

## Sobre la Definición de Acto de Comercio

1. El problema del concepto de acto de comercio.—2. Los sistemas positivos para determinar la materia mercantil.—3. Métodos para fijar el concepto de acto de comercio.—4. La doctrina de Rocco.—5. La crítica de Arcangeli.—6. Nuevas objeciones a la tesis de Rocco.—7. Pluralidad de conceptos de acto de comercio en Rocco.—8. Objeciones fundadas en el derecho mejicano.—9. La tentativa de Soprano para formular el concepto de acto mercantil.—10. Pluralidad de actos de comercio en Soprano.—11. Insuficiencia de la definición de Soprano.—12. Oscuridad de la definición de Soprano.—13. Crítica de la doctrina de Soprano referida al derecho mexicano.—14. Heck, Wieland, Mossa y Rodríguez y Rodríguez.—15. Tesis de Heck y observaciones que suscita en el derecho mejicano.—16. Alcance de la doctrina de Mossa.—17. Tesis de Rodríguez y Rodríguez.—18. Crítica del concepto de empresa.—19. Crítica del concepto de acto en masa.—20. Insuficiencia de la definición de Rodríguez y Rodríguez.—21. Exclusión de los actos mercantiles por conexión.—22. Negación del carácter mercantil del derecho cambiario; su falta de justificación.—23. Inadmisibilidad de la definición de R. y R. como pauta para una reforma legislativa.—24. Conclusión.

1. Reiteradamente ha preocupado a los mercantilistas la construcción de un concepto genérico de acto de comercio de tal suerte amplio y comprensivo que a él pueda subordinarse la multiforme gama de especies de actos mercantiles.

Y se comprende la importancia del tema si se piensa que, en la mayoría de los sistemas jurídicos vigentes, el pivote alrededor del cual gira todo el derecho mercantil, es el acto de comercio, ya que en fun-

ción suya se determina la figura del comerciante, que resulta así lógicamente subordinada.

2. Sabido es que ninguna legislación positiva ha intentado determinar el ámbito de aplicación del derecho mercantil por medio de una definición del comercio, del acto mercantil o del comerciante. Unas veces se han fijado infranqueables límites al derecho mercantil haciendo una enumeración de los actos que determinan su aplicación, la cual tiene un carácter taxativo (código francés, según la interpretación dominante) y en otras ocasiones se ha dado una lista de los actos de comercio con carácter puramente ejemplificativo (sistema italiano, seguido, entre otros, por el código mejicano), a lo cual resulta equivalente el sistema del legislador español que, sin hacer una enumeración formal de los actos mercantiles, declara tales los comprendidos en el código de la materia y los de naturaleza análoga a ellos. El derecho alemán, aun poniendo el acento sobre el comerciante y no sobre el acto comercial, tampoco pretende expresar en una definición el concepto respectivo, sino que declara comerciantes a las personas que explotan las industrias taxativamente enumeradas, y a los inscritos en el Registro de Comercio.

3. La labor que ha rehuído la ley ha sido acometida por la doctrina, y son muchos los autores que han pretendido fijar la *noción jurídica de comercio*, plasmando en una fórmula la *definición del acto de comercio*.

Para lograr tal finalidad se han seguido dos vías: la primera consiste en elaborar un concepto *científico* de comercio, para juzgar conforme a él las normas positivas que determinan cuales actos son mercantiles, mostrando su concordancia con el concepto previamente obtenido. El segundo método parte del estudio de los textos legales, para determinar los elementos comunes a los actos calificados como comerciales, a efecto de integrarlos en un concepto único, genérico, que será el anhelado *concepto jurídico de comercio*, cuya definición será la del acto de comercio.

El primero de estos métodos está fatalmente condenado al fracaso: transplantar sin más un concepto elaborado por una ciencia cualquiera al campo del Derecho es introducir una peligrosa confusión *metódica* (*una μετάβασις εις άλλο γένος* como diría Husserl, con palabras de Aristóteles); un concepto *científico* de lo que es en Derecho *acto de comercio*, sólo lo puede suministrar la ciencia del Derecho, y

teniendo ésta como objeto de estudio las normas jurídicas, únicamente de ellas puede obtener el concepto buscado; y hacer tal, es seguir el segundo de los métodos apuntados. Puede un ordenamiento jurídico declarar válido en el derecho un concepto forjado por una diversa ciencia, pero al hacerlo introduce en una norma el concepto en cuestión, y *eo ipso*: lo trueca en jurídico, habrá entonces una coincidencia entre el concepto biológico, económico, etc., y el concepto jurídico. Pero esto no significa que pueda sacarse un concepto de cualquiera ciencia y emplearlo para investigar normas jurídicas, enjuiciándolas con el criterio fundado en el propio concepto.

Es raro que se confiese paladinamente el empleo de este método<sup>1</sup>; pero es frecuente su aplicación subrepticia, llevando al análisis de las normas delimitadoras del acto mercantil una idea preconcebida, a la cual se pretenden ajustar, *velis nolis*, todos los actos declarados comerciales.<sup>2</sup> Si ha de obtenerse un concepto *jurídico unitario* del acto de comercio habrá de ser por el análisis de las normas positivas delimitadoras de la materia mercantil; sólo así podrán captarse, si es que existen, aquellas notas comunes a tales actos, e integrar con ellas el concepto categorial buscado. Pero claro es que al emprender este camino no se sabe a donde habrá de conducirnos; no sólo no podemos de antemano indicar cual es el concepto que se va a obtener, sino que tampoco sabemos si tal concepto existe: pues bien pudiera suceder que todos los actos calificados de mercantiles por el derecho vigente careciesen de unidad esencial, y fuesen mero centón, a cuyos elementos diera unidad la declaración formal de ser actos mercantiles, pero sin que en ellos hubiese otro carácter común que el generalísimo de ser actos jurídicos. No de otra suerte ocurre cuando inquirimos qué clase de objetos son los contenidos en una caja determinada: bien podría ocurrir que todos ellos fuesen de un mismo género, bien que fuesen tan disímboles que no tuviesen en común sino el ser *objetos* y que no pudiese determinarse su unidad sino como “objetos encerrados en la caja X”. Pero tal peligro no justificaría la pretensión de quien afirmara, sin previamente examinarlos, que los objetos contenidos en la caja en cuestión tenían tales caracteres, y que luego, al conocer los objetos efectivamente existentes calificara de *extraños*, o *arbitrariamente colocados*, a todos aquellos que resultaran apartarse de los caracteres con antelación fijados; y tal hacen quienes siguen para determinar la noción jurídica de comercio, el primero de los métodos apuntados.

4. Una de las más notables tentativas para llevar unidad conceptual al prolijo catálogo de actos de comercio contenido en la mayoría de las legislaciones contemporáneas, es, sin duda alguna, la realizada por Alfredo Rocco.

Este notable mercantilista, después de analizar uno por uno aquellos actos a los cuales el código italiano declara mercantiles, concluye que tal declaración se basa en *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.<sup>3</sup> Y como la característica común de los actos intrínsecamente mercantiles es el concepto de "*cambio indirecto o mediato, la interposición en la realización del cambio*", concluye el autor definiendo el acto mercantil como "*todo acto que realiza o facilita la interposición en el cambio*".<sup>4</sup>

5. Arcangeli,<sup>5</sup> no obstante reconocer lo notable del esfuerzo de Rocco, al realizar el cual, dice, "dió pruebas de ingenio sutil y solidez de argumentación", considera que la doctrina del eximio mercantilista ni es exacta ni alcanza el fin propuesto: no es exacta, pues hay empresas, cuya mercantilidad parece fuera de discusión, en las cuales el trabajo ajeno, que según Rocco constituye en todas las empresas la materia de la intermediación, no tiene sino un carácter meramente accesorio.<sup>6</sup> No logra realizar el fin propuesto, pues por un lado la intermediación en el trabajo (la cual, como queda dicho, es para Rocco la característica de las empresas), sólo tiene una identidad verbal, no real, con la intermediación en la circulación de los bienes, pues el empresario cede a los consumidores no el trabajo sino el producto del trabajo; y, por otro lado, existen casos en los cuales, pese a la circunstancia de haber intermediación en el trabajo ajeno, no existe *empresa* en el sentido jurídico mercantil, según sucede en las instituciones de beneficencia, hospitales, etc.

Añade Arcangeli que los sostenedores de la tesis de Rocco hacen una indebida aplicación de la regla *accessorium sequitur naturam sui principalis*, declarando mercantiles no sólo los actos accesorios de otros que intrínsecamente tienen tal carácter, sino actos cuya conexión con los de esta clase no es de verdadera accesoriedad.

Por último, critica Arcangeli que la mercantilidad de los actos denominados por el propio Arcangeli absolutamente mercantiles<sup>7</sup> la

base Rocco en una presunción *iuris et de iure* de estar en conexión con actos cuya naturaleza intrínseca es comercial, pues considera tal procedimiento “demasiado simple para ser eficaz”, ya que la susodicha declaración de mercantilidad se justifica por razones históricas y prácticas, muy diversas de una presunción absoluta de relación con el comercio.

Montessori<sup>8</sup> y Pichio<sup>9</sup> enderezan similares objeciones a la tesis de Rocco. Cabe observar, sin embargo, que cuando Pichio considera que en el caso del profesionista existe interposición en el trabajo ajeno y no empresa en sentido jurídico, pierde de vista que son sus propios servicios lo que el profesionista ofrece al público, y el trabajo de sus subalternos no tiene otra finalidad que hacer más fácil y cómoda la prestación del servicio profesional, por lo cual cabe imaginar que se abstenga de utilizar el trabajo ajeno sin que se altere en esencia el servicio suministrado; v. gr.: un abogado puede prescindir de sus escribientes y pasantes y continuar sirviendo a su clientela.

6. Indudablemente es certera la crítica de Arcangeli. A ella cabe añadir que ninguna base suministran los textos legales para afirmar la presunta relación de la cambial, de los negocios marítimos y de los depósitos en almacenes generales con actos diversos e intrínsecamente mercantiles; es más, la naturaleza misma de los negocios marítimos, cuyo conjunto forma una unidad *per se* excluye toda idea de conexión con actos de diversa clase.

Aun cuando en forma un tanto vacilante, el propio Rocco indica que “podría hablarse de presunción *iuris et de iure* de conexión”; pero es fácil mostrar la inaplicabilidad de este concepto. Para que haya presunción *iuris et de iure* precisa dar un hecho conocido, para pasar de él, en virtud de la presunción, a otro hecho en sí desconocido, pero cuya existencia es legalmente irrefutable dada la del primero. ¿Qué inferencia nos permitiría la supuesta presunción *iuris et de iure*, en el caso, por ejemplo, de la existencia de una cambial? ¿Que hay otro acto, de comercialidad intrínseca, con el cual se conecta dicha cambial; pero cuál es ese acto, cuál es siquiera la especie a que pertenece, no nos lo dice la supuesta presunción.

Hay más: para que el derecho eleve a verdad jurídica inatacable una proposición determinada (o si se prefiere: para establecer una presunción *iuris et de iure*), parecen necesarios estos requisitos: a), que tal proposición sea realmente verdadera en una gran mayoría de los

casos; b), que la realidad sea difícil de probar de manera directa; c), que exista un interés social en impedir se demuestre, en casos determinados, que se apartan de la generalidad y que para ellos deja de ser verdadera la proposición.<sup>10</sup>

*Ninguno de tales requisitos se da en la cambial*: multitud de ellas son creadas sin conexión con actos mercantiles, y así lo reconoce el propio Rocco; la prueba de la conexión con un acto mercantil es, casi siempre, fácil; ningún interés social existe en impedir la prueba de la relación de la cambial con un acto civil. ¿Cómo sostener entonces que la cambial es mercantil porque está en conexión con un acto de comercio?

Por último: sólo a través del negocio originario podría establecerse la conexión de la cambial con un acto intrínsecamente mercantil, sea que lo fuese el propio negocio causal, sea otro con el cual está en relación; pero como la cambial es un título de crédito *abstracto* no puede influir sobre ella el carácter civil o comercial del negocio originario. *La determinación de la mercantilidad de la cambial por una supuesta conexión con un acto mercantil desconoce la característica abstracción de esta clase de títulos*. La declaración de comercialidad sólo debe atender al título mismo, con *abstracción* de todo acto con el cual pueda, de hecho, relacionarse: debe ser una declaración que atienda tan sólo al carácter formal, absolutamente mercantil, de la letra de cambio. La doctrina de Rocco desconoce estos principios, liga la cambial a su causa para fundar la mercantilidad de aquélla en la de ésta . . . que no siempre es mercantil.

7. De un vicio interno adolece lógicamente la tesis de Rocco: pretende formular *un* concepto de acto de comercio, y reconoce explícitamente que la declaración legal de mercantilidad se basa en *dos* criterios diversos: uno intrínseco y otro extrínseco. Y es obvio que una pluralidad de puntos de vista, de criterios, ha de conducir a una pluralidad de conceptos y no a un concepto único.

8. Hasta aquí la crítica de la teoría de Rocco ha tomado como base el mismo derecho positivo, el italiano, del cual partió el autor para formularla. Nuevos argumentos surgen en contra de ella, si pretende aplicarse al derecho mejicano que presenta características propias y cuya tabla de actos mercantiles es la más amplia de todas.

Ya Arcangeli ha puesto de relieve que la presunta interposición en el cambio de trabajo, que en el pensamiento de Rocco funda la mercantilidad de las empresas, difiere esencialmente de la verdadera función de interposición. Al versar sobre bienes, sobre crédito o sobre riesgos todos los actos encaminados a realizar el cambio indirecto son mercantiles. Y así tiene que ser para que la definición propuesta por Rocco no resulte demasiado amplia. Ahora bien, tratándose de las empresas el acto por el cual adquieren aquello en cuyo cambio se interponen según Rocco, es decir, el trabajo, escapa al derecho mercantil para constituir el objeto propio del derecho laboral. ¿No resulta sumamente extraño fundar la comercialidad de las empresas en contratos ajenos al derecho mercantil?

Otro obstáculo para la validez en derecho mejicano de la definición del profesor de Roma, lo presenta la fracción XXIII del artículo 75 de nuestro Código de Comercio, alabado por el ilustre Vivante:<sup>11</sup> ¿Cómo ver un acto de intermediación en el cambio en “la enajenación que el propietario o el cultivador haga de los productos de su finca o de su cultivo”?

A diferencia del derecho italiano, el mejicano declara la mercantilidad *en todos los casos*, primero del cheque (fracción XIX del artículo 75 del Código de Comercio), y después de todos los títulos de crédito (artículo 1º de la ley de la materia). La conexión con un acto intrínsecamente comercial, que en Italia ha de *probarse* en cada caso, para declarar mercantil un cheque, *no es necesaria en Méjico*; aquí es acto de comercio incluso la expedición de un cheque que en calidad de donativo entrega un profesionista a una institución de beneficencia. ¿Cómo ver en ello un acto que “realice o facilite la interposición en el cambio”?

Tampoco el contrato de cuenta corriente ha menester en Méjico tener conexión con un acto de comercio para ser mercantil. (artículo 1º *in fine* y 302 de la Ley de Títulos y Operaciones de Crédito.) No siendo accesoria su mercantilidad, ¿cómo afirmar que es un acto de cambio indirecto o mediato? ¿Y cómo sostener que lo es el crédito refaccionario que con sus propios fondos suministra un capitalista a un agricultor?; pues tal préstamo es mercantil de acuerdo con el artículo 323 de la Ley de Títulos y Operaciones de Crédito, en combinación con el artículo 1º de la propia ley; y de éste y el 346, resulta la mercantili-

dad de todo fideicomiso, contrato en el cual difícilmente cabe hablar de interposición en el cambio.

En conclusión: en derecho mejicano, menos que en el italiano, cabe sostener con Rocco que *acto de comercio* es todo aquel que *realiza* o *facilita* una interposición en el cambio.

9. Otro intento de encontrar un concepto unitario de acto mercantil es el realizado por Enrico Soprano, en su excelente obra sobre sociedades comerciales,<sup>12</sup> intento que no ha logrado tanta difusión ni ha recabado a su favor tantos sufragios como el acabado de analizar.

Dado que en derecho italiano es preciso un objeto social de índole mercantil para determinar el carácter comercial de una sociedad, encuentra Soprano necesario para definir la sociedad mercantil, depurar el concepto de acto de comercio.

Considera tal autor que no todos los actos de comercio son aptos para calificar como mercantil una sociedad, y así, habrán de distinguirse los *actos activos* de los *actos pasivos*.<sup>13</sup> Son los primeros, “aquellos dotados de una comercialidad ínsita, y capaces de comunicarla tanto a la esfera de actividad determinada por ellos, como a las personas que los ejecutan habitualmente”;<sup>14</sup> son actos pasivos “los pertenecientes a la esfera de irradiación mercantil determinada por la empresa y por la ejecución de actos de comercios activos”.<sup>15</sup> Como se desprende de las transcritas definiciones, sólo la realización de actos mercantiles activos puede constituir un fin social capaz de traer aparejada el carácter mercantil de la sociedad.

Las dos clases de actos de comercio hasta ahora mencionadas, la de los *activos* y la de los *pasivos*, no cubren toda la extensión del concepto, en el cual también se incluyen los por Soprano llamados actos de comercio *funcionales*, es decir, aquellos “cuya *función* es considerada por el legislador como mercantil por razones históricas, económicas o jurídicas”.<sup>16</sup>

Los requisitos para la mercantilidad de un acto activo son de diversa índole: en algunos casos resultan del *mismo acto* (compraventa, seguros); en otros, de su ejercicio por medio de una empresa (transportes, espectáculos públicos, etc.); en otros, en fin, del propósito de especulación (compraventa de inmuebles).<sup>17</sup> Pero de la enumeración de las diferentes ramas de la industria mercantil (comercio de cosas, de servicios, de seguros, de créditos y valores y de navegación), resulta

para Soprano que todas forman parte del comercio en sentido económico o de la industria organizada.

De tales premisas considera el catedrático de Nápoles que puede desprenderse el *concepto unitario* de los actos de comercio, como *actos relativos a la esfera de actividad, principal o refleja, del comercio* (en sentido económico) *o de la industria organizada*.<sup>18</sup>

10. Fácil es advertir que la definición propuesta por Soprano logra tan sólo verbalmente la unificación conceptual de los actos de comercio; de la propia fórmula resultan cuatro notas, incompatibles dos a dos: comercio *o* industria organizada; relación principal *o* refleja. Y cuando se define un concepto verdaderamente *uno*, se enuncian una serie de notas, compatibles entre sí, y cuya *necesaria* adición integra el concepto definido. Falla, pues, el propósito de Soprano de encontrar un concepto unitario de acto mercantil.

11. Por otra parte, los que en la terminología de Soprano se llaman *actos funcionales* quedan fuera de su propia definición, pues una letra de cambio, por ejemplo, tiene carácter mercantil aun cuando no haya sido creada dentro de la esfera de actividad del comercio ni de la industria organizada. Y en realidad, la razón por la cual tales *actos funcionales* son considerados por la ley como mercantiles, no es su relación con “la esfera del comercio o de la industria organizada”, sino que son, como el mismo Soprano apunta, razones históricas, económicas y prácticas las determinantes de la declaración de mercantilidad; pero lo heterogéneo de tales razones, y la independencia de toda actividad comercial en sentido económico y de toda forma de organización industrial que muestran en realidad muchos de los llamados actos funcionales, los hace irreductibles al concepto unitario propuesto.

Tampoco corresponden a la definición analizada algunos de los actos de navegación marítima. Aquí también son razones históricas y prácticas las que inspiraron al legislador para declarar la absoluta mercantilidad de los actos aludidos, y por ello de tal declaración “no se deben excluir —dice Vivante—<sup>19</sup> los actos verificados sin ánimo de especulación comercial, como la pesca, los viajes de descubrimiento, de instrucción de recreo, puesto que el Código no exige dicho propósito, admitiendo que el acto puede ser realizado bien por razón del comercio marítimo, bien por razón de navegación.” Es obvio que los actos derivados de una navegación con fines puramente recreativos escapan a la definición de

**Soprano**, que muestra así de nuevo no ser capaz de abarcar todos los actos calificados de mercantiles por el derecho positivo.

12. La definición de Soprano, a más de no ser suficientemente comprensiva para abarcar todos los actos considerados mercantiles por el derecho positivo, es poco clara, en cuanto supone conceptos cuya determinación no es, ni con mucho, precisa: tales son el de *comercio en sentido económico*, y el de *industria organizada*. Ya Arcangeli ha mostrado que el primero de dichos conceptos es variable, y que su connotación difiere según las doctrinas económicas y las épocas históricas que se consideren.<sup>20</sup> Y no tiene mayor precisión el concepto de *industria organizada*: ¿cuándo termina la simple práctica de un oficio o el ejercicio de una profesión y comienza la *industria organizada*?

13. Procede respecto a la doctrina de Soprano la observación ya formulada al analizar la de Rocco; si no es válida para el derecho positivo italiano, tomado en consideración para elaborarla, aun menos validera es con referencia al derecho mexicano, el cual, como ya se indicó entonces, tiene una tabla de actos mercantiles más comprensiva que la de cualquier otro sistema jurídico. Los mismos ejemplos tomados para demostrar la inaplicabilidad al derecho patrio de la tesis de Rocco, podrían ser analizados, *mutatis mutandis*, para mostrar que la definición de Soprano tampoco los abarca. Basta añadir una consideración: dentro del mismo campo del cual parte Soprano para elaborar su doctrina, el de las sociedades mercantiles, surge una serie de actos cuya mercantilidad, puramente subjetivo-formal, los hace rebeldes a la definición propuesta: claro es que está aludiéndose a los actos realizados por sociedades organizadas conforme a las leyes mercantiles, las cuales, no obstante que su objeto sea de índole civil se rigen *íntegramente* por la ley comercial (art. 2695 del Código Civil), la cual declara que "se reputarán mercantiles todas las sociedades que se constituyan en alguna de las formas reconocidas por la ley comercial" (art. 4º de la Ley General de Sociedades Mercantiles); siendo mercantiles, no obstante su finalidad civil, estas sociedades, son jurídicamente *comerciantes* (art. 3º frac. II del Código de Comercio) y, por tanto, todos sus actos son presuntivamente mercantiles (art. 75, fracs. XX y XXI del mismo Código). Y tales actos, por hipótesis, ni están en relación con el *comercio en sentido económico* ni con la *industria organizada*: escapan a la definición de Soprano.

\* \* \*

14. La tesis de Heck<sup>21</sup> de que el derecho mercantil es el derecho de los actos realizados en masa, los trabajos de Mossa<sup>22</sup> en Italia, y Wieland<sup>23</sup> en Alemania, por centrar en la empresa el campo del derecho mercantil, al igual que la síntesis que de ambas doctrinas propugna Rodríguez y Rodríguez, para quien el derecho mercantil es el derecho de los actos en masa realizados por empresas, en cuanto aparentemente implican un concepto de acto de comercio, presentan gran interés para nuestro tema, pues de ser válida alguna de las tesis aludidas se tendría *eo ipso* un concepto unitario de acto de comercio.

Antes de emprender el análisis crítico de las doctrinas mencionadas precisa fijar las finalidades perseguidas por sus autores, pues sólo así podrá apreciarse hasta qué punto han sido alcanzadas.

15. Heck no parece haberse propuesto definir el derecho mercantil ni mucho menos el acto de comercio; sino que partiendo del fenómeno social de la realización reiterada y frecuente de ciertos actos jurídicos, se pregunta cuáles han de ser las notas características que han de tener las normas jurídicas aplicables a tales actos, para satisfacer adecuadamente las necesidades económicas que los engendran, y encuentra que tales notas (brevedad de los términos, exención de formalidades, rigor en la ejecución, etc.), se dan en el derecho mercantil vigente, y por ello concluye: “El derecho del ejercicio en masa de actos jurídicos que nosotros buscamos, es, justamente, el derecho mercantil que tenemos.”<sup>24</sup> Claro es que afirmar la adecuación del derecho mercantil al tráfico en masa no es formular su definición, y ni siquiera implica el sostener que *todos* los actos regulados por tal rama del derecho son aquéllos para los cuales se busca adecuada regulación: que también puede serlo para otros que ofrezcan diversos caracteres.

No queda dentro del tema de este trabajo estudiar si la tesis de Heck, dentro de los límites que le dió su autor, es exacta. Ello significaría que el derecho mercantil, tal como *es*, presenta aquellos caracteres de brevedad en los términos, exención de formalidades, etc., que se consideraron necesarios para regir los actos realizados en masa. Sin pretender, por la razón apuntada, resolver la cuestión, cabe indicar, incidentalmente, que en México no puede afirmarse que el derecho mercantil se caracterice frente al civil por una mayor brevedad en los

términos; que a veces la ley comercial es más formalista que la civil (por ejemplo, en materia de sociedades, pese a que la ley respectiva es posterior al Código Civil); que en cuanto las obligaciones civiles pueden asumir forma cambiaria están sujetas al mismo rigor que las propiamente mercantiles, etc.

16. Mossa, y a lo que entendemos análoga es la posición de Wieland, tampoco ha pretendido definir los actos de comercio en función del concepto de empresa, y ni siquiera utilizar tal concepto para delimitar el campo del derecho mercantil. En realidad Mossa sólo pretende poner de manifiesto la importancia de la empresa en la economía moderna, y ello con vistas a una *reforma* del derecho mercantil que, en opinión del profesor de Pisa, debe ser, en lo futuro, un derecho subjetivo, un derecho de esas “personas económicas proyectadas sobre el campo jurídico” que para él son las empresas. En cuanto al derecho vigente, Mossa reconoce la existencia de actos mercantiles sin conexión con una empresa,<sup>25</sup> y reconoce también la imposibilidad de un concepto unitario de tales actos mercantiles.<sup>26</sup>

Por otra parte, lo cierto es que, como hizo notar Asquini,<sup>27</sup> tomar el concepto de empresa como fundamental para la determinación del acto de comercio, es innovación puramente verbal, pues siendo todo comerciante el centro de una empresa, los actos que, realizados en masa o aisladamente, quieran imputarse a la empresa serán en verdad actos imputables a un comerciante; se llegaría así a un concepto subjetivo de comercio como *desideratum* legislativo, o a la singular tesis de Acher,<sup>28</sup> el cual sostiene que los actos de comercio son necesariamente ejecutados por comerciantes.

17. Rodríguez y Rodríguez se propone encontrar un concepto unitario de derecho mercantil de validez absoluta,<sup>29</sup> y considera que “el renunciar a la obtención del concepto de Derecho Mercantil sería tanto como reconocer la falta de fundamento científico de su constitución”.<sup>30 31</sup> Como resultado de su talentosa y erudita investigación encuentra que el mercantil es el derecho de los actos en masa realizados por empresas, pero el resultado de la investigación no se ajusta a las exigencias planteadas al emprenderla: el concepto logrado no tiene la validez absoluta que se pretendía; así lo reconoce el propio autor cuando paladinamente declara: “la definición del Derecho Mercantil español como derecho de empresa, tropieza hoy por hoy, con la estructura formal del Código de Comercio español”.

Pero el distinguido mercantilista que es hoy nuestro huésped —ojalá le plazca quedar por siempre entre nosotros— no parece encontrar los mismos obstáculos en la estructura formal del Código mexicano, y en otros de sus merítisimos trabajos<sup>32</sup> dice: “*son actos de comercio los actos en masa realizados por empresas*. La existencia de la *empresa* está explícita o implícita de todas y cada una de las fracciones del artículo 75”.

18. Analicemos cuidadosamente la tesis de Rodríguez y Rodríguez, y con su análisis implícitamente se hará también la de las doctrinas de Heck, Wieland y Mossa, que hasta ahora había sido eludido, en cuanto la finalidad de ellas no es idéntica ni a la de este estudio ni a la de la teoría del doctor Rodríguez.

Una primera objeción que cabe formular a la definición que éste propone es la de que en ella se incluye un término vago, multívoco.<sup>33</sup>

En efecto, el concepto de *empresa* está muy lejos de haber sido delimitado de modo que merezca pleno asentimiento. Unas veces se le concibe como una persona;<sup>34</sup> otras como una cosa;<sup>35</sup> en algunas ocasiones como un derecho;<sup>36</sup> como un contrato;<sup>37</sup> como un régimen legal;<sup>38</sup> y en otras como una actividad;<sup>39</sup> ora se la identifica con la negociación o hacienda mercantil,<sup>40</sup> ora se pretende diferenciarla absolutamente de ella.<sup>41</sup> Esta objeción, que en lo substancial ya ha sido formulada por Gierke,<sup>42</sup> implícitamente es reconocida como válida por Rodríguez, pues se limita a replicar diciendo que: “este inconveniente no puede ser nunca un obstáculo para una construcción científica”;<sup>43</sup> réplica a todas luces insuficiente, dado que sí es un obstáculo, y grave, para una construcción científica, el introducir *en sus fundamentos* un concepto impreciso, que necesariamente habrá de acarrear la ambigüedad de toda la doctrina levantada sobre tan movediza base.<sup>44</sup>

Cierto que de la propia definición que se analiza resulta tácitamente cual de las múltiples determinaciones del concepto de empresa es el que se adopta: aquél que la considera como una persona.<sup>45</sup> Pero con ello se suscitan nuevas dificultades: la pretendida persona-empresa es una nueva categoría, pareja a la de las personas físicas y la de las personas morales? ¿Qué relaciones existen entre esta presunta persona-empresa y el individuo o la sociedad mercantil que la creó? ¿Los actos jurídicos son imputables a la empresa, como parece darlo a entender la definición, o al *titular* de ella? El decir, como dice Mossa, que las

“empresas son personas económicas proyectadas en el campo jurídico”,<sup>46</sup> no es más que un subterfugio, que sirve para poner de relieve los errores de la doctrina: tomar un concepto económico para llevarlo al campo jurídico, constituye una inaceptable *impureza metódica*, pero es más, es un sin sentido hablar de *personas económicas*, pues el concepto de persona es netamente jurídico, o si se prefiere: es un concepto ético, o metafísico, del cual deriva un concepto jurídico. Para la consideración estrictamente económica hay un trájín de individuos, no una actuación de personas. Estas surgen con la consideración jurídica del obrar humano. Inútilmente se buscará en los tratados de economía el empleo del concepto de persona, sino es cuando se desliza una reflexión jurídica. Y es que la economía nada tiene que hacer con derechos y obligaciones que, por el contrario, son conceptos básicos para la definición de la persona.

La existencia de empresas en sentido económico, que no lo son en sentido jurídico, es otro inconveniente suscitado por Gierke en contra de la doctrina de Wieland, citando como ejemplos el caso del médico, del escultor, del pequeño taller de reparaciones, etc. También es aplicable la objeción a la tesis de Rodríguez y Rodríguez, pues en muchas ocasiones tales empresas no mercantiles realizan sus actos *en masa*; sin que valga la réplica del Doctor Rodríguez de que dichas empresas no tienen las mismas necesidades que las propiamente mercantiles, pues tal proposición, que no se recoge en el concepto de acto de comercio propuesto, es inexacta, pues el profesionista, el artesano, el artista, han de protegerse contra la competencia desleal para conservar su propia clientela de igual modo que cualquier gran negociación mercantil.<sup>47</sup>

Añade Gierke que existen empresas que no pueden considerarse mercantiles porque falta en ellas el propósito de lucro; objeción análoga a la suscitada contra la tesis de Rocco por Arcangeli<sup>48</sup> al mostrar que cabe la interposición en el cambio de trabajo sin que se dé el acto de comercio, y que ha sido certeramente reiterada por el licenciado Fernández del Castillo<sup>49</sup> para criticar la definición de Rodríguez y Rodríguez: “Una escuela, un instituto científico, una asociación deportiva, una finca agrícola son empresas que realizan actos en masa, y sin embargo no puede considerárseles como mercantiles, y es que ejecutar actos en masa, es un modo para obtener más cabales resultados, pero no es el resultado mismo; en otras palabras, los actos en masa pueden ser modos para realizar el comercio, pero no son el comercio, en

sí mismo. Para mí el comercio está caracterizado por el propósito de lucro, que es lo que explica la razón de ser del Derecho Mercantil como rama especial del Derecho . . .”

19. Tampoco el carácter de ser *realizados en masa*, que se atribuye a los actos mercantiles tiene la claridad y precisión apetecibles en la ciencia.

Desde luego es de suponer que con tal expresión no se ha querido designar a los llamados *contratos de adhesión*, por más que éstos suelen celebrarse en número elevado, *en masa!*, y por grandes *empresas*, que precisamente por la crecida cantidad de contratos en que intervienen se ven forzadas a usar un número limitado de tipos de contratos, no quedando a quienes desean con ellas contratar sino *adherirse* a las estipulaciones contenidas en uno de dichos tipos contractuales. Pero que con la fórmula *actos en masa* no se quiso hacer referencia a los *contratos de adhesión*, resulta justamente de la terminología empleada, pues no se hubiera acuñado una nueva expresión si el concepto que pretendía expresarse correspondía a la significación de la segunda fórmula con entera seguridad conocida de quienes hablan de actos en masa. Por otra parte, teniendo el concepto de *acto* una denotación mucho mayor que *contrato*, las fórmulas en que entra adquieren mayor extensión que las compuestas sobre la base de *contrato*. Por último, sería inaceptable en lo absoluto la reducción del campo del derecho mercantil al de los contratos de adhesión. Es imposible, por tanto, entender que los actos en masa son contratos de adhesión<sup>50</sup> aun cuando la proposición conversa (los contratos de adhesión son actos en masa) sea, muy probablemente, cierta.

Pero entonces sólo queda como criterio distintivo de los actos en masa, su número; escuetamente el número. Y aquí nos asalta el recuerdo de los conocidos problemas de la escuela de Euclides de Megara, el discípulo de Sócrates: si un grano no forma un montón, y dos tampoco, ni tres, ¿cuántos granos son necesarios para formarlo? ¿cuántos cabellos habrán de arrancarse a un hombre para dejarlo calvo? Y ya de nuevo en nuestro tema: ¿cuáles son los criterios para determinar que la reiteración de un acto lo convierte en acto en masa? ¿Y cómo explicar que la realización de nuevos actos repercuta sobre los ya consumados, y los transforme de actos aislados en actos en masa? ¿O bastará el propósito de reiteración para que el primer acto sea *acto-en-masa*, aun cuando circunstancias fortuitas y supervenientes lo hagan quedar único y

solitario? ¿O sólo cabrá aplicar el derecho mercantil una vez constituida la *masa* de actos, excluyendo la mercantilidad de aquellos cuya repetición la engendró?

Y es que esa dialéctica conversión de la cantidad en cualidad, esa repercusión del número de los actos realizados sobre el carácter de cada uno de ellos es, jurídicamente, inadmisibles.

20. Las dos notas esenciales de la definición propuesta por Rodríguez y Rodríguez del acto de comercio, han mostrado ser imprecisas y vagas. Claro es que la definición resultará así doblemente vaga e imprecisa. Pero hay más: está muy lejos de expresar con fidelidad el concepto jurídico positivo de acto de comercio, pues ni los abarca todos, ni todos los en ella comprendidos lo son en verdad.

Para mostrar que la fórmula peca de estrecha y no comprende en sí a todos los actos mercantiles, no se aducirá el caso de la compraventa, que es comercial aun realizada aisladamente, y por quien no tiene la calidad de comerciante ni la de empresario, si la anima el propósito de especulación comercial; que al fin y al cabo es discutible la oportunidad de la aplicación del derecho mercantil en tales casos. El análisis de otros ejemplos, cuya mercantilidad desde el punto de vista jurídico no es discutible, hará patente lo insuficiente de la definición: Una *empresa* de construcciones navales celebra un número bien restringido de contratos, y cada uno típicamente irreductible a los demás, para adquirir la propiedad o el uso de los terrenos en que ha de instalar sus astilleros, para comprar la maquinaria que le es indispensable, y para obtener el suministro de las materias primas que le sean necesarias: ninguno de tales actos, que son los *sustancialmente* necesarios para la finalidad de la empresa, se realiza *en masa*. Y tampoco serán actos de esta clase aquellos por medio de los cuales presta sus servicios o entrega sus productos a terceros: bien pocos contratos para la construcción o venta de buques celebra al año una empresa de tal índole, y todos ellos, muy probablemente, sujetos a estipulaciones diversas. En muy semejantes condiciones se encuentra una *empresa* constituida para la construcción de carreteras, o simplemente, de casas para habitación: pocos contratos y típicamente diferenciados, le son necesarios para reunir los elementos requeridos para poder realizar su finalidad; mediante pocos contratos, tal vez muy diversos entre sí, la realizan.

Ni unos ni otros pueden ser considerados como actos en masa.

Adrede se ha prescindido en estos ejemplos de considerar un factor que, de acuerdo con la doctrina de Rocco<sup>51</sup> es decisivo para la existencia de la empresa en sentido jurídico mercantil: el trabajo. Si se prescinde del problema que al respecto plantearía la celebración de un contrato colectivo de trabajo, resulta indudable que para obtener la mano de obra indispensable para la realización de sus fines, las empresas de los ejemplos propuestos tendrían que celebrar gran número de contratos y de contenido similar: cabría hablar de contratos celebrados en masa. Pero. . . tales contratos innegablemente caen fuera del campo del derecho mercantil, y quedan sometidos a la legislación obrera. No hacen válida, para los casos ejemplares mencionados, la definición de los actos de comercio como actos en masa celebrados por empresa. Y por el contrario, prueban, también por vía de ejemplo, la proposición antes sentada: que la propia definición es demasiado amplia, en cuanto en sus términos literales incluye objetos a los cuales no es aplicable el concepto a definir.

Complementariamente puede ofrecerse otro ejemplo, que cabe separar de los precedentes porque, siguiendo a Rocco, en éste no hay, como en aquéllos, el elemento de interposición en el cambio de trabajo, sino en el “cambio de riesgos”. Tal vez en el caso de que se trata ni aun extraños al derecho mercantil hay actos en masa: una *empresa* de reaseguros puede realizar su finalidad con la colaboración de reducidísimo personal y mediante tratados de reaseguro, pocos en número y con características propias cada uno. ¿Cabría calificar de actos en masa tales tratados?<sup>52</sup>

21. Pero no es, la hasta ahora considerada, la única arbitraria restricción que sufre la materia mercantil con la definición de actos de comercio que se discute, que con ella pierden su carácter mercantil los actos que adquirirían tal carácter por su conexión con otros. Pues si puede admitirse la denominación de *actos en masa* para aquéllos mediante los cuales una *empresa* de transporte, de suministros, de manufacturas, etc., presta sus servicios o vende sus productos al público, no puede admitirse tal denominación para los actos, diversos entre sí, que permiten o facilitan la realización de los principales. Por ejemplo, en una empresa de espectáculos puede admitirse que se llamen actos en masa a aquéllos mediante los cuales, en forma de abonos o boletos, se concede el derecho de asistir a la representación, pues a más de ser de similar contenido, son en gran número; pero es imposible dar la misma

calificación a los contratos en cuya virtud se arrienda el local en donde se efectuarán las representaciones, aquellos por los cuales se adquiere el derecho de utilizar las obras dramáticas y musicales, los contratos de prestación de servicios con los artistas, los que proveen a organizar la adecuada publicidad, etc. ¿Cómo negar la mercantilidad de tales contratos? ¿Y cómo hacerla consistir en un carácter de actos *en masa*, que no tienen? Es más: en cuanto acto singular la compraventa de una *empresa*, como probablemente diría Rodríguez y Rodríguez, la compraventa de una *negociación*, como quizás sea preferible decir, no tendría carácter mercantil. ¿No resulta extraño que escape al derecho comercial la adquisición de una negociación mercantil, que imprimirá este carácter a los actos que con ella se relacionen?

22. Hasta aquí se ha demostrado cómo hay actos de comercio que en manera alguna pueden ser considerados como actos en masa. Debe señalarse ahora cómo hay otros actos mercantiles que no son realizados por empresas.<sup>53</sup> Tampoco esta vez precisa tomar como ejemplo la compra con propósito de revender, pues aun cuando es indudable que puede ser realizada sin organización de empresa, cabría, como quedó apuntado, objetar la conveniencia de su declaración de mercantilidad. Por lo mismo, y aun cuando la definición que Rodríguez y Rodríguez formula en las notas de Ascarelli, pretende ser válida para el derecho positivo *vigente* en Méjico, tampoco se aducirá que de acuerdo con la fracción XXIII del artículo 75, es comercial “la enajenación que el propietario o el cultivador hagan de los productos de su finca o de su cultivo”. Hay todo un género, un amplio e importantísimo género de actos jurídicos, que por su origen y por ser imprescindibles instrumentos para el comercio (aun cuando hoy en día hayan llegado a serlo también en campos económicamente extraños a éste), han sido considerados, hoy y siempre, como típicamente mercantiles: los actos de creación y circulación de la cambial, o con la generalidad que puede darse a la proposición en el derecho positivo mejicano: todos los actos que recaen sobre títulos de crédito. La objeción resulta absolutamente insuperable si se pretende, como Rodríguez y Rodríguez,<sup>54</sup> que la definición tenga una validez absoluta; y por ello el propio jurista se ve obligado, pese a su propósito inicial, a proyectar sobre lo futuro su tesis, limitando así su validez, y proponiendo, como ya lo había hecho Mossa, cercenar del mercantil el derecho cambiario.<sup>55</sup> Pero con este giro se modifica radicalmente el problema: ya no se trata de construir un concepto de

acto de comercio que, fundándose en el derecho vigente, sea capaz de reducir a unidad la poliforme rapsodia de los actos calificados de mercantiles por las propias leyes positivas; se trata ahora de una tarea totalmente diversa: la de las directivas que han de presidir una futura reforma del derecho mercantil. Pero entonces el problema ha de abordarse, si con más libertad, también con más amplitud. Claro es que el hacerlo escapa de los límites de este estudio. Baste indicar que la polémica brillantemente iniciada el pasado siglo por Vivante, no puede considerarse definitivamente clausurada por la estratégica retirada del conspicuo mercantilista, y aun cuando Wieland<sup>56</sup> y Rocco<sup>57</sup> han puesto en claro lo insuficiente de la unificación formal del tipo suizo, al emprender la reforma del derecho mercantil puede y debe considerarse entre qué límites y con qué condiciones se justifica su autonomía.

Es muy posible que se encuentre que lo destinado a sobrevivir del llamado derecho mercantil no es el régimen especial de ciertos contratos ya regulados por el derecho civil (compraventa, mutuo, prenda, etc.), sino las normas relativas a la *profesión de comerciante*. Pero si así fuese resulta que cabría, y aun sería de exigirse, la unificación del derecho de obligaciones, y que tal vez lo esencial del llamado derecho mercantil, fuera el concepto de profesión, cuya función, según sugiere Sapin, excede en mucho del tradicional concepto de comerciante.<sup>58 59</sup> Y, lo que importa para nuestro tema, el concepto de acto de comercio perdería la importancia que tiene en la doctrina contemporánea, construida sobre códigos inspirados, directa o indirectamente, en el napoleónico.

Cualesquiera que fuesen las soluciones que se den a los problemas previos que han sido sugeridos, una cosa parece fuera de duda: que mientras subsista el derecho mercantil como un derecho especial o excepcional, dentro de él habrá de incluirse ese conjunto de normas conocidas generalmente con el nombre de “derecho cambiario”; instituto que, al decir de Ascarelli,<sup>60</sup> es la mejor aportación realizada por el derecho mercantil a la civilización moderna. ¿Cómo negar la pertenencia a éste de aquella tan florida y vigorosa rama? ¿Cómo excluir del ámbito de la mercantilidad a los títulos de crédito, creados por el comercio y para la satisfacción de necesidades comerciales, por más que hoy en día, justamente por su perfección técnica, sean empleados también en la vida civil, sin que por ello dejen de ser utilizados de modo preponderante por el comercio? Excluir del derecho mercantil la disciplina de los títulos de crédito es querer forzar la realidad, para acomodarla a

ideas preconcebidas. Pero como dice el propio Mossa <sup>61</sup> “la realtà infrange tutte la ideologie, e distrugge una concezione teorica, imbevuta d’astrazione”.

23. No sólo por esta indebida mutilación que se pretende hacer sufrir al derecho comercial es inadmisibles, *de lege ferenda*, la definición de acto mercantil como el realizado en masa y por empresas. Justamente, las objeciones formuladas antes con referencia al derecho positivo fueron escogidas haciendo a un lado lo que pudiera considerarse en él arbitrario y contingente, y analizando sólo actos que, mientras subsista la diferenciación entre derecho civil y derecho mercantil, han de reputarse comerciales, y que, no obstante ello, quedarían fuera de la definición propuesta, que muestra así no ser aceptable ni como descripción del estado actual del derecho, ni como *desiderátum* de una futura reforma en el derecho mercantil.

\* \* \*

24. Si ni la tesis tan cuidadosamente elaborada de Rocco, ni la concepción de Soprano, ni la doctrina de Rodríguez y Rodríguez, inspirada en las de Wieland y Mossa, han resultado satisfactorias, tiene que aceptarse la posición negativa por tantos y tan reputados juristas sostenida: no es posible, en el estado actual de la ciencia jurídica, un concepto unitario de acto de comercio.

Solución negativa, si se quiere, pero no pesimista. Pues nada augura en contra de los futuros progresos de la doctrina mercantilista, una tesis que cuenta entre sus sostenedores a los más preclaros ingenios que han cultivado el derecho mercantil.

LIC. ROBERTO L. MANTILLA MOLINA,

Profesor de Derecho Mercantil de la Escuela  
Nacional de Jurisprudencia.

#### N O T A S

1 Tal vez uno de los autores que se consideraron con más libertad para construir una noción científica del acto de comercio, con total independencia de los textos legales es Jacinto Pallares, quien criticando doctrinas de Lyon-Caen y Renault, llega a decir: “la dificultad resultante de que una definición cien-

tífica esté contradicha por textos positivos, no podrá jamás servir de argumento para declarar anticientífica la definición.” (**Derecho Mercantil Mexicano**, Libro Cuarto, Cap. III, 421.) De aquí que el propio autor al clasificar los actos de comercio, forme una categoría de “actos mercantiles por su naturaleza y a los que la ley positiva niega su carácter”. (**Op. cit.** Libro Cuarto, Cap. II, 418.) Por lo demás lo único que hace Pallares es retocar un concepto económico de comercio y darlo como definición jurídica de acto mercantil (**op. cit.**, Núm. 419).

2 Así **Thaller** (**Traité Élémentaire de Droit Commercial**, Introducción, Núm. 14), pretende que del análisis de los actos de comercio resulta que todos ellos están dominados por la idea de circulación de los productos: pero como el autor no muestra cómo puede inferirse la noción de actos de circulación del conjunto de los mercantiles, es fundada la sospecha de que no es precisamente de dichos actos, sino de la imaginación del escritor, de donde brota la idea de actos de circulación. Debe notarse que Thaller no pretende que todos los actos de comercio estén dominados por la idea de circulación, pues su doctrina se limita a los actos mercantiles por su naturaleza (**loc. cit.**), de los cuales ha distinguido previamente (**op. cit.**, Núms. 10 y 11), los actos de comercio accesorios y los formales. Pero aun dentro de las limitaciones señaladas la doctrina es errónea, según lo ha mostrado **Arcangeli**, en su monografía **La noción jurídica de comercio** (**Jus. IX**, pág. 124. Hay sobretiro bajo el nombre **Los actos de comercio y el concepto jurídico de comercio**, pág. 34). La crítica de Arcangeli se refiere exclusivamente al derecho francés, observando dicho jurista que la doctrina sería más vulnerable aun si se pretendiera aplicarla al derecho italiano, cuyo catálogo de actos de comercio es más amplio que el francés. Menos válida sería la teoría de Thaller en el derecho mejicano, para el cual son mercantiles actos que no tienen tal carácter ni en el derecho francés ni en el italiano.

3 **Alfredo ROCCO**, **Principios de derecho mercantil**. Libro I, Cap. II, Núm. 50.

4 **Op. cit.**, Núm. 52.

5 **Op. cit.** **Jus. IX**, pág. 119. Sobretiro, pág. 29.

6 En tal caso se encuentran, según Arcangeli, los salones cinematográficos, las empresas de suministro de energía eléctrica, etc. La misma objeción a la doctrina de Rocco formula Scaduto, **La determinazione di la materia di commercio e la classificazione dei relativi atti secondo il vigente Codice Commerciale e i progetti di riforma**, RDC, 1928, I, 323.

7 El reporto, la cambial y los negocios marítimos son los actos absolutamente mercantiles según Arcangeli: **Los actos de comercio**, Cap. II, **Jus. Tomo VIII**, pág. 223. Sobretiro en el folleto ya citado, pág. 11.

8 **Roberto MONTESSORI**, **Il concetto d'impresa negli atti di commercio**, RDC, 1912, I, 408.

9 **Carlo PICHIO**, **Contributo alla determinazione del concetto d'impresa secondo l'art. 3 del Codice de commercio**, RDC, 1921, I, 646.

10 "La presumption légale n'est pas une mode de preuve, c'est une dispense de preuve... parce que le fait qu'il s'agit de prouver est tout à la fois conforme a la situation normale et difficile à établir d'une façon directe pour chaque cas déterminé" Planiol: **Traité élémentaire de droit civil**, I, 358. El ejemplo de la filiación de los hijos de la mujer casada es típico y en él se dan las tres condiciones señaladas en el texto: en la inmensa mayoría de los casos el hijo de la mujer lo es del marido; es muy difícil, tal vez imposible, rendir una prueba directa de la filiación; hay un interés social en impedir el escándalo que produciría la impugnación del marido de la paternidad que le atribuye la ley, y por ello, tal impugnación se reduce a límites estrechísimos.

11 "Sostenedor convencido de la unidad del derecho privado, por cuyo concepto he librado las más ardientes batallas de mi vida científica, me complaceo en saber que el artículo 75 n. XXIII, del Código Mexicano de Comercio ha dado un paso notable por aquel camino".—Carta dirigida a don Felipe de J. Tena, citada por éste en su **Derecho Mercantil Mexicano**, I, 75.

12 **Trattato teorico-pratico delle Società Commerciali**, Turín, 1943.

13 La terminología de Soprano es poco acertada: siendo categorías opuestas la acción y la pasión, es contradictorio hablar de un **acto pasivo**; por el contrario, resulta pleonástica la expresión **acto activo**.

14 **Op. cit.**, núm. 85.

15 **Op. cit.**, núm. 90.

16 **Op. cit.**, núm. 76.

17 **Op. cit.**, núm. 86.

18 **Op. cit.**, núm. 94.

19 **Tratado de derecho mercantil**, núm. 79 (primera edición española).

20 Ageo ARCANGELI, **La noción jurídica de comercio**, Jus, tomo IX, pp. 101 y sgs. y págs. 11 a 19 del sobretiro.

21 **Weshalb hat und brancht der Handel ein besonderes Recht**, en la 2 H. R., Tomo 36, pág. 641 y sgs. y tomo 48, pág. 419, y **Archiv fur das Zivilistische Praxis**, tomo 92 (1902) pág. 456; **Weshalb bestet ein von burgerlichen Rechte gesondertes Handelsrecht**. Según cita de Rodríguez y Rodríguez; **Concepto, método y fuentes del derecho mercantil**, obra hasta ahora inédita cuya consulta me permitió gentilmente su autor. En ella se mencionan además en el mismo sentido que Heck, las siguientes obras: Gordon, **Système du Droit Commercial des Soviets**, y Locher **Handels-Wechsels und Seerecht**.

22 Lorenzo MOSSA, **I problemi fondamentali del diritto commerciale**, en **Rivista di diritto commerciale**, 1926, I, 233; y **Per il nuovo codice di commercio en la misma Rivista**, 1928 I, 16.

23 **Handelsrecht**, 1921, I, citado por el propio Mossa, en los artículos mencionados en la nota precedente, y por Rodríguez y Rodríguez en la Memoria también citada ya, y por Joaquín Garrigues, **Curso de derecho mercantil**, I, 91, III. Ambos autores, principalmente el primero, consideran similar a la de Wieland, la postura de Mossa; pero precisa, al respecto, formular al-

gunos distingos: de manera expresa declara Mossa que “son vanas y estériles las tentativas de unidad, la cual no tendrá más que un valor transitorio, momentáneo, porque la materia de comercio está siempre en movimiento, etc. (Derecho Mercantil, 3, I), y reconoce explícitamente la posibilidad de la existencia aislada del acto objetivo de comercio (op. cit., 3, II). Si el propio autor comienza la citada obra afirmando que “el derecho mercantil es siempre el derecho de la economía organizada”, tal proposición significa solo que las necesidades de la economía organizada encuentran adecuada satisfacción en aquella rama jurídica, que no intenta definirse con la fórmula transcrita. Por otra parte, es innegable la importancia de la función que Mossa asigna a la empresa en su exposición del derecho mercantil, derivada de la idea de que la reforma de éste ha de orientarse en el sentido de tomar como concepto básico el de empresa: **Per il nuovo codice, loc. cit.**

24 **Op. cit.**, págs. 45-459; según cita de Rodríguez y Rodríguez en la Memoria mencionada.

25 “Il nostro sistema oggetivo prescindere, è vero, per la delineazione di alcuni atti di commercio, dalla esistenza di una impresa...” “Tolta infatti la vendita commerciale che si difonde e si pratica anche **senza legami con l'impresa**”. “I soli titoli di credito rimangono, e **pour cause, ribelli a questa ricomprensione nella categoria de l'impresa**”. I problemi fondamentali, etc., págs. 246 y 247.

26 “Razones históricas y de oportunidad legislativa, hállanse en el fondo de la limitación, y **hacen vanas y estériles las tentativas de unidad**. La unidad no tendría más que un valor transitorio, momentáneo, porque la materia de comercio está siempre en movimiento”. **Derecho Mercantil**, traducción española de Felipe de J. Tena, 3, I.

27 Alberto ASQUINI, **Rivista dei Diritto Commerciale**, 1927, I, pág. 508, Codice unico di diritto privato?

L'innovazione è però essenzialmente verbale: infatti commerciante, secondo la tradizionale definizione, è chi esercita professionalmente un'attività mercantile; l'esercizio professionale di una attività mercantile richiede sempre l'organizzazione di mezzi per ottenere a proprio rischio un risultato economico, cioè richiede sempre l'organizzazione di una impresa in senso economico; quindi si può dire che ogni commerciante è il centro de un'impresa.

28 ACHER, **Revue Générale de Droit**, 1904.

29 En **Concepto, método y fuentes del derecho mercantil**, Memoria hasta ahora inédita, y que la amabilidad de su autor me ha permitido conocer, dice expresamente: “trataremos de obtener aquellas notas fundamentales que nos autoriceen a la enunciación de un concepto del Derecho Mercantil **válido, no sólo para un sistema determinado, sino para todos ellos: aplicable no sólo a una época histórica, sino al conjunto de la evolución.**

30 **Op cit.** El Dr. Rodríguez y Rodríguez implica aquí la tesis, que Rocco propugna, de la existencia autónoma de una ciencia del derecho mercantil. Pese a lo ilustre de los nombres que la avalan, no comparto tal tesis, sin que parezca oportuno exponer aquí las razones de mi disidencia.

31 La definición del derecho mercantil y la determinación de un concepto unitario de acto de comercio son, indudablemente, problemas diversos, pero afines. Resuelto el segundo, es posible la solución del primero; renunciando a encontrar una unidad esencial en los actos de comercio, precisa reconocer que sólo es posible una definición formal del derecho mercantil. Por el contrario, la supuesta obtención de un concepto unitario de acto de comercio, no trae consigo la definición del derecho mercantil, el campo de éste es más amplio que el de aquél: V. A. Rocco *Principios de derecho mercantil*, 15, núm. 53; C. Scaduto, *La determinazione de lla materia di commercio*, etc., en *Rivista de diritto commerciale*, 1928, I, pág. 324.

32 *Notas de derecho mexicano, en la traducción española del Derecho Mercantil de Tullio Ascarelli*, Cap. II, núm. 2. En sentido análogo *La empresa mercantil*. (Edición mimeográfica de apuntes de clase). México, 1941, pág. 24.

33 El propio Dr. Rodríguez y Rodríguez en *La empresa mercantil* (págs. 6 y ss.), analiza nada menos que 9 teorías distintas sobre el concepto de empresa, las cuales se ve obligado a agrupar en tres distintas categorías: teorías unitarias, teorías inmateriales y teorías atómicas.

34 MOSSA, *I problemi fondamentali*, etc., pág. 250. ENDEMANN, *Das deutsche Handelsrechts*, 1887, pág. 54, citado por Agustín Vicente y Gella, *Introducción al Derecho Mercantil Comparado*, pág. 192, nota 2.

35 Joaquín GARRIGUES, *Curso de derecho mercantil*, tomo I, § 17 y Karl HEINSHEIMER, *Derecho Mercantil*, Cap. V § 2 (traducción española de Agustín Vicente y Gella). Daniel Quiroz. *La cosa mercantil y el acto de comercio en Revista General de Derecho y Jurisprudencia*, I, 437. Cita Rodríguez y Rodríguez, (*La empresa mercantil*, pág. 11), varios otros autores que consideran a la empresa como una universalidad de hecho; pero desahogando las citas se encuentra que Thaller, Lyon Caen y Renault y Vivante no califican de universalitas a la empresa, sino respectivamente, al *fonds de commerce* y a la *azienda*. El propio Rodríguez y Rodríguez considera en ocasiones a la empresa como "un conjunto de bienes y actividades económicamente coordinadas a un mismo destino. (Notas a Ascarelli, Cap. V, § 2), aun cuando otras veces la considera más bien como sujeto. (Concepto, *pasim*, y especialmente, pág. 95, dónde se habla del "realzamiento a sujeto" de la empresa).

36 M. R. BRUGELLES, *Essai sur la nature juridique de l'entreprise*, en *Revue trimestrielle de droit civil*, 1912, pág. 116: "L'entreprise se présente à nous comme un droit analogue à certains égards à l'usufruit... Ce droit est un demembrement de la propriété et participe ainsi à son caractère de réalité. Il n'est cependant pas un droit réel..."

37 Ramón MARTI DE EIXALA, *Instituciones de derecho mercantil de España* (8ª edición), § 46. Es de advertirse que este mercantilista español considera a los contratos-empresa como "especulaciones directas sobre el trabajo del hombre", vislumbrando así la idea que más tarde habrían de desarrollar Carnelutti primero y Rocco después.

38 “La empresa desde el punto de vista jurídico es el tratamiento legal adecuado aplicado a una ligazón jurídica cuyo fundamento se encuentra en el principio del valor objetivo y de la conservación del destino económico de los bienes y de los organismos funcionales que en ese destino unívoco de los objetos ligados encuentran su origen y razón de ser.” RODRIGUEZ y RODRIGUEZ, **La empresa mercantil**, pág. 15, inspirado en Casanova según indica el mismo A.

39 Así, entre otros, Roberto Montessori, **II concetto di impresa negli atti di commercio**, en **Rivista di diritto commerciale**, 1912, I, 408: “L’impresa significa una attività organica e sistematica che dirige verso uno scopo gli elementi e i fattori necessari.” (§ 28, pág. 439.)

40 Por la identificación MOSSA, **Derecho Mercantil**, 7 a 12; **Per il nuovo codice**, pág. 21 en nota. Rodríguez y Rodríguez, *loc. cit.* Joaquín Garrigues, **Curso de derecho mercantil**, 17. ROCCO, *op. cit.*, núm. 64. León BOLAFFIO, **Derecho Mercantil (Curso General)**, núm. 58. Daniel QUIROZ, *op. cit.*, pág. 444, nota 6.

41 Distinguen, **empresa de hacienda o negociación mercantil**: Paolo GRECO, **Lezioni di diritto commerciale**. (Turín, 1936), núms. 208 y 211; Alberto MARGHIERI, **Intorno al Progetto di codice delle obbligazioni e dei contratti**, en R.D.C, 1928, pág. 266 en nota: Giovanni CARRARA, **Apunti per una nuova impostazione del concetto di azienda**, R.D.C, 1926, I, pág. 45. Francesco VARNELUTTI, **Valore giuridico della nozione della azienda commerciale**, RDC, 1924, I, pág. 456.

Carlo PICCHIO, **Contributo alla determinazione del concetto d’impresa secondo l’art. 3 del codice de commercio**, R.D.C, 1921, I, pág. 646. Antonio SCIALOJA, **Scritti di vario diritto**, I, 341. Otros autores, sin distinguir explícitamente ambos términos, usan exclusivamente uno de ellos, con lo cual implican no aceptar su equivalencia: así Tulio Ascareli, **Instituzioni di diritto commerciale** (Milán, 1937), aun cuando en la traducción española, según he hecho notar en otra ocasión, se introduce una sinonimia entre **hacienda y empresa** que no existe en el original. También: E. THALLER, **Traité élémentaire de droit commerciale**, § 86; César VIVANTE, **Tratado de Derecho Mercantil**, tomo III, à 842; Lyon Caen y RENAULT, **Tratado de derecho mercantil**, § 175; A. BOISTEL, **Cours de droit commercial**, § 429; Mario A. RIVAROLA, **Tratado de derecho comercial argentino**, tomo I, § 19; Agustín VICENTE Y GELLA **Introducción al derecho mercantil comparado**, § 96.

42 J. V. GIERKE, **Handels und Scheffarhsrecht**, según referencia de Rodríguez y RODRIGUEZ, **Concepto**, etc., ya citado, y de Joaquín GARRIGUES, *op. cit.*, I, III, A.

43 **Concepto**, etc., pág. 117.

44 A. SCIALOJA ha indicado que la concepción de Mossa del derecho mercantil como derecho de empresa se basa en una confusión manifiesta: la del **concepto de empresa** con el concepto de **hacienda o negociación mercantil**: **Sul concetto d’impresa** (en **Studi di vario diritto**, nota en la pág. 342).

45 Sin embargo, el Dr. Rodríguez y Rodríguez en "**La empresa comercial**, (pág. 9), niega resueltamente que la empresa sea persona. Pero ¿a quién si no a una persona pueden imputarse actos jurídicos?, Y se imputan actos jurídicos a la empresa al decir que realiza actos en masa.

46 **I problemi fondamentali**, etc.

47 Por ello es certera la observación de THALLER, **Tratté de droit commercial**, § 79 de que la doctrina del fondo de comercio desborda el campo del derecho mercantil.

48 **La noción jurídica del comercio**, pág. 35 del sobretiro.

49 Germán Fernández del Castillo. **La empresa mercantil por el Dr. Joaquín Rodríguez y Rodríguez**. (Nota bibliográfica), Jus, tomo VIII, pág. 181.

50 Por el contrario, Vittorio Salandra, **I contratti di adesione**, RDC, 128 I, 411, considera que con la expresión **contratos en masa**, Mossa designa a los **contratos de adhesión**, y añade: que aquella denominación no ha tenido buen éxito.

51 **Principios**, núm. 47 *in fine*.

52 René Cacheaux, **Estructuración de un concepto unitario de acto de comercio**, Tesis de oposición a la cátedra de derecho mercantil, México, 1941, (inédita), critica la doctrina de Rodríguez y Rodríguez, afirmando que hay actos mercantiles que no son realizados en masa.

53 CACHEAUX, *op. cit.*, combate también la tesis de que los actos mercantiles son realizados necesariamente por empresas.

54 **Concepto**, etc., pág. 69. Pero posteriormente ha considerado que sólo es posible "un concepto histórico de un momento y de una época determinada" **La empresa mercantil**, pág. 21.

55 **Concepto**, etc., pág. 261.

56 **Handelsrecht**, I, 6, citado por Rocco.

57 **Principios de Derecho Mercantil**, 5, 15.

58 Jean SAPIN, **Les assurances de Responsabilité Professionnelle**. París, 1938, Introducción.

59 El Código Civil hace derivar efectos jurídicos del mero ejercicio de la profesión, art. 2547: "El mandato que implica el ejercicio de una profesión se presume aceptado cuando es conferido a personas que ofrecen al público el ejercicio de su profesión, por el sólo hecho de que no lo rehusen dentro de los tres días siguientes".

60 **Appunti di diritto commerciale**.

61 La realidad desborda todas las ideologías, y destruye una concepción teórica impregnada de abstracción. **Per il nuovo codice**, etc., pág. 18.