

JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO

I. SENTENCIAS COMENTADAS

UNA TEORIA ECONOMICA SOBRE LA MERCANTILIDAD DE LA COMPRAVENTA

(A propósito de la STS de 12 de diciembre de 1981)

CANDIDO PAZ-ARES,

Departamento de Derecho Mercantil
Universidad Autónoma de Madrid

SUMARIO: I. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA: 1. *Los términos de la discusión.* 2. *La sentencia: hechos y derecho.* 3. *Hipótesis de trabajo y sistema de la exposición.*—II. TIPOLOGIA DE LAS COMPRAVENTAS: 4. *La indivisibilidad del criterio de asignación de la mercantilidad. Referencia al problema de los sujetos y de los objetos de la compraventa mercantil.* 5. *El tipo de la «compra para revender». Aproximación a la ratio del artículo 325 C. de C.* 6. *El tipo de la «compra para uso o consumo personal». Crítica de la doctrina de la mercantilidad de la reventa.* 7. *El tipo de la «compra para uso o consumo empresarial». Reducción teleológica del artículo 326, 1.º, e integración analógica del artículo 325 C. de C.* 8. *Recapitulación.*—III. TEORIA ECONOMICA DE LA COMPRAVENTA MERCANTIL: 9. *La compraventa mercantil y la teoría del capital de la economía clásica.* 10. *El objeto de la compraventa mercantil: la adquisición de capital real.* 11. *El precio de la compraventa mercantil. La compraventa mercantil como cauce jurídico del ciclo complejo de circulación del capital.* 12. *Consideración final.*

I

1. Cuando la discusión de un problema jurídico acaba por hacerse interminable y apenas fructuosa, pocas serán las ocasiones en las que el mal no se encuentre en una estipulación incorrecta o en un planteamiento inexacto de la pregunta; o incluso en la insuficiencia de los instrumentos y métodos aplicados en la indagación. En este pequeño estudio me propongo reconsiderar una de esas viejas e interminables cuestiones, en torno a las cuales el debate doctrinal está embarrancado, por decirlo de alguna forma, en un punto muerto. A tales efectos, me esforzaré sobre todo por identificar *cuál es el punto de vista correcto* para abordar el problema, valiéndome para ello de algunas de las categorías de análisis que nos suministra la economía política. Sólo a través de esta vía —me parece— cabe la esperanza de avanzar por el camino de su definitivo esclarecimiento. Como del título del trabajo se desprende, el problema a examinar es el relativo

a la «mercantilidad de la compraventa». Se trata, como de todos es bien sabido, de un asunto alrededor del cual los iusprivatistas españoles se han visto divididos en dos grandes bloques que, *grosso modo*, podemos decir coinciden o se corresponden con los formados por los civilistas y por los mercantilistas. En la disputa, como también resulta bien conocido, la jurisprudencia de casación se ha alineado, con muy escasas vacilaciones, del lado de los tratadistas de derecho civil; y precisamente de ese alineamiento civilista nos proporciona un ejemplo inmejorable la sentencia que motiva estas páginas. A grandísimos rasgos —y obviando por ahora descender a un análisis más particularizado de los supuestos de hecho conflictivos— los términos en que se plantea el problema son los siguientes: hay acuerdo en considerar como compraventa mercantil toda adquisición que realiza un comerciante de los géneros que se propone revender; sobre este punto —como no podía ser menos a la vista del artículo 325 C. de C.— reina unanimidad total. La división se produce en el momento siguiente de la disputa: mientras que para los civilistas las adquisiciones de bienes muebles que no se destinen a la reventa constituyen en todo caso compraventas civiles, para los mercantilistas tales negocios, es decir, las «reventas» efectuadas por los comerciantes, deben reputarse mercantiles. A mi modo de ver, ambos planteamientos tienen parte de razón y parte de equivocación; por consiguiente, lo que nos parece oportuno es explorar una vía intermedia. Operando así, estaríamos de acuerdo con los civilistas en considerar como compraventas civiles las adquisiciones de bienes cuya finalidad sea el uso o consumo personal del comprador; mas no estaríamos, en cambio, de acuerdo en calificar asimismo de civiles aquellas otras adquisiciones efectuadas por un empresario para uso o consumo empresarial: en este punto, por tanto, coincidiríamos más bien con los mercantilistas. La coincidencia, sin embargo, residiría más en la conclusión que en el itinerario argumentativo seguido, como tendremos ocasión de poner de manifiesto (1).

De este breve planteamiento se deduce ya que es justamente el último de los supuestos nombrado —*la adquisición para uso o consumo empresarial*— el que metodológicamente nos parece clave para entender la teoría de la mercantilidad que subyace a ese oscuro entramado normativo que forman los artículos 325 y 326 C. de C.

2. Y precisamente por esa razón viene a cuento la sentencia del Tribunal Supremo de 12 de diciembre de 1981, pues en ella se contempla una hipótesis de esa categoría de compraventas que acabamos de llamar y seguiremos llamando «compras —o adquisiciones— para uso o consumo empresarial». Prescindiendo de detalles que no hacen a los efectos aquí perseguidos, los hechos relevantes pueden quedar relatados del siguiente modo: Santiago Santisteban, industrial avecindado en Laredo, construye cuarenta y un pisos,

(1) Para una síntesis completa del panorama doctrinal, v. F. VICENT CHULLA, *Compendio crítico de Derecho Mercantil*, Valencia, 1982, II, pp. 234-242. En estas páginas se encuentra la noticia más reciente sobre el *status quaestionis* en la literatura española, a la que, en general y salvo escasas y necesarias excepciones, habremos de ceñirnos en estas reflexiones.

para cuyo terminado —y más concretamente, para el raseado de techos y paredes— adquiere de la empresa Productos Dolomíticos, S. A., un producto denominado «Hidrocal». Una vez finalizadas las obras y vendidas las viviendas, los adquirentes de las mismas comienzan a observar la aparición en techos y paredes de ciertos caliches, producidos, al parecer, por el «Hidrocal». Como consecuencia de ello, reclaman de Santiago Santisteban una determinada cantidad, que constituye el importe de las reparaciones que han debido efectuar para hacer desaparecer de sus casas los mencionados desperfectos. Por su parte, Santiago Santisteban, después de varias gestiones infructuosas, demanda a Productos Dolomíticos, S. A., a fin de que le sean reembolsadas las cantidades que ha satisfecho a los vecinos de sus pisos. El juez de primera instancia desestima la demanda. La Audiencia Territorial, sin embargo, revoca la sentencia y condena a Productos Dolomíticos, S. A., a pagar a Santiago Santisteban la indemnización reclamada (equivalente, ciertamente, al importe de las reparaciones). La sociedad condenada recurre la sentencia del Tribunal de Apelación ante el Tribunal Supremo, alegando a tales efectos varios motivos de casación. De éstos, aquí únicamente interesa considerar el quinto, que es el que afecta a la calificación mercantil de la compraventa. A través del mismo se denuncia violación, por inaplicación, del artículo 325 C. de C. y, en relación con él, de los artículos 336 y 342 del mismo cuerpo legal. Téngase en cuenta que la Audiencia había considerado civil la compraventa y, consiguientemente, había estimado aplicables al caso los artículos 1.461, 1.484 y 1.486 CC. Como no será difícil advertir, toda la defensa de la sociedad demandada (ahora recurrente) se articula alrededor de la afirmación de que la venta del «Hidrocal» a Santiago Santisteban es un negocio de carácter mercantil por hallarse dentro de las previsiones del artículo 325 C. de C., al que, por tanto, son de aplicación los plazos de caducidad brevísimos que estipula el Código de Comercio en el artículo 336, 2.º y, en su caso, en el artículo 342. Pues de ser aplicables estos plazos —el de cuatro y aún el de treinta días— la sociedad recurrente se vería libre de cualquier responsabilidad *por vicios* (2).

(2) En realidad el caso es más complicado. La síntesis que se ofrece en el texto constituye una reformulación de cómo debiera, a mi juicio, haberse planteado el problema. La cuestión estriba —como es sabido— en que el Tribunal Supremo admite la compatibilidad (bajo ciertas condiciones) de las acciones de saneamiento y de las acciones generales de responsabilidad contractual por incumplimiento del artículo 1.101 CC.; la razón de fondo que inspira esta compatibilidad estaría en la creencia de que la entrega de cosa defectuosa es una forma de incumplimiento (v. al respecto las acertadas precisiones críticas de A. M. MORALES, «El alcance protector de las acciones edilicias», en ADC 33 [1980], pp. 678-682). Siendo así, se advierte ya que el problema de la calificación civil o mercantil del contrato pierde parte de su importancia, pues transcurridos los plazos de los artículos 336 y 342 o el plazo semestral del Código Civil, el Tribunal podría condenar a Productos Dolomíticos a indemnizar a Santiago Santisteban en base al ya mencionado artículo 1.101, cuya acción prescribe a los 15 años (art. 1.964 CC.). Y decimos esto, porque, evidentemente, si el artículo 1.101 CC. se hace compatible, por ejemplo, con el artículo 1.486, no hay razón en principio para no pensar que bajo las mismas condiciones también será compatible con los artículos 336 y 342 C. de C. (para una valoración crítica de esta compatibilidad,

El Tribunal Supremo desestima la pretensión contenida en el recurso y confirma la sentencia de la Audiencia afirmando —en contestación al motivo quinto ya expuesto, que es el capital— el carácter estrictamente civil de la compraventa en discusión y entendiendo, por consiguiente, que no son de aplicación al caso los ya referidos preceptos del Código de Comercio. El Tribunal Supremo, pues, toma partido una vez más en favor de las tesis civilista, a tenor de la cual únicamente las «compras para revender» pueden ser consideradas de naturaleza mercantil, lo que de rechazo supone catalogar los demás tipos de compraventa —tanto las «compras para uso o consumo personal» como «las compras para uso o consumo empresarial»— en la esfera del derecho civil (3). He aquí, en sus pasos principales, la argumentación central de esta resolución:

v., entre otros, R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ CANO, «La naturaleza jurídica de las acciones redhibitorias y estimatoria en la compraventa», en ADC 22 [1969], pp. 812-813). En todo caso, este problema no tiene ninguna importancia a los efectos del asunto que aquí nos incumbe considerar: «la mercantilidad de la compraventa».

(3) A decir verdad, desde un punto de vista estricto, podría dudarse de la exactitud de la clasificación que del caso examinado efectúa el Tribunal Supremo. Podría dudarse entre clasificarlo dentro del grupo de «compras para uso o consumo» o dentro del grupo de «compras para revender». En todo caso, a los efectos de nuestra exposición, este problema carece de relevancia, porque el Tribunal Supremo, al insertar el supuesto —la compraventa del «Hidrocal»— entre las «compras para uso o consumo» (empresarial, añadimos nosotros), lo enjuicia desde esa perspectiva. Como lo que aquí interesa no es el *juicio del caso sino el juicio de la categoría general de las «compras para uso o consumo empresarial»* lo damos por bien clasificado. Esta precisión era obligada porque algunos meses más tarde el juez de casación vuelve a tener ocasión de manifestarse sobre otros dos casos estructuralmente idénticos al relatado: en la STS/12-III-1982 (Rep. Ar. 1372/1982) sobre un supuesto de compraventa de parquet para el solado de un edificio; y en la STS/23-III-1982 (Rep. Ar. 1500/1982) sobre una compraventa de tabiques prefabricados. En estas dos resoluciones —aunque se trataba de un supuesto idéntico al expuesto en el texto (los tres eran compraventas entre empresarios de materiales de construcción)— se califica el negocio de mercantil. Por ello es preciso puntualizar: *primero*, que —como hemos dicho— a los efectos de este estudio tomamos el supuesto de la sentencia de 12-XII-1981 como si fuese (aunque realmente no lo fuese) un caso de «compra para uso o consumo empresarial»: en este sentido, lo mismo hubiese importado si el caso hubiese consistido en la adquisición de una máquina excavadora, de un artefacto para hacer cemento o de petróleo para hacer funcionar las grúas (que éstos, sí, son ejemplos paradigmáticos de «compras para uso o consumo empresarial»); *segundo*: que en las dos sentencias de marzo de 1982 se califica de mercantil la adquisición de materiales de construcción, por entender el Tribunal Supremo que se trataba de una «compra de productos para revender transformados». Por ello carecen de interés a nuestros fines. Otra cosa hubiese sido si el Tribunal, una vez considerados los casos como «compras para uso o consumo empresarial», hubiese mantenido la calificación de mercantilidad.

Nos queda por decir que el caso expuesto en el texto corresponde a la STS/12-XII-1981 (Rep. Ar. 5280/1981). Para la realización de este estudio hemos utilizado, sin embargo, una copia del original de la sentencia, a la que, por consiguiente, deben entenderse referidas las citas. Para una primera aproximación a este pronunciamiento del Tribunal Supremo reenviamos al favorable comentario que de él efectúa J. M. DE LA CUESTA RUTE, en LA LEY 413 (10-V-1982), pp. 1-6.

Para que se produzca «fáctica y jurídicamente situación de compraventa mercantil [es absolutamente imprescindible] que se trate de la compra de cosas muebles para revenderlas, bien en la misma forma que se compraron, o bien en otra diferente, con ánimo de lucrarse en la reventa, que no es la situación producida en el presente caso, al haber sido adquirido el producto «Hidrocal» por don Santiago Santisteban Gómez [...] no para ser vendido, en la misma forma o en otra diferente, con ánimo de lucrarse en la reventa, sino para ser aplicado al raseado de techos y paredes [...] lo que provee de carácter estrictamente civil a dicha compraventa, con la consiguiente aplicación de la normativa contenida en los artículos mil cuatrocientos sesenta y uno [1.461], mil cuatrocientos ochenta y seis [1.486] del Código Civil y el efecto indemnizatorio sancionado por el artículo mil ciento uno [1.101] del mismo cuerpo legal sustantivo, a causa del cumplimiento irregular del contrato por parte de Productos Dolomíticos, S. A....».

El razonamiento que le lleva a esta conclusión proviene básicamente de la inteligencia del Código de Comercio según las pautas del *sistema objetivo*. Estas son las palabras del juzgador de casación que nos parecen más significativas al respecto:

«... estando influido nuestro Código de Comercio, para calificar la compraventa mercantil no por el sistema subjetivo en el cual es venta mercantil toda venta que sea acto de comercio para el vendedor o para el comprador, o para ambos [...], sino por el *sistema objetivo*, en el que se prescinde de la profesión del sujeto para atender sólo a la intención de ese sujeto, de tal manera que se sustituye el concepto de compra profesional por el concepto de compra de especulación...»; estando así las cosas, de todo ello se infiere que «... la compraventa mercantil descansa no sobre la venta misma, sino sobre la venta de lo comprado, manteniéndose así al respecto en el Código de Comercio, concretamente a medio de su artículo trescientos veinticinco [325], el concepto económico como instrumento jurídico de mediación entre los que producen y los que consumen, *con dominio en consecuencia de la finalidad mediadora, que se exterioriza en la reventa de la cosa mueble comprada*, de tal modo que la intención pasa a ser lo esencial, mientras que la profesión del que compra o vende pasa a ser elemento secundario o irrelevante...» (4).

En resumen: la adquisición de bienes muebles para uso o consumo empresarial no es mercantil y, por tanto, reviste carácter civil por no tener —viene a decir el Tribunal Supremo— *una finalidad mediadora en el pro-*

(4) Muchas de estas ideas proceden, incluso textualmente, de J. GARRIGUES, *Tratado de Derecho Mercantil*, Madrid, 1963, III, 1, pp. 235-236.

ceso social de circulación de la riqueza. A mi modo de ver, esta vez el argumento es perfectamente válido y consistente, aunque no así la conclusión inferida.

3. El objetivo final del presente estudio radica, justamente, en el desarrollo de ese argumento y en la producción de la inferencia lógica correcta, que, a nuestro juicio, debe conducir a la asignación de carácter mercantil a la «compra para uso o consumo empresarial». La realización de este propósito, sin embargo, nos fuerza a recorrer un itinerario más largo del que a primera vista pudiera parecer; y, en concreto, nos obliga, en primer lugar, a efectuar una revisión crítica de toda la doctrina tradicional sobre los artículos 325 y 326 C. de C., al hilo de la cual se ofrece —o, por lo menos, se ensaya— una reconstrucción de la tipología de las compraventas mercantiles que quede libre de las contradicciones en que desemboca el uso indiscriminado (no autorizado por la ley) del punto de vista de la compra o del punto de vista de la venta a la hora de decidir la mercantilidad de un negocio. Semejante reconstrucción se articula al amparo de una hipótesis de trabajo velada, a tenor de la cual, según nuestro Código de Comercio, sólo constituye compraventa mercantil la adquisición de bienes de capital. La segunda parte del escrito se dedica a razonar y dotar de consistencia aquella hipótesis implícita en la elaboración anterior. En este sentido se intentará demostrar que la racionalidad económica que vertebró los artículos 325 y 326 C. de C. no es otra que aquella que nos depara la teoría del capital de la economía política clásica. El recurso a las categorías del pensamiento económico hubo de hacerse —como insinuábamos en el umbral de estas páginas— a la vista del callejón sin salida teórico en que se había visto confinado el razonamiento en términos estrictamente positivistas. Sólo operando así nos parecía posible obtener un «parámetro de delimitación de la mercantilidad» seguro y racional, con arreglo al cual fuese factible discernir y aún explicar la naturaleza civil o mercantil de todos y cada uno de los supuestos pensables de compraventa. La consideración separada que hemos hecho de ambas vertientes del problema —la «jurídica» y la «económica», por decirlo de alguna forma inmediatamente inteligible— obedece únicamente a razones de claridad y fluidez expositiva. De acuerdo con este planteamiento, pues, abordamos en primer lugar el estudio de las cuestiones tipológicas suscitadas por la sentencia.

II

4. El estudio del supuesto de hecho que hemos denominado «adquisición para uso o consumo empresarial» al que se refiere la sentencia pasa necesariamente —según acabamos de indicar— por la explicación global del sistema delimitador proyectado por el legislador en los artículos 325 y 326 C. de C. Estos preceptos son del siguiente tenor:

Art. 325: «Será mercantil la compraventa de cosas muebles para revenderlas, bien en la misma forma que se compraron o bien en otra diferente, con ánimo de lucrarse en la reventa».

Art. 326: «No se reputarán mercantiles:

1.º Las compras de efectos destinados al consumo del comprador o de las personas por cuyo encargo se adquieren.

2.º Las ventas que hicieren los propietarios y los labradores o ganaderos de los frutos o productos de sus cosechas o ganados, o de las especies en que se les paguen las rentas.

3.º Las ventas que de los objetos contruidos o fabricados por los artesanos hicieren éstos en sus talleres.

4.º La reventa que haga cualquier persona no comerciante del resto de los acopios que hizo para su consumo».

El contenido normativo de estos dos artículos obedece a una lógica delimitadora doble, que no se corresponde con la «geografía» de la ley. Así, es necesario discriminar entre el grupo formado por los artículos 325 y 326, 1.º y el grupo integrado por los números 2.º, 3.º y 4.º del artículo 326. En el primero de ellos la mercantilidad se decide mirando a la *posición del comprador*: el acento está puesto en la *adquisición*, en el acto de comprar. Los tres supuestos a discutir aquí son: la «compra para revender»; la «compra para uso o consumo empresarial»; y la «compra para uso o consumo personal». En el segundo grupo, la mercantibilidad, por el contrario, se decide atendiendo a la *posición del vendedor*: el acento está cargado en la *disposición*, en el acto de vender. Dentro de este conjunto, nuevamente nos encontramos con tres hipótesis: la «venta agrícola», la «venta artesanal» y la «venta particular» (del excedente).

Contemplando el sistema bajo esta perspectiva bímembre, ya no es difícil advertir que el criterio definidor de la mercantilidad es único y permanece siempre el mismo: *el ánimo de lucro*. Así, por ejemplo, la «compra para el consumo personal» es civil, porque el comprador —que es la posición relevante para la ley— carece de ánimo de lucro (y al respecto es absolutamente indiferente que el comerciante vendedor actúe con o sin el afán referido). Del mismo modo, es civil la «venta artesanal» o la «venta agrícola», porque el artesano o el labriego, es decir, el vendedor —que en este grupo segundo asume la posición relevante para el legislador— obra sin *animus lucrandi* (5). Y en relación a esta previsión, como ya sucedía en el caso

(5) Nos encontramos en este caso ante una presunción indestructible incorporada por el legislador a la norma. La valoración, por lo demás, es plenamente consistente históricamente (y aún hoy vale por lo que atañe al artesano, al particular que revende el excedente e incluso al labriego que personalmente cultiva sus fincas). La mercantilidad se excluye, porque no hay ánimo de lucro en su actividad; o mejor dicho, porque no hay aquel específico ánimo de lucro que se recoge —como veremos al final del trabajo— en el artículo 325: el ánimo de lucro capitalista; es decir: *la expectativa de ganancia hecha en virtud de un cálculo de capital*. No hay el ánimo de lucro que asoma detrás del riesgo, porque, al no haber capital, no hay riesgo. En la actividad excluida por los tres últimos párrafos del artículo 326 se verifica únicamente un lucro profesional, de mera subsistencia. Y esto se explica, porque en esas actividades se observa la prevalencia del trabajo personal sobre el capital. No en vano la artesanía viene caracterizada por el artículo 1 del Decreto de 22-II-1968 («B. O. E.» 1-III-1968; [Rep. Ar. 435/1968]) como aquella «actividad humana de producción, transformación y reparación de bienes

anterior, es absolutamente irrelevante que quien compre actúe o no con aquel afán de ganancia o con el propósito de revender el género adquirido. Este complicado mecanismo de selección y negación de la mercantilidad puede ser —y efectivamente ha sido— objeto de censura; pero lo que en ningún caso puede objetársele —según trataré de demostrar posteriormente— es que carezca de una impecable racionalidad (en este caso, de tipo económico).

En realidad, la mayor parte de los problemas doctrinales que ha suscitado la interpretación de los artículos 325 y 326 C. de C. (especialmente la del primero) proceden de no respetar eso que hemos llamado la *posición jurídicamente relevante para la calificación* —civil o mercantil— del negocio. Y así, al procederse a un intercambio indiscriminado de las posiciones a la hora de valorar la mercantilidad de un supuesto dado, se explica el que se haya llegado a conclusiones tales como la de que, por ejemplo, la venta (o reventa) hecha con ánimo de lucro es mercantil. El error en este caso, como en otros que examinaremos a lo largo de la exposición, es manifiesto, pues se olvida y no se atiende a la perspectiva prescrita por el legislador para la contemplación del problema: la compraventa mercantil —no otra cosa dice el art. 325— sólo es mercantil por la especialidad de la adquisición y del adquirente; por lo tanto, al respecto es indiferente que esa especialidad concorra o no en la disposición y en el disponente; en la venta y en el vendedor (ejemplar en este punto es la STS 27-I-1945 [Rep Ar 120/1945]). El error procede de antiguo y ya fue denunciado por el mismo Locré respecto de la interpretación del artículo 632, I *Code de Commerce*, cuyo tenor literal se corresponde casi exactamente con el de nuestro artículo 325:

«Est-ce que le législateur —se preguntaba Locré— a pensé que, qui dit achat, dit aussi vente; et qu'en conséquence, il a entendu comprendre l'un et l'autre dans la disposition? Nullement —se contestaba tajantemente—, son intention a été de ne qualifier actes de commerce que les achats» (6).

o prestación de servicios, *realizada mediante un proceso en el que la intervención personal constituye factor predominante...*». Se trata en definitiva, de actividades en las que —como dirían los mercantilistas clásicos— no hay ánimo de especulación. Esclarecedor a este respecto es el trabajo de G. RIPERT, «L'artisan et le commerçant», en *Festgabe C. WIELAND*, Basel 1934, pp. 300-309, esp. 306-307.

En realidad la *ratio* de la exclusión operada por los tres últimos párrafos del artículo 326 es económicamente la misma que la que inspira el párrafo primero del mismo precepto (la exclusión de las compras para consumir); por la siguiente razón; porque el labriego, el artesano o el particular actúan venden para *consumir*. Ellos efectúan un mero cálculo de trabajo, un «cálculo natural» que, por su esencia más íntima, como dice Max Weber, esta orientado al consumo, a la cobertura de las necesidades (y evidentemente poco importa la cuantía de tales necesidades): cfr. M. WEBER, *Economía y Sociedad*, trad. esp., México-Buenos Aires², 1964, I, p. 77.

(6) J. G. LOCRÉ, *Esprit du Code de Commerce*, VIII, p. 362 (recojo la cita de I. ALAUZET, *Commentaire du Code de Commerce*, París³, 1879, VIII, p. 333, quien asimismo se pronuncia en la dirección indicada por Locré).

Esta conclusión sobre la indivisibilidad del criterio delimitador de la mercantilidad debe tenerse por segura, ya que de otro modo —y partiendo de la hipótesis del «legislador congruente»— incurriríamos en flagrante contradicción con cuanto preceptúa el artículo 326, 1.º. Por otra parte —y nos referimos ya al art. 326, 2.º, 3.º y 4.º— hay que tener en cuenta que el que hemos denominado *grupo de las ventas* es un grupo de excepciones a la regla general del artículo. 325 y que, por lo tanto, como tales excepciones que son, están contenidas *ex difinitione* en la regla general; de otro modo, ni serían excepciones ni habría sido necesario el artículo 326. Quiere esto decir, que los supuestos contemplados son ventas a comerciantes que adquieren con ánimo de revender, pues de no ser así, de no ser excepciones, como queda dicho, sobraría el precepto. Por lo tanto, se regulan supuestos que, en principio, serían calificados de mercantiles, pero que —por razones que estudiaremos al final— el legislador aísla del ámbito mercantil, haciendo precisamente relevante la posición del vendedor, con lo cual —faltando ánimo de lucro— quedan excluidos. No se puede admitir pues, aquella opinión a tenor de la cual si la compra al artesano, al labriego o al particular que revende su excedente la efectúa un comerciante con ánimo de revender la operación sería mercantil (7).

Así las cosas, resulta innecesario, ya, por intrascendente a efectos normativos, analizar la problemática (que, en rigor, no existe) de los «sujetos de la compraventa». A mi modo de ver, por consiguiente, carece de sentido preguntarse si se precisa o no (o a medias, como se ha sostenido) reunir la condición subjetiva de comerciante para que la compraventa pueda ser reputada de índole mercantil. Para disipar ciertos malentendidos, sin embargo, no estará de más que efectuemos un par de puntualizaciones sobre este extremo:

Primera: que única y exclusivamente en términos «sociológicos» (y, por lo tanto no jurídicos) se puede afirmar que la compraventa mercantil es la realizada entre dos comerciantes; y es más: en este orden de cosas, la proposición se revela totalmente correcta, toda vez que, con ánimo de lucro, «normalmente», sólo actúan los comerciantes (8). Hasta el punto

(7) Tal es la opinión de E. LANGLE y RUBIO, *El contrato de compraventa mercantil*, Barcelona, 1958, pp. 32-33 (combatida ya por GARRIGUES, *Tratado*, cit., III, 1, pp. 237-238, nota 6) y la de M. BROSETA PONT, *Manual de Derecho Mercantil*, Madrid³, 1978, p. 373, nota 1. Tampoco nos parece aceptable, por la misma razón avanzada en el texto, la lectura del art. 326 que ha propuesto Eduardo Polo, conforme a la cual, para que sea *civil* y no mercantil la compraventa han de concurrir necesariamente dos circunstancias: *primera*, que la compra sea hecha con *animus consumendi* (ex art. 326, 1.º); y *segunda*, que la venta sea hecha por un labriego, un artesano o un particular (ex art. 326, 2.º, 3.º y 4.º), pues en otro caso el negocio es comercial: cfr. E. POLO, «La protección del consumidor en el Derecho Privado», en *Estudios de Derecho Mercantil en homenaje a A. POLO*, Madrid 1981, p. 857, nota 96 (este opúsculo ha sido publicado de modo independiente por los tipos de «Civitas», Madrid 1980). En contra de este planteamiento milita ya la numeración disyuntiva que efectúa el art. 326.

(8) Cfr. F. VICENT CHULIA, «Delimitación del concepto de compraventa mercantil», en *Estudios jurídicos en homenaje a J. SANTA CRUZ*, Valencia, 1974, p. 501 (este notable trabajo puede consultarse también en RCDI 50 (1974),

de que el Tribunal Supremo, con muy buen criterio, ha venido a presumir, en más de una ocasión, que las adquisiciones de cierta envergadura realizadas por un comerciante, deben ser calificadas de mercantiles (instructiva en este punto es la reciente STS/12-III-1982 [Rep. Ar. 1372/1982]). Lo cual no quiere decir, ni mucho menos, que el criterio determinante de la mercantilidad se haya desplazado hacia el metro de la profesionalidad. Ha seguido —y sigue— siendo el afán de lucro, como muy bien lo prueba el hecho de que el mismo Tribunal Supremo, en otras ocasiones, haya calificado de civil, con toda corrección, aquella compraventa efectuada entre comerciantes en la que, por parte del adquirente, no mediaba dicho afán de ganancia (9).

Segunda: que el hecho de que «sociológicamente» las cosas sean así no autoriza a pensar que —como se ha sostenido— «con respecto al vendedor, el Código de Comercio, en su artículo 326 [siga] un criterio distinto [al adoptado en relación al comprador] fijándose directamente en su profesionalidad» (Vicent Chuliá). No se puede, en efecto, pensar de este modo —es decir, que la compraventa para ser mercantil necesite *siempre que el vendedor sea comerciante*—, ya que se estaría dando por premisa lo que constituye la conclusión, más o menos casual, del razonamiento. El hecho de que se excluyan determinadas ventas del ámbito de la mercantilidad (cfr. art. 326, 2.º, 3.º y 4.º C. de C.) hace ciertamente difícil (aunque no imposible, como se pretende) el imaginar hipótesis de compraventa comercial en las que el vendedor no sea comerciante (10); mas esa misma conclusión no debe conducirnos al pensamiento erróneo de que tal —la cualidad de comerciante del vendedor— sea *ratio legis* de la norma contenida en el artículo 326 C. de C. La figura en la que el legislador ha pensado para la compraventa mercantil no es la del comerciante, sino la del «capitalista», según la imagen que del mismo nos suministran los economistas clásicos.

pp. 75-143). Ello, repetimos, no quiere decir que no quepa la compraventa mercantil ocasional. Recientemente, el Tribunal Supremo en un caso de compraventa de plantas de un vivero efectuada por un no comerciante, ha dicho que «la calificación (mercantil del negocio) ha de mantenerse frente a la afirmación del recurrente de no ser así (por) no haber sido nunca comerciante» (STS 30-V-1979 [Rep. Ar. 1951/1979]).

(9) Caso: compraventa de patatas entre dos comerciantes: «... el contrato no tiene carácter mercantil —dice el juzgador de casación—, porque verificada la compraventa de patatas con destino al consumo de los empleados de la 'Industria M.' sin ánimo de revenderlas, ni mucho menos de obtener lucro en la operación, falta la base objetiva para reputar que es mercantil el contrato, según el tenor del artículo 325 del Código de Comercio» (STS 10-III-1942 [Rep. Ar. 324/1942]): sobre éste y supuestos similares, v. CH. LYON-CAEN y L. RENAULT, *Traité de Droit Commercial*, París³, 1898, I, pp. 117-118.

(10) *Ejemplo de laboratorio:* en un viaje a Granada compro 25 ceniceros de plata en el taller de un viejo artesano, con ánimo de revenderlos. Llegado a Madrid se los vendo a una tienda de regalos, que, a su vez, los adquiere con ánimo de volver a ponerlos en circulación. La primera compraventa no es mercantil, porque la efectúo con un artesano (art. 326, 3.º); la segunda, en cambio, es mercantil y yo —vendedor— no soy comerciante; y es mercantil porque cae dentro del artículo 325 y fuera del artículo 326, 4.º, ya que, evidentemente, el acopio de ceniceros no lo hice para mi deleite personal.

Las palabras de Vicent Chuliá reproducidas más arriba corresponden a: VICENT CHULIÁ, «La delimitación», cit., p. 500.

Otra puntualización imprescindible es la relativa al objeto de la compraventa mercantil. El artículo 325 habla sólo de «bienes muebles» (en este sentido continúa la pista trazada por su remoto precedente, el artículo 632, I *Code de Commerce*, que se refería únicamente a «denrées et marchandises»). ¿Quedó con ello cerrado el tipo del precepto? ¿No es posible, por esta razón, admitir la mercantilidad del tráfico de inmuebles? Esta es la cuestión a responder. Los términos de la discusión son conocidos: El Código de 1829 excluía expresamente del ámbito mercantil la compraventa de «bienes raíces y sus accesorios» (art. 360,I). Ante lo cual, nos preguntamos entre paréntesis cuál era el sentido de esa exclusión expresa si en el artículo 359 sólo se hablaba de bienes muebles y, por consiguiente, la exclusión ya estaba operada de modo implícito. ¿No se trataría —como creemos— de una declaración «política» dirigida a no inquietar a las fuerzas del Antiguo Régimen? En el Código de 1885 aquella exclusión expresa desaparece. En base a estos datos, se podría pensar —como se ha pensado— que la omisión del actual artículo 326 al respecto constituye una decisión en favor de la posibilidad de que el tráfico inmobiliario quede sujeto a las reglas mercantiles de la compraventa. Interpretación ésta en cuyo favor milita un expresivo párrafo de la Exp. de Mot., en el que se habla de esa posibilidad (11). Esta argumentación, sin embargo, se mueve en arenas movedizas; es indispensable reforzarla. A mi juicio, el procedimiento a seguir es el de averiguar si la compraventa de inmuebles cabe, ya que no como supuesto de hecho literal (*Wortlautstatbestand*), como supuesto de hecho interpretativo (*Auslegungstatbestand*) dentro del artículo 325, despreocupándonos un poco del silencio que al respecto guarda el artículo 326. Y a tales efectos —según prescribe el art. 4 CC— es necesario que interpretemos la norma atendiendo a «la realidad social a la que ha de ser aplicada» y considerando «fundamentalmente su espíritu y finalidad». Estas palabras de Frossard nos indican por dónde hemos de ir:

«La principale fortune fut pendant longtemps immobilière et c'est par l'immeuble qu'étaient assurés la vie familiale, le pouvoir domestique et même le pouvoir politique. Protégées par des règles de forme et des règles de fond —le droit successoral de l'ancienne France tendait à conserver les immeubles dans les familles— les transmissions des biens immobiliers étaient choses graves et donc rares. C'est pour maintenir cet état de fait que l'on a donné de l'article 632 du Code de Commerce une interpretation stricte. Encore faut-il que les nécessités de l'époque contemporaine rejoignent les besoins des siècles passés» (12).

(11) Así —con estos argumentos—, ya L. DE BENITO, «Compraventa mercantil», en EJE, VII, p. 710. En el mismo sentido, GARRIGUES, *Tratado*, cit., III, 1, p. 246. Para más información, v. VICENT CHULIA, *op. cit.*, pp. 493-494, nota 7.

(12) J. FROSSARD, «L'immeuble et le droit commercial», en RTDC 19 (1966), p. 536.

Evidentemente —y contestamos así a la pregunta formulada por el jurista francés— creo que la realidad ha cambiado lo suficiente como para requerir una interpretación menos estricta del artículo 325. A mi juicio, la exclusión que operaba el viejo artículo 360,I se debía con toda probabilidad al *status* jurídico que a la sazón tenía la propiedad territorial. No olvidemos que en el año 1829 nos encontramos en las postrimerías del Antiguo Régimen, dentro de cuyo sistema jurídico la propiedad inmobiliaria es una propiedad vinculada, sustraída como tal a las relaciones de mercado; se trata de una propiedad en la cual su titular dispone de la renta, pero no de los bienes que la producen, se beneficia de los frutos del patrimonio, mas no del valor constituido por el mismo (13). En este ambiente jurídico se encontraba plenamente justificada, pues, la exclusión del artículo 360,I. El proceso de liberalización y despolitización del derecho de propiedad y la correlativa constitución de un mercado de tierras se produce en los años de la revolución burguesa (*recte*: ese mismo proceso es la revolución burguesa) (14), entre 1834 y 1844. Del proceso sale redimensionado el derecho de propiedad, conformándose definitivamente un concepto liberal de la misma (15). La propiedad territorial se hace un bien susceptible de ser mediado en el mercado. No es de extrañar, por lo tanto, que los mercantilistas que escriben con posterioridad a la época de la «revolución» dirijan agudas críticas al Código de Sainz de Andino en este punto. En el manual de Martí de Eixala puede leerse, por ejemplo:

«... no hay razón para que los inmuebles no puedan ser objeto de compraventa comercial. En la realidad de los hechos lo son: sobre inmuebles se han celebrado compraventas de carácter mercantil en Barcelona y otras ciudades cuyo antiguo perímetro se ha ensanchado; y el propio Gobierno ha autorizado la constitución de sociedades anónimas que tenían por objeto la compra y venta de edificios y terrenos comprendidos, no sólo en las zonas de ensanche, sino también en el interior de dichas poblaciones» (16).

Posiblemente es ya comprensible, desde esta óptica, por qué en el Código vigente desaparece la expresa exclusión que efectuaba Sainz de Andino. El silencio del legislador cobra elocuencia en esta perspectiva histórica. Por ello, «actualizando» la interpretación, no debiera haber ya obstáculos para admitir la mercantilidad del tráfico inmobiliario. Pero es

(13) Cfr. B. CLAVERO, *Mayorazgo. Propiedad feudal en Castilla, 1369-1836*, Madrid, 1974, p. 21.

(14) Sobre este punto, B. CLAVERO, «Política de un problema: la revolución burguesa», en B. CLAVERO, P. RUIZ-TORRES y F. J. HERNÁNDEZ MONTALBÁN, *Estudios sobre la revolución burguesa*, Madrid, 1979, pp. 25-48, esp. 42-43.

(15) Una magnífica síntesis del mencionado proceso la ofrece F. TOMÁS Y VALIENTE, «La obra legislativa y el desmantelamiento del Antiguo Régimen», en J. M. JOVER ZAMORA (ed.), *La era isabelina y el sexenio democrático (1834-1874)*, Madrid, 1981, pp. 153-180.

(16) R. MARTÍ DE EIXALA, *Instituciones de Derecho mercantil de España*, Barcelona 4, 1865, p. 123.

que además a esta misma conclusión se arriba con una interpretación teleológica. Adelantando conclusiones que sólo en el curso ulterior del trabajo se irán razonando, podemos afirmar que la *ratio* que inspira el art. 325 consiste en la asignación de mercantilidad al negocio en función de su finalidad inversora; es decir, en función de que la adquisición verse sobre «bienes de capital». Cuando dice «bienes muebles» el art. 325 quiere decir «bienes de capital»; y dice «bienes muebles» porque en el modelo económico que retrospectivamente tiene presente el Código, es decir, el «capitalismo comercial», sólo tales bienes son «capital». Cuando la tierra, sin embargo, pasa a ser objeto de relaciones de mercado, cuando se «comercializa» y se valoriza por aplicación de trabajo y accesorios entonces también la riqueza inmobiliaria deviene capital; precisamente por ello dice la Exposición de Motivos del Código que «si bien la simple compra de bienes raíces no constituye un acto mercantil, podrá adquirir semejante carácter cuando vaya unida a otras especulaciones sobre efectos muebles corporales o incorporales». Es decir, cuando pase a ser capital y a circular como tal. Es entonces —y sólo entonces y bajo esas condiciones de capitalización— cuando se produce una *laguna normativa* (esto es, un «vacío jurídico contrario al plan de la ley»). Y es entonces y sólo entonces también cuando «el principio de analogía —como dice Langle, refiriéndose a este extremo— nos sirve para romper la estrechez del texto literal» del art. 325 (17). Por consiguiente, nos parece que lo correcto consiste en proceder, una vez verificada la «identidad de razón» entre el supuesto de tráfico de inmuebles de que se trate y el supuesto del art. 325, a la integración analógica, sometiendo la compraventa inmobiliaria a la disciplina comercial (18). El hecho, por otra parte fácil de advertir, de que esta disciplina, la del Código de Comercio, no se adapte perfectamente a la transmisión de inmuebles, no debe llevarnos a discutir la validez del

(17) LANGLE, *El contrato de compraventa*, cit., p. 21. No ocultamos que lo que nosotros calificamos de verdadera «laguna normativa» resulta calificada por otros autores de «laguna de *lege ferenda*» simplemente; así, por ejemplo, ALAUZET, *Commentaire*, cit., VIII, p. 345: «...ce que ne reste pas moins aussi hors de doute, c'est que le législateur de 1807, suivant des traditions immémoriales, a limité le commerce aux choses purement mobilières; dans ce cercle, on peut se montrer et admettre des assimilations; mais on n'en peut sortir, sans se trouver tout à la fois en dehors des termes et de l'esprit de la loi». Sin embargo, mientras creemos que el juicio de Alauzet valdría respecto del Código de Sainz de Andino, nos parece que en relación al texto vigente las cosas han cambiado lo suficiente como para estimar que la laguna es realmente contraria al espíritu de la ley (realmente *planwidrig*).

(18) En favor de esta interpretación militarían además las soluciones del Derecho comparado: v. el catálogo que de las mismas ofrece VICENT CHULIA, *op. cit.*, p. 494, nota 6. También el Proyecto de Código de Comercio de 1926 se encaminaba en esta dirección al establecer la mercantilidad de la compraventa de inmuebles cuando concurriesen estas tres condiciones: que el comprador fuese un comerciante inscrito en el RM; que se realizase la operación con «fin de especulación mercantil»; y que la adquisición de bienes inmobiliarios se hiciese para revenderlos o para arrendarlos (para este dato, v. J. M. BOIX RASPALL, «Compraventa mercantil», en NEJS, IV, p. 537).

razonamiento y las conclusiones antes descritos. Por varias razones: de un lado, porque en todo caso habrá que atenerse, a los efectos del cumplimiento de la obligación de entrega de la cosa, a la ley de circulación especial de los bienes inmuebles, tal y como viene establecida por el Derecho común. De otro lado, porque siempre cabrá la posibilidad de recurrir a las normas de la compraventa civil, cuando el problema específico que haya que resolver no se encuentre contemplado en el Código de Comercio o se encuentre disciplinado sólo en función de la circulación de bienes muebles. La ventaja, en cambio, que ofrece la sumisión de estos supuestos al Derecho mercantil de la compraventa es notable cuando se trate —como acontecerá en la normalidad de las ocasiones— de adquisiciones de tierras y edificios por empresas dedicadas al tráfico inmobiliario. Y es notable la ventaja porque las normas del Derecho mercantil se adaptan mucho mejor —en el sentido de que reproducen la conducta esperada de las partes— a las necesidades de los inversores profesionalés.

Pues bien, hechas estas breves consideraciones sobre los sujetos y sobre los objetos de la compraventa mercantil, conviene ya afrontar el tema central de este estudio: la consideración analítica de los supuestos de hecho contenidos —o «contenibles»— en los arts. 325 y 326 del Código. A tales efectos, y de acuerdo con el planteamiento general que efectuamos al principio de este epígrafe, nos parece que el procedimiento correcto a seguir en la interpretación de los citados preceptos del Código consiste en acatar y seguir la tipología dispuesta por el legislador. Lo procedente, por tanto, es examinar, de modo separado y evitando las interferencias, los dos grupos de casos (las compras y las ventas), según quedan clasificados y explicados; y dentro de cada grupo analizar, también separadamente, las diferentes hipótesis posibles. Como es obvio, sin embargo, no resulta indispensable detenerse en el estudio de todas y cada una de ellas; y en concreto, carece de sentido, ocuparse aquí de aquellos supuestos que no plantean ningún tipo de problemas al intérprete y sobre los que, consiguientemente, reina consenso en los ámbitos doctrinal y judicial. En este sentido, el grupo segundo, el relativo a las ventas —la «venta agrícola», la «venta artesanal» y la «venta del particular»— no ofrecen ningún tipo de dudas respecto de su carácter civil. Entiéndase bien: no ofrece ningún tipo de dudas de derecho positivo, de *lege data*, aunque puedan ofrecerse y muchas —como sucede particularmente con las «ventas agrícolas»— en el plano de la política del derecho (19). Los problemas, en definitiva, se

(19) En una resolución reciente, el Tribunal Supremo, respecto de una compraventa de más de 100.000 kilos de patatas de un «labriego» (en la realidad un empresario agrícola) a un comerciante, señala, sin duda haciéndose eco de las críticas dirigidas por los autores al Código que la exclusión operada por el art. 326, 2.º, si bien «tuvo justificación en la época codificadora, cuando las operaciones de cultivo no pasaban de rudimentarias y se insertaban las más de las veces en una economía de subsistencia, no es válida para las explotaciones de hoy, desarrolladas en una verdadera empresa agraria; a pesar de lo cual es innegable que el precepto sigue vigente y con prevalencia frente a la norma del trescientos veinticinco...» (STS 30-X-1981 [no consta en el Rep Ar; cito por una copia del original]). En el

plantean únicamente alrededor del grupo primero, del grupo de las compras: la «compra para revender»; la «compra para uso o consumo personal» (verdadero *punctum dolens* de la discusión); y la «compra para uso o consumo empresarial» (especialmente ésta, la contemplada por la sentencia, por no estar explícitamente recogida en el Código, aunque sí —según me esforzaré por demostrar— implícitamente). Y aún dentro de este grupo, el primer supuesto no pone graves interrogantes, ya que, como decíamos en el umbral de estas páginas, nadie en la literatura ni en la judicatura ha osado jamás negar el genuino carácter mercantil de una compra hecha con intención de revender el género adquirido: las palabras de la ley son, en este sentido, insoslayables.

5. De todos modos, en relación con esta hipótesis de la *compra para revender*, conviene dejar sentadas, ya desde el principio, algunas ideas, pues al fin y al cabo ha sido hablando de ella cuando el Código ha expresado de forma positiva su doctrina de la mercantilidad. Dice el art. 325: la compraventa mercantil es «la compraventa de cosas muebles para revenderlas [...], con ánimo de lucrarse en la reventa». Este precepto, a mi juicio sencillísimo, establece como criterio definidor de la mercantilidad un criterio intencional único. La literatura, por el contrario, tradicionalmente viene interpretándolo con tal sujeción al tenor de sus palabras que exige la concurrencia de un doble propósito: el ánimo de revender y el afán de lucro (20). Es cierto que, hipotéticamente, ambos propósitos pueden coincidir: Cayo compra una partida de cajas de vino con la intención de distribuir las entre sus amigos al precio de coste. Aquí, habiendo ánimo de revender, no media el de beneficiarse. Lo mismo sucede —para poner un ejemplo típico— con las adquisiciones de las cooperativas de consumo encaminadas a ser revendidas (sin ganancia) a los socios. Pero huyendo de estos casos de laboratorio, que por sí mismos ya no indican dónde está el corazón del sistema, lo que nos interesa subrayar es que el ánimo de revender, jurídicamente, no es relevante en sí mismo, sino por el hecho de llevar aparejado el ánimo de lucro. Este es el punto decisivo y creo

mismo sentido se pronuncia la literatura: v., por todos, GARRIGUES, *Tratado*, cit., III, 1, p. 237. La insatisfacción que produce el estado legal de la materia, sin embargo, no puede ser resuelta a través de los expedientes interpretativos convencionales. Podría intentarse una reducción teleológica del art. 326, 2.º para el caso de los empresarios agrícolas; sin embargo, amén de los problemas propios de esa operación, chocaríamos con otro no resuelto: el de la especialidad del Derecho agrario (v., para una primera aproximación, A. BALLARÍN MARCIAL, *Derecho agrario*, Madrid², 1978, pp. 536-540, donde se alude a la problemática relación entre el Derecho mercantil y el Derecho agrario).

(20) Así, por ejemplo, GARRIGUES, *Tratado*, cit., III, 1, p. 236; VICENT CHULIA, «La delimitación», cit., p. 499. La jurisprudencia también se pronuncia en el mismo sentido. Estas palabras de la sentencia que comentamos son elocuentes al respecto: «... la intención pasa a ser lo esencial [...] desdoblándose dicho elemento intencional en dos propósitos por parte del que compra, cual es el de reventa y el propósito de lucrarse en la reventa...».

que cualquiera podría convenir en ello (21). Pues bien, admitido este paso de la argumentación, ya no deberían existir obstáculos para calificar como mercantil una compraventa hecha, no exactamente con ánimo de revender, pero sí con ánimo de lucro. Imaginemos, por ejemplo, que Cayo adquiere 200 máquinas de escribir con el propósito de alquilarlas. Esa compraventa me parece mercantil (22). No considerarlo así podría conducir a pervertir el sentido de la ley e incluso a resultados absurdos: Cayo compra 100 máquinas de escribir con el propósito de revenderlas y otras tantas con el fin de arrendarlas. ¿Habría acaso que considerar mercantil la mitad del negocio y civil el resto? En estos casos nos vemos obligados a aplicar el *principio de igual trato a lo que* (según las valoraciones generales del orden jurídico) *resulta igual o de igual sentido*, que es uno de los criterios teleológicos-objetivos que dimana de los fines objetivos del Derecho. A este respecto se ha hablado de una «regla de interpretación en el sentido de una suposición de conformidad de las valoraciones jurídicas para la solución dogmática de problemas objetivos que se corresponden entre sí» (23). Regla esta que aquí, desde luego, nos parece de aplicación necesaria; el objetivo no es otro que el de evitar «contradicciones de valoración» dentro del sistema. Ello no nos debe llevar, sin embargo, a la conclusión de que la norma contenida en el art. 325 sea una *norma abierta* que admita en su seno cualquier supuesto de hecho que coincida con uno de sus elementos. No; se trata, por el contrario, de una verdadera *norma cerrada* (que describe un «tipo cerrado») en lo que respecta: *a la evidente decisión del legislador de considerar sólo relevante para decidir la mercantilidad la «posición del comprador»; y a la también decisión del legislador de exigir que en esa posición concurre el «ánimo de lucro»*. El ánimo de revender, por el contrario, es un ejemplo —y nada más que un ejemplo— de todo ello. Esta conclusión se infiere, por lo demás, de una interpretación a *contrario sensu* del art. 326 que, por evidente, no es preciso detallar.

Afinando esta línea argumentativa habría que dar un paso más y decir que, en realidad, lo que define la mercantilidad de la compraventa es su carácter de «acto de inversión». El hecho de que el Código en vez de decir con «ánimo de invertir» diga «con ánimo de revender» no es más que el producto de una operación metonímica históricamente tolerable: *pars pro toto*. Si tenemos en cuenta el carácter retrospectivo de nuestros dos Códigos de Comercio y que son Códigos precisamente *del comercio*

(21) Remito para una argumentación más detallada sobre este extremo, a L. BOLAFFIO, *Degli atti di commercio*, en L. BOLAFFIO y C. VIVANTE (eds.), *Il Codice di Commercio commentato*, Torino-Milano-Roma-Napoli⁵, 1922, I, pp. 159-175. En estas breves páginas se muestra adecuadamente que el único criterio de la comercialidad (que no es el ánimo de revender, aunque lo diga el art. 3, 1.º, *Codice de Commercio* de 1882) es el *consilium lucri* (no el mero *eventum lucri*). En este sentido —según habrá de verse al final del estudio— entendemos que el tipo de lucro a que se refiere el art. 325 es el «lucro capitalista», es decir, el beneficio calculado, la «expectativa de ganancia»; no el mero lucro profesional.

(22) Lo aprueba LANGLE, *El contrato de compraventa*, cit., pp. 24-25.

(23) Cfr. K. LARENZ, *Metodología de la ciencia del Derecho*, trad. esp., Barcelona², 1980, p. 333.

en un momento en que estamos en las postrimerías de lo que el comercio significó en la historia, comprenderemos por qué el artículo 325 (y ya antes el 359 del Código de Sainz de Andino) hablan de «ánimo de revender» (24). El modelo social al que miraba el Código era el propio del *capital comercial* y no el del *capital industrial*. Por ello, si tenemos en cuenta que allí la inversión socialmente típica lo era en géneros para revender, no nos extrañará ni un ápice la redacción del art. 325 (25). Ni podrá ocultarnos que ha acogido como *ratio decidendi* de la comercialidad la función reproductora de capital que se le asigna al negocio (aunque sobre este extremo —la racionalidad económica de la norma— no vamos a detenernos ahora, pues entorpeceríamos la sistemática de la exposición). Por si cupiesen dudas de que esa ha sido la voluntad del legislador, todavía se podría avanzar un argumento de orden positivo y en concreto ese inciso del tantas veces citado art. 325 en el que, refiriéndose a la reventa de los bienes comprados, dice: «bien en la forma que se compraron bien en otra diferente». Si Cayo adquiere plástico de una manufactura química con ánimo de revenderlo convertido en juguetes para niños, esa compra —nadie lo dudará— es mercantil. Pero ¿puede en rigor afirmarse que Cayo revende plástico o más bien corresponde decir que revende juguetes? Por lo tanto —habría que decir— habiendo ánimo de lucro, no se substantiva el ánimo de revender (26).

6. Nos llega así el momento de enfrentarnos con el supuesto más discutido de todos los contenidos en los arts. 325 y 326: *la compra para uso o consumo personal*. Dice el art. 326, 1.º: son compraventas civiles las

(24) Eficaz al respecto es la descripción de Aurelio MENÉNDEZ, «Código de Comercio y reforma de la legislación mercantil», en AA. VV., *La reforma de la legislación mercantil*, Madrid, 1979, pp. 43-44; así como la que nos ofrece J. GIRÓN TENA, *El concepto del Derecho mercantil*, Madrid, 1954, pp. 39, 44, 135-136, etc.

(25) En este texto de LANGLE, *op. cit.*, p. 12, queda bien reflejada la situación a que aludimos en el texto: «Nuestros inmortales mercantilistas de los siglos XVI y XVII (particularmente Fray Tomás Mercado, Fray Francisco García y Juan de Hevia Bolaños), al igual que los eximios doctores italianos de aquella época (sobre todos, Stracca y Scaccia) hacían de la *compraventa* y del *comercio* una misma cosa. Comerciar era, según su común enseñanza, comprar mercaderías y revenderlas para ganar. No es mercader —decían— quien compra cosas para servirse de ellas, para la provisión y gasto propio o de su familia, sino quien las compra para «grangear», o sea, para tornarlas a vender, con ganancia». Téngase en cuenta, además, que incluso en el ámbito muy restringido de la «empresa industrial» del momento (la época que precedió a los Códigos) «la mayoría de la inversión era en *stocks* de materias primas para elaborar bienes destinados al cambio [...] más que en *instalación y equipo de producción*»: D. S. LANDES, «Introducción» a AA. VV. *Estudios sobre el nacimiento y desarrollo del capitalismo*, trad. esp., Madrid 1978, p. 19. Esta es la razón histórica por la que está ausente del Código (explícitamente al menos) el tipo de la «compraventa para uso o consumo empresarial»: v. *infra*, n. 7.

(26) De gran utilidad para una interpretación en este sentido resulta la doctrina clásica francesa, que trató el asunto a la luz del art. 632, I, *Code* análogo, incluso por razones de parentesco, a nuestro art. 325: v., por citar uno entre los más cualificados, J. M. PARDESSUS, *Cours de Droit Commercial*, París 5, 1841, I, pp. 15-30.

«compras de efectos destinados al consumo del comprador o de las personas por cuyo encargo se adquieren». A nuestro modo de ver, esta norma también es de una claridad meridiana: considerando —esto no se puede olvidar— que la posición definidora de la mercantilidad es la del comprador, la compraventa es civil porque el objeto de la adquisición se destina al consumo personal o familiar, lo que equivale a decir que no es, ni puede ser, mercantil, porque el comprador carece precisamente de ánimo de lucro, que una vez más, en esta ocasión de modo negativo, se nos revela como el único criterio acogido por el legislador para discriminar el Derecho común del Derecho especial.

Pero si fuesen tan sencillas las cosas, se nos podría decir, ¿por qué se ha levantado tanto polvo en torno al precepto? ¿Cómo se explican tan interminables discusiones al respecto? La respuesta a estos interrogantes la anticipábamos en las primeras líneas del escrito: toda la confusión se debe a que el problema ha estado siempre mal planteado. *No nos debemos preguntar* —porque justamente otra ha sido la voluntad del legislador— *si la reventa al consumidor es mercantil o no; únicamente estamos autorizados a preguntarnos si lo es o no la compra para el consumo personal*. Con este cambio de planteamiento, simple en apariencia, desaparece radicalmente el torturante problema de la «mercantilidad de la reventa» (27). Se nos podría objetar que lo que hemos hecho es un mero juego de palabras. Sin embargo, permósenos la insistencia en este punto tan central de nuestro razonamiento, no nos parece que sea así, por la razón bien consistente de que de otra manera infringiríamos el mandato legal de enjuiciar el problema desde el punto de vista elegido —se trata de una «decisión legislativa» en el verdadero sentido del término— como jurídicamente relevante. Otra cuestión, ésta ya de naturaleza estrictamente política, es la relativa a la oportunidad y razonabilidad de la elección adoptada por el legislador. A pesar de ello, sin embargo, será bueno que repasemos por un momento, siquiera sea muy brevemente, los grandes hitos de esta pertinaz discusión doctrinal sobre el carácter de las compraventas al consumo. Cobraremos así conciencia de las cuestiones implicadas.

Como es bien sabido, el problema tiene su raíz en la patente contradicción en que había incurrido el Código de Comercio de 1829 al disciplinar este extremo. Los textos significativos de aquel cuerpo legal son los siguientes:

(27) Desaparece, porque si preguntamos ¿es mercantil la compra para el consumo?, directamente aplicamos el art. 326, 1.º, y respondemos de modo negativo. Si en cambio formulamos la cuestión de esta otra forma: ¿es mercantil la reventa al consumidor de los géneros adquiridos a tal fin?, observamos que no hay respuesta inmediata en el Código; y entonces, amparados en un error óptico, es posible que nos sintamos tentados a pensar de este modo: si el art. 326, 4.º, sólo excluye del ámbito mercantil la reventa hecha por el particular, cuando se trate de la reventa hecha por un comerciante de los bienes precisamente adquiridos para ser revendidos, en estos casos estamos ante un supuesto de compraventa mercantil. Mas sobre el error metodológico que entraña esta vía argumentativa nos detendremos más adelante.

Art. 359: «Pertencen a la clase de mercantiles: las compras que se hacen de cosas muebles con ánimo de adquirir sobre ellas algún lucro revendiéndolas, bien sea en la misma forma que se compraron, o en otra diferente, y las reventas de estas mismas cosas.»

Art. 360: «No se considerarán mercantiles:

.....
Las [compras] de objetos destinados al consumo del comprador, o de la persona por cuyo encargo se haga la adquisición.»

Como de su simple lectura se desprende, la antinomia entre ambos preceptos transcritos es manifiesta: para un mismo supuesto —la compraventa entre un comerciante (que revende) y un individuo (que compra con el propósito de consumir)— se prevén dos criterios de mercantilidad diversos; o, lo que es lo mismo, se seleccionan como posiciones jurídicamente relevantes para decidir la calificación del mismo hecho dos papeles —el de vendedor y el de comprador— antitéticos e irreductibles, como lo documentan sus bien distintas intenciones: *animus lucrandi* *vr. animus consumendi*. Esta antinomia legislativa, aunque tratada bajo perfiles distintos por los autores del diecinueve, fue resuelta usustancialmente de modo unitario; y precisamente en el sentido que luego lo haría el Código de 1885: la «compra para uso o consumo personal» debe reputarse civil, ya que no habiendo actos mixtos (ex art. 2) hay que otorgar preferencia al art. 360, I, sobre el 359 (28).

Cuando se publica el Código de Comercio vigente, los redactores, que sin duda se habían percatado de la situación, hacen desaparecer la con-

(28) En realidad, a la vista del sistema dispuesto por Sainz de Andino, la *reventa sólo sería mercantil* si la efectuase un comerciante que ha adquirido con ánimo de revender (v. gr. un mayorista) a otro comerciante (un minorista, por ejemplo) que adquiere igualmente con ánimo de revender. Pero obsérvese que en este caso, la mercantilidad no proviene del ánimo de lucro en la reventa con que actúa el mayorista, sino precisamente del ánimo de lucro con que compra el minorista. La tesis de los mercantilistas del XIX a la que me he referido en el texto, puede quedar ejemplificada por estas palabras de González Huebra: «De la calificación que hace el Código de las compras ventas mercantiles, puede resultar y sucederá acaso con frecuencia que la compra sea mercantil y no la venta, y al contrario, y por consiguiente, que ocurran dudas acerca de la ley que deba aplicarse en la decisión de las cuestiones que se pueden suscitar sobre el cumplimiento de estos contratos. Algunos opinan que debe seguirse la ley y el fuero del demandado; pero nosotros no podemos conformarnos con esta opinión, porque el fuero del comercio no es de personas, sino de cosas y considerando que no es posible que para uno de los contrayentes rijan unas, y para el otro otras diversas, y que al Derecho mercantil como excepción del civil no puede comprender, según lo dispuesto en el artículo 2.º del Código, más que a los que sean comerciantes o hagan alguna operación de comercio, somos del parecer que estos casos deben resolverse con arreglo al Derecho común» (P. GONZÁLEZ HUEBRA, *Curso de Derecho mercantil*, Madrid, 1853, I, p. 207). El prof. Polo, a mi juicio erróneamente, llega a otra interpretación del pensamiento de González Huebra: v. A. POLO, «La calificación mercantil de la reventa», en RDPriv 39 (1945), p. 195. En el mismo sentido que González Huebra, afirmando el carácter civil de la

tradición eliminando del art. 325 aquel inciso final —«ya las reventas de estas mismas cosas»— que figuraba en el viejo art. 359 (29). Y hasta tal punto puede decirse que el Código cobró coherencia, que los autores que lo comentaron en el período inmediatamente posterior a su promulgación, salvando muy escasas excepciones, ni siquiera advirtieron que el tema constituía un problema como, en realidad, era y debiera seguir siendo hoy (30). Acatando pues el sencillo mandato de la ley, entendieron que las

reventa se pronuncia MARTI DE EIXALA, *Instituciones*, cit., pp. 123 y 181. Durán y Bas, anotando el texto de su maestro, se inclina, sin embargo, por seguir el sistema francés de la ley del demandado, sin caer en la cuenta que en el Código de 1829 todos los actos de comercio son absolutos. En contra de este planteamiento —el que hemos mantenido y el que parece deducirse de los autores—, Polo alega determinados testimonios jurisprudenciales del siglo pasado; sin embargo, a nuestro juicio, no son en absoluto convincentes, porque o bien se están refiriendo a la compra con ánimo de revender y no a la reventa; o bien están contemplando supuestos de «compra para uso o consumo empresarial»: cfr. POLO, *op. cit.*, pp. 298-299.

Otra cuestión: ¿por qué razón el art. 359 del viejo Código introdujo, separándose en este punto del art. 632, I, *Code*, el inciso final «y las reventas de estas mismas cosas»? Nos atrevemos a sugerir la siguiente explicación: ya hemos visto anteriormente (v. *retro* nota 6 y texto correspondiente) que el legislador galo quiso excluir del ámbito mercantil las ventas; sin embargo, muchos autores forzaron una interpretación (errónea) en sentido contrario. Entre ellos, especialmente PARDESSUS, *Cours*, cit., I, pp. 30-32. Probablemente, Sainz de Andino se dejó seducir por el pensamiento de Pardessus y quiso calificar de mercantiles a las reventas, incurriendo con ello —según queda dicho— en una grave contradicción con el art. 360, II.

(29) Ciertos autores, sin embargo, estiman que la omisión no fue deliberada, alegando en ese sentido que sobre la misma guarda silencio la Exposición de Motivos del Código, cuando no lo guarda respecto de otras innovaciones que se introdujeron en materia de compraventa: cfr. GARRIGUES, *Tratado*, cit., III, 1, pp. 238-239 y, sobre todo, POLO, *op. cit.*, pp. 299-300. El argumento parece endeble, máxime si tenemos en cuenta que entre la redacción del Código y la redacción de la Exposición de Motivos, realizadas ambas por personas distintas, medió un lapso temporal nada desdeñable.

(30) Lo prueba el hecho, a mi juicio muy revelador, de que el Proyecto de Código de Comercio de 1926 (*Gaceta de Madrid*, de 4-IX-1926, p. 1416) reprodujese en iguales términos los arts. 325 y 326 en sus arts. 325 y 326, respectivamente. Los autores más relevantes del momento considerado, por lo demás, en rigor, ni siquiera llegan a plantear el problema: P. Estasen, S. del Viso, A. Bonilla, F. Alvarez Manzano, E. Miñana, etc.; para las citas de todos ellos remito a VICENT CHULIA, «La delimitación de la compraventa mercantil», cit., pp. 505-506. Una mención especial merece L. DE BENITO, *Manual de Derecho mercantil*, Madrid³, 1924, I, p. 578 (donde afirma la mercantilidad de la reventa) y p. 578 (donde la niega, afirmando que la compra para consumo personal es civil). En las pp. 285-286 del volumen II de su manual, vuelve sobre el tema, mas no resuelve la confusión; en su trabajo «Compraventa mercantil», en EJE, VII, p. 708, dice: el art. 326, 1.º, C. de C., es «a lo sumo [una] aclaración innecesaria, porque si las cosas se han de comprar con el propósito de la reventa, el que compra para consumir carece de semejante propósito y, por consiguiente, la compra que haga no puede ser nunca mercantil». Afirmación ésta con la que nos mostramos plenamente de acuerdo. De todo lo que nos consta, el único autor que ha afirmado la mercantilidad de la reventa en el período inmediatamente posterior a la promulgación del Código es J. ROIG BERGADA, «Por qué ley deben regirse los contratos que sólo para una de las partes revisten carácter mercantil», en RJC, 3 (1897), pp. 557-563. Sus argumentos son tan

compras para el uso o consumo personal (aunque para la otra parte constituyeren una reventa de los productos adquiridos a tal fin) habían de calificarse como civiles. Algunos autores llegan incluso a afirmar que todas las compraventas son civiles, a excepción del supuesto descrito por el art. 325 C. de C. (lo cual es cierto), por lo que reputan que el art. 326 C. de C. es innecesario (lo cual es ya falso, al menos respecto de sus tres últimos párrafos). Así —ha escrito uno de ellos— si «el legislador dijo que la compraventa mercantil se caracteriza por la compra para revender con ánimo de lucro, ¿por qué tuvo necesidad de ese art. 326, si faltando, como faltan en él, los elementos de reventa y lucro, quedan dichos actos excluidos de la compraventa mercantil? (31).

Entonces, ¿cuándo surge a la vida jurídica el problema de la «mercantilidad de la reventa»? Si quisiéramos fechar el evento, habría que decir que la tesis de que la *compra para uso y consumo personal* (de los géneros adquiridos por el vendedor para su reventa) es *mercantil* se prepara seriamente por primera vez en la gestación del *Curso* del prof. Garrigues (32). La semilla allí puesta no tarda mucho en dar sus mejores frutos. Y así la idea allí sugerida recibe en 1945 un extraordinario empuje por obra de una importante contribución del prof. Antonio Polo (33), quien la desarrolla —como dirá más tarde el propio Garrigues— con «argumentos muy convincentes» (34). En el curso del tiempo, la tesis habría de recibir una cálida acogida por parte de la mayoría de los mercantilistas españoles, a la que sin duda alguna contribuyó notablemente el prestigio y conocido rigor de los citados profesores (35). Los civilistas, por su lado, siempre se

ingeniosos como peregrinos: «De la propia manera que parecería ridículo y contraproducente —dice, *ibí*, p. 561— que a los menores, por ejemplo, sólo se les concedieren los privilegios de que gozan cuando contrataren con otros menores, resultaría absurdo también que a los comerciantes no se les permitiera invocar los preceptos de su legislación en aquellos actos o contratos concertados con personas que no tuvieran aquel carácter». *Res ipsa loquitur*. Finalmente, es preciso hacer constar también que la jurisprudencia del Tribunal Supremo en este período asimismo se manifiesta decididamente en pro del carácter civil de la reventa: cfr., entre otras, las STS 2-XII-1918 y STS 16-V-1923. Respecto de las STS 21-IV-1911 y STS 15-VI-1926, que Polo aduce en defensa del carácter mercantil de la reventa, v. VICENT CHULIA, «Delimitación», cit., pp. 537-538, donde con todo acierto se demuestra la incorrección en que incurre Polo al hacer las inferencias.

(31) R. RODRÍGUEZ ALTUNAGA, *Derecho mercantil*, Madrid, 1917, p. 379.

(32) J. GARRIGUES, *Curso de Derecho mercantil*, Madrid, 1940, II, pp. 131-132. En esta formulación, sin duda influyó, como observa Vicent Chuliá, la doctrina de la mercantilidad incorporada al HGB de 1897.

(33) Nos referimos a la ya citada: A. POLO, «La calificación mercantil de la reventa», en *RDPriv.* 39 (1945), pp. 285-312.

(34) Cfr. GARRIGUES, *Tratado*, cit., III, 1, p. 239, nota 8.

(35) En este sentido cabe citar a E. LANGLE Y RUBIO, *Manual de Derecho mercantil*, Barcelona, 1959, III, p. 136, y del mismo, *El contrato de compraventa mercantil*, cit., pp. 13-14; J. GIRÓN TENA, en *RDM* 1 (1946), p. 159, aunque muy de pasada y celebrando el trabajo de Polo; R. URÍA, *Derecho mercantil*, Madrid¹², 1982, pp. 484-485; F. SÁNCHEZ CALERO, *Instituciones de Derecho mercantil*, Valladolid⁶, 1977, p. 383 (modifica la opinión en la octava edición, Valladolid, 1981, p. 405); J. RUBIO Y GARCÍA MINA, *Introducción al Derecho mercantil*, Barcelona, 1969, pp. 441-442; BOIX RASPALL,

han resistido a aceptar el anterior planteamiento, aunque, a decir verdad, todos sus pronunciamientos al respecto se hacen de pasada, no dedicando al asunto ningún esfuerzo monográfico (36). En el año 1974 aparece un extenso trabajo en el que Vicent Chuliá, partiendo de la propuesta «civilista», se empeña en desarticular la teoría de la «mercantilidad de la reventa» urdiendo a tales efectos un buen puñado de sólidos argumentos (37). A continuación expondremos (y someteremos a revisión) los principales argumentos aducidos por unos y criticados por otros; pero respecto de esta exposición conviene tener en cuenta: *primero*, que, a mi modo de ver, toda la disputa está herida de muerte, desde el momento en que no parte de la división establecida por el legislador entre el «grupo de las compras» y el «grupo de las ventas». En este sentido, el mismo hilo conductor de la discusión (el argumento a *contrario sensu* y el argumento analógico) presenta un grave déficit, pues, como es evidente, carece de sentido comparar magnitudes diversas. En el fondo, lo que sucede es que —como ha indicado A. Rojo— el «problema más que de textos es de principios». *Segundo*, que aunque estamos de acuerdo con la teoría del carácter civil de la «compra para uso o consumo personal», no suscribimos totalmente su argumentación, ni sus conclusiones, sobre todo porque acaban metiendo en su mismo saco a la referida compra y a la «compra para uso o consumo empresarial». A tres podrían reconducirse los argumentos centrales de la literatura jurídico-mercantil:

a) *El argumento de la «naturaleza de las cosas»: «la reventa es jurídicamente mercantil, porque económicamente es mercantil».* En este razona-

«Compraventa mercantil», cit., pp. 537-539; L. CARLÓN, «La cláusula de garantía en la compraventa de maquinaria», en RDM 127 (1973), p. 53; J. ZURITA, *La oferta pública de adquisición*, Madrid, 1980, p. 269; E. POLO SÁNCHEZ, «La protección del consumidor en el Derecho privado», en *Estudios de Derecho mercantil en homenaje a A. POLO*, Madrid, 1981, pp. 856-857, nota 96, (=Madrid [Cuadernos Civitas], 1980, pp. 80-81). De *lege ferenda*, que no de derecho dado, se pronuncia en el mismo sentido M. BROSETA, *Manual de Derecho mercantil*, Madrid³, 1978, pp. 374-376.

(36) Mas aunque el prof. De Castro únicamente dedique una nota al problema, allí se condensa una riquísima argumentación: cfr. F. DE CASTRO Y BRAVO, *Derecho civil de España*, Madrid, 1955, I, p. 309, nota 3; del mismo autor, v. también «El arbitraje y la nueva "lex mercatoria"», en ADC 32 (1979), pp. 662-663. En el mismo sentido se pronuncian, entre otros, R. BADENES GASSET, *El contrato de compraventa*, Barcelona², 1979, I, pp. 25-28; R. BERCOVITZ RÍGUEZ-CANO, *Comentario a la ley de venta a plazos de bienes muebles*, Madrid, 1977, p. 147; E. LALAGUNA, «Relaciones entre Derecho civil y Derecho mercantil», en RGLJ, 225 (1968), pp. 450-451 y, recientemente, en «Interacción de las leyes mercantiles y civiles», en LA LEY 447 (25-VI-1982), p. 3.

(37) Nos referimos al trabajo tantas veces citado de F. VICENT CHULIÁ, «La delimitación de la compraventa mercantil», en *Estudios en homenaje a J. SANTA CRUZ*, Valencia, 1974, pp. 487-557, esp. 501-547; y recientemente en su *Compendio crítico de Derecho mercantil*, Valencia, 1982, II, pp. 236-250. En esta misma dirección, entre los mercantilistas, se cuentan A. ROJO, *La responsabilidad civil del fabricante*, Bolonia, 1974, pp. 261-265, y sólo parcialmente coincidentes J. M. MUÑOZ PLANAS, «La prescripción del derecho al precio en las ventas al consumo», en *Estudios de Derecho mercantil en homenaje a A. POLO*, Madrid, 1981, pp. 744-748; y F. SÁNCHEZ CALERO, *Derecho Mercantil*, Valladolid³, 1981, pp. 405-406 (hay edición posterior, Madrid⁹, 1983).

miento reside, a mi juicio, la mayor parte de la fuerza de la teoría de la mercantilidad de la *reventa* (38). Intentando simplificar y ordenar consideraciones dispersas, me parece que este argumento —muy complejo— se compone de cuatro escalones sucesivos: *Primero*: se parte de la idea de que la reventa tiene que ser mercantil, porque de no ser así se acabaría con proclamar la «desnaturalización» o «disolución» del Derecho mercantil de la compraventa (argumento apagógico) (39). *Segundo*: para salvarlo de semejante «desnaturalización», se nos viene a decir que si una parte del ciclo especulativo (la «compra para revender») es mercantil, por fuerza también ha de serlo la otra parte (la «reventa»), con la que económicamente forma una unidad de acto (argumento metonímico: *pars pro toto*) (40). *Tercero*: si practicando la reventa —que constituye el corazón del comercio— se adquiere el *status* jurídico de comerciante, por fuerza ha de admitirse que se trata de un acto de comercio, pues sólo el ejercicio habitual de éstos conduce a la adquisición de tal *status* (argumento naturalístico) (41). *Cuarto*: de todo lo cual se deduce que la «reventa» tiene que ser mercantil. Al no hallarse expresamente contenida en el art. 325, debe tenérsela por comercial por analogía, ya que es un acto análogo a «alguno de los contenidos en este Código», según reza el art. 2 C. de C., y en particular análogo al descrito por el art. 325 (argumento analógico) (42).

La consistencia lógica de esta argumentación, sin embargo, es más que dudosa: sus premisas parecen inaceptables, toda vez que el «ejercicio del comercio» no se puede hacer consistir necesariamente en el «ejercicio de actos de comercio»; el ejercicio del comercio muy bien puede consistir en la realización de actos civiles, como por lo demás el mismo Garrigues ha admitido en otro lugar (43). El seguro (según creemos deducir de su

(38) Utilizo este término «reventa» única y exclusivamente en el contexto de esta exposición; pues fuera de ella —desde nuestro punto de vista— carece de significado normativo.

(39) Cfr. POLO, «La calificación mercantil de la reventa», cit., p. 288. La calificación civil de la reventa —apostilla GARRIGUES, *Tratado*, cit., III, 1, pp. 238-239, por su parte— acabará con «destruir el concepto de la compraventa mercantil y el propio sistema del Derecho especial destinado a regular esta compraventa, el cual exige que se someta a las mismas normas tanto a las compras para revender lucrándose en la reventa como la reventa de esas mismas cosas».

(40) Cfr. POLO, *op. cit.*, p. 300. Respecto de este argumento conviene adelantar ya una crítica muy puntual: en la reventa no hay *inversión* y, por consiguiente, *riesgo* que es el criterio que, amén de inspirar los artículos 325 y 326, informa toda la disciplina sustantiva de la compraventa mercantil. Como ya señalaba el prof. De Castro, «sería técnica extraña la que hiciera depender la naturaleza de un contrato bilateral del ánimo de revender que tuviese una de las partes *al adquirir el objeto que ahora vende*»: DE CASTRO, *op. loc. cit.*

(41) Cfr. POLO, *op. cit.*, pp. 304 y 305 (en esta última página repite el argumento respecto del art. 3 C. de C.). En el mismo sentido —aunque no interpretando el Código, sino criticándolo— se muestra BROSETA, *Manual*, cit., p. 375.

(42) Cfr. POLO, *op. cit.*, pp. 307-310.

(43) Cfr. VICENT CHULIÁ, «Delimitación», cit., pp. 517-518 e *ibi* la cita de Garrigues.

regulación actual) o el contrato de obra —por poner sólo un par de ejemplos— son negocios civiles, lo cual, desde luego, no es obstáculo para que, sobre la base de su praxis, se devenga comerciante. En realidad, el error metodológico que denunciamos se produce por querer inferir de una *operación comercial* (que indiscutiblemente es la reventa) un *acto de comercio* (que, también indiscutiblemente, no lo es); y paralelamente el concepto de comercio (que es un concepto socio-económico) del contenido del código (que es disciplina jurídica) (44). Con todo, a mi juicio, el déficit hermenéutico más grave de la argumentación expuesta se encuentra en la lógica: por un lado, se utilizan argumentos de tipo «naturalístico», que no son argumentos interpretativos, sino —como señala Tarello— argumentos productivos; argumentos inconsistentes, a mi modo de ver, por fundarse sobre «concepciones del Derecho, según las cuales las relaciones sociales encuentran en sí mismas, en su naturaleza [...] su disciplina» (45). Por otro lado, se recurre al argumento analógico —la analogía con el art. 325— desconociendo las condiciones de posibilidad de dicho expediente: la aplicación analógica —dice el art. 4, 1.º, C. C.— sólo procederá «cuando [las normas] no contemplan un supuesto específico, pero regulan otro semejante entre los que se aprecia identidad de razón». Ninguna de las dos condiciones prescritas por el Código civil se verifica en el caso: la primera, porque el supuesto se halla contemplado (y precisamente para excluirlo del área de la mercantilidad) por el art. 326, 1.º; la segunda, porque no media «identidad de razón», ya que la *ratio legis* de la mercantilidad de la compraventa es la existencia de ánimo de lucro en la posición del comprador, cosa que no se puede predicar del que compra *causa consumendi* (46). En realidad toda la confusión procede del hecho de que, a mi juicio, no se ha reparado en la *función reductora del tipo* que tiene el criterio adoptado por el artículo 325 (el ánimo de lucro del comprador y sólo de éste), y por ello se piensa que tiene una *función ejemplificadora*, que sólo la cumple relativamente al *modus* de materializarse el ánimo del lucro del comprador (el propósito de revender).

b) *El argumento a «contrario sensu»: «la reventa del comerciante es mercantil, porque la efectuada por el que no lo es es civil».* Este argumento es el que tiene más fuerza desde el punto de vista del Derecho positivo.

(44) Sobre este punto, v. GIRÓN, *El concepto*, cit., pp. 147-148. El error que combatimos —la confusión entre «acto de comercio» y «operación comercial»— ha sido denunciado últimamente por L. FIGA FAURA, «Colisión intraestatal de ordenamientos: Derecho civil y Derecho mercantil», en ADC 34 (1981), pp. 41-83, esp. 64-65.

(45) Cfr. G. TARELLO, *L'interpretazione della legge* (en A. CICU y F. MESSINEO [eds.], *Trattato di Diritto Civile e Commerciale*, II, 1), Milano, 1980, p. 378.

(46) A decir verdad, el problema es que *no hay laguna*; y por consiguiente ningún sentido tiene el recurso a la analogía. Y no se nos diga que el acceso de la reventa al Derecho mercantil, aunque no cabe a través de la «analogía legis» en sentido técnico, cabe trámite la «analogía económica» (que, por lo demás, no es más que una forma de la «analogía iuris») del art. 2. La analogía del art. 2 o, mejor dicho, la cláusula general de mercantilidad de ese precepto sólo sirve para la materia *no acotada* (y aún, sólo

Opera en relación con los dos últimos párrafos del art. 326 C. de C. Respecto del art. 326, 4.º, el razonamiento es bien simple y en apariencia muy contundente: Dice Polo: la excepción ahí contenida, es decir, el carácter civil de la reventa que el particular realiza del acopio que había hecho para su propio consumo, «no se explicaría si la regla general no fuera la comercialidad de las reventas hechas por los comerciantes». El legislador se ve precisado a excluir la reventa del excedente efectuada por el particular —se nos viene a decir—, porque presupone que las demás reventas (es decir, las realizadas por los comerciantes) son siempre mercantiles (47). Más alambicado, pero igualmente poderoso en el orden retórico, es el razonamiento *a contrario* en relación al art. 326, 3.º, en el que —como es sabido— se excluyen las ventas de los artesanos. Las ventas que hacen los artesanos de sus productos, se arguye, no son mercantiles, por carecer el artesano de ánimo de lucro; por consiguiente —*a contrario*—, el industrial, que no carece de lucro, cuando realiza una venta está haciendo una compraventa mercantil. Al entrañar tales ventas la reventa de las materias adquiridas y transformadas, se obtiene la conclusión de que la reventa es mercantil (48).

Este modo de proceder, por lo demás muy brillante, de nuevo se nos antoja inconsistente, y ello por un par de sólidas razones: en primer lugar porque entendidas así las cosas, las normas contenidas en el art. 326, 3.º y 4.º, no serían ya —según el mismo Polo presupone (49)— *excepciones* (como con toda evidencia lo demuestra el hecho de que no estén contenidas en el tipo descrito por la norma general del artículo 325). Y no siendo *excepciones*, el argumento *a contrario* pierde su valor lógico, pues —como, por lo demás, es opinión generalizada— no tiene eficacia demostrativa respecto de los *topoi* (50). Buena prueba de ello son los resultados a los que con él llega Polo, que amplían la norma general, cuando la función que suele cumplir el argumento *a contrario* es justamente la opuesta, una función restrictiva (51). En segundo lugar —e íntimamente conectado con lo dicho— la argumentación que consideramos falla, pues parte de unas premisas que,

para la que no fue *acotable* o previsible) por el legislador. Pero lo cierto es que la «reventa» sí fue acotada; y lo fue de modo negativo (sobre este punto, v. *infra*, nota 75). A mi juicio, habría que distinguir entre lagunas *intra legem*, cuya existencia la denotaría la presencia de una cláusula general y que sólo a través de este expediente son integrables (tal me parece el sentido del art. 2 C. de C.); y lagunas *extra legem*, cuya condición de cobertura es que exista identidad de razón con una norma prevista típicamente o, si se quiere, como acostumbra a decir los autores alemanes, que su ausencia de regulación sea contraria al programa legal (*planwidrig*): sobre la referida distinción, v., entre otros, M. KRIELE, *Theorie der Rechtsgewinnung*, Berlín, 1967, p. 196 (existe 2.ª ed., Berlín, 1976). En el caso de la «reventa», de haber laguna —que no la hay—, habría que calificarla de *extra legem* y, consiguientemente, no sería integrable porque no existe —como decimos en el texto— identidad de razón con el supuesto del art. 325.

(47) Cfr. POLO, *op. cit.*, pp. 301-302.

(48) *Ibid.*, p. 301.

(49) *Ibid.*, p. 301, *in fine*.

(50) Cfr., sobre este punto, U. KLUG, *Juristische Logik*, Berlín-Heidelberg-New York³, 1966, p. 129.

(51) Cfr. TARELLO, *L'interpretazione*, cit., pp. 345-350.

cuando menos, no son claras (52); a nuestro juicio, parte de algo que el legislador no dijo: nunca hay ventas mercantiles, sino y únicamente compras (y aún dentro de éstas, mercantiles son solamente las lucrativas, mientras que las consuntivas son civiles). Claro que se nos podría objetar que también la premisa que nosotros fijamos es falsa; a lo que habríamos de responder que cuenta con el aval positivo de dos preceptos concurrentes en su lógica (el art. 325 y el 326, 1.º) y con una racionalidad económica impecable (según tendremos ocasión de poner de relieve más adelante). Así las cosas, la premisa es que toda compra lucrativa es mercantil; de lo que *a contrario* se infiere que toda compra no lucrativa es civil (53). Ahora bien, aunque sólo la compra lucrativa es mercantil y toda compra no lucrativa es civil (esta es la regla general), existen casos en los que *excepcionalmente* nos encontramos con compras lucrativas que son civiles: art. 326, 2.º, 3.º y 4.º, que representan verdaderas *excepciones*. Por ello, tales preceptos deben ser leídos, a los efectos de este razonamiento, en el sentido de que *las compras lucrativas (en principio mercantiles) no son mercantiles cuando el vendedor es un labriego, un artesano o un particular que revende el excedente*. Sólo así, configuradas como excepciones las hipótesis del artículo 326, cabe el argumento *a contrario*. Argumento que, por ejemplo, respecto del art. 326, 4.º, habría que pensar del siguiente modo: si la compra lucrativa (premisa mayor y norma general) se le hace *a* un particular que revende su excedente (premisa menor y norma excepcional), la compraventa no es mercantil (conclusión); *a contrario*: toda compra lucrativa que no se realice frente a un particular que revende su excedente es mercantil. Aquí la inferencia lógica es correcta, porque parte de términos respecto de los cuales cabe —lógicamente hablando— el argumento *a contrario*.

c) *El argumento «topográfico»: «la reventa es mercantil, porque de alguna manera está presente en el Código de Comercio»*. Para exponer este argumento nada será mejor que seleccionar unas palabras del mismo profesor Polo, en las que queda excelentemente perfilado:

«... los artículos 85, 86 y 87 del Código de Comercio, que regulan la compra de mercaderías en almacenes o tiendas abiertas al público, están dictados sobre la base de que la reventa que a diario se realiza en dichos establecimientos es siempre mercantil, independientemente del destino que por el comprador se quiera dar a las cosas compradas. En realidad —añade Antonio Polo— bastaría para afirmar el carácter mer-

(52) Señala Klug que el argumento *a contrario*, en el sentido de la lógica jurídica, sólo puede traerse a colación cuando las premisas han sido previamente fijadas en vía interpretativa; cuando el argumento *a contrario* se utiliza justamente para fijar las premisas, como ocurre en el razonamiento que objetamos, éste carece de valor lógico: cfr. KLUG, *Juristische Logik*, cit., p. 140.

(53) Es en este sentido en el que, a mi juicio, el art. 326, 1.º, era innecesario, como, por lo demás, ya había sido puesto de relieve por los viejos mercantilistas (v. *retro* notas 30 y 31).

cantil de estas operaciones —compras para el consumidor, reventas para el comerciante titular de la tienda o establecimiento—, la sola circunstancia de hallarse contenida su regulación en el propio Código de Comercio: "Serán reputados actos de comercio —dice el artículo 2.º, párrafo segundo— los comprendidos en este Código..." » (54).

Respecto de este argumento, aparentemente tan persuasivo, cabe hacer, cuando menos, dos observaciones críticas: *Primera*, que cuando el Código dice «comprendidos» quiere decir —obviamente— comprendidos según las reglas que el mismo Código suministra: según el art. 326, 1.º, por consiguiente, las «compras para uso o consumo personal» no están «comprendidas». Esta conclusión no se desmiente por el artículo 85 C. de C. que disciplina *especialmente* (como corresponde al Derecho mercantil *qua* Derecho especial) una materia regulada con carácter general en el C. c. La especialidad de la norma establecida por el art. 85 no es una especialidad de Derecho de obligaciones (lo que tampoco autorizaría la conclusión de Polo), sino de Derechos reales; y en este sentido, el punto de referencia —como lo es en el art. 464 C. c.— no es la reventa, sino las mercaderías, por lo que, en definitiva, la reventa no se halla ni siquiera presente (55). *Segunda*, que aunque la reventa se encontrase mencionada —lo que admitimos únicamente a efectos dialécticos— no habría que pensar por ello que la reventa es un acto de comercio, sujeto a la disciplina del Código. Los resultados absurdos a los que conduciría este tipo de metodología nos ponen en guardia de sus peligros: así, por ejemplo, tendríamos que admitir que las capitulaciones matrimoniales por las que se consiente que los bienes gananciales (que no provienen de las resultados del comercio) queden afectos a las responsabilidades mercantiles de la persona casada que ejerce el comercio, son un acto de comercio por estar mencionadas en los artículos 6 y siguientes C. de C.

En realidad, las normas contenidas en los arts. 85, 86 y 87 C. de C. son normas que se explican en función del lugar —establecimiento mercantil, feria o mercado—, en donde se celebre la compraventa, siendo intrascendente a estos efectos la calificación civil o mercantil del negocio. Si la compra es para uso o consumo personal será civil, aunque se le aplique la disciplina de los mencionados artículos del Código de Comercio. Esta aplicación del Código de Comercio a una compra para uso o consumo personal representaría lo que, a mi juicio acertadamente, el profesor Lalaguna ha denominado «una dimensión comercial de un acto civil» (56).

Pues bien, efectuado ya el reconocimiento crítico de los argumentos más sobresalientes con los que se ha pretendido defender la mercantilidad de

(54) POLO, *op. cit.*, p. 306.

(55) Cfr., aquí, VICENT CHULIÁ, «La delimitación», cit., p. 520. También DE CASTRO, «Arbitraje», cit., pp. 663-664, nota 159.

(56) Cfr. LALAGUNA, «Interacciones de las leyes mercantiles y civiles», cit., p. 3. Esta conclusión nos parece fuera de toda duda. No existe correspondencia necesaria —como parece entender el prof. Polo y la doctrina

la reventa, o mejor dicho —y volvemos así al lenguaje del Código— de la «compra para uso o consumo personal» (57), nos volvemos a ratificar en la idea de la inutilidad de todo este viaje, cuando la ley es clara: «Las compras de efectos destinados al consumo del comprador...» —dice el artículo 326, 1.º— no se reputarán mercantiles. A mi juicio, éste es uno de esos ejemplos evidentes de que *in claris non fit interpretatio*.

Una última cuestión, cuya respuesta únicamente sugiero, es la relativa a si en el plano de la política del derecho al menos (ya que no en el del derecho dado) es oportuna y razonable la tesis mercantilista que postula la mercantilidad de las compras para uso o consumo personal, cuando el vendedor es un comerciante. Las posturas de nuestra doctrina a este respecto ya se conocen: los civilistas son partidarios de que tales negocios se disciplinen por el C. c., puesto que su normativa es más favorable al comprador, que es la parte débil de la relación. Los mercantilistas, por el contrario —y en términos generales— se pronuncian en el sentido opuesto, aduciendo que la suscripción de tales actos —de las reventas— al C. c. entorpece el tráfico económico, puesto que sus reglas no satisfacen adecuadamente las exigencias de rigor y rapidez que el mismo reclama; e incluso algunos de estos autores estiman que, «en líneas generales, y salvo excepciones, el régimen mercantil de la compraventa es más favorable al comprador» (58). No nos podemos detener ahora en un examen comparativo de ambas normativas para solucionar la disputa; en todo caso, lo que

mercantil mayoritaria— entre la *disciplina especial contenida en el art. 85 y la índole mercantil de la reventa*. Para hacerlo visible, imaginemos que el titular de una joyería vende en su establecimiento abierto al público un collar de su mujer, la pulsera que su tía le había dejado para reparar o incluso su propio reloj (objetos todos que fueron adquiridos sin propósito de volver a ser puestos en venta). Aunque admitiésemos la tesis del profesor Polo, tendríamos que calificar de civil la compraventa, por la sencilla razón de que en este supuesto no concurren las condiciones que hacen posible derivar la mercantilidad del negocio a tenor de los argumentos anteriormente señalados (y básicamente porque la reventa no puede ser considerada aquí como la segunda parte de un mismo ciclo especulativo, pues, como queda dicho, los objetos no habían sido adquiridos con ánimo de ser revendidos). Sin embargo, a pesar de que se estimase civil la operación, no creo que ninguno de los autores que postulan la mercantilidad de la reventa pretendiese dejar sin aplicación a este caso la disciplina de la irreivindicabilidad establecida por el art. 85 C. de C. Y lo mismo podría decirse respecto de los arts. 86 y 87. Con lo cual debería quedar probado que no existe paralelismo necesario ni vicariedad alguna entre la *disciplina especial* del C. de C. y el *carácter mercantil* de la compraventa.

(57) Para un censo de otros argumentos de detalle y su crítica, v. VICENT CHULIA, *op. cit.*, pp. 511-515 y 515-536; en versión abreviada puede consultarse el manual del mismo autor: *Compendio crítico*, cit., II, pp. 237-238. En este trabajo no hemos podido proceder a una investigación histórica sobre el problema de la reventa; sin embargo, de la misma exposición que efectúa Polo no comprendemos bien cómo él llega a las conclusiones que llega (la mercantilidad de la reventa): v. POLO, *op. cit.*, pp. 289-294. Más bien creemos que históricamente compraventas mercantiles únicamente se consideraron las perfeccionadas entre comerciantes; aquéllas —como dicen las Ordenanzas de la Casa de Contratación de Bilbao, 11, 1— «que se estipulasen entre dos o más comerciantes» (debo esta indicación a De Castro).

(58) Así, por ejemplo, BROSETA, *Manual*, cit., p. 376.

parece inferirse de aquellas obras que han efectuado este análisis comparativo es que el comprador recibe un trato más favorable en el C. c. que en el C. de C. (59); e incluso, por mi parte, me atrevería a sostener que aquellas normas del C. de C. que son favorables al comprador (y hay bastantes), *sólo son favorables al comprador que es comerciante*, pues de poco sirve al comprador-consumidor, por ejemplo, la facultad que el artículo 328 le reserva, en el sentido de que cuando compre géneros que no están a la vista (¿cuando lo hace el consumidor?) se le permite examinarlos y rescindir el contrato siempre que no sean de su conveniencia. Este precepto, claramente, está pensando en el comprador-comerciante que adquiere para revender. Por lo demás, esta conciencia de que el Código de Comercio ofrece un trato favorable al comerciante frente al consumidor, se halla bastante generalizada entre los autores de otros países. A tales efectos bastará con que seleccione un par de testimonios de juristas de reconocido prestigio, cuyo pensamiento en ningún caso podrá juzgarse de sesgado por planteamientos ideológicos de corte más o menos radical. Ello nos excusará, a los efectos aquí perseguidos, de un análisis más detallado de la riquísima bibliografía existente sobre este motivo tan «vivantiano».

El primer testimonio lo recogemos de un reciente manual de Derecho mercantil alemán, en el que se juzga así la regulación contenida en el HGB de la compraventa (cuyas normas, como es sabido, son aplicables a las compras para uso o consumo personal, excepto en lo relativo a los usos comerciales, a la doctrina del daño abstracto y a la pronta denuncia de los vicios):

«Desde la perspectiva de la política del Derecho, el Derecho de la compraventa mercantil es desafortunado por resultar aplicable también a los actos de comercio unilaterales. Basta con que una parte sea empresario —y lo será el vendedor— para que entren en juego las reglas especiales de la compraventa comercial [...]. La preferencia otorgada al interés del vendedor en la compraventa mercantil únicamente encuentra justificación hoy en día respecto de los negocios jurídicos que para ambas partes sean actos de empresa [*Unternehmensgeschäfte*]; no así respecto de los actos de comercio unilaterales, que pertenecen al ámbito de la protección del consumidor. Por ello, no es ninguna casualidad el hecho de que, como reflejo de la realidad jurídica [actual] sólo tengan interés práctico hoy aquellas reglas que valen para los actos de comercio bilaterales; o mejor dicho, para los actos de empresa bilaterales» (60).

El otro testimonio —éste ya en relación con la Ley uniforme sobre compraventa internacional de mercaderías (convenio de La Haya, de 1-VII-

(59) Cfr. VICENT CHULIÁ, «Delimitación», cit., pp. 525-535.

(60) K. SCHMIDT, *Handelsrecht*, Köln-Berlin-München-Bonn², 1982, p. 577. Véase también en el mismo sentido, desde una perspectiva más general, P. RAISCH, *Geschichtliche Voraussetzungen, dogmatische Grundlagen und Sinnwandlung des Handelsrechts*, Karlsruhe, 1965, pp. 31-32.

1964)— nos lo proporciona un importante *Kommentar*; hablando del artículo 7, en el que se establece que la Ley se aplicará con independencia de la condición de comerciante de las partes, dice:

«Las consecuencias a que conduce el hecho de que la Ley sea aplicable también a contratos de compraventa perfeccionados con personas que no tienen experiencia en el tráfico mercantil no son de recibo; no pocos preceptos [de la Ley] están recortados sobre las necesidades particulares del tráfico comercial, razón por la cual establecen para las partes elevadas cotas de diligencia y puntualidad [que no parecen apropiadas para los consumidores]» (61).

¿Cuál es entonces la solución ideal? Desde luego hemos de reconocer que nosotros no la poseemos. Podemos decir, sin embargo, que desde nuestro punto de vista habría que ir hacia soluciones diversificadoras más que hacia soluciones unificadoras. La solución no está en la unidad: ni en la «comercialización» del Derecho civil, pues ello iría en detrimento de los consumidores; ni en la «civilización» del Derecho comercial, pues ello afectaría negativamente a los intereses del tráfico profesional (62). Acaso —y se trata de una propuesta a discutir en el plano emergente de un posible Derecho del consumo como rama jurídica autónoma— la tesis elaborada por Norbert Reich no sea tan descabellada como alguien a primera vista pudiera pensar. Como es sabido, este autor propone una triple división del Derecho patrimonial privado: el «Derecho empresarial», cuyo cometido sería el de disciplinar las relaciones entre empresas; el «Derecho de los consumidores», para regular las relaciones entre los comerciantes y el público de los consumidores (en este punto la normativa básica es la

(61) H. DÖLLE, en H. DÖLLE (ed.), *Kommentar zum einheitlichen Kaufrecht*, München, 1976, p. 33. Que el juicio de Dölle no estaba nada desencaminado lo prueba de manera fehaciente el cambio de orientación experimentado por el derecho uniforme en este punto. Y así hoy podemos observar que en el Convenio de Viena de 11-IV-1980 sobre contratos internacionales de compraventa de mercaderías (sustitutivo del de La Haya de 1964, al que nos referíamos en el texto) se excluyen ya expresamente de su ámbito de aplicación —siguiéndose en este punto una orientación muy similar a la del *Uniform Commercial Code* americano— las «compras para uso o consumo personal». Este es el texto del artículo 2: «This Convention does not apply to sales: (a) of goods bought for personal, family or household use...». Los términos del artículo 326, 1.ª de nuestro Código nada tienen, pues, que envidiar a esta ley internacional.

(62) A título de ejemplo, v. las consideraciones críticas de Santini sobre este particular: G. SANTINI, *Il commercio*, Bologna, 1979, pp. 265-267 (y ss.). Nuestra literatura, como es sabido, generalmente se manifiesta partidaria de la unificación del derecho privado en materia de contratos y, concretamente, en materia de compraventa. Entre los múltiples testimonios de nuestra doctrina en este sentido, pueden consultarse los trabajos de A. BERCOVITZ y RODRÍGUEZ-CANO, «En torno a la unificación del Derecho Privado», en *Estudios en homenaje a F. DE CASTRO*, Madrid, 1976, I, esp. pp. 159-160; y de M. BROSETA, *La empresa, la unificación del Derecho de Obligaciones y el Derecho Mercantil*, Madrid 1965, pp. 232-237.

relativa a las condiciones generales de los contratos); y el «Derecho civil», a quien incumbirían las relaciones entre particulares. Nos da este ejemplo: la venta de una partida de automóviles de la empresa fabricante a los distribuidores se regularía por el Derecho empresarial; la adquisición por parte de un consumidor de un coche de manos del distribuidor, por el Derecho del consumo; finalmente, la venta que el particular efectuase de su coche usado a otro particular correspondería en su disciplina al Derecho civil (63). Queda en todo caso para ocasión más propicia la discusión sobre la eventual conveniencia de aceptar o no esta trilogía.

7. Finalmente nos corresponde examinar la tercera hipótesis que cabe —o que puede haber— dentro del grupo de las compras: *la compra para uso o consumo empresarial*. Se trata de un tipo de compraventa que tradicionalmente ha venido siendo asimilado a la «compra para uso o consumo personal» y que ha recibido, por consiguiente, su misma calificación (es decir, *civil*, por parte de las tesis civilista y *mercantil* por parte de la tesis mercantilista). Recientemente, sin embargo, a la vista de esa situación que se juzga insatisfactoria, se ha planteado la necesidad de la distinción, no sólo conceptual, sino también normativa, entre ambos tipos de compraventa, y se ha planteado, precisamente, en el sentido de considerar mercantil la «compra para uso o consumo empresarial» y civil aquella otra para consumo personal o familiar (64). Por nuestra parte nos sumamos a esta orientación y entendiéndolo, como hemos entendido, que debe reputarse civil la compra consuntiva personal, estimamos indispensable demostrar

(63) Cfr. N. REICH, «Zivilrechtstheorie, Sozialwissenschaften und Verbraucherschutz», en ZPR 7 (1974), p. 188. No muy lejos de este tipo de planteamiento se halla la sugerente propuesta de Ludwig Raiser de dividir el derecho privado en «ámbitos funcionales», gobernados cada uno de ellos —en función del interés público creciente— por principios diversos: el ámbito de la producción y distribución de bienes (para la satisfacción, fundamentalmente, de las necesidades de los consumidores); el ámbito del tráfico económico (referido sólo al tráfico regular de las empresas); y, por fin, el ámbito de las grandes organizaciones económicas: cfr. L. RAISER, «Die Zukunft des Privatrechts», en su libro *Die Aufgabe des Privatrechts*, Kronberg-Ts., 1977, pp. 208-234, esp. pp. 224-229 (existe también edición separada del trabajo, Berlin-New-York, 1971).

(64) Me refiero a J. M. MUÑOZ PLANAS, «La prescripción del derecho al precio en las ventas al consumo», en *Estudios homenaje a A. POLO* (= Oviedo, 1979), p. 744. Aprueba —y sigue— esta orientación F. SÁNCHEZ CALERO, *Instituciones de Derecho Mercantil*, Valladolid⁸, 1981, pp. 405-406. En parte coincidente, J. M. DE LA CUESTA RUTE, en «Compraventa civil y compraventa mercantil», en LA LEY 413 (10-V-1982), pp. 2-3. Este autor —si lo hemos entendido correctamente— parece aceptar la distinción; más tarde, sin embargo, formula sorprendentemente, un «concepto amplio de compraventa de consumo» (sujeta al derecho civil), en el que caben todos aquellos supuestos de compraventas que él llama de uso o consumo empresarial que tienen por objeto bienes que, una vez transformados, pasan a manos de terceros. Este supuesto (que a mí —dicho sea de paso— me parece de «compra para revender») se califica de civil. En cambio, si las cosas compradas no vuelven a salir del círculo de la empresa para la que fueron adquiridas (v. gr., bienes de equipo), entonces, las compraventas a través de las cuales se adquirieron se califican de mercantiles.

con una argumentación adecuada la mercantilidad de la «compra para uso o consumo empresarial». Nuestro razonamiento, sin embargo, difiere notablemente del que tradicionalmente vienen articulando los «mercantilistas» para arribar a dicha conclusión. En realidad, para ellos, la «compra para uso o consumo empresarial» es mercantil no por ser compra (aquí, el error), sino por ser venta; y concretamente la reventa que un industrial efectúa de los productos transformados (por ejemplo, una pala excavadora) que previamente había adquirido (65). Desde nuestro punto de vista, este *modus procedendi*, según creemos haber podido demostrar, no está autorizado por la Ley. La naturaleza mercantil de este tipo de compraventa, por consiguiente, deberá ser inferida (de ser inferible, claro está) dejando siempre a salvo el postulado capital que gobierna esta materia; a saber: *que la mercantilidad de un negocio sólo puede deducirse de la operación de la compra y del sentido específicamente lucrativo que esa operación cobra en el programa de fines del comprador*. Aún así, con todo, el proyecto anunciado —«comercializar» la compra para uso o consumo empresarial— me parece plenamente viable, a condición de que lo realicemos a través de este doble procedimiento interpretativo: primero a través de una *reducción teleológica* del ámbito material del art. 326, 1.º; y segundo, a través de una *integración analógica* del campo de relaciones cubierto por el artículo 325. Ambas operaciones, aunque distintas, tienen una misma e idéntica justificación: *mantener la integridad y la racionalidad del mandato legal*. Si la analogía se justifica por la necesidad racional (y constitucional) de tratar igual los casos iguales, utilizando en la medición, claro está, el punto de vista valorativo decidido por el ordenamiento, la reducción en base a fines se fundamenta en la necesidad también racional (y constitucional) de tratar desigualmente lo que es desigual. Lo cual, en última instancia, debe conducir a efectuar las diferenciaciones que sean requeridas en función de la valoración que inspira e informa al sistema. Sólo así, a través de estas operaciones, nos parece que se hace factible colocar al lado del «supuesto de hecho literal» (*Wortlautstatbestand*) del art. 325, la «compra para revender», el «supuesto de hecho interpretativo» (*Auslegungstatbestand*) que nos ocupa, es decir, la «compra para uso o consumo empresarial».

Procederemos, en primer lugar, pues, a la reducción teleológica. Se trata de demostrar que la «compra para uso o consumo empresarial» no está contenida en el art. 326, 1.º; e incluso que es incompatible con sus fines. Como se recordará, precisamente era la tesis opuesta la que acogía y desarrollaba el Tribunal Supremo en la sentencia de 21-XII-1981, que dio origen a estas páginas. La decisión adoptada por el juez de casación en aquella fecha, una vez sentada la doctrina de que la mercantilidad la confiere única y exclusivamente la concurrencia del doble ánimo de revender y de lucrarse en la reventa, era la siguiente:

«... por lo que no puede considerarse con la singularidad mercantil la compraventa de un producto que como el «Hidrocal» se adquiere por el comprador para integrarlo en un proceso

(65) Así, por ejemplo, POLO, *op. cit.*, p. 301.

productivo de una materia y que quedó integrado con otros elementos para ser aplicado al raseado del techo y paredes de un edificio que se construyó por el adquirente, revelando por tanto que el comportamiento intencional, que como viene dicho es el que prima a efectos de configurar una compraventa como civil o mercantil, en orden a la adquisición efectuada por el mencionado don Santiago Santisteban Gómez [...] no fue su dedicación a la reventa, sí que a una actividad [...] constructiva, que efectuada consumió en esencia [...] proveyéndole con ello el carácter de compraventa civil...».

Esta decisión, por otra parte, se incardina con toda congruencia en la línea jurisprudencial anterior del Tribunal Supremo, quien ha mantenido siempre con firmeza que la subsunción correcta de los casos que nosotros venimos llamando de «compra para uso o consumo empresarial» es la que los hace caer, para excluirlos del ámbito mercantil, dentro del artículo 326, 1.º. Es más, la mayoría de las resoluciones de nuestro Tribunal de Casación en las que se ha debatido el problema (en rigor, un problema distinto) de las compras para uso o consumo y en las que se ha rechazado de raíz la doctrina de la «mercantilidad de la reventa», han tenido lugar, precisamente, con motivo de «compras para uso o consumo empresarial». Por lo que, una vez más, nos sentimos forzados a precisar que, si bien estamos de acuerdo con que se rechace aquella doctrina de la «mercantilidad de la reventa», disentimos, en cambio, de la ocasión en que se combate y, sobre todo, de las soluciones que se adoptan, que, en última instancia, desembarcan en una aplicación indiferenciada del art. 326, 1.º, a las economías domésticas y a las economías industriales. Pero examinemos por un momento cuáles han sido los pronunciamientos más sobresalientes en este sentido:

Caso: compraventa de maquinaria (tornos) entre comerciantes: «...ese contrato no merece en derecho la calificación de mercantil y [...] es civil su naturaleza propia; pues si bien el régimen positivo español no suele ser consecuente con el sistema objetivo en que se dice inspirado y frecuentemente recurre para definir el acto de comercio a notas subjetivas, precisamente cuando se trata en particular de la compraventa mercantil, el art. 325 sí toma en preferente consideración un elemento objetivo [la mercadería], desdeña en cierto modo la condición de los intervinientes, [y] subraya la presencia de otro elemento (el intencional), que domina y cualifica la convención y [lo] refiere de modo inequívoco, no al trasmittente, sino al adquirente de la mercancía, quien ha de ser el que tenga el "propósito" de revenderla y quien trate de lucrarse en la reventa...» (STS 27-I-1945 [Rep Ar 120/1945]).

Caso: compraventa de maquinaria (tornos extrarrápidos) entre

comerciantes: no tienen «aplicación al caso el art. 336 del Código de Comercio ni el 342 [...] por no tratarse evidentemente de compraventa de índole mercantil, por carecer de una de sus notas características: el ánimo de lucro a que se refiere el art. 325 de dicho cuerpo legal» (STS 1-VII-1947 [Rep Ar 927/1947]).

Caso: compraventa de una máquina para la extracción de aceite de oliva entre comerciantes: «... la característica esencial de la compraventa mercantil es la intencionalidad del comprador, que ha de ser la de revender las cosas con ánimo de lucro y siendo ello así y referido el contrato debatido a la compraventa de maquinaria para la molturación de la aceituna [...], sin ánimo de revender el molino, ni su maquinaria, ni sus piezas para obtener un lucro en la reventa, el contrato debe reputarse compraventa civil y sometido a las reglas del Código sustantivo [civil, claro]...» (STS 7-VI-1969 [Rep Ar 3285/1969]).

Caso: compraventa de un autobús entre un comerciante y otro que no lo es (pero que lo va a ser): es la «naturaleza [...] civil de la relación contractual [...] de autos la que impone la aplicación del art. 1967, 4.º, del Código civil, por tratarse de la venta de un vehículo por un comerciante a otro que no lo es, contrato que resulta excluido del ámbito mercantil por la definición del art. 325 del Código de Comercio...» (STS 14-V-1979 [Rep Ar 1828/1979]) (66).

De esta pequeña exposición obtenemos la conclusión de que para nuestro Tribunal Supremo, como decíamos un poco más arriba, la hipótesis de compra que consideramos (que incluye tanto materiales a *integrar* en la producción, como maquinaria para *realizar* la producción), es siempre y en todo caso de naturaleza civil, porque, no estando su objeto destinado a la reventa, *se considera necesariamente destinado al consumo* y, por consiguiente, se subsume en la previsión del art. 326, 1.º.

Esta subsunción, sin embargo, sólo nos parece válida en la superficie de la letra del art. 326, 1.º; más abajo, en su ámbito teleológico, no cabe en modo alguno. Esta es la razón por la cual considerábamos imprescindible proceder a una reducción teleológica de la norma. En el fondo —como con todo tino señala Muñoz Planas— la «compra para uso o consumo em-

(66) La primera de las mencionadas, la STS 27-I-1945 es la que comenta Polo en su trabajo tantas veces citado; sobre la última —STS 14-V-1979— pueden verse las consideraciones críticas de Muñoz en su ya referido trabajo. Para el estudio de la «pequeña jurisprudencia» de las Audiencias, v. MUÑOZ, *op. cit.*, pp. 726-743. Existen otros pronunciamientos del Tribunal Supremo en los que —en la misma línea de los referidos en el texto— se presupone el carácter civil de este tipo de compraventa: v., a título de ejemplo, STS 15-X-1979 (Rep. Ar. 3392/1979): compraventa de excavadora entre comerciantes; STS 14-X-1970 (Rep. Ar. 4229/1970): compraventa de un conjunto de ruedas para el lanzamiento de vigas entre dos comerciantes.

presarial» no está *tipificada* por el art. 326, 1.º La previsión legal de ese precepto contempla únicamente «las compras de bienes destinados al consumo *personal* del comprador o del tercero para quien adquiere; esto es [destinados] a su consumo *doméstico*, el propio o de su familia, pero no al consumo industrial o comercial de los empresarios» (67).

En favor de esta interpretación reductora del ámbito material del artículo 326, 1.º, pueden alegarse algunos argumentos de peso. En primer lugar, el proviniente del mismo tenor literal del precepto nos da ya una pista sobre su verdadero significado: el texto habla, *expressis verbis*, de «consumo»; y, en rigor, de «consumo» sólo se suele hablar en relación a las economías domésticas, pues sólo ellas son «economías de consumo». En el contexto de la empresa industrial, la palabra, según su connotación semántica corriente, no resulta adecuada: la empresa no compra para «consumir», sino para «producir». Este pensamiento se avalaría además por una interpretación histórica del art. 326, 1.º, que, a través del art. 360, II del Código de Sainz de Andino, procede, casi con toda seguridad, del artículo 638, I *Code de Commerce*; y precisamente de aquel inciso en que éste señala que «[N]e seront point de la compétence des tribunaux de commerce [...] les actions intentées contre un commerçant pour paiement des denrées ou marchandises achetées pour son *usage particulier*» (68). Respecto de este precepto apostilla Pardessus (en un momento de su obra con la que trabajó y en la que se inspira Sainz de Andino): «para su uso particular» significa lo mismo que «para satisfacer las necesidades de su persona o de su familia». «Este destino —añade— excluye toda idea de *engagement* comercial»; huye de cualquier tipo de afectación del bien comprado al «ejercicio del comercio» (69). De este pequeño dato podemos ya, sin más, inferir que la razón de la exclusión operada por el art. 326, 1.º de nuestro Código estriba únicamente en el destino de los bienes adquiridos al uso o consumo de la *economía familiar*. Esta conclusión, por otra parte, se corrobora si tenemos en cuenta el Derecho comparado del momento. Los viejos *Codici di Commercio* italianos (el de 1865 en su art. 2, 1.º, y el de 1882 en su art. 5) tampoco reputaban acto de comercio la compra para uso o consumo del «acquirente o della sua *famiglia*». La mención expresa de esta palabra —«familia»— nos indica con toda claridad cuál es la *ratio* de la exclusión: el destino de los bienes a la cobertura de las necesidades domésticas (70). En el mismo sentido se producía, por ejemplo, el art. 464 del Código comercial portugués. En resumen, pues, y sin que sea preciso alargar estas consideraciones, podemos decir que la exclusión operada por

(67) Cfr. MUÑOZ, *op. cit.*, pp. 744-745.

(68) Esta genealogía del precepto (si no directa, al menos indirecta) la sugiere MUÑOZ, *op. cit.*, p. 745, nota 282.

(69) PARDESSUS, *Cours*, cit., I, p. 87.

(70) Y hasta tal punto parecía evidente esta conclusión que los autores consideraban la declaración legal innecesaria, un mero «ossequio alla tradizione»: así, por ejemplo, BOLAFFIO, *Degli atti di commercio*, cit., p. 544.

el art. 326, 1.º, se funda en el hecho de que la *función económica del negocio no es, en última instancia, productiva* (71).

Ergo, en la medida en que la «compra para uso o consumo empresarial» tenga una función productiva —y no creo que nadie pueda dudarlo seriamente—, será legítima la reducción teleológica que estamos proponiendo.

Ahora bien, desalojado este supuesto de compraventa del art. 326, 1.º, ¿dónde es pertinente reinsertarlo? A nuestro modo de ver, su sede no puede ser otra que la del art. 325. Para reconducirlo a ese cauce es menester, sin embargo, que procedamos a integrar analógicamente el supuesto. Entramos así en la segunda fase de la operación interpretativa; en ella hemos de esforzarnos por demostrar que entre el supuesto de hecho literal de la norma —la «compra para revender»— y la «compra para uso o consumo empresarial» media «identidad de razón» en punto precisamente al criterio que el legislador ha seleccionado como relevante en orden a la atribución de mercantilidad a los negocios de compraventa. ¿Cuál es ese criterio? En el epígrafe núm. 5 del trabajo, cuando nos aproximábamos al estudio de la norma del art. 325 C. de C., ya lo esbozábamos: el criterio de asignación de la mercantilidad se encuentra única y exclusivamente en *el ánimo de inversión con que actúa el adquirente* y no en el ánimo de revender, que no es más que una manifestación —muy importante, si se quiere, sobre todo en el período histórico del «capital comercial»— de ese ánimo de lucro especial que entraña la operación económica de inversión. Pues bien, si las cosas son así, me parece que con demostrar o explicitar que en la «compra para uso o consumo empresarial» es dable constatar semejante «ánimo de inversión», la integración analógica que postulamos queda plenamente autorizada. Nos separaríamos así de la doctrina jurisprudencial ya expuesta, en la que, al amparo de una lectura en exceso apegada a la letra del art. 325, viene exigiéndose la constancia del doble propósito —*animus vendendi* y *animus lucrandi*— para dar curso a la calificación mercantil de una operación (72).

(71) Cfr., aquí, U. NAVARRINI, *Trattato teorico-pratico di Diritto Commerciale*, Torino, 1920, I, p. 202.

(72) También es verdad que existe alguna resolución en la que el Tribunal Supremo reconoció el carácter mercantil de una «compra para uso o consumo empresarial». Concretamente así sucedió en un caso de compraventa de *karts* entre dos comerciantes, cuyo destino no era la reventa sino su utilización empresarial. El alto Tribunal, sin embargo, no razonó esta decisión; en la sentencia únicamente hemos podido leer que «la naturaleza del contrato, según los términos de éste y los fundamentos aducidos en otros motivos, es la de mercantil»: STS/16-VI-1972 (Rep. Ar. 2744/1972). También se presupone el carácter mercantil de una compraventa de tuberías entre comerciantes en la STS/15-X-1980 (Rep. Ar. 3808/1980). Muy recientemente se ha calificado de mercantil la compraventa de materiales de construcción (en concreto de parquet para el solado de un edificio y de tabiques prefabricados: cfr. STS/12-III-1982 [Rep. Ar. 1372/1982] y STS 23-III-1982 [Rep. Ar. 1500/1982]). Los casos no revisten mayor importancia, pues se les ha reputado de mercantiles, porque se ha considerado que eran «compras para revender». En la primera de las resoluciones citadas dice el Tribunal Supremo: «En el caso de la litis, la intromisión especulativa del comprador es patente, por más que el parquet estuviera destinado a su colocación en un inmueble de manera permanente, pues la actividad construc-

El problema, por tanto, consiste en discernir si la compra de materias primas (aunque este supuesto, en rigor, ya está incluido en el tenor literal del art. 325); la compra de combustibles y materiales energéticos para la producción; la compra de maquinaria, mobiliario, etc., etc., son operaciones análogas (por ser actos de inversión) a las «compras para revender». O lo que es lo mismo: se trata de verificar si la ausencia de la «compra para uso o consumo empresarial» del art. 325 es contraria al programa de fines de la ley, en cuyo caso existe una laguna (y cabe, consiguientemente, la analogía); o si, por el contrario, esa ausencia sólo es opuesta a un programa determinado de política del derecho (laguna de *lege ferenda*), en cuyo caso es menester esperar la intervención del legislador. Al respecto y ante todo hemos de indicar que ese problema fue ya considerablemente discutido a lo largo de todo el siglo pasado, tanto en Francia como en España. La solución que recibió la disputa se orientó generalmente en sentido afirmativo; es decir, en el sentido de considerar que, existiendo una verdadera laguna normativa, procedía la analogía.

En Francia el debate giraba alrededor del artículo 632, I *Code de Commerce*, a tenor del cual, como es sabido, se reputaba mercantil «[T]out achat des denrées ou marchandises pour revendre, soit in nature, soit après les avoir travaillées et mises en oeuvre...». Pardessus, el autor que tanto habría de influir en nuestra codificación mercantil, alejándose sabiamente del burdo positivismo de *L'école de l'Exèges* a la sazón imperante, daba esta respuesta al problema que estamos tratando; esta finísima respuesta:

«On doit même considérer aussi comme acte de commerce l'achat que feraient des fabricants du bois et du charbon qu'ils consomment pour faire leurs distillations ou leurs fabrications. Ce serait abuser des mots que de dire qu'ils ne revendent pas ce charbon, ce bois, en tout ou partie, après les avoir travaillés: sans cet emploi ils n'auraient pu fabriquer les matières ou les liqueurs qu'ils vendent, et ici l'esprit de la règle doit l'emporter sur le respect servile pour les mots» (73).

tora, al igual que la manufacturera o fabril, no excluye la nota que se trata de elementos que luego son indiscutiblemente transformados, operación que *es propia del comercio de reventa*». Ambos pronunciamientos son comentarios conjuntamente por J. M. DE LA CUESTA RUTE, «De nuevo sobre la compraventa civil y mercantil», en LA LEY 517 (1-X-1982), pp. 7-12. Este autor combate con cierta dureza las decisiones alcanzadas por el Tribunal Supremo, totalmente correctas a mi juicio, esgrimiendo a tales efectos un argumento manifiestamente desviado: según él tales compraventas no podían haber sido reputadas comerciales, ya que «la industria inmobiliaria [queda] fuera de la actividad transformadora cuyos productos son objeto de reventa lucrativa a tenor del artículo 325 C. de C.». La debilidad de este planteamiento se constata con sólo tener presente que aun cuando admitiésemos (que no lo admitimos) que el tráfico de inmuebles queda fuera del Código de Comercio, ello no implica que debamos sostener que no es mercantil la *compra de bienes muebles* que se revenderán incorporados a inmuebles.

(73) PARDESSUS, *Cours*, cit., I, p. 26 (v. además *ibi*, pp. 29-30). En el mismo sentido —y de gran interés por la amplia información que suministra— L. NOUGUIER, *Des Tribunaux de Commerce, des commerçants et des actes de commerce*, Bruxelles, 1845, II, pp. 241-243.

Por encima del respeto servil a las palabras (ánimo de revender) hay que atender al espíritu de la regla (ánimo de invertir). Esta misma lección metodológica que hoy proponemos frente a los excesos literalistas de nuestra más alta judicatura, fue también predicada por algunos de nuestros mejores mercantilistas del siglo XIX. Estas palabras, que con toda probabilidad se las debemos al mismo Sainz de Andino, son el mejor testimonio de ello:

«¿Serán también mercantiles las compras de las materias auxiliares de la fabricación que no quedan incorporadas en el producto fabricado y, por tanto, no se revenden, ni en la misma ni en diferente forma, como el carbón mineral que pone en movimiento la maquinaria de una fábrica? Si hubiéramos de atenernos estrictamente a la letra del artículo 359 [y hoy a la del 325], contestaríamos negativamente a esta pregunta; pero haciéndose estas compras con el mismo propósito que la de las materias de que se compone el producto fabricado, siendo necesarias en unos casos y de gran utilidad en otros para fabricarles, y habiendo en ellas ánimo de obtener un lucro, creemos que no reputarlas actos de comercio es desconocer la naturaleza de esta industria y de las operaciones que la constituyen. Lo mismo decimos de las compras de máquinas y herramientas, cuando no se consideran como accesorio del edificio en que se halla el establecimiento fabril, porque en este caso, siendo compras de inmuebles, no pueden tener legalmente la consideración de mercantiles» (74).

Este texto habla por sí solo. En él queda excelentemente perfilada la identidad o, cuando menos, la similitud de *ratio* que media entre las «compras para revender» y las «compras para uso o consumo empresarial». Con lo que, en última instancia, se hace factible aplicar a las últimas lo dispuesto para las primeras. La integración analógica del artículo 325 se revela, consiguientemente, plenamente hacedera. Frente al argumento textual, estamos ya en condiciones de replicar que esa referencia legal al propósito de reventa responde sólo —como atinadamente señala Muñoz— a caducos motivos históricos; al hecho, se quiere decir, de que la ley arranca de la *consistencia histórica* de la actividad especulativa del mercader, pero sin que ello implique necesariamente la exclusión del ámbito mercantil de las

(74) P. SAINZ DE ANDINO, L. ARRAZOLA y otros, «Actos de comercio» en *Enciclopedia española de Derecho y Administración o nuevo Teatro Universal de la Legislación de España e Indias*, Madrid, 1848, I, pp. 154-155 (*apud* POLO, *op. cit.*, pp. 296-297). El inciso final del texto reproducido se explica, porque —como ya sabemos— el artículo 360, I C. de C. de 1829 excluía de la mercantilidad los «bienes raíces y efectos accesorios», cosa que desaparece en el actualmente vigente art. 326: *v. retro* n. 4.

La interpretación que estamos intentando llevar a puerto parece darla por presupuesta el Diputado señor Carvajal en su intervención en las Cortes, en el período de sesiones en que se discutía el actual Código de Comercio: cfr. *Diario de Sesiones de las Cortes* de 27-11-1883 (n. 53), p. 1114.

compras efectuadas por los empresarios de bienes que, aunque no destinados a ser revendidos, sin embargo, se hallan *preordenados a subvenir las necesidades de la explotación industrial*. Pues unas y otras compras —para «revender» y para «consumir empresarialmente»— presentan entre sí una evidente *identidad funcional* y una conexión tan estrecha que carecería de sentido someter unas al Código de Comercio y otras al Código Civil (75). Más adelante, ya muy pronto, estudiaremos las razones económicas que nos conducen ahora a postular la susodicha «identidad funcional» entre ambos tipos de compraventas comerciales.

En el caso de nuestra sentencia, si sabemos leer más allá del significado inmediato de las palabras, llevaban, pues, razón los recurrentes, cuando en el motivo quinto de la casación alegan —según consta en la copia de la sentencia original en nuestro poder— que:

«... esa mercancía [el «Hidrocal»] la adquiere don Santiago Santisteban, no para su propio consumo, sino para revenderla transformada —incorporada a los materiales para el raseo de techos y paredes de la edificación 'Palma Nova'— con ánimo de lucrarse en la reventa. La compraventa que ahora se examina es [por consiguiente] compraventa mercantil, según la definición que de la misma se contiene en el artículo trescientos veinticinco [325] del Código de Comercio».

Repárese en el hecho de que a estos efectos lo mismo importa el producto que se incorpora que la máquina que se utiliza para incorporarlo.

Pues bien, son estas consideraciones y no otras las que, por ejemplo y para poner término a este epígrafe, nos deben conducir a resolver la disputa sobre la mercantilidad de la «compraventa de empresa» en sentido afirmativo, coincidiendo una vez más en la conclusión con la tesis más ge-

(75) Así MUÑOZ, *op. cit.*, pp. 747-748. Este planteamiento doctrinal ha sido recogido por el Auto de 22-IV-1980 de la Audiencia Territorial de Oviedo (Sala de lo Civil), en el que se pueden leer incluso las mismas palabras que utilizaba Muñoz en su anterior edición del trabajo (Oviedo, 1979): «puede decirse que son compraventas mercantiles las compras de bienes muebles efectuadas por empresarios que, aunque no destinados a la reventa, sin embargo están preordenados a subvenir las necesidades de la explotación». Para Muñoz, por otra parte, el supuesto que consideramos —«la compra para uso o consumo empresarial»— debe reputarse mercantil a través de la vía del artículo 2 C. de C. En este punto, sin embargo, disiento. A mi juicio, la función del artículo 2 (como ha puesto de manifiesto GIRÓN, *El concepto*, cit., pp. 146-147) es la propia de una «cláusula general de mercantilidad», pero que únicamente opera —como decíamos antes (v. *supra*, nota 46)— respecto de aquellos grupos o constelaciones de casos en los que no ha habido decisión legislativa; es decir, donde hay laguna intralegal o de *ratio*, por ejemplo en el supuesto del contrato de *franchising* o *factoring*. Y ese no es el caso ahora: en materia de compraventa sí ha habido una clarísima decisión legislativa; por ello el modo de proceder es el marcado por el artículo 4, I CC.: la analogía *legis*. No quiere esto decir, ni mucho menos, que con este planteamiento suscribamos las tesis de aquellos que —como RUBIO, *Introducción*, cit., p. 437 o como FIGA FAURA, «Colisión intraestatal de ordenamientos», cit., p. 83— entienden que la analogía consagrada por el artículo 2 C. de C. es la analogía en sentido técnico. Entre otras razones, porque si así fuese, el artículo 2 sería innecesario.

neralizada entre los tratadistas de derecho mercantil, aunque no en el *iter* argumentativo seguido (76). La adquisición de una empresa constituye siempre un acto de inversión que, como tal, ha de ser sometido al derecho comercial. Es la intención del adquirente, siempre encaminada a la actividad productiva, lo que confiere mercantilidad al negocio (77). Incluso podríamos decir que es en la adquisición de una empresa cuando se produce de modo más evidente ese ánimo de lucro especial de la compraventa mercantil que se cifra en una expectativa de ganancia basada en un cálculo de riesgo (78). Los argumentos alegados en contra de esta opinión, fundamentalmente por Vicent Chuliá, no son suficientes para destruir su consistencia teleológica. De un lado, se objeta que no siendo y no pudiendo ser mercantil la compraventa de inmuebles, tampoco —por obvias razones— lo puede ser la del establecimiento. Esta objeción ya la hemos superado anteriormente cuando nos ocupamos de la mercantilidad del tráfico inmobiliario (*retro*, n. 4); no es preciso por ende que volvamos ahora sobre ello. Se objeta de otro lado la inadecuación existente entre los brevísimos plazos señalados por el Código de Comercio para la denuncia de los vicios (artículos 336 y 342) y la compleja estructura del bien —«empresa»— que es objeto del contrato (79). Respecto de esta afirmación hay que puntualizar: *primero*, que aunque eso fuere cierto —que no lo es por lo que se dirá a continuación— la argumentación es incorrecta (por ser de *lege ferenda*): el hecho de que un determinado régimen jurídico se adapte mejor o peor a una realidad dada no puede bastar para considerarlo inaplicable, máxime si se trata de derecho dispositivo. Las normas se promulgan en vista de un determinado tipo de frecuencia empírica que suele quedar desbordado por la evolución y aún por la cortedad de miras del legislador; pero precisamente por ello es materia disponible, modificable por las partes. La compraventa de una empresa (como la de tecnología de gran envergadura) no es precisamente una *small sum-transaction* que haga muy costosa la revisión, caso por caso, del derecho dispositivo dado. *Segundo*: que en todo caso ese problema no se plantea en la compraventa de empresa. La «empresa» no es más que un *nomen* que designa elípticamente un conjunto de bienes que son los que se compran. Eso que llamamos «compraventa de empresa» seguramente no es otra cosa que un contrato normativo en donde de forma ordenada e interdependiente se proyectan y diseñan los futuros negocios de transferencia de cada uno de los elementos que la componen. Por lo tanto, calificar de mercantil el negocio global no es tan trascendente

(76) En este sentido se manifiestan, por ejemplo, LANGLE, *El contrato de compraventa mercantil*, cit., pp. 149-152; GARRIGUES, *Tratado*, cit., I, p. (Madrid, 19); URÍA, *Derecho Mercantil*, cit., 501-502; etc.

(77) Ya en este sentido los clásicos franceses: cfr. NOUGUIER, *Des Tribunaux de Commerce*, cit., II, pp. 242-243; ALAUZET, *Commentaire*, cit., VIII, pp. 342-343. Para la jurisprudencia, v. E. COHENY y A. DARRAS, *Code de Commerce*, París, 1908, II, p. 360.

(78) «Unternehmenskauf ist Chancen- und damit Risikokauf»: K. QUACK, «Der Unternehmenskauf und seine Probleme», en ZGR 11 (1982), p. 353.

(79) Estos argumentos son de VICENT CHULIÁ, «Delimitación», cit., pp. 494-499; En la misma dirección se pronuncia M. CÁMARA, «La venta de empresa mercantil» en AAMN 24 (1982), pp. 287-288.

como calificar los singulares del mismo modo. Como tal, a la compraventa de empresa, serán muy pocos los preceptos que le afectarán más allá de los generales en materia de obligaciones mercantiles (arts. 50-63 C. de C.) (80).

8. Llegados aquí es hora de que recapitemos por un momento. Del examen llevado a cabo de los artículos 325 y 326 C. de C. pueden darse como válidos estos resultados:

a) En primer lugar, que compraventas mercantiles como tales sólo pueden ser consideradas las adquisiciones —independientemente de cual sea su objeto: mercancías para revender, materias primas para transformar o máquinas para producir— realizadas con ánimo de inversión; es decir, adquisición de lo que, en términos económicos, se denomina *capital en sentido real*. Por el contrario, serán civiles aquellas otras adquisiciones efectuadas con el exclusivo afán de subvenir a las necesidades de la vida; esto es, adquisición de lo que en términos económicos llamamos *bienes de consumo*;

b) En segundo lugar, desde otra perspectiva, que únicamente deben reputarse compraventas mercantiles aquellas «compras para vender» (art. 325), en las que, por consiguiente, el dinero circula como *capital financiero*. Por el contrario, son civiles las «ventas para comprar» (art. 326, 2.º, 3.º y 4.º) a las que, por tener el mismo fin: subvenir a las necesidades de la vida, se asimilan las compras para uso o consumo personal (art. 326, 1.º); en ellas, por lo tanto, el dinero —el precio del contrato— circula como simple dinero, medida de valor;

c) Y en tercer lugar, que sólo debe atenderse para calificar un supuesto dado de compraventa civil o mercantil a la posición que para el caso sea jurídicamente relevante (la del vendedor o la del comprador); teniendo en cuenta —evidentemente— que por imperio de la regla de vigencia «*lex specialis derogat lex generalis*» en caso de concurso debe prevalecer siempre la calificación realizada en base a las excepciones contenidas en los tres últimos párrafos del artículo 326.

La pregunta inmediata a la vista de estas conclusiones es la siguiente: ¿pero es racional todo esto?, ¿obedece a alguna lógica científicamente justifi-

(80) En este sentido convenimos con Broseta que el problema de la mercantilidad de la compraventa de empresa es «casi de pura naturaleza académica» (M. BROSETA PONT, «La transmisión de la empresa: compraventa y arrendamiento», en RDM 107 [1968], p. 81). Lo que sucede, en realidad, es que la empresa, como tal, no tiene una «ley de circulación propia»; «circula —señala muy certeramente F. GALGANO, *L'imprenditore*, Roma-Bologna², 1974, pp. 78-79— según las leyes de circulación específicas de cada uno de los bienes singulares que la componen. Esto significa [...] que el término 'empresa' (*azienda*) no designa —como a veces se ha pensado— un bien en sí mismo, distinto de los bienes singulares que lo integran; el término designa, elípticamente, una pluralidad de bienes». Por consiguiente —como apuntamos en el texto— al contrato de compraventa de empresa como tal —esto es, como contrato normativo— le será de aplicación el Código de Comercio, pero —debido a su propia naturaleza— pocas normas le atañerán directamente; a la pluralidad de contratos proyectados les será de aplicación, en cada caso, las normas que los contemplen.

cable? A mi juicio la respuesta es positiva; y a demostrarlo dedico la próxima y última división del trabajo.

III

9. La especialidad de la compraventa mercantil puede explicarse racionalmente a través de la *teoría económica del capital*, tal y como ésta fue elaborada y formulada por los economistas clásicos, a los que, a efectos de esta exposición, nos ceñiremos (81). Ya hemos dicho que el modelo social que subyace a los artículos 325 y 326 C. de C. no es el del «comprador-comerciante» (o empresario), sino el del «comprador-capitalista» (por lo que se explica, v. gr., la mercantilidad de las compraventas en la Bolsa y, en general, de los negocios de transferencia de los títulos valores, que constituyen los instrumentos de «comercialización del capital», según señalara Max Weber al efectuar la taxonomía de los requisitos del capitalismo) (82). Otra cosa es —y es cierta— que normalmente coincidan las figuras del empresario y del capitalista. Capitalista es aquel que ha acumulado una cierta cantidad de riqueza y que se propone no consumirla, sino incrementarla a través de un proceso de reproducción. En ese justo momento en que la riqueza se destina a su reproducción deja de ser riqueza, patrimonio, para convertirse en capital, a cuya circulación dará cauce jurídico la *compraventa mercantil*.

El capital en la ciencia económica se entiende en un doble sentido que conviene dejar muy claro: en el sentido de una corriente homogénea de fondos (a lo que suele denominarse *capital monetario*, o incluso *capital financiero*, aunque este último término es ambiguo); y en el sentido de un conjunto heterogéneo de instrumentos (a lo que se llama *capital físico* o *capital real*). Pues bien, la compraventa mercantil (la compra de inversión) es aquella justamente cuyas dos prestaciones fundamentales —el pago del precio y la entrega de la cosa— son prestaciones de capital —de capital monetario una y de capital físico la otra—. Esto es lo que nos proponemos mostrar ahora; primero desde el punto de vista del capital real (y así explicaremos, por ejemplo la «identidad funcional» que media entre la «compra para revender» y la «compra para uso o consumo empresarial»); y después, en la perspectiva del capital monetario.

10. La primera proposición es, pues, que *la compraventa mercantil es aquella que instrumentalmente la circulación del capital real*. Expresada de otra forma, esta afirmación nos indica que la compraventa mercantil es siempre (y sólo) adquisición de capital. Para una adecuada inteligencia de esta afirmación, estimo conveniente repasar, aunque sea transitar por lugares comunes, algunas categorías elementales de la economía política. A la hora de clasificar los bienes, la primera división con que nos topamos

(81) Para una primera aproximación, v. J. A. SCHUMPETER, *Historia del análisis económico*, trad. esp., Barcelona, 1971, pp. 692-713.

(82) M. WEBER, *Historia económica general*, trad. esp., México-Madrid-Buenos Aires, 1974, p. 238.

en los manuales es la que discrimina entre *bienes directos* (es decir, aquellos que derechamente satisfacen una necesidad de la vida) y *bienes indirectos* (esto es, aquellos que se dirigen no a subvenir una necesidad, sino a procurar otros bienes). La clave y la importancia de esta bipartición de los bienes reside en el hecho de que el criterio discriminador no se halla en los bienes mismos, en su naturaleza, sino en el destino que su titular les asigna. Por ejemplo: la gasolina es un bien directo si la utilizo como combustible de mi coche particular, mientras que constituye un bien indirecto cuando la utiliza una empresa de transportes o una industria siderúrgica: *Un bien indirecto representa, pues, un bien de producción*. La compraventa mercantil, siendo susceptible de tener por objeto única y exclusivamente bienes indirectos, se caracteriza, pues —como ya hemos avanzado—, por *estar finalizada a la actividad productiva*. Desde el punto de vista económico —y no otra es la razón que explica la «identidad funcional» que hemos postulado entre la «compra para revender» y la «compra para uso o consumo empresarial»—, la actividad de producción viene entendida con un significado más general que el que la expresión tiene en el lenguaje común; el concepto de producción, desde este punto de vista, se vincula estrechamente al concepto de *transformación de los bienes*. Transformación ésta que, teniendo siempre la misma significación económica, puede ser o puede manifestarse, por lo que a nosotros interesa, bajo una doble forma: como *transformación técnica* o como *transformación modal*. En el primer caso nos hallamos cuando, por ejemplo, fabricamos un coche a partir de unos determinados bienes —hierro, combustible, plástico, máquinas, etc.—, que son bienes de producción. El segundo tipo de transformación está constituido por aquellas operaciones mediante las cuales un bien, inicialmente disponible de un cierto modo, pasa a ser disponible de otro distinto (se trata básicamente de la transformación en el tiempo y en la distancia). Los coches fabricados se transforman cuando son adquiridos por los distribuidores para ser revendidos. Estos coches son también *bienes de producción o bienes indirectos* (83).

Observamos de esta manera que las operaciones de adquisición de ambos tipos de bienes —las materias primas, la maquinaria o los productos elaborados— responden a la misma e idéntica finalidad productora; y por esa razón, si económicamente son lo mismo, deben ser tratados jurídicamente de igual modo. Alcanzamos, pues, la conclusión de que la adquisición de bienes directos o de consumo incumbe a la compraventa civil, mientras que la adquisición de bienes indirectos o de producción realizada a fin de transformarlos (de agregarles valor) corresponde a la compraventa mercantil (84).

(83) Desde Say ya nadie duda del carácter *productivo* del comercio. Sobre este tema puede consultarse el cuaderno de C. BIANCHI y F. COLOMBI, *L'industrializzazione delle attività terziarie*, Milano, 1977, *passim*.

(84) Distinción ésta que correría paralela a las dos formas de apropiación (mejor dicho: de propiedad) tematizadas por Max Weber: apropiación patrimonial (civil) y apropiación lucrativa (mercantil): WEBER, *Historia*, cit., p. 14.

Estas consideraciones requieren, sin embargo, de alguna matización ulterior: El concepto que hasta ahora venimos utilizando de bien indirecto o bien de producción coincide con el concepto de «factor de producción». Tales factores de producción, en la clasificación que nos han legado los economistas clásicos, son —como es sabido— tres:

«... además de los dos requisitos fundamentales y universales de la producción, trabajo y agentes naturales, hay otro requisito —nos dice, por ejemplo, John Stuart Mill— sin el cual no es posible ninguna operación productiva, fuera de las toscas e insuficientes primeras etapas de la industria primitiva: a saber, una provisión o existencia previamente acumulada de los productos del trabajo anterior. Esta provisión acumulada de los productos del trabajo se llama *capital*» (85). Capital —nos dice más adelante el mismo autor— es «toda riqueza acumulada que se destina a ser empleada para que se reproduzca» (86).

Objeto de la compraventa mercantil no son todos los factores de producción: únicamente, como veremos, el factor «capital». No lo es, ciertamente, el trabajo, ya que circula a través de otros medios jurídicos (arrendamiento de servicios, contratos de trabajo, mandato, etc.); ni tampoco lo es la tierra y sus recursos naturales, que por sus características específicas (*Urproduktion*; originalidad, gratuidad, permanencia, etc.) quedan sometidos al derecho civil.

Respecto de este punto concreto es preciso, sin embargo, que efectuemos una puntualización. Hemos afirmado más atrás la mercantilidad del tráfico de inmuebles realizado con ánimo de lucro (cfr. *retro*, n. 4). Por lo tanto, en este punto, incurriríamos en contradicción al decir que el factor de producción tierra queda excluido del tráfico jurídico-mercantil. Para salvar la contradicción, tenemos que alejarnos por un momento de la teoría clásica. La ciencia económica moderna pone en tela de juicio la distinción clásica entre tierra y capital, como dos factores de producción sometidos a lógicas diversas; y consiguientemente afirma que la tierra hoy es capital. En realidad la «comercialización de la tierra» es decir, su constituirse en capital es un proceso que, en nuestro país viene ya desde la mitad del siglo pasado cuando se abolieron todas las vinculaciones feudales y la propiedad se hizo —como decían los juristas de entonces— «propiedad perfecta». No en vano la exclusión expresa que efectuaba el artículo 360, I C. de C. de 1829 desaparece del Código de 1885 (87). La razón funda-

(85) J. STUART MILL, *Principios de Economía Política*, trad. esp., México², 1978, p. 72.

(86) *Ibid.*, p. 109.

(87) Muy interesante al respecto es el libro de V. SANTAMARÍA DE PAREDES, *La defensa del derecho de propiedad y sus relaciones con el trabajo*, Madrid, 1874, esp., pp. 138-186, donde se estudia «la propiedad considerada como capital». La conciencia de la época muy bien podría quedar resumida por este texto: «...La economía política [...] reconoce que si las fincas no pueden trasladarse de lugar y en este sentido material no pueden ponerse

mental que ha llevado a los economistas a calificar como capital a la tierra ha sido precisamente que, sólo en una mínima parte, la tierra es un factor originario y que su valor —o su valorización— depende básicamente del trabajo y capital que se incorpore a ella. En este sentido, por ejemplo, es evidente que la realización de una urbanización constituye una actividad de producción como otra cualquiera (88). Justificamos así, también desde el punto de vista económico, la interpretación que de este punto hemos realizado a la vista del silencio del C. de C.

Volviendo ya al tema que nos ocupaba, afirmamos, pues, que objeto de la compraventa mercantil sólo pueden serlo los bienes de capital o el capital real. Evidentemente, la especificidad de la compraventa mercantil, como sabemos, no se cifra en su objeto, sino en el ánimo de lucro o de inversión. Ninguna contradicción. Lo que sucede es que la especificidad del capital no reside en sí mismo, sino en la intención que tiene el capitalista al adquirirlo:

«... la distinción entre el capital y el no-capital —nos dice todavía John Stuart Mill— no radica en la clase de mercancías, sino en el espíritu del capitalista —en su deseo de emplearlas para cierta finalidad [la reproductiva] y no para otra [la consuntiva]» (89).

Esa y no otra es la clave del *capital*. Únicamente es la finalidad con que se adquiere lo que capitaliza la riqueza; no la finalidad con que se vende. Por ello, nos parece perfectamente coherente la decisión adoptada por el Código de Comercio de hacer únicamente relevante a los efectos de la calificación mercantil del negocio la *posición del comprador* (90). Ahora bien —como ya hemos insinuado— ese capital real o físico puede ser empleado de dos formas distintas, lo que da lugar a las dos hipótesis de compraventa mercantil que hemos estudiado: la «compra para revender» y la «compra para uso o consumo empresarial». Estos dos modos de empleo del capital son, para decirlo con Adam Smith, los siguientes:

físicamente más [que] al alcance de los que pretenden aplicar sus provechos la satisfacción de sus necesidades, cabe perfectamente que haya mediador ó medianero que compre en gran cantidad, ó en un momento dado, para revender en pequeñas porciones ó en otro momento, y que los contratos que recaigan sobre inmuebles constituyan verdaderos actos comerciales»; A. COMAS, G. DE AZCÁRATE, L. SILVELA (ponentes), *Informe del Claustro de la Facultad de Derecho de la Universidad de Madrid sobre el Proyecto de Código de Comercio*, Madrid, 1881, p. 7.

(88) Sobre la crítica de la distinción tradicional entre los factores de producción «tierra» y «capital», v. la síntesis ofrecida por M. CLAWSON, «Land. Economic Aspects», en D. L. SILLS (ed.), *International Encyclopedia of the Social Sciences*, New York-London, 1972, VII, pp. 552-553.

(89) STUART MILL, *Principios*, cit., p. 74.

(90) En' este orden de cosas nos parece desviada la ya considerada argumentación metonímica de Antonio Polo cuando quiere demostrar que la reventa es mercantil por ser la segunda parte de un mismo ciclo especulativo. Lleva razón por ello Angel Rojo cuando dice (si lo hemos entendido bien) que la calificación mercantil tiene sentido cuando «la adquisición de

«El primero consiste en procurarse, manufacturar o comprar bienes para venderlos con un beneficio. El capital empleado en esta forma no puede rendir beneficio ni ingreso al que lo emplea, mientras permanezca en su posesión o no cambie de forma. Los bienes acumulados por un comerciante no le dejan ninguna ganancia o beneficio hasta que los vende por dinero, y el dinero mismo apenas le deja utilidad hasta que se cambia nuevamente por otros bienes. Su capital sale de su posesión continuamente en una forma y retorna en otra, y sólo mediante esta circulación o cambio sucesivo obtiene una ganancia. Esta es la razón por la cual esta masa recibe la denominación de *capital circulante*» (91).

«El segundo modo de empleo consiste en mejorar las tierras o comprar aquellas máquinas útiles, instrumentos de comercio, u otra clase de bienes, que produzcan un ingreso o una ganancia, sin necesidad de tener que cambiar de dueño o circular ulteriormente. A estos capitales se les denomina, en consecuencia, con toda propiedad, *capitales fijos*» (92).

El beneficio del primer capital proviene de separarse de él (compra para revender); el del segundo, proviene de usarlo, de tenerlo (compra, para uso o consumo empresarial). Estas nociones de capital fijo y de capital circulante, pues, nos ofrecen la clave para entender los dos tipos (contemplado el uno; integrado analógicamente el otro) de compraventas mercantiles del Código (93). La identidad funcional de ambos tipos de operaciones queda finalmente reforzada si tenemos en cuenta que las dos se integran —al menos en la taxonomía weberiana— dentro del mismo tipo de orientación capitalista por el lucro; es decir, en la expectativa de ganancia en virtud del cálculo del capital (94). En resumen, pues, y si se admite que

las mercancías está en función de la posterior reventa, pero no cuando esa adquisición supone el fin de la cadena de distribución del bien, es decir, cuando se adquiere para uso o consumo propio o familiar»: cfr. ROJO, *La responsabilidad civil*, cit., p. 263. Este punto se entenderá más tarde, cuando veamos que el ánimo de lucro que confiere la mercantilidad es un ánimo de lucro específico: la *expectativa de ganancia*, que evidentemente no se produce en el momento de la reventa.

(91) A. SMITH, *Investigación sobre la naturaleza y las causas de la riqueza de las naciones*, trad. esp. México, 1981, pp. 252-253.

(92) *Ibid.*, p. 253.

(93) Aparte del dinero, nos dice todavía Adam Smith, las categorías fundamentales del *capital circulante* son: «las materias primas o productos en proceso de fabricación que se convierten en vestidos, mobiliario y edificios y que no habiendo alcanzado forma definitiva, permanecen todavía en poder de sus productores, manufactureros, merceros, pañeros...» y, por otro lado, «... toda obra acabada y completa, pero que aún permanece en poder del comerciante o del industrial, sin distribuirse entre los consumidores propiamente tales...»: SMITH, *La riqueza de las naciones*, cit., p. 256. Ambos son los dos subtipos de las «compras para revender» contempladas expresamente por el artículo 325 C. de C.

(94) Cfr. M. WEBER, *Economía y Sociedad*, trad. esp. México-Buenos Aires², 1964, II, pp. 132-133.

las cosas sean así, tal explicación nos habría descubierto la lógica interna de la compraventa mercantil, que se acopla sin ninguna clase de desajustes al llamado por los clásicos ingleses *teorema del capital*: «el capital se mantiene no por conservación, sino por reproducción perpetua» (95). No otro es el criterio que está gravitando sobre el artículo 325 C. de C. Este tema nos conduce ya derechamente al estudio del ciclo reproductivo del capital, al que hacemos frente en el epígrafe que viene.

11. Hasta el momento hemos visto que la cosa adquirida a través de la compraventa mercantil es *capital real*. Nos corresponde ahora examinar la otra cara de la moneda: es decir, mostrar que el precio satisfecho en la compraventa mercantil es capital financiero, con lo que accedemos al momento reproductivo del capital. En este análisis, entre otras, deberá quedar aclarada la razón económica que ha conducido a nuestro legislador a establecer las excepciones contenidas en el artículo 326 C. de C.. En esta ocasión nos valdremos de algunas categorías elaboradas por Marx en el primer volumen de *El Capital*; precisamente de aquellas en las que él recoge y sistematiza las ideas de la economía clásica.

El pensamiento central a desenvolver es el siguiente: en la compraventa civil el dinero funciona como dinero (medida de valor); por el contrario, en la compraventa mercantil, el dinero funciona como capital. Entre paréntesis hemos de precisar que el análisis lo desenvolvemos a un alto nivel de abstracción y que, por consiguiente, operamos con una gran dosis de simplificación, que puede conducir a un falseamiento de la realidad. La verdad es que la que venimos llamando compraventa civil no es tan «pre-capitalista» como la estamos presentando y acaso la mejor prueba de ello sea el hecho de que su regulación en los Códigos responde ya a las exigencias de una economía de mercado. Sin embargo, con esta reserva, nos parece correcto proceder así, para hacer manifiesta la función *especial* que se atribuye a la compraventa mercantil (95 bis). Volviendo ya al problema planteado respecto de las funciones del dinero, la primera cuestión a resolver es ésta: ¿Cómo o por qué razón pueden distinguirse o se distinguen el dinero como dinero y el dinero como capital? La respuesta nos viene dada por sus dos diferentes formas de circulación. Veámoslas pues.

La primera forma de circulación (de carácter no capitalista) es la que Marx denomina *circulación simple de las mercancías*. Es el caso, por ejemplo, del labriego que vende su trigo, para con el dinero conseguido procurarse otros medios de alimentación; del artesano que vende las porcelanas fabricadas la última semana para adquirir un traje; del particular que vende su coche usado para comprarse uno nuevo; o del particular —para ajustarnos a la descripción del artículo 326, 4.º— que vende su excedente para comprarse un equipo musical.

«El proceso de cambio de la mercancía se opera, por tanto —nos dice Marx—, mediante dos metamorfosis antagónicas y

(95) STUART MILL, *Principios*, cit., pp. 88-89.

(95 bis) Esta apreciación la aprueba G. LYON-CAEN, «Contribution a la recherche d'une définition du droit commercial» en RTDC 2 (1949), p. 584.

que se completan recíprocamente: la transformación de la mercancía en dinero y nueva transformación de éste en mercancía. Las dos etapas de la metamorfosis de las mercancías son, a la par, un trato comercial de los poseedores de éstas —venta, o cambio de la mercancía por dinero; compra o cambio del dinero por la mercancía— y la unidad de ambos actos [es]: *vender para comprar*» (96).

Por lo tanto, todo el proceso de cambio de la mercancía se desarrolla con arreglo al siguiente esquema: mercancía-dinero-mercancía, que desde ahora simbolizaremos así: M-D-M.

Mas al lado de esta forma de circulación, nos encontramos con otra, ya típicamente capitalista: la *circulación compleja del capital*. Esta nueva modalidad, específicamente distinta de la anterior, puede expresarse así: dinero-mercancía-dinero; y consiguiente simbolizarse con la fórmula D-M-D. Aquí se produce la transformación del dinero en mercancía y de ésta nuevamente en dinero; el proceso es, como indica el propio Marx, *comprar para vender*. El dinero que gira con arreglo a esta forma de circulación es el que se transforma en capital, llega a ser capital y lo es ya por su destino (97). Pero examinemos más de cerca este proceso D-M-D:

«Este ciclo recorre, al igual que la simple circulación de mercancías, dos fases contrapuestas. En la primera fase, D-M o compra, el dinero se convierte en mercancía. En la segunda fase, M-D o venta, la mercancía se convierte nuevamente en dinero. Pero ambas fases, unidas, forman el proceso total, en el que se cambia dinero por mercancía y *esta misma* mercancía nuevamente por dinero: o lo que es lo mismo, en el que se compra una mercancía para venderla [...]. El resultado en el que desembarca todo este proceso es el *intercambio de dinero por dinero*, D-D. Si compro 2.000 libras de algodón —nos dice Marx— por 100 libras esterlinas y las vuelvo a vender por 110 no habré hecho, en último resultado, más que cambiar 100 por 110 libras esterlinas; es decir, dinero por dinero» (98).

Este es el intercambio típicamente mercantil, y precisamente el que está presente en el art. 325 C. de C. Podemos decir que aquí el medio de pago del dinero es la mercancía. Cabría sostener que, a pesar de todo, en última instancia es lo mismo M-D-M que D-M-D, pues generalmente se hallan interferidos. Sin embargo, esto no es cierto; y las diferencias cualitativas que los separan —si atendemos a la posición que en cada momento es económicamente relevante, una posición, claro está, que se caracteriza por su intencionalidad peculiar— son fundamentales. Tan fundamentales que, a nuestro juicio, son las que explican la teoría de la mercan-

(96) K. MARX, *El Capital. Crítica de la Economía Política*, trad. esp. México², 1982, I, p. 66.

(97) *Ibid*, p. 103.

(98) *Ibid*, p. 104.

tilidad acogida por nuestro Código de Comercio. Estas diferencias, aunque todo parezca igual, se encuentran en el *orden inverso* en que se desarrollan las mismas fases contrapuestas (venta y compra) del proceso de circulación. La circulación simple de mercancías parte de la venta y concluye con la compra; la circulación del dinero en función de capital, comienza con la compra y acaba con la venta. Allí el punto de arranque y la meta final del movimiento es la mercancía; aquí, el dinero. En la primera modalidad es el dinero el agente mediador del proceso total; en la segunda —en la circulación del capital— el agente mediador es la mercancía. En la circulación M-D-M el dinero acaba siempre convirtiéndose en una mercancía empleada como *valor de uso*. Aquí la misma forma circulatoria excluye el movimiento cíclico del dinero. «Su resultado consiste en alejar constantemente el dinero de su punto de partida, en hacer que no retorne a él. Al finalizar el ciclo entero [*vender para comprar*: v. gr. la venta artesanal] el dinero desaparece de las manos de su primitivo poseedor» (99). Por el contrario, en la forma de circulación del capital (D-M-D), el comprador sólo desembolsa el dinero para volver a embolsarlo como vendedor. La mercancía funciona como *valor de cambio*. El que compra para revender, lo que hace en realidad es lanzar dinero a la circulación para volver a retirarlo vendiendo la mercancía que adquirió. «Sólo se desprende del dinero con la intención premeditada —señala Marx— de volver a apoderarse de él. *No hace, por tanto, más que adelantarlo*». En el ciclo «civil» de la circulación de las mercancías la inversión del dinero no tiene nada que ver con su reflujo (el consumidor que compra un tocadiscos no espera recambiarlo por dinero; o si el consumidor vende su televisión para comprarse un tocadiscos no lo hace más que en función de un cálculo de los diferentes valores de uso —el *Wertrechnung*—). En el ciclo «mercantil» de la circulación del capital, sin embargo, el reflujo del dinero es precisamente el fin de la inversión (el comerciante que compra una partida de tocadiscos lo hace en función de su cambio, y únicamente opera un cálculo de capital, un cálculo de precios o *Preisrechnung*). En el ciclo M-D-M, como se aprecia a simple vista, ambos polos presentan la misma forma económica: son mercancías, y además son mercancía de la misma magnitud de valor (el labriego que, en última instancia, cambia a través de la mediación del dinero trigo por un traje, lo hace pensando que contienen valores equivalentes). Son mercancías con el mismo valor de cambio (iguales cuantitativamente), pero con distintos valores de uso (diferentes cualitativamente). El intercambio de equivalentes valores de cambio y diferentes valores de uso no es el contenido del ciclo «mercantil» del capital. En D-M-D ambos polos son dinero; ambos tienen el mismo valor de uso: son cualitativamente iguales: el dinero siempre es igual al dinero. Únicamente se distinguen por su cantidad o magnitud. Por consiguiente, el proceso D-M-D no debe su contenido a ninguna diferencia cualitativa entre sus dos polos, sino a una diferencia cuantitativa. Los coches comprados por 100 millones se revenden por 130 millones. De ahí que en realidad la ver-

(99) *Ibid*, p. 74.

dadera fórmula sea $D-M-\triangle D$ (100). Este incremento o excedente es la *plusvalía*; es el resultado de la valorización del valor desembolsado, que de esta manera se convierte en capital. La expectativa de ganancia (que es la modalidad de afán de lucro considerada relevante por el art. 325) se ha convertido en beneficio (101). Ahora bien, se nos podría decir que mientras esta explicación es válida para la «compra para revender» no vale —porque no se da— en la «compra para uso o consumo empresarial». El mismo Marx nos despeja la duda:

«Comprar para vender, o dicho más exactamente, comprar para vender más caro, D-M-D', parece a primera vista como si sólo fuese la fórmula propia de una modalidad del capital, del capital mercantil. Pero no es así: el capital industrial es también dinero que se convierte en mercancía para convertirse nuevamente en más dinero, mediante la venta de aquélla. Los actos que puedan producirse entre la compra y la venta, fuera de la órbita de la circulación (es decir, en el ámbito

(100) *Ibid.*, pp. 105-107.

(101) Una vez más, por lo tanto, verificamos la especialidad del *animus lucrandi* contemplado por el artículo 325 C. de C. A este respecto, acaso valga la pena reproducir aquí las palabras que un notable informe sobre el entonces «Proyecto del Código de Comercio» dedicaba a este extremo: «Todo contrato que no es de pura caridad, o beneficencia se efectúa porque cada uno de los contratantes espera ganar ó mejorar su situación en el cambio de los productos ó servicios: si no lo creyese, si juzgara mejor, más útil y provechoso para él lo que posee ó lo que ha de entregar, no celebraría el contrato. En todos los onerosos hay, pues, la idea de provecho ó lucro. Mas estas palabras no pueden ser, de hecho no son sinónimas, al menos en la cuestión presente [la mercantilidad de la compraventa]; pues de serlo, todos los contratos onerosos serían mercantiles. El lucro, sin duda alguna, equivale en las compra-ventas a la diferencia que existe entre el precio de adquisición y el precio en que el objeto se enajena, y es llano que en este contrato la significación de la palabra lucro no ofrece duda y se diferencia del provecho que alcanza al que compra para consumir ó conservar». Y un poco más adelante agrega: «Cierto que todos los servicios son retribuidos, pero si la idea de retribución no se separa y distingue de la de lucro, no quedan fuera de las disposiciones comerciales más que los servicios de pura beneficencia»: A. COMAS, G. de AZCÁRATE, L. SILVELA (ponentes), *Informe del Claustro de la Facultad de Derecho de la Universidad de Madrid sobre el Proyecto de Código de Comercio*, Madrid, 1881, pp. 14-15.

Por otra parte, hemos de indicar que el esquema explicativo trazado hasta aquí al hilo de la lectura del *Capital*, es el único que interesa a los efectos perseguidos en este trabajo. El desarrollo sucesivo de Marx, que —como es sabido— está dirigido a investigar de dónde procede la plusvalía, queda al margen de nuestro interés; ahí es, por lo demás, donde comienza la polémica con los economistas clásicos; pues, como de todos resulta bien conocido, Marx entiende que la extracción de la plusvalía se produce fuera del proceso de circulación, en el «taller oscuro de la producción», como él mismo ha escrito: allí y no en otra parte, tiene lugar —siempre según Marx— la apropiación de parte del valor del trabajo por el empresario capitalista. Para los economistas liberales, por el contrario, la plusvalía se genera en el proceso de circulación: v. MARX, *El Capital*, cit., I, pp. 120, 130-149 y 425-433.

de la fabricación), no alteran en lo más mínimo esta forma del proceso» (102).

En resumidas cuentas, pues, creemos haber explicado y justificado de acuerdo con los principios de la teoría económica clásica, la interpretación que hemos efectuado de los arts. 325 y 326, a tenor de la cual la mercantilidad proviene del hecho de que la compra se inserta en el ciclo circulatorio del capital, cuyo contenido objetivo —la valorización del valor— es el fin subjetivo del comprador. La compraventa mercantil tiene una *causa lucrandi* (tal es su función económica típica), mientras que la civil se produce *causa consumendi* (tal es también su función económica típica). Quedaría por esclarecer únicamente un pequeño problema: ¿por qué es civil la compra para el consumo familiar si se inserta en el ciclo de circulación del capital o por qué es civil también la venta del artesano, del labriego o del particular de su excedente cuando la compra resulta efectuada por un empresario y, por consiguiente, adquiriendo con ánimo de revender, se inscribe en la cadena D-M-D? La razón es muy sencilla. Deliberadamente hemos formulado mal la cuestión para que nos sea más fácil caer en la cuenta del error de perspectiva en el que se incurre, por ejemplo, cuando se plantea el problema de la mercantilidad de la reventa. La razón, como decíamos muy sencilla, consiste en el hecho de que en realidad la compra para el consumo no se inserta en el ciclo de circulación del capital. Los dos ciclos funcionan totalmente interferidos y de uno, imperceptiblemente, se pasa a otro. La realidad del sistema económico se encuentra articulada por una infinidad de relaciones entremezcladas, de las cuales algunas pertenecen a un ciclo y otras al opuesto. Económicamente lo relevante es la intención de quien inicia el ciclo o de quien lo cambia; es decir, el hecho de si la operación se realiza con una u otra finalidad. Jurídicamente también sucede así, porque —como ya sabemos— el legislador atribuye carácter civil o mercantil a un negocio en función del ánimo que es dable constatar en la posición que en cada caso es la relevante (precisamente porque inicia o cambia un ciclo).

12. Llegados aquí, ya corresponde al lector juzgar la consistencia de nuestro razonamiento y la oportunidad de las conclusiones así alcanzadas. Con todo, antes de poner punto final a la exposición nos gustaría avanzar o, por lo menos, esbozar una respuesta a la pregunta que lógicamente sería la próxima del discurso hasta aquí trazado: ¿por qué razón una compraventa de capital se trata jurídicamente de forma distinta a una compraventa al consumo? ¿A qué se debe en este punto —y acaso también en otros— la especialidad de la disciplina mercantil frente al régimen general del Derecho civil? Solamente la formulación de esta cuestión encamina nuestra mirada, inevitablemente, hacia un viejo y muy querido tema de todos los mercantilistas; al problema de averiguar cuál es y dónde está el *proprium* conceptual del Derecho mercantil. Por razones obvias no nos vamos a detener ahora en un tratamiento mínimamente detallado de este

(102) *Ibid.*, 110-111.

asunto. Aun dentro de estas limitaciones, sin embargo, hemos de indicar que el examen realizado nos ha dejado constatar que el nacimiento histórico del concepto de capital se halla unido al surgimiento también histórico del capitalismo, al que asimismo se encuentra vinculada la aparición en escena del *ius mercatorum*. Parece pues que, en cierto modo, estamos abocados a desembocar en la tesis historicista del Derecho mercantil. Y así es. Para probarlo en el ámbito específico del tema aquí tratado —esto es, en el ámbito de la mercantilidad de la compraventa— vamos a tomar por un momento la hipótesis de Javier Conde; es decir, la hipótesis, según la cual el «Derecho mercantil es, en realidad, el resultado del proceso de transformación del Derecho civil patrimonial en la época del capitalismo» (103). Como es bien sabido de todos, según este autor, la impronta específica del Derecho mercantil la recoge o le ha sido conferida precisamente por el capitalismo como sistema económico singular, históricamente concreto y distinto de otras formas históricas de organización económica. Por ello, dice Conde, en el acto mercantil han de darse necesariamente como elementos dominantes las notas históricas que definen y diferencian los actos económicos de signo capitalista. ¿Cuáles son esas notas? Sobre la pista de los sociólogos de la historia alemanes de principio de siglo —Weber, Sombart, Simmel, von Martin, etc.—, asigna al acto económico capitalista estas dos notas rectoras: el afán de lucro y el cálculo racional (104). Pero ¿qué tipo de afán de lucro y qué tipo de cálculo racional (que siempre los ha habido) son los que deben considerarse específicos del capitalismo? En este texto que reproducimos se contesta adecuadamente la cuestión:

«Un acto capitalista es un acto económico de sentido singular. Todo acto económico está siempre determinado por el deseo de obtener ciertas utilidades. Lo que define su peculiaridad y le distingue de los demás es el sentido subjetivo que en él pone la acción humana. El acto capitalista es un tipo singular de *acto económico orientado por las probabilidades de ganancia de nuevos poderes de disposición sobre bienes*. Lo esencial es, pues, que el acto esté determinado efectivamente por una expectativa de lucro. Si probamos a descomponer la estructura lógica de esa expectativa, obtenemos el siguiente esquema: el que realiza el acto se orienta *previamente* por medio de una comparación entre resultados que va a conseguir (estimados cuantitativamente en dinero) y lo que tiene al iniciar el acto (estimado también cuantitativamente en dinero). Dentro de ese esquema se inscriben los términos ganancia, pérdida y riesgo. La comparación es, ni más ni menos, una operación de "cálculo". Aquí viene a cuento

(103) V. J. CONDE, «La transformación del derecho patrimonial en la época del capitalismo», en RDM 4 (1947), pp. 167-190 (= J. CONDE, *Escritos y fragmentos políticos*, Madrid, 1974, II, pp. 467-490).

(104) *Ibid.*, pp. 173-175.

la segunda nota esencial: dicho cálculo es más o menos racional. El caso óptimo de racionalidad se da en el tipo de cálculo que Weber llama "de capital" (105).

La conclusión de Javier Conde es que el acto mercantil es aquel en el que concurren —frente a las notas típicas del acto civil o patrimonial: cobertura de necesidades y cálculo natural— *la expectativa de ganancia en virtud del cálculo de capital* (106). No es necesario reflexionar mucho para constatar que justamente es este planteamiento el que creemos haber encontrado subyacente en los arts. 325 y 326 C. de C.

Pero hay más: esta interpretación no resulta, en principio, incompatible —al revés: se integra perfectamente— con aquella otra tesis, según la cual el Derecho mercantil es el derecho de la empresa. Para ello no hay más que echar un vistazo a la disciplina de la compraventa contenida en el Código. Allí nos percatamos, sin mayor dificultad, de que el modelo de «capitalista» contemplado es el del «capitalista-empresario». Lo cual, históricamente, es plenamente congruente, porque en el modelo social a que atiende el Código sólo el empresario era el capitalista. No en vano los economistas clásicos ingleses identifican ambas figuras (107). Esta circunstancia se explica, por otra parte, si tenemos en cuenta que la empresa (a diferencia de la «casa» o de la «hacienda») (108) es el modo y la unidad de organización típica del capitalismo que funciona con arreglo al criterio de la contabilidad racional del capital (109). Es más, en la empresa está el origen del cálculo de capital (o viceversa, que lo mismo importa); de un cálculo en función de precios (*Preisrechnung*) que hace frente a un «cálculo de mera gestión» (el *Wertrechnung* precapitalista). Pues bien, si ahora volvemos los ojos hacia el Código de Comercio, podremos percibir cuán funcional es su disciplina a este «cálculo de capital». El Código, después de haber establecido en el art. 325 que la compraventa mercantil es aquella y sólo aquella que se concluye en función de una expectativa de ganancia hecha en virtud del cálculo del capital, nos ofrece a continuación una normativa bastante adecuada para asegurar que el negocio se desarrolle y ejecute sólo si (y en la medida en que) las condiciones se vayan ajustando al cálculo realizado, con independencia, por supuesto, de cual sea la realidad de ese cálculo, por naturaleza *incierto* en sus resultados. En el esquema de este cálculo se inscriben las alternativas ganancias o pérdidas y, por consiguiente, siempre un riesgo. El riesgo asumido por el comprador de

(105) *Ibid.*, p. 177.

(106) *Ibid.*, p. 178.

(107) V., por ejemplo, Adam SMITH, *La Riqueza de las naciones*, cit., pp. 85-96, o STUART MILL, *Principios*, cit., pp. 359-373. Allí se puede corroborar esta imagen del capitalista como empresario.

(108) Sobre cuya significación remito al bellísimo trabajo de O. BRUNNER, «La 'casa grande' y la 'oeconómica' de la vieja Europa», en su libro *Nuevos caminos de la historia social y constitucional*, trad. esp., Buenos Aires, 1973, pp. 87-123.

(109) Cfr. WEBER, *Historia*, cit., p. 237. Todas estas ideas que venimos desarrollando quedan excelentemente explicadas en WEBER, *Economía y Sociedad*, cit., I, pp. 124-125.

capital, por lo demás, es lo que va a justificar su beneficio (110). Pues bien, si ahora vamos a analizar la disciplina concreta contenida en los arts. 327 a 347, verificaremos que, con mayor o menor perfección (al menos para el modelo económico real para la que fue proyectada), allí se *generalizan* —como diría Luhmann— *las expectativas de conducta normativas de los empresarios* (111). Allí se recogen, en efecto, las conductas que cabe esperar de alguien que efectúa un cálculo de capital, y en concreto que cabe esperar de los adquirentes de capital (los adquirentes o compradores y no de otros). Y ¿cuáles son esas conductas que se esperan? Pues, entre otras, se espera (112):

a) que el empresario-capitalista aspire a una ganancia: en esta línea acaso debieran entenderse los arts. 328, 331 y todos aquellos que de alguna manera están dispuestos en función de hacer calculable el riesgo;

b) que el capitalista-empresario adopte una estricta vigilancia sobre el capital adquirido; por esta vía podrían explicarse los arts. 327, 332, 333, 336, 339, 341, 342;

c) y que el empresario-capitalista calcule adecuadamente el riesgo que corre haciendo la inversión: en función de esta expectativa normativa cobran relevancia, por ejemplo, los arts. 328, 329, 330, 331, 334, 335, 336, 338, 344, 345. Los preceptos señalados tienden a asegurar que la operación se desarrolle como estaba prevista (113).

Y aquí si ponemos ya término al trabajo, en la esperanza de haber sido fieles a la enseñanza contenida en estas palabras de Lorenz von Stein: «Si quiero encontrar el Derecho debo buscarlo en los conceptos de aquel que los crea... Una definición legal no es, por lo tanto, una definición legal en el sentido usual de la palabra..., sino una definición económica» (*Gegenwart und Zukunft der Rechts- und Staatswissenschaft Deutschlands*, 1876).

(110) «El comercio propio [...] se ejerce *siempre* sobre la base —dice WEBER (*Economía y Sociedad*, cit., I, p. 127)— de la apropiación de los medios de producción; y aunque el poder de disposición se haya originado en el crédito. Siempre corresponde al comerciante el riesgo de capital como riesgo propio y siempre la ganancia queda apropiada por él en virtud de la apropiación de los medios de producción» (*nota*: a mi juicio cuando en el texto se dice «apropiación» se debe a una deficiente traducción: debe decir «propiedad»).

(111) Cfr. P. RAISCH, *Unternehmensrecht*, Reinbeck bei Hamburg, 1973, I, pp. 26-27.

(112) *Ibid.*, pp. 85-96.

(113) Para un estudio específico de una norma del Código de Comercio hecho desde este punto de vista, v. el análisis que efectúa Raisch del § 377 HGB (que de forma notablemente más perfeccionada que nuestro artículo 336 C. de C. regula la denuncia de los vicios de la cosa): RAISCH, *Geschichtliche Voraussetzungen*, cit., pp. 277-292.