

SEGUNDA PARTE

LA MERCANCÍA

CAPITULO PRIMERO

Nociones generales

§ 73.—NATURALEZA DE LA MERCANCIA

Sumario.—896. Significado de la palabra *mercancía* en el Código mercantil.—897. ... y en el Código civil.—898. Mercancías fungibles y no fungibles.—899. Clasificación de las mercancías.—900. Cualidad mercantil.—901. Embalajes.

896. La palabra *mercancía* no tiene en nuestro Código un significado preciso: unas veces la emplea en oposición a la palabra *frutos (derrate)*, indicando con aquella los productos de la industria manufacturera y con ésta los productos de la industria agrícola que sirven directamente para la alimentación del hombre (1). Pero esta distinción no tiene un fundamento sólido, porque existen productos agrícolas, como el café y el azúcar, y, en general, todos los coloniales, que, según el lenguaje común y constante, no se pueden incluir entre los frutos (*derrate*), y porque no se

(1) Código de Comercio, art. 3.º, núms. 1.º y 2.º, 12, arts. 5.º, 38, 70, 460, 461 y 869, núm. 6.º El significado preciso de la palabra *fruto (derrata)* tiene transcendencia jurídica, para decidir acerca de la posibilidad de disponer por medio de una orden en frutos, arts. 3.º, núm. 12, arts. 333-338 (véase Apelación Catania, 25 de Julio de 1888, en la que se consideró válida una orden en frutos para la venta de azufres: *Legge*, 1888, 11, 311); para determinar el privilegio del arrendador sobre los frutos del fundo, art. 1.958, Código civil; y para fijar los límites del procedimiento ejecutivo sobre bienes muebles: art. 586, núm. 3.º del Código de procedimiento civil.

puede determinar con exactitud cuándo es suficiente la elaboración industrial para transformar el fruto en una mercancía.

El Código emplea la palabra *mercancías*, también, en oposición a títulos de crédito, en cuyo caso comprende entre las mercancías todas las cosas muebles que poseen un valor propio, entendiéndose por títulos de crédito los documentos representativos de un derecho cuyo valor depende del crédito del deudor (1).

Con esta significación, que es la aceptada en la práctica de los negocios, donde la palabra *mercancías* abarca todos los productos de la industria agrícola y manufacturera, la emplearemos también nosotros.

897. El Código civil, empleando una expresión económica exacta, llama *mercancías* a las cosas muebles, cuando las considera en su función mercantil, o sea, como objeto de actos de comercio, y es un empleo acertado de la palabra, porque una cosa no alcanza la calificación de mercancía más que cuando sirve de objeto a la industria comercial (2). Por lo tanto, las normas dadas por el Código civil para las mercancías deben considerarse como reglas de Derecho mercantil, aplicables con preferencia sobre los usos y que no pueden ser derogadas por los mismos, porque, si el legislador dió a la palabra *mercancía* el significado técnico que le corresponde, lo cual debe presumirse, el empleo de dicha voz imprime a toda la norma el carácter mercantil. Esta razón literal y lógica de interpretación se confirma con la

(1) Art. 3.º, núms. 1.º y 2.º, 38, 386, 748, 802 y 803. Entre las mercancías debe incluirse también el agua derivada de un torrente con objeto de venderla como potable y para usos industriales: Apelación Génova, 20 de Diciembre de 1882 (*Foro*, 1883, 181); y también la moneda: Apelación Génova, 29 de Noviembre de 1895 (*Temi gen.*, 1, 896, 78). El legislador usa, a menudo, también la expresión para significar muebles, bienes muebles, especialmente en aquellos contratos, como la sociedad, el mandato y el seguro, que no tienen por objeto inmediato la circulación de las mercancías: arts. 81, 88, núm. 4.º; 80, núm. 5.º; 110; 134, número 1.º; 186, núm. 4.º; 325, 354, 362, 422, 424, 426 y 427, etc.

(2) La Casación de Roma aplicó esta regla a los artículos 1.450 y 1.451 en la sentencia de 14 de Noviembre de 1893 (*Giurisprudenza italiana*, 1894, 1, 474), con nota favorable. En igual sentido, Tribunal de Roma, 31 de Diciembre de 1907 (*Palazzo di giustizia*, 1908, 44). Contra: Casación Florencia, 25 de Diciembre de 1901 (*Temi ven.*, 1902, 61); BOLAFFIO: en la misma, y en el *Comento*, 5.ª edición, pág. 47; TENDI, *La compravendita*, Florencia, 1906, 1, núm. 252; A. SCIALOJA, *Le fonti del Diritto commerciale*, Perusa, 1907, núm. 7.º Las razones históricas que BOLAFFIO aduce para explicar el uso de la palabra *mercancía* no tienen, en mi opinión, ningún valor. Es extraño, además, que se lamente de ver substraída al campo del uso mercantil, la restringida materia de dichos artículos, mientras en otra parte de su comentario (págs. 38 y 47) pretende restar al imperio de los usos comerciales todos los principios generales de las obligaciones (tít. IV, libro 3.º del Código civil).

observación exegética, puesto que el Código civil usa aquella voz, que yo sepa, sólo en dos casos, en los cuales su pensamiento se refería claramente a los negocios mercantiles: en la hipótesis de los artículos 1.450 y 1.451, en que se regula la venta, especialmente la venta a término, de cosas fungibles, que constituyen el objeto más frecuente de la actividad mercantil, ofreciendo ésta, a su vez, el alimento habitual en la aplicación de esos artículos, como lo demuestra el examen de la jurisprudencia (núm. 898); y en el art. 2.139, donde se regula el plazo de prescripción en las relaciones entre los comerciantes y sus clientes. Erróneamente se objetó que el legislador usa la palabra *mercancía* en sentido genérico, para indicar toda cosa que es objeto de este cambio, porque en este sentido emplea la frase «cosas que están en el comercio» (1).

898. Las mercancías se distinguen por su naturaleza en mercancías *fungibles* y *no fungibles*. Se denominan fungibles aquellas que satisfacen igualmente las mismas necesidades y que, por tanto, son equivalentes y pueden sustituirse recíprocamente, como, por ejemplo, el vino, el hierro, la madera; por el contrario, las mercancías que tienen por naturaleza caracteres distintos de todas las demás y, por consiguiente, no se pueden considerar como equivalentes ni sustituirse mutuamente, se llaman no fungibles: tales son los objetos de arte, de historia, antigüedades y los animales de raza (2).

(1) Código civil, arts. 1.116, 1.967 y 2.113.

(2) Se incurre generalmente en el error, entre nosotros y en Francia, de considerar como fungibles las cosas determinadas en contrato genéricamente, cuando el carácter de cosa fungible no depende de la voluntad de las partes, sino que existe fuera de todo vínculo contractual, siendo un modo de ser de la cosa, que depende de su naturaleza y de las costumbres mercantiles. Así, una cosa no fungible no puede ser considerada como fungible sino cuando los contratantes, casi violentando su naturaleza, hayan querido considerarla como tal, y en esta hipótesis es preciso que manifiesten claramente la voluntad de no tener en cuenta las cualidades específicas de la mercancía; que, por ejemplo, consideren armas antiguas como hierro viejo. Esto es importante, porque sólo entre cosas naturalmente fungibles puede efectuarse la compensación (art. 1.287, Código civil); en segundo lugar, porque no se pueden aplicar las reglas de la imputación de pagos sino cuando la cosa debida y la pagada sean fungibles entre sí (art. 1.255, Código civil); porque el reporto sólo es posible sobre cosas fungibles (art. 73, Código de Comercio), y, por último, porque el préstamo que recae sobre cosas no fungibles deberá considerarse comodato en vez de mutuo (arts. 1.819, y 1.805 del Código civil). Corresponde a GOLDSCHMIDT: *Handbuch*, 2.^a edición, vol. 11, § 61, nota 23 y sigs. el mérito de haber destacado enérgicamente el error de identificar los dos conceptos diversos de la fungibilidad y de la determinación genérica. Conforme ARNDTS-SERAFINI, 11, § 51 y notas; WINDSCHEID, *Lehrbuch*, § 141; y, con abundancia

Estas mercancías, que son menos frecuentemente objeto de contrato, se designan, por regla general, individualmente; por ejemplo, mi colección de sellos, o de monedas. Por el contrario, las mercancías fungibles se indican, por lo regular, de manera genérica, es decir, por peso, número y medida, no especificándose hasta que se consuma el contrato, porque no se puede expedir o entregar una cosa sin individualizarla. Si las mercancías son de naturaleza fungible, debe presumirse que se consideraron genéricamente en el contrato, esto es, que a los contratantes le es indiferente la entrega de esta o de aquella mercancía, con tal que sea de la calidad pactada.

899. Las mercancías fungibles se contratan bajo la denominación más conocida en la práctica de los negocios, por ejemplo, petróleo, cáñamo, nuez de agalla, precisándola más con otras indicaciones de procedencia, fecha, título, color o envase, que sirven para determinar su calidad.

Las mercancías se contratan, también, por medio de muestras, que tienen la ventaja de reunir en una pequeña cantidad todas las cualidades visibles y substanciales del conjunto, cuando éste es homogéneo. La muestra es casi necesaria en el comercio de novedades y en el tráfico de ultramar para dar a conocer la mercancía: la mezquindad y la repugnancia de muchos comerciantes italianos a expedir muestras significa un obstáculo a la difusión de sus productos fuera de Italia.

Cuanto más se extiende el cambio internacional y cuanto más progresa la industria, tanto más se subdivide la clasificación de las mercancías, que es objeto, en las escuelas y en la práctica comercial, de un estudio especial que se denomina *Merceología*. Basta una marca de fábrica, un número, una mención lacónica, para que los comerciantes se entiendan respecto a la clase de la mercancía determinada en el contrato; pero, cuando surja litigio, sólo los peritos podrán ofrecer al Juez una orientación segura para interpretar el lenguaje (1).

de ejemplos GARRIS, en el *Endemann's Handbuch*, § 266, nota 6 y siguientes. Una confusión semejante a esta que se observa actualmente en la doctrina francesa e italiana, ya existió entre cosas fungibles y cosas consumibles, hoy día unánimemente diferenciadas. Incurrieron en esa confusión, PACIFICI-MAZZONI: *Treatato della distinzione del beni*, 4.ª edición, núm. 7.º; BIANCHI, *Corso del Cod. civ.*, 2.ª edición, volumen IX, núm. 10, y, en general, todos los autores; y ni aun CHIRONI, *Istituz.*, I, § 46, ha destacado con completa claridad la distinción indicada en esta nota.

(1) Para estas averiguaciones pueden servir las colecciones de muestras existentes en las Cámaras de Comercio, tanto en Italia como en el extranjero, en los museos comerciales y en las estaciones agrícolas.

900. Cuando las mercancías se indicaron en el contrato individualmente deberá cumplirse éste con las mismas y no con otras; pero si fueron designadas de manera genérica, sin ninguna expresión susceptible de concretar más su clase o calidad, el contrato se cumplirá con mercancías adecuadas al uso para el cual se destinan (1), es decir, de calidad mercantil. En caso de silencio del contrato, la mercancía no deberá ser ni de la calidad mejor ni de la peor, sino de calidad intermedia (2); así modificó la buena fe mercantil la máxima tradicional que interpreta la obligación en el sentido más favorable al deudor. No sería lícita la entrega de mercancías deterioradas o estropeadas (3), falsificadas o adulteradas (4), provistas de marcas falsificadas (5), nocivas para la salud (6),

(1) Código civil, art. 1.498. Más explícitamente, los usos de muchas plazas Venecia, núms. 7 y 50; Milán, para los granos, núm. 17; Bérgamo, id., núm. 15; Bolonia, para granos y arroces, núm. 5.º; Trieste, núms. 7, 62; Código alemán (a. 1900), § 360; Código húngaro, § 321.

(2) Código civil, art. 1.248, 870; Código francés, art. 1.246; Código alemán (a. 1900), § 360 (art. 335 del Código de 1861): «El obligado debe dar mercancías de calidad y bondad media»; Código suizo, 1911, art. 71; Código húngaro, § 321. En el sentido de calidad media debe entenderse la fórmula consuetudinaria: «calidad buena y mercantil», porque, en medio de lo óptimo y lo pésimo está lo bueno. Usos de Venecia (ed. 1902), núm. 55: «*Per merce buona mercantile s'intende merce sana, asciutta, rappresentante la qualità media dell'annata della sua rispettiva provenienza*»; conforme, los usos de Trieste, núm. 61. Con evidente error, la Corte de Bolonia en la sentencia de 25 de Agosto de 1883 (*Eco*, 1883, 379), dice: «Es notorio en el comercio y en Derecho que cuando no se pactó la mercancía de óptima calidad, puede entregarse de mediocre y aun de infima calidad».

(3) Casación Turín, 20 de Octubre de 1904 (*Temí gen.*, 1905, 2); Casación Nápoles, 23 de Diciembre de 1884 (*Foro*, 1885, 381); Apelación Brescia, 26 de Marzo de 1888 (*Monitore*, 753) (los desechos de la seda no son calidad mercantil); Apelación Turín, 25 de Noviembre de 1887 (*Giurisprudenza Tor.*, 1888, 113) (relojes inservibles). Pero una mercancía no pierde su cualidad mercantil aunque no sea perfecta: véase Casación Florencia, 12 de Noviembre de 1885 (*Temí ven.*, 615); Casación Turín, 7 de Febrero de 1888 (*Monitore*, 310).

(4) El comerciante está también sujeto, en tales casos, a una acción penal, porque ha atentado, no sólo contra los intereses del comprador, sino también contra la lealtad del comercio, con grave detrimento del crédito nacional y de los consumidores, sobre los cuales el fraude vendrá a recaer: Código penal, arts. 295 y 319; Casación Roma, 9 de Mayo y 13 de Septiembre de 1890 (*Monitore*, 1890, 79; 1891, 30).

(5) Estas mercancías no son mercantiles porque el comprador que descubre la falsificación no puede ponerlas en circulación (véase el núm. 895); ley, 30 de Agosto de 1868, art. 12, núms. 2.º y 5.º y siguientes.

(6) Código penal, art. 320; texto único de las leyes sanitarias, 1.º de Agosto de 1907, art. 114; Apelación Génova, 1.º de Marzo de 1889 (*Temí gen.*, 1889, 198) (vinos enyesados más de lo consentido); Apelación Milán, 24 de Abril de 1898 (*Monitore*, 710). No se deben considerar como falsificaciones las mezclas conocidas en el comercio, que no resultan nocivas a la salud: véase GUILLOUARD: *De la vente*, I, núm. 425 y la jurisprudencia allí citada.

despojadas de las marcas de fábrica (1) o de los envases que sirven para garantizar su legitimidad (2). La elegancia y la solidez de los envases significa muchas veces el éxito de las mercancías, especialmente en el comercio alejado de los lugares de producción; y el hallarse todavía este arte tan descuidado entre nosotros, es causa de un grave y frecuente descrédito de nuestro comercio en el extranjero.

901. Los envases, los recipientes, los embalajes de la mercancía siguen, generalmente, la suerte de la misma y forman con ella, por lo tanto, un único objeto del contrato, por ejemplo, de transporte, de prenda, de compraventa. Es ésta hoy día una norma de Derecho consuetudinario; y este nexo que une la mercancía a los recipientes garantiza la procedencia y la legitimidad de la misma, facilitando su rápida circulación (3).

§ 74.—DERECHOS DE ADUANA

Sumario.—902. Situación de las mercancías respecto a la Aduana.—903. A quién corresponde el pago de los derechos.—904. Modificaciones en las tarifas, introducidas después del contrato, pero antes de su cumplimiento.—905. Cláusulas contractuales contra las variaciones de las tarifas de Aduanas.

902. Las mercancías pueden encontrarse en diferente situación respecto a la Aduana, y se dicen despachadas, cuando se hicieron efectivos los derechos respectivos, condición necesaria para hacerlas circular libremente en el Reino. De su desñacho llevan la contraseña en los sellos, en las láminas, en los marchamos colo-

(1) Apelación Génova, 30 de Abril de 1878 (*Eco*, 314); Apelación Venecia 17 de Mayo de 1898 (*Temi ven.*, 316). Apelación de Rouen, 16 de Mayo de 1854 de Burdeos 1.º de Junio de 1887 en GUILLOUARD, núm. 234; GOLDSCHMIDT, § 62 notas, 26, 47 y siguientes; GAREIS, en *Endemann's Handbuch*, 11, § 271.

(2) Apelación Génova, 30 de Septiembre de 1887 (*Eco*, 1887, 331); usos de Milán para ultramarinos, medicamentos y drogas, núm. 26 (*id.*, Bérgamo, núm. 26); ley francesa, 13 de Junio de 1886, art. 4.º: *L'emballage doit être conforme aux habitudes du commerce*; ANSCHUTZ und v. VOELDERNDORFF, 111, pág. 302 y la jurisprudencia alemana allí citada; KOHLER, *Markenschutz*, pág. 369.

(3) Cons. de Venecia, núms. 23 y 94; de Trieste, núm. 23; de Milán, *Bozzolite derivati*, núm. 106; de Verona, *id.*, núm. 83; de Arezzo, *Stracci di Borrasi de la seda*, núm. 5. Conforme la ley francesa de 13 de Junio de 1866, art. 1.º, § 5.º. En la venta de azúcar los sacos deben considerarse incluidos, salvo pacto en contrario: Tribunal de Comercio de Milán, 24 de Abril de 1862 (*Monitore*, 1864, 756).

cados en los envases o en los vehículos que las transportan, y en los documentos, guías, etc., entregados a aquel que las tiene bajo su custodia en los ferrocarriles, en los muelles o en los almacenes; documentos que deben exhibirse en todos los casos en que, en defensa de los intereses del Fisco, lo requieran los funcionarios de Aduanas (1).

903. Muchas veces los contratantes pactan explícitamente sobre el pago de los derechos de Aduana (2); si no lo hicieron, el vendedor de mercancías vendidas en bloque tiene derecho a entregarlas en la situación en que se hallaban, respecto a la Aduana, en el momento de la celebración del contrato (art. 1.470 del Código civil); por tanto, cuando se trate de mercancías en viaje, vendidas sobre el conocimiento o existentes en un depósito franco, será de cuenta del comprador, que adquirió su propiedad cuando no habían sido todavía despachadas, el pago de los derechos que sea preciso satisfacer, si pretende introducir las en el recinto de la ciudad (3); pero, si las mercancías se determinaron en el contrato sólo por su cantidad, especie o calidad, para regular el pago de los derechos, deberá atenderse al lugar de la entrega: si ésta

(1) Véase CLAVARINO: *Commento a la legge doganale*, de 21 de Diciembre de 1862; *Raccolta delle leggi speciali*, serie III, vol. IV. Acerca de la obligación de acompañar a las mercancías de los respectivos documentos aduaneros, véase Código de Comercio, arts. 391 y 503; Tarifas ferroviarias aprobadas por la ley de 27 de Abril de 1885, arts. 8.º y 92; Convenio de Berna, art. 10.

(2) Muchas cláusulas usadas en los contratos de compraventa, tienen precisamente por objeto determinar a quién corresponde el pago de los derechos de Aduana. Así, para las mercancías nacionales destinadas a la exportación, se entiende con la cláusula «franco a bordo, franco en ferrocarril», que las mercancías han de ser retiradas de la Aduana por cuenta del vendedor: *Usi di Venezia* (edición 1902), núms. 77 y 78 (para los granos), 123 (para el cáñamo). Por la cláusula «todo comprendido», se entiende, también, que los derechos se satisfacen por el vendedor: *Usi di Milano per coloniali* (3.ª edición, 1901), núm. 19; *Id. Bergamo*, núm. 19. Es evidente que todo el que vende franco de Aduana se obliga a pagar los derechos (véase Apelación Turín, 28 de Noviembre de 1887; *Eco*, 1888, 307), mientras que el que vende una mercancía sujeta a los derechos (*schiaiva di dazio*), deja al comprador el cuidado de satisfacerlos: véase Tribunal de Génova, 7 de Febrero de 1881 (*Eco*, 1881, 243); Apelación Venecia, 4 de Septiembre de 1890 (*Temi ven.*, 519).

(3) De acuerdo, los usos: en Milán, en la venta de mercancías en viaje (coloniales y artículos de tintorería) el derecho de entrada es a cargo del comprador: *Consuetudini*, publicadas por la Cámara de Comercio (3.ª edición, 1901), número 19; *Id.*, Bergamo, núm. 19. Véase otros ejemplos: Tribunal de Génova, 7 de Febrero de 1881 (*Eco*, 143); Apelación Venecia, 14 de Mayo de 1886 (*Temi ven.*, 255); Apelación Venecia, 4 de Septiembre de 1890 (*Temi ven.*, 519). A la solución defendida en el texto, sirve también de apoyo la ley de Aduanas (texto único) de 26 de Enero de 1896, art. 5.º, que considera las operaciones aduaneras como operaciones del propietario.

debe hacerse en el Reino, recaerá sobre el vendedor, que no puede cumplir aquella obligación si no retira las mercancías.

904. Las modificaciones en las tarifas aduaneras no eximen a los contratantes del cumplimiento de las obligaciones contraídas, puesto que no se trata de un caso de fuerza mayor (art. 1.226, Código civil). El que ha vendido a plazo, es decir, con ejecución diferida, asume los riesgos, tanto de la suerte favorable como de la adversa, y, así como disfruta del beneficio de una producción abundante, de tarifas reducidas para los transportes, de cambios más fáciles, de derechos reducidos, debe sufrir el aumento de precios procedentes de rumores o declaraciones de guerra, de carestía o de nuevas tarifas aduaneras. La finalidad del contrato a término: fijar preventivamente el precio de la mercancía, se perdería si el comprador tuviese que añadirle la diferencia del gravamen; es el vendedor, que retrasó el procurarse la provisión necesaria para cumplir los compromisos, con objeto de especular sobre las ventajas esperadas del retraso el que debe soportar el perjuicio inherente a la especulación. Si el aumento de derechos hubiese de recaer sobre el comprador ocurriría frecuentemente que el vendedor, después de haberse surtido de abundantes provisiones, como suele suceder, en previsión de aumentos en las tarifas aduaneras, obligaría al comprador a reembolsarle unos derechos que no había pagado (1).

No creo que la resolución del contrato pueda obtenerse, tampoco, en las ventas con entregas sucesivas o periódicas: se invocará la regla de equidad, según la cual, el contrato se resuelve cuando desaparece el supuesto sobre el que se celebró, o cuando sobreviene un hecho que produce una desproporción iniqua entre las prestaciones recíprocas de los contratantes; pero esta norma, muy discutida, no se aplica más que a los cambios imprevistos e imprevisibles (2), y, como tal no puede considerarse una modificación de las tarifas, como nos demuestran las cláusulas a que hace referencia el número siguiente.

Esta regla no deja de aplicarse tampoco aunque el importe

(1) Apelación Génova, 29 de Mayo de 1899 (*Monitore*, 848); Tribunal Venecia, 20 de Marzo de 1886 (*Temi ven.*, 434); Apelación Venecia, 14 de Mayo de 1886 (*Temi ven.*, 255); Apelación Bolonia, 15 de Septiembre de 1877 (*La Giurisprudenza comm.*, 1878, 277); Corte de Caen, 8 de Julio de 1852 (*Dalloz*, 1853, 11, 126); GUILLOUARD: *Vente*, núm. 247; BAUDRY-LACANTINERIE et SAIGNAT, *Vente et échange*, núm. 309; LYON-CAEN et RENAULT, 111, núms. 166, 203 y siguientes.

(2) Conforme BARSANTI, *Risolubilità dei contratti a lungo termine pel successivo mutamento dello stato di fatto*, en *el Archiv. giur.*, 1899, 8, 20, 26; Véase también BRUGI, en *la Rivista di Diritto commerciale*, 1907, 11, 46.

de los derechos alcance a duplicar el precio de la mercancía, de tal modo que, al entregarla, el vendedor, obtenga apenas lo que debe gastar para satisfacer el impuesto. Se ha dicho que existe, en tal hipótesis, un caso de fuerza mayor que le exime del cumplimiento; pero el aumento en los derechos no lo coloca en la imposibilidad de dar ejecución al contrato, pues una ejecución onerosa no es ejecución imposible. Se ha dicho, también, que hay un error esencial en el consentimiento; pero los hechos posteriores al acuerdo no impiden la validez y la eficacia de un consentimiento prestado formalmente (1).

905. Contra las variaciones de los derechos aduaneros—tan frecuentes en este período de crisis financieras y de luchas comerciales entre los diferentes países—los contratantes suelen prevenirse con cláusulas expresas. En este caso, el Juez del pleito decidirá, de modo inapelable, si el aumento del derecho aduanero debe recaer o no sobre el comprador (2). En todo caso, no será obligado a pagarlo si el vendedor no formula prueba de que las mercancías cuya entrega ofrece fueron afectadas por el aumento, pues, de otro modo, sería posible el abuso por parte de aquel que, después de hacer grandes provisiones en perspectiva del aumento, se hace reembolsar unos derechos que no ha pagado (3).

(1) En un caso resuelto por la Corte de Apelación de Turín, 28 de Noviembre de 1887 (*Eco*, 1888, 307), el vino blanco vendido al precio de 28 liras por hectolitro, experimentó un aumento en los derechos de Aduana desde 4 liras por hectolitro, en que se cifraban en la época del contrato, hasta 130 liras. La Corte, estimando que este aumento procedía de una interpretación diferente del contrato, declaró éste nulo por vicio esencial en el consentimiento.

(2) La cuestión se ha presentado varias veces con ocasión del Real decreto de 8 de Noviembre de 1893, que obligó a los importadores de mercancías a pagar los derechos en oro. La Corte de Génova, en 20 de Diciembre de 1894 (*Temi gen.*, 1895, 49), decidió que la diferencia en el cambio debía recaer sobre los compradores, porque se habían obligado a reembolsar todo aumento de los derechos, procedente de *variaciones de tarifa*, aunque aquel Decreto no había modificado las tarifas vigentes. Véase sobre esta inapelable apreciación de las cláusulas contractuales: Casación Turín, 7 de Febrero de 1896 (*Monitore*, 202).

(3) Tribunal Roma, 25 de Noviembre de 1889 (*Legge*, 1890, 1. 675). Conforme LYON-CAEN et RENAULT, III, núm. 166 y la jurisprudencia allí citada.

§ 75.—PRUEBA DE LA IDENTIDAD Y DE LA CALIDAD DE LAS MERCANCIAS

Sumario.—906. Las contramarcas (*marque*).—907. Facilitan la identificación de las mercancías.—908. Pero son signos muy inseguros de la propiedad.—909. Procedimiento judicial para comprobar la identidad y el estado de las mercancías.—910. Sanciones por la omisión de este procedimiento.

906. Para distinguir las mercancías de diferentes dueños, que frecuentemente se encuentran acumuladas, en especial, durante el viaje, los comerciantes suelen poner en sus embalajes contraseñas especiales, utilizando para ello, ordinariamente, las iniciales de su firma comercial, a la cual añaden un número de orden progresivo o algún otro adorno sin importancia: una cruz, un ancla, una estrella. Estos signos se colocan en perspectiva de alguna operación próxima, como, por ejemplo, un transporte, un depósito, una venta, y tienen una vida efímera, porque el nuevo propietario, por lo común, borra el signo anterior, para poner en su lugar el propio.

Estos signos genéricos—conocidos en la práctica mercantil con el nombre de contramarcas (*marque*)—no constituyen una propiedad del que los usa, porque a nadie le es lícito adjudicarse en monopolio lo que pertenece al dominio público, como las letras y los números. Sólo cuando estén constituidas por un nombre o por un emblema característico, obtendrán una tutela jurídica contra las usurpaciones (1). Por consiguiente, es lícito a todo comerciante usar las contramarcas genéricas adoptadas antes por otro, aunque no correspondan a las iniciales de su firma comercial, si bien podrá acusársele de fraude cuando las utilice con artificio para sorprender la buena fe de los demás.

907. Estos distintivos contribuyen a identificar la mercancía (2) y, por lo tanto a facilitar el cumplimiento de los contra-

(1) Ley de 30 de Agosto de 1868, art. 5.º; Código penal, art. 296. Véase el número 859.

(2) La identidad y la propiedad de las contramarcas fueron reguladas por los Estatutos de la Edad Media, por ejemplo, con la obligación impuesta a los comerciantes de notificarlas y registrarlas en la respectiva matrícula, con pena de multas para los falsificadores: véase LATTES, § 10, notas 1-6, pág. 100; LASTIG: *Handelsregister*, nota 10, pág. 178; *id.*, *Markenrecht und Zeichenregister*, páginas 68 y siguientes, 97; KOHLER, *Markenschutz*, pág. 27; GOLDSCHMIDT: *Universalgeschichte*, pág. 241₁₉, y pág. 242₁₆. También la doctrina las utilizó ampliamente para comprobar la identidad y la propiedad de las mercancías, de donde el econo-

tos, especialmente de transporte, de comisión y de venta (1); hacen más fácil la reivindicación de las mercancías en caso de quiebra del comisionista o del comprador (2), y simplifican las operaciones aduaneras (3). Sirven para identificar las mercancías, ciertamente, pero pueden ser suplidas o bien impugnadas con otras pruebas más convincentes, especialmente en caso de error, fraude o de igualdad casual (4).

908. Estos signos pueden valer también como indicios de propiedad. En esta función merecen más fe cuando están impresos en cosas no destinadas a la circulación, por ejemplo, las instalaciones y utensilios del comercio o del almacén; por el contrario, merecen escaso crédito, cuando figuran en las cosas destinadas a la circulación. Y para convencerse de que merecen poca fe, en este caso, basta tener en cuenta las siguientes consideraciones: que la rapidez actual del tráfico no deja tiempo al adquirente para modificar las contramarcas; que, frecuentemente, a las primitivas contramarcas se unen otras, sin que se pueda distinguir cuál es la más reciente; que el agente de transportes pone las suyas o las del consignatario en las mercancías, sin saber si éste es dueño o simple depositario de las mismas; que el vendedor puede ponerles la contramarca del comprador, aun antes de que éste haya adquirido su propiedad, o aplicarles la suya propia, aun cuando la venta sea ya perfecta; que las mercancías en viaje o depositadas se venden o revenden por medio de los títulos que las representan, sin modificar sus contramarcas; y, por último,

cido aforismo: *ad signum cognoscuntur ballae*; STRACCHA: *De mercat.*, 2.^a parte, núms. 82, 93 y 96; CASAREGIS, disc. 10, núms. 38, 121 y siguientes; AZUNI: *Dizion.*, voz *Identità*, §§ 3.^o y 7.^o; y numerosos autores allí citados.

(1) El Código hace referencia a ellos al regular el contrato de transporte, arts. 390, 500 y 555; el depósito, art. 461; el mandato, arts. 354, 362, 382 y 803. En los seguros marítimos sirven para establecer el orden con arreglo al cual se calcula el derecho de los aseguradores a la franquicia por las pequeñas averías: véase VIVANTE: *Il contratto di assicurazione*, vol. 11, núms. 418 y siguientes, así como los autores allí citados.

(2) Código de Comercio, arts. 803 y 804.

(3) Las declaraciones y comprobaciones prescritas por la ley de Aduanas de 26 de Enero de 1896 (texto único) se hacen mediante las contramarcas: véase, arts. 12, 34 y 61. Véase también el Reglamento de 19 de Abril de 1911, para la ejecución del texto único de 9 de Abril de 1911 relativo a las controversias aduaneras, art. 2.^o

(4) En este sentido, una doctrina constante, que desde CASAREGIS (disc. 176 núms. 23-26; disc. 43, núms. 45 y siguientes; disc. 73, núms. 1.^o y siguientes, continúa hasta nosotros: véase Casación Florencia, 11 de Diciembre de 1884 (*Temper.*, 1866, 12), que ha establecido que la diferencia parcial de las letras no basta siempre, por sí sola, a excluir la identidad de las mercañerías.

que dicho indicio se apoya en la confianza, un tanto aventurada, de que nadie utilizará las contramarcas ajenas. El aludido indicio tiene tan escaso valor, que, no obstante la divergencia entre las contramarcas existentes sobre las mercaderías y las iniciales del propietario vendedor, puede aplicarse en todo su vigor el principio de que la posesión hace presumir la propiedad, y, por lo tanto, el que compra una mercancía marcada con letras distintas de las iniciales del vendedor tiene derecho a la protección que la ley otorga al adquirente de buena fe; el comprador puesto en posesión de las mercancías, se convertirá en legítimo dueño de las mismas, aunque hubiesen sido vendidas anteriormente a otro, y llevasen sus contramarcas (art. 1.126 de Código civil) (1).

909. Al pasar las mercancías de unas a otras personas surgen fácilmente cuestiones sobre su calidad, sobre su embalaje y sobre su cantidad. Entonces, entre aquel que ofrece la entrega y el que la rechaza, precisa una pronta intervención del Juez que ponga en seguro las mercancías y compruebe su estado, bien para prevenir los litigios, bien para determinar los hechos sobre los cuales habrán de debatir. Algunas veces, la necesidad de estas medidas judiciales surge para proteger a todo el que tenga algún interés, contra posibles responsabilidades, como en el contrato de transporte (art. 413) y de mandato (art. 351).

Todo el que tenga en ello interés, puede instar el examen judicial de la identidad y del estado de las mercancías, dirigiéndose al Presidente del Tribunal o al Pretor, donde no exista Tribunal, para que las haga examinar por uno o varios peritos. Este examen pericial puede hacerse también en el almacén particular en que se encuentren; pero se evitará mejor el peligro de que sean sustituidas, alteradas o custodiadas con negligencia, decretando que se depositen en un almacén público, o aun, que sean vendidas, si pueden deteriorarse (art. 71).

Este informe de peritos, decretado por la autoridad judicial, antes de que se inicie cualquier controversia, sin forma contenciosa, constituye una medida de procedimiento mercantil nacida y justificada por las necesidades cotidianas del tráfico, expresión de un principio general, latente en el Código de procedimiento civil, principio que formularía así: *La comprobación judicial de un hecho es un derecho independiente, tutelado por la ley,*

(1) Casación Florencia, 13 de Noviembre de 1879 (Annali, 1, 626); LYON-CAEN et RENAULT, Précis., núm. 638; BOISTEL, núm. 480: *La marque ne fera souvent pas obstacle à la bonne foi, car le tiers acquéreur peut croire qu'elle est ancienne, antérieure à l'acquisition par le vendeur*; ENDEMANN, Handbuch, § 169₂.

en favor de todo el que tenga interés en ella, bien para hacer constar hechos variables o transitorios como base de un futuro litigio, o bien para evitarlo. El Código de procedimiento civil hizo ya aplicación de este principio en las informaciones testificales para perpetua memoria (art. 251); al reconocimiento o cotejo de los documentos privados (art. 282); y a la querrela por falsedad de documento (art. 296). El Código de Comercio hizo del mismo una aplicación todavía más frecuente: al examen de los libros de los mediadores (art. 34), y a la comunicación de los libros de todos los comerciantes (art. 27); y, si al hablar de la exhibición de los libros mercantiles, dice que ésta puede proponerse solamente en el curso de un litigio (art. 28), con ello demuestra que, queriendo limitar la prueba a los juicios en trámite, ha considerado necesario decirlo. Actualmente, el recurso del dictamen pericial mercantil, ofrece un nuevo y fértil campo de aplicación a la institución de la prueba preventiva; y fué oportuno acogerla y regularla expresamente para llenar las lagunas del Código de procedimiento civil, que no contiene ninguna reglamentación de la información pericial para perpetua memoria (1). Esta medida protege a los interesados contra las cuestiones póstumas acerca de la calidad y de la identidad de las mercancías; contra el perjuicio de una prolongada inmovilización de las mismas, y, mediante una pronta comprobación judicial de sus condiciones, puede también, evitar los litigios; debiendo considerársele como un procedimiento de carácter general, aplicable en todos los casos en que haya necesidad de hacer constar de modo expeditivo las condiciones de la mercancía, proceda o no de otra plaza (2); es misión propia de la jurisprudencia extraer la fuerza latente en

(1) Aun en el supuesto, que se discute, de que nuestro Código de procedimiento admita la información pericial para perpetua memoria (véase Apelación Brescia, 7 de Mayo de 1885: *Foro*, 1885, 574, y la jurisprudencia allí citada: MATTIROLI: *Trattato di Dir. giudiziario*, 5.ª edición, vol. 11, núms. 1.020 y siguientes, y los autores que allí se citan, a los cuales debe añadirse MORTARA: *Commentario*, volumen 111, núm. 557), es cierto, sin embargo, que no podría admitirse sino con muchas restricciones y siempre con citación de la parte contraria ante la autoridad judicial competente en el pleito: art. 251 del Código de procedimiento civil.

(2) La fórmula general del art. 71; la comparación entre esta fórmula y la del Código anterior en su art. 105, y los motivos de la ley, que valen igualmente para las mercancías existentes en la plaza en que se realiza la entrega y para las procedentes de fuera, aconsejan aplicar el art. 71 en ambos casos: Conforme Apelación Milán, 16 de Marzo de 1904 (*Foro*, 703); íd., 18 de Septiembre de 1883 (*Foro Ital.*, 1883, 1.011); Apelación Roma, 28 de Mayo de 1887 (*Temi rom.*, 1887, 103); Apelación Venecia, 13 de Diciembre de 1888 y 4 de Septiembre de 1890 (*Temi ven.*, 1889, 49 y 1890, 519); BOLAFFIO, en *Temi ven.*, 1888, 401, núm. 8 y en la *Rivista Ital.*, X11, pág. 88; TARTUFARI: *Commentario*, 4.ª edición, núm. 459. Contra, ERRE-RA: *Temi ven.*, 1889, 341.

aquel artículo, aplicándolo siempre que la analogía lo consienta (1). La obligación impuesta al recurrente de notificar la providencia judicial a la parte contraria antes de la ejecución, si se encuentra en el lugar, o en un plazo brevísimo después de la ejecución, si reside en otra parte; la consideración de que esta medida de simple precaución no perjudica los intereses de nadie y que, en todo caso, el que se crea perjudicado puede pedir más tarde en el correspondiente juicio nuevas pruebas y nuevos informes periciales, deben mover al Juez a decretarla fácil y prontamente para asegurar las pruebas necesarias al ejercicio regular de la justicia. No debe denegar la providencia solicitada sino cuando haya perdido toda utilidad, por ejemplo, porque transcurrió el término para entablar la acción que pretende fundarse en el dictamen pericial (2), o porque se inició ya el litigio, y, por consiguiente, corresponde al Juez del mismo el admitirla con arreglo a las normas del procedimiento normal (3), o porque, a causa del largo tiempo transcurrido desde que el recurrente está en posesión de la mercancía no se pueden comprobar ya la identidad y el estado de la misma, como se encontraba en el momento de la entrega (4). La inobservancia de las formalidades impuestas por este artículo, por ejemplo, el omitir la notificación de la providencia, le priva de toda eficacia legal (5).

(1) El Código de Comercio lo aplica expresamente a la venta, art. 71; al mandato (art. 351); al transporte (arts. 402 y 413). La jurisprudencia extendió su aplicación a otros numerosos casos: a los transportes marítimos para comprobar las averías de la carga: Apelación Génova, 31 de Julio de 1888 (*Temí gen.*, 1889, 28; ídem, 9 de Abril de 1888 (*Eco*, 1888, 113); a las relaciones entre el mandante y el mandatario, culpable de negligencia en la custodia de las mercancías: Apelación Génova, 31 de Julio de 1888 (*Temí gen.*, 1889, 28); a las relaciones entre comitente y comisionista, que compró una mercancía que no corresponde a la calidad encargada, a tenor del art. 383: Apelación Aquila, 13 de Septiembre de 1887 (*Consul. comm.*, 1887, 377); a las relaciones entre asegurado y asegurador para el examen de las averías: Apelación Génova, 28 de Junio de 1895 (*Temí gen.*, 438). Véase también, en el sentido de la extensión por analogía de la norma del art. 71: Casación Turín, 9 de Junio de 1905 (*Monitore*, 1906, 14); íd., 7 de Marzo de 1910 (*Temí gen.*, 483); Apelación Venecia, 19 de Septiembre de 1905 (*Temí ven.*, 868); Apelación Génova, 27 de Abril de 1908 (*Temí gen.*, 276). Según la Apelación Génova, 3 de Mayo de 1880, el examen pericial no podrá solicitarse en un lugar intermedio, mientras la mercancía se encuentre a bordo o en viaje: *Eco di giurispr.*, 1888, 214.

(2) Arts. 70, 402 y 415 del Código de Comercio; art. 1.505 del Código civil.

(3) Conforme al texto, Apelación Milán, 24 de Mayo de 1911 (*Rivista di Dir. comm.*, 660); Apelación Trani, 30 de Abril de 1910 (*Foro Puglie*, 317); BOLAFFIO: *Temí ven.*, 1888, 400, núm. 6. Contra Casación, Turín, 7 de Marzo de 1910 (*Monitore*, 825). La ley no prescribe que se pida el examen pericial en el término fijado por el art. 70 para la denuncia de los vicios: Apelación Venecia, 5 de Agosto de 1896 (*Temí ven.*, 434).

(4) Apelación Génova, 9 de Abril de 1888 (*Eco di giurispr.*, 113).

(5) Conforme. por último, Apelación Turín, 9 de Marzo de 1908 (*Giurispr.*

El dictamen pericial hecho según las reglas trazadas por el art. 71, debe considerarse como una prueba de peritos *judicial*. Como toda información de peritos *judicial* puede ofrecer fundamento suficiente para la decisión del Juez, sin necesidad de ulteriores investigaciones (art. 269 del Código de procedimiento civil); y, que puede proporcionar prueba suficiente de los vicios y de la identidad de la mercancía, lo demuestra el art. 71, según el cual estas circunstancias tiene que probarlas solamente aquel que no se cuidó de hacerla practicar (1).

910. La omisión de esta medida no da lugar a la pérdida de derecho alguno (2), pero hace más difícil el ejercitarlo, porque el que tuvo la mercancía a su disposición, sin recurrir al examen pericial *judicial*, está obligado, en caso de litigio, a probar la identidad y los vicios de la mercancía:

a) Esta obligación alcanza a todo el que tiene en su poder las mercancías, como un elemento de su pretensión, bien como actor o como demandado, y tanto si quiere probar que corresponden a lo pactado, como si quiere demostrar que no corresponden.

El comprador que las ha retirado, el vendedor o el porteador que no consiguieron entregarlas, el consignatario que las ha re-



Tor., 629); Apelación Palermo, 18 de Diciembre de 1911 (*Monitore*, 1912, 431). El requisito de la notificación rige solamente cuando el que ha instado la providencia conoce (o debe conocer) al representante de la otra parte: Apelación Génova, 10 de Diciembre de 1888 (*Temí gen.*, 1889, 42); Apelación Milán, 26 de Febrero de 1896 (*Monitore*, 348). En el caso de que la notificación deba hacerse a la parte contraria, el término no se cuenta desde la fecha de la providencia, sino desde aquella en que se entregó el Informe pericial: Apelación Génova, 15 de Septiembre de 1893 (*Giurista*, 328). Debe considerarse inapelable la providencia del Presidente: Casación Turín, 14 de Julio de 1905 (*Rivista di Dir. comm.*, 433); Apelación Génova, 30 de Diciembre de 1904 (*Rivista citada*, 1905, 170); VIDARI, *Corso*, 5.ª edición, III, núm. 2.750; TARTUFARI, *Commentario*, 4.ª edición, núm. 465. Véase en sentido parcialmente disconforme: SRAFFA, en nota a las dos citadas sentencias, en la *Rivista cit.* Sobre si son aplicables los artículos 259 y 262 del Código de procedimiento civil a las informaciones periciales practicadas en virtud del art. 71 del Código de Comercio, véase Apelación Lucca, 23 de Diciembre de 1909 (*Rivista di Dir. comm.*, 1910, 598); y PAGANI, nota *ibí*; Apelación Palermo, 18 de Mayo de 1908 (*Foro Sic.*, 285).

(1) Apelación Bolonia, 8 de Noviembre de 1896 (*Giurisprudenza italiana*, 1897, II, 66); Apelación Génova, 1.ª de Febrero de 1896 (*Giurisprudenza italiana*, 91); *id.*, 13 de Diciembre de 1895 (*Temí gen.*, 1896, 47); Casación Florencia, 21 de Diciembre de 1916 (*Foro Rep.*, 1917, voz *vendita*, núms. 165 y 166).

(2) Es una facultad, no una obligación, recurrir al procedimiento especial del art. 71: Conforme BOLAFFIO, *Foro ital.*, 1888, 1.095; TARTUFARI, *Comm.* 4.ª edición, núm. 468; CHIRONI, *Rivista di Dir. comm.*, 1907, II, 316; Casación Palermo, 28 de Diciembre de 1908 (*Foro*, 1909, 200); Casación Turín, 18 de Febrero de 1907 (*Rivista di Dir. comm.*, 316).

tirado sin reserva: todos se encuentran en la misma situación de deber probar su derecho a compeler a la otra parte a retirar las mercancías, y, por lo tanto deben anteponer la prueba de su calidad y de su identidad. Esta carga de la prueba se explica considerando que quien tiene las mercancías a su disposición puede haber alterado fácilmente su estado, conforme a su interés propio, y porque a él, más que a cualquier otro le es fácil presentar la prueba rigurosa de su identidad. Desde la norma escrita en el Código de Comercio para el caso más frecuente, esto es, para el caso de un comprador que ha retirado la mercancía, hay que remontarse a una regla general e imponer a todo el que la detenta la obligación de presentar al Juez la prueba de su verdadero estado, como una obligación inherente a su deber de custodiarla y de conservarla. El mismo Código ofrece de ello otros ejemplos, cuando impone al consignatario que ha retirado las mercancías recibidas por tierra o por mar la obligación de probar que los vicios existían con anterioridad al momento en que las retiró (arts. 415 y 554). Si no nos desviásemos de la regla fundamental en materia de prueba (art. 1.312 del Código civil), el vendedor, el cargador, el comitente que no tienen ya las mercancías en su poder, se verían, al aparecer como actores, en la triste necesidad de probar que la mercancía objeto de reclamación por el comprador, por el consignatario o por el comisionista, estaba exenta de defectos en el momento de la expedición o en el momento de la llegada: una prueba difícilísima, que fracasaría fácilmente ante los artificios de aquel que, detentándola, ha podido deteriorarla. Esta interpretación es una garantía necesaria contra los abusos de la custodia, es tutela de la buena fe, y es sanción contra la inobservancia de la ley, que, de otro modo, en el mayor número de casos se reduciría a una ley imperfecta, a un vano consejo (1).

b) La prueba rigurosa impuesta al tenedor de la mercancía que descuidó el pedir y cumplimentar aquella providencia, consiste en la obligación de probar que la mercancía objeto de la reclamación, es aquella misma con la cual se quiso dar cumplimiento al contrato y que el vicio o defecto existía con anterioridad a la entrega (2). Si el examen pericial se demora, correspon-

(1) La jurisprudencia es todavía muy confusa; pero puede verse, en el sentido del texto: Apelación Venecia, 14 de Septiembre de 1890 (*Tem. ven.*, 519); Apelación Génova, 5 de Abril de 1886 (*Eco.*, 122); BOLAFFIO (lugares citados), no admite interpretación extensiva de la excepción contenida en el último párrafo del art. 71.

(2) Arg. art. 415, Código de Comercio. Conforme, Código suizo de las obligaciones, art. 248: «en otro caso estará obligado él mismo a probar que los supuestos.

derá igualmente al tenedor de los efectos la obligación de probar que no se han deteriorado en el intervalo entre la entrega y el dictamen pericial.

c) Esta sanción, como una lógica consecuencia de la tenencia de las mercancías, se aplica contra todo aquel que, pudiendo hacer constar judicialmente su estado, omitió hacerlo (1).

§ 76.—CANTIDAD.—PESO.—MEDIDA (2)

Sumario.—911. Unificación de los pesos y de las medidas por el sistema métrico.—Sistema de las leyes vigentes.—912. Interpretación de las cláusulas contractuales.—913. Diferencias en la cantidad.—914. La cláusula «aproximadamente».

911. Para facilitar las relaciones de negocios, tanto nacionales como internacionales; para defender la buena fe, que puede resultar fácilmente engañada por las complicadas equivalencias de los pesos y de las medidas, y para facilitar la tarea a todos los empleados públicos, fiscales y administrativos, la ley hizo obli-

defectos existían ya en el momento de la recepción» (art. 204 del nuevo Código civil suizo, libro V, de las obligaciones). Es una redundancia explicar el «rigurosamente probar» del art. 71 con las palabras *plenamente, completamente probar*; así, BOLAFFIO, *Temi ven.*, 1888, pág. 309, núm. 5. Si de la mercancía se separó una muestra por acuerdo de las partes, antes de disponer de ella, y la identidad de la muestra no fué discutida, no se puede oponer ya la inobservancia del art. 71: Apelación Génova, 15 de Junio de 1880 (*Temi gen.*, 1889, 485); Apelación Génova, 17 de Diciembre de 1915 (*Temi gen.*, 1916, 110).

(1) Y, por consiguiente, todas las veces que el Código invoca la aplicación del art. 71, o sea, en el caso de mandato (art. 351), y de transporte (arts. 402 y 413). Conforme Apelación Génova, 9 de Abril de 1888 (*Eco*, 119), que aplicó dicha sanción a los transportes marítimos. Contra, BOLAFFIO: *Temi ven.*, 1888, pág. 402, núm. 11; CALUCI, *Comm.*, 3.ª edición, vol. V, núm. 46.

(2) *Bibliografía*: ROSCHER, *Sistema di economia sociale*, III, § 97; JOLLY, en el *Manuale di Schoenberg* (traducido en la *Biblioteca dell'Economista*, vol. XI, serie 3.ª; NOVICOW, *Les gaspillages des sociétés modernes*, París, 1894, 188; MARTINI, *Manuale di metrologia in uso attualmente e anticamente*, LOESCHER, 1883; FOSCOLO: *Leggi sul servizio di pesi e delle misure*, en la *Raccolta delle leggi speciali*, 4.ª serie, vol. III, Turín, 1881.

Legislación: El sistema métrico decimal fué introducido sucesivamente en las distintas provincias del Reino por las siguientes disposiciones: en la isla de Cerdeña, por Real edicto de 1.º de Julio de 1884; en Piamonte y en Liguria, por Real edicto de 11 de Septiembre de 1845; en la prov. de Módena, por Decreto soberano de 17 de Octubre de 1849; en Lombardia, por la ley de 15 de Septiembre de 1859; en las Romañas, por Real edicto de 8 de Octubre de 1859; en la prov. de Parma, por Real decreto de 15 de Septiembre de 1860; en las Marcas, por el Decreto de 24 de Octubre de 1860; en la Umbría, por Decreto de 10 de Noviembre de 1860; en Toscana, por Decreto de 11 de Enero de 1860; en Nápoles y Sicilia,

gatorio el uso del sistema métrico decimal, venciendo, con la fuerza de sanciones penales, hábitos caducos y recalitrantes. Las disposiciones que tienden a alcanzar esta finalidad se pueden agrupar:

a) en la prohibición de fabricar y de vender medidas o pesas que no pertenezcan al sistema métrico decimal y no hayan sido contrastadas por los funcionarios públicos, encargados de indicar su exactitud por medio de la colocación de marcas adecuadas (1);

b) en la obligación de expresar toda cantidad por medio del sistema métrico en todos los documentos públicos y privados en que se crean, modifican o extinguen las obligaciones; en todos los anuncios, carteles y en todos los libros de comercio (2);

c) en la obligación impuesta a todos los comerciantes, al por mayor y al por menor, estables y ambulantes, de utilizar en su tráfico pesas y medidas legales debidamente contrastadas por los funcionarios públicos, a los cuales confía la ley el cuidado

por la ley de 28 de Julio de 1861; en el Véneto y en Mantua, por el Real decreto de 11 de Marzo de 1869; y en Roma por el Real decreto de 13 de Octubre de 1.870. Por la ley de 23 de Junio de 1874 fueron reguladas nuevamente las oficinas de comprobación de pesos y medidas y de recaudación de los derechos métricos; por el Real decreto de 20 de Mayo de 1877 fueron publicadas las tablas de equivalencia de los pesos y de las medidas más usados en las distintas provincias del Reino con los del sistema métrico; por último, el Reglamento de 17 de Febrero de 1887 reguló de nuevo el servicio métrico. La ley de 20 de Julio de 1890 introdujo nuevas modificaciones, siendo revisadas y refundidas todas las leyes anteriores en un texto único con el Real decreto de 23 de Agosto de 1890, puesto en vigor por el de 1.º de Enero de 1891 y modificado por Decreto Tenencial de 27 de Octubre de 1918. El Reglamento para la ejecución de la ley sobre el servicio métrico actualmente vigente lleva la fecha de 31 de Enero de 1909, y el correspondiente a la fabricación de pesos y medidas, la de 12 de Junio de 1902. Véase también la ley de 7 de Julio de 1910 y el Reglamento de 9 de Agosto de 1911 sobre la adopción del quilate métrico en el comercio de las perlas finas y de las piedras preciosas. Una oficina que radica en París, tiene por objeto procurar la unificación internacional y el perfeccionamiento del sistema métrico; a los gastos de esta oficina contribuyen todos los Estados de Europa que adoptaron el sistema métrico. El convenio respectivo fué sancionado, por lo que respecta a Italia, por la ley de 26 de Marzo de 1875.

(1) Ley 23 de Agosto de 1890, arts. 12 y siguientes; Reglamento 12 de Junio de 1902, arts. 1.º y siguientes.

(2) Ley 23 de Agosto de 1890, arts. 9.º-11; Reglamento 31 de Enero del 1909, arts. 147 y siguientes. Aunque a los funcionarios públicos y a los ciudadanos se les castiga por las contravenciones en que incurran, hay todavía, a pesar de ello, muchos sectores del comercio en que se usan pesos y medidas no reconocidos por la ley, bien porque se relacionan con países donde no rige el sistema métrico, como Inglaterra, bien por la resistencia, no dominada todavía, de las costumbres mercantiles. Así, por ejemplo, para el comercio de drogas se usa el pie: Costumbre de Venecia, núms. 159 y siguientes; para los alcoholes de Alemania el emero, *id.*, núm. 104; el vino de Marsala se contrata algunas veces por pipa, etc.

de observar su precisión periódicamente, en garantía de la confianza pública (1). Cuando las partes, para mutua garantía, no quieren emplear sus pesas y medidas propias, pueden recurrir al peso y a la medida públicas, de cuyo servicio suelen tener los Ayuntamientos la exclusiva. Los particulares, son dueños de servirse de balanzas propias, sin recurrir a la oficina del peso público, pero deben acudir a éste siempre que quieran contrastar el peso y la medida por medio de un tercero (2).

912. En los contratos estipulados por escrito debe presumirse que las partes han tenido en cuenta los pesos y las medidas métricas, pues al suponer lo contrario, esto es, la referencia a pesos y medidas ilegales, se les atribuiría la intención de infringir una ley de orden público. En cuanto a los contratos celebrados entre países sujetos a sistemas diversos, los efectos de la obligación se regularán según la ley o el uso, relativo a las medidas, del lugar en que la misma deba cumplirse (art. 58).

913. Toda obligación de cantidad debe cumplirse puntualmente, a menos que una causa de fuerza mayor se lo impida al deudor (3), sin que sea permitido ejecutarla parcialmente o por entregas sucesivas (arts. 1.246 y 1.204 del Código civil); pero, por otra parte, no debe creerse que cualquiera deficiencia de cantidad dé derecho al acreedor para pedir la resolución del contrato; sería preciso que la deficiencia fuese tan sensible, que se pudiera argüir que el comprador no habría celebrado el con-

(1) Ley 23 de Agosto de 1890, arts. 16, 20 y siguientes; Reglamento de 31 de Enero de 1909, arts. 54 y siguientes. Esta obligación es extensiva a los obreros, empresarios, ingenieros, contratistas, que no tienen el carácter de comerciantes, y, en general, a todos aquellos que por su profesión tienen que emplear pesas o medidas: Casación Florencia, 31 de Diciembre de 1875 (*Annali*, X, 1, 65); Casación Roma, 31 de Mayo de 1876 (*Legge*, XVII, 11, 223); íd., 12 y 28 de Noviembre de 1884 (*Foro italiano*, 1885, 11, 313, 314); íd., 26 de Noviembre de 1891 (*Annali*, 1892, 54) íd., 28 de Febrero de 1899 (*Corte suprema*, 156); íd., 16 de Junio de 1899 (*Foro*; 11, 496).

(2) Si los particulares pudiesen instituir un servicio de peso público, harían una perniciosa competencia a las haciendas municipales: Ley municipal y provincial de 21 de Mayo de 1908, art. 180, núm. 4; Casación Roma, 31 de Marzo de 1890 (*Foro ital.*, 1890, 11, 327); íd., 28 de Enero de 1892 (*Temí veneta*, 259); CISOTTI, en los *Temí ven.*, 1891, 469.

(3) La norma excepcional contenida en el art. 61, en oposición a las que rigen para la ejecución de los demás contratos (arts. 1.225 y siguientes del Código civil), no puede extenderse a todos los contratos mercantiles. El motivo que justifica su aplicación al contrato de compraventa, o sea la conveniencia de garantizar la circulación normal de las mercancías, no puede valer, por ejemplo, para aquellos contratos en los cuales el tenedor, no adquiere el derecho a transmitir las a otros, como en la prenda, en el depósito, en el transporte y en el arrendamiento.

trato si la mercancía le hubiese sido ofrecida en la cantidad con la cual se pretende cumplirlo (1).

Si se trata de una pequeña insuficiencia en el peso o en la medida—con tal que no influya sobre la calidad—el comprador podrá pedir una reducción del precio o el suplemento de la cosa, además de la indemnización por la falta o retraso en la entrega de dicha fracción. Pero la equidad no permite reducir a la nada el contrato, obligando al deudor a hacerse cargo nuevamente de las cosas ya expedidas o entregadas y a soportar todos los gastos de la devolución, cuando la diferencia es de poca importancia y el comprador puede utilizar igualmente la mercancía que le fué entregada, o proveerse de la diferencia directamente, por cuenta y a expensas del vendedor (art. 68). De este modo se distingue, con justicia, entre el incumplimiento parcial que procede de un defecto de cantidad, de ordinario remediable, y el incumplimiento derivado del defecto de calidad, que altera la mercancía en todas sus partes (2).

Análogamente, si se trata de un exceso en la cantidad—debida, probablemente al deseo de estimular al comprador a mayores pedidos—éste no puede pretender la resolución del contrato. Tratándose de cosas fungibles, puede devolver el sobrante, y tendrá la cantidad que necesita (3).

(1) Código civil, arts. 1.165 y 1.166; LAURENT, XVII, núm. 126; AUBRY et RAU, IV, pág. 38, nota 6; TROPLONG: *De la vente*, núm. 559; GULLOUARD: *De la vente*, núms. 248, 434 y la jurisprudencia conforme citada por él; PARDESSUS, núm. 285; BAUDRY-LACANTINERIE et SAIGNAT: *De la vente*, núm. 325; MASSE, III, núm. 1.827; WINDSCHEID, § 342, notas 9 y 10; ERRERA, *Della compra vendita mediante spedizione*, pág. 8; Casación Turín, 13 de Junio de 1882 (*Cass. Torino*, 1882, II, 185); Apelación Florencia, 23 de Julio de 1887 (*Foro ital.*, 1887, 1.215); Casación Nápoles, 17 de Mayo de 1897 (*Foro*, Repertorio, voz *Vendita*, núm. 52). En contra, PACIFICI-MAZZONI, *Della vendita*, núms. 198 y 258; GOLDSCHMIDT, § 63²⁹, pero sobre la base de citas inexactas. Conforme al texto, Código alemán de 1861, art. 539 (Código de 1900, § 378); Código austriaco, §§ 919 y 932, y aplicando el mismo, Casación Turín, 13 de Diciembre de 1876, y nuevamente, en secciones reunidas, 17 de Junio de 1882 (*Monitore dei tribunali*, 1877, 169; 1883, 772).

(2) Puede observarse que, por lo regular, la mercancía sirve para los mismos usos aunque sea en menor cantidad, y que, por eso, el comprador podrá utilizarla esperando o proveyéndose de la diferencia en otra parte. La ley justifica también este razonamiento cuando concede al comitente el derecho a rechazar las operaciones hechas por el comisionista por defecto en la calidad, pero no en la cantidad (art. 383, núm. 3.º). Bien se alcanza que deberán aplicarse las reglas propias de la calidad cuando el peso o la medida sean un elemento característico de la calidad, como la longitud en las mesas o el peso en las lanas de invierno: véase Apelación Brescia, 3 de Mayo de 1887 (*Foro*, 559) (con tesis inexacta); Casación Turín, 31 de Diciembre de 1886 (*Id.*, 1887, 290; Apelación Milán, 21 de Abril de 1886 (*Monitore*, 619)).

(3) Casación Turín, 23 de Abril de 1900 (*Monitore*, 606).

914. Para facilitar la ejecución de los contratos, se suele añadir, a la expresión de la cantidad, la cláusula «aproximadamente» (*circa*) u otra equivalente, en virtud de la cual el obligado a realizar la entrega tiene derecho a moverse dentro de límites moderados, que se determinan por el uso o, en defecto del uso, teniendo en cuenta, necesariamente, la cantidad total de la mercancía, su procedencia y demás circunstancias concretas (1).

(1) Conforme, Apelación Génova, 20 de Abril de 1891 (*Temí genov.*, 280); Apelación Brescia, 10 de Marzo de 1869 (*Monitore*, 447), donde se lee: «la dicción *circa* implica de por sí un módico aumento o una módica disminución en la cantidad, del uno al diez por ciento, al arbitrio regular del Juez, según las diversas costumbres de los lugares... Que si por algunas pragmáticas se hizo descender en casos especiales la eficacia de dicha cláusula a $1/6$ y hasta a $1/5$, esto es, al 20 por 100, en la cual no parece se pueda reconocer aproximación, no ha habido nunca, sin embargo, ningún Tribunal y ningún escritor que por exceso de exageración, haya sobrepasado imprudentemente el ya excesivo límite del quinto». Conforme, PACIFICI MAZZONI, I, núm. 16; TARTUFARI: *Commentario*, 3.^a edición, núm. 305; PARDESSU, núm. 285; DELAMARRE et LÉPOITVIN, V, núms. 205 y 206; GOLDSCHMIDT, § 63, notas 21 y 23. La cláusula *circa* produce un margen de tolerancia, en más o en menos del 5 por 100; Consuet. Venecia, núm. 9; de Trieste, núm. 9; del 2 por 100, Consuet. Milán, para los coloniales, núm. 10; *Id.*, Bérgamo, núm. 10; del 10 por 100 para los granos en Bérgamo, núm. 17, y en Milán, núm. 19; para la seda exótica en Bérgamo, núm. 83 y en Milán, núm. 94. Considerable tolerancia en la expresión inexacta del peso y de la medida se consiente también por la ley vigente para el contrato de fletamento, art. 562; y para el transporte terrestre, art. 404.

CAPITULO II

La circulación de las mercancías. (*La tradición*) (1)

Sumario.—915. La tradición en el Derecho mercantil.—916. Su función en el Derecho vigente. 917. Modos de efectuarla. Tradición consensual y tradición simbólica.—918. Tradición por medio de representantes.—919. Tradición de las mercancías expedidas de una a otra plaza.—920. Crítica de las diversas doctrinas.—921. Tradición de las mercancías depositadas en poder de un tercero.—922. Tradición de las mercancías por medio de los documentos que las representan.—923. *Conocimiento de embarque*.—924. Representa a la carga en viaje.—925. Diferencia entre el conocimiento nominativo, a la orden y al portador.—926. Disconformidad entre varios ejemplares.—926 bis. Las órdenes de entrega (*Delivery orders*).—927. *La carta de porte*.—928. Carta de porte nominativa.—929. Carta de porte a la orden y al portador.—930. *Resguardos de depósito y de garantía o warrants*.—931. Continuación.—932. *Recibos o resguardos provisionales expedidos por los almacenes generales*.—933. ¿Pueden los almacenes particulares expedir el doble título?—934. ¿Pueden expedir un título representativo de las mercancías?

915. Aunque la actividad de los comerciantes, siempre encaminada a lucrarse con la circulación de las mercancías, haya encontrado, ciertamente, nuevos medios para hacerse más rápida, más segura y menos costosa, no obstante, también en el Derecho mercantil dicha función se desenvuelve según los conceptos elementales contenidos en el Derecho común: el Derecho mercantil ha multiplicado sus formas, pero no ha modificado su esencia.

Las innovaciones de carácter mercantil, se dirigen, principalmente, a regular la circulación de las mercancías en viaje o de-

(1) Acerca de la tradición como medio de transmitir la posesión. vid. MAYNZ, *Cours de droit romain*, § 170; WINDSCHEID, § 153; AUBRY et RAU, III, § 179; GOLDSCHMIDT, volumen. II, §§ 65 y siguientes; ENDEMANN, en el *Endemann's Handbuch*, II, § 169; LEHMANN, *Lehrbuch*, § 119. Entre las monografías dignas de estudio, véase DUSI: *La successione nel possesso negli atti tra vivi*, en la *Rivista di scienze giuridiche*, vol. XVIII (1894), XX, 1895; ERRERA, *Della vendita mediante spedizione*, *Archivio giuridico*, XXVII, pág. 68 y siguientes; SALVIA: *Forme ed effetti della tradizione nella compra e vendita mercantile*, Nápoles, 1887.

positadas en los almacenes públicos por medio de los documentos que las representan, sirviendo para efectuar la tradición de las mismas; y sobre estos extremos, la legislación y la jurisprudencia han llegado a establecer normas de una precisión casi mecánica. Pero en otros puntos, todavía, especialmente respecto al lugar y al momento en que se efectúa la tradición de las mercancías que se expiden de una plaza a otra sin documentos o con documentos no representativos, se manifiesta un derecho en formación, por cuya conquista luchan confusamente la jurisprudencia y los usos desde hace siglos, como se luchaba antes del Código para determinar la perfección de los contratos entre personas ausentes.

916. La tradición no tiene, en nuestro Derecho, la importancia capital que tenía en el Derecho antiguo para la transmisión de la propiedad, desde el momento en que la propiedad de las cosas determinadas en el contrato individualmente se transfiere en virtud del consentimiento, aun antes de la tradición, y la de las cosas determinadas en el contrato genéricamente se transmite mediante la individualización. Entre las partes es aquella un mero acto material que pone al comprador en situación de disponer libremente de la cosa que era ya suya, teniendo para el derecho de los contratantes solamente efectos secundarios, entre los cuales los más importantes son:

a) determina el tiempo y el lugar en que el comprador debe pagar el precio y alguna vez sirve también para determinar su importe (1);

b) señala el comienzo en el transcurso de los plazos para el ejercicio de las acciones redhibitorias (2);

c) sirve para determinar el derecho del comprador y del vendedor a la resolución del contrato (3);

d) sirve también para determinar la competencia del Juez (4).

Por el contrario, la tradición conserva todavía, si bien en virtud de razones nuevas, una importancia capital para la adquisición y para la pérdida de los derechos que corresponden a las partes contratantes, respecto de terceros, porque al transmitir la posesión, proporciona al que recibe la cosa, la protección ligada

(1) Código civil, arts. 1.469 y 1.508; Código de Comercio, art. 38.

(2) Código civil, art. 1.505; Código de Comercio, art. 70; pero cuando la tradición no se efectúa con la recepción efectiva, material, de la mercancía, los términos se computan desde este último acto: *Apelación Venecia*, 17 de Diciembre de 1897 (*Tem. ven.*, 1898, 167).

(3) Código de Comercio, art. 67; Código civil, art. 1.512.

(4) Código de procedimiento civil, art. 91.

a la misma. Es esencial para que el acreedor adquiera o conserve sobre la cosa un derecho de prenda o de retención (1) y para que el adquirente de buena fe pueda defender su adquisición contra el propietario que la reivindica (2), y, en general, modifica la posición de los litigantes con las presunciones que la ley y el Juez pueden inferir de la posesión (3).

917. La tradición es un acto bilateral en el que debe concurrir la voluntad del que entrega y del que recibe la mercancía, y si la voluntad de éstos se halla afectada de algún vicio, o si su capacidad es defectuosa, la tradición puede ser anulada (4).

Pero la voluntad no basta a producir la tradición: es necesario, además, un acto material por virtud del que la cosa pase de la disponibilidad exclusiva de una persona a la de otra (*animus et corpore*). Este acto consiste más frecuentemente en la entrega de la cosa; pero puede hacerse también de otras maneras: entregando las llaves del almacén donde la cosa está depositada; poniéndola a disposición del nuevo poseedor en una institución pública de depósito (5); haciéndola pasar a través del contador que separa la conducción pública de la particular, como en las ventas de agua, de gas, de luz eléctrica, o dejándola en poder de aquel a quien se había hecho ya anteriormente la entrega, pero en virtud de un título distinto (*traditio brevi manu*): en este último caso, se utiliza la entrega ya realizada, por ejemplo, a título de arrendamiento o de prenda para ejecutar un contrato de compraventa, y no repitiéndose la entrega porque ya ha sido efectuada. Los modos previstos por el Código civil (art. 1.465) no son taxativos y el Juez decide, con libre apreciación según las circunstancias especiales de cada caso (6), si el poseedor

(1) Código civil, arts. 1.513, 1.882 y 1.958, núms. 3 y 6; Código de Comercio, arts. 362, 412, 456, 659, 672 y 676.

(2) Código civil, arts. 707-709 y 1126; Código de Comercio, arts. 57 y 804.

(3) Código civil, arts. 687, 691 y 695; Código de Comercio, art. 714. Vid. número 910.

(4) La capacidad y la validez del consentimiento son necesarios, también, para la validez de la tradición; cuando por error, la cosa que se entrega es distinta de aquella que se quería entregar, la tradición es ineficaz: véase Dusi: *Rivista*, cit., XIX, pág. 199; XX, págs. 50 y siguientes y 73 y siguientes; Casación Roma, 23 de Febrero de 1880 (*Giurisprudenza italiana*), 384. En esta obra empleo generalmente la palabra *posesión* en un sentido muy lato, como equivalente a la tenencia de la cosa con el ánimo de ejercitar sobre ella cualquier derecho real o personal. Es, en efecto, este el sentido en el cual la posesión produce sus mayores consecuencias jurídicas en las relaciones mercantiles.

(5) Véanse los ejemplos ofrecidos por el Código de Comercio: arts. 362, 456 y 804.

(6) En lo general, vid. WINDSCHEID, § 1.538; LAROMBIERE: *Obblig.*, 1,

anterior ha perdido la posibilidad de disponer de la cosa y si el nuevo la adquirió: así, la Corte Suprema ha afirmado que los créditos se especifican y transfieren abonándolos en cuenta a favor del cliente en los registros del Banco (1).

El pacto por el cual se considera la tradición como efectuada, aunque la mercancía haya quedado en poder del vendedor, surtirá sus efectos entre los contratantes e impedirá, por ejemplo, que el comprador pueda pedir la resolución por falta de entrega; pero este pacto, aunque expresado en las formas más explícitas, con la colocación de los sellos o de las marcas del comprador en la mercancía, es ineficaz para producir los efectos de la tradición respecto a los terceros de buena fe, que podrán considerar la mercancía en posesión del vendedor (2). Estas tradiciones simbólicas o metafísicas, de las cuales está lleno el Derecho medioeval, conforme al carácter de aquella época, han sido repudiadas por el nuevo Derecho. La facilidad con que se recurría a estas ficciones se explica, no sólo por la interpretación errónea de los textos romanos, sino por la necesidad de anticipar el momento de la tradición en un sistema jurídico que la consideraba necesaria para transmitir la propiedad de la mercancía, y, por lo tanto, para defender la adquisición frente a los acreedores del vendedor; pero, aceptado el principio que reconoce al solo consentimiento la eficacia de transmitir la propiedad, aquellas tradiciones anticipadas con los símbolos, no están ya justificadas por razones de oportunidad, y el Derecho moderno ha podido rechazarlas como peligrosas para la buena fe y contrarias a la realidad de las cosas. Si la duda puede justificarse con las frases ambiguas del Código napoleónico, ella no es posible en el Derecho italiano, donde toda huella de tradición fingida, distinta de la real, ha desaparecido (3). Si fuesen posibles seme-

art. 1.141, núms. 12 y 13; DEMOLOMBE: *Obblig.*, 1, núms. 477 y 478; DE FOLLEVILLE, *Traité de la possession des meubles et titres au porteur*, núm. 41; DUSI: *Rivista*, cit., XVIII, pág. 42. Vid., a propósito de la prenda: Casación Turín, 30 de Noviembre de 1872 (*Giurisprudenza Torino*, XI, 525); íd., 20 de Mayo de 1880 (*Annali*, 349); Casación francesa, 29 de Diciembre de 1875 (*Dalloz*, 1876, I, 219).

(1) Casación Roma, 15 de Octubre de 1928 (*Settimana*, 1928, núm. 4.975).

(2) TROPLONG: *De la vente*, núm. 281; DURANTON, XXI, 191; MASSE, número 1.602; DE FOLLEVILLE, núm. 44; LAURENT, XXIV, núm. 164; AUBRY et RAU, § 354, notas 9 y 10; PACIFICI-MAZZONI: *Della vendita*, núms. 183 y 184; DUSI: *Rivista*, cit., XIX, págs. 182 y siguientes.

(3) Compárense los arts. 1.141 y 1.919 del Código de Napoleón, donde se habla de una tradición fingida o de una tradición real, en oposición a tradición simbólica, y los arts. 1.126 y 1.837 del Código civil italiano, en que se habla, simplemente, de tradición. La teoría de la tradición simbólica se encuentra recogida, generalmente, también, por los tratadistas que escribieron en la primera

jantes formas de tradición, la cosa podría encontrarse simultáneamente en posesión de dos personas, de la una, por medio del símbolo, y de la otra por medio de una detentación real, lo cual es absurdo, porque no puede darse una posesión múltiple sobre la misma cosa. La inanidad de aquella primera forma de tradición se haría patente a la primera cuestión, porque el poseedor simbólico, en conflicto con el poseedor real, no encontraría por ningún lado en la ley, ni tampoco en la conciencia común, la tutela jurídica que está reservada al segundo (art. 1.126 del Código civil).

918. *Tradición por medio de representantes.*—El comerciante, imposibilitado de atender por sí mismo a todo el movimiento de sus mercancías, toma posesión de ellas, frecuentemente, por medio de encargados, que reciben los nombres diversos de agentes o comisionistas de transportes, de almacenistas, y así sucesivamente, según las distintas funciones. Para que se realice la tradición a favor del nuevo adquirente y quede eliminado el antiguo, es necesario:

a) que el nuevo adquirente tenga la voluntad de adquirir por medio de su representante: esta voluntad puede hallarse comprendida en la representación general para adquirir confidencialmente, por ejemplo, a un factor (1);

b) que el representante posea la voluntad de recibir la cosa y de retenerla por cuenta del principal. En caso de duda es justo presumir que quiera ejecutar las órdenes y, por tanto, recibirla y guardarla para quien le dió el encargo (2). Aquel que recibe la entrega en nombre propio, puede tener, al mismo tiempo, la voluntad de adquirir la posesión para su principal, pero esta

mitad del siglo pasado, y por los que en ellos se inspiraron: véase, PARODI, lib. II, tit. IV, págs. 26 y 28; lib. II, tit. VI, pág. 83; PARDESSUS, núms. 248 y 963; BOULAY-PATY, *Des faillites*, núm. 713; TROPLONG, *De la vente*, núm. 239; VIDARI, 111, núms. 2.645 y siguientes. Excluyen toda tradición simbólica en el Derecho romano: SAVIGNY, *Del possesso*, §§ 14-17; MAYNZ, § 171 obs.; WINDSCHEID, § 153; GOLDSCHMIDT, II, §§ 67 y 68; en el Derecho civil vigente: AUBRY et RAU, II, § 1.795; LAURENT, XXIV, núm. 163; BAUDRY-LACANTINERIE et SAIGNAT: *De la vente*, núm. 288; PACIFICI-MAZZONI: *Della vendita*, núm. 183, donde escribe: «La tradición fingida es absolutamente desconocida en nuestro derecho»; CHIRONI, *Istituz*, § 123, núm. 1. La entrega que se verifica por medio de los documentos de la mercancía depositada en poder de un tercero, bien sea el Capitán de un buque, o la empresa que explota un depósito público, es una entrega real, no diferente de la que tiene lugar mediante la entrega de las llaves.

(1) CHIRONI *Istituz*, § 123, núm. 3; SERAFINI: *Istituz*, § 52; PACIFICI-MAZZONI: *Istituz*, 4.ª edición, III, I, núm. 13; MAYNZ, I, § 171, nota 12; GOLDSCHMIDT, § 663; WINDSCHEID, § 1.559.

(2) Conforme, WINDSCHEID, § 155, nota 6 a; menos explícito, pero de la misma opinión: GOLDSCHMIDT, § 66, nota 7.ª y siguientes.

intención suya, si no se expresó y no fué conocida por el que verifica la tradición, no altera los derechos de este último, que puede considerarlo siempre como poseedor. Tal es la posición del comisionista, poseedor por sí respecto al transmitente y poseedor por el comitente respecto a este último; de donde las consecuencias aparentemente contradictorias de que el vendedor pueda reivindicar del comisionista no quebrado, pero insolvente, las mercancías que le vendió al contado (art. 1.513, Código civil) y que el comitente pueda reivindicar del comisionista en quiebra las mercancías adquiridas por cuenta suya (art. 803 del Código de Comercio);

c) que la voluntad del transmitente se proponga adquirir la posesión de la cosa para el principal y no para otro; si hubiese oposición entre la voluntad expresa del transmitente y la del representante, que quiere, por ejemplo, adquirir para sí, no se daría adquisición de posesión para ninguno (1).

919. Tradición de las mercancías expedidas de una plaza a otra.—La individualización, la tradición y el examen de las mercancías contratadas, tres actos que producen consecuencias jurídicas diferentes (2), son generalmente simultáneos, cuando la entrega tiene lugar entre presentes. Pero, en la compraventa de mercancías remitidas de una plaza a otra, estos actos se separan unos de los otros y ocurren en momentos y lugares distintos: la especificación tiene lugar, generalmente, cuando la mercancía es entregada al expedidor o al porteador para el transporte; el examen o reconocimiento tiene lugar cuando la mercancía ha llegado a los almacenes del consignatario, y la tradición, o sea, la transmisión de la posesión, se verifica, bien en el punto de partida, o bien en el de llegada.

Para determinar en dónde tiene lugar esta transmisión conviene tener presente que, en esta materia, el Derecho no añade ningún elemento propio a la realidad de las cosas, y que, por lo tanto, la posesión debe entenderse transmitida solamente en el

(1) **CHIRONI: Istituz.**, § 123, núm. 3; **WINDSCHEID**, § 155, texto sobre la nota 7.^a **Contra: GOLDSCHMIDT**, § 663, donde se dice que, existiendo franco disentiimiento, el encargado adquiere la posesión para el que quiere adquirirla; lo cual parece inconciliable con los principios que regulan la adquisición de los derechos en los contratos.

(2) La especificación interesa especialmente para el paso de los riesgos y peligros al adquirente (art. 1.450, Código civil); el examen, para la caducidad del derecho de reclamar contra los vicios de la mercancía (art. 70); y, en cuanto a la tradición, interesa para la adquisición de la propiedad en el caso de varias ventas sucesivas, para el ejercicio del derecho de retención y de reivindicación y para determinar el lugar en donde debe pagarse el precio, etc. Vid. núm. 916.

lugar y en el momento en que la mercancía pasa realmente del poder del transmitente al del adquirente. Por consecuencia, en el supuesto de que el lugar y el momento de esta transmisión no aparezcan alterados en virtud de la circulación de los títulos representativos de las mercancías en viaje, la verdadera doctrina establece estas dos reglas:

a) *La tradición tiene lugar en el acto mismo de la expedición, cuando el comisionista de transportes, el porteador o el capitán, al recibir la mercancía, representan al consignatario y ejecutan sus órdenes.* La tradición es perfecta aun cuando éste se haya reservado la facultad de comprobar el peso o la calidad de la mercancía después de la llegada (1).

b) *Exceptuados esos casos, la tradición no se efectúa sino a la llegada, cuando la mercancía está realmente en poder del consignatario (2).*

920. Muchos autores cometieron la equivocación de atribuir al acto por el cual se realiza la expedición de la mercancía la virtud de transmitir la posesión al adquirente, como si éste adquiriese, con la expedición, el derecho a disponer de ella; pero es fácil demostrar su error. Para justificar esta doctrina consideran al porteador o al capitán representantes legales del consignatario, encargados de posesionarse de la mercancía por su cuenta; pero, para convencerse de que esta representación no tiene ningún fundamento, basta recordar las numerosas disposiciones legales

(1) Vid. un ejemplo de esta hipótesis: Casación Turín, 5 de Febrero de 1875 (*Giurisprudenza italiana*, 366); «Cuando la entrega se hace al representante del comprador el vendedor no puede disponer de la mercancía ordenando que la entrega se le haga a otra persona, y no puede aminorar los efectos de la tradición»; Casación Nápoles, 26 de Junio de 1879 (*Giurisprudenza italiana*, 411); «Si el capitán comprobó el peso por cuenta del comprador, si concurrió a la ejecución de la entrega, el vendedor no tiene ya nada que tratar con el capitán ni con la nave»; Apelación Ancona, 1.º de Marzo de 1873 (*Giurisprudenza italiana*, 131).

(2) Las cláusulas «franco bordo» y semejantes no producen otro efecto que el de eximir al comprador de los gastos de embarque, puerto, etc., no teniendo ninguna influencia en la determinación del lugar y del tiempo en que se efectúa la tradición y el traspaso de la posesión: Apelación Génova, 27 de Febrero de 1892 (*Il Giurista*, 276); id., 6 de Agosto de 1892 (*Temi Genov.*, 568); id., 5 de Febrero de 1897 (*Temi gen.*, 143); id., 30 de Marzo de 1897 (*Giurisprudenza italiana*, 528); Apelación Venecia, 6 de Agosto de 1896 (*Temi ven.*, 1897, 100); Apelación Roma, 24 de Julio de 1900 (*Monitore*, 791); Apelación Turín, 23 de Julio de 1909 (*Giurisprudenza Torino*, 1910, 516); Apelación Bolonia, 26 de Septiembre de 1909 (*Temi*, 1910, 477); Apelación Trani, 26 de Marzo de 1909 (*Foro pugliese*, 226); Apelación Cagliari, 3 de Abril de 1911 (*Giurisprudenza sarda*, 107); Apelación Génova, 27 de Enero de 1916 (*Diritto Marittimo*, 26); Apelación Génova, 14 de Julio de 1921 (*Temi gen.*, 1.920-1.921, 437), etc. En contra: Casación Nápoles, 28 de Abril de 1910 (*Monitore*, 967); Apelación Génova, 16 de Febrero de 1909 (*Temi gen.*, 146); Casación Turín, 3 de Mayo de 1907 (*Monitore*, 568). Véase nota 1, pág. 94.

que los someten estrictamente, durante, el viaje, a las órdenes del cargador (1). Atribuir al consignatario la posesión de las mercancías en viaje, mientras el que las ha expedido puede, mediante nuevas instrucciones al porteador o al capitán, hacerlas descargar, retroceder, o cambiar su destino a su gusto, es una verdadera ironía. No se puede atribuir razonablemente al porteador o al capitán la intención de retener la mercancía por cuenta del consignatario, cuando no mantienen con él, de ordinario, ninguna relación de negocios, ningún derecho, ninguna obligación, mientras dura el viaje, y fundan toda su confianza personal respecto al cobro del precio del transporte en el cargador (2). Tal explicación podía tener fundamento en la realidad cuando el transporte se realizaba por carreteros y por capitanes de embarcaciones de vela, que vivían en continuas relaciones de negocios con sus clientes; pero, en el régimen actual de los transportes ferroviarios y marítimos, que constituyen una industria autónoma e internacional, no puede fundarse, ciertamente, una sólida presunción jurídica sobre las relaciones personales del porteador con el consignatario (3).

Para demostrar que la tradición tiene lugar en el acto de la expedición se formuló otra teoría, basada igualmente, en una ficción arbitraria. Se ha considerado al expedidor como encargado por el consignatario de entregar la mercancía al porteador y de tenerla, por medio de éste, a disposición del propio consignatario. De este modo, se ha imaginado en el expedidor una doble

(1) Código de Comercio, arts. 395, 396, 413, último párrafo; 552, 565, 567, 572, 579 y 581; ley de 27 de Abril de 1885 sobre los transportes ferroviarios, especialmente el art. 109 (modificaciones al contrato de transporte); art. 112 (expediciones aún no retiradas, rechazadas o abandonadas). De todas estas disposiciones y de toda la disciplina jurídica del contrato de transporte se desprende que el porteador, durante el viaje (hasta la retirada *(svincolo)* de las mercancías en los transportes por ferrocarril) depende, para todo lo concerniente a la expedición, del cargador, y debe hacer valer contra él sus derechos. Véase volumen IV, 4.ª edición, núms. 2.083 y siguientes.

(2) Si no se encuentra al consignatario, o rehusa la recepción de las mercancías, o si éstas se perdieron por fuerza mayor durante el viaje, sólo el remitente es responsable del precio del transporte: art. 413, último párrafo, y art. 581; ley de 27 de Abril de 1885 sobre transportes ferroviarios, art. 112, último párrafo. El consignatario no resulta deudor del precio si no retira las mercancías: artículos 409 y 410.

(3) Conforme al texto: VIVANTE: *La polizza di carico*, núm. 45; ERRERA: *Della vendita mediante spedizione*, págs. 13 y siguientes; DI SALVIA, págs. 27 y siguientes; GOLDSCHMIDT, § 66, nota 44 y siguientes. La doctrina que hemos combatido fué seguida por los tratadistas franceses que vivieron en la primera mitad del siglo pasado: Vid. MASSE, III, núm. 1.598, donde cita, inoportunamente, a CASAREGIS; PARDESSUS, núms. 279 y 577; DELAMARRE et LEFORTVIN, IV, números 129 y siguientes.

figura: la de vendedor y la de mandatario del comprador, como si, por virtud de un *constitutum possessorium*, se invirtiese el título de su posesión, continuándola en lo sucesivo por cuenta del comprador consignatario; pero, en la realidad, no existe ningún signo revelador de una voluntad conforme de las partes en este sentido; antes bien, puede afirmarse con mayores probabilidades de acierto, que el comprador no ha tenido, en absoluto, la voluntad de ejercitar su dominio sobre las mercancías por medio de aquel vendedor, de cuyo patrimonio quiso retirarla con su adquisición. Para justificar esta artificiosa doctrina sería preciso admitir que el vendedor es comisionista, mandatario del comprador para guardar las mercancías ya individualizadas y para verificar la expedición de las mismas; pero, la obligación de la custodia y de la expedición, que incumbe al vendedor, es una obligación inherente al contrato de compraventa y no la ejecución de un nuevo contrato de mandato o de comisión, pues le falta todo rasgo característico del mismo, como sería una provisión para el depósito o para la expedición; y falta, para el vendedor, la posibilidad de excusarse de aceptarlo, lo que es esencial para todo contrato. La voluntad del cargador, no puede suponerse dispuesta a tal inversión, que lo despojaría de las garantías que acompañan a la posesión: como vendedor, habría perdido el derecho a retener la cosa en garantía del precio (art. 1.469, del Código civil) o de reivindicarla en garantía de su crédito (art. 804 del Código de Comercio); si mandatario, perdería el privilegio que le compete por los anticipos (art. 362); y como acreedor pignoraticio, habría perdido el privilegio que se halla estrechamente vinculado a la posesión de la cosa (art. 456). El propio interés aconseja, pues, al expedidor, conservar la posesión de las mercancías, mientras ello sea compatible con la obligación aceptada por él, de realizar la entrega al consignatario en la plaza de éste, y no se puede suponer que, en perjuicio propio, haya renunciado sin motivo a aquel derecho de disponer de las mercancías en viaje, que el contrato de transporte le reconoce hasta su llegada (1). Y no pierde, tampoco, este derecho por el

(1) La doctrina que he combatido tiene inveteradas raíces en los tratadistas italianos: v. DE LUCCA: *De emt. et vend.*, Disc. 5, números 6 y siguientes; *De cred. et deb.*, Disc. 23, núms. 9.º y siguientes; CASAREGIS, Disc. 38, ad. n. 51 y siguientes, y encuentra todavía cierta acogida en nuestra jurisprudencia: véase Apelación Génova, 17 de Diciembre de 1874 (*La Giurisprudenza*, 1875, II, 19); Apelación Bolonia, 17 de Septiembre de 1877 (*Giurisprudenza comm. ital.*, 1878, 277); Apelación Venecia, 23 de Diciembre de 1898 (*Temi ven.*, 1899, 143); Casación Florencia, 14 de Mayo de 1906 (*Cons. comm.*, 352); Casación Turín, 3 de Mayo de 1907 (*Monitore*, 968); Apelación Ancona, 14 de Marzo de 1908 (*Corte Ancona*, 178); Apelación Turín, 30 de Julio de 1909 (*Monitore*, 793); Apelación Catanzaro, 4 de

solo hecho de que el consignatario pague los gastos del transporte (1), o porque el porteador, haya sido designado por el consignatario (2); lo perderá cuando la expedición se efectúe en nombre del consignatario, substrayéndose con esto la mercancía a las órdenes de aquel que realizó materialmente la expedición, para someterse a las del consignatario, que habrá actuado como expedidor (3).

Abril de 1911 (*Monitore*, 1912, 15). Pero la jurisprudencia más autorizada, fijando con más exactitud el momento en que las mercancías en viaje pasan realmente a poder del consignatario, sigue la doctrina defendida en el texto: vid. Casación Florencia, 9 de Abril de 1885 (*Tem ven.*, 290); Casación Turín, 26 de Octubre de 1886 (*La Giurisprudenza*, 713); Casación Turín, 20 de Mayo de 1898 (*Foro Rep.*, voz *Compet. civile*, núm. 202); Casación Florencia, 11 de Mayo de 1903 (*Cons. comm.*, 138); íd., 3 de Diciembre de 1903 (*Foro*, 1904, 96); Casación Turín, 27 de Octubre de 1905 (*Giurisprudenza Torino*, 1906, 59); Casación Roma, 29 de Julio de 1907 (*Legge*, 1.733); Casación Nápoles, 17 de Febrero de 1908 (*Monitore*, 766); Apelación Trani, 21 de Diciembre de 1908 (*Foro pugliese*, 1909, 34); Apelación Venecia, 11 de Febrero de 1909 (*Temí*, 406); Apelación Bolonia, 5 de Abril de 1909 (*Temí*, 555); Casación Turín, 23 de Marzo de 1910 (*Giurisp. Tor.*, 958); Apelación Milán, 30 de Enero de 1914 (*Monitore*, 289); Apelación Nápoles, 1.º de Julio de 1918 (*Diritto marittimo*, 1919, 183); Apelación Milán, 19 de Diciembre de 1919 (*Monitore*, 1920, 569); Apelación Trani, 21 de Febrero de 1920 (*Foro Puglie*, 65, m); Apelación Trani, 30 de Marzo de 1920 (*ibi*, 66, m); Casación Turín, 19 de Febrero de 1921 (*Riv. Dir. comm.*, 1922, 19). Conforme: Código suizo de las obligaciones de 1833, art. 203 (compárese art. 923 del Código civil suizo de 1907); Código alemán de 1861, art. 344 (compárese § 433, del Código de 1900); Véase VIVANTE: *La polizza di carico*, núm. 43; ERRERA, obra cit., pág. 16. En el mismo sentido: ANSCHUTZ, véase von VOELDERNDORFF, *Comm.*, art. 344, págs. 280, 283 y siguientes; GOLDSCHMIDT, § 67, págs. 627 y siguientes, como también la doctrina alemana predominante, desde que en las discusiones preparatorias del art. 344 prevaleció la opinión de los que declararon: «la ficción jurídica de que el expedidor elegido por el vendedor representa al comprador, es ilegal, desprovista de todo fundamento jurídico y en clara oposición con la disposición de que el porteador está obligado a atender las órdenes del vendedor hasta la entrega de la mercancía en su destino»; véase VENTURI: *Motivi al Codice di commercio germanico*, pág. 688. Ningún argumento sólido en contra puede apoyarse en la institución de la reivindicación en materia de quiebra (arts. 804 y 805), puesto que, en opinión común, aquella constituye un derecho excepcional, que ofrecería un fundamento erróneo a cualquier opinión.

(1) Apelación Génova, 20 de Enero de 1879 (*Eco di giurisprudenza*, 84); Casación Florencia, 9 de Abril de 1885 (*Temí ven.*, 290); íd., 7 de Junio de 1886 (*Id.*, 374); Apelación Lucca, 19 de Noviembre de 1900 (*Annali*, 1901, 23).

(2) Cuando la elección del porteador se hizo por el consignatario sólo para la ejecución del transporte, no lo autoriza para recibir la entrega por cuenta del mismo: véase Casación Florencia, 7 de Junio de 1886 (*Temí ven.*, 374); Apelación Génova, 20 de Enero de 1879 (*Eco di giurisprudenza*, 84).

(3) Casación Turín, 6 de Julio de 1888 (*Eco di giurisprudenza*, 320); íd., 5 de Febrero de 1875 (*Giurisprudenza italiana*, 366); Casación Nápoles, 26 de Junio de 1878 (*Giurisprudenza italiana*, 1879, 1, 411); Apelación Ancona, 1.º de Marzo de 1873 (*Giurisprudenza italiana*, 131). Conforme, la doctrina y la jurisprudencia alemana: véase GOLDSCHMIDT, § 66, nota 25 y siguientes; ANSCHUTZ und v. VOELDERNDORFF, III, pág. 281.

921. *Tradicción de las mercancías depositadas en poder de un tercero.*—El poseedor de las mercancías puede transmitir su posesión a otros, sin moverlas del lugar en que se hallan depositadas, de dos maneras: ordenando al depositario que las tenga, en lo sucesivo, a disposición del tercero, o bien autorizando a éste para dar a conocer al depositario la adquisición del derecho a disponer de ellas. Tanto en uno como en otro caso no tendrá lugar la transmisión de la posesión mientras el depositario no esté directamente vinculado respecto al adquirente para conservar las mercancías por su cuenta. Este vínculo comienza en cuanto el depositario haya reconocido, respecto al nuevo poseedor, el cambio efectuado, y se haya obligado, por consecuencia, directamente, a conservar la posesión por cuenta del mismo. Hasta ese momento, en efecto, el depositante, como dueño del depósito, puede retirar las mercancías, revocar la orden de entregarlas, o perder la capacidad de transmitir su posesión, por quiebra, por muerte o por cambio de estado, no pudiendo decirse, por lo tanto, que la mercancía esté a disposición actual y exclusiva del adquirente (1).

El depositario puede ser notificado por el adquirente del cambio ocurrido, verbalmente o por escrito (2); y, que tuvo lugar la notificación resultará indudable de la anotación hecha, a requerimiento del adquirente, en los libros del almacén, o de la circunstancia de que el depositario tuvo en cuenta las órdenes del adquirente en la custodia de las mercancías. La noticia de la venta, comunicada al depositario no es suficiente para poner las mercancías a disposición del adquirente, porque este aviso no priva al depositante de la facultad de retirarlas aunque no sea más que para efectuar directamente la entrega (3).

(1) Código civil, arts. 1.853, 1.860, 1.855 y 1.856; Arg. art. 396, Código de Comercio, Apelación Génova, 31 de Marzo de 1871 (*Annali*, vol. 11, 554); TROPLONG, *Du Dépot*, núm. 146 y siguientes; AUBRY et RAU, IV, § 403, notas 11-13; LAURENT, XXVII, núms. 144 y siguientes; GOLDSCHMIDT, § 76, notas 2.ª, 7ª y siguientes; COHN, en *Endemann's Handbuch*, 11, § 430. Conforme, para la transmisión de la posesión a favor del acreedor pignoraticio: VIVANTE, *Comment.*, 5.ª edición, 659; PONT, 11, núm. 1.129; AUBRY et RAU, § 432, nota 24 y la abundante jurisprudencia allí citada. Según el Código civil suizo de las obligaciones de 1883, art. 201, sería, también suficiente para la tradición la orden dada por el vendedor al depositario, de conservar en lo sucesivo la cosa para el nuevo adquirente (compárese art. 924 del Código civil suizo de 1907); pero esta norma es, entre nosotros, inadmisibles, incluso por los principios más generales que rigen los contratos a favor de terceros (art. 1.128 del Código civil).

(2) AUBRY et RAU, § 403, nota 16; LAURENT, XXVII, núms. 114 y 122; PONT: *Des petits contr.*, 1, núm. 496; GOLDSCHMIDT, § 76, pág. 769.

(3) Apelación Bolonia, 30 de Junio de 1877 (*Giurisprudenza italiana*, 630). Véase justamente, un caso en que el depositante vendedor se reserva la facultad

922. *Tradicción de las mercancías por medio de los documentos que las representan.*—Las declaraciones expedidas por el que recibe las mercancías ajenas para transportarlas o para custodiarlas, son utilizadas por la industria comercial para negociar las mercancías sin moverlas de su sitio y sin desviarlas de su viaje; tienen, en la convicción jurídica de los comerciantes, el valor de títulos representativos de las mercancías en viaje o depositadas (1), y, por tanto, de títulos capaces de ponerlas a disposición del adquirente, del acreedor pignoraticio o del comisionista, como si se transmitiesen materialmente en el mismo acto en que se entregan dichos documentos (2). La virtud representativa de éstos descansa en la convicción, sostenida por numerosas sanciones de la ley penal y civil, de que el depositario no puede devolver las mercancías más que al legítimo poseedor del título y que, por consiguiente, las detenta por cuenta del mismo; y cuanto más firme es la confianza pública en la guarda fiel y diligente del depositario, tanto más corresponde a la realidad de las cosas aquella ecuación que equipara la posesión del título a la posesión de la mercancía. Si el depositario pudiese faltar fácil e impunemente a la obligación de guardar y de restituir las mercancías al poseedor del título, la circulación de éste, como substitutivo de las mercancías, se detendría inmediatamente.

La utilidad de estos títulos es tanto mayor cuanto más se facilita su circulación con las cláusulas a la orden y al portador; cuanto más completa es su virtualidad literal, que hace decisivo el tenor del título en las relaciones entre el depositario y el poseedor del mismo (3), y cuanto más rigurosamente procure la

de retirar él mismo la mercancía del almacén general para verificar su entrega: Apelación Nápoles, 6 de Agosto de 1888 (*Monitore Tribuna/i*, 1889, 427).

(1) Para estos títulos la doctrina alemana creó *ad hoc*, voces expresivas: *Waarenpapiere* (GOIDSCHMIDT: *Handbuch*, § 69), o *Traditionspapiere* (BRUNNER en *Endemann's Handbuch*, II, pág. 150). En Inglaterra se usa una paráfrasis, como entre nosotros: «A representative of the goods legal symbol of the goods»; véase MACLEOD: *Dictionary of political economy*, voces *Bill of lading*, *Credit*.

(2) Se entiende, por lo tanto, como lugar de la entrega de las mercancías, a los efectos de determinar la competencia excepcional establecida por el art. 91 del Código de procedimiento civil, aquel en que se verificó la entrega del conocimiento de embarque: véase Apelación Milán, 3 de Abril de 1895 (*Monitore*, 564). Pero la ecuación que equipara la posesión del conocimiento a la de las mercancías no sirve para resolver las cuestiones cuyo supuesto natural es la entrega material de la mercancía, por ejemplo, cuando se trate de examinar su calidad (art. 70), o las cuestiones relativas a la reivindicación en caso de quiebra, materia regulada con arreglo a criterios excepcionales (art. 804).

(3) No es título literal el resguardo de expedición ferroviaria, ni aun a favor del consignatario, que debe tolerar la rectificación de todos los errores cometidos por la estación remitente (véase volumen IV, sumario, voz *Ricevuta di spedizione*);

ley sustraer las mercancías depositadas o en viaje al ejercicio de todo derecho (secuestro, embargo) que no se haga efectivo por medio de dichos documentos (1).

La tendencia de la práctica mercantil a considerar, ligeramente, como títulos representativos de las mercancías los documentos expedidos por los almacenistas, que las tienen en depósito, puede alcanzar difícilmente un reconocimiento jurídico, porque será difícil que un depositario quiera, en las confiadas relaciones que mantiene con su clientela, negarse sistemáticamente, sin excepciones, a cumplir las órdenes del depositante y del propietario que no estén en la posesión actual del título; y bastará esta tolerancia para privar a aquellos títulos del carácter de títulos representativos de las mercancías depositadas (2).

Algunos de estos títulos se refieren a las mercancías en viaje: el conocimiento de embarque, la carta de porte y la orden de entrega (*delivery order*); otros, a las mercancías depositadas en los almacenes generales: el resguardo de depósito y el resguardo de garantía o *warrant*. Aquí se trata solamente de ellos para determinar en qué condiciones su tradición produce la tradición de las mercancías.

923. *El conocimiento de embarque* es el recibo de las mercancías, cargadas ya a bordo del buque, expedido por el capitán que lo manda o por el consignatario que representa a la empresa de navegación. Contiene la indicación exacta de la mercancía, del buque que la transporta, del lugar del cual parte y a donde va destinada. Se sacan de él cuatro ejemplares, uno para el capitán y otro para el armador, firmados por el cargador; los otros dos, firmados por el capitán, se destinan, uno al cargador y otro al consignatario; debiendo indicarse en cada ejemplar la persona a la cual va destinado. El cargador puede pedir uno o más duplicados del ejemplar que haya de destinarse al consignatario,

y buena parte de su valor literal lo pierde también el conocimiento de embarque provisto por el capitán de las cláusulas «dice ser», «peso, calidad y cantidad desconocidos», que obligan al consignatario a confiar en la buena fe del cargador.

(1) Código de Comercio, arts. 298, 469 y 671, núm. 9. Acerca de la naturaleza jurídica de estos títulos como títulos de crédito, véase más adelante.

(2) Así, la misma sentencia de la Apelación de Bolonia, de 30 de Junio de 1877 (*Giurisprudenza italiana*, 630), que quiso atribuir a los títulos expedidos por un almacén particular, establecido en Pontelagoscuro del Po para el depósito del aceite, la virtud de representar y de transmitir la posesión de las mercancías, hubo de reconocer que numerosos testigos declararon que los resguardos de depósito «se expiden al solo efecto de ordenada reciprocidad; que las mercancías se restituyen sin devolverlos y que es ilegítimo el endoso de los mismos». Vid. acerca de una nueva figura de títulos representativos, los *delivery orders*, el núm. 926 bis.

ya sea para sustituir sin demora el que se hubiese perdido, o para ofrecer las mercancías en varias plazas simultáneamente, pudiendo elegir la oferta mejor, o para poderlas reivindicar y retirar más fácilmente en el caso de que el comprador quiebre antes de haber pagado el precio, o bien para privar a un mandatario infiel de la facultad de retirarlas, ejercitándola directamente o por medio de otra persona (1).

El ejemplar destinado al consignatario—o los duplicados que hacen sus veces—es el único que tiene la virtud de representar a las mercancías y de transmitir su posesión. Puede expedirse a nombre del consignatario, a la orden o al portador y conserva siempre, hasta el momento en que se extingue en manos del capitán, que lo recoge al restituir las mercancías, aquella ley de circulación que le dió su emisor, esto es, el capitán o el consignatario del buque; si fuese lícito al poseedor del título hacerlo circular del modo que más le plazca, podría agravar arbitrariamente las obligaciones del capitán (2).

924. El conocimiento, mientras existe, es el instrumento exclusivo con el cual se opera sobre las mercancías en viaje y se ejercitan los derechos reales a que están afectas. El capitán debe conservarlas escrupulosamente en las condiciones expresadas en dicho documento, porque, en razón del carácter literal de la obligación aceptada, no podrá buscar pretextos fuera de él, para rehusar la entrega de las mercancías en el punto de destino.

925. Esto es valedero, en nuestro sistema legislativo, tanto para el consignatario designado en la póliza, que ejercita frente al capitán un derecho propio, derivado de su designación en el título, como para el endosatario y para el portador: para todos, porque el conocimiento acredita la existencia de la carga, prometiendo su puntual entrega en el puerto de destino a todos los que en ello tienen interés (3).

(1) Código de Comercio, arts. 498, 555 y 556; VIVANTE: *La polizza di carico*, núms. 14, 56 y siguientes.

(2) Jurisprudencia constante: véase VIVANTE, *La polizza di carico*, núms. 65-66; ERRERA, *Della compravendita mediante spedizione*, pág. 34. Véase más adelante, sobre la conversión de los títulos de crédito, núms. 985, 990 y 1.010.

(3) Código de Comercio, arts. 558 y 557. Que las mercancías deben considerarse a disposición del consignatario poseedor del conocimiento nominativo y que, por tanto, deba suponersele investido de un derecho válido de prenda o de garantía sobre las mercancías en viaje, se demuestra con muchas razones, aplicables literalmente aun bajo el Código vigente, en mi obra *Polizza di carico*, núms. 24 y 25. Conforme, ERRERA, obra cit., págs. 32 y siguientes; Apelación Venecia, 11 de

Pero existe una diferencia radical entre el conocimiento nominativo y los demás. Todos los endosatarios y portadores sucesivos de un conocimiento a la orden o al portador deben considerarse en posesión de las mercancías, tan pronto obtengan el endoso o la tradición de aquél. El capitán se halla obligado directamente respecto a cada uno de ellos, uno después de otro, a la entrega de la carga, precisamente porque se trata de títulos de crédito que atribuyen a los poseedores legítimos un derecho literal y autónomo a la prestación, en tanto que los cesionarios del conocimiento nominativo, aun cuando hayan notificado en tiempo hábil su adquisición al capitán o al consignatario del buque, deben reputarse como titulares de un derecho derivado del consignatario y sujetos, por tanto, a todas las excepciones que se puedan oponer al mismo; por ejemplo, que las mercancías fueron restituidas al consignatario o dirigidas a otro puerto por orden suya, mediante la emisión de un nuevo conocimiento (1).

926. Cuando varios duplicados de un mismo conocimiento a la orden fueron endosados por el mismo poseedor a diversas personas y sus derechos son inconciliables, por ejemplo, porque todos creyeron adquirir un derecho de propiedad o de prenda sobre las mercancías en viaje, deberá prevalecer aquel que posea el duplicado cuyo primitivo endoso fué realizado primeramente por el mismo poseedor. Sólo éste conserva la virtud de transmitir la posesión de las mercancías, porque fué endosado por quien tenía su posesión, mientras que los otros circulan en vano, sin llevar consigo contenido jurídico alguno: el que adquiere las mercancías con otro duplicado no puede exigir la entrega, aunque haya obtenido el último endoso antes de aquel que posee el duplicado endosado originariamente en primer lugar, porque es éste el único que lleva consigo la posesión de las mercancías (2).

Abril de 1884 (*Temi ven.*, 266); Apelación Lucca, 29 de Marzo de 1904 (*Rivista di Dir. comm.*, 252); GOLDSCHMIDT, § 72, notas 1-4. Si bien en el Derecho alemán también el conocimiento nominativo se reputa suficiente para transmitir un derecho válido de prenda o de retención (arts. 313, 374 y 382 del Código alemán de 1861, correspondientes a los §§ 369, 397 y 410 del Código vigente) a favor del consignatario, el principio de que dicho título sea capaz de transferir la posesión para todos sus restantes efectos no puede decirse fuera de discusión: v. GOLDSCHMIDT, § 73, nota 32; ENDEMANN, en *Endemann's Handbuch*, § 170, notas 14 y siguientes; MAKOWER, *Komm.*, art. 651, nota 160.

(1) Arts. 1.539 y 1.540 del Código civil; VIVANTE, obra cit., núm. 25, páginas 42; ERRERA, pág. 34.

(2) VIVANTE, núm. 63, y, en general, todos los autores, que hacen referencia a una decisión del Tribunal de Marsella y del Parlamento de Aix (1754); véase EMERIGON, cap. XI; secc. 3.ª, pág. 321; BOULAY-PATY, tít. VII, sec. 2.ª, página 229; DALLOZ, *Rep.*, voz *Droit marit.*, 931; DELAMARRE et LEPOITVIN, VI, 202

También aquí, como siempre, el momento decisivo para la adquisición de la posesión es aquel en que se transmite el conocimiento, que se determinará teniendo en cuenta la fecha del endoso, los libros comerciales, los sellos del correo; si no se consigue averiguar quién lo recibió primero y, por consiguiente, quién obtuvo la posesión de las mercancías por medio del conocimiento, se tendrá en cuenta la entrega efectiva de las mercancías, y si ésta no se efectuó porque las mercancías fueron secuestradas y depositadas en poder de un tercero, deberá concluirse que ninguno obtuvo todavía la posesión (1).

Estas normas no deberían modificarse ni aún cuando uno de los consignatarios, provisto del duplicado consiguiera, anticipándose a los demás, hacerse entregar las mercancías. Se debe considerar que el poseedor del duplicado endosado primeramente, por cuenta del cual el capitán debía retener las mercancías, no puede ser despojado de la posesión por quien tiene un segundo duplicado, desprovisto de valor, y que el consignatario no puede invocar en su defensa la máxima «posesión de las cosas muebles equivale al título», porque, siendo el capitán ante todo el mundo un simple detentador de las mercancías por cuenta del legítimo poseedor del conocimiento, no puede disponer de ellas contra su voluntad, atribuyendo la posesión de las mismas a aquel que tenga un duplicado sin valor. Si algunas leyes extranjeras han legitimado la adquisición del consignatario, lo hicieron apartándose de la rigurosa lógica deductiva, para impedir reivindicaciones dañosas para la seguridad de la circulación; pero, sin una ley, no es posible adoptar una solución introducida contra la lógica del sistema vigente (art. 3.º de las disposiciones preliminares del Código civil) (2).

y 205. Contrario, pero con argumentos que no alcanzan el verdadero punto en cuestión. DESJARDINS, IV, págs. 85, núm. 945. La misma solución defendida en el texto es acogida explícitamente por el Código alemán, § 649 (art. 651 del Código de 1861); véase también las aclaraciones de GOLDSCHMIDT, § 74, nota 16 y siguientes.

(1) Código civil, art. 1.126; GOLDSCHMIDT, § 74, notas 91, 24 y siguientes. El Código alemán, para evitar dificultades prácticas, ha establecido que se debe considerar como momento de la entrega del conocimiento el de su expedición: § 649 (art. 651 del Código de 1861); vid. VIVANTE, obra cit., pág. 95, nota 1.

(2) La exactitud lógica de la solución dada en el texto fué también reconocida en las conferencias de Hamburgo y la admite también GOLDSCHMIDT, § 74₂₀; vid. VIVANTE, núm. 64; pero el Código alemán, en el art. 650 (§ 648 del Código vigente), y el Código suizo de las obligaciones (1883), art. 209 (compárese art. 925, Código civil suizo de 1907), para no perturbar los intereses comerciales, dieron la preferencia al que recibió la entrega efectiva de las mercancías. Esta última solución es preferida igualmente, con nuestro sistema legislativo, por ERRERA, obra citada, pág. 37, y por una sentencia del Tribunal del Havre de 30 de

Las mismas reglas son aplicables a los conocimientos emitidos por los capitanes que mandan buques dedicados a la navegación por los ríos y por los lagos italianos (1).

926 bis. Una nueva figura de títulos representativos de las mercancías, llamados *órdenes de entrega* o *delivery orders*, ha surgido por virtud de la costumbre en los puertos de mar, para conciliar el uso, extendido entre los armadores extranjeros, de expedir un solo conocimiento para cada cargamento completo con la necesidad de los comerciantes importadores al por mayor de fraccionar la carga adquirida por ellos para revenderla durante el viaje a otros comerciantes o industriales. De este modo, la carga única se fracciona en varias partidas, según su destino definitivo. A este fin, el vendedor o el comprador de la mercancía en viaje, poseedor del conocimiento, se hace expedir por el consignatario del buque, contra devolución del conocimiento, varias órdenes de entrega a nombre o a la orden de sus clientes, a cada uno en relación con su adquisición. Estos *delivery orders* u órdenes de entrega, firmados por el consignatario del buque y expedidos a la orden del consignatario que figura en el conocimiento, son verdaderos títulos representativos de las mercancías en viaje, pues, siendo el conocimiento el único y exclusivo documento de la carga, no hay duda de que su poseedor, de acuerdo con el capitán, devolviendo este documento, puede hacerse expedir un nuevo conocimiento o varios con otro destino y con otras cláusulas (2). Encontramos la confirmación de esto en el propio Código de Comercio, cuando reconoce al poseedor de una carta de porte a la orden o al portador la posibilidad de hacerse expedir por el porteador una nueva, contra devolución del ejemplar antes emitido (art. 396, último párrafo), y al reconocer al poseedor de un resguardo de depósito el derecho a pedir que la cosa depositada se divida en varias partes y que, por cada una de las partes, le sea expedido un resguardo distinto, en sustitución del título general y único, que debe ser retirado y extinguido (art. 464).

Retirado por el consignatario del buque el conocimiento, y

Agosto de 1881, citada, con aprobación, por DESJARDINS, IV, pág. 84, núm. 945. Compárese DUSI, *Rivista*, cit., XIX, 191.

(1) Como resulta de los trabajos preparatorios (Actas de la Comisión preparatoria, núms. 130, 532 y 644) y de varias disposiciones del Código (artículos 501, 604, 606, núms. 7 y 609) y de la rúbrica del libro II, éste regula también la navegación por los lagos, ríos y canales.

(2) Compárese VIVANTE: *La polizza di carico*, núms. 24, 57 y 59; CAUMONT: *Droit maritime*, véase *Connaissement*, núms. 13-15, y véase CHARGEUR, núm. 8; STEPHEN: *Bill of lading*, Londres, 1908, núm. 75.

emitida la orden de entrega, el conocimiento pierde toda virtud de representar el cargamento en viaje, como si hubiese sido retirado por el capitán (1), pasando tal virtud representativa a la orden de entrega, por la cual, el que la recibe, adquiere un derecho literal a la entrega de la carga, avalorado por las mismas garantías que el buque asumía respecto al conocimiento: el naviero responde, en efecto, por estas operaciones de su apoderado consignatario con toda su fortuna marítima y el poseedor de la orden de entrega puede hacer efectiva sobre el flete y sobre el buque, con los privilegios expresados en los artículos 673, número 7 y 675, núm. II, la indemnización que pueda corresponderle por la culpa del capitán, de la tripulación y del consignatario del buque. El rigor de estas obligaciones, en que la *actio ex recepto* se halla reforzada por la naturaleza literal del título a la orden o al portador, hace que el legítimo poseedor de la *delivery order* pueda considerarse en posesión de las mercancías y transmitir las a otros a título de compraventa o de prenda, como si estuviese en posesión del conocimiento.

Ha sido negada a la *delivery order* la virtud de constituir un derecho autónomo e independiente a favor de su legítimo poseedor, considerándolo como un mandatario del poseedor del conocimiento; pero esta doctrina olvida el valor constitutivo de derechos que poseen los títulos a la orden y el endoso de los mismos, porque la cláusula a la orden, a cualquier título que se aplique (2), tiene la virtud de atribuir a cada endosatario un derecho autónomo al cumplimiento literal de la prestación expresada en ella. La regla contenida en el art. 324 del Código de Comercio para la materia cambiaría es claramente aplicable a todos los títulos a la orden como una norma inherente a su naturaleza de títulos endosables: en virtud de esa regla, al tomador o al endosatario de la orden de entrega o *delivery order* no le alcanzan las excepciones que no resulten del título mismo, debiendo considerársele, por consiguiente, como un acreedor autónomo, respecto del cual el capitán debe cumplir literalmente la obligación consignada en el título. Configurando al endosatario

(1) No tiene ninguna importancia el hecho de que en la emisión de las *delivery orders*, la sustitución de un conocimiento por otro o por una orden de entrega, sea realizada, no por el Capitán sino por el consignatario del buque o por la empresa de navegación, porque el consignatario, en el comercio marítimo actual ha tomado la posición administrativa del capitán y posee el carácter de representante general del armador. En tal sentido, la doctrina y la jurisprudencia conforme: véase VIVANTE: *Polizza di carico*, núm. 13, 20; PIPPA: *Trattato di Dir. maritt.*, I, núm. 477; ASCOLI: *Commento*, 5.ª edición, núm. 125; y las numerosas sentencias allí citadas.

(2) Código de Comercio, arts. 341, 389, 455, 465, 555 y 592.

como un mandatario, expuesto a todas las excepciones oponibles a su mandante, se olvida aquella energía propia de los títulos a la orden, la cual da eficacia jurídica a la voluntad expresada por el emisor del título, que mediante su firma ha demostrado querer atribuir al tomador del mismo y a sus endosatarios (o a su orden) un derecho literal y autónomo, es decir, cuyo alcance se determina con arreglo a los términos del propio título.

Otro argumento para negar a la *delivery order* la facultad de representar al cargamento y de transmitir a su poseedor el derecho exclusivo a retirar la mercancía, se ha creído encontrarlo en la circunstancia de que el conocimiento, aunque retirado de la circulación, continúa regulando las relaciones del armador con aquel que lo devolvió, en lo concerniente, por ejemplo, al pago del flete, de las estadías y de las sobreestadías; pero esta circunstancia ofrece, por el contrario, un argumento más para demostrar la autonomía de las *delivery orders* y su virtud representativa de la mercancía, pues, si las responsabilidades derivadas del contrato de fletamento quedan encerradas en las relaciones entre el capitán y el fletador, y, mediante la *delivery order* se pone en circulación solamente el derecho a la entrega de las mercancías cargadas, mejor para el poseedor de la orden de entrega, que se libera de las responsabilidades que surgen del contrato de fletamento (r).

Merced a la orden de entrega o *delivery order*, transmisibile por una serie ilimitada de endosos, el titular puede realizar el valor de la mercancía antes de la llegada, transfiriendo a otro su derecho a la entrega de toda la cantidad expresada en el documento, a título de venta o de prenda; puede, asimismo, fraccionarlo, pidiendo al consignatario del buque, mediante la devolución de la orden de entrega única, varias órdenes, por partidas más pequeñas, porque así lo quieren tanto la costumbre como la analogía obtenida de las disposiciones del Código, que permite a todo el que depositó mercancías en un almacén general, canjear el resguardo de depósito por varios resguardos de menor contenido, restituyendo el primero (art. 464).

927. La *carta de porte* es una carta abierta expedida por el remitente o cargador al porteador y destinada a acompañar a

(1) Conforme al texto: Casación Turín, 31 de Diciembre de 1908 (*Diritto marittimo*, 1909, 6); Apelación Génova, 28 de Julio de 1908 (*ibid.*, 334); Apelación Casale, 22 de Noviembre de 1911 (*ibid.*, 413); G. BERLINGIERI, *ibid.*, 1911, 401 y siguientes. En contra: Apelación Génova, 10 de Junio de 1910 (*Rivista di Dir. comm.*, 881, con una nota mía contraria); RAMELLA: *Diritto comm.*, 1910, 11, 395; BRUSCHETTINI: *Foro ital.*, 1909, 1.104.

la mercancía en su viaje. El primer porteador la recoge y la transmite con la mercancía a los porteadores sucesivos, que continúan el viaje iniciado por el primero, hasta que, por último, es devuelta al consignatario juntamente con la mercancía y se extingue en sus manos. La carta de porte sirve para probar la existencia del contrato de transporte: contra el cargador, porque la ha firmado; contra el porteador, que la aceptó, y contra el consignatario que, al retirar las mercancías, consiente en el contrato.

Para tutelar y ejercitar más fácilmente sus propios derechos, el cargador puede exigir del porteador un ejemplar de la misma carta de porte, firmado por él; este ejemplar le servirá para probar la expedición, para disponer de la mercancía durante el viaje y para poner en manos del consignatario, al cual puede transmitirla, un instrumento para el ejercicio de los respectivos derechos en el punto de llegada (1). Uno y otro ejemplar, el que queda en poder del porteador y el que vuelve al remitente, deben expresar la naturaleza, la cantidad, los signos distintivos de las mercaderías, quien las remite y quién deba recibirlas, el lugar de partida y el punto de llegada, el precio del transporte y el término dentro del cual ha de ejecutarse. La carta de porte puede ser nominativa, a la orden, o al portador, conservando, naturalmente, en toda su duración, la ley de circulación que el porteador y el cargador, de acuerdo, le dieron en el momento de la emisión.

928. Cuando la carta de porte es *nominativa*, el cargador no puede ser privado del derecho de disponer de las mercancías hasta el momento en que hayan llegado a su destino o haya transcurrido el plazo en el cual debieran haber llegado (art. 407) (2), sin que pierda este derecho frente al porteador, aunque se haya

(1) Código de Comercio, arts. 389, 390 y 392. Las cartas de porte expedidas en los transportes ferroviarios están sujetas a otras normas (Real decreto-ley de 12 de Noviembre de 1921, núm. 1.585, arts. 15 y siguientes). El sistema del Código, por el cual dos ejemplares de un título único sirven para todas las funciones inherentes al transporte, me parece preferible, por su sencillez, al sistema del Código alemán, que ha introducido dos títulos distintos, la *Frachtbrief* (§ 426 = art. 391 del Código de 1861) y la *Ladeschein* (§ 444 = art. 413). Las dificultades casi insolubles que se presentan para distinguir las copias de la *Frachtbrief* expedidas por el porteador al cargador y las de la *Ladeschein*, demuestran claramente la gravedad de los inconvenientes que puede ocasionar: véase GOLDSCHMIDT, § 75, notas 86 y siguientes; MAKOWER, *Komm.*, art. 413, nota 35.

(2) En el contrato de transporte por ferrocarril el remitente conserva el derecho a disponer de las mercancías, aun si ha transcurrido el plazo dentro del cual debieran haber llegado a su destino: véase volumen IV, 4.ª edición, número 2.084.

desprendido ya de la carta para transmitirla a otro. Desde aquel momento el porteador deberá atenerse a las órdenes del consignatario que fué designado en la carta de porte o posteriormente, cuando se haya puesto a su disposición entregándole la carta de porte o cuando el consignatario se haya presentado a reclamar la entrega de la mercancía, provisto de dicho título (1).

Este título sirve, pues, como un signo técnico de reconocimiento, con el cual el consignatario ejercita el derecho derivado a su favor, directamente, del contrato de transporte. Pero no es indispensable: el consignatario adquiere también ese derecho cuando el porteador, transcurrido el término arriba citado, en que el cargador puede disponer de las mercancías, le exprese, de cualquier modo, la voluntad de ponerse a su disposición o el consignatario mismo manifieste al porteador la voluntad de ejercitar el derecho estipulado a su favor, por ejemplo, dándole la orden de proseguir el viaje para otro destino. La declaración de voluntad que de tan diversos modos el uno hace al otro directamente crea entre ellos una relación jurídica, que pone al porteador a disposición del consignatario. Desde este momento queda eliminada la posesión del cargador, a favor del consignatario, que comienza a poseer las mercancías por medio del porteador, tanto si han llegado a su destino como si, estando todavía en camino, ha transcurrido el plazo en que debieran haber llegado. El paso de la posesión tiene lugar, en este caso, con arreglo a las normas dictadas para las mercancías depositadas en poder de un tercero (núm. 921): la carta de porte nominativa no tiene virtud representativa alguna de las mercancías y, por lo tanto, no puede ni efectuarlo ni acelerarlo; no tiene más virtud que la de dar una forma técnica, y, por consiguiente, un significado preciso a aquella declaración de voluntad por la cual el porteador queda, en lo sucesivo, sometido al consignatario.

(1) De la fórmula casuística del art. 396, se puede obtener la regla general contenida en el texto: a) porque así resulta de los trabajos preparatorios; b) porque ello es indispensable para conciliar aquel artículo con el 407; c) porque, finalmente, está conforme con los principios que regulan la transmisión de la posesión de las cosas depositadas en poder de un tercero: véase núm. 921. Conforme, MANARA: *Il destinatario nel contratto di trasporto*, Roma, Loescher, 1888, núms. 7-11; TARTUFARI: *Del contratti a favore di terzi*, págs. 325 y 326; BERLINGIERI: *Comm. al contratto di trasporto*, núm. 37; Casación Roma, 28 de Junio de 1890 (*Monitore*, 718); Apelación Roma, 23 de Febrero de 1905 (*Rivista di Dir. comm.*, 189); Casación Nápoles, 31 de Diciembre de 1910 (*Dritto e giurispr.*, XXIV, 283). Las mismas antinomias e imprecisiones de la ley alemana fueron resueltas en igual sentido, por la doctrina germánica: véase Código alemán, arts. 402-405 (§§ 433-435 del Código de Comercio de 1900); GOLDSCHMIDT, § 75, notas 32, 38-40; GAREIS und FUCHSBERGER: *Comm.*, art. 402, números 63 y 67. Vid. para el transporte por ferrocarril, este *Treatato*, 4.ª edición, volumen IV, núms. 2.083 y siguientes.

920. Cuando la carta de porte es a la orden o al portador, el porteador no puede, no debe seguir las órdenes del remitente o del consignatario como tales, pero puede y debe seguir las del legítimo poseedor del título: sólo éste puede disponer de las mercancías haciéndolas retroceder, modificando su destino, cambiando las condiciones del transporte, o supeditando su entrega al reembolso de determinadas cantidades, salvo su obligación de devolver la carta de porte, o de permitir que se indique en ella el cambio; su contenido será ley entre el porteador y el que la presente para retirar la mercancía en el momento de la entrega.

Este título, regulado por el legislador de manera que facilite la contratación sobre las mercancías en viaje, tiene la virtud de transmitir la posesión de las mismas, porque el que lo posee tiene el derecho exclusivo a disponer de ellas y a retirarlas. La escasa duración de los transportes terrestres no dejará mucho tiempo a los interesados para negociar las mercancías por medio de la carta de porte; pero, merced a las cláusulas a la orden o al portador, si se realizan esas especulaciones será posible transmitir al adquirente, al acreedor pignoraticio o al comisionista la posesión de las mercancías y las garantías que son inherentes a la posesión (1).

930. *Resguardo de depósito y de garantía o warrant* (2).— Estos títulos son expedidos al depositante por el almacén general como recibo de las mercancías depositadas en él; y son transferibles por endoso, aunque no se les haya provisto de la cláusula a la orden, porque la cualidad de endosable debe considerarse inherente al título, como lo es en las letras de cambio (3).

En las relaciones entre el almacenista y el depositante sirven solamente para probar el depósito, y si bien constituyen la prueba por excelencia de dicho contrato, puede invalidarse con la prueba contraria (art. 44). Pero cuando el depositante los transmite a otra persona por medio del endoso, el endosatario adquiere, respecto al almacenista un derecho que se regula precisamente

(1) Código de Comercio, arts. 392 y 396. Son aplicables a estos títulos las normas expuestas para la circulación del conocimiento de embarque a la orden o al portador.

(2) VIVANTE: *Il deposito nei magazzini generali*, Loescher, edit., Roma, 1887, y en la *Rivista italiana di scienze giuridiche*, Roma, 1887; véase también, este *Trattato*, vol. IV; NAVARRINI: *I magazzini generali*, Turin, 1901. Para indicaciones bibliográficas más extensas, véase el volumen IV, capítulo VII (4.ª edición).

(3) Véase el volumen IV de este *Trattato*, 4.ª edición, núm. 1.833; véase también allí y en VIVANTE: *Il deposito nei magazzini generali*, la cuestión respecto a la oportunidad de reconocer la circulación al portador de los resguardos de depósito y de los de garantía o *warrants*.

conforme al texto literal del título. Esta obligación estricta del almacenista de retener las mercancías por cuenta del legítimo poseedor del título y de atender sus órdenes, es causa de que la tradición y la posesión del título produzcan la tradición y la posesión de las mercancías en el mismo descritas.

931. Los dos títulos aparecen, en su origen, reunidos en una sola hoja; pero pueden separarse para cumplir funciones diversas, porque el resguardo de depósito se emplea, ordinariamente, para vender las mercancías y el de garantía, para darlas en prenda. Mientras permanecen unidos, el que los tiene en sus manos disfruta de la plena disponibilidad de las mercancías; cuando se separan para ser endosados a personas distintas, al derecho del poseedor del resguardo de depósito está subordinado el derecho preferente del acreedor pignoraticio. Por consiguiente, las mercancías en circulación mediante el resguardo de depósito, separado del *warrant*, llevan consigo el gravamen real que las somete al acreedor pignoraticio: el endosatario de aquel no puede retirarlas del almacén, si antes no las libera del derecho real que corresponde al poseedor del resguardo de garantía.

Nuestro Código dice (art. 465) que el endoso del resguardo de depósito transmite la propiedad de la mercancía depositada, cuando debiera decir que transmite solamente su disponibilidad, como con exactitud había expresado para la carta de porte (artículo 392); debía emplearse el mismo lenguaje para indicar la misma función. Es una frase inexacta, ya porque en nuestro sistema legislativo falta toda prueba de que el depositante sea dueño de la mercancía y que, por consiguiente, pueda transmitir la propiedad de la misma, ya porque el resguardo de depósito se endosa con frecuencia a título de comisión y aun de prenda, cuando se quiere hacer más fácil al acreedor la venta de las mercancías en el caso de falta de pago (1).

El endoso del resguardo de depósito transmite solamente el derecho de disponer de la mercancía: he aquí la consecuencia mínima, si se quiere, pero la única constante e inevitable de dicho

(1) BOISTEL (*Précis de droit comm.*, 3.^a edición, núm. 504) cita el caso resuelto por la Corte de París el 20 de Mayo de 1862, en que los dos títulos fueron endosados juntamente para constituir un simple derecho de prenda. La misma circunstancia se repitió en otro caso decidido por la Casación francesa el 15 de Diciembre de 1884 (*Dalloz.*, 1886, 1, 120). Este hecho se ha repetido frecuentemente también entre nosotros: véase Apelación Milán, 23 de Diciembre de 1890; Casación Turín, 30 de Diciembre de 1891 (*Monitore Tribunali*, 1891, 132; 1892, 98). Para el caso de que este endoso simultáneo de dos títulos oculte un pacto comisorio, vid. este *Trattato*, volumen IV, 3.^a edición, núm. 1.841.

endoso, cualquiera que sea la causa por la cual se efectuó, y el legislador debiera limitarse a declararlo. Diciendo que el endoso del resguardo transmite la propiedad de la mercancía el Código ha atribuído a ese endoso un efecto que es propio del contrato de compraventa, y, de igual modo que éste puede ser la causa del endoso, pero puede también no serlo, así también el Juez deberá ver en la declaración terminante de la ley: «el endoso del resguardo de depósito transfiere la propiedad de la mercancía», una mera presunción de propiedad, cual es la que acompaña siempre a la posesión, destinada a ceder ante la prueba contraria de que el endoso se efectuó a título distinto, por ejemplo, de comisión (1).

932. El almacén general de depósito suele expedir a los depositantes, en vez del doble título, un recibo provisional, sin timbre, no endosable, que a requerimiento suyo debe sustituirse por aquél; si bien nuestros comerciantes, poco familiarizados todavía con el doble título, no suelen reclamarlo si no cuando tienen necesidad de pignorar las mercancías. Tales recibos o resguardos provisionales, extendidos a nombre del depositante y que no son endosables, no atribuyen a quien los presenta un derecho propio y exclusivo a la entrega de los efectos, no pudiendo, por lo tanto, incluirse entre los títulos de crédito: el almacenista puede oponer al portador de dicho recibo todas las excepciones que tenga contra el depositante, y, por consiguiente todas las contraórdenes de él recibidas; y ni aun en el caso de muerte o de cambio de estado del depositante podría el almacenista verificar la entrega de las mercancías al poseedor del recibo. Debe, pues, afirmarse, que éstas quedan en posesión del depositante, esto es, a su disposición, aunque haya cedido a otro el recibo, y ello hasta que se

(1) Si nuestro legislador se creyó autorizado por la analogía a extender la norma adoptada para el endoso cambiario (art. 256), cometió el error de no advertir la diferencia esencial que existe entre la prestación prometida por una letra de cambio, que implica la obligación de una cantidad destinada a confundirse en el patrimonio del que la percibe y la prestación prometida por un resguardo de depósito, esto es, de mercancías individualmente determinadas, que continúan siendo perfectamente distintas de cualquier otra mercancía, aun después de retiradas. El error no se encuentra en las leyes ni en la doctrina extranjera: ley francesa, de 28 de Mayo de 1858, art. 4.º: *L'endossement du récépissé transmet au cessionnaire le droit de disposer de la marchandise*; ley belga, art. 1.º; Código húngaro, § 441; ley argentina, art. 9.º; VIDARI, *I magazzini generali*, Hoepli, 1875, núm. 115; VIVANTE, libro cit., núm. 22; LYON-CAEN et RENAULT, núms. 731-714; BOISTEL, núm. 504; Casación francesa, 15 de Diciembre de 1884; DALLOZ, 1886, I, 120; GOLDSCHMIDT, § 77, nota 54; HECHT, págs. 26, 66 y 171 nota; COHN, en *Endemann's Handbuch*, que, con justicia, censura la fórmula adoptada por nuestro Código, § 432, nota 10.

establézca un vínculo jurídico entre el titular del almacén y el poseedor de dicho documento, de modo que el primero quede obligado a retener la mercancía por cuenta del segundo (número 92I) (1).

933. El doble título no puede emitirse más que por empresas debidamente autorizadas para explotar almacenes generales, puesto que sólo éstas ofrecen aquellas garantías en su constitución y en su funcionamiento que pueden inspirar confianza a los depositantes. La caución que deben prestar antes de dar comienzo a sus operaciones, la vigilancia de los Consejos provinciales de Economía y la de la aduana, que, mientras cuida de sus intereses atiende, al mismo tiempo, a inspeccionar la integridad de las mercancías, contribuyen a garantizar la posesión segura de las mismas a los tenedores de los títulos con severas sanciones, que no se encuentran en los almacenes particulares (2). Por último, si está prohibido a las empresas que explotan almacenes generales emitir el doble título por las mercancías depositadas en un almacén privado existente dentro del recinto del almacén general, por temor de que el propietario, escapando a la vigilancia común, pueda alterar sus condiciones (3), bien se comprende cómo el propósito del legislador ha sido el impedir la emisión de aquel a quien no cumplió sus prescripciones: si cada cual pudiese, libremente, establecer almacenes generales y emitir el doble título que representa el depósito, todas las precauciones imaginadas por la ley para garantía de los depositantes quedarían inmediata e impunemente burladas (4).

934. El titular de un almacén particular puede también emitir títulos destinados a representar las mercancías que tiene

(1) Este recibo provisional toma diversos nombres, pero conserva constantemente el carácter jurídico expresado en el texto. Véase el volumen IV de este *Trattato*, 4.ª edición, núm. 1.829, nota 24.

(2) Ley de 17 de Diciembre de 1882 (Texto único), arts. 2.º, núms. 2.º y 3.º; arts. 13 y 14.

(3) Ley de 2 de Abril de 1882, art. 3.º; *Relazione della commissione parlam. relatore PLEBANO*, Sess. 1880, Doc. 52, A, pág. 17; Reglamentode 4 de Mayo de 1873, art. 10; ley aduanera, texto único, de 29 de Enero de 1896, art. 50.

(4) Es unánime la opinión de que los almacenes particulares no pueden emitir títulos capaces de la disciplina jurídica concedida al doble título: vid. VIDARI: *I magazzini generali*, núm. 31; MARGHERI, *Il Dir. comun.*, 1, núm. 364; CLAVARINO: *Commento alla legge sui magazzini generali*, 3 de Julio de 1871, en la *Raccolta delle leggi speciali*, Turin, 1881, serie III, volumen IV, pág. 263; NAVARRINI, número 93. La jurisprudencia francesa se pronuncia también en el mismo sentido: véase Corte de Rennes, 22 de Julio de 1881 (*Dalloz*, 1882, 11, 281; Casación francesa, 17 de Abril de 1891 (*Dalloz*, 1883, 187).

en custodia y a circular por medio de las cláusulas a la orden o al portador, porque tal virtud representativa no deriva su legitimidad de ninguna concesión especial, sino de los principios de Derecho común que rigen la transmisión de la posesión de las cosas depositadas en poder de un tercero y de los principios que regulan la circulación de los títulos a la orden y al portador. Mas para que esta función se cumpla sin perturbar la circulación y sin peligros para la buena fe, es necesario:

a) que el servicio de los depósitos en el almacén esté organizado de manera que las mercancías se conserven a la disposición exclusiva del legítimo tenedor del título;

b) que por ningún concepto se altere la condición de las mercancías mencionadas en el título, sin modificar éste de modo equivalente;

c) que no se restituyan las mercancías sin retirar el título o sin hacer la correspondiente anotación en el título mismo, salvo el procedimiento de anulación en el caso de pérdida, de hurto y de destrucción, cuando lo autoriza la ley;

d) que esta función se realice públicamente, de manera que los comerciantes puedan saber que la posesión de estas mercancías se adquiere también por medio del título. De otro modo, podría alguien adquirir y pagar el precio de las mercancías cuya propiedad y cuya posesión pertenecen ya a otro por razón del título; además, los acreedores del depositante creerían poder hallar una garantía para su crédito con el secuestro y la pignoración de las mercancías, cuando tales medidas resultarían vanas frente al legítimo poseedor del título (1).

(1) Una de las consecuencias más graves del valor representativo de los títulos de depósito es que no se puede ejercitar eficazmente ningún derecho real sobre las mercancías si no es por medio del título, y que todo secuestro o embargo efectuado directamente sobre las mercancías resulta inútil en cuanto el título se endose o transmita, antes o después de dicha medida, a un poseedor de buena fe. Por esto se comprende que la jurisprudencia debe proceder con parsimonia antes de reconocer a los títulos de depósito virtualidad representativa, que hace tan fácil a los deudores privar a sus acreedores de la garantía que significan las mercancías.

CAPITULO III

Las perturbaciones de la circulación

Sumario.—935. Razones históricas de la regla: *la posesión de las cosas muebles equivale al título*.—936. Tendencias del Derecho mercantil.—937. Sistema acogido en el Derecho vigente (arts. 707-709 del Código civil).—938. *La buena fe*.—939. *La posesión*.—940. Las limitaciones de la norma.—941. A quién corresponde el derecho de reivindicar la cosa.—942. Plazos y prueba para el ejercicio de este derecho.—943. Adquisiciones hechas en feria o en mercado.—944. Adquisiciones realizadas por medio de títulos a la orden o al portador.—945. Carácter mercantil o civil de la acción.—946. *La máxima posesión equivale al título* no rige en las relaciones contractuales.

935. La circulación de las mercancías encuentra en el Derecho moderno no solamente formas más rápidas, sino también una protección más segura. Mientras el Derecho romano concedía al propietario desposeído el derecho de reivindicar la cosa suya donde quiera que lograrse encontrarla, el Derecho moderno protege, por lo regular, a los adquirentes de buena fe contra las reivindicaciones del propietario desposeído. El Derecho moderno sacrifica el interés individual al interés social, que se beneficia cuanto más rápida y seguramente alcancen las mercancías el lugar más útil para su consumo.

En su origen medioeval y germánico (1) este concepto inno-

(1) Respecto a la historia, todavía oscura en muchos puntos, de este principio, aceptado, con escasas diferencias, por todas las legislaciones de Europa, véase: DEL VECCHIO: *Sulla rivendicazione dei beni mobili nell'antico diritto germanico*; Archivio giuridico, XX, 19-47, 236-282; SCHUPFER: *L'Alodio-Studi sulla proprietà nei secoli barbarici* (Separ. del *Digesto italiano*, §§ 60 y siguientes); PERTILE, volumen IV, 2.ª edición, § 149; LATTES: *Legisl. statutaria*, pág. 138; y en la *Rivista di Diritto comm.*, 1905, 481 y siguientes; SALVIOLI: *Manuale di storia del Diritto italiano*, núm. 246; VENEZIAN, *La tutela dell'aspettativa*; Bologna, 1900; GOLDSCHMIDT, 3.ª edición, págs. 299 y siguientes; STOBBE: *Handbuch des deutschen Privatrechts*, II, §§ 145-147; JOBBE-DUVAL: *Etude historique sur la revendication des meubles en droit franç.*, Paris, 1881; BRESSAUD: *Hist. génér. du droit franç.*, 1.206, 1.210 y siguientes; AUBRY ET RAU, II, § 183, nota 1 y 2; PLANIOL, *Traité élém. de droit civil*, 5.ª edición, núms. 2.460 y siguientes y la doctrina ampliamente citada por los precedentes autores.

vador surgió de la convicción de aquel pueblo activo, de que la protección de la ley se debe solamente a quien supo merecerla mediante la eficaz custodia de las cosas propias, y de que cuando fué negligente, debe ser preferido el interés del poseedor al del propietario que se dejó despojar. El derecho otorgado a éste de reivindicar sólo las cosas de que fué desposeído con violencia o clandestinamente y no las que le fueron sustraídas por el fraude, se justifica como el fruto de dicha convicción, que abandona la negligencia a su sanción natural: la pérdida de la cosa desatendida.

Contribuyó, ciertamente, a hacer más fecundo aquel concepto el común interés por defender a la serie de los sucesivos poseedores de la serie correlativa de perturbadores acciones de regreso, y por aumentar el valor en cambio de las mercancías, dando seguridad a su adquisición. Esta preocupación parecerá evidente a todo el que recuerde que el privilegio de liberar a las mercancías del vicio de su circulación fué concedido a las ferias y a los mercados, así como al comercio de los judíos. Se garantizó a las mercancías vendidas en ferias y en mercados contra el peligro de las reivindicaciones, no sólo para atraer a ellos a los compradores con tal privilegio, sino también para acrecer su valor en cambio en beneficio de los vendedores; y si se otorgó el mismo privilegio a los judíos para las mercancías que ellos compraban o tomaban en prenda, no fué, ciertamente, por simpatía hacia su raza, sino para aumentar el valor de la mercancía en beneficio de las clases más necesitadas. Debe tenerse en cuenta, además, la observación de que, al aumentar la seguridad social debió, naturalmente, atenuarse, cada vez más, la protección del propietario, y el Derecho tendió a organizarse sobre el supuesto normal de una circulación no interrumpida por sustracciones. Se habría cometido un grave error económico si, para eliminar los casos de circulación ilegal, que son menos frecuentes en tiempos civilizados, se hubiese disminuído el valor en cambio de todas las cosas, abriendo la vía judicial a las reivindicaciones de los propietarios.

936. La actividad mercantil contribuyó mayormente a la conquista del nuevo principio, que desde ese campo pasó luego a regir las relaciones civiles, en las cuales domina actualmente como norma general (art. 707 del Código civil). El comercio, infatigable precursor, lucha todavía por libertar a dicha regla de las restricciones que disminuyen su eficacia (arts. 708 y 709 del Código civil), aspirando a subvertir por completo el sistema romano, poniendo, en lugar de la tutela del propietario, la del po-

seedor de buena fe; y así, en materia de títulos de crédito nominativos, a la orden y al portador, el derecho del propietario desposeído, cede, en todo caso, ante el del poseedor que los adquirió de buena fe (1); los almacenes generales y los depósitos francos han llegado a ser asilos seguros, aun para las mercancías de procedencia clandestina, puesto que la circulación de las mismas se rige por las normas más favorables, contenidas en el Código de Comercio para la adquisición de los títulos a la orden, por los cuales están representadas (2), y los Montes de Piedad han obtenido la facultad de ejercitar su derecho de prenda incluso sobre las cosas robadas o extraviadas, no sólo en defensa de sus propios intereses, sino también para acrecentar el valor de garantía de las cosas empeñadas, en beneficio de las clases más humildes (3). De esta suerte, desde los lugares más opuestos se rinde homenaje a la máxima «posesión equivale a título», mientras los que quedaron sin el beneficio de esta reforma, la invocan: los Bancos, por ejemplo, que, haciendo habitualmente anticipos sobre mercancías, necesitan ser garantizados contra las reivindicaciones que sorprenden su buena fe, obligándoles a cobrar más caro su servicio, en perjuicio del que tiene necesidad de crédito (4).

937. La protección del poseedor de buena fe, en el Derecho italiano, no se considera como una excepción al derecho que co-

(1) Véase, para los títulos nominativos el Decreto-ley de 7 de Junio de 1923, art. 7.º, párrafo 6.º, y el núm. 992 y siguientes de este volumen; sobre los títulos a la orden, véase arts. 298 y 332; y, para los títulos al portador, el art. 57. La supresión de la limitación contenida en el art. 708 del Código civil para la adquisición de las cosas muebles fué en un principio decidida por la Comisión preparatoria (*Verbali*, núm. 72), pero después no se volvió a hablar de ello, probablemente, por el conflicto que resultaría entre ambos Códigos.

(2) Código de Comercio, art. 469; ley de 6 de Agosto de 1893 sobre depósitos francos, arts. 1.º y 2.º; Véase núm. 944.

(3) Ley de 4 de Mayo de 1898 sobre los Montes de Piedad, art. 11: «El propietario de cosas robadas o extraviadas constituidas en prenda en un Monte de Piedad, debe reembolsar al Monte, para obtener la restitución de aquéllas, la cantidad dada en préstamo, los intereses y los accesorios». Pero esta facultad no se extiende a las agencias particulares de empeños: Casación Nápoles, 19 de Junio de 1901 (*Monitore*, 661); Apelación Nápoles, 7 de Julio de 1915 (*Ivi*, 764); Apelación Nápoles, 19 de Octubre de 1917 (*Ivi*, 1918, 480); Casación Nápoles, 30 de Octubre de 1917 (*Ivi*, 1918, 469).

(4) La necesidad de defender a los Bancos, que realizan anticipos sobre mercancías es tan urgente, que la Casación de Nápoles, forzando evidentemente el significado de la ley, equiparó las operaciones hechas por la Banca con sus clientes en las propias oficinas a las verificadas en un mercado, a fin de autorizarla para hacerse reembolsar la cantidad anticipada: Casación Nápoles, 5 de Febrero de 1887 (*Foro*, 420); *id.*, 7 de Abril de 1888 (*Foro*, 653). Pero esta opinión fué posteriormente abandonada por el mismo Tribunal, sentencia de 19 de Junio de 1901 (*Monitore*, 661) y 30 de Noviembre de 1903 (*Foro*, 1904, 219).

corresponde al propietario desposeído de reivindicar las cosas dondequiera que las encuentre (art. 439 del Código civil), sino como una regla general que se extiende por todo nuestro Derecho privado, en la esfera relativa a la circulación de las cosas muebles (1). Esta regla constituye, con todas sus limitaciones y aplicaciones, un sistema especial y no ya una excepción: un sistema cuyas normas se aplican en forma extensiva o restrictiva según que favorezcan o restrinjan dicha regla general.

Esta norma se presentó primeramente, en las leyes bajo una fórmula procesal, que negaba al propietario la acción para reivindicar la cosa suya; después, aumentado su vigor, se transformó, en los Códigos vigentes, en una fórmula de Derecho positivo que reconoce a la adquisición hecha de buena fe la virtud de extinguir el derecho de propiedad anterior (2). Por obra de una tradición secular se fijaron los términos de esta regla, en nuestro Código civil, bajo la forma de este aforismo casi enigmático: «en cuanto a las cosas muebles, la posesión equivale al título», que se desenvuelve en las reglas siguientes:

I. El que adquiere de buena fe una cosa se convierte en su

(1) Código civil, arts. 707, 1.126, 1.513, 1.958, núms. 3.º, 6.º, 7.º, 8.º y 9.º y 2.146. Código de Comercio, arts. 57, 672, 803 y 804; Código de procedimiento civil, art. 649. Se infiere que la máxima «posesión equivale a título» constituye una regla general: a) de esta su aplicación a todo el Derecho privado concerniente a las cosas muebles (excluidos los buques); b) de las limitaciones que la acompañan reconociéndole su carácter general (véase *sin embargo*, el art. 708); c) de la consideración de que los mismos artículos del Código que parecen contradecirla (art. 1.240 Código civil) están obligados a someterse a las limitaciones impuestas por la referida regla (véase DEMOLOMBE, IV, 115; LAROMBIERE, 1.238, 7; AUBRAY et RAY, IV, § 316, 15); d) de la consideración de que el propietario que reivindica no debe probar solamente su propiedad, sino también haber sido víctima de hurto o experimentado la pérdida en los dos años anteriores a la acción de reivindicación.

(2) La primitiva forma procesal se lee en el Código austriaco, §§ 366 y 367; Código del Cantón de Zurich, § 651; ley del Cantón de Basilea de 7 de Marzo de 1864; ley cambiaria alemana, art. 75; Código de Comercio italiano, art. 332: «El poseedor de una letra de cambio no está obligado a entregarla, salvo el caso de mala fe o de culpa grave en la adquisición». Pero; en la mayor parte de los Códigos vigentes el legislador se ha remontado a la regla positiva, de la cual la denegación de acción reivindicatoria sería, simplemente, una consecuencia procesal, declarando que la adquisición de buena fe extingue la propiedad preexistente. Así se declara en la forma proverbial «posesión equivale a título» en el Código civil francés, art. 2.279 y en el Código civil italiano, art. 707, y explícitamente, en el Código de Comercio alemán, § 366 (art. 306 del Código de 1861); en el Código civil alemán, §§ 932 y 936; en el Código suizo de las obligaciones, art. 205: «El que adquiere de buena fe una cosa se convierte en su propietario, aunque la propiedad de la misma no correspondiese al enajenante» (conforme art. 714 del Código civil suizo de 1907); en el Código húngaro, § 299 (este Código rehúsa la reivindicación aun en el caso de cosas robadas o perdidas). Para la historia, vid. SCHUPFER, números 65 y siguientes.

propietario, aunque el vendedor no la tuviese en propiedad: los derechos reales y los gravámenes de todas clases que existían sobre la cosa, sin conocimiento del adquirente, se extinguen: su buena fe y su título de adquisición, no el título del vendedor, dan la medida del derecho que obtiene sobre la cosa.

II. El que adquiere de buena fe un derecho de prenda o de privilegio sobre una cosa, bien por un pacto o por virtud de la ley, puede retenerla para garantía suya: el propietario no puede reivindicarla si no la libera de esa carga reembolsando al acreedor.

Esta protección se concede tanto al que adquiere una cosa mueble como una colección de cosas muebles, por ejemplo, una librería, un almacén de mercancías o una tienda (1); pero no puede utilizarla el que adquiere una universalidad jurídica, como una herencia o un buque, quien no debe proceder a la adquisición sin antes cerciorarse del título del transmitente; pues, si la universalidad jurídica se considera por la ley como una masa constituida para garantía de sus acreedores (núm. 842), es lógico que la venta de la misma no pueda perjudicarles.

938. El adquirente debe considerarse de buena fe—y se le debe presumir siempre (art. 702 del Código civil)—cuando ignora que el vendedor no puede disponer de la cosa vendida, debiendo continuar su buena fe hasta el momento en que se efectúa la tradición (2). Si, posteriormente, llega a conocer aquel defecto, su adquisición no pierde la legitimidad originaria, aun cuando, por ignorar la seguridad de su posición, procure disimular el inesperado cambio de su estado de conciencia (*mala fide superveniens non nocet*); así, la tradición de la mercancía verificada por medio del conocimiento de embarque, protege al adquirente de buena fe, aunque conozca la procedencia ilícita de las mercan-

(1) En este sentido, la doctrina y la jurisprudencia predominantes: Casación Roma, 22 de Diciembre de 1877 y 21 de Noviembre de 1877 (*Giurisprudenza Italiana*, 1878, 1, 13, 17); Apelación Bolonia, 8 de Junio de 1888 (*Monitore*, 833); Apelación Roma, 4 de Mayo de 1893 (*Foro*, 803); Apelación Génova, 24 de Julio de 1893 (*Temi Genov.*, 509); Casación Florencia, 19 de Marzo de 1894 (*Temi ven.*, 453); Apelación Roma 12 de Abril de 1902 (*Giurisprudenza Ital.*, 330); PACIFICI-MAZZONI: *Istit.*, núms. 183 y 199; CHIRONI: *Istit.*, 11, § 45; PUGLIESE: *Prescrizione acquisitiva*, 3.ª edición, núm. 156; TROPLONG: *De la prescription*, núms. 1.066, 275; AUBRY et RAU, 11, § 183, nota 18; § 236, nota 5. En contra: Apelación Ancona, 3 de Junio de 1878 (*Foro*, 172); Casación Roma, 6 de Junio de 1903 (*Foro*, 771); Apelación, Turín, 24 de Noviembre de 1903 (*Annali*, 1904, 151); RINALDI, *Proprietà mobile*, 1, núms. 85, 121 y siguientes; FADDA y BENZA, notas a WINDSCHEID, volumen 1, parte 11, págs. 464 y siguientes; VENZI, en nota a las *Istituz.* de PACIFICI-MAZZONI, 4.ª edición, volumen 111, parte 1, págs. 82 y siguientes.

(2) DE FOLLEVILLE, núm. 30; LAURENT, XXXII, núm. 561; GOLDSCHMIDT, § 301; ENDEMANN, en *Endemann's Handbuch*, § 174⁵⁵.

cias antes de su llegada. La ley protege igualmente al poseedor de mala fe, si su vendedor ha adquirido la mercancía de buena fe, porque puede ampararse bajo la defensa que corresponde a este último (1).

939. El adquirente no puede invocar en defensa propia el principio «posesión equivale a título» si no tiene la posesión real, es decir, si no tiene la cosa a su disposición, o directamente o por medio de otra persona, como sucede cuando posee la mercancía mediante el conocimiento de embarque o el resguardo de depósito. La llamada posesión simbólica o contractual no es suficiente para protegerlo (núm. 917).

940. Por excepción, se concede el derecho de reivindicar la cosa a quien perdió la posesión de la misma sin el concurso de su voluntad (*invito vel ignorante*), y, especialmente, en los dos casos más frecuentes del hurto y del extravío. Hay que remontarse, desde estos dos casos expresados en el Código civil (art. 708) a aquel concepto más general, tanto porque así lo enseñan las fuentes históricas de la institución (2), como porque, limitándose a los dos únicos casos mencionados en el Código se caería en un empirismo pleno de injustas consecuencias, esto es, se negaría la reivindicación en casos en los cuales la perturbación social fué mucho mayor que en el hurto y en casos en que

(1) Casación Florencia, 19 de Mayo de 1884 (*Temi ven.*, 341); Casación Nápoles, 28 de Diciembre de 1914 (*Dir. comm.*, 1916, 62); Apelación Nápoles, 14 de Enero de 1916 (*Monitore*, 751); Casación Roma, S. U., 9 de Junio de 1919 (*ivi*, 637); GOLDSCHMIDT, § 80, notas 19 y 20; ENDEMANN, obra cit., § 174 ss.

(2) PERTILE, volumen IV, § 140, notas 31 y siguientes; LATTES, pág. 138, nota 3; GOLDSCHMIDT, *Universalgeschichte*, I, pág. 299, 2 y 3. Los dos casos, de extravío y de hurto se mencionan generalmente en Alemania y, con preferencia también, en Francia, como aplicaciones del concepto más general expuesto en el texto; vid. STOBBE, §§ 145-147; GOLDSCHMIDT, *Handbuch*, 1.ª edición, pág. 822; ENDEMANN, en *Endem ann's Handbuch*, II, pág. 62, nota 85; Tribunal Supremo alemán, 20 de Abril de 1880; *Entsch.*, I, 255; AUBRY et RAU, II, § 183, notas 2, 8 y 10. El Código civil germánico de 1900, § 935, concede la acción reivindicatoria cuando la cosa fué sustraída en cualquier forma al propietario. De modo análogo el reciente Código civil suizo de 1907, art. 934, otorga la acción de reivindicación cuando el poseedor haya sido despojado de la cosa, o la haya extraviado o haya perdido su posesión de cualquier otro modo sin su voluntad. En este sentido va orientándose también la doctrina italiana: vid. RINALDI, I, pág. 416; CIRIONI, § 125; TARTUFARI, en el *Foro Ital.*, 1891, 552. Parece haberse expresado también MANCINI en igual sentido tanto en las discusiones preparatorias del Código de Comercio, donde dijo (*Verbali*, núm. 72) que el concepto del hurto debe extenderse a otros casos de sustracción dolosa, como en su *Relazione* al mismo, páginas 204 y 205.

el propietario desposeído estuvo exento de toda negligencia o fué culpable de una negligencia mucho más excusable que aquella que puede haber producido la pérdida. No caeremos por esto en el error de interpretar extensivamente una excepción: realizaremos solamente, aquella interpretación lógica que es un deber del intérprete, aun para las disposiciones excepcionales (art. 3.º de las Disposiciones preliminares). La expresión del legislador recoge necesariamente en su red, además de los casos más lejanos, que menciona, los casos más próximos al motivo de la ley, aun cuando los haya callado. Se inferiría un agravio a su lógica, creyendo que ha querido proteger al propietario contra el hurto y no contra el robo, contra las pérdidas imputables a su negligencia y no contra aquellas sufridas en virtud de una fuerza mayor.

Haciendo aplicación de los dos ejemplos legislativos dentro de la esfera marcada por el concepto general del legislador:

a) se deben considerar como extraviadas no sólo las cosas perdidas por negligencia del propietario, sino también aquellas perdidas por causa de fuerza mayor, por ejemplo, por naufragio o por inundación (1);

b) se deben considerar como hurtadas las cosas sustraídas por robo, por usurpación, por chantaje o por ejercicio arbitrario de los derechos propios (2), aunque el autor del delito no sea punible (3), porque en todos estos casos el poseedor de la cosa fué privado de ella contra su voluntad;

(1) Conforme DE FOLLEVILLE, núm. 105; AUBRY et RAU, § 183; LAURENT, XXXII, núm. 580; GOLDSCHMIDT, § 80, notas 5 y siguientes; Tribunal Supremo del Imperio alemán, 20 de Abril de 1880: *Entsch.*, I, 255. Si la reivindicación es sólo posible cuando el propietario fué desposeído involuntariamente de la cosa, no parece lógico concederla, como sostienen AUBRY et RAU, *loc. cit.*, cuando la cosa se extravía por una dirección equivocada dada al porteador, porque en este caso la mercancía pasa a poder de un tercero por un acto voluntario del dueño, si bien viciado por el error.

(2) En sentido contrario Casación Florencia, 9 de Diciembre de 1890 (*Foro*, 1891, 551) acertadamente criticada por L. TARTUFARI en nota a la misma. Con el criterio aceptado en el texto están de acuerdo la doctrina y la jurisprudencia alemana: véase GOLDSCHMIDT, *Handbuch*, I, pág. 822, § 80, nota 6; ENDEMANN, en *Endemann's Handbuch*, II, pág. 62, nota 85; Tribunal Supremo alemán, 20 de Abril de 1880 (*Entsch.*, I, 255), que justifica su decisión diciendo: «Es imposible que el legislador haya querido hacer de mejor condición al que ha extraviado la cosa, probablemente por negligencia, respecto a aquel que fué desposeído de ella contra su voluntad y sin culpa. Además, no se conciben los motivos que podrían haber inducido al legislador a tomar en consideración los dos casos, entre sí tan distantes, de la sustracción ilegal y de la pérdida por negligencia, sin ocuparse de todos los casos que quedan entre esos dos extremos».

(3) La cosa sale del patrimonio del propietario contra su voluntad, aunque el ladrón puede escapar a la acción penal por razón de su irresponsabilidad o de su

c) no se deben considerar sujetas a reivindicación las cosas indebidamente enajenadas por aquel a quien fueron confiadas, bien a título de depósito (1) o de secuestro (2) bien por consecuencia de un fraude de que haya sido víctima el dueño (3), pues la causa inicial de su perjuicio está en la incauta confianza de él mismo o de quien por él eligió al depositario. Que reclame la cosa de aquel en cuyas manos la puso: la ley no lo defiende, porque tenía medio de defenderse por sí mismo.

941. El derecho de reivindicar la cosa corresponde a todo aquel que la detentaba en el momento de la sustracción, cuando tenga interés en recobrarla, correspondiendo, también, por tanto, al que tiene la guarda de la misma y al depositario, porque la ley quiere reintegrar la posesión perturbada por aquel acto ilegítimo; y no debe creerse que el Código de Comercio haya otorgado tal derecho solamente al dueño, porque en esta materia emplee la palabra *reivindicación* (art. 57), en lugar de adoptar la palabra más genérica del Código civil *repetición* (art. 708), puesto que la palabra *reivindicación* tiene en el Derecho vigente un significado mucho más amplio que el que tenía en el Derecho romano y sirve para designar toda acción encaminada a recuperar la cosa, ya se funde o no en el derecho de propiedad (4). El posee-

parentesco con la víctima: art. 433, Código penal; Apelación Venecia, 3 de Julio de 1879 (*Temi veneta*, 398); Apelación Venecia, 14 de Septiembre de 1896 (*Temi veneta*, 587); RINALDI, I, pág. 416; AUBRY et RAU, § 83,10; LAURENT, XXXII, núm. 581; DE FOLLEVILLE, núm. 114; Tribunal Supremo alemán, 20 de Abril de 1880 (*Ensch.*, I, 257; para la historia: STOBBE, § 146, nota 14; PERTILE, § 140_{ss}). En contra Apelación Turín, 12 de Febrero de 1870 (*Giurisprudenza torinese*, 522).

(1) Casación Roma, 23 de Julio de 1913 (*Riv. di Dir. comm.*, 1919, 28, con nota conforme de SEGRE).

(2) En tal caso el Juez presta su voluntad al propietario que sufre el secuestro: Apelación Bolonia, 8 de Junio de 1888 (*Foro*, 940); Apelación Génova, 24 de Diciembre de 1892 (*Temi genov.*, 1893, 94); Casación Roma, 1.º de Febrero de 1898 (*Foro*, 186).

(3) En el mismo sentido la jurisprudencia y la doctrina que actualmente dominan en Italia. Véase, entre las últimas Apelación Palermo, 24 de Julio de 1908 (*Foro*, I, 1909, 471, con nota de SEGRE); Apelación Milán, 7 de Febrero de 1905 (en donde habla del art. 708 del Código civil) (*Rivista di Dir. comm.*, 557); Apelación Génova, 5 de Enero de 1915 (*Foro*, I, 562). En contra, Casación Florencia, 9 de Febrero de 1907 (*Rivista di Dir. comm.*, 440, con nota de SEGRE favorable al texto); Casación Turín, 3 de Julio de 1920 (*Monitore*, 1921, 144.) El que ha perdido una cosa por error substancial ¿tiene derecho a reivindicarla? Lo afirman, GOLDSCHMIDT, *Handbuch*, § 707; ENDEMANN, en *Endemann's Handbuch*, II, 174, notas 87 y 92. Pero, si en esta hipótesis debe considerarse como no existente el negocio jurídico que dió lugar a la tradición ¿no se efectuó ésta en virtud de un acto de voluntad del dueño? Atendiendo a este elemento voluntario debiera rechazarse la reivindicación.

(4) Este amplio significado de la palabra *reivindicación* se infiere de va-

dor puede ejercitar esta acción aunque el extravío o el hurto hayan ocurrido cuando la cosa se encontraba en poder de otro, por cuenta suya, por ejemplo, en manos de un depositario o de un cargador (1).

942. La acción para reivindicar la cosa sustraída o extraída, contra el poseedor de buena fe prescribe a los dos años, contados desde el día de la pérdida o del hurto (art. 2.146 del Código civil). Al dueño que entabla la reivindicación corresponde probar que el bienio no ha transcurrido, como una circunstancia inherente a la prueba del hurto o del extravío, que al mismo incumbe. Imponiendo al poseedor que rechaza la reivindicación la carga de la prueba de que el término de dos años ha transcurrido, esto es, de probar la fecha del hurto o de la pérdida, se le impondría la prueba de una circunstancia ajena, la cual, precisamente en razón de su buena fe no podría procurarse: dicha prueba le resultaría casi siempre imposible cuando su adquisición se remontase a menos de dos años (2).

El poseedor que tuvo que restituir la cosa comprada puede repetir el precio de la misma contra su vendedor y éste contra el suyo, llegando, en vía de regreso, hasta el culpable, si se deja hallar.

943. El derecho de reivindicación está subordinado, sin embargo, a la obligación del dueño de reembolsar al poseedor el precio satisfecho, si compró la cosa en feria o en mercado, en venta pública o a un comerciante dedicado públicamente al tráfico de las mismas (3), justificándose la tutela del poseedor

rios textos legislativos: art. 1.513 del Código civil y arts. 803, 804 y 808 del Código de Comercio. Conforme, Apelación Bolonia, 6 de Junio de 1885 (*Annali*, 441); Apelación Venecia, 31 de Diciembre de 1902 (*Rivista di Diritto comm.*, 1903, 245); SEGRE, *ibid.*, pág. 251; AUBRY et RAU, II, § 183₁₃; LAURENT, XXXII, núm. 584; Tribunal supremo alemán, 20 de Abril de 1880 (*Entsch.*, I, pág. 255). (En los casos resueltos se ejercitaba la reivindicación por un cargador que había anticipado el precio del transporte); para el aspecto histórico, véase STOBBE, I, pág. 562; SCHUPFER, *libro cit.*, núms. 61, 64 y 66; PERTILE, IV, 2.^a edición, § 140, nota 23.

(1) Casación de Roma, 27 de Enero de 1888 (*Foro*, 463); Apelación de Roma, 10 de Febrero de 1887 (*Foro*, 1.206).

(2) Conforme, Corte de Chambéry, 20 de Marzo de 1895 (*Dalloz*, 1895, II, 342). En contra: L. TARTUFARI, *Temí ven.*, 1894, 144.

(3) La publicidad del lugar es requisito indispensable para que el comprador adquiera el derecho al reembolso del precio: el comerciante clandestino, que podrá ser, fácilmente, un encubridor de objetos robados no proporciona esta defensa al que de él adquiere. Conforme, Casación Roma, 27 de Enero de 1903 (en el caso resuelto la venta había tenido lugar en un establo): *Rivista di Diritto*

por la conveniencia de fomentar la circulación en estos núcleos en que principalmente se desenvuelve.

La misma protección debe otorgarse al que adquirió la mercancía en una Bolsa donde normalmente se negocie. No es ésta una interpretación extensiva de una excepción, sino una interpretación lógica también aplicable a las normas excepcionales, porque la hipótesis del mercado comprende también la de la Bolsa: *de maiore ad minus*. En efecto, mientras que en el mercado las mercancías adquiridas no se revenden, generalmente, en la Bolsa las mismas mercancías son compradas y revendidas varias veces, de donde la necesidad de una mayor tutela de la circulación, para impedir la multiplicidad de perturbadoras acciones de regreso, tanto más graves cuanto que las mercancías negociadas en Bolsa oscilan continuamente de precio. Esta convicción es compartida por el legislador hasta el punto de que, en materia de títulos de crédito y, precisamente por respeto a las operaciones de Bolsa, llegó hasta negar al dueño todo derecho de reivindicación (1).

El dueño que tuvo que reembolsar al poseedor de buena fe, podrá a su vez, repetir lo pagado, contra el ladrón, contra el que halló la cosa extraviada o contra el que la adquirió de mala fe, pudiendo reclamar, además de este reembolso, la indemnización por los daños experimentados. Podrá repetir, también, el precio satisfecho contra el que vendió la cosa después de haberla adquirido de buena fe, sin que concurran las circunstancias previstas en el art. 709, porque no es justo que retenga el precio de una cosa que no era suya y a cuya reivindicación habría debido someterse; el propietario que al ejercitar la reivindicación, ha pagado al poseedor de buena fe, se subroga, hasta el total importe del precio en los derechos de regreso del poseedor que sufrió la evicción (2). El derecho a la restitución del precio corresponde también a aquel que no compró la cosa robada o perdida, en las circunstancias previstas por el art. 709, sino que la obtuvo del que la adquirió de esa manera, porque su causante le transmite la protección a él otorgada (3).

El poseedor que, con el reembolso del precio obtenido del

com, 1908, 11, 298, con una estimable nota de TARTUFARI; Casación Nápoles, 22 de Diciembre de 1890 (*Monitore*, 1891, 269); Casación Palermo, 21 de Marzo de 1901 (*Foro*, 980); Casación Roma, 24 de Junio de 1920 (*Giurisprudenza ital.*, 711).

(1) Casación de Roma, 13 de Junio de 1884 (*Legge*, 1, 330).

(2) Código civil, art. 1.253, núm. 3.º; AUBRY et RAO, 11, § 183; LAURENT, XXXII, núm. 589; DE FOLLEVILLE, núm. 129. Conforme, Casación Roma, 3 de Junio de 1886 (*Foro*, 1887, 69).

(3) Casación de Florencia, 19 de Mayo de 1884 (*Tem. ven.*, 341).

propietario, al sufrir la reivindicación, no vió cubierto el valor de las mercancías, aumentadas de precio después de su adquisición, podrá dirigirse, para el reembolso de esta diferencia, contra su vendedor, culpable de haberle vendido una mercancía de la cual fué privado por evicción (art. 1.489 del Código civil).

944. El que adquiere de buena fe mercancías en viaje, o las depositadas en almacenes generales o en depósitos francos, mediante los títulos a la orden o al portador que las representan, se halla mejor protegido en su adquisición que el que las tiene directamente en su poder. Adquiere aquí sobre ellas el derecho de propiedad, de prenda o de garantía que su causante le ha transferido por medio de dichos títulos, aunque éste no pudiese disponer de las mismas legítimamente. En tales casos las mercancías pasan del uno al otro poseedor bajo las normas más favorables y seguras contenidas en el Código para los títulos a la orden o al portador (1). Por consiguiente, aun en el caso de extravío o de hurto de las mercancías o del título, el que adquiere el título de buena fe, con las formalidades legales, puede, por lo regular, rechazar la reivindicación intentada por el propietario desposeído. Esta profunda herida abierta por el Código de Comercio, más o menos conscientemente, en el Derecho común, se justifica por la finalidad de poner en seguro las operaciones que se verifican sobre aquellos títulos. Y, en verdad, si los comerciantes que especulan con las mercancías en viaje o depositadas, mediante una larga cadena de ventas y de reventas se viesen obligados a restituir el título, aunque fuese contra reembolso del precio pagado, se causaría una honda perturbación al comercio con la cadena igualmente larga de reivindicaciones y con las pérdidas ocasionadas por las fáciles y profundas oscilaciones de los precios.

Esta antinomia entre la disciplina de las mercancías negociadas por medio de títulos a la orden y al portador y la de aquellas otras negociadas directamente puede ser causa de graves dificultades, cuando las mercancías, retiradas del buque o del almacén, reanuden su circulación material. ¿Resurgirá entonces el derecho a la reivindicación del propietario desposeído, o bien, como parece más exacto, deberá prevalecer sobre él la posesión del último adquirente, amparado por el anterior endosatario o portador del título, que habiéndose convertido en propietario, le presta la protección de que goza? Estos graves inconvenientes,

(1) Código de Comercio, arts. 57, 298, 332 y 389, párrafo 3.º, 469 y 555, párrafo 4.º; ley de 9 de Agosto de 1893, sobre los depósitos francos, arts. 1.º y 2.º

inevitables efectos de la diversidad de las normas en vigor para la reivindicación de las mercancías y para la de los títulos, demuestran la necesidad de una reforma que preste a la circulación de las mercancías la seguridad concedida recientemente a la circulación de los títulos.

945. La obligación que incumbe al comerciante de restituir la cosa adquirida ilegalmente se presume de naturaleza mercantil, como todas las obligaciones de un comerciante. El que quiera destruir esta presunción deberá probar que la obligación procede de un acto extraño al comercio (art. 4.º); y es justo también, de hecho, que la carga de esta prueba recaiga sobre el que pretende negar la índole mercantil de la obligación, porque, en la actividad de un Banco o de una agencia de préstamos el comerciante corre fácilmente el riesgo de verificar anticipos sobre cosas robadas o extraviadas, aunque sea por falta de diligencia, porque, desgraciadamente, la culpa es la inevitable compañera de toda profesión. ¿Qué importa que a esta obligación corresponda, en su lado activo, una acción real de reivindicación? Es al lado pasivo, a la naturaleza de la obligación del comerciante, al que, según el artículo 4.º del Código de Comercio hay que atender para decidir si es o no mercantil. Por otra parte, el propio Código de Comercio regula acciones reales que se ejercitan contra comerciantes (artículo 872), demostrando que éstas no tienen naturaleza esencialmente civil.

Esta doctrina conduce a una equitativa gradación de plazos en materia de prescripción. Si en la adquisición de la cosa sustraída, hecha por el comerciante, ha habido culpa, ésta le expondrá a la obligación de restituir durante diez años, término normal de la prescripción mercantil (art. 917); si, por el contrario, la buena fe de su adquisición se halla exenta de culpa, quedará liberado en el término de dos años, porque el Código de Comercio no ha modificado en nada la breve prescripción establecida en el Código civil para el poseedor de buena fe condenado a restituir la cosa de procedencia ilegal (1). Si no se adoptase esta doctrina, y se atribuyese a la acción reivindicatoria un constante carácter civil, el comerciante, que puede invocar, pasados dos años la protección de su buena fe, quedaría, por razón de la culpa en

(1) Art. 2.146. En contra, OTTOLEGGI, I, pág. 635; PAPA D'AMICO: *La rivendicazione dei titoli al portatore*, Palermo, 1877 (separata del *Circolo giuridico*), pág. 64; TARTUFARI: *Dell'art. 2.146 del Cod. civile in relazione all'art. 57 del Codice di commercio* (separata de la *Scienza del diritto privato*), Florencia, 1895, pág. 13; SEGRE: *Rivista di Diritto comm.*, 1903, II, pág. 246 y siguientes; todos los cuales sostienen que esta acción tiene siempre carácter civil.

que ha incurrido, expuesto a la reivindicación durante treinta años; llegándose al absurdo de que se liberaría en diez años de la obligación de restituir el buque adquirido de mala fe (art. 918), y se vería expuesto por treinta años a la obligación de restituir la cosa adquirida imprudentemente.

946. El principio «posesión equivale a título» tiene su esfera de acción en las relaciones entre el dueño desposeído y el poseedor de buena fe fuera de toda relación contractual; la ley respeta su adquisición cabalmente porque, como extraño, no pudo conocer las relaciones de su vendedor con el que le proporcionó la cosa objeto del contrato: el vicio que afecta a la posesión del vendedor no se propaga a la posesión del adquirente, porque no lo conoce y, por regla general, no puede conocerlo.

Pero en las relaciones contractuales es el contrato lo que constituye ley: todo el que, por razón de su contrato está obligado a restituir, como el depositario, el mandatario, el comisionista, no puede ampararse bajo aquel principio para faltar a lo pactado y deberá devolver la cosa recibida al dueño que la reivindica (art. 803). El que adquiere de un vendedor incapaz o de un supuesto mandatario desprovisto de mandato, deberá restituir la cosa al vendedor que pruebe la nulidad del contrato. El que adquiera de un vendedor quebrado tendrá que restituir la cosa indebidamente adquirida a la masa de acreedores que obtenga la nulidad del contrato. Lo posesión del comprador, que se apoya en una mera presunción de propiedad (art. 687 del Código civil), cae con el justo título que debía sostenerla (1).

(1) La posesión que equivale al título es la del vendedor, no la del adquirente. Este concepto no aparece claro en el Derecho francés, lo cual es causa de las incoherentes e inseguras afirmaciones de aquella doctrina: véase DE FOLLEVILLE, núm. 33; AUBRY et RAU, § 183, núm. 4; LAURENT, XXXII, 553-554; BAUDRY-LACANTINERIE et TISSIER, *Préscription*, núms. 837 y siguientes; pero resulta sólidamente establecido por nuestros textos legislativos; por el art. 707 del Código civil, que al art. 2.279 del Código francés añadió la frase: La posesión produce a favor de los terceros de buena fe el mismo efecto que el título, y, más todavía, del art. 57 del Código de Comercio, con la frase: *conociendo el vicio de la causa de la posesión*, porque este conocimiento no puede referirse más que a la posesión del vendedor. En el mismo sentido: Casación de Roma, 10 de Agosto de 1882 (*Foro*, 1.231) donde se dice: «La ley ha querido regular con los artículos 707 y siguientes los efectos de la posesión de la cosa mueble entre el poseedor y el dueño, no entre el poseedor y su vendedor. Parece que tal haya sido el pensamiento del legislador si se considera que estos artículos forman parte del título de la posesión, en el cual se trata exclusivamente de los efectos jurídicos que aquella produce respecto a los terceros que, por vías legales o de hecho, aleguen pretensiones sobre la misma materia que, como se ve, nada tiene de común con las relaciones derivadas de los contratos entre el poseedor y su causante, los cuales se regulan, por el contrario, en otra parte especial del propio Código». Conforme Casación de Turín, 5 de Diciembre de 1891 (*Monitore*, 1892, 97).

CAPITULO IV

Los créditos y su circulación

Sumario.—947. Concepto y efectos de la cesión.—948. Créditos cesibles.—949. Requisitos para la cesión de los créditos mercantiles.—950. Protección concedida al deudor.—Derecho de retracto del deudor en caso de cesión (art. 43).—951. Derecho de retracto del deudor en caso de interés usurario.

947. Los derechos patrimoniales, cualquiera que sea su origen, pueden salir libremente del patrimonio de una persona para entrar en el patrimonio de otra: el que transmite su derecho se llama cedente y el que lo adquiere, cesionario. En virtud de este contrato el cesionario adquiere, generalmente, el crédito tal como pertenecía al cedente, con todas las ventajas y los privilegios de los cuales podía disponer, y con todas las restricciones y las excepciones que el deudor podía oponer al cedente hasta el momento de la cesión. El cesionario adquiere, por lo general, no sólo el goce del crédito, sino también la cualidad propia del cedente, por ejemplo, de comprador, de mutuante, de arrendatario. Sin embargo, la trasmisión de esta cualidad al cesionario no tiene lugar sin el consentimiento del deudor cuando, por consecuencia de la cesión, se alteraría el contenido propio del crédito, como en el caso de sociedad, de mandato, de seguro o de cuenta corriente. En estos casos pasará al cesionario el crédito procedente de tales contratos, esto es, el dividendo, la provisión, la indemnización o el saldo, no la cualidad personalísima de socio, de mandatario, de asegurado o de cuentacorrentista (1).

948. Todos los créditos, ya sean ciertos y vencidos, ya dudosos y futuros, tengan por objeto, una cosa determinada individualmente o un conjunto de cosas, una prestación de dar o de hacer, ya procedan de un contrato o de la ley, pueden ser cedidos.

(1) Código de Comercio, arts. 79, 85, 224, 338, 422 y 439. Conforme *CHIRONI, Istituzioni*, § 268, pág. 57; *ARNDTS-SERAPINI*, § 255, al final; *DERNBURG*, 4.ª edición, volumen 11, § 83.

Esta cesibilidad no tiene su origen en el consentimiento del deudor, sino en una regla imperativa del derecho vigente que reconoce la libre circulación de los créditos. La cesión empeora generalmente la suerte del deudor, porque le obliga a comprobar la serie sucesiva de las cesiones y la legitimidad del derecho a exigir que ostenta el último cesionario, si quiere liberarse de la deuda; porque lo priva de algunas excepciones que hubiera podido utilizar contra el cedente, después de la cesión (art. 1.291 del Código civil); porque hace notoria su deuda, y porque le obliga a sufrir la ejecución más rigurosa generalmente, por parte de aquel con quien no tuvo relaciones de negocios. Pero por interés general, la ley no consiente que los contratantes declaren inalienables los créditos procedentes de sus relaciones jurídicas; pueden escoger entre las diversas formas de circulación reconocidas por la ley para hacerlos circular, pero no pueden sustraerlos a la circulación. De otro modo, un acreedor de poca conciencia, haciendo aceptar a su deudor, —lo que le sería bastante fácil—, una cláusula prohibitiva de la cesión, podría sustraer a sus propios acreedores buena parte de su patrimonio. El crédito ha llegado a ser en la economía actual un objeto de comercio, un valor patrimonial susceptible de cambio, y se retrocedería en el proceso histórico, que ha producido este resultado, si se devolviese a los contratantes la facultad de vincular el crédito a la persona del acreedor.

La prohibición contractual de ceder el crédito puede producir algún efecto entre los contratantes, de lo cual nos ofrece un ejemplo el propio Derecho cambiario (art. 257); pero no tiene eficacia frente a los terceros, aun cuando la conozcan, porque el derecho de propiedad es incompatible con la prohibición de ceder (1). El legislador se ha reservado para sí, exclusivamente, la facultad de declarar cuáles son los créditos sustraídos al comercio por razones de carácter general.

Por lo que se refiere a las relaciones mercantiles, tiene especial interés la prohibición de ceder las prestaciones alimenticias (2),

(1) Código civil, art. 436; PACIFICI-MAZZONI, *Della vendita*, 11, núm. 162; AUBRY et RAU, § 359; LAURENT, XX IV, núm. 467. GIORGI, (volumen VI, núms. 84 y siguientes) enumera como excepciones a la libre circulación de los créditos muchos casos que, en realidad no son tales, porque no distingue entre el derecho de crédito y el sujeto del crédito; Casación de Nápoles, 26 de Junio de 1920 (*Corte Napoli*, 1921, 205). En contra: Apelación Turín, 27 de Agosto de 1890 (*Foro*, 1891, 94); GIANTURCO, *loc. cit.*, en la nota siguiente.

(2) La ley declara solamente el carácter inembargable de estas asignaciones (art. 592 del Código de procedimiento civil); pero la protección del legislador resultaría incompleta si no pusiese a cubierto al necesitado contra la fuerza, frecuentemente invencible, de la miseria, prohibiéndole la cesión de aquéllas: Véase Gior-

y la facultad concedida al que constituye una renta vitalicia en favor de otra persona de disponer que no pueda ser cedida (1). Esta protección legislativa del mínimo necesario para la vida, puede cooperar a la función reparadora a que tienden las operaciones de seguro y las indemnizaciones debidas a las víctimas de la industria: escasos y mezquinos gérmenes de un régimen social más equitativo y más beneficioso para las clases obreras. La protección que éstas esperan sólo de futuras medidas legislativas es, sin embargo, Derecho vigente en las relaciones marítimas, pues el Código de Comercio substraer a la acción de los acreedores los salarios, las indemnizaciones y demás emolumentos de los marineros (2). Ante las terribles vicisitudes de la navegación y para favorecer a una clase que puede contribuir a la defensa nacional, se ha colocado a la tripulación en una posición jurídica tan favorable, que bien pudiera servir de ejemplo para establecer normas jurídicas útiles para la defensa económica de todos los trabajadores.

949. La cesión de un crédito, es decir, de un derecho que se puede hacer valer contra un deudor determinado, no es eficaz respecto a terceros más que cuando resulte comprobado que tuvo conocimiento de la misma, o por notificación por medio de ujier o mediante aceptación en forma auténtica. Este sistema establecido por el Código civil (art. 1.539) se aplica también literalmente a los créditos mercantiles, salvo en aquellos casos en que el Código de Comercio lo ha modificado expresamente (3). Pueden simplificarlo, también, los usos, si bien es difícil que se formen, porque el comercio se realiza generalmente con títulos dotados de cláusulas a la orden o al portador (4). Un ejemplo de ello

GI, 5.ª edición, VI, núm. 85; GIANTURCO: *Contratti speciali*, Nápoles, 1906, III, pág. 40; AUBRY et RAU, § 539, 18; DEMOLOMBE, IV, 78.

(1) Código civil, art. 1.800. Ley de 31 de Enero de 1904, art. 16: «El crédito de la indemnización asegurada por accidentes no puede ser cedido, embargado ni secuestrado». T. U. de 30 de Mayo de 1907, art. 27: «Las pensiones anuales vitalicias abonadas por la Caja nacional para la vejez, como cualquier otro crédito de los inscritos, no podrán ser expropiadas, secuestradas ni cedidas si no en la parte que exceda de las 400 liras anuales». Ley de 17 de Julio de 1910, sobre la institución de una Caja de Maternidad, art. 6.º, «El derecho al subsidio no puede ser objeto de cesión, embargo ni secuestro».

(2) Código de Comercio, arts. 545 y 546.

(3) Para las Sociedades, arts. 97, 169, 224 y 225; para los seguros, art. 422.

(4) Una sentencia de 13 de Abril de 1878, de la Casación de Palermo (*Circolo giuridico*, 1878, 367) afirma la existencia de un uso de plaza por el que el vendedor de una mercancía se entiende debidamente notificado de la cesión efectuada a otro por el comprador si éste lo advierte por medio de carta. Pero parece que tal uso no es general porque en casos análogos fué reconocida en otros lugares,

nos lo ofrece la cesión de una hacienda mercantil, de la cual forman parte también créditos, que se entienden transferidos frente a todos cuando el cesionario haya comunicado su adquisición a los clientes por medio de circulares o con anuncios en los periódicos. El requisito de la notificación prescrito por el Código civil sería inconciliable con las exigencias económicas de una hacienda, por ejemplo, de un Banco, de una tienda, en que pueden existir millares de créditos y por pequeñísimas cantidades; si hubiese que hacer la notificación a cada uno de los deudores, los gastos podrían exceder del valor de los créditos y podrían enajenarse las simpatías de la clientela hacia la hacienda (1).

950. Conforme al Derecho común (Código civil, arts. 1.546-1.548), el deudor se libera respecto al cesionario del crédito, reembolsándole cuanto haya gastado para adquirirlo, siempre que en el momento de la cesión la existencia del crédito fuese judicialmente controvertida. Este derecho de retracto, que fué, en su origen, una piadosa concesión de los emperadores Anastasio y Justiniano a los deudores para librarlos de las molestias de los redentores de pleitos, ha perdido hoy día su razón de ser y es censurado también por los tratadistas del Derecho civil. Mientras, por una parte, trata de evitar un peligro muy remoto, porque se encontrará difícilmente quien quiera emplear lo suyo en la adquisición de créditos litigiosos, cuando el comercio ofrece tal multitud de inversiones más lucrativas en el mismo orden de negocios, por ejemplo, en la adquisición en masa de créditos no impugnados de las frecuentes liquidaciones de sociedades, de quiebras o de sucesiones, por otra parte restringe la libertad de los contratos, pone a los acreedores, impotentes para continuar el litigio, en la imposibilidad de obtener beneficio alguno de un crédito controvertido, y por último, elimina completamente estos créditos del comercio. Por eso nuestro Código, reproduciendo una disposición del Código de Comercio alemán

la necesidad de la notificación: véase Tribunal de Módena, 17 de Enero de 1885 y PAGANI, en *Dir. comm.*, 1885, 161 y 693. Apelación Bolonia, 16 de Marzo de 1883 (*Riv. giur. di Bologna*, 100); Casación Roma, 18 de Diciembre de 1883 (*Legge*, 1884, II, 371).

(1) Casación Turín, 11 de Octubre de 1888 (*Monitore*, 113). Se puede justificar la solución dada en el texto, observando también que la hacienda es una universalidad de cosas, y, como tal, sujeta a la regla por virtud de la cual la propiedad se transmite por el simple consentimiento; los créditos, como accesorios de la misma, no pueden seguir otra ley de circulación más que la de lo principal: Véase GIORGI, 7.ª edición, VI, núm. 75; PACIFICI-MAZZONI, *Vendita*, núm. 171; AUBRY et RAU, § 329₂₄; LAURENT, XXIV, núms. 475 y siguientes; WINDSCHEID, § 331₁₂. El mismo uso citado en el texto es discutido por la jurisprudencia francesa: Véase BOISTEL, núm. 432; LYON-CAEN et RENAULT, *Précis*, I, núm. 686.

de 1861 (art. 299), ha privado al deudor cedido de la facultad del retracto, siempre que se trate de un derecho derivado de un acto de comercio (art. 43). La supresión del derecho de retracto se aplica a todo crédito que tuvo origen en una operación mercantil, ya subjetiva, ya objetiva, ya tenga aquel carácter para ambas partes o para una sola. Y, por el contrario, la supresión no puede aplicarse al crédito que haya nacido de un acto civil, aunque la cesión sea un acto de comercio para ambos contratantes o para uno de ellos: la naturaleza del crédito cedido es lo decisivo, y no la naturaleza de la cesión (1).

951. La operación de crédito puede hacerse en beneficio del deudor, que con ella obtiene el capital necesario para su hacienda comercial o doméstica; en beneficio del acreedor, que consigue una utilidad por el empleo de sus capitales, o en beneficio de ambos simultáneamente. Pero la ley ha establecido la presunción (art. 1.175 del Código civil) de que el préstamo se efectúa en beneficio del deudor; de donde la consecuencia, llena de importancia práctica, de que el mismo pueda, renunciando al plazo concedido por el acreedor, devolver el importe del préstamo antes del vencimiento (2). Por una cláusula del contrato de mutuo se puede privar al deudor de esta facultad y obligarlo a satisfacer los intereses por toda la duración del préstamo, mientras se trate de deudas poco onerosas por su breve duración o por la escasa cuantía del interés; pero el legislador lo tutela contra sus obligadas condescendencias ante las imposiciones del capitalista, concediéndole el derecho de retracto, a pesar de cualquier pacto en contrario, cuando el préstamo produzca un interés superior a la tasa legal y deba durar más de cinco años (art. 1.832 del Código civil) o cuando constituya una deuda perpetua (art. 1.783 y 1.788 del Código civil). De este modo, el deudor que sufrió en momentos difíciles las presiones de la usura, puede aprovecharse de la tendencia constante del interés a disminuir, a medida que se perfecciona el ordenamiento del crédito y crece, con la virtud del ahorro, la abundancia del capital. Esta tutela del deudor se hizo más fuerte, recientemente, en nuestro país, con las leyes reguladoras del crédito agrícola y territorial, porque niegan todo privilegio a la institución que no concede a

(1) Art. 43 del Código de Comercio; Casación Florencia, 31 de Mayo de 1920 (*Foro, Rep.*, voz *cesión*, núms. 5 y 6; *Relaz.*, MANCINI, pág. 150. Conforme, el art. 299 del Código de Comercio alemán de 1861 (actualmente suprimido) y sus trabajos preparatorios: Véase VENTURI: *Motivi all'art. 299*; ANSCHUTZ und von VOELDERNDORFF, *Komm.*, 11, art. 299; MAKOWER, *Komm.*, 11, art. 299.

(2) Véase mi nota en el *Foro italiano*, 1899, 478 y siguientes.

sus mutuatarios el derecho a pagar, en todo o en parte, la deuda antes del vencimiento (1). El Estado, las Corporaciones (2), y las empresas privadas, como las compañías ferroviarias, utilizan a menudo este derecho de retracto por medio de la conversión de los empréstitos demasiado gravosos, beneficiándose con ello la economía nacional, porque, al liberarse del pago de un interés demasiado elevado, dichas instituciones pueden, con el mismo gasto, procurarse capitales mayores para emplearlos en obras más vastas, que redunden en beneficio del trabajo. Disminuyen, ciertamente, las cómodas ganancias del rentista, pero también esto contribuirá a infundirle mayor afán de trabajo y de ahorro, capaz de compensarle de la reducción en la renta del capital (3).

La presunción formulada en el Código civil (art. 1.175) contribuye, con las condiciones más favorables de la economía nacional, a mitigar la desdichada suerte del deudor y constituye, con el derecho de retracto que de la misma deriva, todo un sistema de medidas inspirado en el propósito de reducir los peligros de la libertad convencional en la fijación de los intereses. Sería equivocado pretender limitar la eficacia de dicha presun-

(1) Texto único de la ley sobre el crédito territorial de 16 de Julio de 1905, art. 28; ley de 23 de Enero de 1887 sobre régimen del crédito agrícola, art. 19, número 2.

(2) Después de varias leyes, dictadas para extender a las Provincias, a los Municipios y a otras Corporaciones el derecho de retracto concedido por el artículo 1.832 del Código civil (ley de 24 de Diciembre de 1896, núm. 551, para las Provincias y los Municipios de Sicilia y de Cerdeña; ley de 27 de Junio de 1897, núm. 223, para el Ayuntamiento de Roma; ley de 24 de Abril de 1898, núm. 132, que estableció en la Caja de Depósitos y Préstamos una sección para la concesión y transformación de préstamos, mediante emisión de cédulas con interés módico, a favor de todas las Provincias, los Ayuntamientos y los Consorcios de saneamiento de terrenos y riegos, sustituida hoy por los artículos 19 y siguientes del Texto único de 5 de Septiembre de 1907, núm. 751, modificado, a su vez, por la ley de 18 de Junio de 1911, núm. 545), han sido equiparadas por completo, aquellas entidades a los demás deudores, en cuanto al derecho de retracto, en virtud de la ley de 17 de Mayo de 1900, núm. 173, relativa al Crédito municipal y provincial. Obsérvese todavía, que, por esta ley, ha sido concedido el derecho de retracto a las Provincias, a los Municipios y a los demás organismos susodichos, aun en el caso de mutuos en los que se establezca la devolución del capital por anualidades, a tenor del párrafo 1.º del art. 1.833.

(3) Estas razones, de tanta fecundidad en la conciencia jurídica del momento presente, nos explican el porqué la presunción establecida en el art. 1.175 del Código civil, y procedente del Derecho romano, ha sido conservada, aun en los Códigos que más se alejaron de él, sometiéndolo a una crítica sistemática, como el Código sajón (año 1865), § 717; Código suizo de las obligaciones, art. 94 (nuevo Código civil suizo, libro quinto, de las obligaciones de 30 de Marzo de 1911, art. 81) y Código civil alemán, § 717. En la exposición de motivos de este Código se dice que la presunción es aplicable también a las deudas que producen intereses, volumen 11, § 231, pág. 38.

ción a los préstamos sin interés: significaría una restricción contraria a sus razones históricas, porque esta presunción ha sido introducida, precisamente, para defender a los deudores contra los préstamos *usurarios*, esto es, contra los préstamos con interés excesivo. Sería, además, contraria al texto de la ley en dos sentidos: ante todo, porque ésta presume que el plazo ha sido estipulado *siempre* en beneficio del deudor, y, si se excluyesen de esta presunción los préstamos con interés, que constituyen la mayor parte, la presunción de la ley no encontraría, *casi nunca*, aplicación, y aquel *siempre*, resultaría, en gran parte, letra muerta por la distinción introducida por el Juez, contra toda buena regla de hermenéutica, entre las obligaciones que produzcan y las que no produzcan interés (1). Sería, también, opuesta al texto de la ley, porque la presunción establecida por ella debe ceder ante

(1) Se encuentra la confirmación de esta interpretación en los trabajos del Parlamento subalpino que prepararon la ley de 5 de Junio de 1857, aboliendo el límite máximo de los intereses, actualmente reproducida en los artículos 1.831, 1.832 y 1.835, que, juntamente con el art. 1.175, fueron considerados como eficaces correctivos a la libertad contractual de los intereses. Véase *Atti della Camera subalpina, Discussioni*, pág. 962, sesión de 12 de Marzo de 1857, en que la Ministro de Gracia y Justicia, De Foresta, defendiendo la proposición de conceder al deudor el derecho de retracto, para las deudas más onerosas, decía:

«Yo no creo que la disposición propuesta sea tan contraria a la lógica y a la justicia como el honorable Robecchi supone. Ante todo, debe *tenerse en cuenta que el término en el mutuo, es, por su naturaleza favorable al deudor*. En efecto, el Código civil declara, ciertamente, que el acreedor no puede pedir la restitución del mutuo antes del plazo establecido, *pero no prohíbe al deudor liberarse antes, devolviendo el capital recibido*. Es verdad que la ley no impide que, por un pacto especial, se estipule que el deudor no podrá extinguir su deuda antes del transcurso del plazo convenido; pero esto no excluye que, *en la índole de este contrato, el término sea a favor del deudor*.» Y los mismos conceptos expresaron en la discusión varios partidarios de la ley, como Farina y Astengo y el Ponente de la Cámara, honorable Gustavo de Cavour.

Estos artículos pasaron a nuestro Código civil, con las mismas palabras, con igual significación y con la misma finalidad. Fueron mantenidos por el Ministro Guardasellos, no obstante la propuesta contraria de la Comisión mixta de coordinación, justificándose en la exposición al Rey con estas palabras: «Con tales medidas sancionábase, por el Parlamento subalpino, la ley de 1857 acerca de la libertad de los intereses. De iguales limitaciones la rodearon los cuatro proyectos de Código civil que se sucedieron, y la Comisión senatorial, unánimemente, y el Parlamento otorgaban a tal sistema sus autorizados sufragios. Cambiar de dirección y de sistema, hubiera parecido al Ministro Guardasellos reprochable temeridad».

Después de haber pasado al Código civil esta profunda corriente innovadora de pensamiento italiano, no es posible invocar, para interpretarlo, la doctrina y la jurisprudencia dominantes en Francia, que no reconocen al deudor de un préstamo con interés el derecho a reembolsarlo antes del vencimiento: véase DURANTO, VI, 109; TOULLIER, VI, núm. 677; COLMET DE SANTERRE, V, 110 bis; MASSE, III, núm. 1.861; LAURENT, XVII, núm. 182. Resueltamente contraria a la opinión dominante en Francia es la opinión de DEMOLOMBE, II, núm. 629, el cual no admite que de la naturaleza del mutuo se pueda deducir que el término se estipule

la *estipulación*, esto es, ante las cláusulas del contrato, y ante las *circunstancias* que acompañan a la celebración de cada una de las operaciones; pero no puede destruirse por la naturaleza abstracta y genérica del negocio (*mutuo con interés*): cuando la ley determina las fuentes especiales donde deben obtenerse las pruebas para combatir una presunción, no se puede recurrir a otras sin infringirla. Por último, téngase en cuenta que el art. 2.090 del Código civil declara exigibles los créditos a plazo que producen interés, a fin de que el adquirente de un fundo, pueda, en el correspondiente juicio, liberarlo de las hipotecas, lo cual demuestra que el legislador ha considerado que el término se entiende establecido a favor del deudor aun en el caso de préstamos con interés.

La presunción es también válida en materia mercantil, porque el Código civil completa al Código de Comercio y este último no pone obstáculo especial ninguno al ejercicio de aquella su función integradora (1). Todavía, se puede obtener un argumento, para demostrar que el art. 1.175 rige también la materia mercantil, del art. 294 del Código de Comercio, el-cual dice que el poseedor de una letra de cambio no puede ser obligado a recibir el pago de la misma antes del vencimiento. Y, en verdad, si el Código de Comercio creyó necesario privar expresamente al deudor cambiario del derecho de liberarse anticipadamente de la deuda, quiere decir que, en caso de haber guardado silencio, hubiese tenido ese derecho. Se pretendió, por el contrario, inferir de aquel artículo una regla general; pero fué un error, porque no se puede ex-

también a favor del acreedor, invirtiendo la presunción establecida en el artículo 1.187 del Código francés, conforme a nuestro artículo 1.175. AUBRY et RAU, IV, § 803, nota 21, se limitan a observar que en el mutuo con interés puede admitirse *sin dificultad* que el plazo haya sido estipulado también en beneficio del acreedor.

Se explica que los autores franceses hayan prescindido fácilmente, en materia de mutuos con interés, de la presunción consagrada por su Código en el artículo 1.187, porque, en aquel país, la suerte de los deudores se hallaba protegida, en la época de la publicación de sus obras, por leyes que limitaban el tipo de los intereses. Pero, entre nosotros, no se puede invertirla en perjuicio de los deudores sin suprimir aquellos frenos que el legislador reputó necesarios para impedir los abusos de la libertad de pacto en los intereses.

(1) Erróneamente, PARDESSUS, núm. 199; MASSE, III, núm. 1.860 y los demás autores allí citados afirman que no se puede extender la presunción del artículo 1.175 a la materia mercantil, por la consideración de que la puntualidad es condición imprescindible de un comercio organizado. Esta observación sería decisiva siempre que los comerciantes contrajesen obligaciones sólo con comerciantes y no tuviesen más que el papel de acreedores en sus relaciones con los no comerciantes. Pero, en realidad, los comerciantes, en especial los grandes establecimientos industriales y de crédito, obtienen sus capitales de explotación del ahorro privado y, por consiguiente, tienen interés en aprovecharse de la reducción gradual de los intereses, para sustituirlos con préstamos menos onerosos.

entender por analogía una norma excepcional, destinada a facilitar las funciones especiales de la letra de cambio. En efecto, aquella norma cambiaria se justifica por varias razones de índole cambiaria también: ante todo, por el interés que puede tener el acreedor de ese título, endosable por esencia, en utilizarlo hasta el vencimiento para satisfacer sus deudas sin transporte de dinero; por el interés que puede tener en no recibir el pago en una época desfavorable por el curso del cambio, y, por último, por la necesidad de respetar el término cambiario en defensa del dueño desposeído del título, para que pueda entablar el procedimiento de anulación, el cual no puede producir ningún efecto útil para él, sino después del vencimiento (art. 330). Si la letra de cambio pudiese pagarse anticipadamente, el deudor cambiario y el poseedor ilegítimo del título, confabulándose en daño del propietario desposeído, podrían impedirle la posibilidad de recobrar su derecho por medio del procedimiento de anulación. Estas razones, peculiares de los títulos cambiarios, justifican la norma excepcional contenida en el art. 294; pero, al propio tiempo, demuestran la imposibilidad de extenderla más allá del campo que le fué asignado por el legislador (1).

(1) Art. 4.º de las Disposiciones preliminares del Código civil. La presunción contenida en el art. 1.175 del Código civil fué invocada frecuentemente para convalidar el reembolso anticipado de las obligaciones emitidas por Sociedades mercantiles: véase VIVANTE, en el *Monitore Tribunali*, 1890, 421, y, de manera más completa, en el *Foro Italiano*, 1899, 476; E. SCIALOJA, en el *Foro Ital.*, 1890, 261; BRUSCHETTINI, en la *Giurispr. Ital.*, 1899, IV, 171; Apelación Roma, 25 de Marzo de 1899; Casación Roma, 23 de Diciembre de 1899 (*Foro*, 1899, 476 y 1900, 85). Conforme al texto: Apelación de Burdeos, 21 de Agosto de 1887; Casación francesa, 29 de Julio de 1879 (*Dalloz*, 1880, I, 39); Apelación de Bruselas, 18 de Febrero de 1888 (*Pasicrisie Belge*, 1889, 386); Consejo de Estado del Gran Ducado de Luxemburgo 12 de Marzo de 1886 (*Pasicrisie Luxembourgeoise*, 1886, 57). En contra: Apelación de Milán, 22 de Enero de 1890 (*Foro*, 1890, 262). Las sentencias de la Corte Suprema de Turín, que casaron esta sentencia, no se pronunciaron acerca de la aplicación del art. 1.175 del Código civil a la materia de comercio: *Monitore Tribunali*, 1891, pág. 223; 1892, pág. 4.