberalidad exigía Grocio la aceptación, declarando únicamente que no era necesario el conocimiento de ésta, según el último ap artado del artículo 36, basta que la promesa llegue a noticia de la persona a quien se dirija; pero la *noticia* no es aceptación, y aun cuando no es el momento de discutir si está bien o mal fundada la opinión de Grocio, lo indudable es que en la creencia de seguir a éste, nuestro legislador ha dicho cosa completamente distinta.

los bilaterales, en lo relativo a la perfección; de suerte, que el precepto legal de que los contratos se perfeccionan cuando llega la aceptación a noticia del proponente, es aplicable tanto a los contratos bilaterales como a los unilaterales (331).

102. Examinemos ahora especialmente los dos elementos que integran el contrato: las dos declaraciones de voluntad cuya coincidencia consciente y querida lo constituyen.

Esas singulares declaraciones de voluntad constitutivas del contrato pueden examinarse también aisladamente; consideradas en sí mismas tienen un valor jurídico, que si, por lo general, se refieren al contrato del que son un elemento, hasta tanto que aquél no se perfecciona poseen un valor jurídico autónomo, y a las cuales hay que referirse siempre cuando llega la perfección para juzgar de la existencia y validez del contrato.

Hasta que éste no se celebra, las dos declaraciones de voluntad que tienden a constituirlo, como productoras cada una de por sí de efectos jurídicos, hay que verlas respectivamente como un negocio jurídico autónomo; si bien, evidentemente, unilateral y con efectos limitados y transitorios, sujetos a la condición resolutoria de que el contrato se perfeccione; una vez que el contrato se celebra, cesa esa vida autónoma de las dos declaraciones de voluntad como negocio unilateral, y ya no queda más que el contrato como negocio bilateral; pero si, por cualquier razón, se declara que el contrato no se celebró válidamente, los elementos constitutivos del mismo recobran su vida propia de negocios unilaterales.

Consideradas esas declaraciones de voluntad como negocios autónomos, tiene cada una de ellas individualidad propia y características distintas, y, por tanto, se distingue la *propuesta* de la *aceptación*.

El más complejo de los elementos es la *propuesta*, que consiste en la declaración comprensiva de todos los elementos del futuro contrato y por esta razón, y comúnmente, la propuesta arranca de quien toma la iniciativa para contratar, que es, además, el que señala sus elementos; pero también puede ocurrir que esa iniciativa no lleve a formular las condiciones del contrato, sino que desempeñe función más modes-

(331) Sólo una excepción se hace a la teoría del conocimiento, cuando el proponente mismo haga depender la perfección del contrato de un hecho distinto del conocimiento (como, por ejemplo, la expedición, ejecución inicial). Consúltese primer apartado del art. 36 del Código de comercio y más adelante núm. 105.

BIBLIOTECA FAC. DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES U. A. N. L.

ta: suscitar esa formulación; y puede ocurrir, asimismo, que esos elementos del contrato se modifiquen por la persona a quien se dirige la iniciativa, es decir, que surja una *negociación*, en cuyo caso la propuesta no la formula el que toma la iniciativa: podemos, pues, definir la propuesta como una *declaración de voluntad encaminada a la perfección de un contrato comprensiva de los elementos esenciales del mismo*.

Sus requisitos son tres:

a) Que exista declaración de voluntad, que puede ser *expresa*, es decir, empleando los medios de expresión corriente encaminados a exteriorizar el pensamiento (palabras, escritura, gestos), o bien *tácita*, expuesta con actos concluyentes, es decir, incompatible con una voluntad distinta.

b) Debe ir encaminada a la celebración de un contrato, y, por consiguiente, debe haber voluntad de vincularse contractualmente, de suerte que el contrato se perfeccione con la aceptación (332); además de que esa voluntad debe revestir la forma adecuada al contrato que trata de celebrarse (333).

c) Por último, la declaración debe ser completa; debe contener los elementos todos esenciales del contrato que quiere celebrarse, de suerte que pueda quedar perfecto con la simple adhesión de la otra parte (334).

---

(332) De suerte que no constituye una proposición la oferta acompañada de una cláusula «sin compromiso» y otras análogas. Vivante: *Trattato*, IV, n. 1.527; Valery, *op. cit.*, n. 230. Véase, además, Cass. Nápoles, 17 junio 1918 (*Mon. trib.*, 1918, 722). Acerca de la cláusula misma, véase lo que dice *Riv. di Dir. comm*, 1921, I, 724, con motivo de una sentencia del Tribunal Supremo alemán; pero adviértase que en el derecho tudesco, normalmente, la propuesta vincula, y, por lo tanto, la cláusula *s. i.* se suele emplear para posibilitar la revocación de la oferta antes de la celebración del contrato. En nuestro derecho, en el que la proposición para contratar es generalmente revocable la cláusula, en el sentido indicado sería un pleonasmo.

(333) Este requisito tiene importancia en los contratos formales: véase más atrás, párrafo 21.

(334) Una proposición incompleta no compromete, únicamente sirve como invitación a contratar: Tribunal Supremo del Reino, 16 noviembre 1925 (*Repertorio* del *Foro ital.*, 1925, palabra *Obbligazioni e contratti*. n. 109-113); Ap. Venecia, 6 mayo 1919 (*Foro ven.*, 1919, 150). También se afirma que la propuesta no pierde su carácter si el que propone deja al destinatario que elija cualquier modalidad. Vivante: *Trattato*, IV, n. 1.523. Aun en este caso no es fácil distinguir siempre en la práctica si el proponente quiso someterse

103. Otro factor del contrato es la *aceptación*, consistente en la declaración de voluntad mediante la cual se expresa la adhesión a la propuesta; es, por consiguiente, una declaración de voluntad mucho más sencilla; queda reducida a un simple *sí;* sus requisitos son:

a) Una declaración de voluntad que puede ser *expresa* o *tácita*, lo que quiere decir que puede aparecer de hechos concluyentes, como, por ejemplo, expedir la mercancía pedida en la propuesta (335); y en este punto surge la cuestión grave del valor del *silencio* en los negocios jurídicos, y hay que averiguar si el silencio puede equivaler a la aceptación.

Las opiniones de los tratadistas italianos están divididas en cuanto al valor del silencio en la celebración de los contratos (336); prevalece

---

a la voluntad de la otra parte, decisiva para la conclusión del contrato, o pretendió suscitar la propuesta de esa modalidad, reservándose aceptarla o no.

(335) Cass. Roma, 23 diciembre 1913 (*Foro ital.*, 1914, I, 418); Cass. Turín, 4 enero 1919 (*Giur. tor.*, 1919, 289); Ap. Bolonia, 12 marzo 1924 (*Temi emil.*, 1924, 398). También el comienzo de la ejecución puede servir como aceptación tácita; pero esto no quiere decir que el comienzo de ejecución basta para perfeccionar el contrato; aparte del caso previsto en el primer apartado del art. 36, siempre habrá necesidad de que llegue al proponente la noticia de la aceptación, aunque sea tácita; y así, por ejemplo, si se expide la mercancía, estará perfecto el contrato únicamente cuando el proponente tenga noticia de la expedición hecha. Para todo esto, véase Ap. Bolonia, 3 junio 1924 (*Temi emil.*, 1924, 885).

(336) Sobre esta materia ha nacido una inmensa bibliografía. Entre los tratados generales de Derecho mercantil y civil en que está desarrollada más o menos ampliamente la materia, consúltese Vivante: *Trattato*, IV, número 1.538; Chironi y Abello: *Trattato di Diritto civile italiano*, I, pág. 386; Coviello: *Manuale di Diritto civile italiano*, pág. 359; Giorgi: *Teoria delle obbligazioni*, III, pág. 219. Entre los trabajos monográficos, Ranelletti: *Il silenzio nei negozi giuridici*, en *Riv. ital. per le acienze giuridiche*, 1892, 3 y sigs.; Simoncelli; *Il silenzio nel Diritto civile*, en *Rendiconti dell'Istituto lombardo*, 1897, 257; Sraffa: *Il silenzio nella conclusione dei contratti*, en *Giur. ital.*, 1898, IV, 353; Bruschettini: *Il silenzio nella conclusione dei contratti*, en *Diritto comm.*, 1898; Gabba: *Il silenzio nel Diritto civile*, en *Giur. ital.*, 1901, IV, 338; Fadda y Bensa, en *Annotazioni al Windscheid*, vol. I, pág. 900; Pacchioni: *Il silenzio nella conclusione dei contratti*, en *Riv. di Dir. comm.*, 1906, II, 23; Bonfante: *Il silenzio nella conclusione dei contratti*, en *Riv. di Dir. comm.*, 1906, II, 222, y 1907, I, 105; Perozzi: *Il silenzio nella conclusione dei contratti*, en *Riv. di Dir. comm.*, 1906, I, 509; Osilia: *Sul silenzio come dichiarazione di volontà*, en *Riv. di Dir. comm.*, 1925, II, 1 y siguientes; Degni. *Studi sul diritto delle obbligazioni*, Roma, 1926, págs. 33-57.

BIBLIOTECA FAC. DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES U. A. N. L.

la de que el silencio no puede estimarse como aceptación, pero hay escritores muy autorizados que reconocen, en cambio, que el silencio, en circunstancias determinadas, puede tener igual valor que el consentimiento.

A nuestro juicio, la cuestión hay que resolverla acudiendo a los principios generales, porque nada disponen los textos legales que pueda invocarse, tanto en favor de una como de otra opinión; y aun cuando algunos quieren encontrar (337) fundamento a sus opiniones en el artículo 36 contra la eficacia del silencio, el precepto legal citado no resuelve la cuestión, porque, si bien para el citado artículo no existe el contrato hasta que llega al proponente la noticia de la aceptación, esto no quiere decir que esa aceptación se haya de prestar mediante actos positivos y no con el simple silencio, porque aun de éste, como de todo acto, puede haber noticia. La cuestión se mantuvo durante mucho tiempo en términos poco definidos, porque discutíase respecto al silencio sin estar de acuerdo sobre el concepto mismo de él; pero, merced principalmente a Perozzi y Bonfante, hubo de entrar en una nueva fase: el primero (338) niega rotundamente que exista tal problema del silencio, y, segun él, no se puede hablar del mismo como expresión de manifestación de voluntad, porque significa, o que no se manifiesta una voluntad de querer, o que no se emplea medio alguno de manifestarla; que los casos prácticos que se citan como silencio son casos más o menos ciertos de manifestación del querer; y que, por tanto, discutir si el silencio puede equivaler a manifestación de voluntad, es lo mismo que si se discutiera si podría existir una manifestación de voluntad inexistente; que el silencio en caso alguno puede ser punto de partida, sino de llegada, en el sentido de falta de manifestación; que no puede ser ni premisa mayor ni menor, sino una conclusión del silogismo jurídico.

Bonfante (339), al contestar a Perozzi, sostiene, en cambio, la existencia del problema del silencio en el sentido de que cabe discutir si es necesaria una voluntad expresa por actos externos, *ore vel re*, o sea, una verdadera manifestación en el sentido de exteriorización intencional consciente, o bien si basta la simple recognoscibilidad del querer; hay, según el autor, relaciones en que se necesita la declaración, y otras en que es suficiente la simple existencia del querer, y en éstas, a falta de una manifestación contraria, basta el silencio, pero no hay una verdadera manifestación de voluntad.

(337) Vivante: *Trattato*, IV, n. 1.538.

(338) *Il silenzio nella conclusione dei contratti*, en *Riv. di Dir. comm.*, 1906, I, 509.

(339) *Il silenzio nella conclusione dei contratti*, en *Riv. di Dir. comm.*, 1907, I, 107 y siguientes.

Y de esta polémica, en que los contendientes están más cerca de lo que creen, resulta que no se debe incluir el silencio entre los casos de manifestación de voluntad, y que por ello sólo puede hablarse de aquél a falta de ésta; de suerte, que todo se reduce a resolver si puede tener eficacia jurídica una voluntad no manifestada, aun cuando recognoscible. Pero, en cuanto al silencio, tal distinción me parece que no tiene razón de ser, porque no existe voluntad recognoscible no manifestada; la manifestación de voluntad no es otra cosa que su cognoscibilidad; esa distinción entre voluntad expresa y voluntad simplemente cognoscible está fundada en la distinción entre acciones externas y acciones internas, entre actos corporales y actos espirituales; distinción errónea, porque, como dice perfectamente Del Vecchio: *fuera del mundo físico no puede ocurrir nada, y todo acto que es, además, un acontecimiento, implica necesariamente un elemento de orden físico* (340). La acción no puede separarse de su estímulo psíquico y no se concibe voluntad no traducible en acto, y esto supuesto, cabría distinguir entre acciones más o menos cognoscibles, pero no entre acciones internas y acciones externas, y, por tanto, entre actos de voluntad y actos de manifestación de voluntad; así, pues, manifestación de voluntad y cognoscibilidad de ella son una cosa misma, y la cuestión del silencio no puede resolverse sino estimando éste como una forma de manifestación de voluntad, o, lo que es igual, un medio para reconocerla; entonces desaparece el fundamento de Perozzi del problema del silencio como problema distinto del de manifestación de voluntad, y todo queda reducido a estudiar si una conducta negativa, un no hacer, puede constituir algunas veces declaración de voluntad; el silencio no es más que uno de tantos casos de manifestación tácita de voluntad, y su valor, conforme a los principios generales, depende de la univocacidad de la conducta; si ésta es negativa, el no hacer es incompatible con la voluntad contraria, y el silencio es declaración tácita de voluntad (341).

(340) Del Vecchio: *Il concetto del Diritto*, 2.ª ed., Bolonia, 1912, página 25.

(341) En este sentido va substancialmente la jurisprudencia del Tribunal Supremo del Reino, 17 octubre 1924 *(Repertorio* del *Foro ital.*, 1924, palabra *Contratto*, núm. 90); 16 enero 1926 *(Corte di cass.*, 1926, 268); el Tribunal de Casación declara, por tanto, *quaestio facti* el resolver si el silencio

BIBLIOTECA FAC. DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES U. A. N. L.
UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ®
DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

b) En segundo lugar, la aceptación debe corresponder íntegramente a la propuesta; debe traducirse en un *sí* puro y simple; de modo que, como dice expresamente el Código, la aceptación condicional o limitada equivale a negativa unida a nueva propuesta (art. 37 del Código de comercio) (342). La nueva propuesta, tal cual resulta de las modificaciones que el aceptante haga en la propuesta primitiva, debe reunir los requisitos de todas ellas, y, por lo tanto, expresar la intención de quedar vinculada con la aceptación, y contener los elementos todos contractuales; claro está que, a virtud de esa nueva propuesta, la posición de las partes queda invertida, y el primitivo proponente se convierte en destinatario que habrá de aceptar la propuesta nueva; si lo hace, el momento de perfeccionarse el contrato es el de la llegada de la noticia de la adhesión a aquel a quien había dirigido la propuesta primitiva.

---

debe entenderse como manifestación tácita de consentimiento, 27 marzo 1925 (*Ivi*, 1925, 1.298). De la jurisprudencia anterior da amplias indicaciones Osilia, en *Rivista di Diritto commerciale*, 1925, II, 1. La cuestión surge, con carácter particular, con motivo de la aceptación de las cláusulas contractuales que se consignen en las facturas. Lo mucho escrito y la jurisprudencia copiosa sobre este asunto particular están indicados en la citada nota de Osilia.

(342) No hay para qué distinguir aquí si se trata de modificaciones acerca de puntos esenciales o accesorios del contrato, para inducir que en el segundo caso se perfecciona éste, reservando al juez resolver cuando las partes no lleguen a ponerse sucesivamente de acuerdo sobre pormenores. Sin embargo, consúltese Cass. Turín, 31 octubre 1921 (*Riv. di Dir. comm.*, 1922, II, 304). Hasta que el acuerdo no sea completo no es perfecto el contrato; véase V. Scialoja: *Sull'art. 37 del codice di commercio*, en *Riv. di Dir. comm.*, 1909, I, 479. Otra cosa es cuando, llegado el acuerdo sobre los extremos que se consideran esenciales por las partes, hayan hecho éstas explícita reserva para ulteriores negociaciones sobre los extremos accesorios. Acerca de esto, véase, por último, Segrè: *Sulla responsabilità precontrattuale e sui punti riservati*, en *Riv. di Dir. comm.*, 1925, II, 633; Candian: *Ivi*, 1916, I, 855; Carnelutti: *Formazione progressiva del contratto*, en *Riv. de Dir. comm.*, 1916, II, 308 y 1917, I, 339. Sobre el sentido en que haya de interpretarse la contestación telegráfica de aceptación a la que se agregue «sigue carta» u otra semejante, es decir, si es válida como aceptación, o bien haya de estimarse aceptación condicionada, o si carece de validez completamente por falta de intención para vincularse, hay opiniones encontradas; Ap. Palermo, 13 marzo 1913 (*Mon. trib.*, 1913, 314); Ap. Palermo, 5 mayo 1921 (*Riv. di Dir. comm.*, 1921, II, 485, con nota de Candian).

104. Se ha dicho que propuesta y aceptación, los dos elementos constitutivos del contrato como negocio jurídico, existente por sí mismo, tienen una vida transitoria hasta que aquél se celebra, y ya vimos que esta celebración, por lo general, ocurre luego que el proponente *conoce* la aceptación, instante en que se realiza el acuerdo consciente de voluntades que para existir necesita el contrato, y que hasta este momento, si por cualquier causa falta la propuesta o la aceptación, se imposibilita definitivamente la celebración; de ahí surge el problema de la *duración* de la vigencia de estos dos elementos contractuales como negocios jurídicos autónomos; ahora bien, ¿cuánto dura esta vida transitoria?

Para contestar hay que distinguir entre propuesta y aceptación.

a) La propuesta como tal no es de duración indefinida; pero su eficacia va, sin embargo, unida a un *plazo* que pueden fijarlo, el proponente (plazo *voluntario*), o la ley (plazo *legal*).

En primer lugar, puede señalarlo el proponente (art. 36) y hacerlo de una manera expresa, como, por ejemplo, exigiendo la contestación *en el día, a vuelta de correo, dentro de diez días*, o tácitamente, como si la pide por telégrafo, que equivale a que deba formularla dentro del día (343), o *telegrafiando con respuesta pagada*, que equivale a pedir la contestación telegráfica.

Cuando el proponente no señale plazo, la ley atiende a ello, y en el comienzo del artículo 36 dice que la aceptación debe llegar a manos del proponente en el plazo *ordinariamente* necesario para el cambio de propuesta y aceptación, *conforme a la calidad* del contrato y a los *usos generales* de comercio; transcurrido el plazo voluntario o legal, decae la propuesta, y, aun cuando sobrevenga la aceptación, carece ya de eficacia para perfeccionar el contrato; sin embargo, la ley da al proponente facultad para ampliar la vida de la propuesta, aun después del vencimiento del plazo, y atribuye eficacia a la aceptación llegada con retraso (comienzo del art. 36); en este caso, el proponente debe dar aviso inmediato al aceptante, y con el envío de este aviso queda prorrogada la propuesta y subsanado el vencimiento del plazo, de suerte que el contrato se perfecciona como si no hubiese vencido aquél. No obstante, la aceptación tardía no se considera nueva propuesta, ni el aviso, aceptación de ella (344); dicho aviso no tiene otro valor que convalidar la propuesta decaída, y, por tanto, el

---

(343) Cass. Turín, 27 noviembre 1905 (*Giur. tor.*, 1906, 29).

(344) Así, en cambio, Gabba, en *Foro ital.*, 1897, I, 43. En el sentido del texto, Vivante: *Tratatto*, IV, núm. 1.541; Bolaffio: *Comm.*, vol. II, pág. 143.

BIBLIOTECA FAC. DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES U. A. N. L.

contrato se celebra mediante el simple envío de aquél y queda celebrado respecto al proponente y para el proponente. La posición de las partes no se invierte, y la aceptación tardía desempeña el papel de aceptación.

Mientras la propuesta permanece vigente surte un primer efecto jurídico: el de que, coincidiendo con la aceptación, y en virtud del conocimiento de ésta por parte del proponente, motiva la formación del contrato; pero se pregunta si puede producir otros efectos jurídicos, es decir, si la declaración de voluntad del proponente, a más de crear el contrato y siempre que reúna las condiciones queridas, e independientemente de la celebración del mismo, produce algún otro efecto; a ello podemos contestar que, independientemente de la formación del contrato, la propuesta algunas veces puede producir una cierta eficacia jurídica, en dos casos:

1.° Cuando el proponente se haya comprometido a no revocar la propuesta: en tal supuesto, llegue cuando llegue la revocación, impide la formación del contrato; pero el proponente debe resarcir los daños causados (345); resolver cuándo hay tal compromiso es cuestión de

---

(345) Indudablemente, el compromiso de no revocar la propuesta puede válidamente asumirse y ser obligatorio; discútese si la renuncia al derecho a revocar puede considerarse como un factor inseparable de la propuesta misma (Vivante, *Trattato*, vol. IV, n, 1.545), o bien como una promesa con vida propia, de contrato unilateral obligatorio, apenas llegue a conocimiento del destinatario: apartado último del art. 36 del Código de comercio (Bolaffio, *Comm.*, pág. 164), o como negocio jurídico unilateral, y, por tanto, obligatorio sin necesidad de aceptación (Carrara, *La formazione dei contratti*, Milán, 1915, pág. 207), o bien como un pacto contractual que exige la aceptación por la otra parte (opinión casi única en la doctrina italiana, Candian, en *Riv. di Dir comm.* 1916, I, 884). Nosotros nos inclinamos (véase más atrás, página 315) a la teoría del negocio unilateral. Discútese, además, acerca de la eficacia de la obligación asumida, y, según algunos, de ésta se deriva la ineficacia de la revocación que se manifiesta contra la obligación misma, ya que el contrato se forma con la oportuna aceptación del destinatario, aun en el caso de que el proponente revocase la propuesta: Bolaffio: *Commento*, pág. 164; Ramella, *ob. cit.*, n. 91; de igual suerte varios autores franceses: Valery: *Des contrats par correspondance*, n. 174; Lyon-Caen y Renault: *Traité de Droit comm.*, vol. III, pág. 164. Sin embargo, tanto en la doctrina como en la jurisprudencia prevalece la opinión expuesta en el texto de que la revocación de la propuesta impide la formación del contrato. El compromiso de no revocar la propuesta durante un cierto tiempo constituye realmente una obligación de no hacer, cuya infracción en nuestro derecho produce sólo el nacimiento de una acción para el resarcimiento de daños

hecho, mas hay que advertir que ese compromiso debe aparecer claramente del texto de la proposición, y que el simple otorgamiento al destinatario de un plazo para contestar sólo faculta a quien va dirigido a hacerlo dentro de él, sin privar al proponente de su derecho a revocarlo (346).

2.° Cuando la parte a quien se ha dirigido la proposición haya comenzado a ejecutar el contrato, antes de tener noticia de la revocación de la propuesta, el proponente queda obligado a indemnizarle los daños (2.° apartado del art. 36) (347).

105. En cambio, la aceptación en concepto de declaración de voluntad autónoma subsiste hasta que llegue a noticia del proponente, en cuyo momento queda celebrado el contrato y privada de vida propia la aceptación.

Sin embargo, hay casos en que esa aceptación tiene una vida menor como negocio autónomo, y aun otros en que jamás llega a negocio autónomo, sino que inmediatamente se incorpora para formar parte del contrato y perfeccionarlo.

Tiene la aceptación vida más breve cuando el proponente señala a la misma un término, o cuando la perfección del contrato se haga depender de un hecho distinto del conocimiento *(cognizione)*, como, por ejemplo, del envío de la mercancía: en el primero, sólo vive la aceptación durante el plazo, de modo que, si coincide con la propuesta, una vez vencido el plazo no motiva la perfección del contrato; en el segundo, aún es menor su duración, porque el contrato se perfecciona antes.

---

pero no puede nacer el contrato si una de las partes no presta el consentimiento necesario. Vivante: *Trattato*, IV, n. 1.545; Coviello, en *Giur. ital.*, 1895, I, 1, 821; Majorana, *ob. cit.*, pág. 100; Tartufari: *Della vendita e del riporto*, en *Cod. di commercio comm.*, vol. III, pág. 56; Cass. Palermo, 18 julio 1911 (*Riv. di Dir. comm.*, 1912, II, 133); Ap. Palermo, 13 marzo 1913 (*Foro ital.*, 1913, I, 1.272). En resumen, que hay que aplicar aquí la misma solución adoptada generalmente en el caso de contratos preliminares que tienen por objeto la prestación de un futuro consentimiento para la celebración del contrato definitivo; si, no obstante la obligación contraída, una de las partes rehusa prestar el consentimiento ofrecido, no puede perfeccionarse el contrato definitivo, pero el que infringe la obligación debe resarcir daños; en este sentido se orienta hoy la jurisprudencia del Tribunal Supremo del Reino.

(346) Cons. Vivante: *Trattato*, IV, n. 1.544; Bolaffio: *Commento*, página 163. En contra, Coviello, en *Giur. ital.*, 1895, I, 1, 821; Cass. Palermo, 18 julio 1911 (*Riv. di Dir. comm.*, 1912, II, 193), con nota en contra de Candian.

(347) Véase más adelante, número 106.

BIBLIOTECA FAC. DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES U. A. N. L.

Pero puede ocurrir que la aceptación carezca de existencia autónoma, o sea, que el contrato se perfeccione desde el momento de formularla, que es lo que sucede cuando la perfección se realiza con la simple aceptación, y de ahí lo previsto en el primer apartado del art. 36 para los contratos que se perfeccionan tan pronto como la ejecución se inicie (348); lo mismo ocurre cuando no media intervalo físicamente apreciable de tiempo entre el momento de emitir la aceptación y el en que llega a la otra parte, es decir, en los contratos entre presentes y verbalmente, y en los que se celebren por teléfono; aquí, la aceptación, apenas se emite, perfecciona el contrato, de suerte que no ha lugar a vida autónoma.

(348) Dice el primer apartado del art. 36: «Siempre que el proponente exija la ejecución inmediata del contrato y no se pida una preventiva respuesta de aceptación, y por la clase de contrato no sea necesaria conforme a los usos generales del comercio, el contrato se perfecciona apenas comience a ejecutarlo la otra parte. Discútese mucho la interpretación de este precepto: para algunos el comenzar la ejecución del contrato equivale a perfeccionarlo en cada uno de los tres casos mencionados en la ley, o sea: cuando el proponente haya exigido la ejecución inmediata, o cuando haya exento a la otra parte de una respuesta preventiva de aceptación, o cuando, habida cuenta de la naturaleza del contrato, el uso corriente no exija la contestación preliminar aceptando. En este sentido, V. Scialoja: *Osservazioni sull'art. 36 del Cod. di comm.*, ya citado; Coviello, en *Giur. ital.*, 1895, I, 824; Ramella: *Estratto della corrispondenza*, Turín, 1896, n. 119; Bolaffio: *Commento*, n. 192. A esta interpretación se opone, con justicia, que choca con el tenor literal del precepto, no sólo porque substituye a la conjunción *e* que emplea la ley la disyuntiva *o*, sino también porque convierte la condición negativa que señala la ley de que no se exija contestación aceptando, en una condición positiva: la de que el proponente declare no pedir respuesta. Por eso es preferible lo que sostiene Vivante: *Trattato*, IV, n. 1.512, seguido por Majorana: *Delle convenzioni fra persone lontane*, Palermo, 1912, pág. 94; por Navarrini: *Trattato*, II, pág. 443; por Carrara: *La formazione dei contratti*, Milán, 1915, pág. 263, de que se necesita cumulativamente el concurso de las tres condiciones indicadas en el texto legal, o sea, una condición positiva: la de que el proponente pida la ejecución inmediata del contrato, y dos negativas: que ni el proponente ni los usos generales mercantiles requieran una contestación preventiva de aceptación. Los intentos de interpretación que se hacen combinando en formas varias las tres proposiciones que contiene el art. 36 deben rechazarse porque bordean artificiosamente el texto legal; como, por ejemplo, la interpretación que aisla la proposición primera y agrupa la segunda y tercera, formula dos supuestos en los cuales la perfección del contrato, mediante el comienzo de ejecución, ocurriría en dos casos distintos: o cuando pida el proponente la inmediata ejecución del contrato, o cuando éste no exija una respuesta preventiva de aceptación ni sea necesaria por la calidad del contrato: esto dice Errera en *Temi ven.*, 1883, n. 47 y sigs., y en *Dir. comm.*, 1897, n. 337. Realmente, si la ley ha de entenderse tal como está redactada es necesario reconocer que los tres supuestos de la misma están intimamente enlazados y forman un todo; ésta es la opinión dominante en la jurisprudencia. Véase, por ejemplo, Tribunal Supremo del Reino, sección primera, 27 julio 1926 (sentencia n. 2.520, inédita hasta ahora), aun cuando acaso no todas las escasas sentencias dictadas sobre el particular puedan invocarse con seguridad en favor de una u otra interpretación, al examinar concretamente cada caso resuelto hay atisbos que parecen favorables en uno y otro sentido. Sobre ello, véase Bolaffio: *Commento*, II, pág. 156, nota 1.

106. Pero en tanto que la propuesta y la aceptación conserven su vida independiente por no haberse perfeccionado el contrato, una y otra pueden revocarse (apartado 2.° del art. 36 del Código de comercio): ahora bien; discútese si la revocación impide que se celebre el contrato únicamente *cuando llegue* a conocimiento de la otra parte antes de esa perfección, o si basta sólo el envío de ella.

Sobre la revocación de la propuesta, si ésta se envía antes que llegue al proponente noticia de la aceptación, no impide la celebración del contrato, porque esa aceptación llega, en todo caso, a noticia del proponente cuando ya la propuesta carece de vida, y por ello, la coincidencia de las dos voluntades es imposible. Hay que notar, sin embargo, a este propósito que, considerada en sí la revocación de la propuesta, es una declaración de voluntad unilateral, que se perfecciona con el hecho solo de emitirla, sin que necesite conocerla el destinatario; y el Código robustece esta interpretación, porque en el segundo apartado del artículo 36 admite la posibilidad de la revocación hasta que el contrato se perfeccione, dando a entender así que la reputa perfecta apenas se exprese; además de los inconvenientes prácticos que produciría un sistema en que el proponente jamás tendría seguridad acerca de si la revocación es o no eficaz, nos inclina a creer en la interpretación que damos a dicho precepto el que es la que responde únicamente a la realidad de la vida de los negocios (349).

La revocación de la aceptación suele decirse que no impide la formación del contrato más que cuando la noticia de ella llegue al proponente antes de la aceptación, para lo cual, naturalmente, es neces-

(349) Cons. V. Scialoja: *Osservazioni*, cit.; Vivante: *Trattato*, IV, n. 1.543; Bolaffio: *Commento*, II, pág. 163; Navarrini: *Trattato*, vol. II, n. 449; Ap. Milán, 5 septiembre 1911 (*Temi lomb.*, 1911, 834); Ap. Génova, 13 junio 1913 (*Foro ital.*, 1914, I, 419). En contra, Vidari: *Corso*, n. 2.385; Barassi: *La notificazione necessaria nelle dichiarazioni stragiudiziali*, Milán, 1906, pág. 168.

BIBLIOTECA FAC. DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES U. A. N. L.

rio emplear un medio más rápido: si por telégrafo se conoce la revocación, después de remitida la carta que contiene la aceptación, o se revoca por teléfono después de aceptar telegráficamente. No creemos que haya fundamento para distinguir entre revocación de propuesta y de aceptación, porque, si la primera es perfecta y eficaz con la simple emisión, no hay por qué exigir para la perfección, y, por tanto, para la eficacia de la aceptación, que la conozca el destinatario; una y otra son negocios unilaterales y no hay por qué juzgar perfecta una con el simple envío y para la otra exigir el conocimiento de ella; por lo cual, nos parece que la revocación de la aceptación impide también que se celebre el contrato cuando se expida antes que llegue a noticia del proponente la aceptación (350).

107. Aun cuando la revocación impide la formación del contrato, la ley no lo considera siempre lícita, es decir, que la ley, en algunos casos, aun cuando reconoce eficacia a la revocación, da derecho para exigir del revocante los daños que de ella se deriven; de modo que, tanto la propuesta como la aceptación, y siempre que hayan motivado legítimas esperanzas de celebrar el contrato, obligan a mantenerlas, porque la revocación constituye la infracción de este deber y engendra responsabilidad; en efecto, el artículo 36 dice que, aun cuando la revocación impida la formación del contrato, siempre que cause un daño, porque la otra parte haya comenzado a ejecutarlo antes de conocer la revocación, nace el deber de resarcirlo, y ese principio es aplicable, tanto a la revocación de la propuesta como a la de la aceptación.

Hay que notar, respecto a la revocación de la propuesta, que el hecho mismo de esta última motiva en el destinatario la esperanza de la celebración del contrato, y si tomándola en consideración ha aceptado y comenzado a ejecutarlo, la revocación que impide que se celebre, le ocasiona un daño ilegítimo del que debe resarcírsele (351).

(350) Cons. Ap. Génova, 13 junio 1913 (*Foro ital.*, 1914, I, 419.)

(351) El derecho a resarcir sólo nace cuando el destinatario de la propuesta haya realizado por su parte cuanto le incumbía para perfeccionar el contrato, y por eso decimos en el texto que debe haber remitido la contestación aceptando: el comenzar la ejecución sin que la acompañe la aceptación no le daría derecho al resarcimiento, porque hasta que acepte no cabe que nazca en él la creencia legítima de que el contrato se ha perfeccionado o está para serlo: Tribunal Supremo del Reino, 14 julio 1924 (*Foro ital.*, 1924, I, 995), y 1.º diciembre 1926 (sentencia número 3.101, inédita). Algunos dicen que ni siquiera es bastante que se envíe la aceptación, sino que es necesario,

La revocación de la aceptación también motiva resarcimiento de daños cuando tenga noticia de ella el proponente, después de conocer la aceptación, y haya comenzado a ejecutar el contrato. Adviértase a este propósito también que lo dispuesto en el segundo apartado del artículo 36 es un nuevo refuerzo de la exactitud de cuanto hemos dicho sobre la eficacia de la revocación de la aceptación, porque únicamente admitiendo que ésta impide que se forme el contrato cuando se ha enviado, antes de que llegue a noticia del proponente la acepta-

además, que transcurra el tiempo preciso para que ésta llegue al proponente si ha de dar derecho a resarcimiento el comienzo de la ejecución; Candian, en *Riv. de Dir. comm.*, 1914, II, 479. Nos parece demasiado porque limitaría arbitrariamente la eficacia del precepto, que tiende ante todo a facilitar y dar rapidez a los negocios comerciales, y la necesidad de una espera posterior para comenzar la ejecución del contrato constituiría generalmente un entorpecimiento perjudicial; también nos parece arbitrario exigir que haya culpa en el revocante, como Candian sostiene, a menos de que ella consista en el hecho mismo del que el proponente revoque la propuesta propia en el último instante, o sea, cuando, por haber enviado la aceptación, haya surgido una legítima esperanza de celebración del contrato en la otra parte. Ya hemos advertido (véase más atrás, número 103) que puede ser también tácita la aceptación, y aun la misma ejecución del contrato, como, por ejemplo, el envío de la mercancía, que puede constituir una aceptación tácita! aun en este caso, es de aplicar la regla expuesta, porque como el contrato no se perfecciona sino cuando la aceptación llega a conocimiento del proponente, para su perfección es necesario que, o bien la mercancía enviada, o cuando menos la noticia del envío, llegue al proponente, y hasta ese momento éste puede revocar la propuesta, pero la ejecución comenzada da derecho a la otra parte para pedir resarcimiento de daños.

Hay, ademas, casos en que, como veremos, el comienzo de ejecución sirve para perfeccionar el contrato (primer apartado del art. 36); y aun en ellos puede darse el resarcimiento de daños a tenor del principio expuesto en el texto, aunque lo niegue Vivante: *Trattato*, IV, n. 1.547, bajo el pretexto de que si la comenzada ejecución perfecciona el contrato, no cabe la revocación de la oferta y consiguiente condena al revocante del resarcimiento de daños. No cabe duda de que, una vez perfeccionado el contrato, no es posible revocar la oferta. Lo que hay que ver es si en los casos previstos en el primer apartado del artículo 36 se exige para la perfección del contrato que la propuesta esté en vigor, aun cuando la otra parte haya comenzado la ejecución, porque hasta este momento el proponente podrá revocarla siempre; si, por tanto, la otra comienza a ejecutarlo después de formularse la revocación, pero sin llegar a su noticia el comienzo de ejecución, ésta no servirá para perfeccionar el contrato, aun cuando dé derecho al resarcimiento de daños y perjuicios.

BIBLIOTECA FAC. DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES U. A. N. L.

ción, se comprende la posibilidad del resarcimiento de daños, a causa de revocar la aceptación, y sólo reconociendo eficacia a ésta, aun en el caso de que la noticia de la aceptación haya llegado al proponente, se explica que éste pueda tener derecho a un resarcimiento de daños, porque, de otra suerte, se otorgaría este derecho al proponente que sin esperar la contestación comienza a ejecutar sin más ni más, lo que equivaldría a que recayese sobre el destinatario la responsabilidad de un acto ajeno.

108. Se extinguen propuesta y aceptación, no sólo con la revocación, sino por muerte (352) o incapacidad de quien las pronuncia. Una y otra causa impiden que se forme el contrato siempre que ocurran antes de estar perfeccionado con la noticia de la aceptación al proponente. Inútil es advertir que no es necesario que la conozca la otra parte antes de ese momento: basta hayan ocurrido (353).

SECCION II.—LA PRESCRIPCION

§ 24.—La prescripción en materia mercantil (354).

SUMARIO: 109. Nociones generales. El tiempo. Su influjo en las relaciones jurídicas. Prescripción y vencimiento. Prescripción extintiva y adquisitiva: identidad substancial de ambas instituciones.—110. Prescripción en materia mercantil. Complemento de los preceptos del Código de comercio con los contenidos en el Código civil. Ampliación de la prescripción en materia mercantil. Revocación de los actos fraudulentos.—111. Reglas especiales en materia mercantil. Tendencia a acortar los plazos de prescripción. Prescripción ordinaria en materia mercantil.—112. Otras prescripciones más cortas: su carácter extintivo. La prescripción presunta establecida en el Código civil: conserva su carácter. Otras prescripciones más cortas.—113. Prescripción de la cosa juzgada en materia mercantil. 114. Modificación contractual del plazo de prescripción. Nulidad de estas cláusulas.

(352) Tribunal Supremo del Reino, 10 marzo 1925 *(Corte di cass.*, 1926, 558).

(353) El principio de la autonomía de la propuesta consignado en algunas legislaciones extranjeras (art. 153 del Código civil alemán) es ajeno a nuestro sistema legislativo, y no es más que una opinión aislada la de algún autor que trata de distinguir entre la incapacidad y la muerte (Barassi: *La notificazione necessaria nelle dichiarazioni stragiudiziali*, Milán, 1906, páginas 196 a 173).

(354) *Bibliografía:* Vivante: *Trattato*, IV, n. 2.112 y siguientes; Navarrini: *Trattato*, VI, n. 2.536 y siguientes; Mortara-Azzariti: *Dell'esercizio delle azioni commerciali e della loro durata*, en *Cod. di comm. commentato*, 5.ª ed., n. 179 y siguientes; Brusa y Grassi: *Delle azioni commerciali e della prescrizione*, en *Commentario al Codice di commercio*, Vallardi, ed., volumen IX; Majorana: *La prescrizione in materia di commercio*, Turín, 1911; Sajia: *La prescrizione in materia commerciale*, Mesina, 1904; Marghieri: *La prescrizione in materia commerciale*, Nápoles, 1899; Pugliese: *La prescrizione acquisitiva*, 4.ª ed., Turín, 1921; *La prescrizione estintiva*, 4.ª ed., Turín, 1924; Mirabelli: *Della prescrizione*, Nápoles, 1893; Fadda y Bensa: *Note al Windscheid*, I, págs. 1.071 y siguientes; además, en los tratados generales de Derecho civil; Baudry-Lacantinerie y Tissier: *Della prescrizione* (trad. italiana); Guillouard: *Traité de la prescription*, 1902; Grawein: *Verjährung und gesetzliche Befristung*, 1880; Weber: *Unterschied zwischen Verjährung un Befristung*, 1898.

(355) E. Kant: *Critica della ragion pura*, vol. I, parte I, secc. II, § 6.

109. La prescripción suele considerarse como una de las manifestaciones de la eficacia del tiempo, como de hecho jurídico; esto es, que se dice que el transcurso del tiempo posee virtualidad por sí mismo para producir efectos jurídicos, y que esta eficacia del tiempo como tal hecho jurídico se revela en varias instituciones, entre las cuales se encuentra el vencimiento o temporabilidad de los derechos, la prescripción y la usucapión.

Creemos que no hay propiedad al hablar de eficacia jurídica del tiempo; éste no es en sí un hecho jurídico, por la razón sencilla de que el tiempo no es cosa que tenga existencia propia, sino, como decía Kant, no es más que la forma del sentido interno, es decir, de nuestra intuición y de nuestro estado interior; no es más que una condición subjetiva de nuestra intuición humana; por sí misma y fuera del sujeto, nada es (355).

Pero si el tiempo sólo tiene valor en cuanto al modo de considerar un hecho, claro está que en esta consideración nuestra es sólo el modo de ser de un hecho, no un fenómeno que exista por sí.

Y esto basta para negar carácter de hecho jurídico al tiempo, considerado en sí mismo, y nos debe empujar a investigar cuáles sean realmente los hechos que tienen importancia jurídica en estos casos en que se habla de eficacia jurídica del tiempo.

En caso de decadencia o temporabilidad del derecho, el tiempo se considera en relación a la permanencia de los efectos de un hecho ju-

BIBLIOTECA FAC. DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES U. A. N. L.
UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ® DIRECCIÓN GENERAL

rídico: un cierto hecho produce consecuencias jurídicas durante un determinado tiempo, pasado el cual concluyen esos efectos o consecuencias, y por ello tenemos la *extinción del derecho;* se consideran aquí en el tiempo los efectos jurídicos; el fenómeno de producirse ciertos efectos dura un cierto tiempo.

En el caso de prescripción extintiva, el tiempo se considera en relación a un hecho del cual se deriva la extinción del derecho; un cierto hecho prolongado por un cierto tiempo produce la extinción de una relación jurídica.

En la prescripción *adquisitiva o usucapión,* el tiempo se aprecia en relación a un hecho que produce la adquisición de un derecho; un determinado hecho prolongado por un cierto tiempo motiva el nacimiento de la relación jurídica.

De suerte que nunca es el tiempo en sí sino un cierto fenómeno considerado en el tiempo sobre lo que se cuestiona; y confesemos que los casos citados en que el derecho toma en consideración un fenómeno, en cuanto al tiempo, no son únicos, sino que no hay norma jurídica que no atienda a hechos en cuanto al tiempo, y por ello hay que abandonar ese concepto del tiempo como causa de efectos jurídicos y reconocer que es inútil intentar construir una teoría general del tiempo como hecho jurídico.

La teoría del vencimiento (356), o sea, la de la temporalidad de los derechos, en manera alguna cabe confundirla con la teoría de la prescripción, porque los derechos temporales no son más que una subclase de derechos; así como existen derechos condicionados, hay derechos sujetos a plazo, y entre éstos se encuentran los de plazo extintivo. Por el contrario, en la prescripción no hay nada más que una consagración del principio de que el derecho protege los estados de hecho; ni la prescripción es más que la transformación en estado jurídico de un estado de hecho prolongado por un cierto tiempo; de suerte que la teoría de la prescripción forma parte de la teoría de los hechos jurídicos, y, en cambio, la del vencimiento pertenece más bien a la doctrina de las relaciones jurídicas modales.

Y como aquí nos ocupamos de los hechos jurídicos, sólo hablaremos muy ligeramente de la prescripción, después de haber indicado ya la profunda diferencia que la separa de la institución de la temporalidad de los derechos o extinción.

El hecho jurídico a que la ley atiende en la prescripción no es el

(356) Sobre el vencimiento, véase especialmente Medica: *Teoria delle decadenza nel Diritto civile italiano*, Turín, 1906.

transcurso del tiempo; es, en la extintiva, la prolongada inacción del titular del derecho por un cierto tiempo; en la adquisitiva, la posesión; pero esa inacción, el no uso, es un estado de hecho que corresponde a la inexistencia del derecho. Es la inexistencia de hecho del derecho; existe éste, pero, en realidad, como si no existiese. En la prescripción adquisitiva hay posesión que no es el derecho real, pero es el ejercicio de hecho del derecho real, que significa que hay un estado de hecho correspondiente a la existencia de un derecho real.

De esta explicación harto sencilla se deducen dos consecuencias importantes: 1.ª, la unidad substancial de las dos instituciones, prescripción extintiva y adquisitiva, que erróneamente juzgan distintas muchos tratadistas (357); 2.ª, la base común de ambas consiste en un estado de hecho que se transforma en estado jurídico; en la prescripción extintiva, el estado de hecho es la inexistencia del derecho; en la de la adquisitiva, la existencia del derecho.

110. Comparada con la prescripción en materia civil, la prescripción en materia mercantil presenta algunas singularidades importantes, aun cuando, claro está, se trate de la misma institución jurídica regulada por el Derecho mercantil de un modo algo distinto, a causa de las exigencias especiales del comercio.

Estos preceptos especiales del Código de comercio acerca de la prescripción (arts. 915 y 926) son otras tantas derogaciones a los preceptos del Código civil. Tampoco aquí existe un conjunto sistemático y completo de normas sobre el particular, sino un régimen fragmentario que presupone el del Derecho civil; de suerte que los preceptos de éste sobre el particular se aplican también en materia mercantil, siempre que el Código de comercio no los haya derogado, y únicamente estas leyes mercantiles son las capacitadas para crear normas especiales sobre el asunto en materia mercantil, porque los usos no pueden formar el contenido de normas de derecho comercial, en razón a ser la prescripción de orden público y estar regulada por normas imperativas que no consienten la formación de usos (358). Por ello, siempre que la ley mercantil no prevea el caso, habrá que aplicarle, desde luego, el Derecho civil, y la invocación explícita que a estos preceptos hace el artículo 916 sobre la interrupción de la prescripción no quiere decir que no sean aplicables los demás preceptos del nombrado Dere-

(357) Consúltese acerca de la cuestión, Fadda y Bensa: *Note alle Pandette de Windscheid*, vol. I, págs. 1.074 y siguientes.

(358) Véase más atrás, capítulo I.

BIBLIOTECA FAC. DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES U. A. N. L.

cho civil; esa invocación carece de significado especial y no hace más que reforzar el principio sancionado por el artículo 1.º del Código de comercio, derivado de la naturaleza misma del Derecho mercantil, que es un derecho especial o excepcional. Pero como quiera que hay normas especiales sobre la prescripción en materia de comercio y son bastante importantes, hay que indicar lo que es materia de comercio, a fin de aplicar la prescripción mercantil.

El problema se resuelve fácilmente diciendo que, respecto a la prescripción, materia comercial es la que ya hubimos de definir en general, o sea, toda relación que se deriva de un hecho o de un estado de hecho calificado por la ley de mercantil, tanto si la relación es unilateral como bilateralmente comercial. El precepto que reputa materia de comercio también las relaciones unilaterales mercantiles (art. 54 del Código de comercio) lo refuerza expresamente el 916, que hay que interpretar en el mismo sentido que aquél y comprende, no sólo, según el texto legal, las relaciones derivadas de los contratos, sino de todas las relaciones unilaterales comerciales, bien procedan de contratos o de negocios unilaterales, de un hecho ilícito o ya, por último, de un estado de hecho mercantil.

Y asimismo es materia de comercio, no sólo la relación comercial por sí, sino la que tiene este carácter por accesoriedad; y por ello hay que considerar materia de comercio la relación constituída entre deudor y acreedor, que, mediante un acto mercantil realizado en fraude de acreedores, disminuye su patrimonio propio; y aun cuando originariamente no era la relación de crédito de carácter mercantil, la función encaminada a obtener la revocación del acto comercial realizado en fraude del acreedor se convierte en tal (359).

111. Vamos a ver ahora en qué consiste el régimen especial de la prescripción en materia mercantil.

A) Los preceptos más importantes atienden al *tiempo* de prescripción; en tanto que el plazo ordinario de prescripción en materia civil es de treinta años (art. 2.135 del Cód. civ.), el plazo de prescripción ordinaria en materia comercial no es más que de diez (artículo 917 del Cód. de com.). Son varias las causas de que la ley haya fijado un plazo menor de prescripción en materia mercantil: adviértase, ante todo, la tendencia natural de las leyes a abreviar el plazo de prescripción, y aun en materia civil quizá conviniera acortar esos plazos (360). El refinamiento de la civilización, aun el progreso, sobre

(359) En contra: Pugliese: *Prescrizione estintiva*, n. 324, pág. 604.

(360) Sobre la conveniencia de acortar los plazos de la prescripción,

todo, de los medios de comunicación, aumentan la posibilidad de informarse rápidamente de cuanto ocurre en el mundo, y aunque ausentes, poder atender a nuestros intereses; de suerte que basta hoy menos tiempo para que un estado de hecho se convalide y aparezca a los ojos de los demás como correspondiente por completo a un estado jurídico: puede decirse que, al progresar la cultura y la civilización, aumenta el valor del tiempo, y, a compás, disminuye el necesario para transformar el estado de hecho en estado de derecho ante la conciencia universal.

Pero en materia mercantil hay, además, otras razones; recordemos la celeridad con que se forman y extinguen los negocios comerciales, la rapidez de la vida del comercio, que no puede compararse a la de la vida civil; además, hay que tener presente la mayor cultura de los que se ocupan del comercio, el cuidado y atención con que atienden a sus intereses; en una palabra: puede afirmarse que, en materia mercantil, el tiempo tiene un valor mayor que en materia civil. Y ese acortamiento de la prescripción obtenido, habrá de acentuarse probablemente cada vez más, y ya se descubre una tendencia hacia esa reducción, porque el Código de comercio señala plazos menores de diez años para una cantidad de relaciones que forman la parte más importante de la materia comercial, como las sociedades, la letra de cambio, los seguros, los transportes. Y, con motivo del plazo de prescripción mercantil, surgen algunas cuestiones interesantes que vamos a reseñar brevemente. Se pregunta, en primer lugar, si los preceptos del Código de comercio acerca de la prescripción, y precisamente el del artículo 917, relativo a la ordinaria en materia comercial, es aplicable sólo a la extintiva o también a la adquisitiva.

A nuestro juicio, hay una prescripción adquisitiva mercantil, como hay otra extintiva, y el precepto del artículo 917 es genérico; dice la ley que la prescripción ordinaria en materia mercantil se consuma por el transcurso de diez años en todos aquellos casos a los cuales no se señala plazo más breve. Ahora bien: en nuestro sistema jurídico positivo, la prescripción es una institución única que el Código civil también contempla desde un punto de vista general: el 2.135 de éste define en términos generales la prescripción como «medio de que, con el transcurso del tiempo, y en determinadas condiciones, se adquiera un derecho o quede extinguida una obligación»; y para todo el que, por superficialmente que sea, conozca la estructura jurídica de esta insti-

V. Scialoja: *Per l'abbreviazione dei termini della prescrizione*, en *Riv. di Diritto civile*, 1909, pág. 3.

BIBLIOTECA FAC. DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES U. A. N. L.

tución, es evidente la unidad substancial de ambas formas; en las dos se da el mismo fenómeno jurídico, que hemos visto, de transformación de un estado de hecho en estado de derecho, y la única diferencia consiste en la diversa naturaleza del estado de hecho a que la ley reconoce efectos jurídicos, que consisten, en la adquisitiva, en el ejercicio real de un derecho inexistente, y en la extintiva, en la falta de ejercicio de hecho de un derecho existente; de suerte que se procede harto simplemente cuando quiere razonarse una substancial diferencia entre ambas instituciones, no habiéndola sino muy secundaria.

Pero si legislativa y científicamente pueden reconducirse a un único principio general tanto una como otra, síguese de aquí que, cuando la ley regula jurídicamente la prescripción, deben estimarse reguladas ambas, y, por lo tanto, aplicar a la adquisitiva lo dispuesto para la extintiva; y una razón de gran fuerza para probar la existencia de prescripción adquisitiva comercial se induce del artículo 918 del Código mercantil, que estatuye expresamente el que la prescripción adquisitiva de la propiedad del buque es de diez años, que se reducen a cinco con posesión de buena fe.

Algunas objeciones, ni graves ni insuperables, se han hecho contra esta interpretación.

1.ª Ante todo, alégase que de los trabajos preparatorios resulta clarísima la intención del legislador de no modificar por ningún estilo el régimen de prescripción adquisitiva establecido en el Código civil: en aquellos trabajos se manifiesta expresamente el propósito de reunir en un solo título cuantas disposiciones sobre la prescripción se hallaban esparcidas en varios títulos del Código anterior, todas sobre prescripción extintiva.

2.ª También se ha dicho que en el Código de comercio no hay precepto alguno sobre la prescripción adquisitiva, mientras que el civil (art. 2.135) habla expresamente de las acciones reales y de las personales, y el 917 del de comercio sólo dice que el plazo de prescripción en la ordinaria, en materia mercantil, es de diez años, y que, aunque se ocupa de la adquisitiva, sólo lo hace con motivo de la usucapión de la propiedad del buque (art. 918), cuya mención especial sobre tal prescripción adquisitiva, en este caso, lo que demuestra es que, para los demás, la ley se remite al Derecho civil.

3.ª Continúan razonando que, si se admitiera que la prescripción adquisitiva en materia comercial debiera reducirse a diez años, desaparecería la distinción entre los supuestos de posesión de buena y de mala fe; y que en materia mercantil no habría la distinción que establece el Derecho civil entre una y otra de ellas, en virtud de la cual

prescribe el poseedor de buena fe a los diez, y a los treinta el de mala fe.

4.ª En virtud del concepto jurídico unión de posesiones *(accessio possessionis)*, el actual poseedor puede sumar a la propia la de su autor a fin de completar el plazo de usucapión (art. 693 del Código civil). Pero, supongamos que el plazo de prescripción adquisitiva, en materia civil, es distinto del mercantil: ¿cómo hemos de computar el tiempo necesario para prescribir en caso de unión de posesiones habiendo uno disfrutado de ésta con título civil y el otro a título mercantil? Si no se conjugan las posesiones y han de exigirse siempre los diez años para el poseedor a título mercantil, y los treinta para el que posea a título civil, se infringe lo dispuesto en el artículo 693 de este último Código. Si, en cambio, se suman, no se sabe cómo calcular los años de la posesión civil y los de posesión mercantil; si, por ejemplo, después de nueve años de posesión mercantil, nace la posesión civil, ¿se computarán aquellos nueve años como nueve décimas partes de la prescripción comercial, o bien como tales nueve años de la más lenta prescripción civil? Y si un poseedor a título civil posee por veinte años y vende el inmueble a un comerciante, ¿qué consideración legal tendrán aquellos veinte años transcurridos respecto a la posesión comercial?

A nuestro juicio, pueden salvarse estas dificultades (361):

1.º Las razones que deducen de los trabajos preparatorios son, en realidad, las menos importantes, porque nada dicen de la prescripción adquisitiva. Pero, si se examinan en su conexión, habremos de llegar a una afirmación opuesta, porque no sólo no dicen nada en contra del reconocimiento de la prescripción adquisitiva mercantil, sino que demuestran la intención de los que prepararon la vigente legislación comercial de no distinguir entre prescripción extintiva y adquisitiva.

Dicen las actas de la Comisión de 1869: «Lo dispuesto en el capítulo 2.º *de la prescripción* contiene otras tantas derogaciones a los princi-

(361) Las objeciones que hemos expuesto arriba se formularon especialmente por Vivante en la 2.ª edición de su *Trattato*, IV, n. 2.212; en las ediciones posteriores, aun cuando el autor ha abandonado esa opinión expuesta anteriormente y reconocido que, supuesta la unidad del sistema legislativo sobre prescripción civil y mercantil, no cabe limitar el contenido de la comercial a la extintiva, continúa opinando, contra nuestro parecer, que la extintiva y la adquisitiva son dos instituciones totalmente distintas: *Trattato*, 5.ª ed., IV, n. 2.223, siguiéndole en eso Pugliese: *Prescrizione acquisitiva*, núm. 3.

BIBLIOTECA FAC. DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES U. A. N. L.

pios consignados en el título XXVIII, libro III del Código civil, y, por ello, hay que seguir un orden que corresponda al allí adoptado: de lo que se deduce que las normas especiales relativas a la prescripción ordinaria mercantil y los plazos más breves, deben ir precedidos de normas generales que reflejen la institución en sí misma y las causas que la interrumpan o la impidan» (362). Y a propósito del tiempo para prescribir, la misma Comisión, en el acta en que fijó los diez años para la mercantil ordinaria se remitía a las excepciones que contenía el proyecto mismo de Código, relativas a prescripciones más breves, y recordaba *en primer lugar* la prescripción adquisitiva sobre la propiedad de los buques (363).

Claro está, por consiguiente, que si la Comisión, entre las excepciones, ha consignado un caso de prescripción adquisitiva, también aquí quiso referirse a este caso al fijar la regla.

2.° Tampoco cabe el pretendido silencio del Código de comercio, porque, por el contrario, éste, en su artículo 917, encierra una disposición redactada en términos generales: «La prescripción ordinaria en materia mercantil se realiza mediante el transcurso de diez años». Y si no cita separadamente, como el artículo 2.135 del Código civil, las acciones reales y personales, débese esto a que, en vez de referirse específicamente a las acciones, habla genéricamente de prescripción; y no cabe replicar que dicho artículo contiene el inciso: «sin que quepa oponer la falta de título o de buena fe», con que se refiere explícitamente a la prescripción adquisitiva; en tanto que el 917 del Código de comercio no contiene semejante apelación. Esto sólo basta a demostrar que el Código de comercio no regula *ex integro* la prescripción, sino que contiene únicamente modificaciones excepcionales a los preceptos del Código civil, y que, por tanto, el citado artículo 917 se limita a disponer, en lo que el Derecho mercantil se separa del civil, o sea, acerca del tiempo para prescribir; en cuanto a lo demás, no hay necesidad de repetir lo ya dispuesto en este último; el silencio de la ley mercantil no es más que una remisión al Derecho civil. En cuanto a lo dispuesto en el art. 918 sobre la prescripción adquisitiva en materia de propiedad de buques, está harto justificado, porque así se reduce el tiempo de prescripción a cinco años cuando haya justo título y buena fe; de suerte que el que exista una disposición sobre la prescripción adquisitiva en el Código de comercio prueba que esta institución cabe

(362) *Atti della Commissione del 1869*, en Castagnola y Gianzana: *Fonti e motivi*, vol. III, pág. 304.

(363) Castagnola y Gianzana, *ob. cit.*

perfectamente en el marco de la prescripción, tal cual la regula el Código de comercio.

3.° y 4.° En cuanto a la objeción relativa a la distinción entre poseedor de buena y de mala fe, indudablemente tiene cierta importancia; pero nada tiene de extraño reconocer que la legislación mercantil haya abreviado la prescripción civil de treinta años por haberla reputado demasiado larga, y que haya dejado intacta la decenal en el caso de poseer de buena fe; pero téngase en cuenta que esa dificultad se refiere exclusivamente a la prescripción adquisitiva en materia de bienes inmuebles, porque el artículo 2.137 del Código civil distingue entre poseedor de buena y de mala fe únicamente al tratar de usucapir la propiedad y demás derechos reales sobre bienes inmuebles; y en materia de derechos reales inmobiliarios creemos que, efectivamente, no hay posibilidad de aplicar la prescripción adquisitiva mercantil; no, como se ha alegado, porque exista únicamente prescripción comercial extintiva, sino porque en el Código de comercio no están regulados estos derechos reales ni hay disposición alguna relativa a los mismos (364); los contratos generadores de relaciones obligatorias no deben confundirse con los derechos reales, aun cuando sean objeto de contrato; ni el Código de comercio afecta en modo alguno al régimen legal establecido en el Código civil en materia inmobiliaria; no hay, por tanto, propiedad inmueble mercantil ni derechos reales mercantiles sobre inmuebles; no pueden, pues, constituir materia de comercio sino las relaciones personales derivadas de contratos de venta y de otros posibles relativos a bienes inmuebles; y el régimen de esos derechos reales inmobiliarios hay que buscarlo en el Código civil, y entre ellos el de la usucapión, que es un modo de adquirir esos derechos y forma parte del conjunto de normas legales que regulan los inmuebles y quedan exclusivamente al amparo del nombrado Código (365).

Con esto queda destruida la última razón alegada contra el carácter adquisitivo de la prescripción mercantil, que se quiere inducir de los inconvenientes que presentaría calcular el tiempo en el supuesto de unión de posesiones, aparte de que estos inconvenientes tampoco serían insuperables (366) y que se presentarían únicamente en el caso

(364) Véase más arriba, número 76.

(365) Generalmente, se rechaza la aplicación de la prescripción adquisitiva mercantil sobre bienes inmuebles; Mortara y Azzariti: *Commento*, volumen X, n. 208; Vivante: *Trattato*, vol. IV, n. 2.223; Navarrini: *Trattato*, volumen VI, n. 2.547; Tartufari, en *Temi ven.*, 1894, 149; Cass. Nápoles, 24 abril 1917 (*Mon. trib.*, 1917, 571).

(366) Estos inconvenientes se salvan computando cada posesión por lo

BIBLIOTECA FAC. DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES U. A. N. L.

de usucapión de inmuebles o derechos reales sobre inmuebles, que, como hemos visto, los regula el Código civil.

De modo que nada hay que se oponga a reconocer que la prescripción ordinaria de diez años en materia mercantil comprenda, no sólo la extintiva, sino la adquisitiva (367), aun cuando haya que reconocer que prácticamente son más limitadas las posibilidades de aplicación de la prescripción adquisitiva en materia comercial, porque fuera del ámbito del derecho inmobiliario, que por las razones dichas queda excluído de la prescripción mercantil, la adquisitiva tiene realmente un radio de acción muy limitado, porque para las cosas muebles individuales rige el precepto de *possession vaut titre* consignado en el artículo 707 del Código civil, que motiva su inutilidad para la prescripción adquisitiva habiendo buena fe. En el caso de hurto o extravío, la acción reivindicatoria contra el tercer detentador de la cosa robada o perdida queda sujeta a una breve prescripción de dos años, a tenor del 2.146 del Código civil; cabe aplicar la prescripción adquisitiva mercantil sólo en el caso de posesión de mala fe de mercancías o títulos al portador, salvo los casos previstos en los artículos 707, 708 y 709

---

que efectivamente es, o sea, regulando cada posesión según su respectiva ley; y de esta suerte, cuando a un poseedor a título civil sucediese uno a título comercial a los efectos de la prescripción de esta última clase, se reduciría la civil a una parte proporcional de la mercantil igual a la que representaría respecto a la prescripción civil; y viceversa: cuando a un poseedor mercantil sucediese uno civil, se computaría la posesión a los efectos de la civil por una duración proporcional semejante a la que tuviese respecto a la prescripción comercial; ejemplo: una persona ha poseído civilmente durante diez años, y el que adquiere de nuevo a virtud de un título de carácter mercantil, computará a su favor el tiempo de prescripción transcurrido, y, por consiguiente, necesitará todavía dos tercios del plazo señalado para prescribir; pero estos dos tercios computados conforme a las leyes comerciales sobre la prescripción; por el contrario, al que posea durante cinco años mercantilmente, quien le suceda a título civil en la posesión computará a su favor la mitad del tiempo y necesitará, por consiguiente, todavía otra mitad, pero que habrá de computar conforme a la prescripción civil, o sea, de quince años.

(367) En este sentido: Mortara y Azzariti: *Codice di commercio*, vol. X, n. 207; Vivante: *Trattato*, 5.ª ed., n. 2.223; Navarrini: *Trattato*, vol. VI, número 2.537; Majorana: *La prescrizione in materia di commercio*, núm. 19. En contra, Pugliese: *Prescrizione estintiva*, núm. 320, págs. 791 y siguientes. Igualmente era contraria, como hemos dicho, la opinión de Vivante, en las dos ediciones primeras de su *Trattato*.

del Código civil y para las universalidades, a las cuales no se aplica el principio del artículo 707 (368).

112. Hay en materia mercantil, además de la prescripción ordinaria de diez años, otras más breves.

Por el transcurso de *cinco años*, prescriben:

1.º Las acciones derivadas del contrato de sociedad o de las operaciones sociales, cuando se hayan observado las normas legales establecidas para la publicidad (núm. 1 del art. 919);

---

(368) De modo que la prescripción adquisitiva podría aplicarse a la adquisición de la hacienda mercantil, que es una universalidad, como hemos dicho, si bien debe advertirse que los factores particulares de que se compone mantienen su régimen propio legislativo, y que, por consiguiente, en los bienes muebles singulares que en un momento determinado formen parte de ella, su adquisición se realizará independientemente de la prescripción, a tenor de lo dispuesto en el artículo 707 del Código civil; y, en cambio, los inmuebles que la integran se regirán, en cuanto a la prescripción, por los principios del Código civil. De suerte que, en resumen, para la prescripción adquisitiva, la hacienda mercantil habrá de estimarse como un conjunto de cosas, y no por las individuales que en cada momento la integran; Fadda y Bensa: *Note al Windscheid*, I, pág. 509; Mortara y Azzariti: *Commento*, citado, núm. 209. También encuentra o puede encontrar campo de aplicación adecuado la prescripción adquisitiva mercantil en materia de dibujos, marcas y razón social, y se ha discutido sobre la posibilidad de adquirir por prescripción un nombre comercial; desde luego no cabe adquirir en esta forma la razón social como nombre del comerciante; únicamente podrá haberla respecto a la razón social en sentido objetivo (véase más atrás, párrafo 19); y, además, el distintivo para denominar un producto, aun cuando es de advertir que para las marcas registradas la cuestión ofrece un aspecto especial en virtud de la protección legislativa que lleva aparejada el registro. El Tribunal de Casación de Florencia ha resuelto muchas veces la cuestión en sentido afirmativo: 18 enero 1896 (*Giur. ital.*, 1896, I, 1, 139); 15 julio 1901 (*Ivi*, 1901, I, 1, 905); 12 marzo 1903 (*Ivi*, 1903, I, 1, 320); 30 noviembre 1916 (*Ivi*, 1922, I, 1, 555). Entre los tratadistas domina la opinión opuesta a causa de la pretendida idoneidad de la cosa inmaterial para constituir objeto de verdadera y propia posesión *ad usucapionem*, y por la dificultad de trazar la figura de una posesión inequívoca de los bienes inmateriales. Consúltese: Cass. Roma, 15 mayo 1916 (*Giur. ital.*, I, 1, 772); y, además, Mortara y Azzariti: *Commento*, citado, n. 210-212; pero son razones endebles, según puede verse por su simple expresión; la repugnancia de los tratadistas a admitir una prescripción adquisitiva en materia de bienes inmateriales, a mi juicio, depende de la elaboración insuficiente en que está todavía en la ciencia jurídica la teoría de los derechos absolutos no reales, o sea, de los derechos absolutos sobre bienes inmateriales.

BIBLIOTECA FAC. DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES U. A. N. L.

2.° Las acciones derivadas de la letra de cambio y de los cheques (núm. 2 de ídem);

3.° Las reivindicatorias de la propiedad del buque cuando el poseedor sea de buena fe y obtenido la nave por título debidamente inscrito y formalmente válido (art. 918).

Prescribense por el transcurso de *tres años* las acciones nacidas de los contratos de préstamo a la gruesa y de la hipoteca naval (artículo 920).

Por *dos años*, las acciones de los mediadores para el pago de su retribución y las acciones resolutorias o de nulidad del convenio en la quiebra (art. 922).

Por el transcurso de *un año:*

1.° Las acciones de resarcimiento de daños causados por el abordaje (art. 923);

2.° Las acciones nacidas con motivo de la contribución en las averías comunes (art. 923);

3.° Las acciones nacidas del contrato de fletamento (art. 924);

4.° Las derivadas del contrato de seguros (art. 924) (369);

5.° Las procedentes del contrato de ajuste de la tripulación (artículo 924);

6.° Las que nacen del suministro de vituallas y otras cosas necesarias para el alistamiento de la nave (art. 925);

7.° Las acciones nacidas del contrato de transporte cuando la expedición se haga a países fuera de Europa (art. 926).

Prescriben por el transcurso de *seis meses* las acciones nacidas del contrato de transporte, cuando la expedición se haga a Europa, salvo Islandia y las islas Feroe, o a un puerto del Asia, o Africa mediterránea, Mar Negro, Canal de Suez, Mar Rojo o plaza del interior unida a una de las antedichas marítimas por vía férrea (art. 926) (370).

Algunas dudas puede suscitar la naturaleza de estas prescripciones más breves; sabemos que las prescripciones breves del Código civil (art. 2.138) no tienen carácter extintivo, sino presunto, porque el 2.142 del mismo cuerpo legal dice que aquellos a quienes se les opongan

(369) Con este motivo recuérdese la prescripción de plazo igual señalado por la ley en los accidentes del trabajo (art. 17 del texto único del 31 de enero de 1904, n. 51).

(370) Las acciones nacidas del contrato de transporte de cosas por los ferrocarriles del Estado prescriben contra la Administración ferroviaria a los ciento ochenta días, y a favor de la misma al año (art. 66 del *Condizioni per i trasporti delle cose sulle ferrovie dello Stato,* aprobado por Real decreto de 12 de noviembre de 1921, núm. 1.585).

tales prescripciones podrán deferir el juramento para declarar si realmente se llegó a la extinción de la deuda: de suerte que no se trata de verdadera prescripción, sino de simple presunción de pago que admite únicamente la prueba contraria del juramento; en cambio, las prescripciones más breves del Código mercantil son tales prescripciones extintivas, y sería cometer un error invocar el artículo 1.° del Código de comercio para aplicarles lo dispuesto en el citado 2.142 del civil, y considerarlas prescripciones presuntas. La aplicación de éste queda excluída por el hecho de que la ley mercantil enumera éstas entre las verdaderas y propias prescripciones, y por ello regula la materia, en tanto que ya sabemos que sólo se aplica el Derecho civil cuando calla el Código de comercio.

La solución dada a tales dudas nos lleva a examinar y decidir otra cuestión que suele presentarse en esta materia: la de que si, habiendo el Código de comercio señalado una prescripción ordinaria mercantil y agregado a ella después otras especiales mucho más breves, hay que suponer que la materia de la prescripción está totalmente regulada por el Código de comercio, y que, por tanto, no pueden invocarse las breves prescripciones presuntas creadas por el Código civil en materia de comercio. Pero semejante supuesto no es exacto: el Código de comercio regula la materia de un modo incompleto, y si bien se ocupa exclusivamente de la verdadera prescripción, nada dice de la presunta, institución especial que se refiere más particularmente a materia de prueba que a prescripción; por lo tanto, creemos que las normas del Código civil relativas a las prescripciones más cortas son de aplicar también en materia mercantil, y esa opinión está confirmada por el artículo 917 del Código de comercio, que fija en diez años el tiempo para prescribir en materia mercantil, salvo los casos en que el Código de comercio u otras leyes especiales no hayan establecido plazo de prescripción más breve (371).

(371) La solución expuesta en el texto domina entre los tratadistas y en la jurisprudencia: Cass. Palermo, 18 junio 1918 *(Giur. ital.,* 1918, I, 1, 1.041; Cass. Turín, 28 marzo 1914 *(Riv. di Dir. comm.,* 1915, II, 13); Cass. Florencia, 2 abril 1903 *(Giur. ital.,* 1903, I, 1, 556). En contra: Vidari: *Corso,* n. 9.092, Lessona: *Teoria delle prove,* II, 78; Cass. Roma, 19 febrero 1923 *(Riv. di Dir. comm.,* 1924, II, 13). En el texto se trata de las prescripciones breves presuntas señaladas en los artículos 2.138-2.140 del Código civil; pero hay que advertir que en éste existen otras prescripciones breves sin carácter presunto, pero que son verdaderas prescripciones extintivas; véase, por ejemplo, el artículo 2.144: prescripción conservada por el Código de comercio, como dispone explícitamente el artículo 917, citado en el texto. Asimismo rige en ma-

BIBLIOTECA FAC. DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES U. A. N. L.

113. En materia de prescripción mercantil se presenta frecuentemente una cuestión que tiene grandísima importancia, tanto teórica como práctica: la del plazo de prescripción para la cosa juzgada y si a ella ha de aplicarse la prescripción decenal mercantil o la civil de los treinta años; los que sostienen que la acción nacida de la cosa juzgada, a los efectos de prescripción, hay que regularla conforme al Código de comercio, toman en cuenta el carácter puramente declarativo de la sentencia, y dicen, sí, como es indudable en el derecho moderno, la sentencia lo que hace únicamente es declarar el derecho, lo que se alega después de la sentencia no es otra cosa que el derecho preexistente, y si preexiste un derecho de índole mercantil, mercantil será la prescripción de él.

Aun cuando esta razón parece a primera vista difícilmente impugnable (372), la opinión dominante, sobre todo en la jurisprudencia, estima que a las acciones derivadas de la cosa juzgada mercantil debe aplicarse el plazo de treinta años de la prescripción ordinaria civil.

Y hay que reconocer que, prácticamente, ésta es la única solución posible ante los gravísimos riesgos que en la vida ofrecería el reconocimiento de la opinión contraria; cuando se obtiene sentencia favorable se quiere tranquilidad, y hay derecho a ella, pero dada la brevísima prescripción mercantil de un año, de dos, a veces de seis meses, el tiempo que se concede al que ha obtenido la declaración judicial de su derecho propio, para realizarlo se encontraría reducido ex-

---

teria comercial la prescripción de cinco años, señalada en el 1.300 del Código civil para las acciones de nulidad y rescisión de los contratos. Recordemos que las normas especiales contenidas en el artículo 1.300 relativas al comienzo de esta prescripción subsisten también en materia mercantil, aun cuando se discuta el problema y se diga que no puede procederse para invalidar el contrato luego que haya transcurrido el término ordinario de prescripción desde que se celebró; así, Vivante: *Trattato*, IV, n. 2.219; Cass. Florencia, 22 noviembre 1912 *(Riv. di Dir. comm.*, 1913, I, 443); y en sentido opuesto, Mortara y Azzariti: *Commento*, cit., n. 214; Pugliese: *Prescrizione estintiva*, n. 193 y 334; Navarrini: *Trattato*, VI, n. 2.556 y 2.556 bis; Ap. Florencia, 1 junio 1912 *(Giur. ital.*, 1912, I, 2, 692).

(372) Véase especialmente la monografía de Fadda: *La prescrizione del giudicato commerciale*, en *Filangieri*, 1898, quien sostiene que debe ser siempre la prescripción propia de la relación originaria la que debe transcurrir y aplicarse después de la sentencia; otros creen que debe regir la prescripción ordinaria mercantil, aunque originariamente la relación estuviese sujeta a una prescripción especial más breve: Bonelli: *Della cambiale*, en *Commentario*, de Vallardi, n. 334.

cesivamente, y, además, sería poco práctico; creemos, por tanto, que los Tribunales tienen razón cuando su mayoría reconoce que no son decisivas las razones tomadas de la naturaleza declarativa de la sentencia.

Hay que recordar que, tanto en el juicio declarativo como en el ejecutivo, no se alega un derecho privado contra la parte contraria, sino que lo que se ejercita es un derecho público para con el Estado, y así debe considerarse el derecho a la acción; tal como está organizada la prescripción en el Derecho civil, a lo que verdaderamente atiende es a la acción, es decir, al derecho procesal de dirigirse a los organismos judiciales, y lo que toma en consideración sólo es el derecho material, y aun cuando impropiamente se hable con frecuencia de prescripción de acciones, esto obedece a residuos que aún quedan en la memoria de la compenetración que existía entre derecho y acción en otros grados de la evolución jurídica, cuando el pleito y el juicio tenían todavía carácter preferentemente privado y la ejecución judicial del derecho recordaba aún la antigua autodefensa; pero en el derecho moderno, afirmado el carácter público, es decir, estatal, del procedimiento y del juicio, la acción está diferenciada del derecho, y se ha convertido ya en un derecho subjetivo con existencia propia, y la prescripción de los Códigos del derecho privado se refieren al derecho material, y no a la acción.

Y si bien es cierto que en el juicio declarativo se plantea el problema de la prescripción, sucede así porque, como se trata de declarar la existencia del derecho, hay necesariamente que resolver si está vivo todavía o si se ha extinguido por prescripción; mas una vez superado el período declarativo y reconocida la existencia del derecho, ya *no se vuelve más a plantear* el problema de la prescripción, porque en adelante hay una sentencia declaratoria de que existe tal derecho incontestable.

De suerte que no es que después de la sentencia quepa aplicar al derecho declarado una prescripción más bien que otra, la civil con preferencia a la mercantil; después de dictada la sentencia ya no se puede hablar *de prescripción del derecho material*, y si se hace es tan sólo, en todo caso, refiriéndose, no al derecho material, sino al derecho de la acción, esto es, al derecho subjetivo público que tiene el ciudadano de dirigirse al Estado para obtener justicia, derecho que no se agota en el período declarativo, que no es el derecho a la sentencia sólo, sino también derecho a la ejecución forzosa.

Pero, indudablemente, el derecho de la acción, por lo mismo que no es un derecho privado, no es civil ni mercantil, y no cabe discutir si debe aplicársele la prescripción de uno u otro Código.

BIBLIOTECA FAC. DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES U. A. N. L.

El problema es completamente distinto, y de lo que se trata es de ver si los derechos públicos son susceptibles de prescripción como los derechos privados, problema grave que puede resolverse afirmativamente diciendo que la prescripción es una institución de carácter generalísimo, común tanto a aquél como a éste. Pero, a falta de disposición legal especifica, y habiendo de proceder por analogía, claro que habrá que aplicar, también por analogía, las disposiciones del Código civil, y declarar que en el derecho público la prescripción ordinaria es de treinta años. Para concluir, que si se quieren considerar prescriptibles las acciones derivadas de la cosa juzgada, hay que aplicarles la prescripción de treinta años (373).

114. La última cuestión, importantísima, se refiere a las estipulaciones contractuales que recaigan sobre el plazo de prescripción, la de si los particulares pueden contratar sobre el plazo para prescribir.

En lo referente a la prescripción vencida no cabe duda: las partes pueden renunciar a ella, porque esta excepción no puede suscitarla de oficio el juez, deben alegarla las partes; por eso textualmente dice el artículo 2.107 del Código civil que puede renunciarse a la prescripción realizada.

Ahora bien; para la prescripción no vencida la cuestión varía; desde luego, son nulas todas las estipulaciones encaminadas a ampliar el tiempo para prescribir; en la prohibición de renunciar a ella antes de que venza está implícita la de ampliar el plazo.

La duda surge, en cambio, al pactar, no ya una prolongación, sino la abreviación; es indiscutible, y hay escritores (374) que optan por la afirmativa, aun cuando nosotros creemos que es imposible, por la razón sencilla de que la prescripción, sobre todo en lo que respecta al

(373) Nuestra jurisprudencia hace tiempo que resuelve invariablemente en el sentido de la aplicabilidad de la prescripción de treinta años, y por ello no hay necesidad de citar ninguna de las numerosas sentencias dictadas sobre el particular. Asimismo entre los tratadistas predomina la misma opinión; la bibliografía, que es muy copiosa, la resume Ricca-Barberis en *Giur. ital.*, 1904, I, 1, 759, y Galante: *Ivi*, 1900, IV, 273. Consúltese, además, Lordi, en *Riv. di Dir. comm.*, 1920, II, 671. En las cuestiones especiales que puedan presentarse sobre esta materia, consúltese Mortara y Azzariti: *Commento*, cit., n. 192 y sigs.

(374) Vivante: *Trattato*, IV, núm. 2.222. Las sentencias que suelen citarse no son claras, porque casi siempre recaen sobre el plazo de vencimiento y no sobre el plazo de prescripción; véase, sin embargo, Cass. Florencia, 18 enero 1917 (*Riv. di Dir. comm.*, 1917, II, 397, con nota de Giannattasio).

plazo, se inspira en el interés general, y el principio en que se basa es el del reconocimiento de un estado de hecho, y al Derecho repugna la incertidumbre por largo tiempo en las relaciones jurídicas; su fin supremo es la conservación de la paz social, y no quiere que perduren las disputas.

Ahora bien; si éste es el fundamento de la institución, compréndese que no puedan los particulares pactar sobre el tiempo necesario para prescribir; es un elemento cuya valoración corresponde al legislador; y al Derecho es al que toca fijar la duración del mismo por motivos que están por encima de la voluntad privada y tocan al interés público, inspirado en una justa conciliación entre dos intereses opuestos: el de la justicia absoluta, que quiere que se dé a cada uno lo suyo, y el del orden social, que exige no discutir de nuevo el equilibrio establecido; los particulares no pueden substituir sus juicios a los del legislador, ni con la ampliación del plazo de prescribir prolongar un estado de incertidumbre que la ley quiere borrar, ni alterar, abreviando la prescripción, aquel estado de hecho que la ley trata de consolidar por un cierto tiempo para que pueda transformarse en estado de derecho (375).

(375) En este sentido: Pugliese: *Prescrizione estintiva*, 4.ª ed., n. 145; Degni, en *Riv. di Dir. comm.*, 1910, II, 653; Mortara y Azzariti: *Commento* cit., n. 175; De Ruggiero: *Istituzioni di Diritto civile*, 4.ª ed., vol. II, pág. 312, **nota 1.**

BIBLIOTECA FAC. DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES U. A. N. L.
UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ®
DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES
BIBLIOTECA
U. N. L.

BIBLIOTECA FAC. DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES U. A. N. L.

CAPITULO IV

Ejecución de las relaciones jurídico-mercantiles.

§ 25.—Consideraciones generales.

Sumario: 115. La justicia del Estado y la defensa privada. Ojeada histórica. La defensa privada en el derecho moderno.

115. Por lo común, en la vida del derecho moderno, los obligados suelen, espontáneamente, cumplir sus obligaciones a virtud de multitud de causas, como la fuerza del sentimiento jurídico, la tradición, la imitación, el temor a las sanciones y a la coacción; de suerte que las relaciones jurídicas se cumplen por obra del sujeto pasivo mismo, o sea, del obligado.

Pero puede no ocurrir así y hay que proveer a ello, y cuando el caso llega, a la ejecución voluntaria del derecho substituye la ejecución *forzosa*, de la que es necesario ocuparse especialmente, puesto que esa posibilidad de usar la fuerza (coacción) es precisamente una de las características esenciales del derecho y el régimen de ejecución forzada de las relaciones jurídicas es una de las instituciones más importantes del derecho.

Sin embargo, no es éste el lugar de entrar de lleno en tan importantísimo asunto, y por eso nos ocuparemos sólo de la parte relativa a las relaciones comerciales, en cuya materia no faltan interesantísimas singularidades.

El cumplimiento del derecho puede realizarse en dos formas. La más común, en el estado actual de la evolución jurídica, la que aparece más natural, es la ejecución judicial.

Sin embargo, ni histórica ni lógicamente surge primero: por el contrario, en la evolución de la sociedad y del derecho, esa ejecución de las relaciones jurídicas está confiada, en primer término, al poder privado del titular mismo del derecho, o sea, que el sistema de la *autodefensa* precede a la *defensa judicial* del derecho.

En la sociedad primitiva, poco organizada, débil e incierta la autoridad del Estado, quien, por tanto, no ha reivindicado para sí todavía y por completo la función de órgano específico del Derecho, rige, generalmente, como sistema, la defensa privada (376), que no consiste sólo en la ejecución de un derecho preexistente, sino también, y en el fondo, en la afirmación del derecho propio. El individuo y el grupo a que pertenece se hallan ligados por una estrecha solidaridad y por sí tutelan sus intereses, dentro, naturalmente, de los límites asignados por los primitivos hábitos indistintos, y lo realizan en la medida de las fuerzas de que disponen. Pero con el tiempo se consolida la autoridad del Estado y comienza la lucha secular de éste contra el individuo y los grupos y contra el hábito de tomarse la justicia por sí mismo, en cuya lucha el Estado empieza por interponerse como mediador y obliga a los particulares a confiar a árbitros sus cuestiones, y de ahí el carácter semiprivado del primitivo procedimiento, del cual quedan aún rastros, como, por ejemplo, en el proceso romano clásico; hasta que, por último, el Estado afirma su autoridad, va desterrando cada vez más la costumbre como fuente del Derecho, reivindica la función de dictar normas jurídicas, prohibe la defensa privada, se interpone entre los particulares, pero ya no como árbitro o mediador, sino como administrador de la justicia, y a la ejecución del derecho propio, obra de los particulares, viene a substituir la realización del Derecho por obra del Estado; a la defensa privada, la defensa judicial del Derecho.

Sin embargo, es natural que aun hoy, en la legislación moderna, queden residuos del primitivo sistema.

En el derecho italiano está prohibida, en principio, la defensa privada, y el Código penal considera y castiga como delito (artículos 235 y 236) a quien se toma la justicia por su mano.

Pero, si en principio existe esta prohibición, no faltan excepciones.

La primera y más general, la constituye el derecho reconocido generalmente a los individuos para defenderse contra la violencia presente e injusta; el derecho a rechazar la fuerza con la fuerza, fundado en el principio *vim vi repellere licet*, que como general hay que

---

(376) *Bibliografía:* Sobre la defensa privada en general, consúltese: Ferrini: *Pandette*, núm. 184; Fadda y Bensa: *Note al Windscheid*, vol. I, página 1.178; Dernburg: *Pandekten*, vol. I, § 125; Friedemann: *Die Selbsthülfe in rechtshistorisch dogmatischer Darstellung unter besonderer Berucksichtigung des römischen Rechts*, 1898; Kuhlenbeck: *Das Recht der Selbsthülfe*. 1907.

tener en cuenta, y una de cuyas más importantes aplicaciones es la legítima defensa (núms. 2 y 3 del art. 49 del Código penal); merced a ella, lo que por sí constituiría un delito, deja de serlo si se ha realizado con el fin de impedir una violencia actual e injusta.

Una segunda e importantísima excepción es la facultad que concede la ley al particular, en algunos casos, para con sus propias fuerzas satisfacer el derecho ya violado, esto es, satisfacer por sí el derecho propio que le niega el obligado.

Ambas formas de defensa privada sólo difieren en que en el primer caso se emplea la fuerza en *prevenir* la violación del derecho, y en el segundo, para *reintegrar* el derecho; pero los dos tienen de común el que en ambos la satisfacción se obtiene por obra del mismo titular; la diferencia se halla en las formas de esa satisfacción, debida a la diversidad de causas que la impiden. La verdadera e importante diferencia entre ambas figuras jurídicas consiste en eso: que en tanto que la defensa contra la violencia se reconoce como principio general, la ejecución de un derecho ya violado o amenazado por causas distintas de la violencia es una excepción que ha de reconocer la ley en cada caso.

Por consiguiente, nos ocuparemos primero de la ejecución privada de los derechos en materia mercantil, admitida sólo en algunos casos y excepcionalmente; y después, de la ejecución judicial, o sea, de la jurisdicción mercantil y del procedimiento en asuntos de comercio.

SECCION I.—LA DEFENSA PRIVADA EN MATERIA MERCANTIL Y ESPECIALMENTE EL DERECHO DE RETENCION

§ 26.—Diferentes casos de ejecución privada del derecho en materia mercantil.

SUMARIO: 116. Casos distintos de ejecución privada del derecho en lo civil y en lo mercantil.—117. *A)* Venta por el propio acreedor. Casos en que está reconocida en asuntos mercantiles. La venta por el propio acreedor y la ejecución forzosa.—118. *B)* Retención; su concepto y origen.—119. Contenido esencial de la retención; la retención y el derecho de prelación; la retención y la ejecución.—120. Retención y *exceptio non adimpleti contractus;* sus caracteres distintivos; casos dudosos.—121. Retención y compensación; sus diferencias.—122. Naturaleza real o personal de la retención; planteamiento exacto del problema.—123. Objeto de la retención. 124. Casos en que la autoriza el Derecho mercantil.

116. No existen en nuestros Códigos de derecho privado preceptos generales acerca de la defensa privada, como los hay en el Código civil alemán (§§ 227-231) (377). Sin embargo, el particular en casos especiales está autorizado para hacerse justicia por sí mismo y poder dar satisfacción a underecho.

Cítase entre estos casos el previsto en el artículo 582 del Código civil, que faculta al propietario para cortar *él mismo* las raíces de los árboles del vecino que se extiendan en su fundo; el del artículo 703, en virtud del cual el propietario de un enjambre de abejas, cuando huyan, puede recuperarlas aunque estén en fundo ajeno; el del artículo 429 del Código penal, que absuelve a quien mata o hiere aves ajenas sorprendidas en el fundo que posee o en el instante en que causan daño; el de la compensación legal (art. 1.286 del Código civil), que autoriza al acreedor para hacerse pago de su crédito con la extinción de un débito suyo para con su deudor.

No todos los escritores están conformes en reconocer en estos supuestos casos de defensa privada; pero instituciones en que realmente pueda descubrirse el elemento de ejecución del derecho propio, por obra del interesado mismo, las tenemos en la venta por el propio acreedor y en la retención.

117. *A) Venta por el propio acreedor* (378).—El Código de comercio, en diferentes casos, autoriza al acreedor impagado y que se halle en posesión de una cosa propiedad del deudor, para proceder a la venta de la misma y hacerse pago con el precio. Nótese bien que no se trata de una venta judicial que ordene el magistrado, como sucede en los casos de ejecución judicial del derecho, sino de una verdadera venta que se celebra por la exclusiva voluntad e iniciativa del acreedor, que de tal suerte adviene instrumento de ejecución de su propio derecho.

(377) La abundante bibliografía nacida sobre esta disposición puede verse en Fadda y Bensa: *Note al Windscheid,* vol. I, pág. 1.179.

(378) *Bibliografía.* Bolchini: *La vendita per autorità del creditore nel Diritto commerciale italiano,* en *Riv. di Dir. comm.,* 1908, I, 429; Vivante: *Trattato,* IV, n. 1.704 y siguientes; Sohm: *Der Selbsthülfverkauf nach dem bürg. Gesetzbuch und Handelsgesetzbuch,* en *Zeitsch. für das ges. Handelsrecht,* 1903, 85; Heymann: *Die rechtliche Natur des Selbsthülferverkaufs bei Glaubigerverzugs nach Handelsrechts,* Rostock, 1902.

BIBLIOTECA FAC. DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES U. A. N. L.
UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ®
DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

Así, a tenor del artículo 363 del Código de comercio, el mandatario mercantil a quien no se le satisfagan los anticipos, gastos e intereses de las sumas adelantadas, no su retribución, puede proceder a la venta de cosas propiedad del mandante detentadas por él para ejecutar el mandato. De igual suerte, y conforme al artículo 458 del Código de comercio, el acreedor pignoraticio puede proceder contra las cosas pignoradas comercialmente. El artículo 68 del mismo cuerpo legal autoriza al vendedor a quien no se haya satisfecho el precio, para enajenar la cosa que esté en su poder, a fin de hacerse pago de su crédito con el precio que obtenga; y lo mismo puede obrar, en virtud del artículo 413 del Código de comercio, el porteador respecto a los créditos nacidos de este contrato y proceder a la venta de las cosas que le han sido confiadas para transportarlas, y cuando se trate de ferrocarriles, venderlas sin formalidad alguna (art. 48 del Reglamento ferroviario, aprobado por Real decreto de 12 de noviembre de 1921, número 1.585).

Además, y en virtud del artículo 168 del Código de comercio, las sociedades por acciones pueden vender éstas, no liberadas totalmente, en caso de falta de pago de las cuotas adeudadas por los accionistas.

Salvo el caso previsto en el artículo 48 del Reglamento ferroviario citado, en todos los demás, y a tenor del 68 del Código de comercio, que es aplicable a cuantos casos cita, la venta habrá de hacerse en pública subasta o al precio corriente si la cosa lo tiene en Bolsa o en la Lonja, mediante un funcionario público autorizado para intervenir en tal acto; en esta intervención quieren ver algunos un elemento de publicidad suficiente para convertir la venta en verdadera y propia venta judicial, y por ello, en esta figura de venta por el mismo acreedor se intenta descubrir un caso de ejecución forzada judicial (379). A mi juicio, no es así; para que haya expropiación realizada por los órganos del Estado es necesario que la venta la autorice o, mejor dicho, la ordene éste, que es lo que precisamente ocurre en la enajenación judicial, en que no hay venta sin orden del juez (arts. 623 y 666 de la ley de Enjuiciamiento civil); en cambio, en este caso, la venta se realiza por exclusiva voluntad del acreedor, que no necesita resolución ni autorización alguna del juez; la intervención del funcionario público en la venta está limitada a asegurar las formalidades procesales; pero una vez que la resolución corresponde al acreedor mismo, claro está que nos hallamos ante un caso de defensa privada, si bien regulada e intervenida; y el que existan limitaciones y fiscalización no basta para alterar la esencia de la institución.

(379) Bolchini, en *Riv. di Dir. comm.*, 1908, págs. 429 y siguientes; Montessori: *Il Diritto di ritenzione nella materia commerciale*, n. 10 y 11.

118. *B) Retención.*—Consiste ésta en aquella facultad que se concede al acreedor, en algunos casos, para conservar la cosa del deudor que ya se encuentra en su poder por otro título, en tanto que no pague el deudor (380).

Su origen es muy claro. Opinión muy autorizada (381) hace remontar su origen a la institución medieval de las represalias, en cuya virtud todo acreedor impagado podía embargar y vender con permiso de la autoridad pública, no sólo los bienes del deudor que lograba aprehender, sino los de su familia y conciudadanos, que se reputaban solidarios pasivos en beneficio del acreedor. En nuestra opinión no aparece suficientemente probada esa procedencia, y ambas instituciones las creemos completamente distintas. En el derecho de represalias predomina el carácter político. Ese derecho se dirigía principalmente contra los extranjeros que, valiéndose de esta cualidad, se substraían al imperio de las leyes del Estado del acreedor; en substancia, se trataba de la reacción de una comunidad política contra otra, y así se comprende que los efectos trascendiesen de la persona del deudor y llegasen hasta su familia y conciudadanos; en las agrupaciones políticas de los períodos más atrasados de la evolución jurídica, reinaba como principio general la responsabilidad colectiva de la comunidad por los actos de sus individuos. Como acertadamente dice Montessori (382), las dos instituciones tienen de común solamente el que constituyen formas de autodefensa, pero están separadas por una profundísima diferencia,

(380) *Bibliografía.* Urangia Tazzoli: *Il diritto di ritenzione legale*, Milán, 1892; Vivante: *Il diritto di ritenzione*, Apéndice al *Codice di commercio commentato*, Unione tip.-editrice torinese, 5.ª ed., vol. VI; Montessori: *Il diritto di ritenzione nella materia commerciale*, Milán, 1909; Guarracino: *Il diritto di ritenzione nella legislazione italiana*, Nápoles, 1884; Manaresi: *De iure retentionis*, en *Arch. giur.*, 1884, XXXIII, 172; Ramponi: *Il diritto di ritenzione nelle leggi italiane*, Florencia, 1898; De Feo: *Il diritto di ritenzione considerato come pegno legale*, en *Giur. ital.*, 1916, IV, 65 y siguientes; Glasson: *Du droit de rétention*, 1862; Guillonard: *Traité du droit de rétention*, 1895; De Decker: *Etude sur le droit de rétention*, 1909.

(381) Vivante, en *Riv. ital. per le scienze giur.*, 1892, pág. 89; *Il diritto di ritenzione*, Apéndice al vol. VI del *Cod. di comm. commentato*, n. 2; Urangia Tazzoli: *Il diritto di ritenzione legale*, Milán, 1892, págs. 126 y siguientes.

(382) *Ob. cit.*, pág. 10.

BIBLIOTECA FAC. DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES U. A. N. L.

puesto que una, la retención, es de un ciudadano para con otro, y la represalia es forma de autodefensa internacional.

Indudablemente, el derecho de retención es una forma de defensa privada que un tiempo hubo de ir unida más bien a la pignoración por autoridad privada, tan frecuente en la Edad Media, y de la que acaso sea el último residuo.

Escritores muy autorizados niegan carácter de defensa privada a la retención a virtud de que la reconoce la ley, y, por lo tanto, el que la ejerce no protege a capricho su derecho, sino que usa una legítima negativa a entregar. Objeción que carece de valor serio, porque la esencia de la defensa privada no consiste en una actividad caprichosa, sino en que la ejecución del derecho, en vez de confiarla al Estado, la asume directamente el titular del mismo; y el que el régimen jurídico reconozca esta potestad del derechohabiente, no le priva de su carácter de autodefensa; aparte de que en la historia de esta institución encuéntrase el reconocimiento del Estado en formas también más concretas, y en la evolución jurídica que va desde el sistema de la autodefensa al de la justicia del Estado hay una etapa intermedia, que es la de la autodefensa, no sólo reconocida, sino intervenida y reglada.

119. La esencia del derecho de retención consiste en la facultad de conservar la cosa, de suerte que es una forma de coacción que se ejerce sobre la voluntad del deudor, y tiende, no a realizar el importe del crédito mediante un equivalente pecuniario sobre el patrimonio, sino a apremiar la voluntad del deudor para inducirle a pagar; en substancia, constituye una realización del derecho, mediante la coacción de la voluntad y no ya mediante el pago con un equivalente sobre el patrimonio. Pertenece, por tanto, a aquellas formas de ejecución del derecho, como la prisión, la multa, el destierro, que se dirigen a obtener su cumplimiento mediante la actuación del deudor mismo.

De este carácter de la retención se deriva que no es por sí ni medio de garantía ni tampoco de satisfacción del crédito sobre la cosa retenida, sino simplemente elemento de coacción sobre la voluntad del deudor; de suerte que es cosa distinta: 1.°, de la *prelación*, que implica una preferencia a favor de determinado acreedor sobre los demás presentes en el juicio ejecutivo; 2.°, *del derecho a enajenar* los bienes del deudor y hacerse pago con el importe de ellos, derecho que corresponde, en general, a todo acreedor, a virtud de los artículos 1.948-49 del Código civil, y especialmente sobre cosa determinada, al acreedor prendario de una especial, que lleva unido también otro derecho de prelación.

Pero el derecho nada más a retener la cosa podría ser ineficaz, singularmente cuando los demás acreedores se hayan dirigido contra la cosa misma e instado su venta, toda vez que al acreedor detentador de la cosa no correspondería más que participar en el precio; y por ello, para dar eficacia a la retención, hubo de sentirse inmediatamente la necesidad de adicionarla con un privilegio: y precisamente en esta conexión entre retención y prelación consiste la más importante particularidad de la disciplina de esta institución en materia mercantil; porque en tanto que la retención reconocida por el Código civil no lleva consigo, por lo general, ese derecho de prelación en materia mercantil, en cambio, el derecho a retener la cosa va unido al de hacerse pago con ella preferentemente.

Una segunda especialidad importante de la retención mercantil está en el vínculo que existe entre retención y ejecución: en el orden civil, para que el acreedor que la retiene cobre con la cosa, no hay otro medio que el juicio ejecutivo ordinario; en cambio, en materia comercial, para hacerse pago con la cosa, aquél puede emplear un procedimiento más sencillo y rápido, o sea, la ejecución por autoridad del mismo acreedor, que es el otro caso ya estudiado de defensa privada.

Ambas formas se mezclan y completan mutuamente.

Pero el vínculo de conexión que existe en materia de comercio entre retención y prelación, entre retención y autodefensa ejecutiva, no impide que sean instituciones distintas; que pueden reunirse a fines de sumar los resultados útiles para el acreedor, pero que no hay que confundir conceptualmente.

120. Para dibujar por completo la figura jurídica de la retención, aún hay que distinguirla de otras dos instituciones, con las cuales tiene algunos puntos de contacto; queremos hablar de la *exceptio non adimpleti contractus* y de la *compensación*.

a) Sabido es que en los contratos bilaterales, todo contratante puede negarse a cumplir sus obligaciones cuando la otra parte rehuse las suyas, derecho que en algunos casos, y precisamente cuando la negativa del contratante perjudicado por el incumplimiento se refiere a la obligación de entregar una cosa, presenta extremada analogía con la retención: supongamos el caso del vendedor a quien no se paga el precio, quien, a virtud de la *exceptio non adimpleti contractus* (383),

(383) *Bibliografía:* Scaduto: *L'exceptio non adimpleti contractus*, Palermo, 1921; Cassin: *De l'exception tirée de l'inexecution dans les rapports synallagmatiques et des ses relations avec le droit de rétention, la compensation et la résolution*, Paris, 1914.

BIBLIOTECA FAC. DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES U. A. N. L.

puede, indudablemente, negarse a entregar la cosa, y, por lo tanto, conservarla; aparentemente, al menos, esto parece lo mismo que la retención; sin embargo, son dos instituciones distintas. En la *exceptio non adimpleti contractus* hay quien ve un caso de defensa privada; el contratante perjudicado por el incumplimiento, al rehusar, se hace justicia a sí mismo; nos parece cierto; pero esta relación entre defensa privada y *exceptio non adimpleti contractus* no borra la diferencia subsistente entre éste y la retención. Aquélla está fundada en la relación que en los contratos bilaterales hay entre las obligaciones de los contratantes, puesto que, como hemos visto a su tiempo, en todo contrato existe una conciliación de intereses opuestos; la voluntad de cada contratante se dirige a esta conciliación, que en los bilaterales ocurre a base de un cambio de prestación, y la ejecución de este cambio es la que determina la voluntad de los contratantes; si no se realiza el cambio porque falte una de las prestaciones, desaparece entonces la base misma en que se apoya el contrato y el motivo determinante de la voluntad de los contratantes; de suerte que debe resolverse íntegramente el contrato. Al rehusar una de las partes la prestación, surge un estado de incertidumbre por su parte respecto al cumplimiento final y, por tanto, acerca del mantenimiento del contrato. En tal estado de incertidumbre, que puede acabar con la resolución, el régimen jurídico autoriza al contratante perjudicado a rehusar el cumplimiento, en espera de que la situación se resuelva, o con la ejecución forzosa, o con la rescisión del contrato (art. 1.165 del Código civil); parece, pues, razonable considerar este derecho del contratante perjudicado a negar su prestación como una forma de autodefensa, toda vez que, sin esperar la resolución del magistrado acerca de la existencia o no del incumplimiento, se le autoriza a proteger por sí mismo sus derechos (384). Pero esa misma justificación nos prueba la diferencia substancial que la separa de la retención; en la *exceptio non adimpleti contractus* protege por sí el particular sus intereses, en virtud de una medida preventiva provisional, ya que la situación creada por el incumplimiento ha de resolverse necesariamente, o en el cumplimiento forzoso, o en la rescisión del contrato; en cambio, en la retención, con la autodefensa del

(384) Algunos escritores niegan rotundamente que la *exceptio non adimpleti contractus* constituya defensa privada, y en ello vemos una de las características diferenciales entre esta institución y el derecho de retención: Scaduto: *L'ex. non adimpleti contractus*, pág. 41. Pero la mayoría de los tratadistas creen que se trata de una forma de la autodefensa: véase Cassin, *ob. cit.*, págs. 330-360.

particular surge, no una prevención provisional, sino definitiva, toda vez que, conservando la cosa en su poder, el acreedor no trata de salvaguardar su derecho en espera de una resolución futura definitiva, sino que directamente, y mediante el constreñimiento de la voluntad del deudor, va a la ejecución. Si fuera posible una comparación con las correspondientes formas de ejecución judicial, podríamos parangonar la *exceptio non adimpleti contractus* con el embargo, y la retención más bien con la ejecución forzosa.

Esta distinción entre ambas instituciones nos autoriza para resolver algunos casos dudosos. Se ha vacilado, por ejemplo, acerca de si el derecho del porteador a rehusar la entrega de la cosa transportada cuando el destinatario no satisfaga el precio del transporte (art. 408 del Cód. de com.) es un caso de retención o de *exceptio non adimpleti contractus*. A nosotros nos parece que más bien se trata de una retención, bien porque la negativa a entregar la cosa no es en realidad la negativa del porteador a ejecutar una prestación (la del porteador en este contrato consiste en trasladar las cosas, y no sólo en entregarlas después de transportadas), bien, y sobre todo, porque con la negativa a entregar la cosa se propone precisamente obligar al destinatario a satisfacer el precio del transporte; y tan es así, que el artículo 413 autoriza al porteador a enajenar la cosa y hacerse pago con el precio (385).

Asimismo, ha habido dudas sobre si el derecho del vendedor a negar la entrega de la cosa, no pagando el precio el comprador, caso previsto en el artículo 1.469 del Código civil, es un caso de retención o de *exceptio non adimpleti contractus;* para nosotros hay un reconocimiento del derecho de retención en lo dispuesto en este artículo, más bien que reafirmación del principio general de que el contrayente perjudicado no tiene obligación de prestar, porque el apartado de dicho artículo autoriza al comprador para obtener la entrega de la cosa, aun cuando esté en quiebra, afianzando el pago del precio; de

(385) En cambio, algunos escritores califican de *exceptio non adimpleti contractus* el derecho de retención reconocido al porteador, y así opinan los tratadistas franceses, como alguno de nuestros escritores lo afirman también; consúltese Asquini: *Del contratto di trasporto*, en *Cod. di comm. commentato*, Unione tip. ed., 5.ª ed., vol. VI, 1925, n. 233, que advierte, con razón, que el derecho correspondiente al porteador adquiere el carácter de derecho de retención en sentido técnico, por cuanto sus efectos no se limitan al destinatario y al expedidor, sino que lo produce también respecto de los terceros y en todo cuanto se haya preordenado para la cobranza del crédito mediante la venta de la cosa transportada.

BIBLIOTECA FAC. DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES U. A. N. L.
UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ®

suerte que, si la negativa a entregar puede conducir a la fianza, es señal de que se propone el cumplimiento por parte del comprador, y no la resolución o ejecución forzosa judicial; esto es, que va dirigida a suplir el derecho y no a protegerlo con una medida provisional.

121. *b)* Acaso tenga más semejanza la retención con la *compensación* en aquellos regímenes legislativos, como el alemán y el suizo, que hacen depender ésta de la voluntad del acreedor; en los sistemas jurídicos citados, se faculta a los acreedores para cancelar su deuda compensándola con un crédito correspondiente; de suerte que, en substancia, el acreedor ejecuta por sí su derecho mediante un acto de propia voluntad; nos hallamos, por tanto, ante un caso de defensa privada dirigida a la autosatisfacción del acreedor, lo mismo que en el caso de retención.

Pero hay entre ellos diferencia no pequeña: en la compensación, el acreedor cobra, no recibiendo del deudor la prestación, sino obteniendo un valor equivalente con la extinción del propio crédito, es decir, que hay una forma de satisfacción por equivalencia; en cambio, en la retención, al conservar la cosa, el acreedor trata de obtener satisfacción a su derecho mediante la actuación del deudor, puesto que ejerce una coacción sobre su voluntad.

Más íntimas en cambio son, a nuestro juicio, las analogías entre la compensación y la venta forzosa realizada por el mismo acreedor, porque las dos constituyen formas de autodefensa encaminadas al pago por equivalencia; sólo que en la venta forzosa se llega al pago enajenando un bien del deudor, y en la compensación mediante la asignación al acreedor de un crédito que, al reunirse en la misma persona del deudor, se confunde y extingue.

Mas hay que advertir que nuestro derecho no reconoce esa autorización para compensar como facultad del acreedor; la considera *ope legis* (art. 1.286 del Cód. civ.), independientemente de toda declaración de voluntad del acreedor; por eso cabe dudar, con razón, de si, entre nosotros, la compensación es un caso de defensa privada; porque para nuestro derecho no es el acreedor, sino la ley la que autoriza el pago; así desaparece el motivo principal de analogía existente entre compensación y retención.

Mas, en realidad, entre los dos sistemas no es tan grande la diferencia como a primera vista parece; también en el de compensación legal es necesario invocar ésta, que se alegue el derecho; y ya no es tan distinta la situación, porque habrá siempre un acreedor que se pague su crédito asignándose uno del deudor y extinguiéndolo por confusión.

De suerte que la diferencia sólo consiste en que en el sistema de compensación legal el pago tiene efectos retroactivos, pero necesita siempre un acto de voluntad del acreedor para lograrla.

122. Debemos ahora averiguar la naturaleza del derecho de retención, esto es, si de ella nace un derecho real o personal en el acreedor (386); si puede oponerlo a todos o únicamente al deudor. La cuestión nos parece mal planteada; quien discute acerca de la índole personal o real de la retención, parte del supuesto de que ésta es un derecho autónomo, y aquí está precisamente el punto que nos parece discutible, porque no lo es, y sí un medio para realizar un derecho; y tan lo es, y específico de defensa privada, como que consiste en el derecho mismo cuya realización se propone, empleando para ello la fuerza privada.

Sabido es que la coacción es un factor esencial del derecho, puesto que éste, por naturaleza, debe cumplirse a toda costa, aun usando de la fuerza física; este uso de la fuerza física, en la acción judicial, motiva un derecho autónomo en cuanto el Estado asumió la función de ejecutar las relaciones jurídicas; así, la facultad que al titular del derecho asiste para dirigirse a aquél y obtener su intervención, constituye un derecho especial, que es el derecho de acción; pero derecho especial, sólo en cuanto la realización del derecho motiva una nueva relación jurídica entre dos distintos sujetos: el titular y el Estado; pero cuando queda en el ámbito de la defensa privada, es decir, cuando el titular del derecho se hace justicia por sí mismo, no se crea una nueva relación: es el derecho mismo que reacciona contra la infracción y se cumple por fuerza: tan cierto es esto, que durante muchísimo tiempo ese derecho de acción se reputa, no como un derecho existente por sí, sino como un aspecto, un momento del derecho subjetivo, que es el concepto célebre de Savigny, aun hoy día aceptado por muchos, para quien la acción no era más que el derecho en armas; pues bien: si aun cuando equivocadamente se dice esto de la acción judicial, con mayor motivo podrá decirse de la defensa privada, o más bien, sólo de ella. La retención, por consiguiente, no es más que el derecho mismo de crédito en cuanto lo alega el titular sobre cosa de la pertenencia del deudor.

Los derechos de crédito son indudablemente derechos personales

(386) Véase principalmente, Ramponi: *Il diritto di ritenzione*, pág. 23; Montessori: *Il diritto di ritenzione nella materia commerciale*, n. 19; De Feo: *Il diritto di ritenzione come pegno legale*, en *Giur. ital.*, 1916, IV, 65.

BIBLIOTECA FAC. DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES U. A. N. L.

relativos, en cuanto confieren la facultad de exigir determinadas prestaciones de un cierto sujeto, y desde este punto de vista, la retención, que tiende también a realizar el derecho de crédito, tiene aspecto personal porque va encaminada a obtener del deudor, no de otro, el cumplimiento de la prestación.

Con ella se procura actuar sobre la voluntad del deudor, y en tanto tiene eficacia en cuanto la cosa pertenezca a éste; pero si otra persona tiene derecho sobre ella, esa eficacia se pierde necesariamente.

123. Cuanto hemos dicho hasta ahora nos permite decidir la cuestión grave del *objeto* de la retención: se pregunta si entre la cosa perteneciente al deudor que el acreedor se niega a entregar y el crédito para el cual se alega esa retención, debe haber un vínculo especial de conexión.

Hay que confesar que no existe razón decisiva para exigir una conexión entre el crédito que, mediante la retención, se intenta satisfacer, y la cosa objeto de dicha retención, a menos que no se quiera descubrir en ello que, siendo la retención una modalidad excepcional de pago al acreedor, hay que justificarla mediante una especial posición de la cosa sobre que se actúa, con una relación, especial también, de la cosa con el crédito.

Sea de ello lo que quiera, los tratadistas exigen ordinariamente esta conexión, pero ya no hay unanimidad sobre en qué ha de consistir.

Y nosotros opinamos que, en materia mercantil, puede resolverse el problema diciendo que para el ejercicio del derecho de retención es necesario que exista, entre el hecho jurídico en virtud del cual nace el crédito y aquel en razón del que se encuentra la cosa en poder del acreedor, una relación económica tal que los dos hechos aparezcan entre sí conexos económicamente; en otras palabras: que la conexión debe referirse a los hechos que han motivado el crédito y a la detención de la cosa.

124. Nos queda, por último, señalar los casos en que hay que reconocer al acreedor derecho a retener.

Y no hay duda de que esto sólo puede ocurrir en los casos autorizados por la ley: la satisfacción del crédito mediante la retención es una modalidad de defensa privada, que sólo por excepción puede ejercerse en nuestro régimen jurídico moderno, porque lo normal es que los derechos se cumplan mediante la acción del Estado; hay, pues, necesidad de un texto legal expreso para que el acreedor pueda hacer uso del derecho de retención, sin que quepa interpretación analógica en la materia.

Autoriza el Derecho mercantil la retención:

En el art. 362, al mandatario comercial por sus anticipos, gastos e intereses de las cantidades desembolsadas y su remuneración;

el 380, al comisionista por las mismas causas;

el 408, al porteador, en el contrato de transportes, por los créditos nacidos a su favor;

el 805, a favor del vendedor, en cuanto al crédito representativo de precio que le adeude el comprador incurso en quiebra (387).

SECCION II.—EJECUCION JUDICIAL DE LOS DERECHOS EN MATERIA MERCANTIL.—PROCEDIMIENTO COMERCIAL

§ 27.—Consideraciones generales. Jurisdicción mercantil (388).

Sumario: 125. El derecho procesal civil es el derecho común para la ejecución judicial de las relaciones jurídico-privadas. Preceptos especiales en materia mercantil.—126. Origen de la jurisdicción mercantil. Los Tribunales de comercio: supresión. Abolición de la jurisdicción mercantil.—127. Carácter mercantil de la contienda. Cita de los preceptos legales definidores de la materia mercantil: arts. 869-870 del Código de comercio.—128. Importancia del encabezamiento de las sentencias a fines de calificación del pleito.—129. Organos jurisdiccionales especiales en materia mercantil: hombres buenos (*probiviri*); capitanes y oficiales de puerto; comisión arbitral de *empleados particulares:* magistratura del trabajo.

125. Hemos visto que, tanto en materia mercantil como civil, lo excepcional es que se cumpla el Derecho por obra del titular mismo, y que lo ordinario es que esta misión, que corresponde al Estado, la ejer-

(387) El estudio particular de estos casos de retención se hará en la Parte especial y en el lugar correspondiente a cada institución.

(388) *Bibliografía:* Mortara y Azzariti: *Dell'esercizio delle azioni commerciali e della loro durata*, en *Cod. di comm., commentato*, vol. X, 5.ª ed.; Brusa: *Delle azioni commerciali*, en *Commento al Codice di commercio*, vol. IX; La Lumia: *Esercizio delle azioni commerciali*, en *Cod. di commercio annotato*, por Vallardi, vol. VI.

BIBLIOTECA FAC. DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES U. A. N. L.
UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ®
DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

za éste mediante una actividad específica denominada función judicial o jurisdiccional.

Las normas jurídicas reguladores de esta actividad constituyen el llamado derecho judicial o procesal.

Y los principios reguladores de la función judicial para lo civil, es decir, la ejecución por obra del Estado de las relaciones civiles sirven, generalmente, también para la ejecución de las relaciones mercantiles.

De igual suerte, pues, que el Derecho civil es el derecho común de las relaciones privadas, así civiles como mercantiles, el derecho procesal civil es también el derecho común regulador de la ejecución por los Tribunales de las relaciones tanto civiles como mercantiles; y así como los preceptos que rigen particularmente las relaciones mercantiles forman un derecho especial, o excepcional, también los que regulan especialmente la ejecución de las relaciones mercantiles son otras tantas derogaciones al derecho procesal civil.

Estos preceptos especiales procesales en materia mercantil son de mucha menos importancia que las normas especiales del derecho material mercantil, y por ello, si existe un derecho material mercantil, conjunto grande e importante de normas especiales a la materia de comercio, no existe un derecho procesal mercantil porque son relativamente pocas las disposiciones especiales que regulan el procedimiento en asuntos de comercio; y si hay hoy todavía algunas disposiciones sobre ello, existen con carácter de derecho especial o singular, y así lo ha reconocido, por lo demás, explícitamente el artículo 868 del Código de comercio, que dice: «el ejercicio de las acciones mercantiles se rige por la ley de Enjuiciamiento civil, salvo las disposiciones contenidas en el presente Código».

Este precepto, por tanto, remacha el principio de que el derecho procesal civil es el derecho común de las relaciones procesales en materia de derecho privado, y, que, por tanto, cuando no exista una norma especial procesal en materia mercantil, hay que aplicar la norma general del derecho procesal civil.

126. Hemos dicho que las normas especiales para el cumplimiento del derecho en materia mercantil son relativamente escasas.

El derecho moderno en este ámbito jurídico más bien trata de disminuir que de aumentar las especialidades; y las exigencias de sencillez y rapidez manifestadas en algunas ocasiones, singularmente en materia mercantil, se dejan sentir hoy también en el procedimiento civil; a causa de esta evolución, poco después de promulgarse el Código civil vigente, hubo de dictarse una ley (25 enero 1888, n. 5.174) derogatoria de las disposiciones que autorizaban una jurisdicción especial mercantil que tenía una antiquísima tradición: aludimos a los Tribunales de comercio.

Estos nacieron al mismo tiempo que el Derecho mercantil, y, por eso, como hemos visto, tuvo éste precisamente origen judicial, y fué formándose por los tribunales de los cónsules, de las Corporaciones de Artes y Oficios, y subsistió la jurisdicción comercial, aun cuando el Estado asumió la facultad de dictar leyes en materia mercantil y nombró jueces para sus contiendas; es decir, que se estimó necesario confiar a jueces especiales, elegidos entre los comerciantes mismos, la resolución de las controversias que pudieran surgir en el ejercicio del comercio, y así llegó esta organización judicial especial hasta nosotros, si bien desde 1888 en número reducido. La ley orgánica de Tribunales, de 20 de marzo de 1865, n. 2.626, confió a los Tribunales de comercio compuestos de comerciantes, pero presididos por un magistrado, el conocimiento en primera instancia de los asuntos de comercio cuyo valor excediese de 1.500 liras y en grado de apelación los resueltos en primera instancia por los pretores.

Pero quedó una institución raquítica puesto que no en todas partes existían esos Tribunales especiales, y donde no los había, que era en casi todo el territorio nacional, desempeñaban sus funciones los Tribunales ordinarios; por ello se pensó en abolirlos y entregar completamente a la jurisdicción común la potestad de juzgar en materia mercantil.

Sin embargo, con la ley de 1888 desaparece una de las especialidades más importantes del derecho procesal en materia de comercio: la existencia de órganos especiales judiciales.

Evidentemente, esta reforma envolvía la *abolición de la jurisdicción mercantil*, porque sin órgano específico judicial (389) no puede haber jurisdicción singular, y cuantas discusiones ha motivado entre los tratadistas la importancia de la reforma de 1888 y la persistencia o no de una jurisdicción mercantil después de abolidos los Tribunales de comercio, quedan resueltas fácilmente, teniendo en cuenta que no hay jurisdicción especial sin órgano especial. Las dudas que en con-

(389) Han sostenido lo contrario principalmente Mattirolo: *Diritto giudiziario civile*, vol. I, 5.ª ed., pág. 151, y Vidari: *Corso di Diritto commerciale*, vol. IX, núms. 8.834 y 8.898. La tesis expuesta en el texto la defiende principalmente Mortara en *Monitore dei trib.*, 1888, 345, y recogida generalmente por los tratadistas, así como por la jurisprudencia moderna, aun cuando no hayan sido muy correctos los considerandos.

BIBLIOTECA FAC. DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES U. A. N. L.

trario se exponen, obedecen a un equívoco acerca de la palabra *jurisdicción*, que puede entenderse en dos sentidos: o como poder de una especial clase de órganos del Estado, o como la función general de éste de hacer cumplir el derecho: y únicamente en el primero cabe distinguir entre jurisdicción y jurisdicción y hablar de una mercantil, porque en el segundo, la jurisdicción es necesariamente única, puesto que la función que ejerce el Estado para hacer cumplir el derecho es siempre la misma.

127. Extinguida la diferencia entre jurisdicción civil y comercial, han quedado reducidas a muy pocas las especialidades procesales en materia de comercio, y entre ellas, la más importante es, sin duda alguna, la relativa a la prueba.

Pero antes de exponer las normas especiales reguladoras del procedimiento en materia mercantil, hay que indicar en qué casos puede decirse que se trata de procedimiento sobre materia mercantil, o, como generalmente se dice, cuándo el pleito se debe calificar de comercial.

La cuestión la trata el Código en los artículos 869 y 870 con motivo de la jurisdicción mercantil, que era el punto prácticamente más importante para determinar la comerciabilidad del pleito. Aun cuando, en realidad, no se necesitaba disposición especial alguna para calificar de mercantil éste, porque evidentemente lo será todo aquel que se encamine a cumplir una relación de índole mercantil, como el problema de la comerciabilidad de una relación jurídica está ya resuelto por las disposiciones que señalan cuál sea la materia de comercio, será comercial toda relación jurídica derivada de un acto o de un estado de hecho mercantil por naturaleza o por accesoriedad.

Realmente nada agregan los artículos 869 y 870 a lo que dicen los 3.º, 6.º y 8.º del Código de comercio, reguladores, precisamente, de la materia mercantil.

El artículo 869, después de ocuparse en general de las contiendas que pueden surgir entre toda clase de personas y con relación a actos de comercio (núm. 1), remachando así el carácter *objetivo* de nuestro Derecho mercantil, pasa a enumerar algunos grupos de contiendas especiales y reconoce este carácter a las referentes a la calidad de comerciante o a la existencia de una sociedad mercantil (núm. 8), cosa evidente, porque se trata de indicar la existencia de un estado de hecho de índole comercial.

El mismo artículo califica de comerciales las acciones contra los capitanes de los buques, los factores y los representantes nacidos de los actos de comercio que se les ha encomendado (núm. 3); también

es superflua esta disposición; las acciones de los pasajeros contra el capitán, el armador, y viceversa, evidentemente son comerciales a tenor del art. 3.º, núm. 18; las del empresario de espectáculos públicos contra los artistas, y viceversa, que lo son en aplicación del art. 3.º del número 13 y del art. 4.º; las relativas a las ventas en subasta de las mercancías y frutos que se depositan en los almacenes generales, mercantiles son a tenor del número 24 del art. 3.º

Por último, el 869 califica de mercantil el procedimiento entero de quiebra, y se comprende, porque ésta es un procedimiento especial de expropiación que se sigue contra los comerciantes.

El único precepto del art. 869 que puede tener razón de ser, es el del número 2, que califica de mercantiles todas las cuestiones relativas al embargo del buque, aun cuando se haya obtenido aquél por crédito de índole civil. Pero también aquí influye un criterio ya indicado con motivo de la materia de comercio, o sea, el criterio de accesoriedad o conexión, en virtud del cual se califican de mercancías todas las cosas destinadas al comercio, y, por lo tanto, todas las relaciones relativas a la propiedad y posesión de ellas.

Finalmente, puede llamarse comercial el procedimiento, o, como comúnmente se dice, el pleito, que recae sobre el cumplimiento de una relación mercantil; y esa naturaleza comercial de la relación jurídica depende a su vez de la índole mercantil de la relación económica o social que se protege mediante la relación jurídica; a su vez, además, la índole mercantil de la relación social se fija según los principios generales reguladores de la materia mercantil.

Al magistrado juzgador de la contienda compete señalar la naturaleza del pleito a fines de aplicarle las normas especiales del procedimiento mercantil.

Con este motivo, surgen algunas dudas que hay que disipar.

128. Ante todo, a tenor de los artículos 157 y 436 de la ley de Enjuiciamiento civil, los Tribunales de esta clase y los pretores, cuando como jueces de comercio resuelven, deben hacer mención de ello en el encabezamiento de la sentencia. Mas después de abolidos los Tribunales de comercio y no habiendo una jurisdicción mercantil, carece de razón de ser esta mención de la cualidad de juez especial que asumen los jueces ordinarios en materia de comercio, porque, con la abolición dicha, los pleitos mercantiles forman parte del ámbito normal de las atribuciones de los jueces civiles, y no se distinguen de los pleitos civiles, como no se distinguen en materia civil los pleitos sobre sucesión de los que recaen sobre propiedad, o los contratos, o el estado

BIBLIOTECA FAC. DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES U. A. N. L.

civil o matrimonio; sin embargo, aún se acostumbra a distinguirlos en los encabezamientos, distinción que pudo importar únicamente en cuanto el procedimiento en los pleitos comerciales es en ciertos extremos distinto de los civiles; pero a estos efectos no parece que deba importar gran cosa el encabezamiento; es decir, para calificar si el pleito es civil o comercial hay que atender al contenido de la sentencia, que es donde se expone realmente la potestad jurisdiccional del magistrado, y no al encabezamiento, que es obra del secretario, a quien incumbe reunir los elementos para la sentencia, que no es obra personal del juez, y entre aquéllos el encabezamiento (a); al juez es a quien implícita o explícitamente corresponde resolver en el cuerpo de la sentencia si el pleito en que entiende es civil o mercantil (390).

Hay otra cuestión muy debatida, con motivo de la calificación del pleito, que es la del término para apelar a tenor del artículo 485 de la ley de Enjuiciamiento civil. Adviértase que el plazo señalado por este artículo para interponer ese recurso es de treinta días contra las sentencias de los pretores y las de los Tribunales mercantiles, y de sesenta para los de la jurisdicción civil; y por ello se pregunta cómo hay que resolver si la sentencia de un Tribunal se ha dictado en materia civil o en materia mercantil, y, por tanto, si ese término es de sesenta o de treinta días solamente. Hoy carece de importancia práctica esta cuestión, porque la diferencia del plazo para apelar contra sentencias de los Tribunales en materia civil y mercantil se ha suprimido en virtud del artículo 4.º de la ley de 15 de septiembre de 1922, núm. 1.287.

Pero subsiste la cuestión de principio, y queda sometida, como decíamos más arriba, a la opinión que el juez haya expuesto en la sentencia (391).

(a) Al lector español conocedor de nuestro procedimiento civil, pero poco versado en el procedimiento italiano, parecerá extraña esta afirmación; téngase en cuenta, sin embargo, que las sentencias a que alude el autor las firma el secretario.

(390) Cass. Turín, 24 enero 1895 (*Giur. ital.*, 1895, I, 1, 167).

(391) La incertidumbre que hubo de reinar durante mucho tiempo en nuestra jurisprudencia para resolver esta cuestión hubo de desaparecer definitivamente, y los fallos de los Tribunales fueron ateniéndose a lo indicado en el texto, sobre todo después de dictada la sentencia del Tribunal de Casación de Roma, sala reunida, 5 junio 1909 (*Giur. ital.*, 1909, I, 1, 1.249). Entre las sentencias más recientes, citaremos: Cass. Turín, 16 marzo 1918 (*Ivi*, 1918, I, 1, 1.174; Cass. Roma, 20 junio 1918 (*Ivi*, I, 1, 126); Cass. Palermo, 1 mayo 1920 (*Mon. trib.*, 1920, 495); Cass. Turín, 9 diciembre 1922 (*Ivi*, 1923, 70), y, por último, Tribunal Supremo del Reino, 13 octubre 1924 (*Giur. ital.*, 1924, I, 1, 1.029), además de las sentencias citadas en las dos notas que siguen. Véase también la nota de V. Scialoja en la *Riv. di Dir. Comm.*, 1903, II, 287.

(392) Consúltese, por último, Cass. Turín, 20 mayo 1921 (*Giur. tor.*, 1921, 1.221) y Tribunal Supremo del Reino, 12 septiembre 1925 (sentencia número 1.769, inédita) (*Repertorio* del *Foro ital.*, 1925, palabra *Appello civile*, n. 67).

(393) Consúltese, finalmente, Tribunal Supremo del Reino, 6 junio 1925 (sentencia n. 1.795, inédita) (*Repertorio* del *Foro ital.*, 1925, palabra *Appello civile*, n. 66).

(394) De aquí que no pueda recurrirse en casación sobre la interpretación de la sentencia dictada por el juez de apelación: Cass. Turín, 6 diciembre 1920 (*Riv. di Dir. comm.*, 1921, II, 271).

Nos queda sólo indicar cómo hemos de averiguar la calificación del pleito hecha en la sentencia, y qué hay que hacer para resolver si la sentencia lo ha estimado civil o comercial.

Ya hemos visto que carece de valor el encabezamiento de la sentencia, y, por tanto, el nombre de pleito civil o mercantil que en el mismo se haga, porque se trata de un nombre dado por el secretario, más bien que por el juez (392). En cambio, hay que atender al contenido de la sentencia, o sea, a los considerandos y al fallo. Si el magistrado ha definido explícitamente la naturaleza de la materia discutida, no hay cuestión; en otro caso hay que interpretar y ver si el juez ha procedido como si el pleito fuese civil o comercial, y para este efecto nos pueden servir muchos factores, y el principal y decisivo será la ley que haya aplicado el juez, porque, si ha sido un precepto de derecho material o una norma de derecho procesal mercantil, es evidente que el juez ha querido juzgar en materia mercantil (393). En todo caso se trata de una cuestión de interpretación de la sentencia que debe hacerse conforme a lo que dicte la costumbre (394).

129. Aun cuando se hayan abolido los Tribunales de comercio, y desaparecido, por tanto, la jurisdicción mercantil general, hay, sin embargo, en ciertas materias, algunas magistraturas especiales; no es que exista una jurisdicción mercantil, sino jurisdicción especial para especiales materias comerciales.

a) La más importante es la jurisdicción de los *hombres buenos* (*probiviri*), regulada, principalmente, por la ley de 15 de junio de 1893, n. 295, y reglamento respectivo de 26 de junio 1894, n. 179; Tribunales destinados a resolver las contiendas entre patronos y obre-

BIBLIOTECA FAC. DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES U. A. N. L.

ros, nacidas del contrato de trabajo; es institución no obligatoria, sino facultativa en todos los sitios donde existen fábricas o empresas industriales, para toda industria o grupo de industrias afines. Según la ley mencionada, están compuestos de un presidente y un número de vocales que varia de diez a veinte, y se eligen en número igual por los dos cuerpos de electores inscritos en dos listas distintas, comprensivas, respectivamente, de empresarios y obreros; el presidente se nombra por Real decreto entre los individuos de la carrera judicial o bien entre los particulares que tienen aptitud para desempeñar el cargo de conciliadores. Con arreglo a la misma ley, entre los *probiviri* se elige el Tribunal juzgador compuesto de cinco individuos, y los individuos de la oficina de conciliación, que sólo se compone de tres, desempeñan una doble función conciliadora y jurisdiccional.

Los principios fundamentales de la ley de 15 de junio de 1893 y su reglamento se modificaron considerablemente, si bien con carácter transitorio, por el decreto lugartenencial de 13 de octubre de 1918, número 1.672, decreto que suspendió la elección de los *probiviri* u hombres buenos, y dictó normas más sencillas para la constitución y funcionamiento de sus colegios, ampliando, además, su competencia, especialmente en materia de conflictos colectivos, de los cuales no hemos de ocuparnos ahora.

Según las nuevas disposiciones, el Colegio se compone de un presidente propietario y otro suplente, nombrados por Real decreto, y de ocho vocales, cuatro propietarios y cuatro suplentes, nombrados por el presidente del Tribunal entre los propuestos por las asociaciones de patronos y obreros (art. 5). Para las cuestiones de índole individual, el Tribunal juzgador puede constituirse válidamente con asistencia del presidente efectivo o suplente y dos vocales tan sólo: uno que representa a los patronos y otro a los obreros.

Esos preceptos del decreto lugartenencial de 18 de octubre de 1918 debían aplicarse hasta seis meses después de celebrada la Paz, pero primero se prorrogó poco a poco, y después indefinidamente («hasta que se disponga otra cosa»), por Real decreto de 31 de julio de 1921 número 1.098. Posteriormente, el Real decreto-ley de 15 de noviembre de 1925, n. 2.069, derogó el decreto lugartenencial de 13 de octubre de 1918, n. 1.672, y el Real decreto-ley de 31 de julio de 1921, n. 1.098. La fórmula general de derogación empleada en el decreto hubiera debido producir la vigencia de la ley de 15 de junio de 1893 y su reglamento respectivo de 26 de abril de 1894, en su primitiva integridad, y consecuentemente abolir los colegios de *probiviri*, constituídos según el decreto lugartenencial de 13 de octubre de 1918, y la necesidad de

que el dicho Colegio, en funciones de juzgador, se compusiera de cinco vocales, como dispone la ley de 1893; pero, en realidad, no fué tal el pensamiento que quiso expresar el decreto-ley de 15 de noviembre de 1925, que tendía sólo a suprimir la competencia de los *probiviri* en los conflictos colectivos del trabajo, que estaba especialmente regulada por el decreto lugartenencial de 1918. Este pensamiento se expuso claramente y precisó con un posterior decreto-ley de 7 de enero de 1926, n. 9, que declaró que, en vista de las nuevas disposiciones, continuaran aplicándose los preceptos anteriores relativos al funcionamiento de los colegios de *probiviri* respecto a las cuestiones de carácter individual.

Sin embargo, actualmente, y dejando a salvo la revisión a que han de someterse las disposiciones legislativas sobre la materia (art. 23 de la ley de 3 de abril de 1926, n. 563), los colegios de los *probiviri* están regidos por la ley fundamental de 15 de junio de 1893 y reglamento de 26 de junio de 1894, así como por los preceptos del decreto lugartenencial de 13 de octubre de 1918, y limitada su función jurisdiccional a la resolución de conflictos individuales cuando la materia no exceda de mil liras (ley de 20 de marzo de 1921, n. 303), que señala el artículo 9 de la ley de 15 de junio de 1893.

Téngase en cuenta, además, que, a tenor del art. 11 de esta ley, las sentencias de los *probiviri* eran apelables ante el pretor o el Tribunal de primera instancia, según la cuantía discutida, por las solas causas de incompetencia o exceso de poder; hoy, los llamados a entender en esa apelación son los Tribunales del trabajo creados recientemente (art. 13, apartado último, de la ley de 3 de abril de 1926, n. 563).

En resumen: que la jurisdicción de los *probiviri* es una jurisdicción en materia mercantil, en razón a que las contiendas que surjan de los contratos del trabajo industrial son comerciales, a tenor del número 8 del art. 3.°, que reputa mercantiles las empresas manufactureras, y en virtud también del art. 54, que califica de materia de comercio toda relación derivada de un acto mercantil, aunque sea unilateral.

b) Entre las jurisdiciones especiales mercantiles, debe incluirse también la *jurisdicción de los capitanes y autoridades marítimas de los puertos*, que son quienes deciden las contiendas, según el art. 14 de la Marina mercante, cuando no excedan de 400 liras, en los casos de daño por abordaje, indemnización, salarios o recompensas devengados por socorros prestados a los buques en peligro o que vayan a naufragar; por salarios o derechos devengados por los pilotos, prácticos, remolcadores, boteros y estibadores; por salarios, alimentos y, en

BIBLIOTECA FAC. DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES U. A. N. L.

general, por incumplimiento de los contratos de enrolamiento (395). Se trata, evidentemente, en todo ello, de materia mercantil, a tenor de los números 15, 16, 17 y 18 del art. 3.°

En cambio, no creemos que sea jurisdicción especial mercantil la de los cónsules o agentes consulares que están facultados para fallar sin apelación las cuestiones que surjan en el extranjero relativas a salarios y alimentación de las tripulaciones (ley sobre Consulados de 28 de enero de 1866, n. 2.804, art. 77), porque la jurisdicción consular no se limita a materia comercial, sino que comprende también otras ajenas al comercio.

c) Entre los organismos jurisdiccionales creados en estos últimos tiempos deben mencionarse las comisiones arbitrales para la resolución de los conflictos derivados de los contratos de trabajo de los empleados particulares: esta jurisdicción especial se creó primero con carácter temporal y competencia limitada (decreto lugartenencial de 1.° de mayo de 1916, n. 490); hubiera debido cesar seis meses después de concluida la Paz; pero fué prorrogada su existencia, primero, temporalmente, por Real decreto de 28 de abril de 1921, n. 645, y después, indefinidamente, hasta que se dispusiera otra cosa, por Real decreto de 28 de julio de 1921, n. 1.097. Ha ido ampliándose su competencia por los decretos lugartenenciales de 2 de septiembre de 1917, n. 1.448; 10 de marzo de 1918, n. 349; 24 de noviembre de 1918, n. 1.773, y por

(395) Hay que recordar aquí que por Real decreto de 1.° de febrero de 1925, n. 232, se crearon las oficinas del trabajo en los puertos, y a ellas, entre otras, se ha asignado la función (art. 2.°, letra *e*) de «decidir sin formalidad de juicio las contiendas individuales que nazcan entre los obreros y entre ellos y los empresarios, bien se refieran a cuestiones de ejecución de los trabajos, bien a la aplicación de las respectivas tarifas». Contra lo resuelto por la oficina del trabajo pueden alzarse ante el comandante del puerto, que decide sin apelación (penúltimo apartado del art. 2.°).

Atribuciones casi análogas se han confiado al presidente del consorcio autónomo del puerto de Génova, y se le ha atribuido la resolución de las contiendas relativas al trabajo, a las operaciones y servicios del puerto que realice el consorcio, siempre que la cuantía no exceda de los límites de la competencia por este concepto del pretor y en la forma establecida en los apartados 1.° y 2.° del art. 15 del Código de la marina mercante: sus fallos no son apelables ni se puede ir contra ellos en otra forma (Real decreto-ley de 28 de diciembre de 1924, n. 2.285, art. 1.°, n. IX). Acerca de esta jurisdicción especial y de las relaciones con las atribuciones encomendadas a los oficiales y capitanes de puertos por el Código de la Marina mercante, véase Sciolla: *Una nuova giurisdizione marittima*, en *Riv. di Dir. comm.*, 1926, I, 343 y siguientes.

decreto-ley de 9 de febrero de 1919, n. 112, que atribuyó a la nombrada comisión competencia general sobre todas las cuestiones nacidas de los contratos de trabajo de los empleados particulares.

La jurisdicción especial está regulada actualmente por el decreto-ley de 2 de diciembre de 1923, n. 2.686, que organizó las comisiones arbitrales creadas en todas las capitales de provincia, salvo la facultad del ministro de la Economía Nacional de crear otras en una misma, señalándolas la respectiva circunscripción (art. 2.°); están compuestas de un magistrado-presidente y ocho vocales, cuatro elegidos por mitad entre patronos industriales y comerciantes, y otros tantos entre empleados particulares; su competencia comprende las cuestiones cuya cuantía no sea superior a 20.000 liras.

El Colegio, como juzgador, se compone de un presidente y cuatro vocales; sus resoluciones, cuando la materia discutida supere a 3.000 liras, son apelables; cuando no exceda de esta cantidad, sólo cabe recurrir contra ellas por incompetencia o exceso de poder. La apelación y el recurso se proponen ante una comisión especial central. En este respecto ha modificado las normas citadas la ley de 3 de abril de 1926, n. 563, que confiere las apelaciones contra las resoluciones de las comisiones arbitrales a la magistratura del Trabajo (art. 13); también dispone que la materia puede ser objeto de revisión (art. 23 de dicha ley).

Como dijimos a propósito de los *probiviri*, la competencia jurisdiccional de las comisiones arbitrales de los empleados particulares es también, en substancia, una competencia en materia mercantil, porque este contrato de trabajo tiene carácter comercial cuando una de las partes sea comerciante (art. 4.° del Código de comercio), que es lo que normalmente ocurre; así es que las relaciones que se derivan de ellos constituyen materia mercantil (arts. 54 y 870 del Código de comercio) (396).

d) Citemos, por último, la creación reciente de los Tribunales del Trabajo, relacionada con la organización corporativa del Estado, fundada en la ley de 3 de abril de 1926, n. 563.

La principal función de los Tribunales de segunda instancia, cuan-

(396) Recuérdese aquí la jurisdicción especial para el trato equitativo del personal de las empresas de servicios públicos de transporte (art. 13 del Real decreto de 19 de octubre de 1923, n. 2.311). Ha suscitado dudas recientemente el carácter jurisdiccional de las comisiones arbitrales, a quien se les confía la resolución de las contiendas que surgen al aplicar los preceptos relativos a ese trato equitativo.

BIBLIOTECA FAC. DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES U. A. N. L.

do actúan como magistratura del Trabajo, consiste en resolver las controversias relativas al régimen de las relaciones colectivas de trabajo: es una función enlazada con el nuevo régimen establecido para las relaciones sindicales y de la cual constituye la base; pero también ejerce la función ya señalada de fallar en grado de apelación las cuestiones resueltas por los colegios de *probiviri*, por las Comisiones de los empleados particulares y de otros organismos jurisdiccionales en materia contractual individual del trabajo. En este campo su actividad jurisdiccional se desenvuelve principalmente en materia mercantil.

§ 28.—La competencia.

SUMARIO: 130. Ojeada general. Competencia objetiva: artículo 871 del Código de comercio. Competencia jurisdiccional: reglas especiales en materia de quiebras.—131. Competencia territorial: artículo 91 de la ley de Enjuiciamiento civil. Normas especiales respecto a sociedades, transporte y responsabilidad derivada del abordaje de buques: artículos 872 y 873 del Código de comercio.

130. Conocida es la distinción entre jurisdicción y competencia: ésta no es más que aquella parte de la jurisdicción que particularmente corresponde a cada magistrado. El concepto de competencia nace de que la potestad jurisdiccional no está concentrada en un solo órgano, sino repartida, por razones evidentes de necesidad práctica, entre una cierta cantidad de órganos; en tanto que la jurisdicción es el poder que corresponde a todos los órganos judiciales considerados en su totalidad, la competencia es aquella parte de jurisdicción que se atribuye en concreto a cada juez.

Esta distribución o división del trabajo judicial está fundada en criterios distintos, y por eso se dice que hay varias clases de competencia.

Hay una competencia *objetiva*, porque uno de los criterios para distribuir la competencia nos lo proporciona la naturaleza de la materia litigiosa, y, según se atienda al valor de la controversia o al objeto de la misma, hay *competencia por razón de la cuantia o por razón de la materia*. Puede adoptarse un segundo criterio fundándose en la naturaleza especial de la función que se ha reservado a cada juez en el círculo jurisdiccional *(competencia jurisdiccional)*, y por eso hay una competencia de primer grado y una de apelación (competencia por grados), y una competencia declarativa y una competencia ejecutiva.

Hay un tercer criterio nacido del ámbito territorial, dentro del cual el juez ejerce sus funciones; y entonces tenemos la *competencia territorial*.

a) A la *competencia objetiva* en materia mercantil, son aplicables las disposiciones generales del derecho procesal civil, pues las normas especiales mercantiles son poquísimas; la más importante es la contenida en el artículo 871, en que el Pretor, y, en su defecto, el juez de paz *(conciliatore)*, aunque la materia no sea de su competencia, podrán tomar providencias urgentes en las contiendas comerciales que nazcan en ferias y mercados, cuya resolución tiene carácter *temporal*, o sea, que son de naturaleza provisional, y por lo común sólo se dirigen a conservar o custodiar las cosas discutidas. Sus resoluciones se dictan por decreto (397).

b) Sobre la *competencia jurisdiccional*, recordaremos la competencia en materia de quiebras del Tribunal en cuya jurisdicción tiene el deudor su principal establecimiento mercantil (art. 685 del Código de comercio). El procedimiento de quiebra, como veremos a su tiempo, es esencialmente un procedimiento ejecutivo de expropiación, cuyo conocimiento, por regla general, compete a un magistrado único, que es precisamente el del Tribunal del lugar en que el comerciante ejerce el comercio: si el pasivo de la quiebra es inferior a cinco mil liras, el procedimiento se sigue ante el Pretor (ley de 24 de mayo de 1903, n. 197, artículo 36).

131. Respecto a la competencia territorial, la disposición especial más importante en materia mercantil es la del artículo 91 de la ley de Enjuiciamiento civil, que dispone que en ésta las acciones personales y reales sobre bienes muebles puede decidirlas también la autoridad judicial del lugar en que hubo promesa y entrega de la mercancía o en el que debe cumplirse la obligación, si bien al demandado no se le haya citado personalmente.

Trátase de dos competencias especiales que en materia mercantil establece el artículo 91: la del *forum contractus* y *forum rei sitæ* (398).

---

(397) En la solución no hay completa unanimidad, pensando algunos que debería atenerse al principio del artículo 37 de la ley de Enjuiciamiento civil, salvo que la índole de las medidas, por ejemplo, «embargo preventivo», sea improcedente conforme a las normas del mismo Código.

(398) Todos están conformes en que en materia comercial son también aplicables el *forum contractus* y el *forum rei sitæ*, indicados en la parte primera del artículo 91 de la ley de Enjuiciamiento civil; en cambio, hay du-

BIBLIOTECA FAC. DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES U. A. N. L.
UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN

más la de la general del lugar del domicilio del demandado (artículo 90); todas de la ley de Enjuiciamiento civil, entre las cuales puede elegirse.

Las especiales son, pues:

a) Fuero del lugar en que se prometió y entregó la mercancía.

b) Fuero del lugar del cumplimiento de la obligación.

a) El primero presupone la concurrencia de dos condiciones: Promesa hecha y entrega de la mercancía, que han de ser conjuntas, y por ello no basta la sola promesa o la entrega, sino que es necesario que las dos se realicen en el mismo lugar. Es evidente que esta competencia especial se refiere a los contratos cuyo objeto sea la entrega de una cosa mueble, y, entre ellos, el principal es el de compraventa. La promesa de la mercancía implica la perfección del contrato, porque la obligación de entregarla presupone que el contrato es perfecto. Adviértase que la ley habla precisamente de promesa de la mercancía y no de promesa de celebración del contrato; ahora bien: el lugar en que se promete la entrega de la mercancía es el lugar en que el vendedor asume la obligación derivante del contrato, esto es, la obligación de entregarla, que es como decir lugar de perfección del mismo. En cuanto al lugar de la entrega de la mercancía, es el lugar de ejecución del contrato por parte del vendedor, así que la fórmula algo obscura del artículo 91 se resuelve en esta otra: que en materia mercantil es competente también el juez del lugar en que se perfecciona el contrato y ejecuta por parte del vendedor; cuando en el mismo lugar ocurren la celebración y la ejecución, la ley presume que las partes tienen entre sí tales relaciones de negocios e intereses que justifican la constitución del vínculo procesal en aquel lugar; esta competencia se refiere sólo a las obligaciones contractuales, como aparece de la letra y espíritu de la ley.

El lugar en que se hizo la entrega de la mercancía es el lugar en que efectivamente se ha cumplido el contrato, no el en que debía cumplirse, a tenor de él. Para que después éste pueda llamarse cumplido por parte del vendedor, es necesaria la entrega, esto es, la efectiva tradición de la posesión de la cosa, y por ello no basta que se remita simplemente, o sea, la entrega al porteador, aun cuando los gastos del transporte corran a cargo del comprador (399). La tradición no se efectúa con el simple envío, sino al recibir la expedición el destinatario. Y el endoso de uno de aquellos documentos, llamados de disposición, que representan la mercancía, equivale a la entrega; porque con el endoso mismo adquiere el comprador el derecho a que se le entregue, de cuya disponibilidad se ha despojado el endosante irrevocablemente (400).

b) Como hemos visto, también es competente el juez del lugar en que haya de cumplirse la obligación: distínguese del anterior en que no es el lugar en que el vendedor ha cumplido realmente la obligación, sino el en que la ejecución debe efectuarse con arreglo al contrato o la ley, y, por consiguiente, el *locus destinatae solutionis* (401).

---

das si, en materia mercantil, es necesario el requisito de que se cite y emplace en persona al demandado, a tenor del precepto legislativo. La mayoría está conforme y precisamente porque si en materia comercial la competencia de los Tribunales del contrato celebrado fué siempre independiente de la citación en persona, no tendría razón de ser lo previsto especialmente en el artículo 91 sobre la competencia de la autoridad judicial del lugar en que fueron hechas la promesa y la entrega de la mercancía: consúltese, por último, Tribunal Supremo del Reino, 22 diciembre 1925 *(Giur. ital.*, 1926, I, 1, 426) y 26 junio 1926 (sentencia n. 2.082, inédita).

(399) Por eso se ha resuelto que la cláusula «franco sobre vagón origen» sólo sirve para indicar el lugar de la entrega de la mercancía a fines de competencia: Tribunal Supremo del Reino, 13 marzo 1924 *(Giur. ital.*, 1924, I, 1, 260), 24 noviembre 1925 *(Ivi*, 1926, I, 176), 26 junio 1926 (sentencia n. 2.082, inédita).

(400) Como en el caso de venta con la condición *cif* (a) en que el lugar de la entrega de la mercancía debe ser el de la entrega del documento justificativo; Tribunal Supremo del Reino, 6 febrero 1924 (*Giur. ital.*, 1924, I, 1, 210), y 24 febrero 1926 (*Ivi*, 1926, I, 1, 321).

(401) A diferencia del fuero especial anterior, el del lugar en que deba cumplirse la obligación no es privativo de las relaciones contractuales, porque también las acciones por resarcimiento de daños, nacidos de delito, cuando recaen sobre materia mercantil, pueden deducirse ante dichos Tribunales. Véase, por último, Tribunal Supremo del Reino, 8 abril 1926 (sentencia n. 982, inédita). Resuelve, además, nuestra jurisprudencia que el precepto legislativo no se refiere al lugar de ejecución de la obligación específica discutida, sino a aquel en que cualquiera de las partes debe cumplir la propia. Por consiguiente, y tratándose de contratos bilaterales, el actor puede demandar al contrario ante la autoridad judicial, tanto del lugar en que éste debe cumplir su prestación como ante aquel en que él mismo debe realizar la contraprestación: Tribunal Supremo del Reino, 21 enero 1926 *(Giur. ital.*, 1926, I, 1, 188), 29 enero 1926 *(Ivi*, I, 1, 554), 16 marzo 1926 *(Ivi*, I, 1, 619), 20 abril 1926 (sentencia n. 1.187, inédita).

(a) Sobre esta importantísima cláusula de venta *CIF*, poco conocida entre nosotros, véase el interesante trabajo del profesor de la Universidad de Pisa, L. Mossa, en la *Revista de Derecho Privado*, núm. 125, mes de febrero de 1924, tomo XI.—*(N. del T.)*

BIBLIOTECA FAC. DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES U. A. N. L.
UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ®
DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

Como quiera que el Tribunal es competente por ambos conceptos, no es necesario citar personalmente al demandado, como sucede en otros casos del artículo 91.

Otros casos de competencia especial territorial en materia mercantil son los de los artículos 872 y 873 del Código de comercio, que tratan la materia de *sociedad*, *transportes* y la de responsabilidad derivada por *abordaje*.

a) En materia de sociedades mercantiles, además del fuero común del apartado 2.º del art. 90 de la ley de Enjuiciamiento civil (fuero del lugar en que se encuentre la sede administrativa o en que se halle uno de los establecimientos sociales con representante de la Sociedad), el art. 872, principio, reconoce otros dos fueros simultáneos electivos para las acciones personales y reales sobre bienes muebles nacidas de actos ejecutados por un representante o factor de la sociedad fuera del domicilio social, y son: primero, el Tribunal del lugar en que se ejerce el comercio; el del lugar donde reside el factor o representante; doble competencia facultativa en el sentido de que se crea a favor del tercero que acude a los Tribunales contra la sociedad.

b) En materia de contrato de transporte, el art. 872, apartado, atribuye la competencia a la autoridad judicial del lugar en que resida el representante del porteador, y si se trata de transportes por ferrocarril, la competencia de la autoridad judicial del lugar en que se halle la estación de arranque o la de llegada; de modo que hay tres Tribunales a elegir, y, según la opinión dominante, creados en beneficio de los extraños, y pueden aplicarse por ello a las acciones que deduzca el porteador. De estos tres Tribunales, uno se refiere a todos los contratos de transporte en general, que es el del lugar en que resida el representante del porteador; los otros dos se refieren sólo al transporte ferroviario, y son el Tribunal del lugar en que está situada la estación de arranque o la de llegada. De suerte que para el transporte ordinario hay un solo juez especial, y tres para los ferroviarios (402). A fines del ejercicio de acciones contra la administración de ferrocarriles, los jefes de estación se reputan factores, y, por tanto, tienen la representación de ella en juicio (último apartado del art. 872 y art. 63, párrafo 2.º, del Reglamento para transporte de mercancías en los ferrocarriles del Estado, aprobado por Real decreto de 12 de noviembre de 1921, núm. 1.585).

(402) Discútese si estas disposiciones se aplican sólo al transporte de cosas o también al de personas: Cass. Turín, 22 febrero 1913 *(Giur. ital.*, 1913, I, 1, 306), y 2 diciembre 1914 *(Ivi*, 1915, I, 1, 115). En contra: Cass. Nápoles, 11 marzo 1916 *(Giur. ital.*, 1916, I, 1, 889). También se discute su aplicación a los transportes marítimos.

c) En materia de abordaje las acciones sobre responsabilidad que de él se deriven (arts. 660 y siguientes del Código de comercio), pueden deducirse ante tres Tribunales: el del lugar del abordaje, el del destino del buque y el del primer puerto de arribo (403).

§ 29.—La prueba. Consideraciones generales (404)

SUMARIO: 132. Principio de libertad de prueba, en materia civil y comercial.

132. Uno de los principios fundamentales del derecho moderno consiste en que el juez resuelve acerca de los hechos alegados por las partes conforme a su libre convicción, sistema contrapuesto al vigente en otro tiempo, en que el legislador vinculaba al juez para apreciar la prueba de los hechos y predeterminaba la admisión y el valor de cada uno de los medios de prueba (sistema de *prueba legal*); de él quedan aún residuos en el vigente derecho, y entre ellos, y en primer plano, se encuentran los preceptos restrictivos sobre la admisibilidad de algunos medios de prueba. El Derecho mercantil ha dado un paso hacia el sistema del libre convencimiento, no sólo disminuyendo considerablemente las restricciones que establece el Derecho civil para la admisión de ciertos medios probatorios, sino reconociendo valor a otros, del que carecían, para el Derecho civil, y esta amplitud de criterio la consagra el art. 44 del Código de comercio, que dice: «Las obligaciones mercantiles y su extinción pruébanse mediante documentos públicos, privados, notas de los agentes mediadores firmadas por las partes, facturas aceptadas, correspondencia, telegramas, libros llevados por las partes contratantes, testigos, y cuando la autoridad lo permita, y aun en los casos previstos en el art. 1.341 del Código civil, por cualquier otro medio reconocido en las leyes civiles.»

Esta disposición, que recae textualmente sólo sobre la prueba de las obligaciones y su extinción, pero que es de aplicar a todos los hechos que motivan el nacimiento, modificación o extinción de un vínculo mercantil (405), encierra dos principios: por un lado, borran las limita-

(403) Créese, generalmente, que la ley, al hablar del punto de destino y del lugar de atraque del buque, se refiere tanto al navío abordante como al abordado: Trib. Volterra, 3 junio 1916 *(Diritto marittimo*, 1916, 16); así habría cinco Tribunales especiales en que elegir, en vez de tres.

(404) Vivante: *Trattato*, vol. IV, n. 1.581 y siguientes; Navarrini: *Trattato*, vol. V, n. 2.052 y siguientes. Véase, además, los *Trattati generali di procedura civile*, y también Carnelutti: *La prova civile*, Roma, 1915.

(405) Una sentencia reciente del Tribunal Supremo de 16 de marzo de 1926 *(Giur. ital.*, 1926, I, 1, 554), ha fallado que no es aplicable, ni aun en ma-

BIBLIOTECA FAC. DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES U. A. N. L.

ciones que las leyes civiles imponen a la admisibilidad de uno de los medios de prueba más importantes y frecuentes: la de testigos, y, por otro lado, admite que se practiquen otros medios de prueba especiales en materia de comercio, y singularmente las notas de los agentes mediadores, las facturas aceptadas, la correspondencia, los telegramas y los libros.

Hablaremos, ante todo, del principio de la libertad de la prueba en materia mercantil, y después examinaremos particularmente cada uno de los medios de ella, peculiar de la materia de comercio.

§ 30.—Principio de libertad de prueba en materia mercantil.

Sumario: 133. I. Restricciones que sufre el principio de libertad de prueba nacidas del derecho de iniciativa de las partes en el procedimiento: excepciones en materia mercantil (arts. 216, 401 de la ley de Enjuiciamiento civil).— II. Limitaciones nacidas del elemento formal de los negocios jurídicos.—134. III. Restricciones relativas a la prueba de testigos en materia civil. Principio en materia comercial: facultades del juez para su admisión; casos en que se rechaza la prueba de testigos en materia mercantil.—135. IV. Prueba indiciaria. Presunciones en materia mercantil.

133. Principio general del derecho moderno es que el juez resuelva sobre los hechos alegados por las partes conforme a su libre convencimiento; hay, sin embargo, una serie de excepciones a ciertos principios del derecho procesal, que se enlazan, a su vez, con el sistema de prueba legal.

I. La primera, y más importante, nace de la máxima *iudex iudi-*

---

teria mercantil, el artículo 44 del Código de comercio, en cuanto a la prueba de un pacto derogatorio de la competencia territorial, que implica elección de domicilio, lo cual, a tenor del 19 del Código civil, debe aparecer mediante prueba escrita. En ese mismo sentido, Cass. Roma, 10 abril 1922 (*Giur. ital.*, 1922, I, 1, 49). Estas sentencias se inspiran, evidentemente, en el concepto de que la elección de domicilio, por ser una derogación de la competencia territorial, es un acto de naturaleza esencialmente civil, y que, como tal, cae fuera del ámbito mercantil. Muy discutible es esto (véase todo lo dicho más adelante con motivo del art. 4.º del Código de comercio), pero puede justificarse a pretexto del carácter público del procedimiento, y, por consiguiente, de los preceptos sobre la competencia y de las declaraciones de la voluntad que a ella se opongan.

care debet secundum alligata et probata, en cuyo antiguo proverbio se sanciona el principio de la iniciativa de las partes, aun en la aportación de los elementos de prueba, e implica que a las mismas toca suministrar al juez aquellos que han de servir para formar su juicio sobre la existencia de los hechos alegados y que el juez no pueda de oficio obtener el material de prueba, debiendo atenerse a los que las partes le suministren; con ello, lo que el juez declara no es, por consiguiente, una verdad objetiva, sino relativa: la resultante de las pruebas aducidas.

El principio dispositivo sufre en materia mercantil algunas importantes limitaciones que envuelven una aplicación más extensa del principio del libre arbitrio.

Por ello, así como en lo civil no puede surgir la confesión sino a petición de parte, siempre que ésta lo exija y presente interrogatorio y articule por separado en él los hechos sobre los cuales ha de recaer la contestación, en materia mercantil puede haber comparecencia personal de las partes acordada por el juez, de oficio, para que ante él personalmente, en audiencia o en sala, pueda oírseles, y así el juez, con aquel carácter, cabe que suscite la confesión de las partes, cosa que en materia civil es imposible (arts. 216, 401 de la ley de Enjuiciamiento civil).

II. Una segunda limitación al principio del libre arbitrio se halla en el elemento formal de los negocios jurídicos. Ya hemos visto que, aunque distintas, las instituciones forma y prueba tienen entre sí relaciones muy estrechas, y por ello, cuando para la eficacia de un acto jurídico se requiere una determinada forma, como, por ejemplo, la escrita, su falta, al producir la ineficacia del acto, impide que puedan practicarse pruebas que serían inadmisibles e inútiles. En materia civil, como a su tiempo vimos, son mucho más numerosos los actos jurídicos que requieren forma escrita, que para los que se exige ésta en materia comercial, donde hay una mayor tolerancia de admisión de pruebas comparándola con la civil.

134. III. Tercera e importante limitación al nombrado principio de libre convencimiento en materia civil constituyen las restricciones que este Código señala para admitir la prueba de testigos; este medio de prueba lo mira ese cuerpo legal con evidente desconfianza y lo rechaza: 1.º, cuando la materia contractual exceda de 500 liras, cantidad elevada a 2.000 por el art. 20 del Real decreto ley de 20 de septiembre de 1922, núm. 1.316; 2.º, cuando se trata de hechos que se alegan en contra o adicionan el contenido de un acto consignado por escrito;

BIBLIOTECA FAC. DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES U. A. N. L.
UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN

3.º, cuando se trata de algo ocurrido antes, simultánea o posteriormente a un acto que conste por escrito.

El art. 44 del Código de comercio borra en materia comercial estas tres limitaciones al declarar admisible la prueba testimonial en cualquier caso que el juez la crea pertinente.

Este precepto especial del Código de comercio ha suscitado algunas dudas: la más importante se refiere a la fórmula empleada por dicho art. 44, para el que la prueba testimonial en materia de comercio es admisible, aun en los casos en que no lo sea en materia civil, y «siempre que lo permita la autoridad judicial»; ahora bien: ¿qué valor ha de darse a esta disposición? La mayoría cree que asigna al magistrado un poder discrecional ilimitado acerca de la admisión de la prueba testimonial, o sea, que cuando, conforme al Derecho civil, no sea admisible, en materia comercial, esto dependerá de la apreciación discrecional del juez. Si, en general, para la admisión de un medio de prueba es necesario que esté autorizado por la ley y sea convincente; para la admisión en estos casos de la prueba testimonial excluida por el Derecho civil, conforme a esta opinión se necesita el consentimiento del juez, que puede negarlo de plano (406).

Me parece inadmisible esta opinión porque parte del supuesto de que el magistrado puede rechazar una prueba testimonial concluyente porque dude de su resultado, y dudar del resultado de una prueba significa necesariamente negar su justificación, y, en realidad, en todos los casos que se suelen citar apoyados en la jurisprudencia, el magistrado no estima convincente la prueba; si el juez rechaza esa prueba testimonial porque estima suficientes las presunciones que constan ya en autos, porque cree que la evolución del negocio no padece con la falta de prueba escrita, en razón a que el deudor, si se trata de un establecimiento de crédito, seguramente no habría celebrado el negocio sin documento escrito (407), lo que en substancia viene a decir es que

(406) Vivante, que es el más autorizado mantenedor de esta opinión dice: «El juez civil debe admitir la prueba de testigos cuando la admisión sea legal y el contenido de la prueba concluyente; en cambio, en materia mercantil, puede rechazarla, aun cuando los hechos que se intente probar sean concluyentes, si no confía en el resultado de la prueba; en este particular el legislador no ha establecido como regla general la inadmisibilidad de toda prueba de testigos concluyentes, sino que ha delegado sus facultades en el juez para que resuelva según las circunstancias del caso»: *Trattato*, vol. IV, n. 1.584, véase la jurisprudencia allí citada en la nota 131.

(407) Todos estos casos los cita Vivante: *Ivi*.

estima suficientemente probados los hechos en una cierta forma, y no cree eficaz la prueba propuesta por el contrario; en resumen, que, aparte de la ineficacia, no se descubre el motivo que autorice al juez para negar la admisión de la prueba testimonial. Las causas de carácter general de que el legislador desconfíe de la prueba de testigos y le induzcan a rechazarla, no se pueden apreciar concretamente en cada caso; estas causas están fundadas en la posibilidad de que los testigos sean falaces y engañosos, y este juicio no puede formarse en un caso particular sin saber qué testigos habrán de deponer, cosa que no puede saber el juez cuando admite la prueba.

Por consiguiente, esa doctrina de que la admisión de la prueba testimonial, en materia mercantil, dependa de la apreciación discrecional del juez, carece, a mi juicio, de valor práctico por la imposibilidad de imaginar motivos de inadmisión de prueba de testigos extraños a la ineficacia e impertinencia (408).

Sólo desde un punto de vista puede tener valor práctico esta doctrina: al resolverse en la facultad concedida al juez para negar la prueba sin fundar la resolución, porque realmente los poderes discreciona-

(408) En este sentido se pronuncia la jurisprudencia, que priva al juez del derecho a negar la admisión de la prueba de testigos cuya legalidad y eficacia están reconocidas y sostiene por ello que las facultades discrecionales del juez consisten en examinar la eficacia o no de la prueba propuesta: Tribunal Supremo del Reino, 27 mayo 1924 *(Corte di Cass.*, 1925, 98); 4 abril 1925 *(Ivi*, 1925, 1.031); y ciertamente, como decíamos en el texto, es juzgar de la eficacia el considerar la prueba de los hechos obtenida mediante otras fuentes probatorias. Tribunal Supremo del Reino, 13 mayo 1925; 11 febrero de 1925 *(Repertorio* del *Foro ital.*, 1925, palabra *Scrittura*, n. 103-104); 26 de mayo 1926, sentencia n. 1.695, inédita. No puede ser en general motivo para negar la prueba testimonial, su inverosimilitud, según el Tribunal Supremo, salvo que traspase los límites de la posibilidad humana y entre en el campo de lo fantástico: sentencia 31 octubre 1924 *(Foro ital.*, 1925, 398); en el mismo sentido hay numerosas sentencias, como, por ejemplo, 22 abril 1924 *(Foro ital.*, 1924, I, 872); 12 enero 1926 (sentencia n. 6, inédita); 29 enero 1926 (sentencia n. 296, inédita), etc. Aún hay muchas sentencias para las cuales, en materia comercial, y supuesto el poder discrecional confiado a los jueces, puede legalmente negarse la prueba de testigos, siempre que sea inverosímil: Tribunal Supremo del Reino, 7 julio 1925 *(Giur ital.*, 1925, I, 1, 901); 27 febrero 1926 (sentencia n. 571, inédita); 21 mayo 1926 (sentencia n. 1.615). Véase sobre esto Carnelutti, en *Riv. di Dir. comm.*, 1923, II, 255. En sentido contrario, Tribunal Supremo del Reino, 7 enero 1925 *(Giur. ital.*, 1925, I, 1, 386); 13 mayo 1926 (sentencia n. 747, inédita).

BIBLIOTECA FAC. DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES U. A. N. L.

les significan posibilidad de rechazar o admitir de plano la prueba de testigos sin razonarla.

La opinión que sostiene que los poderes especiales conferidos al juez por el artículo 44 se resuelven en eximir de la obligación de razonar, la impugnan seriamente los tratadistas y la jurisprudencia; aquéllos creen que la legislación procesal moderna no confiere al juez poderes ilimitados, desde el momento que establece el recurso de apelación contra sus sentencias, y prescriben los artículos 360 y 361 de la ley de Enjuiciamiento civil que todas las sentencias sean motivadas (409).

Yo no suscribiría esta afirmación, y no porque no crea cierto el principio de derecho procesal que invoca, sino porque hay que explicar la frase del artículo 44 del Código de comercio: «siempre que lo permita la autoridad judicial», frase superflua si hubiera que creer que la prueba testimonial en materia mercantil habría de admitirse siempre que sea convincente; pero como no cabe pensar en disposiciones legales que carezcan de significado o sean superfluas, debe pensarse que alguna facultad especial se ha conferido al juez para admitir o negar la prueba de testigos en materia mercantil; y como esta facultad no puede consistir sino en resolver discrecionalmente y sin fundamentarla, habrá que deducir de ello necesariamente que no hay otro modo de explicarse aquel inciso del artículo 44 reconocedor de la facultad discrecional; y, por tanto, la existencia de la derogación que hace el citado artículo 44 del Código de comercio de los artículos 360 y 361 de la ley Procesal, que es en lo que precisamente consiste la cuestión: apreciar si el principio general de Derecho procesal, que de contrario se invoca, ha sido o no derogado por el dicho artículo 44, y ante la dicción del apartado referente a la prueba testimonial, en mi opinión, hay que contestar afirmativamente (410).

Ese principio del artículo 44 de que la prueba testifical es admisible libremente en materia mercantil a voluntad del juez, es inaplicable, naturalmente, al caso en que sea admisible también en materia civil, porque ya no se trataría de poder discrecional, sino de obligación, del juez, de admitir la prueba cuando sea pertinente y de fundamentar esta pertinencia.

(409) Mortara, en *Riv. di Dir. comm.*, 1906, II, 385 y siguientes.

(410) La jurisprudencia es opuesta a esta doctrina, esto es, la de que el juez tenga la obligación de fundamentar el recibimiento de esa prueba. Entre las sentencias más recientes: Cass. Roma, 6 noviembre 1922 (*Foro ital.*, 1923, I, 208). En este sentido el Tribunal Supremo se pronuncia con frecuencia, aunque no constantemente: 7 junio 1924 (*Repertorio* del *Foro ital.*, 1924, palabra *Prova testimoniale*, n. 65); 7 enero 1925 (*Giur ital.*, 1925, I, 1, 386); 31 octubre de 1924 (*Ivi*, 1925, I, 1, 1.038); 31 julio 1925 (*Repertorio* del *Foro ital.*, 1925, palabra *Prova testimoniale*, n. 106); 16 marzo 1926 (sentencia n. 755, inédita); 17 julio 1926 (sentencia n. 2.165, inédita). Sin embargo, de conformidad con el texto, véase la sentencia de 22 enero 1926 (sentencia n. 243, inédita).

El principio sancionado en el artículo 44 experimenta algunas excepciones: hay casos en que no se admite la prueba testifical aun en materia de comercio.

a) El primero de estos casos consiste en que los actos sean formales también en materia de comercio: por las relaciones existentes entre la forma de los actos y su prueba, vemos que esta norma no es admisible en aquellos negocios jurídicos que carezcan de las formas señaladas por la ley

b) En segundo lugar, se excluye la prueba testimonial en materia de comercio siempre que este Código exija prueba por escrito (artículo 53 del Código de comercio). En semejante caso, sabemos que el Código de comercio exige la escritura sin agregarle la sanción de ineficacia total o parcial del acto cuando carezca de aquélla; y esto ocurre en las asociaciones en participación (art. 238), en las sociedades de seguros mutuos (art. 240), en los contratos de seguros en general (artículos 420 y 604), en el contrato de prenda cuando su valor exceda de 500 liras (art. 454), en los contratos de construcción, enajenación o hipoteca de buques (arts. 481, 483 y 485), en el contrato de fletamento (art. 547), en el recibí de la carga que el capitán debe entregar a los interesados, o sea, la póliza de carga (arts. 498, 545 y 558, todos del Código de comercio). En todos ellos exige el Código de comercio que se consigne por escrito *ad probationem*, y por eso no admite la prueba testimonial sino en los límites señalados por el Código civil.

c) Hay, además, que añadir el caso en que la necesidad de la escritura *ad substantiam* o *ad probationem* se deduzca, no de la ley, sino de la voluntad de las partes (véase más atrás, núm. 76); y en estos casos también la admisión de la prueba testifical halla obstáculos y limitaciones en la voluntad misma de las partes (411).

135. IV. Una cuarta limitación al principio del libre arbitrio impone el Derecho civil al restringir la admisión de la prueba de presunciones o prueba indiciaria en los casos en que la ley admite la prueba testimonial (art. 1.354 del Código civil). Vimos que, en cuanto a la

(411) Cass. Roma, 3 enero 1896 (*Foro ital.*, 1896, I, 241); Cass. Roma, 23 marzo 1914 (*Foro ven.*, 1915, 43).

BIBLIOTECA FAC. DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES U. A. N. L.

prueba testifical, el artículo 44 del Código de comercio amplía notablemente la admisibilidad en materia mercantil y autoriza al juez a permitirla, aun en los casos en que no lo fuera, a tenor del artículo 1.341 del Código civil. No cabe duda que donde se admita la prueba testimonial, porque el juez lo permita, es igualmente admisible la prueba de simples presunciones (412); sin embargo, se discute si esta prueba puede ser admitida también en materia mercantil cuando la ley excluya la testimonial; y la sostienen algunos teniendo en cuenta que el artículo 44 del Código de comercio, luego de enumerar los medios de prueba singulares en materia mercantil, habla también de «cualquier otro medio reconocido por las Leyes civiles», entre los cuales está comprendida la prueba de presunciones indicadas genéricamente en el artículo 1.349 del Código civil, sin cita alguna específica a las condiciones que limitan su admisibilidad en materia civil, según el 1.354 del propio Código (413). Pero esa cita general a los medios de prueba reconocidos por el civil, ha de entenderse que se hace al sistema probatorio tal cual la ley lo ha establecido; el paralelismo, por lo tanto, entre prueba de presunciones y de testigos, reconocido en el artículo 1.354 del Código civil, debe ser aplicable también en materia mercantil.

La cuestión no afecta, naturalmente, a los casos en que el acto tenga carácter formal, porque, como veremos, no se admite prueba de los actos que carezcan de la forma prescrita *ad substantiam;* la cuestión puede presentarse, sin embargo, sólo en aquellos casos en que, exigiéndose prueba por escrito, pero sin sanción especial cuando falte, esté sujeta la prueba de testigos a las restricciones señaladas en el artículo 1.341 del Código civil.

§ 31.—Medios de prueba en materia mercantil: documentos públicos y documentos privados.

Sumario: 136. *De los distintos medios de prueba en general:* actuación personal del juez, declaración de las partes, ídem de los terceros (testimonios y peritaje); documentos.—137. *Documentos públicos y privados:* diferentes clases de documentos privados; documentos privados en sentido impropio: su valor probatorio. Documentos privados en sentido propio; necesidad de la firma, requisito de la contestabilidad.—138. Diferentes elementos de los documentos privados; exposición, parte dispositiva, fecha, firma. Requisitos de la firma. Firma en blanco.—139. Fuerza probatoria de los documentos privados; reconocimiento de ellos. Prueba contraria al contenido de los mismos; admisibilidad de la prueba aun cuando la forma escrita se exija *ad substantiam.*—140. Prueba de la fecha para con los terceros; principios contenidos en el Código civil. Normas distintas dictadas por el Código de comercio. Presunción de la veracidad de la fecha en los títulos a la orden.

(412) Lessona: *Teoria delle prove*, vol. V, n. 197; Ramponi: *Presunzioni*, pág. 260.

(413) Bolaffio: *Comm.*, vol. II, pág. 364; Segrè: *Comm.* al art. 44, pág. 221; Navarrini: *Trattato*, vol. V.

136. Habiendo hablado ya del principio general vigente en materia mercantil, o sea, de la libre convicción del juez y las menores limitaciones que en la nombrada materia existen respecto a la civil, nos queda que hacerlo de los varios medios de prueba en que el principio general es sencillísimo. En materia mercantil, para lograr el convencimiento del juez, podrán usarse cuantos medios de prueba reconoce el sistema jurídico, y este es el principio que sienta el artículo 44 del Código de comercio. ¿Cuáles son éstos?

Cuatro grandes grupos cabe hacer de los medios que pueden emplearse para convencer al juez de la certeza de los hechos alegados:

a) Ocupa el primer lugar la *actuación personal del juez*, que en ciertas circunstancias puede personalmente proceder a comprobar los hechos, y el caso típico es la *inspección ocular*, es decir, el traslado personal del juez al sitio en que ocurrió el hecho discutido, o al que se refiere la situación de hecho controvertida, para obtener el conocimiento inmediato de ese estado de hecho que hay que comprobar (artículos 271 y siguientes de la ley de Enjuiciamiento civil). Pero junto a este caso típico de que la ley se ocupa expresamente, hay otros numerosísimos, en que el juez, a virtud de la inspección personal de cosas y documentos, etc., forma su convencimiento sobre el origen, autenticidad o legitimidad, y la forma en que se ha realizado el hecho de referencia; cierto que algunas veces, para apreciar aquellos elementos de hecho, se remite el juez a la opinión de peritos; pero son casos en que él confía más bien en el juicio directo que en el juicio que ha podido formar él del conocimiento de los mismos.

Si conoce esos elementos sin que a ello contribuyan las partes, a virtud de la experiencia que tiene como hombre y ciudadano de una cierta clase de fenómenos, puede haber entonces comprobación de un hecho por la *ciencia privada* del juez; elemento de prueba más importante de lo que parece generalmente, porque hay muchos hechos de dominio público que no prueban las partes, y que el juez toma en consideración en virtud del conocimiento directo que de ellos tiene (he-

BIBLIOTECA FAC. DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES U. A. N. L.
UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ®
DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

chos políticos, inventos, procedimientos técnicos conocidísimos, usos conocidísimos también, etc.).

b) Una segunda fuente importantísima de certidumbre para el juez acerca de la verdad de los hechos alegados son las *declaraciones de las partes*, en cuya clase están incluidas toda especie de declaraciones que prestan aquéllas dentro y fuera del juicio, y entre las que merece mención especial la *confesión* (arts. 1.355 y siguientes del Código civil), ya espontánea, ya suscitada por los *interrogatorios* de preguntas (arts. 216 y siguientes de la ley de Enjuiciamiento civil) y el *juramento* (arts. 1.362 y siguientes del Código civil y 220 y siguientes de la ley de Enjuiciamiento civil).

c) El tercer grupo de medios de prueba lo componen las declaraciones de los extraños, bien recaigan sobre el conocimiento que puedan tener *(testigos)* de los hechos alegados, bien acerca de la apreciación técnica que hagan del valor probatorio de los elementos de hecho aportados *(peritos)*.

De los testigos trata el Código civil en los arts. 1.314 y siguientes y la ley de Enjuiciamiento civil en los 29 y siguientes; de la prueba pericial, la ley de Enjuiciamiento civil, arts. 252 y siguientes.

d) La cuarta y última clase de medios de prueba la constituyen los *documentos*, o sean, aquellos escritos en que se declara directa o indirectamente la existencia del hecho alegado (arts. 1.313 y 1.341 del Código civil; arts. 282-319 de la ley de Enjuiciamiento civil).

Aquí no podemos hacer una exposición completa de los medios de prueba, porque estaría fuera de lugar; nos limitaremos sólo a la exposición de las singularidades de los elementos de prueba en materia mercantil.

Y en ésta, del medio de que se ocupa especialmente la legislación para regular detalladamente su valor probatorio, es de los *documentos*.

El art. 44 del Código de comercio, además de las dos importantes clases de documentos de que se ocupa ya el Código civil, o sea de los públicos y privados, trata de otros que se emplean más especialmente en materia mercantil, o sea, de las *anotaciones de los agentes mediadores, facturas, correspondencia, libros de comercio y telegramas.*

De las dos clases de documentos de que se ocupa el Codigo civil hablaremos poco, y más extensamente, en cambio, de los especiales en asuntos de comercio (facturas, correspondencia, libros y notas de agentes mediadores).

137. *Documento público*, según la definición del Código civil, es aquel redactado con las formalidades legales por notario o funcionario público autorizado para darle fe pública; la produce plena acerca de los contratos o de los hechos ocurridos en presencia del notario o del funcionario redactor, mientras no se impugne de falsedad la exactitud de los hechos documentados (art. 1.317 del Código civil). Las contradeclaraciones consignadas en documento privado son eficaces sólo entre los contratantes.

Documento privado en *sentido amplio* es todo documento procedente de un particular: *quod auctoritate privata a privatis est compositum;* y es natural que el documento provenga de la persona contra quien se alegan los hechos consignados en él. En sentido *restringido* o propio, los documentos privados deben estar suscritos por la parte contra quien se alegan y dirigidos a quien los invoca: esta segunda clase de documentos constituye prueba plena contra los firmantes; los documentos privados en sentido lato, o impropio, tienen un grado de credulidad variable según sea la naturaleza especial del mismo, y así, por ejemplo, la copia de un documento hecha por un funcionario público que no está autorizado para ello, y de cuyo original se carezca, constituye un principio de prueba cuando se remonta a más de treinta años, y un simple indicio si es de fecha posterior (art. 1.338 del Código civil); un simple indicio lo declarado a un tercero (art. 1.358 ídem), y los libros y papeles privados, en cambio, hacen prueba plena contra el que los escribe cuando expresan formalmente la recepción de un pago hecho o cuando mencionan con claridad que la nota se ha escrito para suplir la falta de título a favor del acreedor (art. 1.330 ídem); también las notas extendidas por el acreedor en un título de crédito, encaminadas a demostrar la liberación del deudor, prueban esa extinción (art. 1.331 del Cód. civ.); en cambio, los libros de los comerciantes, en sus relaciones con los que no lo son, carecen de fe para los suministros que en ellos constan, si bien el juez puede autorizar de oficio que se defiera el juramento (art. 1.328).

De modo que hay diferencia notable entre la fuerza probatoria de los verdaderos documentos privados y el de los privados también, pero en sentido impropio.

Y se pregunta: cuando el artículo 44 del Código de comercio dice que, mediante documento privado, se prueba la creación y extinción de las obligaciones mercantiles, ¿ha querido la ley aludir a los documentos privados en sentido propio o a los documentos privados en general, y, por tanto, a los en sentido lato o impropio?

A mi juicio, no cabe duda de que la mención que hace el artículo 44 de los documentos privados se refiere a éstos en el sentido del Código civil, o sea, a los verdaderos documentos privados verdaderos y pro-

BIBLIOTECA FAC. DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES U. A. N. L.
UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ®

pios; dicho artículo contrapone los documentos privados a los públicos, tal como lo hace el Código civil, que entiende por documentos privados los en sentido propio; y en la enumeración de los varios medios de prueba reconocidos en materia comercial, se cita una serie de documentos que lo son en sentido lato, y, por consiguiente, cuando habla de documentos privados dicho artículo, trata de referirse a los documentos privados en sentido propio (414).

Pero esto no significa que *solamente* reconoza el artículo 44 como medio de prueba válido en materia comercial el documento privado en sentido propio; sería demasiado deducir tal consecuencia, por la sencilla razón de que la enumeración del artículo 44 es eminentemente ejemplificativa, y por eso la que hace de los diferentes documentos privados impropios, debe extenderse a todos ellos; de suerte que en materia mercantil, por tanto, hacen fe plena también los documentos impropios. Decir que limitando la mención de los documentos privados que hace el artículo 44, a sólo los documentos en sentido propio, habría que excluir como medio general de prueba en materia mercantil los documentos privados en sentido impropio, y esta exclusión perjudicaría a aquellos otros documentos no comprendidos en el concepto de documentos privados en sentido propio, y no citados taxativamente en el artículo 44 (libros y papeles particulares, copias hechas por funcionarios públicos no autorizados); y esta consecuencia es absurda, porque es inadmisible que el Código de comercio haya organizado el sistema probatorio más restrictivamente que el Código civil; además, habría contradicción manifiesta con la última parte del tan repetido artículo 44, en que se dice claramente que las relaciones mercantiles pueden probarse con todos aquellos medios de prueba reconocidos por las leyes civiles.

En resumen: creo que, según el artículo 44 tantas veces citado, los documentos privados en sentido impropio tienen también en asuntos mercantiles completa fuerza probatoria.

Nos queda por resolver todavía otra cuestión. La de si en los casos en que las leyes mercantiles requieren la escritura, ya como forma esencial del acto, bien a los efectos de limitar la prueba testimonial (artículo 53 del Cód. de com.), el documento privado debe reunir los requisitos propios de éstos en sentido estricto; a mí no me ofrece duda, porque refiriéndose la mención del documento privado contenida en el artículo 44 a los en sentido propio, hay que creer que en los casos especiales en que el Código de comercio habla de los documentos privados, debe reputarse por tales los privados en sentido propio. En cuantos casos, en materia de comercio, se exija documento *ad substantiam* o *ad probationem*, es indispensable la firma, que, entiéndase bien, no es la contestabilidad de ella, esto es, la redacción de un único documento firmado por ambas partes, que no se exige necesariamente a los documentos en sentido propio, y que puede resultar, por tanto, de dos escritos distintos, como, por ejemplo, de dos cartas (415).

(414) Pagani: en el *Commentario* al Cód. de com., art. 44, n. 223.

138. Examinemos ahora, en particular, los elementos de las varias clases de documentos privados.

I. *El cuerpo del documento:* o sea, el conjunto de declaraciones en que se concreta la manifestación de la voluntad de las partes respecto al hecho jurídico de que se trata.

Entre estas declaraciones hay que distinguir también aquella parte en que, a manera de premisa, se exponen los antecedentes del acto, las condiciones de las partes, y en que se expresa, efectivamente, la voluntad de los declarantes y que constituye la esencia del acto. Esta primera parte suele denominarse *expositiva*, así como la segunda *dispositiva*, o simplemente disposición.

II. *La fecha:* indicación del lugar y tiempo en que se redacta el documento; y, a este propósito, hay que advertir que la indicación del tiempo y del lugar de redacción no es necesariamente la comprobación de un hecho, sino que, en cierto sentido, hay que considerarla parte de la declaración de voluntad; o, en otras palabras, que las partes están autorizadas para señalar una fecha que no esté conforme con la realidad; y en principio no hay dificultad jurídica alguna en que, a consecuencia y por acuerdo de las partes, consideren éstas redactado el documento en el lugar y tiempo que elijan.

Desde este punto de vista, y en las relaciones entre las partes acerca de esto, la fecha puede constituir objeto de la declaración de voluntad, y en el documento cabe considerarla como un factor de la parte dispositiva.

(415) Ni el que sea conteste el documento ni la contemporaneidad de la firma se reputan necesarias para la mayoría de los tratadistas y la jurisprudencia recientes: consúltese Fadda y Bensa: *Note alle Pandette del Windscheid*, vol. I, págs. 902-903; Degni, en *Riv. di Dir. comm.*, 1912, II, 878, y entre las sentencias más recientes, Tribunal Supremo del Reino, 24 enero 1924 (*Giur. ital.*, 1924, I, 1, 854); 8 abril 1924 (*Ivi*, 1924, I, 1, 490); 25 octubre 1924 (*Ivi*, 1924, I, 1, 1.807); 22 junio 1925 (*Repertorio* del *Foro ital.*, 1925, palabra *Scrittura*, n. 55). En contra: Giorgi: *Teoria delle obbligazioni*, vol. I, 316; Brugi: en *Rivista di Diritto commerciale*, 1910, II, 949.

BIBLIOTECA FAC. DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES U. A. N. L.

En los documentos mercantiles, la fecha debe contener el lugar, dia, mes y año (art. 55 del Código de comercio); pero tanto el lugar como el tiempo en que se redacte el documento, pueden expresarse en forma equivalente.

III. *La firma:* es decir, indicación de la persona que es parte, escrita de su puño y letra.

Es el elemento más importante del documento en el sentido de que indica el origen del mismo.

De aquí que, como hemos visto, la firma debe ser legítima *(genuina)*, o sea, escrita de la propia mano del que aparezca como subscriptor. Si la estampa un extraño, sin manifestar que obra como representante, y no agrega a su firma el nombre del representado, la tal firma carece completamente de valor jurídico.

Esta particularidad de la firma depende de que, como quiera que mediante ella el autor del documento lo hace suyo por declarar, conocer, aprobar y querer cuanto contiene el cuerpo del mismo; por lo general no se exigen formas rigurosas para la firma; basta que responda a dos requisitos intrínsecos, que son los que la constituyen: la legitimidad *(genuità)* o autenticidad, es decir, que ha sido estampada por la propia mano del interesado, y la *determinación especifica* de la persona de la parte. No se admiten en esto procedimientos artificiales o mecánicos de indicación (sellos, signos), aun cuando contengan con todas sus letras el nombre y apellidos de la parte, porque falta la legitimidad o autenticidad (416). Tampoco es admisible una cruz, porque no constituye una indicación especifica de la personalidad de la parte; y por igual razón, ni la firma que indique únicamente el cargo de la parte y no su persona, como, por ejemplo, director, cajero, etc.

Pero independientemente de estos dos requisitos (autenticidad y personalidad), por lo común no se exige ninguno verdaderamente formal; hay documentos en que es necesaria la indicación del nombre y apellidos o de la razón social, como, por ejemplo, en la letra de cambio; pero téngase en cuenta que generalmente la abreviatura, y aun el seudónimo mismo usado como firma, sirven como tal, siempre que sean auténticos y personales.

El principio de que únicamente la firma ha de ser auténtica, o sea, de propia mano del autor del documento, en tanto que lo demás de él puede escribirlo otro. no rige, segun el Derecho civil, en cuanto a los pagarés o promesas unilaterales en que una de las partes se obliga a satisfacer una cantidad de dinero u otra cosa expresada en cantidad.

(416) Véase, además, Ap. Bolonia, 13 febrero 1924 *(Mon. trib.*, 1924 704).

el cual debe estar escrito completamente por el que lo firma o, cuando menos, debe agregar de su puño y letra un aprobado o «conforme», expresando en letra la cantidad (art. 1.325 del Código civil). Apresurémonos a agregar que en materia mercantil no rige esta disposición y sí el principio general de que la firma sólo ha de ser auténtica (apartado 1.325 del Código civil); esta norma explica la posibilidad de un documento privado cuya firma se ha estampado *antes* de redactarlo, o, en otros términos, de la firma en blanco.

Trátase de una modalidad muy corriente en los documentos privados: el firmante, en vez de estampar ésta después de redactarlo, la estampa antes al pie de una hoja en blanco, y confía ésta a otro para que la llene.

Por legítimo hemos de tener este documento privado, porque no hay nada que impida aprobar por anticipado el contexto del documento, que es la función que desempeña la firma.

Y para justificar la firma en blanco no hay necesidad de acudir a teoría alguna especial; no es necesario decir que el que suscribe un papel en blanco pretenda con ello conferir un *mandato* a quien entrega el papel (417), porque, en realidad, no hay mandato alguno, no hay más que una previa y personal aprobación, mediante la firma, de lo que habrá de contener el documento.

Ahora bien; para que esta aprobación previa tenga validez, es necesario un contenido que, aunque no esté determinado, pueda ser determinable, porque una declaración de voluntad sin contenido es inconcebible; por tanto, se necesita: o que entre el firmante y aquel a quien se le entrega la hoja en blanco medien acuerdos precisos acerca del modo de llenar el pliego, o bien que el firmante se someta a la voluntad justa del destinatario, porque no bastaría la voluntad pura y simple de éste: es necesaria una voluntad templada por la valoración justa de las circunstancias, lo que suele llamarse *arbitrium boni viri*.

La aplicación más importante de la teoría de la firma en blanco se da en la letra de cambio, donde han surgido precisamente las cuestiones más graves (418).

(417) Acerca de la teoría del mandato y de otras con que ha querido legitimarse la firma en blanco, consúltese Rocco: *L'emissione di una cambiale in bianco e la sua natura giuridica*, en *Riv. di Dir. comm.*, 1905, I, 338.

(418) Además de las obras citadas en la nota anterior, consúltese sobre la letra de cambio en blanco: Bolchini: *La cambiale in bianco*, en *Studi per* V. Scialoja, vol. II, págs. 760 y sigs., y en *Riv. di Dir. comm.*, 1905, II, 237; Brunetti: *La cambiale in bianco*, Turín, 1908; Bonelli: *Sulla cambiale in bianco*, en *Riv. di Dir. comm.*, 1909, I, 353.

BIBLIOTECA FAC. DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES U. A. N. L.

139. Los documentos privados, *cuando son reconocidos*, producen entre las partes completa fe (art. 1.320 del Código civil); por eso, cuando contra alguno se aduce un documento privado, debe reconocer la firma (art. 1.321 del Código civil); si la reconoce, el documento queda probado plenamente; si calla o niega, hay que ir al reconocimiento judicial del documento (art. 1.322 del Código civil); se tienen por reconocidas las firmas legitimadas por notario.

Pero, a pesar del reconocimiento, cabe impugnar siempre el contenido del documento (419), porque el reconocimiento prueba únicamente la autenticidad del acto, pero no la exactitud del contenido del mismo; así que es posible, subsistiendo aquélla, probar cuanto tienda a destruir la validez de las declaraciones (como, por ejemplo, por vicio de voluntad, incapacidad del declarante) o impugnar la verdad de lo declarado.

Lo dispuesto en el artículo 1.342 del Código civil, que rechaza la prueba testimonial contra o en colaboración del contenido de los documentos, no estorba al principio indicado en el párrafo anterior: primero, porque ese artículo no es que declare inadmisible en absoluto la prueba testimonial; hay casos en que la admite excepcionalmente (art. 1.348 del Código civil); en segundo lugar, porque hay más medios de prueba, como son otros documentos, el juramento, el interrogatorio, que se admiten ilimitadamente. Por último, en materia mercantil está derogado el art. 1.341 (art. 44 del Código de comercio).

Subsiste, por tanto, el principio de que el contenido de los documentos privados reconocidos puede impugnarse; y no sólo en el caso en que la forma escrita se exiga *ad probationem*, sino cuando se requiera *ad substantiam*.

Y no debe extrañarnos la posibilidad de impugnar el contenido del documento privado, aun cuando la forma escrita se requiera *ad substantiam*; en los negocios formales que exigen ser consignados por escrito, aun cuando sea necesaria para la existencia del negocio, su función probatoria no desaparece por ello, o, en otras palabras, que en los negocios solemnes la función del documento es doble: la de servir para constituir el negocio y para probarlo. Ahora bien; una vez que la existencia del negocio está fuera de discusión a causa del documento, lo relativo al valor probatorio de él hay que resolverlo a tenor de los principios generales sobre la prueba, y por eso cabe impugnar y aun completar

(419) Consúltese, por último, Tribunal Supremo del Reino, 24 abril 1925 (sentencia n. 1.180, inédita) *(Repertorio Foro ital.*, 1925, palabra *Scrittura*, número 1.180).

la prueba resultante de lo escrito. Cierto que la naturaleza solemne del acto influye en el sentido de que la prueba contraria a la resultancia del documento, no puede alterar la de lo escrito hasta el punto de transformar completamente el negocio y substituir al que resulta de lo escrito otro completamente nuevo y distinto, que sería nulo por carecer de forma. Además, aun en este caso, si la resultancia de la prueba contraria no basta para producir el negocio efectivamente estipulado, a mi juicio, puede destruir el negocio que aparece consignado en el escrito. Si realmente se demuestra que el negocio que aparece estipulado en el documento no es el que se convino efectivamente, surge esta situación: que el negocio resultante del documento carece de valor porque las partes no lo crearon, y el negocio efectivamente convenido carece de valor porque adolece de la falta de formalidades legales.

Esto no impide que si hay divergencia entre lo que resulte del documento y lo efectivamente estipulado y querido, o sea, *cuando hubo simulación*, el negocio simulado, aun solemne, sea perfectamente válido. Realmente, en caso de simulación, las partes quieren crear un cierto negocio (negocio disimulado), pero su voluntad la expresan de tal suerte que en el documento aparece otro negocio: el simulado.

De aquí, por consiguiente, que, impugnando la resultancia del documento, se viene simplemente a aclarar la voluntad real de las partes, es decir, que se realiza un trabajo de interpretación de voluntad. Si las partes creyeron con una declaración de voluntad que, conforme al significado común de las palabras, cubrían las apariencias del negocio A, pero estipularon efectivamente el negocio B, hay, en realidad, una declaración de voluntad expresa, si no en un lenguaje corriente, en un lenguaje convencional. Pero como este lenguaje, aun convencional, reviste la forma prescrita, responde a los requisitos exigidos por la ley y es válido por ello, de aquí que *sea válido* un contrato solemne disimulado con el ropaje de un distinto contrato solemne, siempre que la forma seguida sea la prescrita para el contrato disimulado, y por ello tendrá validez el arrendamiento de más de nueve años, disimulado en forma de compraventa y que aparezca en documento privado, porque la escritura basta, tanto para un contrato como para otro; pero no tendrá eficacia una donación que exija escritura pública disimulada de compraventa consignada en un simple documento privado (420).

(420) Trátase de una antigua cuestión en que nuestra jurisprudencia ha estado algo vacilante. Sobre ella y la distinción entre la verdadera y propia donación y donación indirecta, para la cual se dice que no es necesario el

BIBLIOTECA FAC. DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES U. A. N. L.

140. Para concluir el tema del valor probatorio de los documentos privados, nos queda ocuparnos del de la *fecha*. La declaración de voluntad que contiene el documento privado y los hechos que en él se exponen por su relación directa con la parte dispositiva (art. 1.318 del Cód. civ.), se tienen por ciertos para de quien procede la declaración. Si en el documento han intervenido varias personas, la voluntad declarada y los hechos expuestos se reputan verdaderos frente a todos aquellos que intervinieron en aquél: este principio está reconocido explícitamente en el Cód. civ.: en el artículo 1.319 al limitar los efectos de las contradeclaraciones hechas en documento privado a los contratantes y a sus causahabientes a título universal, y reconocido también por el 1.320, que da fe plena a los documentos privados entre aquellos que lo suscriben y sus sucesores.

Ese principio es aplicable a todas las declaraciones de voluntad y a los hechos todos expuestos en los documentos privados, y, por lo tanto, a la fecha también, que, como hemos visto, debe considerarse parte de la declaración de voluntad, es decir, un factor de la parte dispositiva.

Por consiguiente, la fecha de los documentos privados hace prueba respecto a las partes, pero no respecto a los terceros; en cuanto a éstos, sólo el documento público da fe plena de la existencia del contrato y de los hechos realizados a presencia del funcionario público que los autorice (art. 1.317 del Cód. civ.), y, por tanto, de la certeza de la fecha consignada en ellos. En los documentos privados, en cambio, para comprobar la fecha, es necesario un hecho que produzca la certeza absoluta de la consignada en el documento, esto es, el instante en que se redactó. A tenor del artículo 1.327 del Código civil, la certeza de la fecha se prueba:

1.° Mediante la inscripción en la oficina del Registro.

2.° Mediante documento extendido por funcionario público que corrobore la esencia del documento.

---

documento público, véase Ferrara: *Della simulazione nei rapporti giuridici* (a), 5.ª ed., 1922, págs. 183 y siguientes, y especialmente, págs. 119-201, las abundantes citas de doctrina y jurisprudencia. Entre las más recientes sentencias sobre el particular, véanse Ap. Turín, 25 febrero 1924 *(Foro ital.*, 1924, I, 525); Ap. Bolonia, 17 diciembre 1924 *(Diritto comm.*, 1925, 220); Tribunal Supremo del Reino, 30 junio 1925 *(Giur. ital*, 1925, I, 1, 899, y para el caso de donación indirecta: Tribunal Supremo del Reino, 27 junio 1924 (*Foro ital.*, 1924, I, 1.017, con nota de Ascoli).

(a) De esta obra hay una traducción publicada en la Biblioteca de la *Revista de Derecho Privado*: *La simulación en los negocios jurídicos*. Madrid, 1926.

3.° Mediante la prueba de que aquel o aquellos que lo firmen, bien por muerte o por imposibilidad física, no han podido firmar después de una cierta fecha.

4.° Mediante otras pruebas equivalentes.

En resumen, que, según el Código civil, no sólo la prueba de la exactitud de la fecha respecto de los terceros debe suministrarla quien la invoca, sino que además indica taxativamente los medios de prueba que pueden emplearse y únicos admisibles, enumerados en el artículo 1.327.

El Código de comercio en su artículo 55 ha borrado este sistema restrictivo y declarado explícitamente que, frente a terceros y en los documentos comerciales, la fecha puede ser comprobada empleando todos los medios de prueba, testigos y presunciones inclusive.

Esta tolerancia de prueba se practica también cuando la escritura se refiere *ad solemnitatem* (421), y, por tanto, con mayor razón cuando se exige *ad probationem* (art. 53 del Cód. de com.). Exceptúase de este principio el caso único de que la fecha misma sea exigida en el documento privado bajo pena de nulidad, como en la letra de cambio (art. 25 del Cód. de com.); porque en tal caso, la falta de fecha en el documento produce nulidad, que no puede suplirse por otro medio de prueba.

No se limita el Código de comercio a facilitar la prueba de la fecha frente a tercero, sino que llega a presumir la verdad de la fecha contenida en ciertos documentos. En la letra de cambio y en otros títulos a la orden (último apartado del art. 55), quien invoque como verdadera la fecha indicada en el título queda exento de toda otra prueba. Son, en cambio, los que impugnan la certeza de la prueba los que deben demostrar la falsedad de la misma, y el mismo principio se aplica por mandato expreso legal a la póliza de cargo, aunque no sea a la orden (arts. 555-558 del Cód. de com.).

El fundamento de esta norma, según escritores muy autorizados (422), obedece a que el artículo 284 del Código penal castiga a los que cometen falsedad en letra de cambio u otros títulos a la orden, a las penas mismas que a los responsables de falsedad en documento público, y la protección penal más enérgica que se concede contra la

---

(421) Consúltese Tribunal Supremo del Reino, 27 enero 1925 (*Mon. trib.*, 1925, 242), con motivo de la fecha de una venta mercantil de inmuebles Ap. Turín, 1.° febrero 1924 (*Repertorio* del *Foro ital.*, 1924, palabra *Scrittura*, n. 9).

(422) Vivante: *Trattato*, vol. IV, n. 1.584.

BIBLIOTECA FAC. DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES U. A. N. L.

falsedad justifica la presunción de verdad del documento; pero me parece que este razonamiento se funda en un equívoco, es decir, que confunde la falsedad del documento con la falsedad de las indicaciones que contiene; se trata de dos distintos casos de falsedad: la primera lleva el nombre de «falsedad material»; la segunda, de «falsedad intelectual». Ahora bien; la falsedad intelectual se castiga sólo en los documentos públicos (art. 276 del Código penal) y no es punible, en cambio, en los documentos privados (art. 280 del Código penal); pero la letra de cambio no es documento público; no lo es ante el Derecho civil, ni ante el penal, porque la aplicabilidad de la pena señalada al autor de la falsedad en acto público, al que la realiza en una letra de cambio, no basta para convertir ésta en documento público, y, por tanto, estampar en ella fecha inexacta no es, indudablemente, constitutivo de delito.

Distinto es el fundamento de lo dispuesto en el artículo 55, que consiste en la naturaleza especial de la letra de cambio y en general de los títulos a la orden, que son principalmente literales: sabemos que la literalidad implica que el derecho del acreedor se mide estrictamente a tenor del título, de manera que quien adquiere uno de éstos sabe que para fijar sus derechos debe tener en cuenta lo que está consignado en el título, y como entre ello está la fecha, para ejercitar su derecho debe atenerse el que reciba el documento a la que conste en el mismo.

La presunción del dicho artículo 55 es aplicable tanto al poseedor como, con mayor razón, al librador, a cuyo respecto constituye una declaración de voluntad perfectamente válida. Ahora bien: ¿qué decir cuando el librador sea incapaz al firmar y estampe fecha distinta a la exacta para que la obligación contraída aparezca en tiempo en que era o había advenido capaz, como, por ejemplo, un interdicto que hubiese firmado en fecha anterior a la de la sentencia de interdicción, o un menor que la postdate en la época de su mayoría de edad? En tales casos, subsistiendo una causa, la incapacidad, que impide al suscribiente manifestar válidamente su voluntad, en cuanto a la fijación de la fecha; ¿habrá lugar a la presunción de verdad de la misma?

Cabe la duda; porque la capacidad del que fecha es condición indispensable para la validez de ésta como declaración de voluntad: ahora bien, la *verdad* de la fecha presupone ante todo su *validez:* o en otras palabras, puede decirse que el problema de la *validez* de la fecha, como declaración de voluntad, es *prejudicial* a la de su correspondencia con la *verdad.*

Todo esto es ciertísimo, pero no basta para justificar las consecuencias a que algunas veces ha llegado la jurisprudencia en que, habiéndose alegado la incapacidad del suscriptor en época anterior o posterior a la fecha, cesa la presunción del artículo 55, y al poseedor corresponde probar la verdad de ella, tal cual está escrita (423). Con ello, en realidad, se establece una presunción no autorizada por la ley: la de que, cuando haya incapacidad anterior o posterior a la fecha, lo que se presume es la falsedad de la misma.

Cuando lo cierto es que para probar la *nulidad* de la fecha no basta la de la incapacidad del que la estampa, es necesario, además, probar que la letra de cambio se ha suscrito *durante la incapacidad;* pero esto equivale a decir que en estos casos probar la *nulidad* de la fecha equivale a probar la *falsedad,* y, por tanto, se vuelve al principio general del artículo 57.

§ 32.—Factura mercantil.

Sumario: 141. La factura mercantil considerada como título de disposición.—142. Eficacia probatoria de la factura contra el que la extiende. Su eficacia probatoria contra el receptor de la misma. Aceptación de la factura. Cláusulas que se insertan en ella.

141. La *factura* es la nota por calidad y precio de las cosas muebles objeto de los contratos mercantiles (424).

De esto se sigue:

1.° Que la factura ha de contener, al menos, indicaciones de la calidad, cantidad y precio de las mercancías, pero, además, puede llevar otras indicaciones; generalmente expresa la fecha, el nombre o la razón social de la casa que la extiende, la razón social de la casa que la recibe, tiempo y forma de pago, etc.;

2.° Que la factura puede extenderse con motivo de un contrato cualquiera que origine entrega de mercancías, y, por lo tanto, venta, depósito, prenda, comodato, etc.

Aún tiene aplicaciones más importantes relativas a la compra-venta, y de este tipo de factura es del que nos vamos a ocupar especialmente.

El artículo 44 no habla más que del valor probatorio de ella; pero hay que averiguar ante todo si la factura desempeña sólo una función probatoria o tiene otras más, sobre todo la de dar al receptor la disponibilidad de la mercancía; en otras palabras, hay que averi-

(423) En tal sentido, Cass. Turín, 12 junio 1895 *(Foro ital.,* 1895, I, 1.306).
(424) Cons. Ap. Módena, 21 junio 1910 *(Giur. ital.,* 1910, 901).

BIBLIOTECA FAC. DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES U. A. N. L.

guar si la factura es únicamente un documento probatorio o también un verdadero título de disposición.

Hay en el Código de comercio, primer apartado del artículo 804, un precepto que equipara la factura a la póliza de cargo y a la carta de porte, ya admitiendo la posibilidad de una factura a la orden o al portador, ya reconociendo que el adquirente de una factura está, respecto a la reivindicación de la mercancía, en caso de quiebra del comprador, en las mismas condiciones del que adquiere una póliza de cargo o una letra de cambio.

Sabemos que tanto la póliza de cargo como la carta de porte son títulos de crédito y de disposición, es decir, títulos a los cuales se incorpora el derecho a la devolución de objetos indicados en ella, y por esta razón el que adquiere una póliza de cargo o un talón de porte, adquiere el derecho a retirar los objetos; y el Código de comercio, por ello, considera la transmisión de estos títulos equivalente a la entrega de la mercancía; en substancia, que esta transmisión constituye una forma de entrega simbólica (arts. 555, 362, 456, 392 y 804 del Código de comercio).

Pues bien: ¿tiene el mismo carácter la factura?, ¿va incorporado a ella el derecho de retirar las mercancías de suerte que el que adquiere la factura «mediante endoso o tradición manual» adquiere asimismo el derecho a retirar la mercancía?; la opinión general es adversa, y a nuestro juicio con razón (425).

Realmente existe una profunda diferencia entre la póliza de cargo, el talón de porte y el certificado de depósito, por un lado, y por otro, la factura; para retirar las cosas cargadas, transportadas o depositadas, se necesita poseer la póliza de cargo, el talón o el certificado de depósito; por ello hay verdadera conexión entre derecho y documento, y únicamente el que posee éste tiene el derecho. En cambio, para retirar las mercancías detalladas en la factura no es realmente necesario poseer ésta, no hay relación alguna entre factura y posesión de mercancías; la factura puede acompañar a ésta, pero puede enviarse posteriormente a la entrega.

142. Hasta ahora hemos hablado de la factura como *título de disposición;* vamos, pues, a ocuparnos de su *eficacia probatoria.*

Con este motivo hay que distinguir el valor probatorio de la factura respecto al *redactor* y respecto al *destinatario.*

A) La factura prueba *contra* el que la extiende por el solo hecho

(425) Véase a este propósito, Bolaffio: *Comm.*, vol. II, pág. 444.

de su emisión, y con independencia de si ha sido o no aceptada. El fundamento jurídico de esta eficacia probatoria es la *confesión* extrajudicial que contiene, cuya confesión se refiere a:

a) Un contrato anterior celebrado entre el emitente y el destinatario, o bien a la ratificación que se hace de un contrato celebrado entre el destinatario y el representante del librador que carece de los necesarios poderes;

b) La cantidad y calidad de las mercancías expedidas.

A este caso se aplican las normas relativas a la confesión (artículos 1.356 y sigs. del Código civil) (426).

B) La factura prueba *contra* el que la recibe, sólo si fué *aceptada.*

La aceptación puede ser *expresa* o *tácita.*

La *expresa* puede realizarse mediante aviso escrito (carta o telegrama) u oral, y también con la simple firma estampada en uno de los ejemplares de la factura.

La aceptación *tácita* se desprende de actos concluyentes, como la retirada de la mercancía después de recibir la factura, o su depósito en los almacenes del destinatario, o la reventa, o el descuento de las letras de cambio dadas al pago, descuento que debe hacerse después de recibir la factura.

Discútese si el *silencio* puede equivaler a aceptación tácita, o sea, la simple actitud pasiva del que la recibe; prevaleció durante mucho tiempo en la jurisprudencia la opinión de que quien recibe la factura y no protesta de ella debe considerarse que la acepta, pero a nosotros nos parece inadmisible esta opinión, porque la simple actitud pasiva no puede equivaler a declaración de voluntad, a menos que no vaya acompañada de circunstancias tales que la priven de su natural carácter de equivocidad.

Como creemos que la factura es sólo *un medio de prueba*, carece para nosotros de importancia el que se refiera exactamente al contrato ya celebrado o contenga *cláusulas nuevas;* la existencia y validez,

(426) Discútese si pueden reconocerse aún los caracteres de una verdadera y propia confesión extrajudicial, y especialmente si han de aplicarse en su integridad los principios que rigen la confesión acerca de las revocaciones, las retractaciones y la indivisibilidad del contenido. Hay quien dice que la factura constituye una prueba, aunque no necesariamente plena. Es decir, que la prueba inicial de la factura puede combatirse; esto hace Segrè: *Della sede del contratto e della fattura accettata*, en *Rivista di Diritto commerciale*, 1911, II, pág. 953. Otros niegan que la extensión de la factura sea para el que la extiende un testimonio o una confesión extrajudicial contra sí mismo, divisible o indivisible; Bolaffio: *Commento*, vol. I, pág. 346.

BIBLIOTECA FAC. DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES U. A. N. L.

tanto del uno como del otro, es un problema harto distinto del valor probatorio de la factura, que hay que resolver conforme a los principios generales que regulan la celebración de los contratos.

Por ello las cláusulas nuevas incluídas en la factura son, para el emitente, simples propuestas que únicamente vincularán, a tenor de las normas generales del art. 36, cuando hayan sido aceptadas y esta aceptación llegue a noticia del proponente, salvo los casos en que el artículo 36 reconozca que el contrato se perfecciona comenzando su ejecución. De igual suerte esas proposiciones vinculan al receptor únicamente cuando las *acepte*, siempre según los principios del art. 36. Por tanto, la aceptación de la factura en que estén incluídas nuevas cláusulas produce eficacia jurídica substancial y jurídico-probatoria, perfecciona un nuevo contrato y constituye prueba de él (427).

---

(427) El asunto de la factura mercantil ha provocado numerosas sentencias y una bibliografía copiosa, sobre todo respecto a las cláusulas, generalmente impresas, que se incluye en las facturas, cláusulas muy discutidas, tanto respecto al lugar del pago en el domicilio del vendedor como acerca de la derogación de los preceptos relativos a la competencia por razón del territorio, y también al plazo especial de caducidad para reclamar, etc. Fué creencia muy extendida, y en ella se inspiró durante cierto tiempo la mayor parte de la jurisprudencia, que si el destinatario, sobre todo después de recibir la mercancía, no reclama, esto equivale a la aceptación de las cláusulas todas insertas en la factura. Pero con justicia fué combatida esta teoría, fundándose en que la inclusión en la factura de cláusulas no convenidas anteriormente no puede tener otra eficacia, como decimos en el texto, que la de una proposición cualquiera. Conforme a algunos escritores, la obligatoriedad de las cláusulas no convenidas está fundada en los usos comerciales que motiva el que la simple inactividad de una de las partes respecto a la explícita declaración de la otra, encaminada a regir la relación con una modalidad accesoria, equivale a la aceptación. Pero claro que, aun en el caso de existir este uso contrario a la ley mercantil (art. 36), carecerían de eficacia. Otros tratan de distinguir entre cláusula accesoria referente a la ejecución del contrato, que debe estimarse aceptada, no por falta de reclamación o simple inercia, sino por la cooperación efectiva que presta el destinatario a la ejecución del contrato; en cambio, aquellas cláusulas agregadas a la factura que discrepen substancialmente de las pactadas necesitarían aceptación expresa (Bolaffio, *Comm.*, vol. II, págs. 353 y 354). No me parece aceptable esta distinción; no puede negarse, tratándose de estipulaciones nuevas, la necesidad de la aceptación expresa o tácita, a tenor del art. 36, si ha de tener eficacia vinculativa; porque, además, si esa cláusula se limita a expresar llana y simplemente normas corrientes, y como tales integradoras del contrato, la fuerza vinculativa de ellas no derivaría del silencio de la parte ni de la inserción de la cláusula en la factura, sino de la existencia de ese uso que legalmente forma parte de los pactos contractuales; esto es manifiestamente ajeno a la cuestión de la fuerza obligatoria o simplemente probatoria de la factura aceptada; en opinión de Bolaffio, una cláusula de tal naturaleza es la que ha producido más discusiones. Tratándose de la relativa al pago en el domicilio del deudor, el uso comercial derogaría lo dispuesto en el Código civil de que el pago ha de hacerse en el lugar del domicilio del deudor, y por eso en materia mercantil, salvo pacto en contrario, debe hacerse el pago en el domicilio del vendedor. La cláusula inserta en la factura en este sentido no haría más que referirse a un uso. Pero verdaderamente en materia mercantil es muy dudosa la existencia de un uso general en este sentido, y el hecho mismo de que el mayor número de discusiones recaiga precisamente sobre la eficacia vinculadora de esa cláusula inserta en las facturas, y sobre la aceptación de ella hace, por lo menos, discutible la existencia de lo invocado por Bolaffio. Entre los muchísimos escritos que tienen por asunto la factura, debemos recordar principalmente: Sraffa: *L'accettazione delle fatture e il silenzio*, en *Riv. di Dir. comm.*, 1903, I, 27, y 1904, II, 326; Pagani: *Le fatture accettate col silenzio* (*Ivi*, 1908, II, 475); Carnelutti: *Sull'efficacia delle clausole non accettate contenute nelle fatture commerciali* (*Ivi*, 1915, II, 1); Barrault, en *Annales de Droit commercial*, 1913, 347. Existe una extensa reseña de la numerosa jurisprudencia acerca de este escrito hecha por Osilia en *Riv. di Dir. comm.*, 1925, 10-12. La jurisprudencia más reciente opina, en general, como nosotros en el texto: indiscutible es que la aceptación puede ser tácita y su aceptación cosa esencialmente de hecho: Tribunal Supremo del Reino, 9 y 25 de mayo 1925 (*Repertorio* del *Foro ital.*, 1925, palabra *Fattura* n. 6 y 7).

§ 33.—La correspondencia.

SUMARIO: 143. Eficacia probatoria de la correspondencia. Copia de la correspondencia reproducida en el copiador de cartas.—144. Eficacia probatoria de los telegramas. El telegrama y el despacho. Prueba de la fecha y de la procedencia. Presunción de conformidad entre el telegrama y el despacho. Presunción de la procedencia y de la verdad de la fecha.—145. Telegrama conteniendo mención de firma legalizada por notario. Eficacia constitutiva del acto.—146. Discrepancia entre el original y el telegrama. Sus efectos. Resarcimiento de daños por error o retraso.

143. La *correspondencia* la componen las cartas, tarjetas postales y telegramas expedidos y recibidos; debe conservarlos el comerciante, a tenor de lo dispuesto en el art. 21 del Código de comercio.

El original de la correspondencia es un documento privado, y a él se aplican las normas relativas a la eficacia probatoria y constitutiva de

BIBLIOTECA FAC. DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES U. A. N. L.

esos documentos. Aun los contratos solemnes que requieren únicamente ser consignados en documento privado pueden formalizarse por correspondencia, siempre que ésta constituya un documento privado en sentido propio, es decir, que esté firmado por su autor (428). Desde el punto de vista de la eficacia probatoria también puede hacer fe la correspondencia no firmada, siempre que se pruebe que la letra procede de la persona contra quien se alega.

Pero la especialidad de la eficacia probatoria de la correspondencia consiste en que, no sólo basta para ello el *original*, sino también la *copia*, reproducida en el *copiador de cartas*, y en que constituye prueba, no sólo *contra*, sino también *en favor* del comerciante, según los preceptos relativos a los libros de comercio (art. 50), entre los cuales está incluído precisamente el copiador de cartas (429).

El copiador de cartas hace prueba del *contenido* de éstas y de los telegramas que en él se transcriben, no sólo del *envío*, sino del *recibo*, circunstancias que han de probarse por separado; una vez probado el envío y la recepción de una carta que puede individualizarse como la transcrita en el copiacartas, constituye prueba de su tenor exacto sin más requisitos.

Los *telegramas* merecen ser tratados por separado de la correspondencia.

144. El Código dedica a los telegramas los arts. 45, 46 y 47.

Telegrama, en el sentido propio de la palabra, es el escrito que se envía al destinatario por la oficina telegráfica de llegada, cuyo *original* o *despacho* es lo que ha escrito el expedidor y entregado a la oficina de origen.

Como el telégrafo es un medio de transmisión de la declaración de voluntad del expedidor, puede considerarse como una *copia* del original depositado en la oficina de origen; copia *indirecta* en muchos sistemas de telegrafía, porque la oficina de llegada redacta el telegrama, no sobre el original, sino conforme a signos transmitidos por la oficina de origen, pero copia, porque, a su vez, la oficina de origen lo que hace es reproducir en signos el original que se le ha entregado; en una palabra, que el telegrama puede definirse *copia de copia*. En los recentísimos sistemas de telegrafía en que las máquinas receptoras estampan directamente sobre cintas especiales el telegrama que se reexpide al destinatario, también es una copia hecha y enviada por la oficina transmisora, del despacho que fué entregado. Claro es, por consiguiente, que el valor de una copia depende: primero, del valor del original; segundo, de la fidelidad de la copia.

Conforme a los principios generales, el que recibe un telegrama y quiere servirse de él como medio de prueba, deberá demostrar: 1.°, que el original extendido es un medio idóneo de prueba; 2.°, que la copia reproduce fielmente el original. La ley, en su artículo 45, acude en auxilio del destinatario del telegrama indicando que, cuando pueda probar que el original estaba firmado por el expedidor o fué entregado o mandado entregar por él en la oficina de origen, el telegrama constituye prueba como documento privado, sin más requisitos.

Semejante precepto se interpreta de tres maneras:

Hay quien ha sostenido que la prueba que está a cargo del destinatario debe de ser, no sólo de la firma y entrega del original, sino, además, de la conformidad del telegrama con aquél, y ese auxilio consiste únicamente en equiparar a los documentos privados el despacho u original no firmado, sino simplemente entregado o hecho entregar por el expedidor.

Según otra opinión, una vez probada la firma o la entrega, se presumirá inmediatamente la conformidad dicha, y con presunción *iuris et de iure*, es decir, no susceptible de prueba contraria (430).

Según una tercera opinión, muy de nuestro agrado, probada la firma o la entrega, se presume, con presunción *iuris tantum*, la conformidad del telegrama con el original. Realmente, con la perfección técnica lograda en los medios de transmisión telegráfica, casi han desaparecido los motivos de error de transmisión, y se justifica, por tanto, perfectamente, la presunción de conformidad del telegrama con el original, basada en una probabilidad efectiva. En cambio, no se justifica la presunción absoluta, porque acabaría por prevalecer como declaración de voluntad del expedidor el telegrama sobre el despacho.

Esta opinión está, además, justificada por el texto legal que dice precisamente que, probada la firma o la entrega, el telegrama consti-

---

(428) Recordemos que ni la contextualidad ni la simultaneidad de la firma son requisitos necesarios en los documentos privados (véase más atrás, número 137).

(429) La eficacia probatoria de la correspondencia varía según esté dirigida a la otra parte o a un extraño; en este segundo supuesto constituye sólo un indicio, a tenor de los principios reguladores de la confesión extrajudicial (art. 1.358 Cód. civ.): Tribunal Supremo del Reino, 10 abril 1926 (*Giur. ital.*, 1926, I, 1, 685).

(430) Vighi: *La teoria dell'affidamento e l'articolo 46 del Codice di commercio.*

BIBLIOTECA FAC. DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES U. A. N. L.
UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ®
DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

tuye *prueba como documento privado*, salvo que necesite alguna otra cosa para que el telegrama despliegue su eficacia probatoria.

De suerte que, demostrada en vía de prueba suministrada por el destinatario, que el original procede del expedidor, y, por vía de presunción (431), la conformidad del telegrama con el original, el telegrama *constituye prueba como documento privado*.

Significa esto, que el telegrama, aun cuando no esté firmado por el expedidor, la ley lo equipara a los documentos privados en sentido propio o restringido.

Dice el artículo 45 que el telegrama hará prueba como documento privado, y eso equivale a decir que sólo tiene el *valor probatorio*, no el *valor constitutivo* de los documentos privados; de modo que no sirve para dar vida a un negocio jurídico para el que se requiera el documento *ad substantiam* (432). Y añade el primer apartado del mismo artículo 45, que «si la firma del original está legalizada por notario, se aplicarán los principios generales; si la identidad de quien ha suscrito o entregado el original se comprueba por otros medios señalados por los Reglamentos de Telégrafos, se admite prueba en contrario».

La primera parte de este artículo podría inducir a creer que, cuando la legitimación notarial aparezca en el telegrama, se admite como cierta la firma del original mientras no sea tachada de falsa; pero la deducción sería inexacta; el telegrama no es obra del notario, sino del telegrafista; la afirmación de la existencia de la legitimidad es perfectamente impugnable sin necesidad de accionar de falsedad; basta impugnarla y probar de cualquier modo su falsedad; pero si la afirmación resulta cierta, la exactitud de la firma en el original, probada queda hasta que se tache de falsa. De modo que, cuando el telegrama cursado al destinatario contenga la afirmación de la oficina telegráfica de que la firma del original ha sido legitimada por notario, surge la presunción de existencia de la legitimación en el original y, consiguientemente, la otra presunción de autenticidad de la firma, que no puede destruirse sino en virtud de declaración de falsedad.

La segunda parte del primer apartado del 45 establece la presunción de legítima procedencia en el caso también de que la identidad del expedidor se declare en las formas establecidas en los Reglamentos de Telégrafos; se trata aquí también de una presunción *iuris tantum*, que puede impugnarse aduciendo todos los medios de prueba.

El segundo apartado del 45 establece una última presunción legal para cuando la fecha que aparezca en el telegrama, tanto de expedición como de llegada a las oficinas de Telégrafos, se presuma cierta, mientras no se pruebe lo contrario.

Trátase, en realidad, de una ampliación posterior de la presunción, mediante la cual, declarada la procedencia del telegrama del expedidor, se presume la conformidad del telegrama con el original o despacho; realmente, la fecha es un elemento del original, y si se presume cierta, esto implica la presunción de que corresponde a la del original.

145. En esta materia del valor jurídico del telegrama como reproducción del despacho, hay un precepto muy obscuro en el artículo 47, que añade: «será válido y hará prueba en juicio en materia mercantil, tanto el mandato como cualquier otra manifestación de consentimiento, aun judicial, transmitido telegráficamente, cuya firma haya sido legalizada por notario conforme a los Reglamentos de Telégrafos».

Difícil es concordar este artículo y el primer apartado del 45, porque, según éste, cuando el original ha sido legalizado por un notario, y se reproduce en el telegrama la mención de ello, se presume auténtica la firma, mientras no se tache de falsa, y no se adivina qué ha podido agregar a esta disposición el artículo 47; el inciso «en materia comercial» frente al artículo 45, sería una limitación, porque éste es aplicable también en materia civil, y es una de aquellas disposiciones, como la del 36, redactada ocasionalmente en el Código de comercio, pero que es aplicación y desenvolvimiento de principios generales de derecho privado.

En substancia, que la distinción del 47 es, por lo menos, superflua, y la mejor explicación que puede darse de la inserción de este artículo en el Código de comercio es la de que, según el 47, ha querido darse al telegrama legitimado, además de la *eficacia probatoria* de que se

(431) Coppa-Zuccari: *I telegrammi in rapporto alle scritture private*, n. 128 y 129, seguido por Navarrini: *Trattato*, vol. V, n. 2.128 y 2.129, niega la existencia de esta presunción, y dice que el destinatario debe probar también la conformidad del telegrama con el despacho. Pero Vivante: *Trattato*, vol. IV, n. 1.611, nota 74, dice en contra, y con razón, que, si se atribuye eficacia jurídica exclusivamente al despacho, se priva de su razón de ser a lo dispuesto en los artículos 45 y 47 del Código.

(432) Cuanto queda dicho en el texto es aplicable al *telegrama:* el *despacho* en cambio, cuando reuna los caracteres de verdadero documento privado, también tiene el valor constitutivo probatorio de éste (Vivante: *Trattato* IV, n. 1.617).

BIBLIOTECA FAC. DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES U. A. N. L.
UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ® DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

ocupa ya el 45, la *constitutiva* también de que carece, según éste (433). Ya hemos visto que con el artículo 45 el legislador atribuye al *telegrama*, aunque esté redactado por el oficial de Telégrafos y no por la parte, igual valor *probatorio* que al documento privado; pero no le ha reconocido también *eficacia constitutiva*, es decir, la posibilidad de crear un negocio jurídico que exija *ad solemnitatem* que se consigne por escrito; eficacia que le atribuye el 47 cuando el original o despacho lleve la legitimación de notario. Esto se deduce también de la dicción distinta usada en los dos artículos: en tanto que el 45 dice que el telegrama *hará prueba como documento privado*, el 47 dice que el *telegrama será válido y hará prueba*.

146. La distinción entre *telegrama* y *original* o *despacho*, consiste en que el primero, que se entrega al destinatario, debe ser considerado únicamente como copia del original; implica que, para la eficacia jurídica del telegrama, lo decisivo es el tenor del original y no el de la copia librada al destinatario; es el despacho, no el telegrama, el que encierra la declaración de voluntad del expedidor (434); por lo tanto, en caso de disparidad entre el original y el telegrama, no habrá declaración de voluntad válida, porque la declaración llegada a manos del destinatario no es la que quiso el expedidor, y la que, efectivamente, fué querida por éste, no llega a manos del destinatario.

Nace en este caso la duda de si se trata de discrepancia entre voluntad y declaración, o bien de una declaración de voluntad imperfecta; e importa mucho distinguirlo, porque, si se trata de declaración de voluntad viciada, la disparidad entre voluntad y declaración no causa nulidad si se debe a culpa del declarante, en tanto que la habrá siempre si se trata de declaración incompleta, salvo el resarcimiento de daños si la declaración llega a manos del destinatario alterada por culpa del expedidor.

Creemos que no cabe hablar de discrepancia entre voluntad y declaración, porque el telegrama no es un medio de *expresión* de la voluntad del expedidor, sino un medio de *transmisión* de la voluntad declarada ya en el original o despacho; por consiguiente, aun en el caso de error de transmisión por culpa del expedidor, jamás habrá validez de la declaración equivocada contenida en el telegrama, y sólo habrá lugar al resarcimiento de daños por el expedidor cuando los daños existan y la culpa sea de éste.

(433) Consúltese Coppa-Zuccari: *I telegrammi in rapporto alle escritture private*, Roma, 1900, n. 12 y siguientes.

(434) Segrè: *Comm.* al art. 46, n. 4.

En tal sentido, parece realmente resuelto el problema por el artículo 26 del Código de comercio, que dice: «En caso de error o retraso en la transmisión de telegramas, se aplicarán los principios generales relativos a la culpa; pero el expedidor de un telegrama, si ha cuidado de pedir el cotejo o de certificarle con arreglo a los reglamentos telegráficos, se presume exento de culpa».

Y a virtud de esta disposición, quien debe resarcir los daños es aquel a quien se retrotraiga la *culpa* del error o del retraso entre los que hayan intervenido en la transmisión telegráfica: expedidor, administración de Telégrafos, destinatario; culpa que habrá de probarse severamente conforme a los principios del derecho común.

Pero la oficina de Telégrafos, que es la culpable, en la mayor parte de los casos, de los errores o retrasos, está exceptuada completamente de responsabilidad por una serie de disposiciones contenidas en reglamentos y reiteradas en la ley de 7 de abril de 1892, n. 184, acerca de los teléfonos (art. 23) (435), que amplía expresamente la irresponsabilidad del Estado, tanto por faltas en el servicio telefónico como en el telegráfico, y disipa cuantas dudas pudieran surgir para lo sucesivo acerca de la constitucionalidad de las anteriores normas reglamentarias. De suerte que hoy día, y cualquiera que sea la culpa de la Administración, no hay que pensar en responsabilidad de ella, y únicamente puede pedir el perjudicado la devolución de lo pagado, o una indemnización fija, si el telegrama fué «recomendado». No hay más responsabilidad que en caso de dolo, que se exige integra; ni tampoco cabe el que, una vez exenta de responsabilidad la Administración, subsista la personal del funcionario culpable del error o del retraso, porque a más de la insignificancia práctica de semejante responsabilidad, como se trata de una culpa contractual por incumplimiento de obligación, y, por tanto, del incumplimiento no puede responder sino quien asume la obligación, que es, en este caso, el Estado, no el funcionario.

Desechada la responsabilidad de la Administración, queda la del expedidor o la del destinatario, según quien tenga la culpa, que en el expedidor puede consistir en la mala redacción del despacho, dirección inexacta o incompleta, tardía presentación en la ventanilla de Telégrafos, etc.; y la del destinatario en no haber pedido rectificación de un telegrama ambiguo o incompleto, en no haber facilitado su dirección,

(435) Véase texto único, 3 mayo 1903, n. 196, arts. 32 y 33, y reglamento 21 mayo 1903, n. 253, art. 103.

BIBLIOTECA FAC. DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES U. A. N. L.
UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ®
DIRECCIÓN GENERAL

no haber satisfecho el exceso de tasa a que estaba sujeta la entrega del telegrama: culpa que habrá de calificarse, según la diligencia media de un buen comerciante, sin pedir una especial o excesiva.

Si la Administración fué la culpable del error o retraso, para el expedidor y el destinatario constituiría un *caso fortuito*, cuyo daño debe soportar cada uno en la proporción que lo sufra.

Se presume exento de responsabilidad el remitente, si ha recomendado o mandado cotejar (colacionar) el telegrama, colación que consiste en exigir y obtener que lo repita la oficina de destino, con intervención de las otras intermedias que hayan cooperado a la transmisión. Contra la presunción de irresponsabilidad, dicho se está que cabe la prueba contraria.

§ 34.—Libros de comercio y anotaciones de los agentes mediadores.

Sumario: 147. Libros de comercio. Obligación de llevar libros. Distintas clases de ellos. Disposiciones reguladoras de la teneduría de libros.—148. Fuerza probatoria de los libros de comercio. Generalidades. Eficacia probatoria a favor del que los lleva. Condiciones y límites.—149. Eficacia probatoria de los libros contra quien los lleva.—150. Notas o libros de los agentes mediadores y su fuerza probatoria. Libros especiales de los agentes mediadores. Fuerza probatoria en las relaciones entre mediadores y las partes; en las relaciones entre las partes.—151. Procedimiento para alegar en juicio la fuerza probatoria de los libros de comercio. Exhibición y manifestación: su diferencia y formas. Sanciones en caso de negativa a exhibir los libros.

147. Los libros de comercio son aquellos registros en que el comerciante asienta sus negocios desde varios puntos de vista y en forma más o menos minuciosa y detallada: los particulares también suelen llevarlos y en ellos van registrando el movimiento de su haber privado. La diferencia entre unos y otros consiste en que es obligatorio para los primeros y no para los segundos, y en que los libros de comerciantes tienen *fuerza probatoria*, de que carecen los de los particulares.

A) Obligación de llevar libros.—Esta se impone: en interés del comerciante para que pueda estar al corriente de sus negocios mismos, de la situación patrimonial y obtener de ellos la prueba de sus derechos; en interés de quien con él contrate, para que pueda fundar en los mismos la defensa de sus derechos; y, sobre todo, en interés del público para que, en caso de quiebra, puedan reconstruirse exactamente todas las operaciones realizadas, conocer la solidez verdadera de su patrimonio y averiguar si ha habido simulación o substracción (436), Y tan es ese el fundamento de la obligación de la teneduría de libros que las *sanciones* al incumplimiento de esta obligación sólo se aplican en caso de quiebra; el quebrado que no llevó legalmente sus libros incurre en bancarrota por ese sólo hecho (número 5 del 856, y 857; número 1 del 859 del Código de comercio) (437); tienen obligación de llevarlos todos aquéllos, aun los más modestos: el vendedor ambulante y aun el analfabeto, y si personalmente no pueden hacerlo, deberán encargar de ello a otro. Son *obligatorios* los libros siguientes:

1.° *Libro Diario* (art. 21 del Código de comercio), en el que el comerciante debe asentar separadamente, *día por día*, todas las operaciones de su comercio y todo cuanto recibe o paga por cualquier título bien sea mercantil o civil.

En él deben anotarse también los gastos familiares, pero puede anotarlos globalmente, *mensualmente;* las grandes empresas que no pueden asentar en un solo libro sus operaciones todas, suelen dividir el Diario en otras tantas secciones como ramas del negocio en general, y sus resultados se resumen en un Diario complejo. El conjunto de los libros especiales forma el libro Diario exigido por la ley; el complejo no es un verdadero libro Diario a tenor del artículo 21, sino un auxiliar meramente voluntario, no obligatorio.

2.° *Libro de inventarios* (art. 22 del Código de comercio). Llámase inventario a la descripción que al final de cada año debe hacer el comerciante del estado de su patrimonio, en cuya descripción ha de comprender todos sus bienes muebles e inmuebles, deudas y créditos, cualesquiera que sean su índole y procedencia. Bienes son únicamente aquellos que *existen realmente y tasados por su valor exacto en la fecha del inventario:* los créditos se asentarán por su valor nominal si son saldos exigibles; de otra suerte, se asentarán con una adecuada deducción, y si no son exigibles no deberán figurar en él. Debe el inventario reproducirse *todos los años* y transcribirse en un registro especial o en

(436) Así Vivante: *Trattato*, vol. I, n. 156.

(437) Esta sanción no afecta al comerciante en pequeño, es decir, aquellos cuyo pasivo no exceda de 50.000 liras, porque la ley de 24 de mayo de 1903, n. 197, ha suprimido para estas quiebras pequeñas la acción penal nacida de bancarrota simple (apartado del art. 38); pero esto no impide la obligación que, como hemos dicho en el texto, tiene también el pequeño comerciante de llevar libros; discútese si la sanción es aplicable asimismo a los administradores de sociedades; véase, en sentido contrario, Vivante, en *Riv. di Dir. comm.*. 1904, II, 540, y Bolaffio: *Comm.*, vol. I, pág. 708, nota 2.

BIBLIOTECA FAC. DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES U. A. N. L.

el libro Diario, como hacen los comerciantes en pequeño, que al comenzar los asientos de cada año ponen en cabeza el detalle de su estado patrimonial. Precisa que se haga anualmente, pero no se requiere un libro especial de inventarios. Debe seguir al inventario el *balance*, en el que se resume el pasivo y el activo, y la cuenta de *pérdidas y ganancias*, cuenta en que se anotan sumariamente los negocios desde el punto de vista de las utilidades o pérdidas que han producido.

3.° El *copiador de cartas* (apartado del art. 21 del Código de comercio), en donde se reproducen a mano o mecánicamente todas las cartas y telegramas que envia el comerciante.

4.° *Legajos de correspondencia recibida* (apartado del art. 21 del Código de comercio), en donde se coleccionan todas las cartas y telegramas recibidos por el comerciante.

Además de los libros oficiales obligatorios, el comerciante *puede* llevar otros facultativos o auxiliares, y en realidad los llevan todas las empresas bien ordenadas.

Entre los libros auxiliares, los más importantes son:

1.° El *libro Mayor*, en que se reproducen *sistemáticamente* los asientos hechos en el Diario *cronológicamente*. A todo corresponsal se le abre una cuenta especial que consta de Debe y Haber.

2.° *Libro de vencimientos*, en donde se anotan los vencimientos de letras, de los cobros o pagos.

3.° *Libro de almacén*, en que se anota el movimiento de las mercancías.

4.° *Libro de caja*, en que se lleva cuenta de las cantidades pagadas y cobradas, etc.

Para que pueda decirse que los libros están *legalmente* llevados, es necesario:

1.° Que previamente sean *visados* (art. 23 del Código de comercio); operación que ha de realizar el juez del distrito correspondiente o el pretor, y, cuando no exista éste, un notario. El libro Diario y el de inventarios han de estar numerados y firmados todos sus folios, extendiendo en la última página una diligencia expresiva del número de folios de que consta, y que ha de suscribir el juez o el notario. El copiador de cartas habrá de firmarse al final, expresando el número de folios que contiene.

Los Juzgados de primera instancia deben llevar un registro en que conste el nombre de los comerciantes presentantes de los libros, la naturaleza de éstos, la cantidad de hojas firmadas; los pretores que hayan visado y firmado libros deben enviar esta nota anualmente al Tribunal, y lo mismo deben hacer los notarios (art. 24 del Código de comercio).

2.° *Que se lleven con arreglo a las prescripciones legales* (artículo 25 del Código de comercio); la ley no prescribe método especial para la contabilidad y, por tanto, no es obligatoria la partida doble. Deben llevarse por orden de fechas, sin espacios en blanco, interlineados y salvar los márgenes.

No debe enmendarse de tal suerte que sea ilegible lo ya escrito, y, si hay que enmendar algo, debe practicarse de modo que la palabra tachada permanezca legible.

Deben conservarse durante diez años desde el último asiento hecho, es decir, por un tiempo igual al de la prescripción ordinaria en materia mercantil (art. 26).

148. *B) Fuerza probatoria de los libros de comercio* (arts. 48-52 del Código de comercio).

Los libros de comercio obligatorios llevados legalmente poseen fuerza probatoria especial; por excepción a aquel principio general de que nadie puede crear en su beneficio una prueba, los libros de comercio, no sólo hacen fe *contra* quien los lleva, sino también *a favor* del tenedor. Así como los artículos 1.329 y 1.330 del Código civil dicen que los libros de los comerciantes harán fe contra ellos, y que los libros y documentos privados hacen fe contra quien los escriba, los artículos 48 y 49 del Código de comercio declaran que los libros mercantiles no sólo hacen prueba entre los comerciantes y en materia mercantil, sino también a favor de los llevadores. En cambio, *todos los libros de comercio, aun los voluntarios*, y por más que se lleven irregularmente, hacen prueba *contra* quien los lleva, sea cualquiera el asunto en que se invoque.

1.° *Eficacia probatoria a favor del que lleva los libros* (arts. 48 y 49). El fundamento de la eficacia probatoria especial de los libros de comercio a favor del comerciante que los lleva consiste en la sucesión cronológica de los asientos que aseguran contra alteraciones posteriores a lo ya sentado y la correspondencia en que están los distintos libros, permitiendo una intervención recíproca.

Las condiciones exigidas por la ley para que los libros puedan hacer prueba a favor de quien los lleva son:

a) Que se trate de libros obligatorios; los voluntarios no disfrutan de esta especial fuerza probatoria, como *a contrario* se deduce del artículo 49;

b) Que estén llevados con arreglo a la ley, o sea, que hayan sido

BIBLIOTECA FAC. DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES U. A. N. L.

visados y se lleven conforme a los principios del artículo 25. Si en algún asiento se han infringido las reglas fijadas en ese artículo, el defecto *local* no invalidará más que el asiento mal extendido, pero no la legalidad *general* del libro y su fuerza ordinaria probatoria. Para considerar los libros normalmente llevados no es necesario que haga personalmente los asientos el comerciante: los asientos del empleado que lleva la contabilidad surten los mismos efectos que si estuviesen escritos por el principal (apartado del art. 48 del Código de comercio). Discútese si de los libros llevados irregularmente cabe inducir al menos algún principio de prueba a favor del comerciante: para nosotros carece de eficacia en este sentido el libro irregularmente llevado, porque desaparecen aquellos supuestos que sirven de base para atribuir especial fuerza probatoria a los libros de comercio. Tampoco cabe reconocer presunción a favor del comerciante de los libros irregularmente llevados, porque entonces, indirectamente, mediante la prueba indiciaria, se daría al libro una fe que le ha negado expresamente el legislador. Sólo en materia de quiebra (art. 49), en que se concede al juez, para comprobar la exactitud de los créditos, facultad de obtener elementos probatorios, aun a favor del quebrado, de los libros llevados irregularmente (consúltese el art. 761 del Código de comercio), sufre aquel principio una excepción, que obedece a que se han recogido inmediatamente los libros del fallido (art. 737 del Código de comercio)-y, por consiguiente, aminora las sospechas de que esa tenencia irregular haya servido de medio fácil a asientos o alteraciones fraudulentas (438).

c) Que se trate de una cuestión entre comerciantes.—Si no lo es una de las partes, deja de ser de aplicación el principio contenido en los artículos 48 y 49, y entra en vigor el 1.328 del Código civil, que declara que los libros de los comerciantes carecen de fe contra los que no lo son, en cuanto a los suministros asentados en ellos, pero que autoriza el juez a deferir de oficio el juramento de una u otra parte (439). Se ha dicho que los libros de los comerciantes hacen fe a su favor aun cuando no sea comerciante la otra parte, a tenor del artículo 54; pero el principio de éste, de carácter *general*, queda ineficaz ante la norma *específica* del artículo 48, que expresamente requiere el carácter de comerciante en los dos litigantes.

d) Que se discuta sobre un asunto mercantil.—Si la controversia recae sobre un asunto mercantil *para ambas partes*, la cosa no ofrece

(438) Segrè, artículo 49, n. 13.

(439) Consúltese Cass. Roma, 26 octubre 1908 (*Giur. ital.*, 1908, I, 1, 1.009)

duda; pero surge cuando lo es sólo para una de ellas, aun cuando el caso se presente difícilmente, porque, siendo comerciantes ambos cuantos actos realicen se presumirán de carácter mercantil, a tenor del artículo 4.°; mas cabe que suceda cuando se suministre la prueba contraria de que habla el citado artículo 4.°; en este caso, creemos que debe aplicarse el 49, si recae sobre *materia mercantil*, según el 54, porque para éste es *materia mercantil* también la *relación mixta*, es decir, comercial por una parte y civil por la otra (440).

Una vez que concurran estos cuatro requisitos, los libros de comercio hacen prueba *aun a favor del que los lleva*. Sin embargo, la eficacia probatoria de cada libro está limitada, por lo que se deduce de la función del libro mismo; así, por ejemplo, el copiador de cartas, que prueba el hecho y los términos de la correspondencia mediada entre ambas partes, sirve para probar la *celebración* del contrato, pero el libro Diario, que indica dia por día las operaciones del comerciante, servirá para probar la *ejecución*.

La eficacia de los libros de comercio a favor del comerciante es meramente *probatoria*, no *constitutiva;* y así se desprende literalmente de la dicción de los artículos 48 y 49; por consiguiente, los libros jamás podrán invocarse para probar la existencia de un contrato que exija el documento público *ad substantiam*, como, por ejemplo, una compra-venta de bienes inmuebles.

Pero hay más: la eficacia probatoria de los libros, sancionada por el artículo 49 del Código de comercio a favor del comerciante que los lleva, no podrá transformar los libros en lo que no son, esto es, en documentos privados emanados de la parte *contra* quien se invoca; ni tampoco podrán substituir los documentos privados en su función *normal* probatoria que presupone la procedencia de la persona contra quien la prueba se aduce. Por eso, cuando la ley exige la prueba por escrito y su consecuencia sabida, de la exclusión de la prueba testimonial (art. 53 del Cód. de com.), la existencia de asientos en los libros por la parte a favor de la cual se invoca el hecho que hay que probar, no

(440) De este parecer son la mayoría de los escritores. En contra: Vivante: *Trattato*, vol. IV, n. 1.601; Bolaffio: *Comm.*, vol. I, págs. 21-22, y vol. II, pág. 405, quien opina que en el artículo 48 ha usado la ley impropiamente la frase: «en materia mercantil». La principal razón que dan estos escritores para negar que los libros mercantiles hagan prueba en este caso es que no podría haber cotejo entre los libros de ambas partes, porque el comerciante no está obligado a asentar en forma especial en sus libros los gastos de familia (Ap. Roma, 6 julio 1907: *Riv. di Dir. comm.*, 1907, 178).

BIBLIOTECA FAC. DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES U. A. N. L.

basta para constituir la prueba escrita querida por la ley y dar paso a la prueba de testigos. Por la misma razón de que falta la procedencia de la parte contra quien se invoca la prueba, no pueden constituir los libros principio de prueba escrita a favor del que los lleva.

En resumen, que el principio de los artículos 48 y 49 es un principio *excepcional* que hay que mantener en los *límites rigurosos* señalados por la ley, la cual, entre otros, confiere expresamente un poder discrecional al juez para apreciar el resultado de la prueba de libros a favor de quien los lleva (los libros de comercio *pueden* dar fe) (441).

149. *Eficacia probatoria de los libros contra quien los ha llevado* (art. 50).—Aquí recobran vigor los principios generales del Código civil; por eso el 50 no hace sino reproducir literalmente el 1.329 del Código civil, que dice: «Los libros de los comerciantes harán fe contra éstos, pero el que pretenda obtener beneficio de los mismos habrá de atenerse a lo que de ellos resulte en su contra»; de modo que quedan sin efecto cuantas condiciones y limitaciones imponen los artículos 48 y 49, en el caso de invocarse los libros contra quien los ha llevado; hacen fe también los libros auxiliares y aun los irregularmente llevados, y hacen fe también entre comerciantes y no comerciantes, y aun en materia no mercantil. En resumen, que los asientos de los libros constituyen una *confesión escrita extrajudicial hacia la parte contraria* (arts. 1.356 y 1.358 del Código civil).

La eficacia probatoria de los libros de comercio contra quien los lleva es plena en el sentido de no necesitar complemento alguno. Por ello *a fortiori* puede integrarse con otra clase de prueba, como el juramento y la de testigos; de suerte que los asientos de los libros de comercio permiten acudir a la prueba testimonial como principio de prueba por escrito.

Sin embargo, la eficacia probatoria plena asignada por el artículo 50 del Código de comercio a los libros, cuando se invoca *contra* el que los lleva, no basta para transformar el libro en lo que *no es*, es decir, en un verdadero documento privado. Por tanto:

a) La eficacia de los libros es también aquí puramente *probatoria*, pero no *constitutiva*, y por ello no bastan para crear negocios jurídicos en que se requiera el documento *ad substantiam*.

(441) Véase, por último, Tribunal Supremo del Reino, 27 marzo 1925 (*Repertorio* del *Foro ital.*, 1925, palabra *Libri di comm.*, n. 6), que destaca el que la fuerza probatoria de los libros de comercio regular o irregularmente llevados no impide que el juez critique la resultancia de ella y la posibilidad de un convencimiento contrario mediante otros elementos de prueba.

b) A la prueba que suministran los libros no se aplica la limitación del artículo 1.341 del Código civil, que impide oponer la prueba de testigos al contenido del acto por escrito. Por ello, el comerciante podrá siempre impugnar los resultados de sus propios asientos, rectificar alguna partida, demostrar el error de ella y hacerlo con todos los medios reconocidos por la ley, entre los cuales están la prueba de testigos y las presunciones; pero esta prueba contraria incumbe pedirla a quien ha llevado los libros, y hasta que no la practique hacen fe los resultados de los asientos.

150. *C) Libros de los agentes mediadores y fuerza probatoria de los mismos* (arts. 33 y 52 del Código de comercio).—Los agentes mediadores deben llevar algunos libros especiales conforme a las exigencias de su profesión; estos libros son:

1.° Una libreta en hojas sueltas en la que deben anotar, aunque sea con lápiz y sumariamente, pero por separado, todos los negocios realizados como mediador, tanto en Bolsa como fuera de ella, a contado o a plazo, y aunque los contratantes hayan desistido.

2.° Un libro diario, que debe reproducir día por día las condiciones de los negocios en que él ha mediado.

3.° Copiador de cartas y legajos de correspondencia recibida.

En cambio, no se les obliga a llevar el libro de inventarios.

Además:

4.° El agente mediador, apenas haya celebrado el contrato y anotado en la libreta, debe entregar a cada una de las partes una nota que contenga copia del asiento.

Sobre el valor probatorio de estos libros o notas de los mediadores hay que distinguir:

a) En las relaciones entre el mediador y las partes, los libros hacen prueba en favor y en contra del mediador, conforme a los artículos 49 y 50.

b) En la relación entre las partes que han celebrado un contrato interviniendo agente mediador, el art. 52 deja en libertad al juez de dar a los libros y asientos de aquél la fuerza probatoria que merezcan, según las circunstancias.

Si las notas entregadas por el mediador estuviesen firmadas por las partes, adquieren carácter de verdaderos documentos privados, y llevan consigo la eficacia probatoria y constitutiva que se reconoce a éstos.

151. *D) Procedimiento para alegar en juicio la fuerza probatoria de los libros de comercio* (arts. 27, 28 y 51 del Cód. de com.).

BIBLIOTECA FAC. DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES U. A. N. L.
UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ®
DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

Los medios procesales para que se reconozca la fuerza probatoria de los libros de comercio son dos: su *exhibición* y *comunicación*. La *exhibición* es la forma más limitada de presentarlos: se hace al juez y consiste en testimoniar aquella parte relativa sólo a la controversia. La *comunicación* reviste formas más amplias, y consiste en poner a disposición de la parte contraria todos los libros del comerciante.

Esta puede *ofrecer* la exhibición y comunicación de sus libros en apoyo de la acción o excepción que ejercite, o bien puede *pedirla* de la otra parte, o bien, por último, puede *ordenarla de oficio el juez*.

1.° En el primer caso puede hacerse la *exhibición* también, presentando un testimonio notarial de los asientos pertinentes a la controversia. Hay quien cree obligatoria siempre la presentación al juez, pero no lo creemos así, porque los notarios están autorizados generalmente para librar testimonio de los autos o documentos que no han redactado ellos, y sólo en el caso en que el juez crea de su deber examinar por sí todo el libro para copiar algunos asientos, o bien se trate de impugnar la regularidad de los libros (porque la aseveración de regularidad que haga el notario no baste), el juez mismo, de oficio, o a petición de parte, puede ordenar que *se le* exhiban los libros (442). La *comunicación*, o sea la presentación al colitigante, puede también hacerse (aun cuando el caso sea rarísimo) espontáneamente por el que haya llevado los libros, y podrá hacerlo depositándolos en la secretaría judicial.

2.° Cuando la parte que ha llevado los libros no los exhiba o los comunique espontáneamente, puede ordenar al juez que lo haga, o a *petición de parte* o *de oficio*. Esta obligación de exhibir o comunicar los libros tiene su fundamento jurídico en que, si bien *en conjunto* son propiedad de quien los lleva, *los asientos en particular* son dominio de todos los que han participado en el negocio a que se refieren; en esta *copropiedad de los asientos* se funda la obligación de exhibir o comunicar los libros (443).

(442) Por último, en este sentido, Tribunal Supremo del Reino, 19 septiembre 1925 (*Repertorio* del *Foro ital.*, 1925, palabra *Libri di comm.*, n. 7; Ap. Milán, 21 febrero 1923 (*Mon. trib.*, 1923, 336). No faltan, sin embargo, fallos anteriores en sentido contrario.

(443) Véase especialmente Vivante: *Trattato*, vol. I, n. 176 y 177. Bolaffio: *Comm.*, vol. I, págs. 715 y sigs., sobre todo bajo el influjo de que no existe derecho alguno propio de las partes a la exhibición, porque el ordenarla queda al prudente arbitrio del juez, y el uso que haga de esta facultad no puede impugnarse en casación, de suerte que la obligación de exhibirlos

a) Sólo puede ordenar el juez la *exhibición* pendiente la litis; no se puede incoar un juicio para obtenerla, y por ello sólo puede ordenarse respecto a los libros que pertenezcan a *uno de los litigantes*; ni cabe tampoco que intervenga en el pleito una persona sólo para obtener la exhibición de sus libros, porque en los libros de propiedad de un extraño no hay aquella comunidad de los asientos, fundamento de la obligación de exhibirlos (444).

Por ello cabe ordenar la exhibición, tanto de los libros obligatorios como de los auxiliares o voluntarios, previa prueba de que se llevan; y el principio de la comunidad de los asientos se aplica también a los auxiliares (445).

El que pide la exhibición debe indicar qué parte de ellos ha de copiarse, porque realmente no hay que olvidar que el pedir la exhibición de los libros del contrario basta para satisfacer la obligación que le incumbe respecto a la prueba; la exhibición es el medio de aducir una prueba que ya *pertenece* a la parte, en la que es coparticipe, pero, para que pueda considerarse cumplida la obligación, hay necesidad de especificar los asientos, porque la copropiedad aludida no recae sobre el libro entero, sino sólo sobre *aquellos asientos, en particular*, referentes al negocio (446).

En materia civil puede también pedirse la exhibición de libros de comercio; realmente los libros, aun en esta clase de asuntos, poseen uerza probatoria contra el comerciante, y para alegar esta eficacia

está fundada en la obligación de llevarlos y la de *comunicarlo*, o en un derecho de copropiedad sobre los libros que subsiste en algunos casos (entre coherederos en el condominio), o en una participación en los derechos, que en los libros comunicables tienen expresión o justificación (quiebra, relación entre herederos y legatarios) (*Ivi*, pág. 739). Afirman otros que tanto la exhibición como la comunicación tienen el mismo fundamento en la obligación legal de la tenencia de libros: Navarrini: *Trattato*, II, n. 210. La copropiedad como fundamento de la obligación se halla expuesta en una sentencia reciente del Tribunal Supremo del Reino de 8 de febrero de 1926 (sentencia n. 354, inédita), y, no obstante las objeciones que se le han hecho, parece la única que explica satisfactoriamente el régimen procesal entero de la prueba de libros: pretender fundar este régimen en la obligación legal de llevar libros nos parece que es despedirse de dar una explicación.

(444) Cass. Roma, 12 noviembre 1923 (*Giur. ital.*, 1923, I, 1, 911).

(445) Consúltese Cass. Turín, 28 noviembre 1921 *(Mon. trib.*, 1922, 361), Tribunal Supremo del Reino, 13 abril 1926 (sentencia n. 1.097, inédita).

(446) Consúltese Ap. Génova, 1.° marzo 1918 *(Riv. di Dir. comm.*, 1918; 427); Ap. Catania, 18 diciembre 1922 (*Foro civ.*, 1922, 305).

BIBLIOTECA FAC. DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES U. A. N. L.

probatoria es necesario poder pedir la exhibición de ellos (447), además de que el principio de la comunidad de los asientos, que es la base de este derecho de exhibición, tiene carácter general y sirve tanto para asuntos civiles como comerciales; y ese art. 27 es una de aquellas normas comunes a ambas materias que sólo ocasionalmente están consignadas en el Código de comercio.

La exhibición se realiza ante el juez en el día y lugar indicados en la providencia que la dispuso, y la práctica de esa diligencia consiste en testimoniar el secretario aquellos particulares de los libros relativos a la contienda; diligencia a la que no puede asistir la parte que pidió la exhibición (448): este medio procesal se diferencia de la comunicación de libros en que sólo se ponen a disposición de la parte contraria *ciertos asientos, y no todo el libro* (449).

b) La *comunicación* de los libros es un medio excepcional que sólo en *determinados casos* permite la ley cuando hay que investigar el patrimonio entero del comerciante; cuatro son estos casos: si el asunto litigioso recae sobre cuestiones de *sociedad, comunidad, quiebra* o *sucesión;* casos todos en que la copropiedad de los asientos no comprende sólo uno *especial,* sino *todos ellos,* porque quien pide esa comunicación se halla interesado en la hacienda o establecimiento del que lleva los libros.

Puede concederse durante el pleito, pero nunca ser objeto de una demanda principal; puede pedirse por la parte o disponerla, de oficio, el juez. y lo que ordena en este sentido el artículo 27, aunque no está

---

(447) Véase Rocco: *L'esibizione dei libri commerciali in materia civile,* en *Riv. di Dir. comm.,* 1903, II, 172; Ap. Roma, 27 marzo 1909 (*Giur. ital.,* 1909, I, 2, 397); Ap. Génova, 4 junio 1916 (*Temi gen.,* 1916, 423). No deja de haber, sin embargo, sentencias en contrario: Ap. Bolonia, 13 septiembre 1907 (*Giur. ital.,* 1908, I, 2, 85).

(448) Consúltese, por último, Trib. Milán, 2 junio 1919 (*Riv. di Dir. comm.* 1920, II, 142); véase la nota siguiente. En contra, Bolaffio: *Comm.,* vol. I, página 730.

(449) Este caracter diferencial entre exhibición y comunicación, consistente en la forma en que adquiere noticia el peticionario del contenido de los asientos, está expuesto, sobre todo, en una sentencia reciente del Tribunal Supremo del Reino, 10 febrero 1926 *(Giur. ital.,* 1926, I, 1, 377), que en su virtud ha resuelto que puede ordenarse la exhibición también de todos los libros para comprobar las utilidades de una sociedad, en interés de quien tenía derecho a participar de ellas, sin que por esto la exhibición se convierta en comunicación.

reproducido expresamente en el 28, implícitamente debe entenderse por citado (450).

c) ¿Y qué sanción podrá aplicarse a la parte que se niegue a exhibir o comunicar los libros cuando así se lo ordene la autoridad judicial?

Estas sanciones son dos:

1.ª El empleo de *medios coercitivos* para ello, a tenor de los preceptos contenidos en la ley de Enjuicimiento civil para la entrega de bienes muebles (arts. 741, 742, 596 y 923 de la ley de Enjuiciamiento civil) (451).

2.ª Aplicar el artículo 51 del Código de comercio, que prevé el que, si la parte se niega a presentar los libros a los que la otra ha prometido dar fe, el juez puede deferir ésta en juramento sobre el asunto controvertido; y, por tal motivo, quien niega la presentación corre el peligro de que se tome en cuenta lo alegado por la otra parte con el simple juramento de ésta, y ello significa que la negativa constituye un principio de prueba que el juez puede completar con el juramento. Pero, para que se aplique el artículo 51, es necesario que la parte que pide la exhibición o comunicación de los libros del colitigante *haya ofrecido darles fe* (452).

Naturalmente, para que el ofrecimiento tenga validez, es necesario que los libros estén llevados legalmente, porque sólo éstos pueden probar a favor del que los lleva (453).

El principio de que el juez es árbitro para reconocer o desenten-

---

(450) En contra, Bolaffio: *Comm.,* vol. I, pág. 743, fundándose en el carácter excepcional de la facultad concedida al juez para la exhibición.

(451) Discútese, sin embargo, la posibilidad de estas sanciones que algunos niegan, como Navarrini: *Trattato,* vol. V, n. 2.116. Otros distinguen entre exhibición y comunicación, estando conformes con las sanciones indicadas en el texto para esta última y negándola para la exhibición; Bolaffio: *Comm.,* vol. I, págs. 726 y 752. Otros opinan que el juez puede conminar con una pena pecuniaria por cada día de retraso; Lessona: *Teoria delle prove,* vol. II, n. 636; a quien impugnan otros: D'Amelio: *Comm.* al art. 28, n. 12.

(452) Segrè: *Comm.,* art. 51, n. 5, dice, con razón: «Debe concederse el beneficio de deferir el juramento sólo al litigante que, habiendo declarado que concede fe a los libros del contrario, ofrezca el modo de acabar inmediatamente la cuestión; pero no a aquel que, aun reclamando la presentación de los libros, se reserva la facultad de aducir otra clase de prueba.» Cons. Cass. Roma, 17 marzo 1917 *(Riv. di Dir. comm.,* 1917, II, 394).

(453) Véase la sentencia citada en la nota anterior, y entre las más recientes: Ap. Génova, 8 julio 1921 *(Temi gen.,* 1921, 440); Ap. Venecia, 16 fe-

BIBLIOTECA FAC. DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES U. A. N. L.

derse de la prueba resultante de los libros (art. 48), implica que también lo es de admitir o rechazar la exhibición o comunicación cuando así lo crea oportuno, porque ni el ofrecimiento de la parte de dar fe a los libros del adversario puede, en ningún caso, convertir en obligación lo que es simplemente poder discrecional del juez (454).

---

brero 1923 *(Foro ven.*, 1924, 353); Cass. Roma, 19 febrero 1923 *(Riv. di Dir. comm.*, 1924, II, 13). Cuando se comprueba la inexistencia de libros, no ha lugar a deferir el juramento en el sentido del artículo 51.

(454) Consúltese Cass. Roma, 26 junio 1923 *(Cons. comm.*, 1923, 643). Se declara, sin embargo, que el juez está obligado a motivar la negativa: Cass. Turín, 15 febrero 1916 *(Giur. tor.*, 1916, 1.001); Tribunal Supremo del Reino 8 junio 1925 *(Repertorio* del *Foro ital.*, 1925, palabra *Libri di comm.*, n. 11).

BIBLIOTECA FAC. DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES U. A. N. L.

ción; *i*) depósito en los almacenes generales.—49. Régimen de los actos de comercio por su conexión: *a*) casos en que hay que probar la conexión; *b*) casos en que se presume: *c*) casos en que la conexión se declara *ope legis*.—50. *Concepto general del acto de comercio* tal cual aparece del análisis del sistema legal. Su correspondencia con el concepto de comercio.—51. Especificación de los actos de comercio; actos comerciales por su naturaleza intrínseca y actos comerciales por conexión. Actos de comercio accesorios, según las doctrinas francesa e italiana. Juicio crítico.—52. Definición del acto de comercio, según el Código, y consecuencias prácticas que de ello se derivan..... *Pág.* 147

§ 15. *Materia comercial.*

53. Determinación de la materia mercantil. Relación de los estados y condiciones de hecho que originan relaciones regladas por el Derecho mercantil. Condición o estado de comerciante. Persona física o ente mercantil. Disfrute de las cosas destinadas al comercio.—54. Relaciones que se derivan de actos o estados de hecho mercantiles. Relaciones unilaterales o bilaterales mercantiles ..... *Pág.* 204

LIBRO II

RELACIONES DE DERECHO MERCANTIL EN GENERAL

CAPITULO PRIMERO

Concepto, naturaleza y clases de las relaciones j[u]rídico-mercantiles.

16. *Relaciones jurídico-mercantiles.*

55. Conceptos y elementos de las relaciones ju[rídicas] en general y de las jurídico-mercantiles en

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN
DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

derse de la prueba resultante de los libros (art. 48), implica que también lo es de admitir o rechazar la exhibición o comunicación cuando así lo crea oportuno, porque ni el ofrecimiento de la parte de dar fe a los libros del adversario puede, en ningún caso, convertir en obligación lo que es simplemente poder discrecional del juez (454).

---

brero 1923 *(Foro ven.*, 1924, 353); Cass. Roma, 19 febrero 1923 *(Riv. di Dir. comm.*, 1924, II, 13). Cuando se comprueba la inexistencia de libros, no ha lugar a deferir el juramento en el sentido del artículo 51.

(454) Consúltese Cass. Roma, 26 junio 1923 *(Cons. comm.*, 1923, 643). Se declara, sin embargo, que el juez está obligado a motivar la negativa: Cass. Turín, 15 febrero 1916 *(Giur. tor.*, 1916, 1.001); Tribunal Supremo del Reino 8 junio 1925 *(Repertorio* del *Foro ital.*, 1925, palabra *Libri di comm.*, n. 11).

BIBLIOTECA FAC. DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES U. A. N. L.

ción; *i*) depósito en los almacenes generales.—49. Régimen de los actos de comercio por su conexión: *a*) casos en que hay que probar la conexión; *b*) casos en que se presume: *c*) casos en que la conexión se declara *ope legis*.—50. *Concepto general del acto de comercio* tal cual aparece del análisis del sistema legal. Su correspondencia con el concepto de comercio.—51. Especificación de los actos de comercio; actos comerciales por su naturaleza intrínseca y actos comerciales por conexión. Actos de comercio accesorios, según las doctrinas francesa e italiana. Juicio crítico.—52. Definición del acto de comercio, según el Código, y consecuencias prácticas que de ello se derivan..... *Pág.* 147

§ 15. *Materia comercial.*

53. Determinación de la materia mercantil. Relación de los estados y condiciones de hecho que originan relaciones regladas por el Derecho mercantil. Condición o estado de comerciante. Persona física o ente mercantil. Disfrute de las cosas destinadas al comercio.—54. Relaciones que se derivan de actos o estados de hecho mercantiles. Relaciones unilaterales o bilaterales mercantiles ..... *Pág.* 204

LIBRO II

RELACIONES DE DERECHO MERCANTIL EN GENERAL

CAPITULO PRIMERO

Concepto, naturaleza y clases de las relaciones j[u]rídico-mercantiles.

16. *Relaciones jurídico-mercantiles.*

55. Conceptos y elementos de las relaciones ju[rídicas] en general y de las jurídico-mercantiles en

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN
DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

BIBLIOTECA FAC. DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES U. A. N. L.

§ 12. *Usos mercantiles.*

31 I) Nociones generales. Usos mercantiles y verdadera y propia costumbre.—32. Nociones generales acerca de los «usos». Sus clases: *a*) Usos interpretativos. *b*) Usos invocados por la ley. *c*) Verdadera y propia costumbre. — 33. *Usos invocados por la ley*: fundamento y límites de su fuerza obligatoria. Usos generales. Usos locales. Usos particulares. 34. Requisitos: 1.º Debe tratarse de uso social: elemento objetivo o material, y elemento subjetivo o espiritual del uso social; *opinio iuris*: prácticas de tolerancia. 2.º Debe ser legítimo. 3.º No puede ser contrario a las normas de la ley mercantil. 4.º Debe ser un uso mercantil.—35. La aplicación del uso excluye la aplicación de las normas de Derecho civil y es independiente de la voluntad de las partes. Uso imperativo.—36. Prueba del uso. Principios generales. Aplicación. Declaración de oficio. Excepciones a la regla de la carga de la prueba. Impugnabilidad en casación.—37. Enumeración de los medios de prueba; su valor, especialmente de los recogidos por las Cámaras de Comercio ..... *Pág.* 116

§ 13. *Interpretación del Derecho mercantil.*

38. Criterios para la interpretación. Importancia especial del elemento práctico en la interpretación del Derecho mercantil y consecuencias que de esto se derivan.—39. El problema de las lagunas en el Derecho mercantil: cuándo puede decirse que existen. — 40. Interpretación analógica de las Leyes mercantiles: debe preceder a la aplicación del Derecho civil. Interpretación analógica de éste para fijar los principios más generales..... *Pág.* 138

FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES
BIBLIOTECA
M. L.

CAPITULO II

Contenido del Derecho mercantil.—Materia de comercio. (Teoría de los actos de comercio).

§ 14. *Actos de comercio.*

41. Indicación de las relaciones sometidas a las leyes mercantiles. Enumeración de los actos de comercio. Carácter demostrativo de la enumeración.—42. Si existe un concepto unitario del acto de comercio. Opinión dominante. Clasificación usual de los actos de comercio en objetivos y subjetivos; crítica de esta clasificación. Investigación que hay que hacer para fundarla. *Estudio analítico de los actos de comercio*: *A*) 43. Actos de comercio, así calificados en razón de su naturaleza intrínseca. — 44. 1.º Actos de mediación en el cambio de mercancías y de inmuebles. Compra para revender y reventa.—45. 2.º Actos de mediación en el cambio de dinero a crédito: operaciones de bolsa.—46. 3.º Actos de mediación en el cambio de trabajo. Empresa. Estudio de cada empresa en particular: *a*) Empresa de suministros; *b*) de edificaciones y construcciones; *c*) fabril; *d*) de espectáculos públicos; *e*) editora tipográfica y librera; *f*) de transporte de personas y de cosas; *g*) de comisiones, agencias y oficinas de negocios. Concepto general de empresa.—47. 4.º Actos de mediación en el cambio de riesgos. Seguros. Mecanismo de los seguros. Fundamento de su carácter mercantil. Crítica de la opinión corriente. — *B*) 48. Estudio de otros actos mercantiles a causa de su conexión con una actividad mercantil: *a*) Operaciones mediadoras en negocios mercantiles; *b*) depósitos motivados por el comercio: cuenta corriente, cheque bancario con causa mercantil; *c*) seguro de cosas, objeto o establecimientos de comercio; *d*) compra y venta de participaciones o acciones de sociedades mercantiles; *e*) contratos y obligaciones de los comerciantes; *f*) *rapport* y *deport*; *g*) letra de cambio; *h*) operaciones relativas a la navega-

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN
DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

§ 9. *Bibliografía del Derecho mercantil.*

20. I) Desenvolvimiento de la ciencia del Derecho mercantil desde la primera mitad del siglo XIX a nuestros días: ciencia del Derecho mercantil en la primera mitad del XIX. — 21. Progreso de la ciencia en Alemania.—22. Progreso de la ciencia en Italia.—23. II) Indicación de las obras generales cuya consulta es más útil.—24. Breve noticia bibliográfica ..... *Pág.* 83

LIBRO PRIMERO

DERECHO MERCANTIL OBJETIVO

CAPITULO PRIMERO

Fuentes del Derecho mercantil.

§ 10. *Generalidades.*

25. Concepto del «Derecho mercantil objetivo» en sentido estricto e idea general de las «fuentes del Derecho».—26. El Derecho civil no es fuente del Derecho mercantil.—27. La «ley mercantil» es la única fuente. No lo son la jurisprudencia, la equidad, la naturaleza de los hechos y principios generales del Derecho, ni las leyes extranjeras..... *Pág.* 10

§ 11. *La ley mercantil.*

28. Nociones generales. Diversas clases de leyes mercantiles.—29. Leyes civiles que asimismo son aplicables en asuntos de comercio; leyes civiles cuya aplicación invoca el Código de comercio; supuestas normas de Derecho privado común. — 30. Leyes mercantiles en particular: *a*) Código de comercio; *b*) leyes especiales; disposiciones de otros Códigos; cuándo son comerciales..... *Pág.* 107

BIBLIOTECA FAC. DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES U. A. N. L.

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN
DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

