



“Alfano s/concurso”

(Camaras civiles y comercial en pleno de la capital de la Republica, diciembre 27 de 1929)

Opinión del agente fiscal.

Por las consideraciones aducidas en el escrito que antecede, considero que V.S. debe proveer como en el se pide.
– Barroetaveña.

1ª INSTANCIA- (fs. 50).- Buenos Aires, marzo 8 de 1928.- Considerando: 1º El síndico, con motivo de la remisión del oficio de fs. 31, plantea una cuestión de competencia por inhibitoria.

El concurso civil de Cayetano Alfano e Hijo, fue abierto el 15 de diciembre de 1927 y la declaración de quiebra, según el oficio de fs. 49, se dictó el 19 de enero de 1928, o sea, un mes después de la actuación promovida ante este juzgado.

2º Las excmas. Cámaras en lo civil en pleno han resuelto que la empresa de construcción de edificios no es un acto de comercio, toda vez que los contratos de locación de obras son de carácter eminentemente civil y están regidos por el código respectivo, en su título 4º, capítulo 8º, libro 2º.

Tal pronunciamiento es aplicable a la especie del “sub judice”, siendo innecesario hacer un mayor estudio, dados los principios informativos del precepto contenido en el art. 6º de la ley 7055.

Además, de acuerdo a la disposición citada y a lo que resulta del oficio glosado a fs. 49, de formalizarse la contienda de competencia por el señor juez de comercio, la resolución del caso “sub judice” en su última instancia, corresponderá al tribunal civil.

Por estos fundamentos y lo dictaminado por el señor agente fiscal, resuelvo: mandar librar el oficio inhibitorio solicitado con los testimonios previstos en el art. 417 del código procesal. – Barraquero.

Opinión del agente fiscal (fs. 62 bis).

Atento lo que resulta de las declaraciones de los testigos, las constancias de los documentos y facturas agregadas a los autos y el bien fundado escrito de fs. 26, a cuyas conclusiones adhiere en un todo el suscrito, corresponde dar por entablada la cuestión de competencia, como se pide a fs. 26.- Cermesoni.

1º Instancia (fs. 76). – Buenos Aires, abril 18 de 1928. – Considerando: 1º El escrito de fs. 26 y el oficio inhibitorio de fs. 668 plantean una vez más la cuestión referente al carácter civil o



comercial de las empresas constructoras, muchas veces debatido en la doctrina y en la jurisprudencia, tanto nacional como extranjera. Entre nosotros, como advierte una de las piezas testimoniadas en el oficio y aun la propia resolución del señor juez oficiante, los tribunales de lo civil han desconocido la comercialidad de esas empresas, si bien es cierto también que la admitieron alguna vez cuando se demostró que suministraban materiales. En el caso dirán la última palabra los tribunales de esa jurisdicción, por el órgano de la cámara respectiva, puesto que el concurso civil de la sociedad fallida fue abierto con anterioridad a la declaración de quiebra que corre a fs. 10 (fs. 70, arts. 101, ley 1893, y 6º, ley 7055).

Lo expuesto demuestra, pues, que no hay interés práctico en renovar la controversia con un análisis detallado de sus diversos aspectos, y que, a los fines de la contienda de competencia, hasta un examen somero de los mismos, en cuanto se relacionan con la situación concreta de autos.

2º Con todo, teniendo en cuenta la exposición de que informan el escrito y oficio ya citados, es indispensable fijar teóricamente, aunque con brevedad, la posición jurídica de las empresas de construcción.

a) A este efecto, el infrascripto estima inaceptables los fundamentos de la resolución que dictaron las cámaras de apelaciones en lo civil, reunidas el 28 de julio de 1914 en tribunal pleno, al fallar la contienda promovida con motivo del juicio “La Cattiva Fernando su concurso”, considerando fundadamente “leading-case” sobre la materia, según la expresión utilizada a fs. 28. Aparte muchas de las observaciones interesantes que sobre ese fallo contiene el escrito de fs. 26-35, ningún inconveniente hay en dar por reproducido aquí, como adecuada refutación, todo lo que a propósito del mismo dice una de las obras nacionales más recientes de derecho mercantil. (Ramón S. Castillo, “Curso de derecho comercial”, t. 1, núm. 94, p.78).

b) Las empresas de construcción, por el sólo hecho de ser tales empresas, no revisten, necesaria e indistintamente para la ley, calidad de comerciantes. Construir es, sobre todo, aplicar trabajo y aptitud, propios o ajenos, a la ejecución de una obra, con o sin suministro de materiales (arts. 1629, 1631 y concs. cód. civil); el trabajo y la aptitud – cualquiera sea el significado que tengan en el lenguaje jurídicamente vago de los economistas (v. entre otros, Gide y Rist, Hist. Des Doctr. Economiques, p. 533, nota 1) – nada tienen que ver en el concepto legal de “cosa” (art. 2311, código citado), concepto que no dejó de advertir, ciertamente, en todo su alcance preciso y circunscripto, el legislador que proyectara la reforma del código de com. en 1889 (v. Inf. de la comis. Reformadora, págs. 14 y 15 de la edición oficial); y la ley que declara comerciantes a los que ejecutan “actos de comercio, haciendo de ello profesión habitual” (arts. 1º, código de comercio), declara también que aquellos existen cuando hay de por medio “adquisición a título oneroso de una cosa mueble o de un derecho sobre ella...”; de tal modo que el lucro con el trabajo ajeno – frase hecha para sostener la comercialidad de



estas y otras empresas – nada tiene que ver con el criterio legal del comerciante y consiguientemente con el de los actos de comercio, puesto que el código de la materia refiere éstos en lo que interesa para el “sub iudice” , a las cosas muebles y no al trabajo o aptitudes del hombre. En cuanto al hecho de que los constructores proceden bajo forma de empresa, tampoco puede verse en ello un límite general de comercialidad, porque en la nomenclatura legal solamente constituyen actos de comercio las “empresas de fábricas, comisiones, mandatos comerciales, depósitos o transportes”. (art. 8º inc. 7º del cód. de comercio), y porque, faltando en nuestra ley un texto que, como el art. 2º del cód. de com. español, permita extender el enunciado a las empresas constructoras por razones de semejanza, falta, en consecuencia, el derecho de ocurrir a ese tipo de interpretación analógica o de mera similitud.

3º Ahora bien, no es dudoso, ni se puede serlo, que tales empresas invisten carácter comercial, según declaración categórica e intergiversable de la ley, cuando “ejercen de cuenta propia actos de comercio”, que consisten en “adquirir materiales de construcción a título oneroso”, “naturalmente”, “para lucrar con su enajenación”, cuando los enajenan, ya sea “en el mismo estado”, ya después de darles “otra forma de mayor o menor valor”, y , por lo tanto, sea que continúen siendo muebles, sea que se transformen en inmuebles por accesión, pues la ley no se ocupa de esos distinguos; y cuando, en fin, hacen “de ello profesión habitual” (arts. 1º y 8º, incs. 1º y 2º, del cód. de comercio ya citado.)

Es eso lo que ocurre en el sub iudice, con arreglo a la prueba que suministran los presentes autos y la que en concordancia ofrecen los del concurso civil, que el infrascripto ha tenido a la vista.

Dos personas, comerciante la una y comisionista la otra, cuyos testimonios de ninguna manera pueden ser invalidados por las manifestaciones vacilantes de fs. 36 vta., con tanta menor razón cuanto que nadie se ha ocupado de traer prueba de contrario, declaran que la sociedad fallida compraba en plaza toda clase de artículos y mercaderías a su solo nombre los que luego empleaba en sus obras; el primero de esos testigos añade que le consta el extremo expuesto, “pues en diversas oportunidades ha tenido tratos con ellos por mercaderías del ramo”; y el segundo, “en razón de haberles efectuado ventas de materiales en diversas oportunidades” (v. interrogat. fs. 3 vta. y declaraciones fs. 6 vta.).

Si las declaraciones de referencia pudiesen dejar alguna duda, es evidente que la disipa el inventario corriente a fs. 34/37 del concurso civil, practicado en lo que allí se denomina el “local Q. Bocayuva núm. 559”. La cantidad y variedad de materiales de construcción inventariados, demuestra que el “local” era todo un verdadero depósito de los mismos. Y demuestra también – esta vez sin dudas – que la sociedad S. Alfano e Hijo traficaba con dichos materiales a los efectos y en las condiciones que afirman los testigos; pues no cabe suponer otra cosa, si han de respetarse las sugerencias más elementales de la lógica, frente al tipo de actividades que



constituía el objeto de la sociedad: “trabajos de construcciones y edificaciones de toda clase” (v. Art. 1º del contrato testimonio a fs. 1 del expediente civil).

4º Por lo demás - y nadie puede llamarse a engaño sobre el punto a alegar ignorancia – es eso lo que sucede con la generalidad de los constructores de obras, salvo excepciones posibles que debido a eso mismo requieren en cada caso la prueba necesaria. Más aun, es eso lo que naturalmente tiene que ocurrir, puesto que si el suministro de materiales por cuenta de la empresa constituye uno de los rubros lucrativos de su función económica, suponer que hace del suministro la excepción y de lo contrario la norma, tanto da como desconocer no ya una verdad primaria del raciocinio, sino la otra que surge efectiva de una realidad viviente y conocida.

Es esa realidad, de la que no puede prescindirse al interpretar la ley cuando está lejos de hallarse en pugna con ésta o con sus principios básicos, lo que ha inspirado a los tribunales y jueces de comercio, la mayor parte de las veces, a declarar que los empresarios constructores de obras invisten calidad de comerciantes.

Y es esa, también, claro está, la verdad que enseñan a diario los hechos y las cosas por mucho que en algún fallo haya podido invocarse otros motivos, y por mucho asimismo que no fluya de las disposiciones legales aplicables, cuando se las examina rígida y estrictamente, como se hizo en el apartado b) del considerado 2º de esta resolución.

5º El juzgado no tiene para qué hacer mérito de la doctrina y leyes extranjera prevalentes hoy y cada día más acentuadas, en el sentido de aceptar y de adoptar legislativamente las enseñanzas de esa realidad incuestionable, declarando el carácter mercantil de las empresas de construcción, esa faz del asunto sólo tiene relación mediata con el presente caso. Es necesario, en cambio, haciéndose cargo del argumento que aparece a fs. 70 y que habría sido hecho por el síndico del concurso civil, observar lo siguiente: la ley es objetiva al determinar el carácter comercial de las sociedades, salvo la excepción, que responde a consideraciones de orden puramente formal, representada por la sociedad anónima (arts. 282 y 8º, inc. 6º código de comercio), siendo también objetivo el criterio que adopta al fijar la calidad del individuo comerciante (art.1º código citado), de modo pues, que la creencia de éste o de los socios en su caso, exteriorizada por los últimos en el contrato social, carece de interés; la sociedad o el sujeto, si sus actividades encuadran en las previsiones legales, serían comerciantes sin saberlo o sin quererlo y hasta contra su propia voluntad.

Por estos fundamentos y de conformidad con el dictamen fiscal de fs. 62 bis, resuelvo no acceder a la inhibición requerida en el oficio de fs. 68, entablar, por el contrario, la inhibitoria solicitada en el escrito de fs. 26; librar el oficio correspondiente al efecto, con testimonio del citado escrito, de la vista fiscal de fs. 62 bis y del interrogatorio y declaraciones de fs. 3 y vta., y



6 y vta.; e invitar al juez de primera instancia en lo civil doctor Barraquero, para que, si insistiera, se sirva dar por trabada la contienda elevando los antecedentes al tribunal que corresponda. – Bristos (hijo).

1º INSTANCIA (fs. 62). – Buenos Aires, mayo 18 de 1928. – Considerando: 1º Régimen legal. Nuestro cód. de comercio ha seguido, enseña el ilustrado profesor doctor Ramón S. Castillo, al código de comercio francés.

La comisión que proyectó ese código, al enumerar los actos de comercio, incluyó un uno de los incisos a la s empresas de construcción y en el inciso referente al comercio marítimo mencionó las construcciones navales. Según la exposición de motivos de la comisión, se dijo en contra de la primera de esas disposiciones:

Que las construcciones daban lugar a una serie de contratos de locación de servicios o de locación de obra, de naturaleza esencialmente civil, legislados por el código respectivo; que la inclusión de las empresas de construcción entre los actos de comercio podía provocar discusiones sobre si el acto de prestar una persona servicios para construir una obra era civil o comercial; que lo único que procedía era dejar subsistente la parte relativa a la construcción de buques, porque todo lo que atañe al comercio marítimo se hallaba sujeto a las leyes mercantiles. Teniendo en cuenta esos argumentos se suprimió del código el inciso concerniente a las empresas de construcción, dejándose en la forma proyectada el inciso sobre comercio marítimo. (Conf. Curso de derecho comercial, I, p.73).

Tal antecedente legislativo explica el régimen consagrado acerca de la locación de obra, por nuestras leyes comercial y civil.

La empresa de construcción, suministre o no los materiales, es esencialmente de naturaleza civil, conforme a los prescripto en el art. 1629 del código respectivo.

La ley mercantil no legisla sobre la locación de obra; pero el doctor Castillo piensa que ello no obsta para considerarla como comercial, porque hallándose regida por el código civil, se ha creído innecesario modificar esta reglamentación en el código de comercio, y hubiera sido inútil reproducirla. (Conf. Obra citada, p. 81).

Esa interpretación no es legal.

Los contratos comerciales se dividen en dos grandes grupos: en uno entran los mismos contratos de derecho común modificados, y en el otro, están los contratos comerciales propiamente dichos. A los primeros se aplica subsidiariamente el código civil, y a los segundos,



antes de recurrir al código civil, deben aplicarse los principios que gobiernan el contrato comercial propiamente dicho. (arts. 201 y 1º del título preliminar del cód. com.).

Y bien; el hecho de que el código civil sea complementario del de comercio, no autoriza para incorporar a su régimen la locación de obra, contrato de naturaleza civil, máxime cuando de acuerdo con la letra y el espíritu de la ley comercial, ella está excluída de los actos de comercio declarados en general por su art. 8º, ni existe ningún contrato de locación de obra que modifique el de derecho común.

2º Locación de Obra. Los tratadistas de derecho comercial siguiendo a la jurisprudencia francesa, sostienen que los actos del empresario de construcción, desde que especula con el trabajo de los obreros o con el suministro de la materia prima, son mercantiles, conforme a lo dispuesto por el art. 8º, inc. 1º del código de comercio.

Según el régimen legal acordado, el propósito del legislador ha sido excluir de la ley comercial a las empresas de construcción, porque el código civil las contempla ampliamente en su art. 1629.

Ahora bien, entre los actos de comercio enumera el art. 8º de la ley, en sus incisos 1º y 2º : Toda adquisición a título oneroso de una cosa mueble o de un derecho sobre ella, para lucrar con su enajenación, bien sea en el mismo estado que se adquirió o después de darle otra forma de mayor o menor valor, y su transmisión a los terceros.

La interpretación de esa disposición legal ha sido fijada por las excmas. Cámaras en lo civil, consagrando en tribunal pleno: el constructor de obras que adquiere cosas muebles para lucrar con su enajenación después de transformarlas en una cosa de mayor valor, no es comerciante, porque esta enajenación se produce por el solo hecho de la transformación a favor del dueño del terreno en que la obra se construye, sin tener el constructor la posibilidad material ni legal de enajenarlas así transformadas a otra persona cualquiera, impidiendo el intercambio y circulación de las cosas y valores, y así es la jurisdicción civil la competente para entender en su concurso (Confr. "Gaceta del Foro", enero 31 de 1920.)

Las conclusiones de ese fallo las juzgo ajustadas al estado actual de nuestra legislación comercial y civil, sea que se las contemple desde el punto de vista de la profesión de constructor, de la transformación o del destino de la cosa mueble adquirida.

a) Profesión: La ley declara comerciantes a todos los individuos que, teniendo capacidad legal para contratar, ejercen de cuenta propia actos de comercio, haciendo de ello su profesión habitual (art. 1º, código de comercio).



El ejercicio de la profesión de constructor nada tiene de comercial, desde que, locando su industria, trabajo por encargo de otro.

El hecho de que el constructor proporcione en todo o en parte las mercaderías necesarias para confeccionar la obra encomendada no desnaturaliza su carácter civil.

Y así, si el constructor al construir un edificio pone los materiales, no realiza al adquirirlos un acto de comercio, porque no fue su intención comprar para revender, sino simplemente como un medio de ejercitar la profesión civil de constructor. La causa determinante y principal de la adquisición no ha sido pues, la intención de enajenar y lucrar con los materiales.

La ley civil en su art.1629 declara que puede contratarse un trabajo o la ejecución de una obra, conviniendo en que el que la ejecute ponga sólo su trabajo o industria, o que también provea la materia prima.

Como se ve, la disposición es de carácter amplio y decide que siempre se trataría de una locación de obra de naturaleza civil, cortando también la discusión doctrinaria, si se debía reputar venta o locación cuando el constructor, además de su trabajo, suministraba la materia prima. (Conf. Machado, t. 4, p. 420).

El doctor Ramón S. Castillo, sostiene que los actos del constructor revisten carácter mercantil, desde que él compra los materiales para aplicarlos a un fin comercial: la construcción de edificios por su cuenta y riesgo. No interesa la circunstancia de que el edificio no sea un objeto destinado a la circulación, porque el acto del constructor, que es de lo que se trata, termina precisamente con la construcción de la obra. (conf. Obra cit., p 80, núm. 2).

Sin embargo, la ejecución de una obra, de acuerdo a la letra del art. 1629 citado, no comporta un acto o fin comercial dentro de nuestro régimen legal, sino una locación de obra, que no pierde su carácter civil, aun cuando el constructor provea la materia prima.

Por otra parte, los actos del constructor, que terminan con la construcción de la obra, únicamente revelan el ejercicio de una profesión civil que, repito, no desnaturaliza el hecho de que se haya suministrado la materia prima.

A la misma conclusión se llega cuando el constructor recurre al trabajo de los obreros, porque en este caso no pone a disposición del propietario una cosa inerte – tierras o muebles – y se comete un grave error, como lo demuestra el juez de comercio, al extender el concepto de cosa o “res mercatoriae”, al trabajo humano.

Finalmente, la disposición del art. 1629 del código civil viene a confirmar que el suministro de los materiales por el constructor no comporta una venta de cosa futura y éstos son



simplemente un accesorio indispensable para ejercitar la profesión, desde que el carácter de locación de obra es el que la ley hace predominar.

Esa doctrina legal ha sido aceptada por la jurisprudencia francesa, al considerar, observan los doctores Colin y Capitant, en un caso concreto, que el suministro de los materiales – por el contratista que se comprometió a construir un edificio – era de una importancia secundaria (conf. Curso de derecho civil, traducción de Buen, t.4, p.340).

b) Transformación de la cosa mueble. La intención que precede a la adquisición de una cosa mueble es la que caracteriza el propósito de lucrar con su enajenación.

El constructor cuando adquiere la materia prima, no lo hace con el propósito de lucrar con su enajenación, sino que se propone sólo ejercitar su profesión, según se juzgó precedentemente.

Además, el lucro proviene, no del empleo de los materiales, sino principalmente del ejercicio de la profesión.

Por otra parte, se adquiere la materia prima para la “ejecución de una obra” – art. 1629, código civil – y por consiguiente, el constructor no lucra con la enajenación de la materia prima en su mismo estado o transformada, sino con la obra concluída, de acuerdo a las reglas del arte, y ésta, dentro de la economía de la ley, reviste el carácter de cosa inmueble.

El edificio, a medida que se va levantando, adquiere el carácter de inmueble por su adhesión física al suelo y por consiguiente, el constructor no podría reivindicar los materiales suministrados, salvo el caso de que el edificio se destruyera. (arts. 2315-19, código civil).

Se alega que sólo el propietario puede dar a las cosas el carácter de inmuebles por accesión física, pues que él es el único que está en condiciones de asignarles un destino perpetuo.

La condición de perpetuidad del art. 2315, debe interpretarse en un sentido relativo. Así enseña el doctor Federico Iburguren – que todo aquél que inmovilice una cosa por adhesión física al suelo y siempre que por las circunstancias del caso pueda suponerse que esta adhesión sea perpetua, es capaz de dar al objeto carácter de inmueble por accesión física. (Conf. Apuntes de derecho civil, libro 3º, p. 13).

Concurren con respecto al constructor una serie de circunstancias que ponen de manifiesto la perpetuidad de la adhesión, pues es de la naturaleza de los trabajos que realiza mantener



adheridos los materiales empleados para cumplir el contrato de locación de obra, celebrado con el propietario del terreno.

El doctor Ramón S. Castillo, cuya opinión incorpora el juez de comercio en su resolución, sostiene que, al separarse la compra de la venta en los incisos 1º y 2º del art. 8º, se ha establecido categóricamente que el destino y la forma que se da a la cosa adquirida con el propósito de especular con su enajenación, son indiferentes a los efectos de hacer variar la calidad del acto: la adquisición es comercial, con prescindencia de la transformación que sufran las cosas y del destino que a ellas se dé. (conf. obra cit., p. 79).

Del texto legal no surge esa conclusión.

En primer lugar, no es indiferente el estado en que se encuentre la cosa mueble al tiempo de la enajenación.

En efecto, para que se repute comercial la adquisición a título oneroso de una cosa mueble, es esencial que al tiempo de enajenarla conserve su carácter de principal, es decir, no haya pasado por una transformación a ser accesoria de otra. Es lo que ocurre con la edificación en la cual los materiales adquieren el carácter de cosa inmueble por accesión, conforme a lo prescripto en el art. 2315 del código civil.

La transformación que ejecuta el constructor, aun cuando adquiera por su cuenta los materiales, hace desaparecer del acto el carácter de comercial, desde que la cosa principal – el edificio – no entra en la categoría de “res mercatoriae” y por consiguiente, su transmisión no encuadra en la situación prevista por el inc. 2º del art. 8º del código de comercio, que complementa la adquisición comercial de una cosa mueble (conf. Siburu, t. 1, p. 95).

c) Destino de la cosa mueble. La enajenación de las cosas muebles constituye la realización del propósito que se tuvo en mira al adquirirlas: lucrar con su enajenación. Estas dos operaciones deben ser ejecutadas la una en vista de la otra.

El constructor, como se ha juzgado bajo la letra b), adquiere la materia prima simplemente para ejercitar su profesión.

En el sentir del Doctor Castillo, la adquisición en la especie del sub iudice, es siempre comercial, con prescindencia del destino que se dé a los materiales.

Sin embargo, cabe observar que si al adquirir los materiales no respondía a un destino comercial, su adquisición carecería de este carácter, porque no mediaba el propósito de lucro al adquirirlos (conf. Siburu, t. 2, páginas 91 y 91, núm. 281).



Por eso, la ley declara que la adquisición a título oneroso de una cosa mueble debe ser hecha, para que constituya un acto de comercio, con la intención de lucrar con su enajenación. De suerte, entonces, que si la transmisión o enajenación de los materiales transformados, “no dan lugar a tales cosas, como lo sostiene el doctor Castillo, a nuevas operaciones comerciales”, desaparece en su adquisición el carácter de mercantil, porque la ley exige se complemente la adquisición de una cosa mueble con un destino comercial, o en otros términos, que en el momento de adquirir se adquiriera con el ánimo de lucrar con su enajenación.

La intención de enajenar, observa el doctor Segovia, debe ser la causa principal y eficiente que haya determinado la adquisición (Conf. cód. com. I, p. 32).

Luego, si el constructor, desde el momento que adquiere los materiales, no tiene la intención de enajenar y lucrar, porque, dada la especie del “sub judice” no caben “nuevas operaciones comerciales”, lógicamente tal compra no reviste el carácter de comercial. Y esta situación no puede equipararse a cuando la intención de enajenar y lucrar, contemporánea con la adquisición, desaparece después por un cambio de propósito o no se quiera o pueda realizar por cualquier causa. En estos casos la compra sería siempre comercial.

3º Caso concreto: su prueba. Las conclusiones de derecho precedentes, aun cuando hacen innecesario analizar las constancias acumuladas en los autos de la quiebra, juzgo conveniente hacer resaltar que de ellas no resulta acreditada la cuestión de hecho invocada por el juez de comercio.

En efecto, la prueba testifical es vaga e imprecisa (conf. fs. 6). Preguntados dos testigos si la firma concursada “compraba en plaza toda clase de artículos y mercaderías a su sólo nombre, los que luego empleaba en sus obras, como así también disponía de numeroso personal”, ambos contestan que “le consta, pues en diversas oportunidades he tenido trato con ellos por mercaderías del ramo” y el segundo, “en razón de haberles efectuado ventas de materiales en diversas oportunidades”.

Como se ve, los testigos se refieren a la compra de mercaderías, pero no extienden la razón de sus dichos a los demás puntos de la pregunta, a saber: el empleo de esos materiales y al personal empleado.

En cuanto al inventario glosado a fs. 34 de estos obrados, su lectura no disipa las dudas que se pudieran plantear, pues de sus constancias surge que la casi totalidad de los materiales son viejos, es decir, procedentes seguramente de demoliciones.



Por estos fundamentos, lo resuelto en tribunal pleno y lo dispuesto en el art. 6º de la ley núm. 7055, resuelvo: dar por formada la contienda de competencia, debiendo elevarse las actuaciones a la excma. Cámara en lo civil, sin más trámites. – Barraquero.

Opinión del fiscal de cámara.

La cuestión traída a resolución de V/E ha sido durante muchos años extensamente debatida en los tribunales, hasta que, convocadas ambas cámaras de apelaciones en lo civil a tribunal pleno, se llegó por gran mayoría a reconocer y declarar que los constructores de obras no eran comerciantes, y, en consecuencia, que no procedía su concurso comercial, sino civil (V. La Cattiva Fernando, su concurso, julio 28 de 1914).

Este misterio en reiterados casos análogos al presente, se ha expedido en el mismo sentido de la jurisprudencia, a la que se remite en el presente, para solicitar de V.E. la confirmación de la resolución apelada.

- Mackinlay Zapiola. –

2º Instancia. – Buenos Aires, diciembre 27 de 1929. - ¿Son civiles o comerciales las empresas de construcciones?.

Acerca de la cuestión planteada el doctor Colmo dijo:

Ambas tesis vienen sostenidas, en sendas sentenciadas, por los respectivos jueces del concurso civil y de la quiebra, con razonamientos que merecen debida atención, tanto más cuanto se trata de rever la jurisprudencia plenaria ya sentada tiempo atrás, en 1914, por las cámaras civiles, mediante otra jurisprudencia plenaria de esas mismas cámaras y de la cámara de lo comercial. Los tiempos y los criterios pueden haber mudado, y resulta de toda conveniencia volver a fijar la orientación de los tribunales.

El problema no es fácil. Yo habré de estudiarlo respecto de los principios escritos de las leyes, de los antecedentes de las mismas y del espíritu jurídico de nuestra época y a cuya luz procede interpretar los textos positivos.

Desde luego, un empresario de construcción, individuo o sociedad, es un locador de obra. Está contemplado explícitamente en el código civil, y se halla omitido en el código mercantil. Más, en el código civil se preceptúa también para el supuesto en que el constructor ponga los materiales (art. 1629). Ante ello, lo civil parece indudable.

Pero se arguye con el art. 8º, inc. 1º, del código comercial: el constructor que pone los materiales, como los del caso, compra las cosas necesarias para la construcción y resulta revendiéndolas, transformadas o modificadas, al locatario o dueño, realizando en ello una ganancia. Se tiene así lo típico de lo comercial.



Por lo mismo, lo genérico de la locación de obra del código civil, queda derogado por lo específico del código mercantil.

Encuentro mucho de observable en tal punto de vista.

Desde luego, no consta que los concursados o quebrados pusieran los materiales en las obras que edificaran. Basta leer el contrato de fs. 1 del concurso, y lo que al respecto declaran los testigos de fs. 6 y 6 vta., que es pequeño y vago, y así nada prueba. Tampoco dice el inventario de fs. 34 del concurso, donde se enumera instrumentos de trabajo y materiales viejos procedentes de demoliciones.

No constando, pues, la circunstancia, no descubro cómo quepa afirmársela. Y es ella de importancia casi decisiva: no son escasos los autores que sostienen que no es comerciante el empresario de obras que no pone los materiales (Segovia, I, p. 37; Lyon-Caen y Renault, I, núm. 137; Thaller, núm. 31, etc...).

Cabe replicar: basta la posibilidad de que los constructores pongan los materiales, como lo acredita la experiencia, pues lo menos frecuente es la obra por administración, en la cual el dueño se encarga de adquirirlos y ponerlos, para que el razonamiento valga.

No es dable desconocer tal posibilidad ni negar la exactitud general del hecho. Así y todo, procederían reparos contra un razonamiento jurídico basado en una mera posibilidad. Pero quiero considerarlo, siquiera para apurar la discusión y llevarla a sus extremos.

Aun suponiendo que el constructor ponga los materiales, se está lejos del supuesto legal: adquisición de cosa mueble para lucrar con su enajenación. El constructor no adquiere los materiales para revenderlos. Los adquiere para hacer su obra. Esta adquisición es simple medio de un fin, un accesorio de algo principal. Y no se concibe que el medio, lo accesorio, haya de dar cuenta del fin, de lo principal. Lo único cierto es que el dueño viene a ser quien los paga en definitiva, aunque el constructor los haya adquirido a su nombre y pagado antes de su propio peculio.

Pero esto se resuelve en una como autorización tácita, en cuya virtud el constructor, por conocer mejor las cosas y precios, actúa en nombre personal aunque por cuenta del dueño, y así resulta de hecho un cabal agente o intermediario.

Se arguye que el constructor cobra más que lo que paga, y que en ello está lo especulativo, lo lucrativo o comercial. Pero eso es suposición pura. No tiene por qué recurrir a tal expediente el constructor. En el presupuesto de éste no va precio alguno por los materiales. El precio que



consta es el de la obra, ya en conjunto ya en las partes fundamentales de la misma (mampostería, herrajes, pintura, etc.). A lo sumo si el precio incluye la remuneración del constructor: un salario ficticio, un tanto por ciento sobre el valor de la obra (como pasa con los arquitectos, etc.). De otra suerte, como el dueño puede pedir, y en general pide, otros presupuestos, éste resultaría eligiendo el más económico, sin peligro acerca de la calidad de los materiales y de la técnica constructiva, pues al efecto tiene el asesoramiento de arquitectos, etc. Si pues, el constructor procurase realizar una ganancia sobre los materiales, revendiéndolos de hecho al propietario, se expondría a que éste no le adjudicase la obra.

Por consiguiente, la suposición no pasa de ser tal: el constructor no tiene por qué hacer de comerciante lucrando con los precios de los materiales, pues su ganancia no está en eso sino en el salario o emolumento que le corresponde por su trabajo y sus riesgos como empresario y como director técnico de la obra.

Lo mismo digo con respecto de la imputada especulación sobre los sueldos de los obreros, y admitiendo por hipótesis que tales salarios fueran la “cosa mueble” de la ley.

Así veo yo al constructor: como un empresario de servicios, que específicamente se resuelven en una obra, y no como sujeto que adquiere cosas para lucrar con su ulterior enajenación.

Con todo, cabe advertir, un empresario de obra está en condiciones semejantes al empresario de fábrica, etc., de que habla el inc. 5 del mismo art. 8º : fuera inconsecuente un régimen distinto. De aquí que, contados códigos, como el italiano, consideren comercial la empresa de construcción.

El argumento distaría de ser concluyente.

Por de pronto, siendo el código mercantil de carácter excepcional con respecto al código civil (art. 1º del mismo), la extensión analógica en asuntos así fundamentales carece de asidero: donde el primero es omiso, el segundo recobra su imperio. Puede no ser así en supuestos de usos y prácticas, pero nunca en aspectos institucionales como el del caso.

Fuera de ello, la empresa de fábrica, de manufactura, de elaboración, etc., es típicamente mercantil: fabrica y produce para vender, para especular, para realizar ganancias directas por razón de la diferencia de precio entre el del material primero y su elaboración y el del objeto producido. Y la empresa de construcción se halla en situación bien distinta.

De otra parte, el hecho de que ciertos códigos como el italiano, hayan incluido entre los actos mercantiles los de las referidas empresas, estaría probando que es indispensable al efecto un texto expreso.



Y éste falta entre nosotros.

Ello tanto más cuanto que la omisión parece internacional. En el código francés, modelo del nuestro, se las había incluido originariamente. Pero, según puede verse en los respectivos autores, por ejemplo Lyon-Caen y Renault, I, núm. 136, se les suprimió luego, precisamente porque se juzgó que no podían entrañar actos comerciales.

Bien comprendo, a propósito, que no es de lo más jurídico interpretar las leyes con el criterio de un pasado asaz remoto. Pero la observación sería aceptable si tal modalidad interpretativa fuera aquí única. Y que no lo es lo va demostrando este voto, que paso a rematar con otras consideraciones.

Desde luego, habré de referirme a las analogías.

Si el constructor realiza acto comercial porque adquiere y de hecho revende cosas muebles para lucrar, supuesto que a mi juicio dista de ser exacto, según lo dicho más arriba, tendríamos que todo aquél que adquiriese cosas muebles y las volviese a vender para lucrar también realizaría acto mercantil, fuese cual fuere la característica esencial de su actividad. Y se llegaría a cosas demasiado fuertes.

Pongamos el ejemplo de comunes escultores o pintores, para no referirme a los exponenciales y con renombre, que ponen la materia prima para la escultura o el cuadro y luego se hacen pagar la escultura o el cuadro. Serían lisos y llanos comerciantes, realizarían actos puramente mercantiles. Y un escultor o un pintor, por muy subalternos que sean, por sobre todo son artífices, artistas, que viven de su trabajo mucho más que de la enajenación de la materia prima transformada.

En igual situación de fondo se encuentran: el marmolero, que hace una lápida o lo que fuere, el florista, el farmacéutico que sólo expende recetas y no vende específicos, el impresor de libros, el periodista, el dueño de una casa de pensión escolar o familiar, cualquier artesano, el fotógrafo, el sastre, el yesero, el cerrajero, el electricista, el carpintero, etc...

A propósito, cumple descartar el supuesto de que cualquiera de esos artífices o técnicos tenga casa abierta al público para vender ramos, aparatos de luz, cosas de herrería, etc.

Entonces ya no son artífices sino vendedores, y así cabales comerciantes. Yo contemplo el supuesto de técnicos o artífices que viven de su trabajo o industria, y no de su negocio de venta, porque es preciso hacer corresponder la hipótesis a la del constructor, que tampoco tiene casa abierta al público.



Y si se mira el asunto por el aspecto de la empresa, llegaríamos a resultados semejantes. Cualquier empresa, y es sabido que ésta no supone una organización compleja y poderosa propia de grandes compañías, pues, cabe en la actividad de un solo individuo, debiera quedar comprendida en el ámbito comercial. Así pasaría con la empresa de publicaciones, con la agencia de colocaciones, con el empresario de adoquinados, de suministros, de meros servicios comunes, de luz, de aguas, de excavación, de desecación de un pantano, de explotación de una cantera o de cualquier mina, etc., en nada de lo cual, en principio, y salvo el caso de ser la empresa una sociedad anónima, es dable ver carácter mercantil.

Por lo demás, el derecho comparado y ya di más arriba algunas indicaciones, no dice mucho a favor de la tesis de la comercialidad: nuestros textos parecen demasiado categóricos para que pudieran o debieran cejar antes el criterio de otros extranjeros; fuera de ello, la doctrina del código mercantil de Italia no cuenta hoy con mayoría en las legislaciones,

En cuanto a la doctrina, ésta se halla dividida. Ya cité más arriba lo corriente en la francesa. En la italiana no cabe extrañar que se comparta la tesis del código (Manara, núm. 22 y 225 y siguientes; Vidari, I, núm. 53; Vivante, I, núm. 75; Bensa, Bonelli y otros, I, núm. 60; Navarrini, I, núm. 153; etc.) . En la nuestra, los fallos en recurso dan cuenta de las opiniones de Siburu y de Castillo; Obarrio, I núm. 8, no se pronuncia; Segovia está contra la comercialidad (I, p. 37) y Malagarriga está en favor (I, p. 50).

De tal suerte, no es posible derivar conclusión firme.

Nuestra jurisprudencia predominante está por lo civil, con la limitación de que desde hace algún tiempo los tribunales mercantiles se deciden por lo comercial. Por lo mismo, tampoco entraña actitud definitiva.

Ya puedo dar mi voto, con tanto más motivo cuanto que otros factores aducibles no me parecen decisivos en ninguno de ambos sentidos. Así, la tesis de que las cosas muebles que el constructor adquiere quedan inmovilizadas en las obras y no podrían ser enajenadas nuevamente, prueba poco: bastaría con una sola enajenación como la que se hace para el consumo, para que la comercialidad surtiera, si sólo ella hubiese de contar, de otra parte, la inmovilización – que no es definitiva, pues cabría deshacer lo mal hecho, etc. – Sería posterior al acto y nada quitaría a éste, que habría importado una reventa o retransmisión dentro del criterio de la comercialidad. La tesis opuesta, de que habría conveniencia en más de un sentido para sustentar la comercialidad, sólo podría ser admitida si no obstasen textos, precedentes y consideraciones de órdenes diversos: la mera conveniencia es un factor jurídico apenas concurrente, jamás con fuerza inmanente y decisiva.

De ahí mi voto: por mucho que deploro la solución a que llego pues, entre otras cosas, el régimen comercial entrañaría virtudes preventivas o represivas, en su caso, que no tiene el



régimen civil cabalmente para situaciones de concurso como la de autos no he logrado convencerme de la comercialidad de una empresa constructora, y así a mi juicio cumple declarar lo civil de la misma.

Y es para mí evidente que en un fallo plenario no cabe hablar de costas, por donde éstas habrán de correr por su orden.

El doctor de Vedia y Mitre dijo:

Se trata en el caso, de establecer una vez más si las empresas de construcción realizan actos de comercio y se hallan por lo tanto regidas por la ley mercantil y sujetas a su jurisdicción, o si por el contrario toda locación de obra ha de entenderse legislada por el código civil con arreglo al art. 1629.

Desde luego, el código de comercio no ha resuelto categóricamente la cuestión y no puede señalarse una disposición suya expresa que en forma indudable la deje resuelta. Pero entiendo que lo dispuesto por los incisos 1º y 5º del artículo 8º son elementos de juicio concluyentes para resolver, como lo ha hecho la jurisprudencia de la excma. Cámara en lo comercial, que tales empresas en determinados casos realizan actos de comercio. El inciso 1º del mencionado artículo dispone que es acto de comercio “toda adquisición a título oneroso de una cosa mueble o de un derecho sobre ella para lucrar con su enajenación, bien sea por el mismo estado en que se adquirió o después de darle forma de mayor o menor valor”. La disposición es de tal manera amplia y categórica que parece que ninguna duda pudiera caber al respecto. El constructor que adquiere materiales, contrata la construcción de un edificio e incorpora esos materiales (ladrillos, tirantes, puertas, ventanas, mosaicos, etc.), a la obra que realiza, indudablemente ha adquirido esos materiales para lucrar con su enajenación al propietario con quien contrató. Empero, pudiera aducirse que no compró con ánimo de lucrar, sino para las necesidades de la locación de obra que realizó.

Desde luego, el lucro se demuestra con la reventa. El constructor compra para revender y sería ingenuo suponer que al incorporar los materiales a la obra lo hace por el justo valor por el cual compró. Bastaría referirse a la realidad de todos los días, y a los usos del comercio y de la construcción de edificios para rechazar en absoluto tal supuesto.

Con todo, ante lo preceptuado en esa disposición podría oponerse la mencionada disposición del art. 1629 del código civil, que establece que puede contratarse un trabajo o la ejecución de una obra conviniendo en que el que la ejecute ponga su trabajo o su industria o que también provea la materia principal. Todavía afianzaría la presunción o teoría de que la locación de obra es siempre un acto de naturaleza civil, la nota del doctor Vélez al artículo transcripto, ya que dice en ella después de citar la opinión de Durantón (t. 17, núm. 250), de



Duvergier (t. 2, p. 235) y de Troplong (núm. 962) y aludir al sistema de derecho romano: “no exigiendo nuestro sistema judicial, como lo exigía el derecho romano, la designación del contrato, en virtud del cual la acción es intentada, no es necesario indagar si es venta o arrendamiento el contrato por el cual un obrero se obliga a hacer una obra, poniendo su trabajo y los materiales, o la materia principal para la obra, como el terreno en la construcción de una casa”. Pero tal disposición y su comentario del codificador no puede referirse al caso en que el constructor sea un empresario. Alude al caso de que el constructor sea el propietario del material empleado, pero no cuando normalmente lo adquiere para lucrar con su reventa al incorporarlo al edificio que construye.

Por lo demás, como ya queda dicho, el caso está especialmente regido por el inc. 5º del mismo art. 8º del código de comercio en cuanto declara mercantiles a “las empresas de fábricas”. Las empresas de construcción que proveen los materiales y los revenden a los propietarios de terrenos en los que edifican por cuenta de aquéllos, están evidentemente comprendidas en esa disposición. El fallo dictado por las excmas. Cámaras de lo civil en tribunal en pleno, con fecha 28 de julio de 1914, establece que no es de aplicación esa disposición, porque si bien el constructor adquiere cosas muebles para lucrar con su enajenación, después de transformarlas en una cosa de mayor valor, esa enajenación se produce conjuntamente por el solo hecho de la transformación y a favor del dueño del terreno en que se construye el edificio, sin que tenga el primero la posibilidad material ni legal de enajenarlas, así transformadas, a otra persona cualquiera desde que, adheridas al suelo como un accesorio, del inmueble, vienen a formar parte de él, de acuerdo con principios fundamentales de nuestra legislación arts. 2587 y 2315 del código civil. Disiento con estas conclusiones. Que las cosas muebles, porque estén adheridas al suelo, hayan perdido su condición de muebles para convertirse en inmuebles no quiere decir que quien proveyó los materiales no haya lucrado con su enajenación. Precisamente eso es lo que ha hecho, adquiriendo derechos de otra naturaleza, que en nada desvirtúan el hecho de la reventa realizada por aquél.

Aparte de ello, el código de comercio, en todo lo que versa sobre la materia legislada en él, rectifica y completa lo dispuesto por el código civil. Y ante lo dispuesto por el art. 8º en los incisos recordados es incuestionable que el empresario de materiales de construcción que realiza una obra está comprendido en la legislación mercantil.

En cuanto al fundamento de esta conclusión por lo que respecta al alcance de las disposiciones mencionadas, cabe agregar que, como es notorio, el código de comercio se ha inspirado especialmente en los códigos italiano y francés. El primero de ellos incluye a los constructores entre los comerciantes. Como nuestro código de comercio no lo ha hecho, podría concluirse que ha querido excluirlos especialmente. Pero el título de los actos de comercio reconoce como fuente el código francés al que ha seguido también en lo que respecta a la



cuestión tratada. Lyon-Caen y Renault en su "Droit Commercial" (I, 136 y 137) recuerdan que el proyecto de código de comercio enumeraba entre los actos de comercio a "todas las empresas de construcción" y dicen que esta expresión pareció equívoca a varios tribunales. ¿Se trataba solamente de las construcciones marítimas, como en el antiguo derecho, o también de las construcciones terrestres?. Recuerdan que algunos admitían la extensión de la competencia comercial exigiendo un fórmula más precisa y otros criticaban tal extensión. A este último respecto sostienen Lyon-Caen y Renault que, aunque las críticas formuladas al proyecto no eran justas, se ven precisados a tratar de ellas porque determinaron la modificación de la ley. Y agregan literalmente: "El código no contiene ya ninguna disposición que se refiera a la hipótesis que hemos indicado."

¿Qué regla debe aplicarse? Es necesaria una distinción: a) el empresario no proporciona sino la mano de obra; recibe los materiales a emplear de la persona para quien hace la obra. Los principios conducirían a decidir que ha existido una empresa de manufactura, y por lo tanto, un acto de comercio. Pero el incidente de los trabajos preparatorios del código que acaba de recordarse conduce a una solución contraria; b) el empresario provee los materiales. Sin dificultad el art. 632 se refiere a las adquisiciones que él puede hacer; se trata solamente de saber si debe atribuirse carácter comercial a la empresa en su conjunto y por consiguiente a los diversos contratos hechos por el empresario para la ejecución de su trabajo, por ejemplo, con subempresarios y obreros.

La jurisprudencia ha estado dividida, pero hoy admite la afirmativa y con razón. La hipótesis comprende a las empresas de abastecimientos; se encuentran reunidos todos los caracteres de una operación comercial, y aun las cortes de apelaciones que criticaban el proyecto aceptan esta conclusión."

Vaquette y Bornot en su conocido "Cours Résumé de Droit Commercial" dicen hablando de las empresas de construcción (párrafo 36): "Presentan un carácter especial que no permite considerarlas como empresas de manufacturas en el sentido del art. 632. No se admite en principio que ellas constituyan actos de comercio. Es necesario, por otra parte, hacer constar que en el proyecto del código, el art. 632 colocaba a las empresas de construcción entre los actos de naturaleza comercial y que fueron suprimidas en la redacción definitiva. Ello es tanto más importante cuanto que se han mantenido las construcciones marítimas en la enumeración del art. 633".

"La regla de esta materia no es sin embargo absoluta: diferentes hipótesis pueden en efecto presentarse. Así no se vacila en reconocer que el empresario sobre el terreno de otro y por cuenta de éste realiza un acto de comercio, porque especula con la mano de obra y los materiales que proporciona. La jurisprudencia y los autores están de acuerdo en este punto. Pero hay controversia cuando el empresario no proporciona sino el trabajo de sus obreros.



Según la primera teoría o sistema, apoyándose en la supresión de las palabras “empresas de construcción”, en el art. 632 se niega carácter comercial de la operación. Según la segunda teoría, la empresa es comercial, pues el empresario especula sobre el trabajo de los obreros que emplea: esta opinión se conforma al principio dominante”.

Sería prolijo extenderse en la reproducción de opiniones concordes entre los tratadistas franceses que son hoy las predominantes, no obstante poder señalarse otras en contrario.

En cuanto a los autores nacionales de derecho comercial, uniformemente coinciden con la jurisprudencia de la excma. Cámara de ese fuero en considerar que los constructores y más las empresas de construcción, son comerciantes.

Sin haber mérito de la opinión del señor doctor Ramón S. Castillo, ya invocada por el señor juez de comercio doctor Britos a fs. 76 vta. de los autos de quiebra, así por ejemplo, Siburu (t., II, p. 116), dice: “No pocas dificultades se han suscitado para definir el carácter de las empresas de trabajos públicos y privados, generalmente designadas por empresas de construcciones, como, por ej., construir un edificio, pavimentar una calle, abrir un canal o terraplenar y desmontar un camino. La jurisprudencia y la doctrina francesas han hecho distingo a este respecto: si el empresario suministra los materiales o parte de ellos, la empresa se considera acto de comercio; si sólo suministra la mano de obra, recibiendo los materiales de la persona para quien trabaja, se considera acto civil.

El código italiano vigente, art. 3º, inc. 7º, ha resuelto expresamente la cuestión, declarando sin restricción ninguna que la empresa de construcción es acto de comercio”.

“Nos inclinamos por nuestra parte a seguir la solución del código italiano, por encontrarla acorde con la teoría y no tener en su contra, dentro de nuestro código, disposición alguna que la contradiga, por más que no siempre la jurisprudencia le haya sido favorable”.

“La empresa de construcción, en cualquier caso, es un intermediario entre la oferta y la demanda, desempeña así la función del comercio, y debe, por tanto, encontrarse sometida a la ley comercial. Esa función de intermediaria es de toda evidencia. En efecto, la empresa de construcción suministra unas veces los materiales de la obra y, en todo caso, el trabajo de sus obreros y de peritos técnicos y el empleo o uso de sus máquinas ó útiles.

Cuando suministra los materiales, su carácter es comercial no ofrece dudas.

Cuando suministra el trabajo de su operarios o peritos tampoco puede ofrecerla, si se tiene presente que, como lo hemos indicado bajo el núm. 278, el trabajo humano puede ser una mercancía y, realmente, no habría razón alguna para que el empresario de teatros que sólo



especula sobre el trabajo de los artistas estuviere en distinta situación jurídica que el empresario de obras, que también especula sobre el trabajo de sus obreros y cooperadores.

Cuando suministra el empleo o uso de máquinas y útiles, es también de evidencia el carácter comercial del acto, porque si la locación de esas máquinas y útiles es acto de comercio, según los incs. 1º y 2º, debe serlo también en el caso de construcción de obra, en el cual, si bien la locación no existe como acto expreso, se encuentra no obstante virtualmente involucrada en el contrato de construcción". Com. art. 8º, inc. 5º.

Lo mismo, en su "Código de Comercio Comentado", dice Malagarriga (I, 50): "En cuanto a las empresas de construcciones, son en realidad empresas de fábricas, y por tanto comerciales, pues, como el fabricante, especula el constructor sobre sus máquinas, sobre el trabajo de sus obreros y lucrando sobre la compra y venta de los materiales".

Analiza la jurisprudencia de los tribunales civiles y comerciales, y agrega: "Estas soluciones no son admisibles desde el punto de vista puramente científico ni desde el punto de vista de nuestro derecho positivo, puesto que el constructor, suministre o no los materiales, es el jefe de una verdadera empresa de fábrica y se vale del trabajo de los demás y no sólo de su capital, sino también del ajeno con fines de lucro y de especulación, ya que entiende ganar sobre la diferencia entre lo que el trabajo y los capitales le cuestan y el precio que se hacen pagar".

Lo mismo piensa Segovia en la nota a su comentario al código de comercio: "El obrero que no confecciona sino en la medida de su trabajo personal es un artesano y no un empresario de manufacturas, dice Bedarride ("Jurisdiction", núm. 347). No importa que se acompañe de un ayudante o de un aprendiz, porque la industria de maestro, como principal, prevalece sobre la accesoría y la especulación no tiene ni el carácter ni la importancia de una empresa comercial. Mas si emplea varios obreros (aunque trabajen en sus casas) entonces especula sobre el trabajo de éstos y realiza un acto de comercio, del mismo modo que si especulase sobre el valor la materia prima (Alauzet, núm. 2991; Bedarride, núm. 43). Y agrega Segovia por su parte: "Recién entonces es un empresario".

"La doctrina por demás absoluta de Bedarride de que es el artesano que pone todo o siquiera parte de la materia en que trabaja, ejecuta un acto de comercio, es generalmente rechazada y con razón. ¿Cómo no ha de influir el más o menos en la calificación de una empresa? (Lyon-Caen, núm. 118).

"Viniendo a las empresas de construcción enumeradas en el artículo italiano y en la ley belga, no se exige que el empresario suministre los materiales; pero el albañil que realiza una construcción con unos pocos obreros y sin suministrar los materiales no hace sino ejercer su



arte sin ningún espíritu de especulación mercantil. Puede verse en Alauzet, núm. 2980; Bedarride, núms. 305 a 307; Vidari, núms. 1403 a 1406 y Demangeat sur Brovard, t. 6, ps. 346, 380 y 381; Manchini, núm. VIII.

Como conclusión, pues, de lo expuesto debe entenderse que para la doctrina nacional y extranjera y la legislación argentina las empresas de construcción que adquieran materiales, tengan o no depósitos de ellos, y los incorporan a las obras que realizan son comerciales y que los contratos que efectúen deben ser juzgados por los tribunales de ese fuero.

El doctor Campos, por consideraciones análogas a las expuestas por el doctor de Vedia y Mitre, votó en el mismo sentido.

El doctor Tobal dijo:

En distintas oportunidades, actuando como fiscal, me he inclinado por la comercialidad de los constructores, estimando que únicamente revestirían el carácter de civiles, en el supuesto poco común de que se limitaran a la dirección y vigilancia de la obra, corriendo el dueño, no sólo con la adquisición de los materiales, sino también con el pago de los jornales.

El caso que nuevamente se debate y el estudio que en esta oportunidad he debido que he fundado en las disposiciones del art. 8º, incs. 1º y 5º, del código de comercio.

Tanto en los fallos en recurso, cuanto en el voto del doctor de Vedia y Mitre se expresan los antecedentes del caso en nuestra legislación, los que también trata el doctor Ramón S. Castillo en el tomo 1º, página 72, al referirse en el capítulo que dedica a los “actos de comercio no mencionados en la enumeración de la ley”, estudiando en un primer apartado a las empresas de construcción (págs. 72 a 82). Por ello no he de insistir sobre este punto, aceptando, para no reproducir en otros términos, lo que expresa el doctor de Vedia y Mitre, respecto a nuestros antecedentes legislativos inmediatos, el código francés y las citas doctrinarias que en ese voto se contienen.

Pero, sobre lo que sí deseo extender mis fundamentos es sobre el alcance que debe atribuirse al art. 1629 del código civil, tanto más cuanto que el fallo de la mayoría que sentara la jurisprudencia de las cámaras en pleno, en el caso “La Cattiva Fernando, su concurso”, hace mérito de que el código civil incluyera la locación de obra entre los contratos civiles, sin tomar en cuenta, para comprenderlo, en sus disposiciones, según dice el fallo, “el hecho de que el que la ejecute ponga, además de su trabajo o industria, la materia principal y aun el trabajo de otras personas”, con lo que concluye, “han querido eliminar, sobre la naturaleza del acto, toda discusión que tienda a darle otro carácter”.



El citado artículo establece que “puede contratarse un trabajo o ejecución de una obra, conviniendo que el que la ejecuta ponga su trabajo o su industria, o que también provea la materia principal”. ¿Significará, acaso, el hecho de que este texto determine que habrá creación de obra en cualquiera de los dos supuestos que contempla, que necesariamente aquélla ha de ser siempre civil? La respuesta juzgo que no puede ser afirmativa, ya que el propósito del artículo sólo se explica si se tiene en cuenta antecedentes de origen histórico, como lo demuestra el mismo doctor Vélez, en la nota de este precepto.

Una vieja discusión que ya tenía sus antecedentes en Roma, dio origen a opiniones encontradas entre los jurisconsultos que cita el codificador: Duranton, Duvergier, Aubry y Rau, Troplong y Zachariae, pues, o se inclinaban los unos, como los dos primeros, a considerar como simple arrendamiento toda convención por la cual el constructor se encarga de hacer una obra, pusiere o no la materia, o bien otros, como Troplong, veían en ello una compra y venta, en el último caso. La importancia que en Roma tenía el asunto era bien explicable, si se considera que las convenciones en sí mismas no daban origen a acciones, sino que era menester para ello que aquéllas hubieran sido incorporadas, ya a una solemnidad jurídica, que tuviera la virtud de transformarlas en contratos (“nexum”, contratos verbales o literales), ya en una época más avanzada, siempre que mediare una entrega, en contratos reales, ya finalmente en un período más reciente, que se tratase de los consensuales, limitados sin embargo a los exclusivamente reconocidos por la ley, cuadro que sólo mucho después habría de ampliarse con otras convenciones obligatorias, como los contratos innominados o los pactos pretorianos.

Ahora bien, si se tiene en cuenta que con este régimen limitado de las convenciones obligatorias, era necesario para hacerlas valer en justicia el indicar la acción del contrato reconocido, para que pudiera ampararse la demanda, y no exponerse el actor a una “denegatio actionis”, se explica que el dilucidar si era venta o si era “locatio operis faciendi”, tuviese real importancia para el caso judicial.

Los jurisconsultos romanos se dividieron; alguno, como Cassius, propuso el que se acordaran las dos acciones. Ello resulta del pasaje de Gayo, (Instituta, L. 3, número 147), en que se pregunta cuál sería la naturaleza del contrato, en el supuesto de que se conviniere con un artífice la ejecución de anillos de determinada forma y peso, pactándose un precio por ello y poniendo el obrero la materia. En cambio, advierte que no la habría, y de que sería locación, en el supuesto de que el oro fuera del que va a recibir el anillo.

Justiniano, en su Instituta (libro III, título XXV, número 4), reproduciendo el ejemplo de los anillos ejecutados con material del platero, recuerda la controversia y la opinión de Cassius, para quien se verificaba la compraventa de la materia prima y el arrendamiento de la mano de obra; pero decide siguiendo una solución simplista, que ya sustentara Sabinus, que el caso



sería una compraventa. Más en el Digesto consigna el parecer de otros jurisconsultos que, como Pomponius, enseñaban que no habría locación sino venta, cuando el objeto se daba por aquél para quien se hiciera la cosa; pero lo contrario en el supuesto de que se diese un solar, para que en él se edificase una casa porque entonces lo consideraba locación. “Quoniam tunc a me substantia proficiscitur” (D. Libro XVIII, título I, núm. 20), opinión que concuerda con otra de Paulus, registrada en el libro XIX, título II núm. 22, párrafo 2º).

Quiere decir todo ello que el doctor Vélez, en su artículo 1629, quiso simplemente exponer los dos casos en que podría contratarse una obra, esto es, dando o no el locador el material para la cosa que habría de hacerse suya, resolviendo que era “locatio operis” para no dar lugar a discusiones, como lo advierte en el párrafo final de su nota, sobre si era o no arrendamiento o venta de contrato.

A base de estos antecedentes puede afirmarse, en síntesis, que el texto del artículo 1629 sólo se propuso una cosa: definir la naturaleza jurídica del acto, pero sin que ello pueda significar que todas las locaciones de obras deban ser civiles. Lo que el artículo dice es que el trabajo en obra contratada será una “locatio operis” ya se convenga en que el ejecutante ponga sólo su trabajo o industria o que también provea la materia principal.

Pero es indudable que, según sea la naturaleza del acto que realiza el conductor al aportar a su obra materia, será o no comercial o civil. Si acudo a un artista para encargarle un cuadro o una estatua, la locación será civil, porque la obra de arte es un valor superior, materializado, es cierto, en una tela, un mármol o un pergamino, pero el que el artista haya adquirido la materia, obteniendo quizá de sus proveedores habituales una bonificación, no convierte a la obra en comercial, porque no es el lucro sobre tal insignificancia lo que se cobra el artista, al percibir su precio, sino el fruto de su inteligencia creadora.

En cambio, cuando voy a un sastre y elijo una tela de las que tiene al efecto y mando hacer un traje, en la forma que convenga, por hábil que sea, el constructor, en el caso, no dejará de ser un comerciante que adquiere una cosa mueble – la tela – para lucrar con su enajenación, convirtiéndola en prendas de vestir, esto es, realizando los supuestos previstos por el artículo 8º, inciso 1º, del código de comercio.

Por lo demás, cabe observar que cualquiera que sea la teoría que se sustente respecto a la correlación del derecho civil con el comercial, ya se piense que el segundo es sólo un derecho de excepción, ya la opuesta que sustentaran Delamarre y Le Pittevin, ya la intermedia preconizada por Massé, debe recordarse que a base de lo que disponen los artículos 1º del título preliminar y 207 del código de comercio ha podido sostenerse que nuestro código ha adoptado la teoría de la excepción, y que aun cuando hoy se pretenda dar otro alcance a los textos que indico para concluir que ellos expresan sólo que el código civil se aplicará a todas las situaciones no legisladas o reglamentadas por el código de comercio, lo cierto es que esta



discusión doctrinaria no impide, que un supuesto comercial como el del sastre antes mencionado, encuentre en el código civil un texto que determine su naturaleza jurídica, como es el 1629.

El doctor de Vedia y Mitre, analizando dicho texto y su nota, si bien sostiene que él no impide la comercialidad del caso “sub iudice”, piensa que el texto indicaría una solución civil, para el supuesto en que el constructor no fuese un empresario, y agrega que el artículo alude al caso de que el constructor sea propietario del material empleado, pero no cuando normalmente lo adquiere para lucrar con su reventa al incorporarlo al edificio que construye. Aunque arribe a iguales conclusiones, pienso, sin embargo que la comercialidad o el carácter civil no depende de que el material sea o no de propiedad del conductor, sino de otras circunstancias. En realidad, aun forzando el argumento podría decirse que cuando se emplea una cosa en la obra que se ejecuta para otro, normalmente se trata de cosas propias, desde que la venta es consensual. Poco interesa, entonces, que se comprara para esa obra la materia o se la tuviera de antes; lo que importa es que en la ejecución o incorporación haya, por parte de quien la hace, un acto de comercio. Es un constructor que lucra con los materiales que compra, para esa obra o que los tenía con anterioridad; en ambos supuestos hará acto de comercio.

Es el literato o el artista que ejecuta la obra encomendada sobre el papel propio o la tela que tuvo o que compró, poco importa; el contrato será civil. En los dos casos habrá locación, que es lo que ha querido establecer el artículo 1629, pero en uno será comercial, en el otro civil.

El hecho de que una situación jurídica haya sido contemplada por el código civil, bajo cualquier aspecto, no impide que sus aplicaciones puedan ser mercantiles. La “locatio operis” no se trata en el código de comercio, pero en cambio el artículo 8º de éste da la pauta para determinar los casos en que esas locaciones deben ser mercantiles.

Fuera de ello, recuerdo, para terminar con este punto, que hay instituciones netamente comerciales, como son los títulos al portador, sin que tal circunstancia haya impedido que el código civil alemán se ocupe de ellos en los artículos 793 y 808, debiéndose la inclusión al hecho de que por razones de método, aquel cuerpo trata las obligaciones que aparecen indeterminadas en cuanto al sujeto, dejando al código de comercio, el reglamentar las distintas situaciones en que pueden presentarse sus diversas categorías.

El voto del doctor de Vedia y Mitre se hace cargo de otro de los argumentos en que se fundara la mayoría en la sentencia plenaria; me refiero al que derivara del hecho de que las cosas adheridas a la obra por el constructor entran a formar parte del inmueble, perdiendo así su posibilidad de continuar el giro. Comparto todos los argumentos de mi colega, y añadiría,



siguiendo a Castillo, que en este fallo más se ha contemplado la situación del propietario que la del constructor, que el primero no había ejecutado acto de comercio, pero sí el segundo, desde que compró los materiales para aplicarlos a un fin comercial.

Lo expuesto implica que, de acuerdo a la tesis que sostengo, el código civil ha calificado sólo la naturaleza de esta base de contratos, pero sin determinar que ellos sean civiles o comerciales y que las circunstancias indicaran si esas locaciones deben o no ser mercantiles. En los votos que preceden se determina que respecto a los empresarios constructores se formula dentro de la teoría que acepta su comercialidad un distingo: 1º si sólo emplean obreros, lucrando con el trabajo humano, para algunos autores no serán comerciantes; 2º en cambio, lo serán si adquieren materiales para las obras, ladrillos, cal, arena, pedregullo, etc. Pienso, que tanto uno como otro caso encuadran en el supuesto del artículo 8º, inciso 1 del código de comercio.

Verdad es que el carácter del trabajo humano ha llevado a muchos tratadistas a considerarlo como algo que, por respecto a la personalidad, no debe equipararse a las demás cosas lucrables; pero juzgo que este reparo más que todo se debe a la preocupación inspirada en un propósito noble y generoso, si se quiere, pero que se aparta de la realidad. Yo no veo por qué un empresario que lucra con el trabajo que realizan los obreros a su cargo, no deba ser comerciante, y en cambio lo sea, sin lugar a dudas, quien trafique con los productos del trabajo humano.

Si el constructor emplea los materiales necesarios para el edificio y los compra a su nombre, es indudable que los adquiere con un propósito de reventa para lucrar con la incorporación que de ellos hace en la obra.

Se dirá que también con ellos se agrega el fruto de los conocimientos técnicos para dar término al trabajo encomendado; pero como no se trata aquí del caso del artista ni aun del arquitecto, profesional que dirige la obra, ese lucro en la reventa de los materiales tiene un valor bien principal en el precio que se cobra no siendo dichos materiales, como la tela del artista, una base insignificante en el costo de la obra, sino, por el contrario, las partidas que van a determinar fundamentalmente el precio de la misma.

Fuera de ello, en el caso de autos cabe observar que se trata de constructores que han celebrado un contrato de sociedad, como reza la escritura, para "negocios de construcciones y edificaciones y todo lo relativo a esta clase de empresas"; que usan firma social y que al establecerse lo hicieron con un aporte de cincuenta mil pesos, que es lógico pensar se destinaran a la compra de materiales o pago de los jornales en las obras que tomaran a su cargo; que poseían al presentarse en concurso, fuera de los muebles y útiles de escritorio, andamiajes y elementos de construcción, avaluados en quince mil pesos, que esos materiales



inventariados en el local de la calle Quintino Bocayuva 559, si algunos podían juzgarse que fueran usados, muchos de ellos, como vidrios y mosaicos no lo eran, aparte de que se contaban herramientas generales y maquinarias cuyo uso es común para toda clase de obras.

Siendo así, y no encontrándose el señor Alfano en el caso de ser mero constructor de obras, sino empresario, que las realizaba lucrando con el trabajo de sus obreros y los materiales aportados a las mismas, conceptúo que la comercialidad no puede discutirse y que la jurisdicción civil es ajena a esta clase de actividades.

El doctor Pera, por consideraciones análogas, adhirió al voto de los doctores de Vedia y Mitre y Tobal.

El doctor Lagos adhirió al voto del doctor de Vedia y Mitre.

El doctor Salvat, por consideraciones análogas, adhirió al voto de los doctores de Vedia y Mitre y Tobal.

El doctor Senillosa dijo:

1º Observo, en primer lugar, que en la forma en que ha sido planteada la cuestión única, así como en la solución propuesta por el señor vocal de primer voto – generalizando – se encontraría el parágrafo III del título preliminar del código de comercio, como también los artículos 16 y 62, “in fine” ambos, de los códigos civil y de procedimiento, respectivamente, no modificados por la ley 7055.

2º No obstante los precedentes tan ilustrados votos de los señores camaristas doctores de Vedia y Mitre y Tobal, adhiero sin reservas al del doctor Colmo.

3º Sólo agregaría algunas breves consideraciones, v. gr.:

En el contrato de construcción o edificación, la provisión de los materiales se realiza ora por administración o licitación por contratación directa, o ya por el empresario.

Sobre los dos primeros casos no se hace cuestión, hay conformidad general en que el acto principal sería civil para ambas partes; sólo se discute el tercero, sosteniendo la mayoría que sería entonces mercantil. Pero, una empresa constructora los realiza indistintamente todos tres, bajo una u otra forma, según las exigencias del propietario.

¿Serán así tenidos todos por comerciantes, porque algunas veces provea la materia el locador, aunque eso no fuera habitual?. ¿Sería él por eso comerciante siempre?. No, según la



propia ley particular que se invoca, sino solamente en esos casos determinados, (código de comercio, arts. 6º y 7º). Y por tanto, como el que accidentalmente ejecuta actos de comercio, aunque quede por ellos sometido a la jurisdicción comercial, no adquiere la calidad de comerciante, en caso de insolvencia, su falencia lo constituiría en concurso civil y no en quiebra.

No está legalmente obligado a llevar libros rubricados, libros que ni se le rubricarán quizá, por lo que no puede hacerse pasible de aquello mismo a que se le habría inducido.

Por otra parte, generalmente no es con los materiales, ni siquiera con los operarios u obreros, que lucra el constructor, lo que a las veces ni le sería lícito, y quien a menudo exhibe al dueño o locatario las facturas de los proveedores y planillas de salarios o jornales de peones y capataces, junto con los certificados, las facturas, etc.

El ejerce una profesión u oficio y tiene en mira su porcentaje, como única utilidad, según los aranceles gremiales o la convención.

Es así que frecuentemente se trata en realidad de una locación más de servicios que no de obra, (código civil, art. 1623), "...aunque el servicio hubiese de ser hecho en cosa que una de las partes deba entregar..."; y entonces, de una obligación de hacer (artículo 625, etc.), que bien puede ser hasta prometiendo el hecho de un tercero (art. 1163), incurriendo en las responsabilidades consiguientes en caso de incumplimiento por éste (art. 664). Obligación divisible o indivisible, según los casos (arts. 670 a 680); y dándonos el codificador como "... un grande ejemplo para nuestros tribunales..." la solución en juicio en el reino de Prusia, que anota Savigny, respecto a las acciones por esas obligaciones solidarias, y entre ellas la de construcción de una obra, según haya varios acreedores o deudores (su nota al artículo 688).

De ahí que los tratadistas estudien conjuntamente, y también las legislaciones consignen a la vez, lo referente a la "locatio vel conductio operis vel operarum".

En el antiguo derecho romano, nos lo dice Namur en sus "Institutas", y también en las "Partidas", se confundía la locación de obra con la compraventa de cosa futura, (código civil, art. 1327 y su nota "in fine"); distingo que en derecho francés hicieron después Durantón, Troplong, Aubry y Rau y, mejor, Planiol, como lo hace notar Dalloz en su "Repertoire pratique" (tomo VII, página 834, núm. 17); distinción a que no da importancia el doctor Vélez Sarfield en la nota a su artículo 1629, absteniéndose de hacerlo, según expresamente lo declara, por creerlo innecesario, dice en el apartado 3º de la misma; lo que con sobrada razón le critica el doctor Segovia, pues que luego él mismo la hace, a los efectos de los privilegios y del derecho de retención (arts. 3891 y 3931, por ejemplo), de los vicios redhibitorios de la fuerza mayor, etc., en que distingue él mismo.



Y bien, si la locación de servicios puede ser civil o mercantil (código y artículos precitados y libro I, título IV, del código de comercio), e igualmente pueden serlo la locación de cosas y la compraventa, por definición (arts. 450 y 1323 de ambos códigos), es ésta, siempre civil cuando versa sobre inmuebles o muebles accesorios (código de comercio, art. 8º, inc. I; arts. 451 y 452 apartado 1º, etc.).

En cambio, la ley mercantil ni menciona la locación de obra, y si la tratase sólo la referiría al trabajo sobre cosa mueble (de fábrica, por ejemplo), según queda dicho y por sus propios principios básicos, como bien claramente lo dice la comisión reformadora del viejo código de 1862 (doctores Escalante, Zeballos, Basualdo y Colombres), en la exposición de motivos de su nota de remisión del proyecto al honorable congreso (agosto de 1889), manifestando haber eliminado o haber prescindido de todo lo que fuera "...materia correspondiente al código civil que legisla", así en sus advertencias en los contratos comerciales, la condición resolutoria, la compraventa y la fianza, la prescripción liberatoria, etc., siguiendo en esto al doctor Segovia.

Y aun cuando la jurisprudencia era tan contradictoria al respecto, (baste a constatarlo la tan variada que se registra en el "Diccionario" de Victorica: tomo I, págs. 338, 340, 518, 521, 524 y 531; tomo III, págs. 2042, etc...), en tribunal pleno anterior, ("Gaceta del Foro", enero 31 de 1920, vol. 24, pág. 193), se declara no comerciantes a los constructores, e igualmente la cámara civil 2º (ibídem, marzo 12 de 1924, vol. 49, pág. 66), y en causa núm. 33.039 de agosto 6 de 1928.

Soy consecuente con mis votos (números 26.773 y 28.333, etc.), en los que persisto; y si estuviese en error, no estaría tan mal acompañado, se ve.

Y entonces, tengo para mí que, en la concurrencia de los derechos y preferencia de los créditos contra los bienes del deudor común es aplicable en el "sub lite" el procedimiento del título XXVI del código respectivo (arts. 718 y siguientes) y no la ley 4156 (arts. 1379 y siguientes del código de comercio).

Voto así, pues, en la contienda de competencia suscitada por inhibitoria, por la confirmación del auto del señor juez doctor Barraquero, en el sentido de que el caso de autos es de la competencia de la jurisdicción civil, correspondiendo en consecuencia el concurso y no la quiebra del constructor insolvente caído en falencia.

El doctor Matienzo dijo:

El asunto que se ha traído a la decisión de este tribunal pleno, es decir, si las empresas de construcción son comerciales y por lo tanto deben estar sometidas a la legislación mercantil de



quiebras, es materia que la cámara de apelación en lo comercial, a la cual pertenezco, ha resuelto ya reiteradamente en sentido afirmativo. Puedo citar entre otros los siguientes casos: Nielsen y Cía.; Traverso Hnos. v. Yensen, Vaccaro v. Slatteff; Fortiana v. Urbano; Prátola; Alejandro Melfi, resuelto este último en agosto 10 de 1927.

Mi opinión es concordante con ésta jurisprudencia, y aun cuando sería suficiente referirme a la doctrina sentada en esos casos, estimo, sin embargo, conveniente recordar los principales argumentos que sirvieron de base a los fallos mencionados.

El constructor es un locador de obra. La naturaleza jurídica de los actos que ejecuta y de los contratos que en su consecuencia concluye, está definida en el art. 1629 del código civil; pero cuando por razón de sus actividades se convierte en intermediario que especula con el valor de los materiales, con la mano de obra o con las maquinarias que emplea en su locación, el carácter de esos actos estará calificado y regido por los arts. 1º, 5º, 7º y 8º del código de comercio.

Entiendo, pues, que el hecho de que la locación de obra no esté expresamente legislada en el código de comercio, no excluye su carácter mercantil, ya que dentro de la enumeración simplemente descriptiva y enunciativa del artículo 8º caben, como actos de comercio, aquellos actos de cualquier naturaleza jurídica que, legislados por cualquier ley, reúnan los requisitos que la disposición legal referida exige, para que puedan ser considerados como tales.

Pues bien, la realidad de los hechos demuestra – y en el “sub judice” ha quedado plenamente establecido – que los constructores adquieren a título oneroso los materiales necesarios para las obras, con ánimo de lucro, que igualmente lucran con un salario o la mano de obra, como así también con diversas maquinarias que utilizan en la construcción, realizando con todo ello negocio por cuenta propia, y haciendo de ello profesión habitual.

Es decir, que en estas condiciones, los constructores llenan todos los requisitos que el código de comercio exige en sus arts. 1º y 8º para declarar comerciante a una persona: profesión habitual, negocio propio, adquisición de cosa mueble y ánimo de lucro en su enajenación o arriendo.

Se ha sostenido que el destino de las cosas puede quitar el carácter mercantil del acto realizado por el constructor, toda vez que la obra misma las transforma e inmoviliza, impidiendo al empresario ejercer comercio con ellas, el cual consiste en el intercambio y circulación de las cosas y de los valores. (La Cattiva, su concurso, fallo de las cámaras de lo civil en pleno).

Pero, en mi concepto, la tesis apuntada carece de todo valor jurídico puesto que lo que interesa para calificar la naturaleza civil o comercial del acto, no es el destino que se da a las



cosas una vez enajenadas por el locador, sino el hecho mismo de la enajenación y del ánimo de lucro del constructor; que la cosa se transforme en inmueble por adhesión o que se pierda definitivamente, son circunstancias ajenas a la comercialidad del acto ejecutado por el locador, y que solamente servirían para determinar la naturaleza del acto realizado por el locatario.

No se podrá, pues objetar el carácter inmobiliario del edificio una vez construido, desde que la especulación del empresario o constructor no reposa sobre éste, sino sobre las cosas muebles, por cuya reunión el edificio se constituye (Dalloz, 1902, I, 294; Thaller, núm. 31, Lacour y Bouteron, núm. 44).

La jurisprudencia extranjera, y la doctrina de la generalidad de los autores de derecho comercial se ha orientado en igual sentido: los constructores que proveen los materiales, maquinarias y mano de obra, realizan actos de comercio, y quedan, por consiguiente, sujetos a la ley mercantil.

Cabe todavía destacar el mérito de la jurisprudencia a que me he referido, dictada por la corte de casación francesa, con sólo recordar que en Francia, la comisión encargada de proyectar el código de comercio, incluyó entre los actos de comercio "la empresa de construcción", proyecto que no sancionó la redacción definitiva del código.

Lo que significa que, aun cuando el contrato de locación de obra haya sido reglamentado por la ley civil, será de índole comercial cuando el constructor ejecute actos de comercio, o lo que es lo mismo, cuando especule en la enajenación de los materiales, en los salarios y el arriendo de las maquinarias.

Por estas consideraciones y dando por reproducidos los fundamentos que informan la resolución dictada por el juez de comercio doctor Britos, adhiero a los votos emitidos por los doctores de Vedia y Mitre y Tobal.

Los doctores Estrada y Meléndez, por consideraciones análogas a las expuestas por el doctor Matienzo, votaron en el mismo sentido.

Por lo que resulta de la votación de que instruye el acuerdo precedente, se declara que las empresas de construcciones realizan actos de comercio y se hallan en consecuencia sometidas a la jurisprudencia mercantil, salvo cuando se limitaren a la dirección técnica y vigilancia de las obras, corriendo el dueño con la adquisición de los materiales y pago de los jornales de los obreros, confirmando así la sentencia dictada por el juez doctor Britos.

Las costas por su orden. – Colmo. – de Vedia y Mitre. – Campos. – Tobal. – Lagos. – Salvat. – Senillosa. – Matienzo. – Estrada. – Meléndez▲