

DERECHO COMERCIAL EN CRISIS

ALEJANDRO GUILLERMO BARO,
Profesor de los Cursos de Doctorado

INTRODUCCION

Cuando en las Facultades de Derecho se formulan planes de estudio para la carrera de abogacía, no faltan aquellas, que con acierto, incluyen "ab initio" una "Introducción a la filosofía o filosofía general". Ello nos lleva a la metafísica y ya a este nivel se nos presenta el problema de la teoría del conocimiento: antes de pensar "con" el pensamiento debemos hacerlo "sobre" el pensamiento; y así se recorren las ideas de Platón, de Aristóteles con Santo Tomás el intelectual sino, de Kant, con su inadvertencia del ser en sí mismo y en general, objeto formal común adecuado a la inteligencia, etc.

Mutatis mutandis, cuando nos sentimos consustanciados con esta problemática; no falta, a cualquier variedad de materias en estudio, un replanteo del conocimiento de ellas. Y entonces, si del derecho comercial se trata, ello nos inclina a un estudio "sobre" el derecho comercial antes que "con" el derecho comercial.

Con esto, tratamos de justificar el principio lógico de razón suficiente de nuestra inquietud titular: "Derecho comercial en crisis". Tal es el problema que pretendemos explicar, en apretada síntesis, para su publicación en la revista "Idearium" de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Mendoza, de reciente y esforzada fundación en sus medios, meritoria y de proyección no dudada en sus fines.

PLANTEO DE EVOLUCION

I – No interesa a los fines de nuestro estudio una historia naciente del derecho comercial ni una incursión minuciosa de su evolución. Por lo demás,

está hasta en los manuales de la materia que, por otra parte, tanto daño hacen al verdadero estudio e investigación del derecho.

Nos interesan sí, los grandes lineamientos de tal evolución en cuanto para comprender una institución jurídica y valorarla en forma crítica, al decir de Ascarelli, se precisa tener en cuenta la función efectiva cumplida y la que está destinada a cumplir¹. En tal sentido cabe destacar, en una primera época, un derecho comercial subjetivo y profesional que domina desde la segunda mitad de la Edad Media con los estatutos de las ciudades italianas. Es el derecho estatutario que conocieron Venecia desde 1247, Viena en 1262, más tarde Bolonia, Florencia, Padua, Milán, Palermo, Catania, Siracusa, Génova (1416, 1498 y 1589), etc. Son las comunas de activo tráfico donde los comerciantes comenzaron por organizarse profesionalmente recopilando sus usos y aplicándolos obligatoriamente mediante su propia jurisdicción mercantil. En realidad puede sostenerse que de esta época data un derecho comercial con fisonomía propia y particular. Funcionan entonces las corporaciones de comerciantes y artesanos para salvaguarda de todo lo que signifique beneficio del comercio y para ello se dictan sus propios estatutos que llegan a ser compilados positivamente, más allá de los usos y costumbres que constituyeron inicialmente su derecho consuetudinario.

Pero en el fondo, todo este incipiente derecho comercial profesional y subjetivo regulado a través de las corporaciones se considera un privilegio monopólico, tanto en la estructuración del trabajo e integración limitativa de sus miembros, cuanto en la aplicación de su propio derecho y jurisdicción mercantil.

A toda esta situación siguen las Ordenanzas de los siglos XVII y XVIII donde persiste la influencia de la legislación estatutaria de las comunas italianas, verdaderas codificaciones profesionales cuyas instituciones aun aparecen como antecedentes necesarios en algunos aspectos de la legislación moderna organizada.

De esa época de las Ordenanzas datan entre otras, el Reglamento de la Plaza de Cambios de Lyon (1667); la regulación del comercio en las ciudades de la Liga Hanseática; la Ordenanza francesa de 1673 cuyo principal redactor fue Savary; las Ordenanzas de Bilbao (1737), etc.

En resumen, como lo sostiene Broseta Pont, ya para esta altura de la Edad Moderna, "el derecho mercantil deja de ser, en líneas generales, un Derecho de formación consuetudinaria, para convertirse en un derecho de formación legislada. Pero éste tránsito no altera su especialidad respecto del Derecho común, no sólo porque al legislar el monarca recoge el derecho

¹ ASCARELLI, Tulio, "Panorama del Derecho Comercial", (Depalma, Buenos Aires, 1949), pág. 160.

anterior de formación consuetudinaria, sino porque consta en una fuente separada del Derecho común" ².

II – El tiempo transcurre y el uso suele convertirse en abuso. Así acontece con ese derecho comercial subjetivo hasta que, con la Revolución Francesa, la libertad y la igualdad proclamadas trastocan también a su turno al derecho comercial, y entonces éste se "objetiviza" a través de los "actos de comercio" del Código francés de la materia sancionado en setiembre de 1807 y con vigencia a partir de 1808.

Tal es la autorizada opinión de Zavala Rodríguez que nos apunta este cambio con el dictado del Código de Napoleón y antecedentes complementarios en el edicto de febrero de 1776 y decreto de 1791 que suprimieron los privilegios corporativos señalados en el parágrafo anterior.

"El Código de comercio deja de ser un ordenamiento de comerciantes para el ejercicio de su profesión, y se convierte en el derecho de ciertos y determinados actos: actos de comercio objetivos, a los cuales se somete y por los que se registrá, sea o no comerciante, la persona que los realiza" ³.

Por supuesto que ésta, como toda posición jurídica, tiene sus opiniones contrarias y dadas con sus fundamentos, lo que el propio Zavala Rodríguez advierte.

Así en España, Broseta Pront reconoce que el derecho mercantil anterior a la revolución francesa era eminentemente clasista, pero no acepta que el "Code" haya dejado de ser preponderantemente un ordenamiento del tráfico profesional de los comerciantes, para convertirse en un Derecho general del tráfico de carácter objetivo. Entre otras razones aduce –siguiendo la doctrina francesa con Escarra y Ripert– que el propio Código reconoce la subsistencia de los comerciantes cuyo "status" se adquiere por el ejercicio habitual de una actividad mercantil, y que el acto de comercio objetivo nace en el "Cede" como recurso técnico para extender la competencia de los tribunales de comercio sobre ciertos negocios reputados mercantiles, aunque sus autores no fueran comerciantes. Se extiende en otras consideraciones, pero cabe señalar por otra parte, que el mismo Escarra advierte que el sistema que se ha seguido en el Código de 1807 para la determinación del contenido del Derecho mercantil resulta híbrido y equívoco.

Zavala Rodríguez refuta con acierto tal posición cuando sostiene que

2 **BROSETA PONT**, Manuel, "La empresa, la unificación del derecho de las obligaciones y el derecho mercantil" (Biblioteca Tecnos de Estudios Jurídicos, Madrid, 1965), pág. 34.

3 **ZAVALA RODRIGUEZ**, Carlos Juan, "Derecho de la Empresa" (Depalma, Buenos Aires, 1971), págs. 10, 25 y sgtes.

"después de la Revolución Francesa, tenían derecho a trabajar y ejercer una industria lícita, no sólo los comerciantes sino todos los hombres"... "Son los actos los que producen el estado o profesión, y no ésta, lo que preexiste o se forma si se cumplen ciertos actos".. "un acto aislado no hace un comerciante, y ello quiere decir que el acto es objetivo" y termina —con cita de Hamel y Lagarde— que salvo modalidades diferentes, el sistema "objetivo" es el del derecho francés, el del derecho suizo, el del derecho belga y el del derecho español, agregando por su cuenta, que también es el sistema vigente en la mayoría de los Códigos de Comercio de la América Latina, y a su juicio, incluyendo el argentino.

Para nosotros, la polémica tiene su importancia histórica, en cuanto con el Código de Comercio de 1807 se marca un hito en la evolución del derecho mercantil y también una vinculación legislativa, en cuanto sus disposiciones legales (arts. 1; 632 y 633) se reproducen en el Código argentino (arts. 1 y 8).

Pero a los efectos de nuestro trabajo, la postura; de Broseta Pont pierde relevancia, en cuanto él mismo reconoce, con cita de Ascarelli, "una progresiva objetivación legislativa del Derecho mercantil", aunque aclare que la advierte más que en el Código francés de 1807, en los posteriores códigos de comercio europeos influenciados por los ideales de la Revolución Francesa y la prestigiosa doctrina postrevolucionaria que interpretó en Francia ese Código de 1807.

Acepta así que poco a poco la impronta "objetiva" va dejando sus profundas huellas en los códigos de comercio de los distintos Estados europeos, apareciendo entonces "la afirmación doctrinal primero, y legislada después, de que el derecho mercantil es el propio de los actos de comercio", y en apoyo de tal reconocimiento cita, entre otros, al Código de Comercio alemán de 1861 que consagra el sistema objetivo con ciertas peculiaridades respecto al Código francés; al Código español de 1829 discutido en cuanto a predominio del sistema subjetivo u objetivo, aunque Garrigues se inclina por el segundo sin desconocer la tónica del primero, y por último al Código español de 1885 que instaura sin duda el sistema objetivo a través del contenido de su artículo segundo.

Se convierte así el acto de comercio en el centro del sistema: "para el legislador el Derecho mercantil es el propio de los actos de comercio".

A todo esto, agregamos nuestra observación vinculada al tema en estudio, de que toda esa "objetivación del derecho mercantil" es la característica principal que predomina en la generalidad 'de las legislaciones por más de un siglo desde que surgiera con los ideales de la Revolución Francesa.

PLANTEO DE ACTUALIDAD

III – Pero es a partir de entonces, pasado ese siglo largo que consumió el XIX y se proyectó hasta principios del XX, que inicialmente en forma teorizante y aislada, sobre todo en Alemania, y después en Italia, que afloran a la superficie las nuevas ideas sobre un actualizado derecho comercial, ahora nuevamente "subjetivo".

Dicho así, dentro de los conceptos que venimos manejando, parecería que damos un paso hacia atrás, pero veremos que no es ésta la regla natural de la evolución de las instituciones mercantiles. Ni siquiera adquiere relevancia un vuelco al sistema subjetivo que pone al comerciante en su centro limitándose a considerar mercantiles todos los actos que practique en su actividad profesional, como sucedió con' el Código alemán de 1897 que derogó al de 1861.

En efecto, el derecho comercial se aleja ya de la objetivación de los actos de comercio para subjetivarse ahora, pero no al estilo privilegiado corporativo, ni del simple comerciante, sino que lo hace alrededor de una entidad que adquiere el centro de gravedad del mundo de los negocios: la empresa.

Devienen los planteos jurídicos: empresa y sociedad y hacienda mercantil y derecho de empresa y derecho económico o de la economía, etc., y con toda esta problemática se pone en evidencia una verdadera conmoción del derecho comercial que clásicamente había gobernado por más de un siglo de nuestra época contemporánea.

Creemos que nada ilustra tanto el panorama de las últimas décadas como las meditaciones muy sensatas del jurista español Garrigues cuando con toda sinceridad se expresaba así: "Pero quiero recordar mi humilde confesión inicial de que los mercantiles nos acercamos a la empresa con un cierto sentimiento de fracaso, conscientes de que el Derecho de la empresa no será nunca obra nuestra, sino de los juristas cultivadores de varias ramas del Derecho Público y singularmente del Derecho de la Economía". . . "Derecho formado por un conglomerado de normas constitucionales, administrativas, fiscales y mercantiles que tienen un denominador común: el propósito de ordenar jurídicamente la economía nacional. Este derecho de la economía va penetrando cada vez más en los sectores tradicionales del derecho mercantil, deformando sus normas o suprimiéndolas cuando así conviene a los intereses de la comunidad entera" ⁴.

En nuestro país, Zavala Rodríguez, con sus estudios prospectivos que le son tan propios, nos alerta sobre la necesidad de ordenar al derecho comercial

4 GARRIGUES DIAZ-CABAÑATE, Joaquín, "La reforma de la empresa", en "Rev. de Jurisprudencia Argentina", del 19-4-1967, págs. 14-15.

alrededor de la idea de la empresa, reconociendo a Alemania como la primera nación donde el tradicional concepto de los actos de comercio empieza a encaminarse hacia el nuevo concepto de la empresa. Se recuerdan los trabajos de Wieland (1921), para quien el derecho mercantil es el derecho de las empresas y su tráfico; y la influencia de Mossa en Italia, que desde 1926 trabajara con relevancia jurídica para imponer la transformación del derecho comercial en derecho de la empresa. Más aún, llega a identificar ambos conceptos en cuanto a su contenido, es decir, que tanto para Wieland como para Mossa, la empresa delimita y define el derecho mercantil.

El pensamiento de Mossa llegó a ser motivo de una ponencia de Varangot en el Segundo Congreso Nacional de Derecho Comercial y de la Navegación celebrado en 1953 en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Buenos Aires, proponiendo que se reformara el art. 1° del Código de Comercio tomando como base, no ya al sujeto comerciante sino a la empresa (con el empresario), teoría sustentada por el profesor italiano Lorenzo Mossa. Fue votada por unanimidad restándole al texto de la ponencia la referencia a Mossa.

Estas ideas así concretadas no son de aceptación pacífica por la doctrina, aunque debe reconocerse a su formulación, el mérito de haber planteado un nuevo concepto del derecho comercial, cambiando el derecho de los actos de comercio por el de la organización empresarial. Y este cambio casualmente aparece a sus sostenedores como necesario, en cuanto la realización de los "actos de masa", nueva característica económica señalada y estudiada por la posición doctrinal de Felipe Heck, se" gurda por Locher, sólo puede ser cumplida debidamente por una organización empresarial, es decir, concretamente, por una empresa.

Además, esta subjetivación profesional, fruto de la observación de la realidad económica circundante, no ha dejado por otra parte de impulsar la autonomía del derecho comercial y justificar su propia existencia.

Por supuesto que la identidad "derecho mercantil-empresa" tuvo sus observaciones. El propio Zavala Rodríguez no coincide con Mossa en que el derecho de la empresa sea el único derecho del comercio, aunque acepte que el derecho comercial gire alrededor de la empresa, y apruebe la idea de la profesionalidad de aquél penetrado por ésta, advirtiendo, asimismo, que si hasta hace unas décadas el derecho comercial se fundaba en los actos de comercio, luego aparece la empresa dominándolo con su propia expansión.

Tampoco Broseta Pont ni los autores por él citados admiten que el derecho mercantil pueda calificarse diciendo que es el derecho de la empresa o determinarse recurriendo simplemente al concepto económico de la empresa, pero ello no significa desconocer su íntima vinculación, al extremo que este

autor español define al Derecho mercantil como "aquella parte del ordenamiento privado que regula a los empresarios mercantiles y su estatuto, así como la actividad externa que aquellos desarrollan por medio de una empresa".

Los fundamentos de las reservas apuntadas son variados. Sólo enunciaremos algunos para dar la idea de falta de unidad y de confusión.

Así Gierke niega semejante identidad porque existen empresas que vio son comerciales. Además cabría distinguir un sentido subjetivo en la actividad del empresario, otro objetivo en el conjunto de bienes de distinta naturaleza y un último sentido laboral como comunidad de trabajo.

En Francia, Escarra y Houin se inclinan a la aproximación del derecho mercantil al propio de las empresas, dejando de ser el derecho de una profesión o de una clase para convertirse en el propio de las empresas.

En la posición contraria, entre otros, se ubica Ripert, arguyendo que si no existe un derecho de la empresa, mucho menos puede regularla el derecho mercantil, y que la empresa es un simple instrumento para que ejerza su actividad profesional el empresario, etc. En la misma línea se colocan Hamel y Lagarde y Despax, este último sosteniendo que ni todas las empresas son mercantiles ni ellas constituyen la única forma en que se ejerce la profesión mercantil.

Por su parte Guyénot ⁵ alude al nuevo derecho de Francia surgido de las reformas de 1966/67 anotando que la noción de empresa se encuentra en el centro de la reforma, al extremo que el legislador francés parecería que no sólo deseaba para la legislación adaptar el nuevo derecho a la empresa sino ponerlo al servicio de ella.

En España, fue Polo quien introdujo la idea de la empresa en la doctrina de su país, y Uría quien llegó a conceptualizarla como eje del derecho mercantil moderno. También aparecen ideas conexas en Girón Tena.

Pero se debe al consagrado jurista español Garrigues su estudio integral, con las variantes que nos apunta el mismo Broseta Pont, calificándolas de "conversión", propias de su gran honestidad intelectual.

Así en 1936 Garrigues objeta la imprecisión del término empresa y se formula parecidos interrogantes a los recién anotados como observaciones al sistema, pero en 1939 ya afirma que el derecho mercantil tiende a ser el derecho propio de la empresa y en 1942 expresa que "es preciso cambiar totalmente el ángulo visual del Derecho mercantil centrándolo sobre el concepto económico de la empresa".

⁵ GUYENOT, Jean Pierre, "El nuevo derecho de las sociedades. Las nuevas tendencias del derecho comercial francés en el contexto de la economía europea", en rev. "La, Ley" del 9-12-1969, pág. 2.

Y en su "Tratado da Derecho mercantil" de 1947, concluye con que el derecho comercial no está referido ya a la actividad intermediaria sino al derecho de la empresa y de las organizaciones de empresa.

Pero en el mismo año y con mayor evidencia en 1949, Garrigues se plantea el problema de que mientras el concepto económico de la empresa es claro, los juristas no han sido capaces de elaborar un concepto jurídico unitario al considerar los diversos elementos que concurren en ella. Comienza así a evolucionar el propio concepto de Garrigues para quien ahora no resulta tan cierta la identificación del derecho mercantil y empresa, duda que se acrecienta al pensar en las relaciones laborales que quedarían fuera del ámbito del primero y constituyen una parte fundamental de la segunda. Y entonces y a partir de trabajos publicados en 1959, sostiene que ni desde el punto de vista lógico ni jurídico puede identificarse Derecho mercantil y empresa, sin dejar de reconocer por ello la incidencia de ésta en aquél, para terminar considerando que ninguna rama del derecho puede pretender su monopolio exclusivo.

Por último, un pensamiento de Garrigues que ya vimos trascender en su reflexión inicial de este párrafo y que será motivo de estudio en el próximo: "Aún no ha sido creado el Derecho total de la empresa y cuando lo sea, seguramente no podrá llamarse derecho mercantil, sino Derecho de la economía".

Podríamos incursionar "in extenso" en todo este material crítico para señalar una mayor indeterminación tan pronto como nos planteáramos otros problemas económico-jurídicos de la empresa moderna, pero excederíamos los márgenes fijados a nuestro trabajo. Nos limitaremos entonces a reseñar algunas particularidades y antecedentes⁶.

En efecto, si lo hacemos desde el punto de vista de su personalidad jurídica, constatamos de inmediato como esta temática resulta motivo de discusión por muchos en doctrina: afirmada por algunos (Navarrini, Apodaca, Segni), negada por otros (Messineo, Guyénot, Satta), con planteo paradójico de la empresa como sujeto y como objeto (Le Pera) y en fin, con Satanowsky, aparecerá tratada "la empresa en el derecho comparado" (Valery, precursor de Wieland y Mossa; doctrina italiana de Vivante-Rocco-Bolaffio, Navarrini, etc.; polémica entre Mossa y Asquini, etc.) y también "Empresa y hacienda comercial. Estatuto profesional del comerciante" (Concepción de la doctrina alemana, italiana, etc.).

Por otra parte en el Tercer Congreso Nacional de Derecho Comercial reunido en 1969 en Rosario se recomienda que el derecho comercial legisle la

6 BARO C., Alejandro Guillermo, "Ley 19551, de concursos, y nueva Solución concursal" (Depalma, Buenos Aires, 1975), págs. 177-184.

empresa, contemplando sus aspectos jurídicos, económicos y su orientación social.

Aleonada Aramburú, desde otro ángulo, nos observa sobre cómo el "progreso tecnológico ha creado un estado de vértigo" destacando a la empresa como sujeto de derecho comercial y eje de la sociedad tecnológica, y con cita de Ferrara, nos advierte sobre "la necesidad de conservar los valores de producción de servicios y bienes (que) se da como fenómeno jurídico-económico y sobrepasa el problema referente a las sutiles diferencias entre empresas, sociedades y hacienda comercial".

La empresa ha llegado a constituir un complejo con causa final orientada hacia un fin social, que influye e influirá en el futuro como "piedra angular en el desarrollo comunitario afectando cuantiosos 'intereses sociales", en opinión de Ferro, sin importar su nacionalidad. Más aún, la influencia será de empresas multinacionales, y ello hará que en el futuro la acción reguladora del Estado resulte con mayor razón imprescindible, como lo señala Dunning.

Zavala Rodríguez se refiere también al progreso de la ciencia y de la tecnología que ha hecho su impacto en el derecho, para mencionar a continuación en su ilustrada obra "Derecho de la Empresa", plena de sugerencias, una variada nómina de autores extranjeros que en libros y diversos trabajos se han dedicado a estudiar este problema (pág. 58).

De todo lo expuesto surge que nos encontramos frente a un derecho comercial que hasta los años treinta se fundaba en los "actos de comercio" y que luego se transforma para asistir al "tiempo de la empresa", donde lo principal es la organización, como mecanismo indispensable de la economía, el comercio y el derecho, para la producción y circulación de los bienes y servicios⁷.

Y esto tiene su importancia mayor, cuando –como se ha observado por Bayicht – la unidad operativa que es la empresa, se encuentra tanto en el área de la economía libre cuanto en el área estatizante.

IV – Pues bien, nuestras incursiones jurídicas entrelazadas en el párrafo anterior con el "derecho de la empresa" nos han introducido en varias enunciaciones un concepto general de "derecho económico o de la economía" que no puede dejarse de evaluar en función de la finalidad de nuestro planteo titular y sus características fundamentales.

Para ello nos parece esclarecedora una distinción inicial que Broseta Pont formula en referencia a la estructura económica de la empresa, subdividiendo en dos etapas el tiempo transcurrido desde la Revolución francesa hasta nuestros días. Una primera, que transcurre hasta la guerra mundial de 1914/18,

⁷ ZAVALA RODRIGUEZ, Carlos J., "Técnica, derecho y empresa comercial", en "Rev. de Jur. Argentina, del 1-4-70, pág. 7.

donde prevalece como intangible el principio de la libertad de iniciativa, de libre empresa y de libre propiedad de los medios de producción frente a un Estado que adopta una posición de absoluta neutralidad ante la economía. A los principios vigentes de tal época repugnaba toda intervención estatal. Y una segunda etapa, desde entonces hasta el presente, donde por el contrario empiezan a periclitarse los principios capitalistas, situación que se prolonga hasta nuestros días. Aparece un creciente intervencionismo estatal en la economía, que desde una conformación normativa que afecta la autonomía de la voluntad en el orden contractual, llega a la participación activa del Estado y de los entes públicos menores en la producción y distribución de bienes y servicios.

De todas formas se advierte un nuevo orden en lo económico con dos connotaciones típicas: la producción en masa, por una parte, y el intervencionismo estatal por la otra.

Cabe aquí agregar, que hasta la legislación positiva llegó a hacerse eco de esta última característica, al extremo que el Código Civil Italiano de 1942, en su art. 2088, dispuso que "la empresa está subordinada al interés supremo del Estado".

Distinguidas así estas dos épocas, no cabe duda que el "derecho económico o de la economía", tal cual lo analizaremos, pertenece principalmente a la segunda.

En efecto, fue la doctrina alemana posterior a la guerra de 1914 la que desarrolló por primera vez el concepto del "derecho de la economía", y ahora ya constituye la expresión de transformaciones habidas durante los últimos decenios en la mayor parte de los países desarrollados⁸, al extremo de constituirse en el tema preferido de los estudios del derecho comparado⁹.

La idea de ese "derecho económico o de la economía" no es nueva, aunque sí contemporánea su fuerza de convencimiento. La paternidad de la denominación "derecho económico" es germánica, pero desde entonces son muchos los juristas que han tratado la materia¹⁰.

8 MORELLO, Augusto M., "Panorama del derecho privado económico", en Derecho Privado económico (Ed. Platense, La Plata, 1970), págs. 44-45 y cita de (Claude Champaud (Contribución a la definición en derecho económico, Recueil Dalloz-Sirey, París, cuaderno 34, 1957, see. crónica, pág. 215).

9 GOLDCHMIDT, Roberto, "Los estudios de derecho comparado y el derecho de la economía", en boletín de la Fac. de Der. y Ciencias Sociales (U.N. de Cba., Córdoba, 1943), págs. 347 y 354.

10 JACQUEMIN, Alex, "¿El derecho económico servidor de la economía?", (Revue Trimestrielle de droit commercial, abril-junio 1972), com. por Isaac Halperin en "Rev. del Der. Com. y de las Obligaciones", (Depalma, Bs. As., 1973), N° 33, pág. 424.

Por supuesto que la doctrina no ha dejado de observar "la dinámica de las transformaciones normativas según la presión de los hechos económicos y sociales del contorno", situación que para el derecho actual le determina o condiciona por motivaciones económicas, "conformación no definitivamente cristalizada alrededor de la cual se viene explicitando al pensamiento especializado"¹¹.

Por nuestra parte creemos, aclarando ideas, que la variante económica de por sí sola no tendría entidad de causalidad de la variante jurídica si no fuera por su real incidencia en el medio social. El fenómeno económico aparece así regulado jurídicamente por necesidad social, sea ésta de signo positivo o negativo, lo que se traduce a través de normas que favorecen u obstaculizan el desenvolvimiento natural del fenómeno económico y sus consecuencias.

Lo cierto es que alrededor de toda esta temática se van tejiendo los conceptos configurativos de un nuevo derecho económico o de la economía.

Los especialistas del tema han tratado de definir e interpretar el "derecho económico".

Una versión lo caracteriza como "el conjunto de normas jurídicas que van destinadas a regular las actividades en materia económica, tales como el campo de la industria, la empresa mercantil, etc. . . No erigido todavía 'en rama jurídica independiente... lleva consigo un fuerte intervencionismo de la Administración; se actúa a través de una gran abundancia de leyes, a consecuencia de lo cual es inestable e inconstante".

La segunda versión en cambio, se refiere "a las transformaciones que todo el Derecho, pero especialmente el privado, experimenta modernamente por un flujo de los cambios sociales y, sobre todo económicos. Es la demostración de que el Derecho no es ya una cosa estática e inmutable sino que se acopla y adapta a las cambiantes necesidades de la realidad, no sólo nacional sino también internacional" ¹².

Garrigues, con la agudeza propia de los españoles, toca la sustancia de la problemática en estudio, y en conferencia pronunciada en el Instituto Jurídico Español de Roma, observa y reitera como el "Derecho de la economía va penetrando en nuestro campo, va influyendo en las normas puramente mercantiles y las destruye cuando se oponen a su paso". Destaca a la vez, cómo en la colisión de normas, inevitable por regir una misma organización

11 ALVAREZ ALONSO, Salvador, MORELLO, Augusto y TROCCOLI, Antonio A., "**Derecho privado económico**", (Edit. Platense, La Plata, 1970), nota inicial, págs. XV y XVI.

12 TROCCOLI, Antonio A., "**Aproximación a la noción de derecho económico. Distintas opiniones y su bipolarización**", en op. cit. Derecho privado económico, pág. 4, con cita de J. Santos Briz y su prologuista José Bel-trán de Heredia.

económica –la empresa– "prevalecen las normas de Derecho público, inspiradas por el bien común, sobre las normas del Derecho privado de cuño individualista". Y así avanza ese "derecho de la economía como derecho de la organización coactiva" sustituyendo "la idea del individualismo económico" por la "idea de la solidaridad económica", al extremo de que "mientras el Derecho mercantil clásico se detenía ante la organización de la empresa, es decir ante la coordinación de las fuerzas económicas y la ordenación de los factores reales y personales de la producción, en cambio, el Derecho de la economía penetra dentro de la empresa y la atraviesa en todos sus sentidos: económico, social y político, regulando el trabajo, la distribución de los beneficios, la fijación de los precios, la acumulación de reservas, el criterio para las amortizaciones, etc.". Es a la vista de toda esta penetración en forma de "organización económica coactiva", que no cuadra el sistema del "Derecho 'Mercantil de cuño liberal'" ni a "sectores que como el de la empresa, permanecían cerrados a la injerencia del Derecho estatal", ni tampoco a la "socialización de la sociedad por acciones", advertida por el mismo Garrigues hace más de veinte años, como hecho nuevo" que reclamaba un "nuevo Derecho". Cabe entonces concluir, como lo hace este autor, que en estos aspectos nos encontramos frente a la "crisis del Derecho mercantil clásico concebido como quintaesencia del capitalismo"¹³.

Pues bien, lo notable es que toda esta temática está siendo abordada con tal intensidad por la literatura jurídica contemporánea, que hasta se ha llegado al extremo de ser materia de estudio de la Facultad de Derecho de 'Moscú, en el curso electivo de especialización en Derecho Económico'¹⁴.

Por nuestra parte, hemos considerado necesario expresar estas orientaciones modernas sobre "derecho económico", que al igual que las que se expusieron en el párrafo anterior sobre "derecho de la empresa", están conmoviendo las bases 'generales del derecho comercial.

Hay contemporáneamente una apertura a un "derecho económico o de la economía" en forma genérica, con profundización especial a un "derecho de la empresa". Manejar estas ideas y conceptos es colocarse en la cresta de la ola, al menos para hoy.

El proceso está en elaboración, la discusión doctrinaria se centra sobre la autonomía o no de este derecho económico y su contenido; su encuadre dentro

13 GARRIGUES, Joaquín, **“Hacia un nuevo derecho mercantil - Escritos, lecciones, conferencias”** (Editorial Tecnos, Madrid, 1971), pág. 203 y sgtes.

14 GRAY, Withmore, trad. Emilio Jorge Cárdenas, **“La educación legal en la Unión Soviética y Europa del Este”**, en **“Rev. de Jur. Argentina”**, del 16-7-73, pág. 3, Doct. 74, pág. 35.

del derecho privado o público, o de orden público dentro del derecho privado, etc.

Y como para intuir una interrelación entre los conceptos desarrollados hasta aquí, repitámonos el pensamiento ya transcrito de Garrigues: "Aún no ha sido creado el Derecho total de la empresa y cuando le sea, seguramente no podrá llamarse derecho mercantil, sino derecho de la economía".

Y – Tuvimos oportunidad de observar cómo instituciones a las que dieron origen los comerciantes llegaron a ser utilizadas por todos, produciéndose una mercantilización de todas las clases sociales como lo señala Vivante, lo que resultó acorde con la "objetivación legislativa" del siglo XIX.

Pero esa "generalización" del Derecho mercantil o "comercialización" del Derecho civil en expresión de Garrigues, que recuerda Broseta Pont, produce una profunda transformación en el contexto del derecho privado actual, fruto de la expansión industrial y de la contratación en masa.

Consecuencia de esta "generalización" se observa como resultado, una emigración de normas e instituciones nacidas en el Derecho mercantil hacia los códigos civiles, una creciente difusión del espíritu comercial que abarca a todas las gentes y no sólo reservada a los comerciantes y hasta una progresiva postergación de los contratos civiles por los mercantiles.

Y aquí deviene el problema que nos muestra la doctrina ¹⁵ en forma acuciante: los antecedentes que puedan señalarse, entre otros, son datos extraídos de la realidad económica y del derecho comparado que caracterizan esa "generalización" del derecho mercantil, pero el fenómeno resulta de tanta trascendencia, que el jurista, y menos el mercantilista, no puede marginarse de él, porque lo que está en juego es la propia existencia del derecho mercantil como disciplina autónoma para postularse su conversión en Derecho general. Más aún, la fusión legislativa entre Derecho civil y Derecho mercantil y la unificación del Derecho privado de las obligaciones hace dudar hasta de la propia subsistencia del derecho mercantil.

Frente a tales dudas, sólo sirven de contrapeso el fenómeno económico "cuantitativo" de las actividades realizadas en masa, y el "cualitativo" de que éstas presuponen la existencia de una organización de personas y de bienes de diversa naturaleza como lo es la empresa, según así lo advierte la doctrina española que comentamos.

15 BROSETA PONT, Manuel, op. cit., pág. 204 y extensa bibliografía citada en notas 53 y sgtes.

Lo expuesto no es simple especulación teórica. El derecho comparado nos informa a través de la misma doctrina, y aunque lo sea por distintas razones históricas, económicas o políticas, de una unificación del "Law merchant" y del "Common Law" por primera vez en Inglaterra, salvo algunas disposiciones especiales; y de una unificación legislativa en el "Código de las obligaciones" de Suiza (1881 - 1911 - 1936) que forma el libro V del Código Civil, aunque pretendamos incursionar en él para distinguir su unificación formal legislativa, de lo que pudiera interpretarse como una distinción sustancial en su contenido, y aunque! también anotemos al margen algunas leyes especiales.

El derecho italiano merece un párrafo aparte. La polémica se inicia con Vivante, que se pronuncia contra la separación de los códigos civil y comercial, aunque luego lo admita por razones de interés práctico.

En 1940 una comisión presidida por Asquini redacta un nuevo proyecto de Código de Comercio para reemplazar el Código de 1882 basado en los actos objetivos de comercio, pero ahora en torno al sistema de la empresa. Cabe advertir que por otra parte se proyectaba un nuevo Código Civil, aunque, al receptar este proyecto las normas sobre obligaciones contenidas en el proyecto del Código de Comercio, prácticamente en este aspecto se había previsto su unificación.

Pero él legislador de Italia en 1942, no obstante la existencia de los dos proyectos separados, termina por refundir ambos en lo que se sanciona como "Codice Civile", produciéndose así la unificación legislativa.

A pesar de esta unificación, cabe aclarar, que la doctrina vuelve a formular distinciones buscando el derecho especial mercantil dentro de la unidad del Código Civil, aunque lo cierto es que, con Ascarelli —citado por Broseta— podemos afirmar que el Código Civil de 1942 hace desaparecer el Código de Comercio y realiza la unificación del derecho de las obligaciones, no obstante que en el fondo consagra normas mercantiles que ahora son aplicables a todo el derecho privado.

Lo expuesto no importa ignorar la existencia de regulaciones mercantiles especiales, tales como la legislación falencia, (Dee. R. 267 del 16-3-1942), ni que tampoco para algunos autores, entre ellos el mismo Broseta Pont, haya desaparecido en el Código Civil Italiano toda distinción entre actos civiles y mercantiles. Por el contrario, afirman que no se ha producido una unificación sustancial total de las obligaciones y de los contratos.

Como otro dato de interés de la legislación italiana, referido a los planteos de "evolución" y de "actualidad" que dejamos formulados en párrafos anteriores, cabe tener presente que el Código Civil sancionado en 1942 retorna al sistema subjetivo, trasladando al empresario y a la actividad mercantil lo que

antes se señalaba como propio del comerciante, y actos de comercio, cambio que por impuesto, va más allá de lo simplemente terminológico al decir de Casanova.

Pues bien, no obstante todo lo ya expuesto sobre "unificación", ello no significa desconocer la existencia real de su contrapartida. En efecto, el mismo derecho comparado que venimos comentando nos informa sobre el derecho alemán, donde no se ha realizado la unificación del derecho civil y mercantil desde el punto de vista legislativo, manteniéndose los dos códigos separados, aunque la doctrina alemana moderna nos da cuenta de su inclinación y constatación de la presencia de una evolución hacia la unificación de los derechos civil y mercantil.

En Francia también permanecen separados los códigos Civil y de Comercio y ni siquiera existe la unificación de las obligaciones.

La misma doctrina nos señala como partidarios de la dualidad y consiguiente autonomía del derecho mercantil a Houin, Tune, y Escarra, basándose en la imposibilidad de la unificación sustancial del derecho civil y mercantil, aunque se la llegue a realizar formalmente. No obstante se cree en la conveniencia de unificar el derecho privado de las obligaciones.

Pero lo que tanto nos conmueve es que se afirme que más que una unificación en el derecho civil, lo verdaderamente "necesario" es una "reducción" del ámbito del Derecho mercantil, revisando su dominio, su contenido y su naturaleza¹⁶.

Y de ello concluye Houin que no debe lamentarse en el terreno científico la dualidad de ordenamientos porque ella nace de la vida misma, sino que mantenida tal dualidad, "una vez reducido al ámbito del derecho mercantil", éste continuará dependiendo del civil, del que será una rama desgajada.

Por último, anotamos que también el derecho español separa en dos códigos su legislación civil y comercial, pese a que se puedan señalar ciertas singularidades de diversos matices. Pero lo cierto es que 'la unificación no sólo no se ha realizado ni siquiera en forma parcial, sino que coexisten dos tratamientos distintos para obligaciones y contratos civiles y comerciales.

De resultas de todo lo expuesto, no podemos dejar de advertir, al menos, una desorientación doctrinaria y legislativa sobre la autonomía del derecho comercial.

A recomponer esperanzadamente su estructura propia, podría no obstante formularse una distinción entre unificación sustancial y formal, o aceptar sólo la unificación para las obligaciones y algunos contratos,

16 HOUIN, cit., por Broseta Pont, en op. cit., pág. 223.

operándose así una "reducción" de la materia mercantil, como lo sugiere la doctrina, compensándola con nuevos sectores mercantiles como el derecho industrial y el derecho de las uniones de empresas, y con ello, delimitar el ámbito de la nueva materia mercantil alrededor del empresario, la empresa y la actividad mercantil o económica.

CONCLUSIONES EN SOLUCION

Pues bien, es en esclarecimiento de todo este panorama que se deberán escuchar siempre los avisados consejos de los maestros del Derecho y en especial del Derecho mercantil: con Ascarelli, reconociendo al derecho comercial una categoría histórica pero no dogmática; con Vidari, comprendiendo que en este derecho "no mudar significa quedar atrás", y por último, sintiendo como propia la inquietud de Zavala Rodríguez en el prólogo al tomo V de su conocida obra, con cita de Josse-rand, "O el jurista está en su época o la sociedad prescinde del jurista".

Recapitulando pues con estos puntos de mira, nos encontramos en el presente trabajo con que formulada la "introducción" al porqué de nuestra temática y estudiada su "evolución" como ¡necesidad de comprensión señalada por Ascarelli, entramos al "planteo de actualidad" a través de una triple problemática jurídica: la del derecho de empresa, la del derecho económico y la de la comercialización del derecho civil.

Es casualmente esa triple problemática, desarrollada respectivamente en los tres párrafos precedentes, lo que nos lleva a esa sensación ineludible de crisis de "todo" el derecho comercial. Ese derecho de empresa y ese derecho económico y esa comercialización del derecho civil conmueven pues profundamente las bases generales del derecho mercantil. Y la crisis expuesta llega a sus más altos niveles, cuando aún dentro de esa triple temática con que integramos el planteo de actualidad para fundar tal crisis, nos encontramos ¡con la ¡mayor de las disparidades de criterios dentro de cada uno de esos temas. Disparidad evidente que hemos analizado tanto en el derecho de empresa como en el derecho económico y aun también en relación a la comercialización del derecho civil.

Entonces, planteadas así las cosas, y confundidos así los límites y contenidos, debemos admitir y hasta justificar que el derecho comercial "ortodoxo", más allá del clásico, no haya podido dejar de entrar al terreno de una crisis conceptual inevitable. La doctrina y la propia legislación incursionan esa crisis para hacerla cada vez más relevante y más confusa.

Como lo señalara Garrigues ¹⁷ "lo cierto es que el derecho mercantil tradicional se halla desde hace tiempo en descomposición". Si el derecho de la economía va absorbiendo el derecho privado de las empresas mercantiles, y el derecho de las obligaciones 'mercantiles se va convirtiendo en derecho general de las obligaciones, cabe preguntarse –como lo hace el jurista español– "cuál va a ser realmente el porvenir del Derecho mercantil".

Y formula en su respuesta una serie atinada de observaciones. Así es posible que el Derecho mercantil se "trague" al civil por esa señalada tendencia a la "comercialización del derecho civil"; aunque parece más legítimo hablar de una "civilización del derecho comercial" y por lo tanto, si son' las normas mercantiles las que subsisten, es porque en definitiva 'lo que sobrevive será un derecho mercantil.

Pero a su vez parece que este derecho mercantil va a ser "tragado" por el Derecho de la Economía que va penetrando cada vez más en sus sectores tradicionales deformando o suprimiendo sus normas. Y concluye que ante esto, pierde todo interés la separación e independencia del derecho mercantil y civil, ya que es el Derecho privado del tráfico, llámese civil o comercial, lo que "va siendo reemplazado por un Derecho distinto de carácter público y social". Y deja al espíritu ágil y flexible de la doctrina mercantilista "adaptar sus normas tradicionales a los nuevos postulados".

Será éste uno de los tantos "retos sin respuesta" que el mismo Garrigues señalara en otra conferencia, al referirse al divorcio entre economistas y hombres de derecho, observando que todo buen jurista debe vivir atento a conformar rápidamente los nuevos hechos económicos a los esquemas jurídicos tradicionales, o a otros inéditos. "A estos requerimientos o incitaciones de la Economía frente al Derecho" los llama "reto" y "respuesta, a, la que debieran dar los juristas y que, por desgracia, no suelen dar" ¹⁸.

Dicho esto así, no pretendemos caer en la inmodestia de encontrar una panacea de solución, pero sí dejar señalado el "reto" y bosquejar nuestra reflexionada opción de respuesta.

En tal sentido pensamos, que si el derecho comercial está en crisis y su contenido natural no se sabe con precisión dónde empieza o dónde termina, lo lógico es buscar una salida de esa crisis por una de las dos vías posibles de evadir la duda: o lo reducimos a la materia indubitable e incontrovertible, o nos decidimos a formular su apertura hacia un derecho económico integral partiendo del derecho de la empresa.

17 GARRIGUES, Joaquín, op. cit., "**Hacia un nuevo...**", págs. 225 y 244.

18 *Ibidem*.

En esta disyuntiva, nos inclinamos por esta última, por ser la que nos proporcionará una verdadera concepción de conjunto y nos permitirá ser eficientes a la verdadera naturaleza de las cosas, aunque éstas deban cambiar sus nombres tradicionales, llámese en un futuro derecho de empresa o económico o aun con mayor razón, derecho económico- social.

Hasta aquí, la finalidad trazada a nuestro trabajo. Proseguir y profundizar ya el desarrollo de estos enunciados sería exceder la naturaleza de la presente publicación destinada más a inquietar espíritus estudiosos, que a transmitir soluciones tranquilizadoras.