Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx www.derecho.unam.mx

EL ACTO DE COMERCIO: ANALISIS DEL ARTICULO 75 DEL CODIGO DE COMERCIO * **

Por el Licenciado Jorge BARRERA GRAF, Profesor de la Universidad Nacional de México.

Sumario: 1.—*Importancia del estudio del acto de comercio.* 2.—*La categoría de los actos principales. Distinciones necesarias.* 3.—*Actos de comercio por el sujeto. Características generales.* 4.—*Apertura de crédito.* 5.—*Las operaciones de bancos.* 6.—*La fianza de empresa.* 7.—*Los depósitos en almacenes generales* 8.—*La enajenación de productos agrícolas.* 9.—*Actos de comercio por el objeto. Características generales.* 10.—*Actos de comercio relativos a la navegación.* 11.—*Actos de comercio que recaen sobre títulos de crédito.* 12.—*Actos de comercio por el fin. Características generales.* 13.—*Adquisiciones, enajenaciones y alquileres de bienes muebles.* 14.—*Las compras y ventas de bienes inmuebles.* 15.—*Los actos de empresa.* 16.—*Empresas de abastecimientos y suministros.* 17.—*Empresas de construcciones y trabajos públicos y pri-

* Este estudio forma parte del libro en preparación sobre Derecho mercantil.

** ABREVIATURAS

C. Co.	Código de Comercio.
L. T. O. C.	Ley de Títulos y Operaciones de Crédito.
Pr. C. Co.	Proyecto de Código de Comercio.
L. I. C.	Ley General de Instituciones de Crédito y Organizaciones Auxiliares.
C. Co. it.	Código de Comercio Italiano de 1882.
C. Co. fr.	Código de Comercio francés de 1808.
C. Civ. ó C. Civ. D. F.	Código Civil para el Distrito y Territorios Federales.
R. D. C.	*Rivista di Diritto Commerciale.*
L. I. S.	Ley General de Instituciones de Seguro.

vados. 18.—*Empresas de fábricas y manufacturas.* 19.—*Empresas de transportes y de turismo.* 20.—*Las librerías y empresas editoriales y tipográficas.* 21.—*Empresas de comisiones, de agencias, de oficinas de negocios comerciales y de establecimientos de ventas en pública almoneda.* 22.—*Empresas de espectáculos públicos.* 23.—*El contrato de seguro.* 24.—*Industrias minera y petrolera.* 25.—*Actos de comercio por la forma Consideraciones generales.* 26.—*El negocio constitutivo de sociedades.* 27.—*La carta de crédito.* 28.—*Actos de comercio accesorias o conexos.* 29.—*Obligaciones de los comerciantes.* 30.—*La cuenta corriente.* 31.—*La interpretación analógica de los actos de comercio.* 32.—*El acto mixto.*

1. *Importancia del estudio del acto de comercio.*—El acto de comercio, o mejor dicho, los actos que nuestra legislación califica de comerciales, constituyen la parte más importante, aunque no la única, de la materia comercial. Se comprueba este aserto si se repasa la enumeración del artículo 75 C. Co. y se ve, mediante el análisis de los diversos actos, que en dicha norma se comprenden tanto los actos objetivos como los subjetivos; los aislados como los reiterados; los actos que recaen sobre un objeto mercantil como aquellos que suponen la existencia de esa organización de los factores de la producción, que es la empresa. Además, sin tener una nota esencial común, los actos de comercio merecen consideración tan fundamental en los sistemas jurídicos objetivos, como es el nuestro, que el concepto y la función misma del comerciante individual se ofrecen y se explican a través de la ejecución habitual de ciertos actos de comercio.

2. *La categoría de los actos principales. Distinciones necesarias.*—Los actos que consideramos como principales tienen, como ya dijimos, sustantividad propia, porque su carácter comercial no deriva de otros actos y relaciones a los que la ley atribuya tal calidad. Es este el criterio de distinción, claro e inobjetable, entre los actos principales y los accesorios o conexos.

Los actos de comercio principales pueden ser absolutos y relativos; son absolutos aquellos que, de acuerdo con la ley, sólo pueden ser mercantiles, nunca civiles; tal es el caso, vgr., de los contratos de derecho marítimo y del reporto, que siempre recaen sobre cosas mercantiles; del fideicomiso, que es una operación reservada a los bancos, y del depósito en almacenes generales. Por el contrario, son actos principales de carácter relativo aquellos cuya naturaleza mercantil deriva de ciertas notas o

características en ausencia de las cuales dichos actos son civiles. Tales son, por ejemplo, las compraventas de muebles e inmuebles que se celebran con finalidad de especulación comercial, los depósitos de dinero que se constituyan en bancos; el negocio constitutivo de las sociedades mercantiles, cuya naturaleza comercial deriva de la forma, etc.

Tanto los actos absolutos como los relativos pueden agruparse en las distintas categorías propuestas por nosotros en el capítulo anterior; sin embargo, casos hay aunque excepcionales, de actos que consideramos absolutos, como son los derivados de los contratos de apertura de crédito y de refacción, que normalmente pertenecen a la categoría de los actos principales por el sujeto que los realiza, es decir, por ser contratos en los que generalmente interviene un banco, y que, excepcionalmente, pueden no ser comerciales cuando ninguno de los sujetos que en ellos intervengan sean comerciantes. [1]

3. *Actos de comercio por el sujeto. Características generales.*—Los actos de este grupo son mercantiles por ser realizados por comerciantes; sin embargo, estudiamos también aquí los actos a que se refiere la fr. XXIII del art. 75 C. Co., es decir, la enajenación que de los productos de su finca o de su cultivo hace el agricultor, para el efecto de criticar la calificación comercial de dichos actos (*infra,* no. 8). Iniciaremos el análisis de estos actos refiriéndonos, primero, a los que tienen mayor generalidad, como son los derivados de los contratos celebrados y las obligaciones contraídas por comerciantes, tanto individuales como colectivos; en seguida analizaremos aquellos actos comerciales que sólo pueden ser

1 El contrato de habilitación o avío, definido en el art. 321 L. T. O. C., nunca puede quedar comprendido en el supuesto excepcional a que se refiere el texto, porque, incluso en el caso de que no fuera un banco sino un particular, no comerciante, el que otorgara el crédito, aviado, o deudor, siempre sería el titular de una empresa, es decir, un comerciante, y además, siendo la destinación del crédito el fomento de una empresa comercial, el avío sería también mercantil por la naturaleza de la negociación; es decir, sería un acto de comercio tanto por ser comerciante el deudor, como, sobre todo, por la finalidad especulativa de la empresa. No puede decirse lo mismo del crédito refaccionario, el cual, según la definición legal del art. 323, está destinado al fomento de empresas agrícolas, que no son comerciales, como tampoco es comerciante su titular; consecuentemente, la única posibilidad de que el crédito refaccionario sea un acto de comercio, estriba en que sea comerciante el refaccionador. Es esta, por lo demás, la hipótesis más frecuente, y por serlo, incluimos este contrato (y, por razón semejante, la apertura de crédito) dentro de los actos principales de carácter absoluto.

realizados por comerciantes colectivos, por sociedades, como son las operaciones bancarias (propiamente tales), la fianza de empresa y los depósitos en almacenes generales; por último, consideraremos los actos ejecutados por agricultores, a los que nuestro C. Co. indebidamente califica como actos de comercio.

4. *Apertura de crédito.*—Dentro de este inciso comprendemos la apertura de crédito en sus distintas modalidades. Por el contrato de apertura de crédito, "el acreditante se obliga a poner una suma de dinero a disposición del acreditado, o bien, a contraer obligaciones por cuenta de éste, quien, a su vez, se obliga a restituir las sumas de que disponga o a proveer las cantidades pagaderas por su cuenta, y a pagar las comisiones o intereses que resulten a su cargo". [2]

Este contrato, reglamentado por los arts. 291 a 301 L. T. O. C., es normalmente de carácter bancario, ya que en la mayoria de los casos una de las partes, el acreditante, es una institución de crédito. [3] Empero, cabe la posibilidad de que no intervenga un banco, sino que actúe como acreditante un comerciante individual, o colectivo pero no organizado en forma de banco. En ambos supuestos, el carácter mercantil del contrato derivaría de la calidad de dicho acreditante, siendo indiferente que el acreditado sea o deje de ser comerciante.

Es posible, asimismo, a pesar de ser una hipótesis rara, que el acreditante no sea un sujeto de derecho mercantil, pero que el contrato se destine a una empresa comercial, caso en el cual estaríamos frente a un acto de comercio por su finalidad y no por los sujetos que intervienen (v. *supra*, nota 1).

Por último, en aquellos casos, más raros aún, pero también teóricamente posibles, en que ni el acreditante ni el acreditado sean comerciantes y el crédito tampoco se destine a una empresa mercantil, el contrato estaría regido por el derecho civil, ya que sería ajeno al comercio y a la actividad comercial, materia a la que se concreta nuestra disciplina y la competencia de la autoridad federal que la dicta.

Cuando de las dos partes que intervienen en el contrato, sólo el acreditante sea comerciante, la apertura de crédito será también un contrato comercial para el acreditado, ya que el arte 1º L. T. O. C. declara la

2 Es esta la definición que ofrece el art. 695 Pr. C. Co., sustancialmente igual a la del art. 291 L. T. O. C.

3 Arts. 10, frs. III y VII, 19, frs. III y IV, 26, frs. VIII a XIII, L. I. C.

comercialidad de los actos derivados de este contrato bancario, y dicha calificación debe aceptarse para las dos partes que intervienen en la operación.

Al igual que la apertura de crédito simple, que es la definida arriba, son mercantiles todas las formas complejas de este contrato,[4] como son la apertura de crédito en cuenta corriente (art. 296 L. T. O. C.); la a. de c. mediante aceptaciones o avales de títulos de crédito (297 id.); la de descuento y anticipo de estos documentos (10, fr. III, L. I. C., y 734 y s. Pr. C. Co.)[5] la apertura de crédito documentado, en sus distintas formas: revocable, irrevocable y confirmado (317 a 320 L. T. O. C. y 739 y s. Pr. C. Co.) y la apertura de crédito de habilitación o avío y de refacción (321 a 33 L. T. O. C. y 749 y s. Pr. C. Co.).

Sin embargo, la naturaleza mercantil de estos contratos no deriva siempre y no deriva sólo, de la calidad del acreditante, sino que en algunas ocasiones se desprende de la finalidad a que ellos se destinan; por ejemplo, la explotación de una empresa comercial, y en otros casos deriva del objeto en que recaen: tales son los casos de los créditos de aceptación, de aval, de descuento y anticipo, que siempre recaen sobre títulos de crédito, razón por la cual ellos deben considerarse como absolutamente comerciales, a pesar de que en su celebración no intervengan comerciantes.

5. *Las operaciones de bancos.*—Los contratos y operaciones celebrados por cualesquiera de las instituciones de crédito reconocidas en nuestro sistema[6] son mercantiles, y comerciales los actos derivados de ellos, a tenor de lo dispuesto en las fracciones XIV y XXI del artículo 75 del Código de Comercio.[7]

---

4 Véase a este respecto, MESSINEO, *La apertura de crédito*, trad. esp. de Ezio Cusi, "Jus", México, 1944, 137 y s., y entre nosotros, RODRÍGUEZ Y RODRÍGUEZ, *Curso*, II, 87 y s.

5 Estas formas de apertura de crédito, por recaer siempre en títulos de crédito, son también comerciales por su objeto. V. *infra*, núm. 11.

6 Tanto las instituciones privadas enumeradas en el art. 2º L. I. C., como las nacionales creadas en virtud de ley especial, vgr. el Banco de México (Ley Orgánica del B. M. de 31 de mayo de 1941), el Banco Nacional de Crédito Ejidal y el Nacional de Crédito Agrícola (Ley de Crédito Agrícola de 31 de dic. 1946), o por decreto del Ejecutivo, e. g. La Nacional Financiera (27 dic. 1933; en la actualidad dicho decreto ha sido confirmado por la ley especial que reglamenta dicha institución).

7 En cambio, no están comprendidos en este grupo las llamadas instituciones auxiliares, tanto privadas (enumeradas en el art. 3º L. I. C.) como nacionales

Nuestra ley, a diferencia de la italiana derogada que le sirvió de modelo, no establece la mercantilidad de estos actos en razón del concepto de la operación bancaria, sino en función de la persona jurídica que los realiza; por ello, para la caracterización de estos actos no es esencial el concepto de crédito, sino el hecho de que sean celebrados por instituciones con autorización para actuar como bancos.[8] No obstante, es evidente que no todos los actos y las operaciones realizados por los bancos son comerciales, sino sólo aquellos que refiriéndose a su objeto, no están reservados a la regulación exclusiva de otra disciplina jurídica.[9] No serán mercantiles, en consecuencia, los contratos de arrendamiento (*infra*, núm. 14) e hipoteca celebrados por bancos, ya que ellos son "esencialmente civiles"; los contratos de trabajo celebrados entre las instituciones de crédito y su personal, porque ellos están regulados por el derecho laboral; la autorización que el Gobierno Federal concede a los bancos para poder funcionar, porque éste es un acto regulado por el derecho administrativo; etc.

Aunque la finalidad principal de los bancos consiste en servir como intermediarios en la obtención y concesión del crédito, muchas de las actividades que realizan, aisladamente consideradas, no son operaciones de crédito en el sentido riguroso del término, ya que ellas no siempre suponen una prestación actual a cambio de una futura, sino que las cele-

---

(art. 1º, pfo. 3º, L. I. C.), porque ninguna de ellas está organizada en forma de banco y porque de todas ellas, las únicas que realizan funciones estrictamente bancarias son las Cámaras de Compensación. Por analogía con las operaciones de bancos, las realizadas por dichas Cámaras, también son mercantiles.

8 Es esta una razón adicional para considerar inaplicable a nuestro sistema el criterio propuesto por Rocco para la clasificación y la estructuración del acto de comercio, v. *supra*, núm. 5 del cap. III.

9 Las operaciones efectuadas por bancos son actos de comercio, tanto en virtud de lo dispuesto en la fracción XIV del artículo 75 C. Co. (cuya fuente es el núm. 11 del art. 3º C. Co. it.) como en la fracción XXI del mismo art. (que fué tomada del art. 632 C. Co. fr.). Esta última fracción, al disponer que son actos de comercio "las obligaciones entre comerciantes y banqueros, si no son de naturaleza esencialmente civil", nada agrega a lo que establece la primera; en forma expresa excluye de la fracción XIV lo que en ella, como en todas las demás del art. 75, es implícito, a saber, los actos del derecho común. Sin que lo diga la norma, porque se sobreentiende, se excluyen también de la calificación de comerciales, actos que pertenecen a otras disciplinas jurídicas, como serían los casos de un contrato de aparcería celebrado con un banquero, que es un contrato agrario, o la concesión de emitir moneda otorgada al Banco de México, que es un acto de derecho público, etc.

bran los bancos con los particulares (en el caso, sobre todo, de las operaciones llamadas pasivas) por la facilidad y la seguridad que otorga la especial forma de actuar de dichas instituciones. Ejemplos de tales operaciones son los depósitos de títulos de crédito o los de dinero, ya sea a plazo [10] o a la vista (en cuenta de cheques) (arts. 276 y s., 271 y 269 L. T. O. C.), en cada una de las cuales, a semejanza de cualquier otro contrato sinalagmático, queda obligado el banco a restituir y facultado el cliente a disponer del objeto o de la suma depositados, dentro de ciertas limitaciones legales o contractuales.

Cosa semejante debe decirse de los llamados servicios bancarios, [11] en los que ni remotamente se exige la concesión de un crédito. Contratos como el fideicomiso (346 y s L. T. O. C.) o el de cajas fuertes de seguridad (119 a 122 L. I. C.); los servicios de cobro y pago de cuentas, y muchos otros, son bancarios por el mero hecho de intervenir un banco, sin que en cada caso se requiera la prestación diferida en que consiste el crédtio. Es cierto que aquellos contratos en que el banco actúa como deudor, o sea las operaciones pasivas de las que se vale el banco para obtener fondos de los particulares, son el presupuesto para las funciones crediticias que realiza; sin ellas las operaciones activas (en las que es acreedor el banco), es decir, las concesiones de fondos o el otorgamiento de créditos (aperturas, reporto, etc.), no podrían efectuarse; pero, así como en el seguro no es posible desentenderse en lo absoluto del contrato individual, para sólo prestar atención a las operaciones de las empresas aseguradoras, así también, en las operaciones bancarias debe el intérprete

10 El depósito de ahorro, que es un depósito a plazo, lo considera VIVANTE (*Tratado de Derecho Mercantil*, trad. esp. de la 5ª ed. it., "Edit. Reus", Madrid, 1932, t. I, núm. 91, pp. 154 y s.) como un acto civil, lo cual era lógico en un sistema que consideraba al crédito como nota esencial de toda operación bancaria; también de VIVANTE, véanse nos. 52 y 53, pp. 121 y s. MONTESSORI, *Il concetto di impresa negli atti di commercio, Rivista di Diritto Commerciale*, 1912, I, 497 y s., sin embargo, considera que el concepto de empresa está implícito en estas "operaciones de banca". Esta original teoría, que no fué acogida posteriormente, predica la comercialidad de toda operación que suponga la adquisición o la enajenación de capitales, mediante el crédito y amplía exageradamente el concepto de las actividades comerciales aplicables a dichas operaciones, ya que serían comerciales aunque no las realizaran los bancos, siempre que las ejecutaran empresas intermediarias.

11 ARCANGELI, *Gli atti di commercio*, en *Scritti di diritto commerciale ed agrario*, "Cedam", Padua, 1936, II, 29, también considera incluídas en este apartado las operaciones bancarias accesorias.

preocuparse por la naturaleza y la estructura de cada contrato en particular, aunque sólo considerándolas en su conjunto pueda explicarse el concepto de dichas operaciones y la función de los bancos.

En nuestro derecho, es imposible que las operaciones y los servicios que sólo puedan ser realizados por instituciones de crédito constituyan actos de comercio unilaterales,[12] es decir, que sean mercantiles exclusivamente para los bancos; en efecto, cualquiera que sea la calidad del sujeto que contrate con el banco o que goce de sus servicios, estaremos en presencia de actos comerciales bilaterales. La mera intervención de un banco en aquellos actos que en *forma exclusiva* les están reservados por nuestro derecho,[13] convierte a éstos en comerciales. Ahora bien, si alguna de las operaciones normalmente bancarias son celebradas entre particulares (siempre que no exista prohibición legal y en uso del principio de la autonomía de la voluntad), o por instituciones que no sean de crédito, estaremos en presencia de actos y contratos no bancarios, que escaparán a la regulación del derecho comercial si no les es aplicable alguno de los otros criterios propuestos en nuestra clasificación. Ejemplos de estos actos no bancarios y no comerciales son el ahorro postal y el escolar, cuya regulación está reservada al derecho civil y al administrativo.[14]

6. *La fianza de empresa.*—Por virtud de lo dispuesto en el el art. 12 de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas (D. O. de 18 de enero de 1951), los contratos de fianza celebrados con instituciones especializadas "son mercantiles para todas las partes que intervengan, ya sea como beneficiarias, solicitantes, fiadas, contrafiadoras u obligadas solidarias".

Se trata de un típico contrato mercantil por el sujeto que interviene como fiador, y que a semejanza de ciertas operaciones verificadas por bancos, determina la comercialidad de los actos realizados respecto a todas las personas que intervienen, tanto en su celebración como en su ejecución. Como veremos al tratar de los actos accesorios (*infra*, núm. 28), también la fianza que un particular otorgue como garantía de un contrato o de una obligación mercantil, es contrato mercantil; pero, esta calidad

12 Para el derecho italiano, en cambio, v. ARCANGELI. loc. cit.

13 Es esta la razón de que no consideremos la apertura de crédito dentro de este inciso.

14 Y lo mismo debe decirse, según lo dispuesto en el art. 101 L. I. C., de todo depósito de dinero no constituido en banco, e incluso, de aquellos que se constituyeran en un banco que no gozara de autorización para ese efecto.

deriva exclusivamente de la vinculación de la garantía a una obligación principal de carácter mercantil; el fiador, en dicho supuesto, no es una institución especializada, ni puede otorgar habitualmente fianzas a título oneroso, como se desprende de la prohibición contenida en el art. 7º L. I. F.

7. *Los depósitos en almacenes generales.*—Los depósitos en almacenes generales derivan su comercialidad, como bien dice MANTILLA,[15] de la persona que asume la función de depositario. En efecto, los almacenes generales, que en nuestra legislación están considerados como instituciones auxiliares de crédito (art. 3º L. I. C.), son siempre sociedades anónimas (art. 8º L. I. C.) que efectúan profesionalmente la actividad del depósito y que pueden recibir mercancías y bienes genéricamente designados (art. 281 L. T. O. C.).[16]

El carácter mercantil de los depósitos en almacenes generales está reconocido tanto en la fr. XVIII del art. 75 C. Co., como en los arts. 280 y s. L. T. O. C. Al igual que la fianza de empresa, el depósito en almacenes tiene carácter comercial tanto para el acreedor (depositario) como para el deudor (depositante); la profesionalidad de aquél impone el carácter comercial del contrato para las dos partes que intervienen.[17]

A semejanza de la fianza, hay otros depósitos además de los de empresa que sólo son mercantiles por ser conexos de otras operaciones comerciales, según lo dispone la fr. XVII del art. 75 y el art. 332 C. Co. También estos contratos mercantiles conexos son comerciales para las dos partes que intervienen, pero a diferencia de los primeros, su mercantilidad es refleja o indirecta, ya que está condicionada al carácter comercial de las actividades o de los negocios de que deriva el depósito.

Por último, el depósito que recae sobre una cosa mrcantil es también un contrato comercial de carácter bilateral, según dispone el art. 332 C. Co. Consecuentemente, siempre serán mercantiles los depósitos de títulos de crédito, ya sea que se constituyan en banco (arts. 276 y s. L. T. O. C.)

---

15 *Derecho Mercantil*, 2ª ed., "Porrúa", México, 1953, p. 62.

16 El art. 51 L. I. C. establece que los almacenes de depósitos pueden ser de tres clases: a) los que se destinan a granero o depósitos especiales de semillas y frutos; b) lo que, además, pueden admitir mercancías o efectos nacionales o extranjeros que hayan pagado los derechos de importación y c) los que reciban efectos extranjeros sobre los cuales no se hayan pagado dichos derechos.

17 En este sentido, v. MONTESSORI, 508.

o fuera de banco, e independientemente de que el depósito sea un contrato principal o uno conexo. Por ser mercantil el objeto del contrato, éste será siempre comercial (v. *infra*, núm. 9). Cosa semejante puede decirse del depósito de embarcaciones, ya que también éstas son cosas mercantiles. En cambio, el depósito de mercancías no está regido por los principios asentados en este párrafo, dado que las mercaderías no siempre son cosas comerciales, por el carácter eminentemente fungible y consumible que tienen.

8. *La enajenación de productos agrícolas.*—Tradicionalmente, la materia agraria, en su acepción más lata, ha sido ajena al derecho comercial, correspondiendo su regulación al derecho civil, o bien, a una nueva rama autónoma, el derecho agrario. No obstante, el art. 75 C. Co., en su fr. XXIII, reputa como acto de comercio "la enajenación que el propietario o el cultivador hagan de los productos de su finca o de su cultivo".

Tanto el Código de Comercio francés (art. 638) como el italiano recién derogado (art. 5º) disponen, precisa y literalmente, lo contrario que esta curiosa y desconcertante fracción XXIII;[18] es cierto que desde hace más de sesenta años se han querido incluir entre las empresas comerciales aquéllas de carácter agrícola que se organicen con grandes capitales y se destinen al cultivo del campo o al desarrollo de la ganadería,[19] pero no es esto lo que nuestra ley indica, sino que ella establece el carácter comercial de todas las ventas que se realicen por quien no especula comercialmente, como es el agricultor, solución que es contraria a la que el mismo art. 75 establece en sus dos primeras fracciones.

Pero, además de contrariar la ley, la fracción XXIII es también contraria a nuestra tradición jurídica representada por los dos códigos anteriores, el de 1854 y el de 1884. Aquél, sólo establecía el carácter mercan-

18 Art. 638 del Código de Comercio francés: *"Ne seront point de la compétence des tribunaux de commerce las actions intentées contre une propriétaire, cultivateur on vigneron, pour la vente de denrées provenant de son cru..."*; y el artículo 5º del Código de Comercio italiano, contiene, en su primera parte, la disposición de nuestro art. 74, y al final dice: *"ne la vendita che il proprietario o il coltivatore fa di prodotto del fondo suo o da lui coltivato"*.

19 Véanse, MANARA, *Gli atti di commercio,* Turin, 1887, 57 y s.; en la literatura moderna, CARNELUTTI, *Infortuni sul lavoro,* cit. por ROCCO, *Principios de Derecho Mercantil,* trad. esp. "Revista de Derecho Privado", Madrid, 1931, 175, y este mismo autor. En contra, en un interesantísimo estudio, ARCANGELI, *Agricultura e materia di commercio,* en *Scritti cit.,* II, 103 y s., y VIVANTE, Núm. 67, p. 134.

til de la compra (no de la venta) de frutos, "que se hace con el determinado objeto de lucrar luego el comprador... en lo mismo que ha comprado" (art. 218), y el código de 84, más claramente, establecía en su art. 14: "No se consideran actos mercantiles: I. Las ventas que hagan los ganaderos de sus ganados, y los labradores de sus cosechas; a no ser que las verifiquen permanentemente en un establecimiento que abran al efecto." [20]

A pesar de estos antecedentes, podría pensarse que la fracción XXIII modificó sustancialmente el carácter de estas compraventas de productos agrícolas, para considerarlas como comerciales, a partir de la vigencia de nuestro Código de Comercio. No creemos que esta conclusión pueda admitirse ante la limitación constitucional consignada en la fracción X del artículo 73 de nuestra Carta Magna, que sólo atribuye competencia al legislador federal en las materias que consigna (hidrocarburos, minería... comercio...) y que deja, todas las que no incluye, a las legislaturas de los Estados, es decir, a las leyes que dicten éstos sobre las materias no reservadas expresamente a la Federación.

Ahora bien, es evidente que las ventas que los agricultores hagan directamente de los productos de su finca o de su cultivo no constituyen materia de comercio, cualquiera que sea la amplitud y el contenido de este concepto, razón por la cual tenemos que concluir que el texto de la fracción XXIII del artículo 75 es contrario al de la fracción X del artículo 73 de la Constitución Federal, y por ello, que la disposición relativa es nula.

Prueba del carácter exótico de la norma que se analiza es que ninguna disposición del Código de Comercio referente a la compraventa mercantil (arts. 371 a 387) se refiere a la venta de los productos agrícolas, y que la única norma del Código de Comercio de la que se desprende el carácter comercial de las compraventas de los frutos de una finca (art. 42), requiere el establecimiento por parte del labrador de un almacén o de una tienda, respecto al cual dicho agricultor sería considerado como comerciante, por realizar los actos de comercio comprendidos en la fracción I del artículo 75, y no los comprendidos en la fracción XXIII.

Contrariamente, el Código Civil del Distrito y Territorios Federales de 1932 (art. 2256), y con él los múltiples códigos de los Estados que lo copian, regula la venta de frutos y cereales, lo cual resultaría incomprensible de ser esta una operación mercantil, máxime si se considera que

---

20 La doctrina extranjera es absolutamente uniforme, v., para todos, VIVANTE, núm. 43, p. 115.

la vigencia de dichos Códigos Civiles es muy posterior a la del Código de Comercio. [21]

9. *Actos de comercio por el objeto. Características generales.*—Dentro de este segundo grupo de actos de comercio, consideramos tanto a aquéllos cuyo objeto está constituído, directa o indirectamente, por cosas que el derecho comercial ha considerado tradicionalmente como mercantiles, como son los buques y los títulos de crédito, como a los actos que recaen sobre cosas que, sin ser de comercio, imponen naturaleza mercantil a los actos y contratos que recaen sobre ellas, como sucede en nuestro Derecho con las minas y sus productos y el petróleo y sus derivados. No consideramos dentro de este inciso las empresas mineras y petroleras, a que se refieren los artículos 98, fracción I, de la Ley de minas vigente, y 6, fracción II, de la ley reglamentaria del artículo 27 constitucional en el ramo del petróleo; ya que su consideración como empresas comerciales la hacemos posteriormente, al hablar de los actos de empresa (*infra*, núm. 24).

Desde un punto de vista intrínseco, los actos cuyo objeto esté constituído por minas y petróleo, no son comerciales, puesto que, al igual que las enajenaciones de productos agrícolas, carecen de las notas que son propias de las operaciones y contratos propiamente mercantiles, como son la especulación comercial, la intermediación o el carácter profesional de quien los realiza; sin embargo, la inclusión de las actividades industriales dentro del derecho comercial y el hecho de que en nuestra tradición legislativa se ha reconocido el carácter mercantil de la industria minera, explican las disposiciones citadas de las leyes de minas y de petróleo. Además, los actos derivados de la industria minera y petrolera son, como los de la materia comercial, de la competencia exclusiva del legislador federal, razón por la cual, aparentemente, han sido asimilados a los actos de comercio; con la consecuencia de que la legislación mercantil constituya la fuente supletoria inmediata que colma las lagunas de las leyes de minas y de hidrocarburos.

Por la anterior consideración, no podríamos afirmar que estos actos adolezcan del mismo vicio de inconstitucionalidad que los del inciso anterior; pero sí debemos criticar la asimilación legal a los actos de comer-

21 No obstante, nuestra jurisprudencia, en algún caso aislado y sin proponerse expresamente el punto, predica el carácter comercial de esa venta; v. S. J. F., XXVII, p. 985, de 11 de octubre de 1929.

cio, de los contratos de enajenación y explotación de minas, así como de aquellos que se relacionen con los productos de las minas,[22] ya que nada de común tienen con otros actos de comercio, ni su celebración constituye ejercicio de actividad comercial o industrial.[23]

10. *Actos de comercio relativos a la navegación.*—Desde la más remota antigüedad la navegación marítima estuvo sometida a la jurisdicción de los tribunales especiales de carácter comercial,[24] siendo considerado el buque como una cosa específicamente mercantil.

El carácter comercial de las operaciones relacionadas con la navegación marítima depende fundamentalmente del medio de transporte utilizado, o sea el buque, "cosa que imprime carácter mercantil a todas las obligaciones inherentes a su empleo".[25] Por ello, la fracción XV de nuestro artículo 75 que declara actos de comercio "todos los contratos relativos al comercio marítimo y a la navegación interior y exterior", debe interpretarse ampliamente para el efecto de considerar no sólo los contratos cuyo objeto está constituído específicamente por el buque (e. g. arrendamiento de nave, contrato de remolque, etc.), sino también aquellos que se refieran al buque como medio de transporte indispensable (vgr. fletamento, préstamo a la gruesa, carga y descarga de la nave, etc.), o a su equipo (compra y venta de aparejos, vituallas, enseres, combusti-

22 La calificación comercial de los "contratos que tengan por objeto la enajenación y explotación de las minas", y de los "contratos que se celebren con relación a los productos de las minas", data de la Ley Minera del 25 de noviembre de 1909, cuyo artículo 79 era sustancialmente igual al art. 98 de la Ley vigente (Ley Minera del 2 de agosto de 1930); respecto a la primera fracción, que declara comerciales las empresas de minas, discurrimos más adelante (*infra*, núm. 24). PALLARES, *Derecho Mercantil Mexicano*, México, 1891, 1039, todavía afirmaba el carácter civil de los actos relacionados con minas.

23 La equiparación legal de los actos de las industrias minera y petrolera, a los de comercio, significa que para tales actos, en caso de conflicto entre una norma del derecho común y otra del derecho comercial, prevalecerá ésta, por ser una norma especial. V. para este criterio de interpretación, TRABUCCHI, *Istituzioni di Diritto Civile*, 7ª ed., Padua, 1953, p. 30.

24 MONTESSORI, 509 y s., y VIVANTE, núm. 79, p. 143.

25 VIVANTE, *ob cit.*, loc. cit. "El buque, dice Rocco, 189, es un objeto eminentemente mercantil, como instrumento potentísimo del tráfico". V. también MAGRI, *Le materie commerciali nella legislazione italiana*, Bologna, 1910, 6, y MONTESSORI, 510, y para el nuevo derecho italiano, FERRI, *Manuale di Diritto Commerciale*, Turín, 1950, 35 y s.

bles y otros objetos para armamentos de la navegación", como decía la fracción 15 del artículo 3º C. Co. it. de 1882), así como a los actos lícitos e ilícitos que en forma directa se relacionan con la navegación marítima,[26] independientemente de que para la utilización de la nave exista un propósito de especulación comercial, o una finalidad de recreo, de pesca, de instrucción, etc.[27]

Por analogía con el objeto, se asimila al transporte marítimo, el lacustre y el fluvial; en cambio, ni el transporte terrestre (ferroviario o automovilístico), ni el aéreo son asimilables en razón del medio utilizado, aunque ambos son mercantiles cuando se realizan por empresas (art. 75, fr. VIII), o cuando recaen en mercaderías o efectos de comercio (art. 576 C. Co.). El carácter comercial de los transportes terrestres y aéreos no dependerá, pues, del medio utilizado, sino de la finalidad de lucro de las empresas que los exploten, o de que se refieran al tráfico de mercancías. Los actos derivados del transporte por medio de buques siempre serán comerciales, porque el medio de navegación siempre será una cosa comercial; en cambio, cuando los transportes terrestres y aéreos no se realicen por una empresa, sino por un particular, y el objeto a transportar no sea comercial, estaremos en presencia de contratos regulados por el C. Civ. (arts. 2646 y ss.)

11. *Actos de comercio que recaen sobre títulos de crédito.*—A tenor de lo dispuesto en el art. 1º L. T. O. C. los títulos de crédito son cosas mercantiles y las operaciones que en ellos se consignen son actos de comercio. Ahora bien, dentro de la categoría de dichos títulos se comprenden tanto los que incorporan un derecho a una prestación pecuniaria (letra de cambio, pagaré, cheque, obligaciones de sociedades), como aquellos que incorporan derechos de participar en una colectividad (acciones de

---

26 MAGRI, 24, incluye también dentro de este grupo las averías marítimas (art. 881 C. Co.). Esto nos llevaría a admitir la existencia de hechos, y no de actos comerciales; en rigor, lo que tiene carácter mercantil es la obligación de participar en las averías.

27 En este sentido, véanse VIVANTE, 41, MONTESSORI, 510 y DE SEMO, *Appunti per la teoria degli atti di commercio*, en *Studi giuridici per l'anno 1936-1937, Publicazioni della R. Universitá di Firenze*, Florencia, 1937, 18. En el derecho italiano vigente la empresa de navegación se caracteriza por la explotación de un buque o de una aeronave, por lo que es también indiferente el propósito lucrativo, altruista, científico, etc., del viaje que se realice. V. ASCARELLI, *Lezioni*, 157 y FERRI, p. 35.

sociedades), y, por último, los documentos que incorporan derechos de disposición sobre bienes y mercaderías (conocimiento de embarque, certificado de depósito, bono de prenda).

Los actos consignados en un título de crédito, según la mención del mismo art. 1º antes citado, son aquellos característicos de los títulosvalores; la "emisión, expedición, endoso, aval o aceptación", son todos, actos jurídicos relativos al comercio cambiario, es decir, al uso de los títulos de crédito; y aunque no son los únicos actos de comercio que pueden consignarse en dichos documentos (faltan de enumerar, por ejemplo, el protesto, la certificación en el cheque, etc.), han de indicarse en el título respectivo, es decir, deben mencionarse en el documento para adquirir calidad de comerciales y para ser considerados como "actos cambiarios"; esta formalidad es consecuencia del carácter *literal* de los títulos de crédito.

Son también actos de comercio las operaciones y negocios cuyo objeto esté constituído por títulosvalores; por tanto "las compras y ventas de acciones y obligaciones de las sociedades mercantiles", "los contratos relativos a obligaciones del Estado u otros títulos de crédito corrientes en el comercio" (art. 75, frs. III y IV), el depósito de títulos de crédito (arts. 322 y s. C. Co. y 276 y s. L. T. O. C.), el reporto (arts. 259 y s. L. T. O. C.), y la prenda de dichos títulos (art. 334, fr. I, L. T. O. C.), son contratos mercantiles, y son actos de comercio los que de ellos derivan.

Deben también considerarse comerciales aquellos actos y contratos que recaigan sobre títulos de crédito que, sin estar reglamentados expresamente por nuestra ley, sean análogos a los regulados, con tal que no se trate de actos y contratos de naturaleza esencialmente civil. Así, con contratos mercantiles la compraventa de una acción o de una letra de cambio, la prenda de títulos y el usufructo de acciones, pero no la donación o la transmisión hereditaria de esos títulos, ni la hipoteca consignada en un título de crédito (a la cual se refiere el art. 2926 C. Civ. D. F.), porque estos actos jurídicos nunca son comerciales. [28]

Ahora bien, que los actos consignados en un título de crédito sean, en general, actos de comercio y, además, actos cambiarios, no quiere

---

28 La doctrina no es concorde respecto al carácter civil esencial de la donación; en sentido afirmativo, véanse BOLAFFIO, *Derecho Comercial*, t. I, vol. I, trad. esp., "Ediar", Buenos Aires, 1947, núm. 88, p. 689 y s. y NAVARRINI, *Trattato Teorico-Pratico di Diritto Commerciale*, vol. I, Milán, 1920, núm. 189, p. 261. En contra, MANARA, 94, VIVANTE, núm. 91, p. 155. No obstante, nada hay tan contrario a la naturaleza onerosa y lucrativa del comercio como los actos de liberalidad, y nuestro derecho mercantil no ofrece ningún caso de reglamentación de estos contratos.

decir que los derechos incorporados en tales documentos, tengan necesariamente dicha naturaleza. En efecto, los títulosvalores pueden incorporar derechos de la más variada índole; puede, por ejemplo, emitirse una letra de cambio para incorporar a ella el derecho al pago del precio de una compraventa que no sea mercantil sino civil, o al pago de una renta o de un salario, que provengan de contratos no comerciales, y en todos estos casos, los derechos incorporados conservan la naturaleza de las relaciones y de los contratos de que derivan. En otras palabras, la relación que da nacimiento al título (compraventa, arrendamiento, contrato de trabajo, etc., etc.), o sea la llamada *relación subyacente*, y los derechos incorporados en el título (para hacerlos valer de acuerdo a la naturaleza de éste) conservan su naturaleza civil, comercial, administrativa, etc., independientemente de que el título mismo sea una cosa mercantil.[29]

12. *Actos de comercio por el fin. Características generales.*—La tercera categoría de actos de comercio principales está integrada por todos aquellos cuya naturaleza mercantil deriva de una finalidad de especulación, de una actividad de producción de bienes o servicios para el mercado, o bien, de la interposición en los riesgos. Al primer grupo corresponden los actos a que se refieren las fracciones I y II del artículo 75 Código Comercio; al segundo, los actos de empresa enumerados en las fracciones VI a XI del mismo artículo; en la fracción I del artículo 98 de la Ley Minera, y en la fracción II del artículo 6º de la Ley del Petróleo; y al tercero, los contratos de seguro celebrados por empresas (fr. XVI, art. 75 Código Comercio).

Los actos del primer grupo claramente se refieren a la actividad comercial económicamente considerada, es decir, se refieren al intercambio de bienes que debe hacerse con un propósito de especulación comercial; en cambio, los actos de los otros dos grupos se refieren a la industria, no al comercio, y para ninguno de ellos exige la Ley (aunque en muchos lo presuponga) una finalidad lucrativa, para ser calificados de mercantiles.

29 El derecho al pago del precio de una compraventa civil, por ejemplo, está regulado por la legislación civil, y si ese derecho se incorpora a un título de crédito, la acción judicial relativa para el pago del título —no ya del precio de la compraventa— es mercantil, por ser cambiaria, por provenir del título mismo; si se quisiera prescindir de éste e intentar la acción causal derivada del contrato, se invocaría dicha relación civil, es decir, la relación subyacente, lo que exigiría la devolución previa al deudor-emitente del título del crédito (art. 168 L. T. O. C.). V. en este sentido MANTILLA, 56.

13. *Adquisiciones, enajenaciones y alquileres de bienes muebles.*— En este apartado se comprenden los contratos traslativos de dominio y el arrendamiento que recaigan, precisamente, sobre bienes muebles; a los contratos, se refiere la fracción I del artículo 75 con las palabras: "adquisiciones, enajenaciones y alquileres"; a los bienes, con la inútil y farragosa sinonimia: "mantenimiento, artículos, muebles o mercaderías".

Como dijimos antes, para la calificación de dichos contratos es característica esencial el propósito de lucro de las partes que intervienen, o cuando menos, de alguna de éstas. Si dicha finalidad no existe en ninguna de las partes, estaremos en presencia de actos y contratos regulados por el Derecho civil.

Asimismo, la actuación de una sola de las partes con fines especulativos, hace mercantil el contrato para ella y civil para la otra parte; es decir, se trataría de un *acto mixto,* o unilateralmente mercantil, cuya regulación depende de la posición del demandado en caso de conflicto; o sea, que si el contrato es mercantil para el demandado, el negocio estaría regulado por las normas sustantivas —si existen— y las procesales contenidas en la legislación mercantil, y viceversa, si el demandado fué quien celebró un contrato civil, por no haber tenido propósito de lucro, se aplican al contrato las reglas del Código Civil y del Código de Procedimientos Civiles. Rige en nuestro derecho el principio *actor sequitur forum rei,* establecido por el artículo 1050 C. Co.

Por *especulación comercial* u "objeto directo y preferente de traficar", que es la expresión equivalente usada por el art. 371 C. Co., al definir las compraventas mercantiles, debe entenderse el propósito de lucro [30] en su sentido más amplio, es decir, tanto el deseo de obtener una ganancia o un provecho con la adquisición, enajenación o alquiler realizados, como el servir la cosa o las cosas muebles que se adquieren para el propósito especulativo de la negociación comercial. En los contratos traslativos, esta finalidad lucrativa se manifiesta en la adquisición para revender o en la reventa sucesiva, y tanto el C. Co fr. (art. 632, párrafo 1º), como el Código de Comercio italiano de 1882 (art. 3º, núms. I y II) no hablan de especulación o de lucro, sino de revender y de reventa. Sin embargo, puede adquirirse la cosa, no con la intención de revenderla, sino de alquilarla lucrativamente o de utilizarla en las finalidades especulativas, de tráfico de la negociación comercial relativa, y también en

30 VIVANTE, núms 50 y 51, pp. 119 y s.

estos casos la adquisición y el arrendamiento tendrían carácter comercial; por ello, es más propia la expresión que usa nuestra ley: *propósito de especulación comercial.* [31]

El carácter mercantil del acto se atribuye independientemente de que se obtenga el lucro al enajenar o alquilar la cosa posteriormente; basta la intención, el propósito con que se adquiera, se enajene o se alquile, para calificar de mercantil al contrato respectivo. Igualmente, puede adquirirse con intención de enajenar la cosa y después cambiar de opinión el adquirente, conservándola, sin que esto obste para calificar de mercantil la adquisición realizada. El propósito de lucro, como dice la doctrina, [32] debe ser *contemporáneo* a la ejecución del acto "de donde resulta que el acto sigue siendo comercial aunque el comprador se valga más tarde de las cosas compradas para su propio uso y, por el contrario, no adquiere el carácter comercial aunque el comprador revenda posteriormente las cosas que compra para su uso particular"; [33] y debe también ser *principal,* o sea, consustancial al acto, es decir, que se adquiera la cosa para lucrar con ella, ya sea revendiéndola o alquilándola, pero en el mismo estado que se adquirió, o después de trabajada o labrada, sin que la cosa misma cambie, como sucedería con un trozo de madera que el ebanista convierte en un cofre, o con la hoja de tabaco que el obrero enrolla y vuelve cigarro; casos estos en los que, como dice VIVANTE, [34] hay transformación de la mercancía en otra distinta y no nos hallamos dentro de lo previsto por la norma que supone la reventa de la misma cosa comprada, si bien puede ser trabajada o puesta en obra". [35]

---

31 La doctrina y la jurisprudencia francesas han tenido que recurrir a la teoría de lo accesorio para reputar comerciales aquellas operaciones realizadas sin propósito de reventa, como la adquisición de mobiliario, de automóviles, de maquinaria, etc., que hace un comerciante para su negocio (v. ESCARRA, *Principes de Droit Commercial, Recueil Sirey,* París, 1954, I, núm. 161, p. 172 y s.). Con el concepto de especulación o de tráfico, usado en nuestro derecho, también esos actos serían principales.

32 VIVANTE, núm. 37, pp. 108 y s.; MAGRI, 48; ARCANGELI. 22; HAMEL et LAGARDE, *Traité de Droit Commercial,* "Librairie Dalloz", París, 1954, I, núm. 154, p. 180.

33 VIVANTE, *ob. cit.,* loc. cit.

34 Núm. 37, p. 109. V. también MONTESSORI, 420 y ARCANGELI, p. 23. En contra, para el derecho francés, HAMEL et LAGARDE, núm. 154, p. 180.

35 Y agrega el mismo autor: "La identidad de la cosa comprada con la vendida (café tostado, joyas engarzadas) es necesaria si no queremos caer en otras

La intención de lucro por el otro contratante al tiempo de celebrar el contrato no debe ser necesariamente conocida: [36] basta que la conozca posteriormente y que, en caso de conflicto, pruebe su existencia ante el Juez, por cualquier medio; [37] pero, como indica nuestra jurisprudencia, [38] no es prueba suficiente del propósito de lucro el hecho de que al revender se obtenga un mayor precio que el que fué pagado por la cosa; se requiere probar que se adquirió la cosa para obtener un mayor precio mediante su enajenación o alquiler.

La calificación comercial a que esta fracción I se refiere puede recaer sobre un acto aislado o sobre múltiples contratos celebrados entre comerciantes, o por un particular y un comerciante, o entre particulares. Sin embargo, en tanto que el propósito de especular se presume respecto a los comerciantes establecidos que adquieren artículos para su negociación, o que los enajenan de ella, debe ser probada respecto a los particulares, y aun respecto a comerciantes por lo que se refiere a productos del todo distintos a los de su giro. [39]

14. *Las compras y ventas de bienes inmuebles.*—Poco tenemos que agregar en este inciso, que se refiere a los actos consignados en la fr. II,

---

figuras de actos de comercio, por ejemplo, en la empresa manufacturera". V., asimismo, MONTESSORI, 419 y s., quien da énfasis a la importancia que tiene esta interpretación al excluir la naturaleza mercantil de las adquisiciones de materias primas realizadas por artesanos, para elaborar productos nuevos. MONTESSORI subraya cómo, en la evolución histórica del derecho mercantil, el trabajo de los artesanos ha sido desplazado por la industria fabril y manufacturera, que fué reconocida en la enumeración de los actos de comercio, dentro de las formas de empresa (fr. VII de nuestro art. 75). Nuestra jurisprudencia ha acogido también este criterio, al afirmar que la compra para revender es acto de comercio, "pero cuando el comerciante o sociedad adquieran un objeto cualquiera... para aprovecharlo en obras propias, ese acto no puede reputarse como de comercio" (Cía. Manufacturera del Potrero, S. A., S. J. F. XXXVI, 1644). Para la consideración como mercantiles de las adquisiciones de materia prima destinadas al objeto de una empresa, v. *infra*, núm. 16.

36 V. en este sentido MAGRI, 48 y ARCANGELI —citando a TARTUFARI— 23; en contra, VIVANTE, loc. cit.

37 MAGRI, 50.

38 BUSTAMANTE, José Alberto, S. J. F., XIII, 522.

39 V. MASSÉ, citado por AZZARITI, *Sugli atti di commercio per accesorio*, R. D. C. II, 1907, p. 9, y este último autor, p. 12; HAMEL et LAGARDE, núm. 176, pp. 205 y s.; ROCCO, 191.

art. 75 C. Co., de lo que ya hemos dicho en el capítulo anterior al referirnos al alcance y a los antecedentes históricos de esta norma. Además, se aplica a los actos inmobiliarios lo que dijimos en el número anterior respecto a la naturaleza mercantil unilateral o bilateral de los contratos sobre muebles, así como lo que indicamos sobre el propósito de especulación comercial, que debe animar a los supuestos de las dos fracciones.

Insistimos en que a pesar de ser muy clara la tendencia del derecho mercantil moderno [40] de comprender y reglamentar otros contratos lucrativos, además de la compraventa, cuyo objeto esté constituído por inmuebles, y no obstante que en nuestra legislación comercial hay varios supuestos de otros actos que recaen sobre bienes raíces (por ejemplo, las empresas de construcciones a que se refiere la fr. VI, del art. 75 y los contratos que tengan por objeto la enajenación de lotes mineros, que establece el art. 98, fr. II, de la Ley minera, v. *infra*, núm. 24), el texto de la fr. II que nos ocupa, por un lado, la comparación de dicho texto con el de la fr. I, por otro, y el carácter excepcional de la norma frente a la exclusión tradicional de los inmuebles del campo del derecho mercantil, impide cualquiera interpretación analógica o extensiva de dicha disposición, para considerar como mercantiles los arrendamientos o incluso otros contratos traslativos distintos a la compraventa, no obstante que aquél o éstos se realicen con propósito de especulación comercial, ya sea por uno o por ambos contratantes. [41]

15. *Los actos de empresa.*—El art. 75 incluye en su enumeración distitnas clases de empresas, a las que, con notoria impropiedad de lenguaje "reputa actos de comercio". En realidad, la empresa no es un acto, sino un concepto económico jurídico que siempre implica actividad humana. [42] Es la actividad del empresario, realizada con motivo y en rela-

---

40 ESCARRA, núm. 164, p. 178 y HAMEL et LAGARDE, nos. 180 y s., pp. 211 y s.

41 El simple arrendamiento de inmuebles queda excluído del concepto de explotación comercial, según la resolución del pleno del Tribunal Fiscal. R. T. F. F., tesis sustentadas por el pleno de los años de 1937 a 1948, pp. 276 y s.

42 MONTESSORI, 513, en sentido semejante, LA LUMIA, *Corso*, 112 y MAGRI, 30, quien afirma: "Cuando se trata de una empresa, todos los contratos preparatorios o iniciales son, evidentemente, los factores mismos de la organización, y como tales son comerciales sin duda alguna". En cambio, para FERRI, p. 27, la empresa del Código de 1882 no está considerada como un organismo económico sino sólo "en cuanto realizaba en su complejidad, un acto de intermediación con finalidad especulativa".

ción con los fines de la empresa, la que nuestra ley considera como mercantil, independientemente de que muchos actos concretos y algunos contratos celebrados por o con intervención de la empresa, no sean comerciales. [43]

Ahora bien, nuestra legislación mercantil, al igual que la francesa y la italiana que la inspiraron, no ofrece el concepto de empresa, y ha sido la lenta y ardua elaboración de la doctrina y de la jurisprudencia extranjeras (alemana, francesa e italiana, fundamentalmente) la que nos permite ofrecer un concepto que pueda aplicarse a las distintas negociaciones que enumera el art. 75.

Se trata, desde luego, de una figura de contenido eminentemente económico, la cual, como muchas otras, ha sido reconocida por el Derecho. [44] Es, además, una institución que la industria utiliza para el logro de sus finalidades, y en este sentido, debe reconocerse que a través del reconocimiento de la empresa, primero, y después mediante su regulación, el derecho mercantil moderno abarca y comprende en medida creciente, a la industria, la cual, junto a la actividad tradicional de los comerciantes, agota el contenido actual de dicha disciplina. [45] Al lado de la compra de mercaderías para especular, a que se refiere la fr. I, art. 75, y que constituye la típica actividad comercial, [46] nuestro viejo código, al igual que sus modelos, comprendió también la actividad industrial de las empresas (art. 75, frs. V a XI).

Pero, no siempre la actividad industrial se ejercita a través de una empresa mercantil, por lo cual, consecuentemente, no toda actividad industrial es actividad comercial; porque, en efecto, se excluyen de la enumeración del art. 75, los talleres y las "empresas" de artesanado, las cuales se caracterizan por dos notas: una de carácter económico, que

---

43 Lo que sucede, por ejemplo, con la empresa de agencias y oficinas de negocios, de que habla la fracción X, las cuales pueden intervenir en la celebración de contratos de índole varia; piénsese en las agencias de colocaciones, o de arrendamiento de inmuebles. En este sentido, v. Rocco, 172, y BOLAFFIO, núm. 74, pp. 553 y s.

44 AS, FERRARA JR., *Gli imprenditore e le società*, 2ª ed., "Giuffré", Milán. 1946, 16.

45 MONTESSORI, 423 y FERRARA JR., *ob. cit.*, 28.

46 BOLAFFIO, 189, y MANARA, 49. No es ella, sin embargo, la única actividad comercial en este sentido restringido, porque también la realizan, por ejemplo, las empresas comprendidas en la fracción X.

se manifiesta en la colaboración del maestro o artesano en el trabajo del negocio, siendo él el artífice, el primer obrero dentro del taller; y otra nota jurídica, consistente en que el artesano trabaja por comisión o encargo del cliente y no por especulación y para un mercado amplio, como sí lo hace la empresa comercial. [47]

La exclusión del artesanado del ámbito del derecho comercial, y la del artesano o titular de dicha "empresa" como comerciante, fué ya aceptada en el derecho francés, a partir del *Code de Commerce*, [48] y ha sido admitida en el derecho italiano [49] y también en nuestra doctrina. [50] Sin embargo, no debe olvidarse que el derecho mercantil nació dentro de la organización de talleres de artesanos, surgió de los gremios y corporaciones, formados precisamente por artífices y por artesanos; la circunstancia de que en la actualidad el derecho comercial sólo se refiera a las empresas, y no abarque el artesanado, es manifestación de que esta disciplina se refiere a la actividad de la gran industria y es prueba también del carácter contingente, históricamente hablando, de la materia regulada por ella.

Así pues, para que haya empresa comercial —grande o pequeña— se requiere que la actividad del empresario se dirija a la organización de los diferentes factores de la producción (es decir, del capital, del trabajo y de los elementos naturales), con la finalidad de cambiar bienes o servicios, o de producirlos para el mercado. [51] Al concepto de empresa

---

47 Es esta la interpretación más antigua de la jurisprudencia francesa; v. DALLOZ, *Repertoire de Législation*, París, 1847, t. VIII, p. 500. Para el derecho italiano v. MONTESSORI, 417, LA LUMIA, *Trattato di Diritto Commerciale*, parte generale, Milán, 1940, p. 3, y FERRI, 29 y s., quien da énfasis a la "actividad de organización de la empresa", la cual falta, a su juicio, tanto en la pequeña empresa, como en el artesanado.

48 V. DALLOZ, voz *Commerçant*, loc. cit.

49 MONTESSORI, 415.

50 MANTILLA, 61.

51 Es este el concepto de la doctrina italiana más moderna, que nosotros acogemos y explicamos en el capítulo VI. V. FANELLI, *Introduzione alla teoria giuridica dell'impresa*, "Giuffré', Milán, 1950, 79, quien de una definición análoga, afirma que se desprenden dos elementos, uno *estructural*, "constituído por el ejercicio profesional de una actividad económica organizada, es decir, de una actividad que se caracteriza por una triple calificación (que sea económica, que esté organizada y que sea profesional); y un elemento *teleológico*, constituído por la finalidad de producir o cambiar bienes o servicios, es decir, en síntesis, operar para el mercado" (p. 82).

"el ánimo de lucro es connatural pero no esencial",[52] y la doctrina moderna está de acuerdo con esta interpretación, que es la única, por lo demás, que explica la naturaleza comercial de todas las empresas, tanto de las privadas como de las de economía mixta y de las estatales, en las que puede faltar la intención especulativa pero no la finalidad de producir bienes o servicios para el mercado.[53]

Analicemos ahora brevemente los distintos tipos de empresas enumeradas en el art. 75.

16. *Empresas de abastecimientos y suministros.*—Esta fracción V, que corresponde al núm. 6 del art. 3º C. Co. it. y al primer enunciado del tercer párrafo del art. 632 C. Co. fr., no se concreta a hablar de *suministros,* como sí lo hacen dichos dos códigos extranjeros, sino que también habla de *abastecimientos.* Aunque desde el punto de vista gramatical el abastecimiento puede referirse a una colectividad, y el suministro a grupos determinados de personas,[54] ambos términos son equivalentes jurídicamente, ya que se comprenden en el concepto general del contrato de suministro, por el cual "una parte se obliga, mediante un precio, a realizar en favor de la otra, prestaciones periódicas o continuas de cosas o servicios" (art. 666 Pr. C. Co.).

La fracción exige la intervención de una empresa, es decir, de una organización de los distintos factores productivos que tenga como finalidad el cambio o la producción de bienes o de servicios, y su oferta a la clientela. Puede tratarse de bienes (suministro de gas, petróleo, pan, leche, carne, etc.), o de servicios (electricidad, teléfono, compostura de máquinas de escribir, aseo de oficinas y de casas habitación, etc.), con tal de que haya empresa comercial, porque de no haberla se trataría de una actividad comprendida dentro de los límites del artesanado y, por tanto, de una actividad civil (como serían las entregas que realizara el vendedor

52 VIVANTE, núm. 63, p. 132.

53 BIGIAVI, *La professionalitá del imprenditore,* Padua, 1948, 82 y s.; DOMINEDO, *Sull concetto dell'impresa di navigazione,* R. D. C., 1951, I, 227; y en la doctrina clásica, además de VIVANTE, BOLAFFIO, 398. En contra MANARA, 55 y s., ARCANGELI, 31 y GOLDSCHMIDT, *Storia Universale,* cit., p. 5.

54 Se provee al abastecimiento de agua, de energía eléctrica, de gas, a una ciudad, a un campamento, etc.; en cambio, se suministra gas, electricidad, servicio telefónico, de aseo, limpia de ventanas, etc., a una familia, a una persona, a un edificio, a una oficina.

de periódicos, el pequeño lechero, el carnicero, etc.) o podría tratarse también de prestaciones de cosas análogas a las comprendidas en la fr. I [55] o conectadas con ellas, que serían mercantiles por otro concepto.

Asimismo, en el supuesto de la fr. V quedaría comprendido el abasto o suministro de productos agrícolas, en la acepción más amplia de este concepto (leche, mantequilla, carne, leña, etc.), lo cual no contraría la exclusión de la materia agraria de la legislación mercantil, porque, como dice MONTESSORI, [56] el agricultor sólo será comerciante respecto al suministro y siempre que organice una empresa.

Como ya dijimos, los actos ejecutados y los contratos celebrados por las empresas son comerciales siempre que se refieran al objeto mismo de la negociación. La calificación mercantil, en los casos de esta fracción V y de las fracciones VI a XI, recae sobre los actos de empresa; por tanto, el contrato mismo de suministro es mercantil en cuanto se celebra por una empresa; además, esto atribuye naturaleza comercial a actos como los de adquisición de artículos y de mercaderías destinadas a la finalidad de la negociación, aunque la adquisición misma no se hiciera con el propósito de especulación y por tanto, no quedara comprendida en los términos de la fr. I, art. 75.

17. *Empresas de construcciones y trabajos públicos y privados.*—Esta fracción VI comprende dos supuestos distintos: el de "construcciones", que siempre recae en inmuebles, y el de "trabajos" cuyo objeto está constituído por servicios. Corresponde al núm. 7 del art. 3º,C. Co., it., que habla de "edificaciones y construcciones", y al párrafo primero del art. 633 C. Co. fr. que sólo se refiere a las construcciones; [57] ninguno de estos preceptos se refiere a trabajos públicos o privados.

---

55 Así, MONTESSORI, 438 y s. Esta fracción I, sin embargo, sólo permitiría la aplicación analógica para comprender el suministro de cosas, no de servicios —cuando no intervienen empresas— ya que estaríamos ante un contrato especulativo que recae sobre mercancías. Es indiferente, para los efectos de dicha fracción I y de su interpretación analógica, que se trate de un contrato traslativo; por tanto, las hipótesis estudiadas por la doctrina, de prestaciones que permiten de manera inmediata (cosas genéricas, futuras e inciertas), son, aquí, irrelevantes. V. CORRADO, *La somministrazione*, en el *Trattato di Diritto Civile Italiano* de VASSALLI, Turín, 1952, p. 99 y s.

56 P. 442.

57 La explicación de la divergencia entre dicho Código y el italiano en MONTESSORI, 423. HAMEL et LAGARDE, 216 y s., también hacen ver como el Código fran-

Quedan, pues, comprendidos en esta fracción VI las construcciones públicas y privadas que recaigan en inmuebles,[58] así como obras o trabajos, no comprendidos en el concepto de construcciones, porque su objeto está constituído por obligaciones de hacer, o sea prestación de servicios. Ejemplos de empresas de construcción serían las constituídas para edificaciones de toda clase; el trazo y el tendido de una vía, o de una carretera; la construcción de una presa, de un puente o de un puerto; la perforación de pozos, etc., etc., independientemente de que dichas obras sean privadas o públicas, como lo dice el texto de la fracción que comentamos. En cambio, hipótesis de trabajos o servicios privados o públicos serían las exploraciones con fines petroleros y mineros (calificados también de mercantiles en las leyes que regulan estas materias, v. *infra*, núm. 24); el levantamiento de planos topográficos; el tendido de cables de luz, de teléfonos, etc., etc.

Para la calificación comercial de estos actos no importa, como dice BOLAFFIO,[59] la importancia de la obra; pero sí se requiere la organización de la empresa con los elementos que la caracterizan; por tanto, por un lado, se excluyen los pequeños talleres, en los cuales, por ejemplo, un maestro de obras ejecuta la construcción colaborando materialmente en ella, y realizándola con posterioridad a la orden del cliente,[60] o un "gambusino" que realice por su cuenta y riesgo exploraciones mineras sin que tenga organizada ninguna empresa; y por otro lado, son mercantiles los

---

cés, en su tendencia a excluir los inmuebles de la materia comercial, sólo habló de empresas de construcciones referentes a la navegación marítima, por lo que las construcciones deberían ser navales. La jurisprudencia francesa no es concluyente, ya que en unos casos (por ejemplo: la empresa que construyó el Canal de Panamá), afirma el carácter civil, y en otros, la naturaleza comercial de las empresas de construcciones privadas y públicas (HAMEL et LAGARDE, 217). El Código italiano, deliberadamente, quiso ampliar la mercantilidad para comprender toda clase de construcciones, lo que hizo empleando un término propio de los inmuebles: "edificaciones".

58 Las que tienen por objeto muebles, están incluídas en otras fracciones: si están sujetas a un proceso de elaboración, en la fracción VII, que trata de fábricas y manufacturas (en este sentido, BOLAFFIO, 413 y MONTESSORI, 423); si se trata de construcciones navales, en la fracción XV, con criterio distinto de comercialidad, v. *supra*, núm. 10.

59 P. 413 y s.

60 Así, MONTESSORI, 425 y s. y BOLAFFIO, 415, FERRI, 30 y s.

actos, las operaciones y los contratos celebrados por la empresa, siempre que ellos se refieran al objeto de ésta.

Si se trata de una empresa de economía mixta o de una estatal (vgr. Petróleos Mexicanos), no es esencial un propósito lucrativo, consistente en obtener ganancias y gozar de ellas, o en especular entre el costo de producción y el precio previamente pactado por la obra, aunque sí se busque una utilidad entre el costo de lo producido y el precio de lo vendido, para el mero efecto de ampliar la negociación y mejorar los servicios. En cambio, si la empresa de construcción o de trabajos es privada, el lucro directo o indirecto, constituye su finalidad esencial.

18. *Empresas de fábrica y manufacturas.*—Comprende esta fracción VII la industria fabril y la manufacturera; es decir, la transformación de materias primas y la elaboración de productos por medios mecánicos y manuales, pero siempre dentro de la organización económico-jurídica de la empresa.

La fracción VII de nuestro art. 75 procede del Código de Comercio francés (art. 632, pfo. 2) y del italiano de 1882 (art. 3º núm. 8) aunque ninguno de ellos distingue entre fábricas y manufacturas, tratando sólo de estas últimas, en cuyo concepto la doctrina y la jurisprudencia comprenden toda la actividad de la industria.[61]

En consecuencia, toda actividad industrial realizada por empresas, ya sean públicas o privadas, está comprendida en la fracción VII. La industria pesada y la ligera; las fábricas textiles, de cerveza, de productos alimenticios, los molinos de trigo, de maíz, de arroz; las fábricas de loza y de instrumentos mecánicos, de equipos de todas clases, etc., etc., entran dentro del concepto de industria fabril o mecánica. Las fábricas de vidrio, porcelana, barro, cerámica; la confección de encajes y sombreros; la elaboración de pan, de tortillas, etc., etc., quedan comprendidas en el concepto de manufacturas, en las que interviene el trabajo manual del hombre de manera exclusiva, principal o meramente accesoria de un trabajo mecánico; es frecuente, sin embargo, que cierta actividad industrial, sobre todo manufacturera, no se realice por empresas comerciales, sino

61 MONTESSORI, 418 y s. En páginas anteriores este mismo autor afirma: "La regla del derecho anterior (al Código de Napoleón) según la cual se consideraba como comerciantes a los empresarios, y por ello, como sometidos a los tribunales de comercio, se convierte en la norma del Código de 1807, que reputa actos de comercio a las empresas de manufacturas" (p. 414).

por talleres, empresas de artesanado, pequeños molinos, etc., en los que no exista la organización profesional ni la producción de bienes para el mercado, sino meramente el trabajo manual del "maestro" y de sus operarios y aprendices, y la tarea por comisión o por encargo de la clientela. [62]

Inversamente, no deben considerarse incluidas en esta fracción VII aquellas actividades que no supongan la transformación de materias primas, sino la venta de ellas; una vez más afirmamos que el campo de aplicación de esta fracción es la industria, así como el campo de aplicación de la fracción I, art. 75 (que también se refiere a muebles) es el comercio. Ambas fracciones, la I y la VII, son el pivote sobre el que giran los dos campos regulados por nuestro derecho mercantil: el comercio, que exige el intercambio lucrativo, principalmente de mercancía, y la industria, que supone la elaboración y transformación de materias primas en productos nuevos y distintos. [63]

19. *Empresas de transportes y de turismo.*—Se comprenden en esta fracción VIII actos de naturaleza esencialmente distinta; por un lado los ejecutados por "empresas de transportes de personas o cosas, por tierra o por agua", por otro lado, las empresas de turismo. Estas últimas, que fueron adicionadas innecesariamente a la fracción que estudiamos [64] por decreto de 31 de agosto de 1934, realizan actividades más parecidas a las comprendidas en la fracción X (*infra*, núm. 21) que a las de transporte, ya que si este contrato siempre existe en la actividad del turismo, no es el único, ni el principal, y los otros actos involucrados en dicho concepto de

62 Entran dentro de este concepto de empresas de artesanado regulado por el derecho civil, las pequeñas fábricas de tortillas, de pan, de licores, de rebozos, de embutidos, de dulces, de loza y vasijas, etc.; en algunas predomina la intervención familiar y del artífice; en otras, el trabajar por encargo en la elaboración y confección de los productos, pero en ambos casos se trata de una actividad de transformación que escapa a la regulación del derecho mercantil. Desde el punto de vista meramente económico se llama comercial o mercantil a toda esta actividad, pero no lo es jurídicamente.

63 Por esta distinción se explica que los expendios, pequeños o grandes, de cualquier producto o mercancía, realicen una actividad mercantil, en cuanto celebran compras ventas con propósito especulativo; en cambio, la elaboración que dichos expendios hicieran de las mercancías a vender, cuando se efectúe fuera de empresa, no sería actividad mercantil sino civil.

64 MANTILLA, 60.

turismo, configuran a las empresas relativas como agencias de viajes y comisiones. [65]

Por lo que se refiere a las empresas de transportes, su calificación comercial acarrea la del contrato mismo que ellas celebren, y esta consecuencia es muy importante, ya que dicho contrato de transporte, que está reglamentado por la legislación comercial [66] y por la civil (C. Civ., arts. 2646 a 2665), será mercantil: *a)* cuando se celebre por empresas; *b)* cuando constituya un acto conectado con otras empresas comerciales, como sería el caso, por ejemplo, de los transportes realizados por empresas de turismo o de comisiones; y *c)* cuando recaiga sobre mercaderías o sobre efectos de comercio (por ejemplo, títulos de crédito), siendo civil en todos los demás casos. [67]

El art. 576 C. Co. amplía extraordinariamente el alcance de la fracción VIII que comentamos, al declarar que el transporte es mercantil, primero, cuando tenga por objeto mercaderías o cualesquiera efectos de comercio, y segundo, cuando siendo cualquiera su objeto sea comerciante el porteador o se dedique habitualmente a verificar transporte para el público. En efecto, la fracción I de dicho art. 576 no se desprende de nin-

---

65 En este sentido, v. ASQUINI, *Del contrato de transporte*, en el *Comentario* de BOLAFFIO, ROCCO y VIVANTE, trad. española, Buenos Aires, 1949, t. 12, vol. I 130 y s. Por supuesto, tanto el Código francés (art. 632, pfo. 2º) como el italiano recién derogado (art. 3º, núm. 13), sólo hablan del transporte, no del turismo. Es importante hacer notar que el Código galo no incluye el transporte de personas, cosa que sí hizo el Código italo, del que nuestro legislador de 89 copió la norma. THALLER, en *Annales de Droit Commercial*, 1895, citado por MONTESSORI, 433 y s., niega carácter comercial al transporte de personas; en cambio HAMEL et LAGARDE, núm. 160, p. 189, y la jurisprudencia que cita, reconocen el carácter mercantil del contrato.

66 No sólo por el Código de Comercio que regula el "contrato mercantil de transporte terrestre" (arts. 576 a 604), sino también por la Ley de Vías Generales de Comunicación (D. O. de 19 de febrero de 1940), que a pesar de ser una ley fundamentalmente administrativa contiene ciertas normas substantivas de carácter comercial (por ejemplo, respecto al transporte combinado, arts. 52, 53, 54, 68, etc.).

67 Sería civil, por ejemplo, el transporte que hiciera un particular de frutos y, en general, de cosas que no pertenezcan en el momento de la celebración del contrato a la circulación mercantil, es decir, de cosas cuyo destino no sea el cambio, sino el uso y el consumo (v. GARRIGUES, *Tratado de Derecho Mercantil*, "Edit. Revista de Derecho Mercantil", Madrid, 1947, t. I, vol. 1, núm. 130, p. 242); por ejemplo, el traslado de un mobiliario de un lugar a otro por un camión que pertenezca a un ranchero; el envío de productos agrícolas que éste haga a un pariente o a un amigo.

guno de los supuestos del artículo 75,[68] y casi deja sin materia al transporte civil; en cuanto a la fracción II, creemos que cuando habla de comerciante, sólo se refiere a aquel que es titular de una empresa, la cual realiza el transporte como finalidad principal, o por estar conectada con dicha finalidad principal, cuando esta no es de transporte; no creemos que pueda calificarse de mercantil un transporte cuyo objeto no esté constituído por mercaderías o efectos de comercio, y el porteador, a pesar de ser comerciante, no sea titular de una empresa mercantil.[69]

La fracción que nos ocupa habla del transporte de cosas y de personas, ya sea terrestre o por agua; quedan, pues, incluidos en este supuesto el transporte ferroviario (ferrocarriles y tranvías) y el de autovehículos (autos, autobuses, camiones, motocicletas), y de los segundos, el transporte marítimo, el lacustre y el fluvial. La ley no habla de transporte aéreo ni del de noticias (cable, correo, telégrafo), pero estos contratos también son mercantiles por analogía, cuando se celebran por empresas comerciales, ya sean públicas o privadas.[70]

20. *Las librerías y empresas editoriales y tipográficas.*—Esta fracción IX se refiere a actos cuyo objeto estriba en la reproducción y difusión de la propiedad intelectual. Comprende tres clases distintas de empresas: las primeras son las librerías que, además de una función estrictamente comercial que consiste en comprar libros para revenderlos,[71] reciben éstos en depósito, generalmente a virtud de contratos estimatorios, y "trabajan en difundir libros, publicando catálogos, correspondiéndose con los libreros, utilizando agentes para la colocación de las obras",[72] todo lo cual supone la organización y el funcionamiento de una empresa.[73]

---

68 Cuando menos por lo que se refiere a las mercaderías, ya que los demás "efectos del comercio", al referirse a títulos de crédito, pueden estar comprendidos en la fr. IV, art. 75, C. Co.

69 En este último sentido, MONTESSORI, 435 y VIVANTE, núm. 73, p. 138, y en contra, BOLAFFIO, p. 399, aunque no para un supuesto idéntico.

70 V. DOMINEDO, *Sull' concetto dell'impresa di navigazione.*

71 Actividad comprendida en la fracción I; v. ROCCO, 168.

72 ROCCO, 169.

73 La palabra que usa la ley, "librerías", es distinta a la del Código de Comercio italiano: "empresas libreras", y denota exclusivamente el comercio en libros; i. e., "las adquisiciones y enajenaciones con propósito de especulación comercial", de que habla la fracción I. Sin embargo, tomada la palabra en su acepción literal

Las empresas editoriales son aquellas que se encargan de la publicación y difusión de obras intelectuales por medios mecánicos, los cuales pueden formar parte de la organización total de la empresa, o bien, ser ajenos, ya porque constituyan empresas especiales (tipografías, de grabación de discos, litografía, de grabado, etc.) o porque sean pequeños talleres (de imprenta, de encuadernación, etc.) y en ambos casos vinculándose con la empresa editorial por contratos especiales de prestación de servicios cuyo objeto consiste, principalmente, en la impresión, reproducción o grabado de una obra determinada.[74]

Por último, las empresas tipográficas sólo se encargan de la reproducción material de las obras intelectuales, y siempre lo hacen por medios mecánicos propios; son las negociaciones encargadas de imprimir libros, periódicos, obras musicales, etc., como puede ser el caso entre nosotros de "Talleres Gráficos de la Nación" o de algunas casas mal llamadas editoriales, que sólo se dedican a la tipografía.[75]

Por analogía con las empresas libreras y editoriales deben considerarse como mercantiles las empresas radiodifusoras, las de televisión y las agencias de noticias e informaciones,[76] ya que su finalidad estriba en la difusión de música, noticias, ideas, pintura, etc.; es decir, todas ellas realizan la publicidad y la propagación de obras y actividad del ingenio humano con fines estrictamente lucrativos. Asimismo, por ser análogas a las tipografías también son comerciales las empresas de litografías y grabado, las de fotografía, las cinematográficas,[77] todas las cuales "tienen

---

o gramatical, sólo constituiría una inútil duplicación, si bien más limitada, de dicha fracción I, por lo cual, y en atención a los antecedentes de la disposición y al lugar en que ella está colocada (en las fracciones que hablan de empresas, exclusivamente), creemos que dicha expresión también se refiere a empresas. Para un problema semejante en el C. Co. it., v. Rocco, loc. cit.

74 No se trata del contrato de edición, el cual se celebra entre el autor y la empresa o persona que se obliga a reproducir, y algunas veces a difundir la obra (v. BOLAFFIO, núm. 48, pp. 435 y s.); dicho contrato puede celebrarse con una empresa editorial o con una tipografía, y en este segundo caso, el autor sí puede reservarse los derechos de difundir su obra.

75 Por supuesto, es posible, y muy frecuente en la práctica, que se constituyan empresas editoriales que también sean tipográficas (tal sería el caso de la Editorial Cajica de Puebla), y que incluso cuenten con la organización librera (por ejemplo el Fondo de Cultura Económica; la editorial Jus, la editorial EDIAR).

76 Sobre estas últimas, HAMEL et LAGARDE, núm. 169, p. 1986.

77 Conforme HAMEL et LAGARDE, núm. 174, pp. 201 y s.

la finalidad de reproducir, con procedimientos mecánicos, manuscritos, dibujos, música, obras artísticas, etc." [78]

21. *Empresas de comisiones, de agencias, de oficinas de negocios comerciales y de establecimientos de ventas en pública almoneda.*—Abarca esta fracción X actos de intermediación típica, consistente en "cualquier forma de gestión de un negocio ajeno", realizada siempre por empresas. [79] Su origen, proviene tanto del Código francés (art. 632, párrafo 2º, que incluye a las empresas de comisiones, y párrafo 3º, que se refiere a las otras) como del italiano (art. 3º, núm. 21), si bien éste no consideró a los establecimientos de ventas en pública almoneda.

Por lo que respecta a las empresas de comisiones, nuestra ley no se concretó a declarar mercantiles las negociaciones, y, por consiguiente, a los actos y contratos celebrados por ellas, sino que también calificó de mercantil al contrato aislado de comisión, según se desprende de la fracción XII. [80] Fué, pues, innecesario que la fracción X que estudiamos, se refiriera a las empresas, ya que si todos los contratos de comisión son mercantiles, [81] las empresas que se dediquen profesionalmente a celebrarlos siempre serán comerciales. No cabe aquí interpretación alguna que ofrezca un concepto distinto o más amplio de las empresas de comisión, como sí debe hacerse, según ya vimos (*supra*, núm. 20), respecto a las librerías, máxime que en el caso de aquéllas las actividades que realizaran, y que fueran conexas a los contratos de comisión, estarían comprendidas y calificadas por las agencias y oficinas de negocios, de las que también trata la fracción X.

Las agencias y oficinas de negocios son empresas dedicadas a "promover la conclusión de negocios ajenos", [82] aunque no participen necesa-

78 BOLAFFIO, núm. 47, pp. 433 y s.

79 MONTESSORI, 444. V. HAMEL et LAGARDE, núm. 182, p. 216 y núm. 163, p. 190, para los establecimientos de ventas en pública almoneda.

80 Criterio que se ratifica al definir dicho contrato el art. 273, como sigue: "El mandato aplicado a actos concretos de comercio se reputa comisión mercantil. Es comitente el que confiere comisión mercantil y comisionista el que la desempeña."

81 Cosa que se discute en el derecho extranjero, ante la ausencia de una declaración expresa de ley; para el derecho francés, los tratadistas lo niegan, para el italiano derogado, no hay uniformidad; v BOLAFFIO, núm. 73, pp. 549 y s., que se pronuncia por la mercantilidad y ROCCO, 171 y s., que sostiene que no *siempre* el contrato aislado de comisión será mercantil.

82 VIVANTE, núm. 55, p. 125.

riamente en la celebración de los contratos, en calidad de representantes o de mediadores. Como dice BOLAFFIO,[83] "la agencia aproxima la oferta a la demanda porque las hace conocer recíprocamente; el mediador, porque las hace coincidir".

Estas empresas, en consecuencia, pueden limitarse a ofrecer sus servicios, mediante la organización con que cuenten, para permitir a su clientela el acceso y el contacto con otras personas que estén igualmente en posibilidad de contratar, acceso y contacto que serían difíciles y lentos de no contarse con la intervención de las agencias de negocios; pero, pueden ellas actuar de mediadoras directas entre ambas partes interesadas, logrando su acuerdo para la celebración de los contratos respectivos, y ya sea que realicen exclusivamente la función de agentes, o que efectúen una función mediadora, en ambos casos será comercial la actividad que desarrollen, si ella se encuadra dentro de la organización de la empresa.[84] Si sólo fueran oficinas de negocios con funciones de mediación, podría pensarse que su carácter mercantil derivaría de la fr. XII, que reputa como actos de comercio "las operaciones de mediación en negocios mercantiles", pero, si tal fuera el caso, se negaría sin razón alguna la naturaleza comercial de las empresas de mediación en negocios que no fueran mercantiles.

Para la calificación comercial de estas empresas poco importa la naturaleza de los negocios y contratos que puedan concluirse por su intervención.[85] Estos, pueden ser contratos mercantiles, como es el caso de las agencias de transportes, de turismo, de seguros, de compraventa de títulos-valores; o contratos civiles, como sucede con las agencias de compra y venta de muebles e inmuebles sin finalidad especulativa respecto a las dos partes de este contrato, o las agencias de arrendamientos inmobiliarios; puede tratarse de contratos de prestación de servicios, como las agencias funerarias y las de colocaciones (no las bolsas de trabajo, que persiguen una finalidad social no lucrativa); incluso, pueden también intervenir en la celebración de contratos comerciales y civiles en que las partes interesadas no persigan necesariamente un propósito lucrativo, como sucede, por ejemplo, con las agencias aduanales.

---

83 Núm. 74, p. 555.

84 Rocco, 175.

85 Así, en el derecho francés, HAMEL et LAGARDE, núm. 167, p. 195; en derecho italiano, Rocco, 175, y BOLAFFIO, núm. 74, pp. 573 y s.

Por lo que respecta a los establecimientos de venta en pública almoneda, son empresas comerciales en cuanto sean lucrativas,[86] ya que realizan actividad mercantil independientemente de que tanto el comprador como el vendedor sean particulares, no comerciantes,[87] y de que dichas partes adquieran o enajenen sin propósito especulativo.

Las ventas por almonedas o remates públicos en el Distrito Federal, así como la intervención de negociaciones comerciales especialmente autorizadas para celebrarlas, están reguladas por el "Reglamento de Ventas Comerciales en Almoneda, en el Distrito Federal" (D. O. 25 de enero de 1945).

22. *Empresas de espectáculos públicos.*—El último grupo de empresas enumerado por la fr. XI del art. 75 corresponde a la gran variedad de espectáculos públicos; dicho grupo deriva del párrafo 3º del artículo 632 del Código de Comercio francés y del núm. 9 del artículo 3º del Código de Comercio italiano.

Como todas las demás fracciones, ésta comprende solamente espectáculos organizados y explotados por una negociación, en la cual, el deseo de obtener ganancias constituya la causa o finalidad. Se excluyen, pues, tanto los espectáculos gratuitos, de beneficencia e interés cultural,[88] como aquellos otros en los que, a pesar de cobrarse una cuota de ingreso, ella sólo representa una parte de los gastos que causa la representación o exhibición. Igualmente, no deben considerarse como empresas comerciales los pequeños teatros, cines, carpas, conjuntos orquestales, etc., en los que el pequeño empresario realiza también funciones de actor, músico u "operador".[89]

En cambio, la expresión "espectáculos públicos" debe tomarse en su acepción más amplia, para considerar, como lo hace la jurisprudencia francesa,[90] "teatros, conciertos, conferencias, circos, cafés cantantes" y

86 Los montes de piedad, en que se celebran estas ventas en almoneda, escapan a la calificación de negociaciones mercantiles en cuanto actúen en forma altruista, sin fines especulativos.

87 HAMEL et LAGARDE, núm. 163, p. 191.

88 HAMEL et LAGARDE, núm. 171, p. 199. Para el derecho italiano vigente, ASCARELLI, *Lezioni di Diritto Commerciale*, Milán, 1954, p.

89 V. en este sentido MONTESSORI, 431.

90 Citada por HAMEL et LAGARDE, loc. ult. cit.

también empresas de exhibición de películas, de toros, de foot-ball, box, de charros, etc. Asimismo, como en el caso de las empresas de la fracción X, los contratos de trabajo, alquiler, etc., celebrados por las empresas y los artistas, jugadores, equipo, son indiferentes para la clasificación mercantil de la empresa.

23. *Contrato de seguro.*—De acuerdo con la fracción XVI del artículo 75, se reputan actos de comercio "los contratos de seguros de toda especie, siempre que sean hechos por empresas". A semejanza de los actos enumerados en las fracciones V a XI, la razón de la mercantilidad del seguro estriba en la intervención de una empresa, o sea la institución aseguradora, que realiza, como dice Rocco, el cambio de un riesgo individual por una cuota proporcional de un riesgo colectivo.

La fracción XVI no es idéntica, sin embargo a aquellas otras que tratan de las empresas en el mismo artículo 75; en efecto, en el caso de los contratos de seguros la ley confiere naturaleza mercantil al contrato mismo, a diferencia de las fracciones V a XI en las que la nota de mercantilidad se atribuye a las empresas, o sea a la actividad realizada dentro de tal organización. Esta divergencia, que aparentemente es intrascendente, acarrea importantes consecuencias. En primer lugar, que el seguro sea una operación comercial para las dos partes que intervienen, independientemente de que el asegurado sea comerciante, y a pesar de que el seguro que celebre sea ajeno a toda actividad comercial, como en el caso de seguro de vida;[91] lo que no ocurre siempre en los actos de empresa, ya que, por ejemplo, en una empresa de suministros o en una editorial, la persona que es suministrada o el autor de una obra no siempre realizan una operación comercial; en segundo lugar, la ley, al hablar de "seguros que sean hechos por empresas", ha querido subrayar la íntima vinculación del contrato con la negociación aseguradora, por lo que resulta difícil concebir un contrato de seguro sin la intervención de una empresa.[92] Esto tampoco sucede respecto a los actos de empresa (fracs. V a XI), ya que todos ellos pueden practicarse aisladamente, o bien en forma reiterada, dentro y fuera de la organización de la empresa.

---

91 Conforme MANTILLA, 55, e implícita pero claramente, RODRÍGUEZ, *Curso de Derecho Mercantil*, 2ª ed., México, 1952, II, 160 y s.; en el derecho extranjero, se sostiene la opinión contraria, v. VIVANTE, núm. 78, p. 142, y ROCCO, p. 178.

92 En igual sentido MONTESSORI, 503.

Es también distinta la finalidad de las empresas enumeradas en las fracciones V a XI a la de las empresas o instituciones aseguradoras. Aquéllas se caracterizan por perseguir una finalidad lucrativa (cuando son empresas privadas); las de seguros, en cambio, tienen como finalidad el reunir a las personas expuestas al mismo riesgo a fin de repartir las consecuencias del siniestro acaecido entre la totalidad de los asegurados.[93] Esto permite que puedan calificarse de comerciales a empresas de seguros cuya finalidad no sea lucrativa e incluso a negociaciones cuyo fin sea mutualista, como sucede con las sociedades mutualistas que de acuerdo con el artículo 18 L. I. S. son también instituciones de seguros.

No es una empresa comercial, en cambio, el Instituto Mexicano del Seguro Social, a pesar de su semejanza con otros organismos descentralizados, como Petróleos Mexicanos o Ferrocarriles Nacionales de México, S. A., que sí son negociaciones comerciales. No es, el Seguro Social, una empresa comercial, porque los principales actos jurídicos que realiza, o sea los seguros sobre accidentes de trabajo, enfermedades profesionales, enfermedades no profesionales, y maternidad, seguros de invalidez, vejez y muerte y por cesantía involuntaria en edad avanzada (art. 1º Ley del Seguro Social, D. O. 19 enero de 1943), no son de naturaleza contractual, sino legal y obligatoria (art. 7º idem), y ni la legislación mercantil les es aplicable supletoriamente, ni la jurisdicción competente en materia de comercio, lo es en cuestiones del Seguro Social, de las que conoce el Consejo Técnico del mismo Instituto[94] y las Juntas Federales de Conciliación y Arbitraje.[95] Consecuentemente, si la finalidad principal del Seguro Social no es comercial, sino de derecho público y más concretamente, de derecho laboral; si, además, los principales actos realizados por el mencionado organismo, o sean los seguros, no son contractuales ni mercantiles, sino que corresponden al derecho obrero y al administrativo[96] y si, por último, la jurisdicción que conoce de las con-

93 MONTESSORI, 501.

94 Para las controversias que surjan entre patrones, asegurados y beneficiarios, en relación a la inscripción en el seguro, al derecho a ciertas prestaciones, a la cuantía de subsidios y pensiones, distribución de aportes (nótese cómo incluso la terminología es distinta a la del contrato de seguro) por valuaciones actuariales (art. 133 idem).

95 Para las controversias entre los asegurados, los beneficiarios y el Instituto "sobre las prestaciones que esta Ley otorga" (art. 134).

96 A este, en cuanto, de acuerdo con el art. 135 L. S. S.: "La obligación de pagar los aportes, los intereses moratorios y los capítulos constitutivos, tendrá

troversias a que den lugar los "seguros sociales", no es la civil, sino la obrera, es natural que el IMSS escape a la regulación del derecho mercantil.

La redacción de la fracción XVI que venimos estudiando, subordina la calificación mercantil del contrato de seguro a la intervención de una empresa aseguradora. Ahora bien, en México está prohibida "la práctica de cualquiera operación activa de seguros a toda persona que no tenga el carácter legal de institución de seguros", según lo establecido en la fracción I del artículo 3º L. I. S. Esto quiere decir que, aparentemente, todo seguro en nuestro país, es seguro celebrado por empresas, por lo que la mencionada fracción XVI parece redundante al exigir la intervención de éstas.

Hay en nuestro sistema, sin embargo, una especie de seguro que no se celebra con empresa, que incluso está previsto por la misma ley (art. 4º), que contiene la prohibición antes transcrita, especie de seguro que se practica en México[97] y que no es mercantil, sino civil. Nos referimos a una clase de seguro mutualista, para casos de muerte y enfermedad, que se establece a favor de miembros de organismos profesionales o de personas con intereses sociales semejantes, sin que tales grupos y asociaciones sean siempre instituciones de seguros.[98] Creemos que es-

---

el carácter de fiscal. Corresponderá al I. M. S. S. en su carácter de *organismo fiscal autónomo* la determinación de los créditos y de las bases para su liquidación; fijar la cantidad líquida y su percepción y cobro de conformidad con la presente ley y sus disposiciones reglamentarias. El *procedimiento administrativo de ejecución* de las liquidaciones que no hubieren sido cubiertas directamente al Instituto se realizará por conducto de las Oficinas Federales de Hacienda que correspondan, con sujeción a las normas del Código Fiscal de la Federación, que regulan las bases oficiosas y contenciosas del procedimiento tributario. Dichas oficinas procederán inmediatamente a la notificación y cobro de los créditos por la vía económico-coactiva, ajustándose en todo caso a las bases señaladas por el Instituto. Obtenido el pago, los jefes de las oficinas ejecutoras, bajo su responsabilidad, entregarán al Instituto las sumas recaudadas." El problema del carácter no contractual de los seguros sociales, en BARASSI, *Il dirito del lavoro*, "Giuffré", Milán, 1949, I, p. 230, y sobre todo, p. 238.

97 En el caso, por ejemplo, de la Asociación Mutualista de los Abogados de México o del seguro que cubre a los profesores la U.N.A.M. Véase MANTILLA.

98 El artículo 4º L. I. S. que trata de estos seguros y de tales asociaciones, dice así: "No se considerarán instituciones de seguros sujetas a la presente ley, las asociaciones de personas, especialmente las cajas y uniones de seguros de los orga-

tos seguros mutualistas, sin la constitución de una empresa, escapan al derecho mercantil, según la terminante disposición de la fracción XVI. Los organismos profesionales y las asociaciones de personas son asociaciones civiles, comprendidas dentro del art. 2670 C. Civ. D. F.;[99] la vigilancia de estos organismos es de carácter administrativo ("estarán sujetos a una reglamentación que expedirá la Secretaría de Hacienda y Crédito Público", según el art. 4º L. I. S.), y los contratos de seguros que celebren estarán regidos por el derecho común, aplicándose las disposiciones expresas que los códigos civiles contengan, o en su defecto, "las reglas generales de los contratos; las interpretaciones de las partes y en lo que fueren omisas . . . , las disposiciones del contrato con el que tengan más analogía de los reglamentados en este ordenamiento" (art. 1858 C. Civ. D. F.).[100]

24. *Industrias minera y petrolera.*—En el derecho mexicano las industrias minera y petrolera se consideran mercantiles, según las disposiciones del art. 98 de al Ley minera (D. O. 7 de agosto de 1930) y del art. 19 de la Ley reglamentaria del art. 27 constitucional en el ramo del petróleo (Ley del petróleo, D. O. 31 de diciembre de 1925).

En otros sistemas legales como el francés, las empresas de explotaciones mineras, a semejanza de otras actividades comerciales, se consideran como mercantiles "tanto por el instrumental que utilizan como por sus procedimientos comerciales de ventas y por las cualidades téc-

---

nismos profesionales, que sin expedir pólizas o contratos, concedan a sus miembros seguros en caso de muerte, o beneficios en el de enfermedad; pero estarán sujetas a una reglamentación que expedirá la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, donde se fijarán las bases para que, cuando por el número de asociados, por la frecuencia e importancia de los seguros que concedan y de los siniestros pagados, la misma Secretaría ordene a estas mutualidades que se ajusten a las disposiciones de la presente ley, convirtiéndose en instituciones de seguros."

99 Dicho artículo no considera como asociaciones civiles, sino mercantiles, a aquellas que tengan un carácter preponderantemente económico. Es evidente que las "asociaciones de personas" y los "organismos profesionales" de que habla el art. 4º L. I. S., no tienen tal carácter preponderante.

100 El C. Civ. vigente en el Distrito y Territorios Federales, no reglamenta el contrato de seguro; sí lo hacía el C. Civ. de 1884 (arts. 2705 a 2771) y aún lo regulan los códigos de los Estados que mantienen el sistema del Código de 84, como Zacatecas. En los Estados en que tal situación perdura, el seguro mutualista de que hablamos en el texto se rige por las disposiciones expresas relativas.

nicas de su personal".[101] Entre nosotros, por lo que respecta a minas, a partir de la Ley minera de 1909 se considera que, tanto las empresas mineras como los contratos relacionados con la exploración, explotación y enajenación de lotes mineros y "los contratos que se celebren con relación a los productos de los lotes mineros", son actos mercantiles (art. 98); igualmente, por lo que respecta al petróleo y sus derivados, la ley considera que son mercantiles "todos los actos de la industria petrolera" (art. 19).

Esto quiere decir que en materia de minería y petróleo el ámbito de aplicación de nuestro derecho mercantil se ha ampliado para comprender actos y operaciones que, por no ser de empresas, serían civiles de aplicarse las frs. I y II del art. 75, en cuanto la enajenación de las minas y de sus productos no se haga con propósito de especulación comercial.

Sin embargo, lo anterior no quiere decir que el derecho minero (que también comprende el petróleo y sus derivados) sea sólo una rama del derecho mercantil, puesto que multitud de negocios jurídicos de carácter minero, no son mercantiles, a pesar de la fórmula tan general de la fracción 96 L. M. y del art. 19 de la Ley del petróleo, ya porque nuestro derecho comercial los excluye expresamente, como es el caso de los actos y contratos de naturaleza esencialmente civil, a que hace referencia la fracción XXI del art. 75 C. Co., ya porque dicha exclusión derive implícitamente de todo nuestro sistema jurídico-mercantil;[102] ejemplos de contratos esencialmente civiles a los que en forma expresa se refiere la Ley minera, aunque sólo sea para declarar obligatoria su inscripción en el Registro Público de Minería (art. 74 L. M.), son los contratos de arrendamiento (fr. V), la constitución de servidumbres legales o voluntarias (fr. VII), etc.

Así pues, con la salvedad indicada, creemos que las empresas mineras y petroleras, así como los contratos relacionados con dichas industrias que no tengan naturaleza esencialmente civil, son mercantiles, sin que a ello obste el concepto de la materia del comercio, que como ya vimos, es relativo, circunstancial e histórico.

---

101 HAMEL et LAGARDE, núm. 168, p. 196. Según ESCARRA, *Cours*, cit., p. 68, la necesidad de crédito y de otorgar garantías especiales, son las razones que explican que la explotación de minas se considere como acto de comercio, en el derecho francés.

102 Véase *supra*. núm. 9.

La razón aparente que tuvo nuestro legislador para calificar de comerciales los actos de la industria minera y petrolera fué que ambas materias son de carácter federal, por lo que federal debería ser la legislación que les fuera aplicable supletoriamente.

25. *Actos de comercio por la forma. Consideraciones generales.*—Por forma en los negocios jurídicos se entiende el medio que la ley fija para que se manifieste la voluntad de las partes.[103] En nuestro derecho privado rige el principio de la libertad de formalidades, lo que quiere decir que en la gran mayoría de los negocios jurídicos civiles y mercantiles, basta la expresión del consentimiento sobre los elementos del acto o contrato respectivo, para que éste se considere perfeccionado y vincule a las partes interesadas; es esto lo que establece el artículo 1796 del Código Civil, que colocado en la parte general de las obligaciones, es aplicable "a todos los convenios y a otros actos jurídicos, en lo que no se opongan a la naturaleza de éstos o a disposiciones especiales de la ley sobre los mismos", como también dispone el artículo 1859 del Código Civil.

En materia comercial rige el mismo principio, que está reconocido por el art. 78 C. Co., y el art. 79 fija los casos excepcionales de negocios formales, así como la sanción en caso de que se omitan las formalidades legalmente exigidas.[104]

Nuestra legislación comercial contiene varios casos de negocios formales, pero sólo por excepción toma en cuenta la forma para calificar de mercantil al acto o contrato relativo. Así, por ejemplo, por ser literales los títulos de crédito son documentos eminentemente formales, como lo afirman, entre otros, los artículos 8, fracción v, 14, 15 L. T. O. C., pero su comercialidad no deriva de ser formales, sino del hecho de que los títulos de crédito son cosas mercantiles; de igual manera, la asociación en participación es un contrato que debe constar por escrito, pero

---

103 Rocco, 260, y MANTILLA, núm. 76, p. 57.

104 "Artículo 79." Se exeptuarán de lo dispuesto en el artículo que precede:

I. Los contratos que con arreglo a este Código u otras leyes, deban reducirse a escritura o requieran formas o solemnidades necesarias para su eficacia;

II. Los contratos celebrados en país extranjero en que la ley exige escrituras, formas o solemnidades determinadas para su validez, aunque no las exija la ley mexicana.

"En uno y otro caso, los contratos que no lleven las circunstancias respectivamente referidas, no producirán obligación ni acción en juicio.

no deriva de esta formalidad el que sea mercantil, sino de su conexión a una negociación mercantil, o a una o varias operaciones de comercio, según lo establece el artículo 252 L. G. S. M. Cosa similar podríamos decir del fideicomiso (arts. 352 y 353 L. T. O. C.), del contrato de seguro (art. 19, L. C. C.), etc.; ninguno de estos actos son mercantiles porque sean formales, sino en el caso del seguro, por su fin, y en el otro ejemplo, por la persona comerciante que intervenga en la celebración del fideicomiso.

En cambio, negocios hay que por la forma que la ley exige para la manifestación de la voluntad de las partes, son mercantiles; ellos son el acto constitutivo de una sociedad mercantil [105] y la carta de crédito.

26. *El negocio constitutivo de sociedades.*— [106] De acuerdo con el artículo 5º L. G. S. M., las sociedades mercantiles deberán constituirse en escritura notarial, la que debe contener necesariamente los requisitos contenidos en las 7 primeras fracciones del art. 6º de la misma ley; [107] asimismo, dichas sociedades deberán inscribirse en el Registro Público de Comercio (art. 2º L. G. S. M.).

Las sociedades que no cumplan con las formalidades exigidas para el acto constitutivo, están sancionadas en forma diversa según la gravedad de la omisión, y según las relaciones internas y sobre todo externas a que dé lugar su funcionamiento. Si no se cumple con la inscripción o con la redacción de la escritura notarial, pero en el documento

105 Por la redacción del art. 2688 C. Civ., podría pensarse que las sociedades mercantiles, a diferencia de las civiles, son exclusivamente aquellas que se constituyen con una finalidad de especulación comercial, y que, en consecuencia, su naturaleza mercantil depende del fin; sin embargo, el art. 4º L. G. S. M. establece que "se *reputarán* mercantiles *todas* las sociedades que se constituyan en algunas de las formas reconocidas en el art. 1º de esta Ley"; y si se considera que la sociedad cooperativa, que nunca persigue un fin lucrativo o de especulación, está comprendida en dicho art. 1º L. G. S. M., se comprenderá la falsedad de la distinción señalada en el art. 2688.

106 Sólo consideramos mercantil por la forma el negocio constitutivo, y no *otros actos y contratos celebrados por sociedades mercantiles*, como pueden ser la celebración de asambleas, los acuerdos de éstas, los contratos de fusión y transformación, la disolución y liquidación de sociedades, etc., porque todos ellos, a pesar de ser negacios formales, son comerciales por conexión, es decir, por ejecutarse siempre por sociedades comerciales.

107 De las trece fracciones del artículo 6º, las seis últimas no son esenciales, según dispone el art. 8º L. G. S. M.

privado correspondiente se contienen las menciones esenciales del art. 6º, el negocio es ineficaz meramente, ya que la ley no anula el contrato social, ni priva de personalidad jurídica a la sociedad que se haya exteriorizado frente a terceros, sino que declara válido el pacto entre los socios, concede a los que no sean culpables de la irregularidad el derecho de exigir daños y perjuicios, y decreta la responsabilidad ilimitada y solidaria de los representantes de la sociedad (arts. 2º y 7º, párrafo 3º, L. G. S. M.), además de que la quiebra en que la sociedad incurra siempre será culpable (art. 94, fr. III, L. Q.).

Si el defecto de formalidades comprende también la omisión de alguno de los requisitos enumerados en las frs. I a VII del art. 6º, además de la responsabilidad ilimitada y solidaria de los administradores y representantes, el negocio constitutivo es anulable, en los términos del art. 7º, pfo. 1º, L. G. S. M., en relación con el art. 79 C. Co., antes citado, y con el art. 2227 C. Civ.

En las relaciones internas, dicha sociedad produce efectos, y cualquiera de los socios puede exigir el cumplimiento de todas las formalidades omitidas, según lo establecen el art. 7º, primer párrafo, L. G. S. M., y el art. 2232 C. Civ.; en cuanto a las relaciones de la sociedad con terceros, la ley le atribuye personalidad jurídica (art. 2º, pfo. 3º, L. G. S. M.), pero sanciona la ineficacia al privar de ejecutoriedad a las obligaciones contraídas por terceros a favor de la sociedad (art. 79 *in fine*, C. Co.), y al prohibir que la falta de forma sea oponible a aquéllos (art. 2691 *in fine*, C. Civ.).

Entre los requisitos exigidos por el art. 6º L. G. S. M., la fr. III se refiere al tipo de sociedad mercantil que los socios elijan. Es indudable que, a pesar de la incorrecta redacción del art. 4º, L. G. S. M., los diferentes tipos de sociedades mercantiles enumerados en el art. 1º de la misma ley, no se identifican con las formalidades a que deben sujetarse dichos entes comerciales;[108] como ya dijimos, la forma constituye solamente el medio de manifestación de la voluntad de las partes, en cambio, el tipo que se escoja de sociedad comercial constituye la voluntad misma de los socios que se expresa en el acto constitutivo.

Por otra parte, las formalidades exigidas para las sociedades mercantiles son distintas a las que el Derecho común impone a las sociedades civiles, según se desprende de los artículos 2690 y 2693 del Có-

108 MANTILLA, 57. La Exposición de Motivos de la L. G. S M., también incurre en el error señalado en el texto.

digo Civil, y si una sociedad de naturaleza civil toma la forma de sociedad mercantil, es decir, si cumple con los requisitos formales mínimos exigidos por el art. 6º L. G. S. M., quedará sujeta a la legislación comercial, de acuerdo con lo previsto en el artículo 2695 del Código Civil.

Por último, también son distintas las consecuencias que acarrea la falta de forma, en ambas clases de sociedades, ya que, de acuerdo con el artículo 2691 del Código Civil, las de naturaleza civil siempre deben liquidarse.

Para VIVANTE,[109] la naturaleza mercantil de los actos que sirven para constituir o transformar una sociedad comercial, deriva de la norma que concede la calidad de comerciantes a dichas sociedades; no creemos que tal situación, que también se da en nuestro derecho (art. 3º, fr. II, C. Co.), sea la que determine la mercantilidad, puesto que el concepto de comerciante se da en función del acto de comercio, pero no al revés; es decir, el concepto de un acto o de una relación mercantil no depende (en sistemas jurídicos objetivos como el italiano derogado y el nuestro) de la calidad de comerciante. Tampoco es satisfactoria la opinión de MANTILLA,[110] quien crítica la aparente confusión entre formalidades y tipos de sociedades, para concluir que el acto constitutivo de una sociedad mercantil es absoluto, sin que aclare en qué estriba su comercialidad.

27. *La carta de crédito.*—Este contrato es también un negocio mercantil en cuanto se cumplan las formalidades exigidas por el artículo 311, L. T. O. C. Normalmente, es un contrato bancario, en cuya virtud el dador, una institución de crédito, expide una orden de pago en un documento, llamado precisamente carta de crédito, a favor de una persona determinada, el tomador, y dirigida a un tercero (que también será un banco en la generalidad de los casos).

La operación, de importancia muy escasa en la práctica, puede también celebrarse por comerciantes individuales, e incluso, por un particular a favor de otro que se dirija a plaza diversa, en la cual el primero mantenga relaciones de negocios (no necesariamente comerciales), para que en dicha plaza la carta de crédito se pague por el asignado. En todos estos casos, solamente estaríamos en presencia de un nego-

109 Núm. 47, pp. 116 y s.

110 P. 57.

cio comercial si se emite el documento llamado carta de crédito, el cual debe expedirse a favor de una persona determinada, no ser negociable, ni sujeto a aceptación o protesto, y expresar "una cantidad fija o varias indeterminadas pero comprendidas en un máximo cuyo límite se señalará precisamente" (arts. 311 y 312, L. T. O. C.).

28. *Actos de comercio accesorios o conexos.*—En contraposición con los actos principales que hasta aquí hemos venido estudiando, existe una segunda gran categoría de actos, o sea, la de los actos accesorios o conexos. Históricamente, dicha categoría deriva del artículo 632, pfo. 6º, del Código de Comercio francés, que reputan actos de comercio las obligaciones entre negociantes, comerciantes y banqueros.

Según la antigua doctrina francesa, dichas obligaciones se referían a las negociaciones o empresas de los comerciantes,[111] de tal manera que estos actos se consideraron como conexos a otros de los enumerados, los que, a su vez, se reputaron como principales; asimismo, por referirse a los comerciantes, los actos conexos fueron calificados de subjetivos, en oposición a los absolutos de carácter objetivo,[112] y sólo podían conectarse y ser accesorios de una actividad habitual y reiterada de la empresa, y no de un acto de comercio aislado.[113]

El derecho francés moderno ha superado estas limitaciones,[114] admitiendo la existencia de actos accesorios o conexos independientemente de que se subordinen a actos individuales o aislados, y sin exigir tampoco la intervención de comerciantes; no obstante, es diferente la situación si intervienen éstos, ya que, en tal caso, existiría una presunción de conexión con otro acto mercantil de carácter principal, presunción que no se daría de no intervenir los comerciantes, debiendo entonces ser probada la referencia a una actividad comercial.

---

111 La evolución de la doctrina francesa y el análisis del C. Co. it., en AZZARITI, R. D. C., 1907, II, pp. 5 y s.

112 Todavía la doctrina moderna acepta el carácter preferentemente subjetivo de los actos accesorios; ESCARRA, núm. 159, p. 171, por ejemplo, afirma: "Se reputan comerciales, no sólo cuando se realicen por un comerciante accesoriamente a su empresa, sino también por ejecutarse por comerciante. De otra manera dicha..., la tendencia objetiva y la subjetiva se combinan en la construcción de la teoría de lo accesorio, y cada una de ellas corrige lo que la otra tiene de insuficiente."

113 AZZARITI. 8, 129.

114 *Ibidem.*

El derecho italiano facilitó la ampliación del concepto de los actos accesorios, al considerar las obligaciones de los comerciantes como actos de comercio a los que se aplicaba el mismo criterio objetivo que se usa para los demás actos enumerados en el art. 3º, si bien, aquéllos no se consideraron como actos absolutos o principales, sino como accesorios de los comprendidos en dicho artículo 3º [115] Pero, además, la enumeración contenida en el art. 3º contenía algunos actos cuya mercantilidad descansaba en otros actos singulares, o bien, dependía de una actividad coercial genérica, como en los casos de los núms. 21, 22 y 23 de dicho artículo 3º; con todo lo cual esta categoría de actos conexos se amplió extraordinariamente. [116]

Nuestra ley, a semejanza de la francesa e italiana, incluyó en la enumeración de los actos de comercio, las obligaciones de los comerciantes (frs. XX y XXI del art. 75), así como actos y operaciones conectados, evidentemente, con relaciones o actividades que son mercantiles por sí mismas (frs. XII, XIII, XVII y XXII); además de estos actos accesorios, nuestra legislación comercial consideró otros, que también derivan su mercantilidad del nexo o vinculación con actos principales, tales son: la cuenta corriente y la prenda, reguladas por la L. T. O. C. (arts. 302 y 334); la asociación en participación comprendida en la L. G. S. M. (art. 252); por último, negocios como la fianza individual y los contratos preparatorios, no regulados en forma expresa por la legislación mercantil, deben considerarse también como accesorios, cuando estén subordinados a actos principales, por seguir la suerte de éstos. [117]

Estudiemos ahora dos de los más importantes actos accesorios o conexos, [118] remitiendo al volumen sobre contratos mercantiles el estudio de aquellos otros que no sean tratados aquí. [119]

---

115 AZZARITI, 14.

116 Para ASCARELI, *Lezioni*, 164, la conexión y el carácter auxiliar de ciertos actos "se refieren a una relación económica funcional, independientemente de una accesoriedad jurídica".

117 DE SEMO, 22 y s., pretende distinguir los actos conexos de los accesorios, hablando de subordinación y dependencia de éstos con los primeros, y de autonomía de los conexos; además de lo discutible que puede ser esta distinción, dudamos que pudiera tener alguna aplicación práctica en nuestro derecho.

118 Véase la nota anterior.

119 La asociación en participación será estudiada en el volumen dedicado a sociedades.

29. *Las obligaciones de los comerciantes.*—Consideramos en este inciso los actos de comercio comprendidos en la segunda parte de la fracción XX [120] y en la fracción XXI del artículo 75 del Código de Comercio. [121] En nuestra opinión, ninguna diferencia existe entre ambas disposiciones, concretándose una y otra a complementarse, en cuanto que, el requisito de la primera, consistente en que las obligaciones se refieran *al comercio*, i. e., a la empresa del comerciante, se aplica a la fracción XXI, y la regla de ésta, excluyendo como mercantiles las obligaciones esencialmente civiles, se aplica evidentemente a la fracción XX. [122] Esta interpretación, basada en los distintos precedentes nacionales y extranjeros utilizados por nuestra ley [123] es, además, la única admisible

120 "La ley reputa actos de comercio: XX. Las obligaciones de los comerciantes a no ser que se pruebe que se derivan de una causa extraña al comercio."

121 "XXI. Las obligaciones entre comerciantes y banqueros si no son de naturaleza esencialmente civil."

122 Admitimos que en casos de duplicidad aparente, la obligación primordial del intérprete es buscar un contenido distinto de cada norma, pero esa tendencia debe desecharse frente a principios generales que impidan la diferenciación y frente a resultados que choquen con el sistema jurídico en que se opera. (V. en este sentido, GRECO, R. D. C., 1953, II p. 11). Ahora bien, afirmar que la fr. XX incluye las obligaciones esencialmente civiles con tal que ellas se relacionen con la negociación del comerciante es colocar a ésta, sin fundamento alguno, como centro de nuestro derecho comercial, y significa también ampliar el contenido de esta disciplina más allá de lo que permite la tradición y la división del derecho privado en sus dos ramas: derecho civil y mercantil.

123 Ninguno de los Códigos de Comercio, nacionales y extranjeros anteriores al nuestro y que fueron utilizados por el legislador de 1889, contiene esta duplicidad. Nuestro Código fué influenciado por diversos textos y copió diversas disposiciones, sin darse cuenta de las mutilaciones y repeticiones en que incurría. Efectivamente, la fr. XX, en su segunda parte, fué copiada literalmente del art. 2º de una ley belga de 1872 (v. PALLARES, 985); en cuanto a la fr. XXI, fué tomada parcialmente del art. 13 de nuestro C. Co. de 1884 y del art. 4º C. Co. it. de 1882. Dicho art. 13 reputaba como mercantiles: fr IV. "Las obligaciones entre negociantes, mercaderes o banqueros, factores, tenedores de libros y demás dependientes de las negociaciones comerciales, siempre que conciernan a éstas" (esta disposición, a su vez, tiene como antecedente el art. 632 C. Co. fr., para el cual se reputan actos de comercio: "las obligaciones entre negociantes, mercaderes y banqueros"); de esta norma del Código de 84, tomó nuestra fr. XXI su primera parte. A su vez, del art. 4º C. Co. it., que estaba redactado así: "Se reputan actos de comercio, además, los demás contratos y obligaciones de los comerciantes, *si no son de naturaleza esencialmente civil*, o si no resulta lo contrario del acto mismo", nuestra fr. XXI copió la referencia que subrayamos. Habiéndose aprobado la fr. XX, y ante los absurdos que se hubieran

desde el punto de vista jurídico, porque, en efecto, afirmar que la fracción XX incluye los actos esencialmente civiles, como obligaciones de carácter mercantil, con la única condición de que dichos actos se refieran a la empresa, impondría naturaleza comercial, por ejemplo, a actos como la donación o la herencia de una negociación mercantil cuando fuera donatario un comerciante, o él instituyera a otro como heredero; y recíprocamente, si se afirmara que los actos extraños a la negociación del comerciante están excluidos de la fracción XXI tendríamos que aceptar que cualquiera obligación que no fuera esencialmente civil, entraría en el supuesto de esta norma, aunque ello estuviera en contradicción con otras disposiciones legales y aunque negara el carácter especial del Derecho mercantil. Así, por ejemplo, bastaría que dos comerciantes celebraran una compraventa para que ella y las obligaciones correlativas, fueran mercantiles, sin exigirse el propósito de especulación comercial de que hablan las fracciones I y II del artículo 75; de igual manera, sería suficiente que un comerciante individual otorgara fianza en favor de otro, para afirmar la naturaleza comercial de las obligaciones surgidas de dicha garantía, a pesar de que ni el contrato principal garantizado fuera mercantil, ni la fianza se conectara con los negocios de ellos.

Semejante interpretación nos llevaría a una estructuración eminentemente subjetiva, para comprender operaciones civiles (si bien no esenciales), que en nuestro sistema constitucional están reservadas al legislador local. [124]

Por la razón aducida, nos parece falsa la afirmación de MANTILLA [125] de que en la fracción XX hay una presunción relativa de conexión con otro acto de comercio, y que dicha presunción es absoluta respecto a los actos de la fracción XXI, porque ésta "no habla de la posibilidad de la prueba en contrario". [126] En realidad, ambas fracciones,

---

planteado de dejar el texto de la fr. XXI sin hacer referencia a los actos esencialmente civiles, se incluyó esta mención. No entendió nuestro legislador de 89 que las dos frs. XX y XXI correspondían a este art. 4º del Código italiano, que fué al que más fielmente siguió, y tampoco se dió cuenta de la imposibilidad y de la esterilidad de dividir el principio.

124 En contra de lo que dispone, por ejemplo, el artículo 1º Código de Comercio: "Las disposiciones de este Código son aplicables sólo a los actos de comercio."

125 *Ob. cit.*, 64 y s.

126 Es curioso que MANTILLA considere a estos actos como conexos y al mismo tiempo excluya la prueba de dicha conexión.

por ser iguales, establecen una presunción *iuris tantum* de comercialidad, la que se destruye con la prueba de que las obligaciones relativas no derivan de la empresa del comerciante. [127]

¿A qué obligaciones se refieren las fracciones XX y XXI? El artículo 4º del Código de Comercio italiano de 1882, que sirvió de modelo al nuestro, hablaba de "las demás obligaciones y contratos de los comerciantes", con lo cual se acudía, aparentemente, a un criterio de analogía respecto a los contratos y obligaciones enumerados en el artículo 3º. Nuestra ley se limitó a hablar de *obligaciones*, [128] sin usar expresión alguna que implique analogía con las demás fracciones del artículo 75. Por ello, creemos que la mención se refiere a toda clase de obligaciones con exclusión de las esencialmente civiles, [129] cualquiera que sea su fuente, con tal de que deriven de la empresa del comerciante, es decir, que ésta sea la causa, la finalidad económico-jurídica de ellas. Quedan incluídas, pues, las obligaciones contractuales, las derivadas de un cuasicontrato, como puede ser la gestión de negocios; las de cuasi-delito, como pueden ser las obligaciones contraídas por responsabilidad civil, o por competencia ilícita no sancionada penalmente, y la obligación de reparación del daño derivada de delitos como los de quiebra culpable y fraudulenta, de concurrencia ilícita, o los tipificados en la ley de la Propiedad Industrial. [130]

Precisa indicar ahora si los actos de las fracciones XX y XXI son principales, o bien, accesorios o conexos.

Con la opinión unánime de la doctrina consideramos que las obligaciones de los comerciantes son conexas, por el hecho de que ellas deben referirse a su negociación; no existe aquí accesoriedad, es decir, esa relación de acto o negocio principal, por un lado, y acto o negocio acceso-

---

127 En este sentido, AZZARITI, R. D. C., 1907, II, pp. 10 y 12. En contra, MANARA, núms. 35 y 36, pp. 71 y s.

128 MANARA, 76, crítica el uso del término *obligaciones*, ya que éstas no son actos de comercio, sino que constituyen la consecuencia y los efectos de los actos. MAGRI, 54, interpreta el vocablo como si se tratara de todo hecho jurídico capaz de producir obligaciones, por lo que considera inadecuado o pleonástico que el art. 4º it.. hablara de obligaciones *y contratos*.

129 V. ROCCO, 191, y ESCARRA, núms. 159 y 168, pp. 171 y 182.

130 Que la enumeración del art. it., equivalente a nuestro art. 75, incluía actos ilícitos, se afirma por toda la doctrina. Véanse ARCANGELI, 4; MANARA, 322; ROCCO, 191; MAGRI, 58 y s., etc.

rio, por el otro, pero sí hay conexión con una empresa, la que se traduce, como dice ASCARELLI [131] en "una relación económico-funcional". Las obligaciones de los comerciantes de que tratan ambas fracciones, se relacionan con un acto de comercio, más propiamente con *el comercio*, es decir, con la empresa del comerciante, y se puede hablar de conexión (en la acepción jurídica del vocablo) entre un acto y la actividad normal de una empresa. [132]

Por analogía (art. 75, fr. XXIV), otros contratos semejantes a los enumerados, que no sean esencialmente civiles, también podrían considerarse como mercantiles por conexión o accesoriamente, como sería el caso de la fianza (no de empresa) [133] y de la promesa de venta, [134] pero en el caso de la frs. XX y XXI estamos en presencia de una enunciación expresa: "obligaciones de los comerciantes", que no ofrece al intérprete criterio alguno de semejanza para que pueda aplicarse la analogía, por lo que ya dijimos que estos actos son mercantiles por conexión.

Para terminar el análisis de las fracciones XX y XXI es necesario que indiquemos qué debe entenderse por "actos esencialmente civiles". Dos son los criterios que debemos tener en cuenta para establecer dicho concepto: uno, intrínseco, que atiende a la naturaleza del acto, extrínseco el otro, que depende de los antecedentes y de la estructura misma de nuestro sistema jurídico-mercantil.

Desde el punto de vista intrínseco, son actos esencialmente civiles aquellos regulados por el derecho común, a cuya naturaleza repugne ser considerados nunca como mercantiles; [135] tales son los actos referentes

---

131 *Lezioni di Diritto Commerciale*, Milán, 1954, 164.

132 Que estos actos son conexos, lo afirman, entre otros, ESCARRA, n. 167, p. 181; HAMEL ET LAGARDE, n. 175, p. 202; AZZARITI, p. 6; ROCCO, 191; y entre nosotros TENA, 143 y MANTILLA, 64 y s.

133 El carácter comercial de esta fianza es muy discutida en la doctrina extranjera Por la afirmativa, véanse, MAGRI, 44, y BOLAFFIO, 216 y 228 y s. HAMEL et LAGARDE, n. 171, p. 207 afirman que sólo sería mercantil si fuera accesoria de una actividad comercial, es decir, si el comerciante otorgara la garantía en interés de su negocio. ESCARRA, núm. 160, p. 173, en cambio, afirma su carácter civil "incluso si se presta por un comerciante y solidariamente".

134 MAGRI, p. 22. En cambio, en pp. 41 y s., afirma lo contrario. Este autor, p. 38, admite la analogía para la interpretación de los actos de comercio accesorios; sin embargo, en p. 37 se manifiesta en contra, porque, a su juicio, dichos actos accesorios carecen de sustantividad.

135 ROCCO, 192.

al derecho de familia y al derecho sucesorio, respecto a los cuales son por completo ajenas las notas propias de la actividad comercial, como son: el lucro, la intermediación, el tráfico mercantil, la profesionalidad, etc. Estos actos nunca pueden considerarse incluídos dentro de la materia de comercio.

Otros actos civiles hay en los que las notas de especulación comercial, e incluso de profesionalidad, pueden darse, sin que a pesar de ello nuestro sistema jurídico-positivo acepte que sean considerados como mercantiles. Son estos, todos aquellos actos que no estando calificados expresamente por nuestro derecho como comerciales, tampoco es posible que se les aplique el criterio de analogía, ya sea, *primero*, porque el texto mismo que se interprete excluya la aplicación analógica; *segundo*, porque nuestra tradición no permita dicha interpretación, o *tercero*, porque no quepa en la absoluto este criterio de interpretación.

Dentro del primer grupo consideramos el arrendamiento de inmuebles, por el hecho de que la fracción II del artículo 75 del Código de Comercio (igual que su precedente italiano), sólo considera como mercantiles las compras y ventas de bienes inmuebles, apartándose claramente de la redacción y del alcance de la fr. I que habla de las "adquisiciones, enajenaciones y *alquileres*... de artículos, muebles o mercaderías"; por tanto, a pesar de que el arrendamiento inmobiliario se haga con propósito de especulación comercial, no será acto de comercio ni contrato mercantil. [136]

La razón de que la fracción II del artículo 75 se limite a la compraventa, es de tipo histórico, puesto que, como ya dijimos, tradicionalmente el derecho mercantil no ha incluído los inmuebles, y sólo como ex-

---

136 El carácter civil de este contrato lo establece claramente el art. 2398 C. Civ. que regula el arrendamiento de fincas destinadas al comercio. La Suprema Corte así también lo ha establecido (Montes Luis N., S. J. F. CIII, p. 754; La Latino Americana, Compañía de Seguros sobre la Vida, S. A., S. J. F. XCVIII, 294 y en el Boletín de Información Judicial, IV núm. 39, noviembre de 1948; véanse también S. J. F. 107 p. 2069). En nuestra doctrina, MANTILLA admite este criterio (aunque lo niega en p. 65), y en la doctrina extranjera parece prevalecer la opinión contraria: veánse MANARA, 201, BOLAFFIO, 326 y s., autor éste que como principio general niega el carácter comercial del arrendamiento de inmuebles. Para el derecho francés, veánse HAMEL ET LAGARDE, p. 211 y s., quienes claramente abogan por considerar como mercantiles aquellos actos que recaigan sobre inmuebles, en los que se den "los caracteres fundamentales" del comercio, o sea, la especulación y la circulación; ESCARRA, n. 164, p. 177 y s., también se pronuncia en este sentido, pero indica lo contradictorio de la jurisprudencia gala.

cepción, copiando al Código de Comercio italiano de 1882,[137] nuestro código incluyó las compraventas de inmuebles.[138] Por razón semejante, es decir, por ser la fracción II una norma de excepción que no admite interpretación extensiva ni analógica, deben excluirse todos los demás negocios traslativos que recaigan sobre inmuebles, como la donación, la permuta, etc. En cambio, es posible teóricamente considerar que la venta judicial puede tener carácter comercial, si el adquirente tiene el propósito de especular revendiendo el inmueble judicialmente adquirido.[139]

Dentro del segundo grupo consideramos a la hipoteca, que a pesar de otorgarse por instituciones especializadas, como son las hipotecarias, y no obstante que se constituya como garantía de un contrato principal que sea mercantil, seguirá siendo civil. A esta solución nos lleva, tanto la opinión de nuestra doctrina[140] como el hecho de que nuestra legislación comercial la excluya expresamente (v. art. 1º de la Ley de Instituciones de Fianzas), y al revés de lo que sucede respecto a otros contratos accesorios o conexos (prenda, fianza, comisión, mediación, depósito), no reglamenta la hipoteca. Que no sea así, también deriva de la exclusión tradicional de los inmuebles a la competencia del derecho mercantil.

---

137 Véanse, Rocco, 159 y Bolaffio, 315.

138 Es curioso, sin embargo, que el Proyecto Mexicano de Código de Comercio de 1880 sí incluía a los inmuebles, y no sólo a las compras y ventas, sino también a las permutas. Este texto, que se adelanta al mismo código italiano de 1882, dice así: "Art. 15. ... en consecuencia, se reputarán mercantiles: primero: la compra, venta o permuta de mercancías... y en general la de todos los demás bienes, *aun cuando* sean raíces, siempre que esas operaciones se hagan con el exclusivo objeto de lucrar en ellas, procurando su inmediata venta o permuta..."

139 La tendencia del derecho mercantil contemporáneo es considerar a todos estos contratos (arrendamientos, permutas, etc., con fines especulativos) como mercantiles (Véanse Vivante, n. 51, p. 120 y n. 91, p. 156, y Hamel et Lagarde, p. 212 y s.), y ello es lógico y congruente con el sistema mismo y con la evolución de nuestra disciplina. No obstante, pesa mucho entre nosotros el texto de la fr. II en comparación con el de la fr. I, y todos los antecedentes históricos a que nos referimos. No debe pasarse por alto que los contratos sobre inmuebles cuya finalidad estriba en la especulación constituyen, desde el punto de vista económico, una actividad comercial, y que ella estaría comprendida en la fr. X del artículo 73 Constitucional, por lo que su regulación debería estar reservada al legislador federal, dentro de la legislación mercantil.

140 Pallares, 1045 y 1071. La doctrina extranjera se manifiesta en sentido contrario, veánse Vivante, *loc. ult. cit.*, y Magri, 38.

Por último, no son mercantiles porque respecto a ellos no cabe el criterio de analogía, ciertos contratos, para los que, sin embargo, podría caber la intención lucrativa, como son la transacción,[141] la enfiteusis,[142] la aparcería,[143] etc. Por mayoría de razón, tampoco pueden considerarse como mercantiles aquellos contratos como la donación, el comodato, la renta vitalicia, la apuesta, en los cuales no cabe intención lucrativa ni especulación comercial alguna, y tampoco les es aplicable la interpretación analógica respecto a las operaciones incluídas expresamente en alguna de las fracciones del artículo 75 (v. *supra*, nota 43).

30. *La cuenta corriente.*—El contrato de cuenta corriente es aquel en el que las dos partes que intervienen acuerdan que los créditos y las deudas derivadas de sus relaciones recíprocas se consideren, respectivamente, como partidas de abono y de cargo en la cuenta de cada cuentacorrentista, y sólo el saldo que resulte a la clausura de la cuenta constituya un crédito exigible en los términos del contrato (arts. 312 L. T. O. C. y 769 Pr. C. Co.).

La cuenta corriente es un contrato accesorio,[144] porque de acuerdo con la propia definición legal, está ligado a otros contratos y operaciones previas, que en muchos aspectos son determinantes de los elementos que integran a este negocio.[145] Como accesorio que es, la cuenta corriente puede ser mercantil o civil,[146] según que los contratos y las operaciones que den lugar a ella, sean comerciales o civiles. Es cierto que en la gran mayoría de los casos la cuenta corriente se celebra entre comerciantes y respecto a operaciones mercantiles, como también es cierto que la existencia de "relaciones recíprocas entre las partes", supone

---

141 En este sentido, MAGRI, 84, y en contra, BOLAFFIO, 220.

142 En contra, MANARA, 201, y VIVANTE, n. 85, p. 148 y n. 91, p. 155.

143 En contra VIVANTE, *loc. ult. cit.*

144 En igual sentido, MAGRI, 31, y ARCANGELI, 43. MANTILLA MOLINA no lo incluye dentro del grupo de los accesorios, pero tampoco le niega tal carácter. Sin embargo, el considerar a la cuenta corriente como un contrato absolutamente mercantil (MANTILLA 53), impide aceptar su naturaleza accesoria, porque ¿cómo afirmar ambas notas cuando la relación de accesoriedad se establezca con operaciones no comerciales?

145 El carácter accesorio deriva claramente, además, del art. 302 C. Co.: "Los créditos derivados de las remesas recíprocas"; del art. 303: "los negocios a que la cuenta se refiere"; de los arts. 304, 305, etc.

146 Así expresamente, MANARA, 247 y s. y MAGRI, 71.

relaciones comerciales; pero, nada obsta que se celebre el contrato entre dos agricultores, por ejemplo, caso en el cual —por raro que sea— estaríamos ante un contrato civil. Es falso que la mera inclusión del contrato en la L. T. O. C. exija el considerarlo siempre como mercantil,[147] porque esto nos llevaría a ampliar sin razón alguna el ámbito de aplicación del derecho comercial, así como la materia de comercio a que se refiere la fracción x del artículo 73 constitucional.

31. *La interpretación analógica de los actos de comercio.*—Los tratadistas de derecho mercantil están de acuerdo en que la enumeración de los actos de comercio contenida en los códigos respectivos, no es taxativa sino meramente enunciativa,[148] y que, por tanto, los diversos actos enumerados son susceptibles de interpretación extensiva y analógica, para el efecto de considerar como comerciales actos u operaciones semejantes a los comprendidos en los catálogos legales.

Nuestro Derecho, a diferencia del italiano y del francés, declara expresamente en la fracción XXIV del artículo 75, que "cualesquiera otros actos de *naturaleza análoga* a los expresados en este Código", se reputarán actos de comercio. Este reconocimiento legal permite que no tenga que discutirse entre nosotros la validez de la interpretación analógica en el derecho comercial, y permite también acudir a la analogía antes que a las fuentes supletorias, o sea el uso y el derecho común, porque aquel criterio de interpretación sirve para integrar el sistema del derecho comercial, sin acudir a otros medios que sólo se utilizan para colmar las lagunas de la mencionada disciplina.[149]

Problema distinto es, y nada fácil de resolver en los casos concretos, el precisar cuándo y cómo ha de intentarse la analogía para juzgar de la comercialidad de un acto determinado. Desde luego, es obvio que sólo se acudirá a tal criterio de interpretación en caso de silencio de la ley, porque si ésta se manifiesta, en cualquier sentido, expresa o tácitamente, no es a la interpretación analógica que acudiremos, sino a la li-

147 Como lo afirma MANTILLA, 51 y 53.

148 Para el derecho francés, ESCARRA, n. 99, p. 115 y HAMEL ET LAGARDE, n. 145, pp. 171 y s.; para el derecho italiano, VIVANTE, n. 33, p. 105, ARCANGELI, n. 3, p. 5, ROCCO, p. 151.

149 Conforme VIVANTE, *núm.* 5, *p.* 73, y ROCCO, p. 142, y en especial, BOSCARELLI, *L'analogia giuridica*, "Rivista trimestrale di diritto e procedura civile": VIII, p. 627 y 641.

teral o a la histórica. Además, la analogía exige un procedimiento inductivo que parta de un caso regulado para ascender al género que la comprenda, establecer en éste un principio general, subsumir en él el caso cuya mercantilidad se analice [150] y declararlo incluído, implícitamente, en la norma, con lo cual ella adquiere su plena eficacia. [151]

El problema de la analogía de los actos de comercio es particularmente arduo y complicado, precisamente por la dificultad de reducir dichos actos a un concepto unitario del que sea dable inferir los principios generales que se apliquen a los casos no previstos. Es posible, como dice ARCANGELI, [152] establecer la analogía entre el caso dudoso y el caso particular regulado (*analogia legis*), pero esta interpretación de caso por caso, además de difícil resulta insuficiente, ya que en muchas ocasiones la costumbre comercial y la jurisprudencia reconocen la mercantilidad de ciertos actos que nada de semejante tienen con los enumerados por el legislador, si a éstos se les considera aisladamente; en cambio, si se encuentra la semejanza si el acto dudoso se compara con grupos y categorías de actos similares.

Por esto, sin prescindir del criterio de interpretación anterior, se debe preferir la *analogia iuris*, que se funda en la aplicación al caso dudoso de los principios generales que sean aplicables a los distintos tipos de los actos enumerados por la ley. Y así, es lícito considerar como comerciales ciertas empresas no comprendidas en el artículo 75, y que tampoco son similares a las enumeradas por cada una de las distintas fracciones de dicha norma, como serían, por ejemplo, las empresas públicas, [153] los sanatorios, las empresas de producción de energía eléctrica (que no realizan suministros, sino que venden a otras negociaciones la totalidad de la energía producida), las negociaciones forestales, etc., siempre que en todas éstas se encuentren los elementos que caracterizan a la empresa comercial. [154] Es válido, asimismo, considerar

150 ROCCO, *loc. cit.*

151 V. BORRIO, *L'analogia nella logica del diritto*, 121.

152 P. 61 y s.

153 Conforme, BOLAFFIO, p. 399, y BIGIAVI, *La professionalità, cit.*, 82 y 84.

154 La Suprema Corte admite dicha interpretación extensiva o analógica, declarando expresamente que "toda empresa sea o no de las enumeradas en el art. 75 C. Co., es mercantil por el solo hecho de ser empresa, y debe considerarse como tal a

como equivalentes a los actos enumerados en la fr. I, los establecimientos comerciales de prestación de servicios, como las peluquerías, salones de belleza, "bolerías", etc., aunque ninguno de ellos especule con el comercio de cosas muebles, ni tampoco esté organizado en forma de empresa; basta el fin o causa consistente en el lucro, en la especulación comercial.

32. *El acto mixto.*—La gran mayoría de los actos de comercio regulados por nuestra ley, son actos sinalagmáticos, y más concretamente, contratos. Ellos suponen, consecuentemente, prestaciones bilaterales, y dos partes que recíprocamente sean deudora y acreedora, en las relaciones jurídicas que se celebren. Es frecuente que las dos partes que intervienen en la celebración de un contrato realicen un acto de comercio; por ejemplo, que una de ellas especule mediante la venta de un bien que haya adquirido para tal propósito, y que la otra adquiera dicho bien con la intención, a su vez, de revenderlo; la compraventa, en este supuesto, es mercantil tanto para el comprador como para el vendedor, según resulta de la fracción I del artículo 75. Otras veces, el carácter comercial bilateral del acto no deriva del contrato, sino de la ley misma, al declarar expresamente que determinadas relaciones son absolutamente mercantiles, como sucede con los actos cambiarios y con las operaciones de crédito (*supra*, núms. 5 y 11); y puede también derivar dicho carácter de la interpretación que la doctrina o la jurisprudencia hagan de una norma de ley, como sucede en los casos de los contratos de seguro y de transporte.

Pero es también frecuente que de las dos partes que celebran un contrato, una de ellas ejecute un acto de comercio, y la otra, un acto civil; lo que acontece, por ejemplo, cada vez que un particular compra

---

la organización constituída para llevar a cabo, con propósito de lucro, un fraccionamiento" (Escandón y Cuevas Antonio, S. J. F., LXXII, 3905); y en otra ejecutoria la Corte declara: "... deben regirse por las leyes mercantiles todos los actos de la gran industria que sirvan para crearla, ejercerla o liquidarla" (Sindicato de Obreros de Molinos de Nixtamal, Suplemento S. J. F., 1934, y tomo XL, 1256); en la doctrina, admiten este criterio, para el derecho francés, ESCARRA, n. 100, p. 117 y HAMEL ET LAGARDE, n. 145, p. 172, y en el italiano, MONTESSORI, 518 y s., MANARA, n. 57, PICHIO, *Contributo alla determinazione del concetto d'impresa secondo l'articulo 3º del C. Co.*, R. D. C., 1921, I, 648, y VITERBO, en nota a la traducción española de BOLAFFIO, *cit.*, 184. En contra de la *analogía iuris*, y a favor de la *analogía legis*, MAGRI, 30, y BOLAFFIO, 201.

una cosa de un comerciante establecido para su uso o consumo, o cuando una persona recibe, en concepto de suministro, un bien o un servicio de parte de una empresa. Estos actos, tan numerosos y frecuentes como los actos bilaterales, se conocen con el nombre de *actos mixtos* o *actos unilateralmente comerciales.*

Su regulación en nuestro derecho es del todo inadecuada e insuficiente, puesto que sólo se les contempla desde un punto de vista pasivo y meramente procesal, considerando la deuda en caso de litigio, para subordinar el negocio a la ley procesal que rija la situación del demandado. Si éste, deudor de una prestación, realizó un acto civil, el negocio mismo se considerará civil para todos los efectos del conflicto, y viceversa; la contienda se seguirá conforme a las reglas procesales de la legislación mercantil "si la parte que celebra el acto de comercio fuera la demandada" (art. 1050 C. Co.).

Saltan a la vista las limitaciones, las contradicciones y la inseguridad de tales reglas. El contrato, substancialmente, seguirá siendo civil para una de las partes y mercantil para la otra; sin embargo, de un acto como es el litigio, por completo eventual, normalmente no querido ni previsto por ninguna de ellas, resultará la aplicación de normas y criterios a los que el actor habrá de someterse, a pesar de que su ley le ofrezca otras reglas y distintas soluciones. Si el demandado celebra un acto civil, no sería competente el Juez de Distrito, aunque el actor sea comerciante o una empresa mercantil; por el contrario, si comercial fué el acto ejecutado por el reo, el término de prescripción normal será de 10 años (art. 1047, C. Co.), y no de 20 años como todavía establecen los códigos civiles calcados del Código Civil del Distrito Federal de 1884 (art. 1091);[155] el interés legal, en caso de mora, será el 6% (art. 362 C. Co.), y no el 9% como lo establece el Código Civil vigente en el Distrito Federal;[156] el contrato celebrado por correspondencia se considerará perfecto desde que el destinatario acepte la propuesta (art. 80, C. Co.), y no, como lo establece el C. Civ., hasta que el proponente reciba dicha aceptación (art. 1807); y podríamos multiplicar las hipótesis.[157]

---

155 El C. Civ. de 1928, también establece un plazo de 10 años (art. 1159).

156 El C. Civ. de 1884 estableció la misma tasa que el C. Co. (art. 2696).

157 Critican el sistema de nuestra ley, que fué acogido por C. Co. it. de 1865, Rocco, 210 y s. y MAGRI, 75. En nuestro derecho, MANTILLA, n. 90, p. 66.

El sistema de nuestra ley, copiado del derecho francés,[158] fué abandonado tanto por el código alemán[159] como por el italiano de 1882; respecto a éste, la "relación Mancini" que lo precedió, afirmaba con mucha razón ser "un imposible jurídico que un mismo acto o contrato esté gobernado al mismo tiempo por principios y leyes diversos".[160] Estos dos códigos extranjeros, al igual que el Código de Comercio español (art. 2º) y el Proyecto de Código de Comercio mexicano de 1952 (art. 5º), declaran que siempre se aplica la ley comercial, para los actos mixtos, solución a todas luces preferible a la que ofrece el artículo 1050 del Código de Comercio.

158 V. HAMEL et LAGARDE, núm. 185, pp. 220 y s.

159 V. MAGRI, 76.

160 MAGRI, 76.