

91

Revista

de

Ciencias Económicas

PUBLICACION DE LA FACULTAD DE CIENCIAS ECONOMICAS
CENTRO DE ESTUDIANTES Y COLEGIO
DE GRADUADOS

La Dirección no se responsabiliza de las afirmaciones, los juicios y las doctrinas que aparezcan en esta Revista, en trabajos suscritos por sus redactores o colaboradores.

DIRECTORES

Dr. José León Suárez
Por la Facultad

Alfredo H. Berros
Por el Centro de Estudiantes

Carlos E. Daverio
Por el Centro de Estudiantes

REDACTORES

Divico A. Fürnkorn
Mario V. Ponisio
Por la Facultad

Luis J. Mancini
Por el Centro de Estudiantes

Francisco A. Duranti
Por el Centro de Estudiantes

Año XVII

Febrero, 1929

Serie II, N° 91

DIRECCION Y ADMINISTRACION
CALLE CHARCAS 1835
BUENOS AIRES

La Materia del Comercio. — Teoría de Rocco. — Derecho Corporativo. — Inmanencia del Derecho. — Derecho Libre.

En materia de comercio se observan las leyes comerciales. Así dispone el art. 1º de las Disposiciones Preliminares del último modelo de codificación del derecho comercial representado por el Proyecto de Código de Comercio, redactado por la Sub-Comisión Real para la Reforma de los Códigos y presentado en Noviembre de 1925 al Superior Gobierno de Italia. La expresión materia de comercio se incorpora, como se ve, en la terminología de la Ley como más genérica y, por tanto, más comprensiva que operación de comercio y acto de comercio.

Como dice el Profesor Enrico Finzi, del Instituto Superior de Ciencias Económicas y Comerciales de Firenze, “cuando el legislador dispone que “en materia de comercio” se observarán las leyes comerciales, quiere decir que la ley comercial por un lado determina cuáles hechos tienen la virtud de hacer surgir relaciones de derecho comercial y por otro lado dicta la regla que a tales relaciones o vínculos el ordenamiento jurídico impone” (1). Por “materia comercial” debe, pues, entenderse jurídicamente el conjunto de hechos y el conjunto de relaciones derivadas de estos hechos que se hallan bajo el dominio del derecho comercial.

Si bien la materia comercial está determinada mediatamente por los intereses económicos de la sociedad, su determinación legal no puede deducirse de los conceptos económicos sino del mismo derecho positivo, especialmente de ciertas normas que han sido llamadas “determinativas” o “delimitativas”. En todo sistema jurídico comercial, tanto más si no es un derecho especial para los comerciantes, observa Carmelo Scuto, Prof. Ord. de la Real Universidad de Cattania, es la misma ley que preliminarmente establece cuáles son las relaciones a las que ella ha de aplicarse, esto es, cuál es la materia del comercio, la que no es, como justamente ha sido

(1) *Rivista de diritto commerciale*. Nos. 8 y 9, año 1928, pág. 385.

dicho por otros, una categoría económica, sino una categoría legislativa.

Para que esta categoría legislativa correspondiera, a su vez, a una categoría económica, sería menester que aquélla obedeciese a un concepto unitario y absoluto de la materia del comercio del que derivasen las normas delimitativas o sistemáticas de la misma. Pero como agrega el profesor citado "En la determinación de la materia del comercio no es posible referirse exclusivamente al concepto del comercio en sentido económico, aun cuando débese reconocer que en este último concepto que debió ser único en su faz originaria, corresponde hasta ahora un núcleo fundamental de actos y relaciones regulados por el derecho comercial. Hay muchos más y de diverso contenido en este derecho comercial, que tiende constantemente a expandirse. Cuando se da en base a las nociones económicas dominantes el concepto económico del comercio, se tiene en vista la actividad llamada intermediaria o interpositaria; actividad que dirigida a acrecer la utilidad de los bienes que de otro modo quedarían inutilizados en manos del productor se traduce en una serie de cambios intermediarios entre la economía que lo produce y la economía que lo consume. Conforme a la afirmación de un comercialista francés (Thaller) el producto natural o fabricado "en manos del productor no está todavía en el comercio; en manos del consumidor no lo está más, y es entre estas dos personas que se establece toda una larga cadena de actos. En pocas palabras, el concepto del comercio en sentido económico como del resto resultaría de la misma etimología de la palabra (*de commutatio mercium*) se vincula indisolublemente al fenómeno de la circulación de los bienes, esto es al cambio por medio de intermediaciones. Ahora, bien. Si examinamos cuáles relaciones entran en el campo del derecho comercial a base de esta norma delimitativa o sistemática hallamos que no todas las relaciones que, sin embargo, son igualmente de derecho comercial, se refieren al fenómeno económico del cambio por medio de intermediaciones, puesto que hay en él relaciones referentes a la actividad preparatoria de dicha circulación o que se hallan con ésta simplemente conexas, como las relaciones relativas al depósito a la aseguración, a las operaciones de crédito, etc., y que, además, hay relaciones que se refieren directamente al otro fenómeno económico: el de la producción, p. e., las relaciones relativas a las empresas de manufacturas" (2).

(2) Id. Id. No. 7, año 1928, pág. 313.

Vanos han sido, hasta ahora, los esfuerzos de la doctrina, para delimitar la materia del comercio en un concepto unitario. Es una cuestión que no sólo tiene importancia teórica, como se ha pretendido por algunos, sino también práctica, en cuanto su solución facilitaría la extensión, por aplicación analógica, del derecho comercial, que así contaría con una sólida base, mediante la aplicación de un principio general a los actos de comercio enumerados por la ley, aplicable también a los casos no contemplados por ella. Hoy esa aplicación analógica es circunstancial y origina soluciones controvertidas, quedando al margen de la esfera de la ley comercial situaciones e intereses económicos que deberían ser comprendidos en aquélla.

Como hemos visto, el concepto de la intermediación o interposición en la circulación de los bienes no alcanza a comprender la comercialidad de los actos de las empresas industriales de fabricación, cuya actividad es de producción y no de mediación de la riqueza. Tratando de superar este obstáculo Alfredo Rocco, actual Ministro de Justicia de Italia, eminente comercialista, en un artículo de revista, titulado "Todavía por una teoría general de los actos de comercio" y luego en su obra "Principios de Derecho Comercial", ha creído hallar en la noción generalizada de una interposición en el cambio, la idea celular, el hilo conductor, el elemento característico y latente determinante de la comercialidad de los actos. Dice Rocco que "acto de comercio es todo acto que realiza o facilita una interposición en el cambio", operándose así un cambio indirecto o por interpuesta persona. Este concepto se encontraría en todos aquellos actos tenidos en la tradición doctrinaria y legal como intrínsecamente comerciales, no sólo en la compra para revender y en las sucesivas reventas, en las que habría un cambio mediato de mercaderías, títulos de crédito o aun inmuebles, contra otros bienes económicos o contra dinero, sino también en las operaciones bancarias en las cuales habría cambio mediato de dinero presente contra dinero futuro o a crédito, en las empresas en las que se operaría un cambio mediato del resultado del trabajo contra otros bienes económicos o contra dinero; en la aseguración en la que habría un cambio mediato de un riesgo individual contra una cuota proporcional de un riesgo colectivo. Obsérvese que aquí se habla de un cambio mediato y en ello estriba la particularidad del concepto. No se trata del cambio inmediato, que podría producirse directamente entre el productor y el consumidor o el cambio simple y directo, como p. e.: el que compra

y cambia su dinero por mercadería. En la tesis de Rocco la comercialidad se trasunta en la interposición en el cambio, que transforma a éste en un cambio mediato. Así hay un cambio mediato entre el productor y el consumidor cuando se interpone el comerciante que compra al primero y revende al segundo. Según el concepto de Rocco "toda actividad en la cual se realiza una interposición en el cambio", sería acto de comercio y una de las consecuencias prácticas más importantes de este concepto, agrega Rocco, es que será acto de comercio "cualesquiera sea el propósito por el que la interposición tenga lugar, cualesquiera sea la persona que la realice y también cualesquiera sea el objeto y la forma del cambio que mediante la interposición se opere, prescindiéndose así, por un lado, del propósito de lucro, de modo que es posible tener en cuenta otros propósitos, aun de beneficencia o de interés social, y, por otro lado, abárcase también el fenómeno cooperativo, pues toda actividad intrínsecamente comercial puede ser ejercitada en forma capitalista o en forma cooperativa.

No es mi ánimo entrar al análisis de esta teoría que significa, en la hora presente, el máximo esfuerzo que como argumento se haya hecho en obsequio a la unidad conceptual de la materia del comercio. A la índole de este artículo sólo cuadra limitarse a esbozar el estado de la ciencia en nuestra materia; pero sí, diré que la aplicación de la teoría de Rocco nos llevaría a comercializar gran parte de actividades que, hasta ahora, se hallan dentro de la esfera del derecho civil, como la agricultura, la ganadería y la industria minera.

No sería el caso de alarmarse por este avance. Al contrario, los métodos industriales han progresado en tal forma, en estas industrias, que su explotación significa una acción industrial compleja en mano de obra y maquinarias a igual que las empresas fabriles.

El escollo de una concepción unitaria de la materia del comercio, de una definición integral del acto de comercio, es sabido que ha sido orillada por el legislador, mediante el recurso de la enumeración de una serie de actos que la tradición comercial y las costumbres jurídicas tienen consagradas como actos comerciales, enumeración que corresponde a distintos criterios de comercialidad, que forman así otras tantas categorías de actos de comercio, lo que ha inducido a ciertos tratadistas modernos, como Bolaffio, a repetir el viejo concepto de Delamarre et Le Poitivin, que son actos de comercio los que

el legislador ha querido como tal, substrayéndolos del derecho común y sometiéndolos a una ley de excepción, la comercial, por razones de utilidad general.

Pero a la concepción objetiva de la materia del comercio como base de la legislación, se ha opuesto la concepción subjetiva y es con motivo del proyecto de Código de Comercio para el Reino de Italia antes citado que ha vuelto a ponerse sobre el tapete de la discusión las directivas de la legislación de nuestra materia. Asquini, profesor de la Universidad de Padua, uno de los ilustres miembros de la Subcomisión Real redactora del proyecto definitivo, en un artículo publicado en la "Rivista de Diritto Commerciale" (3), titulado Código de Comercio, Código de los Comerciantes o Código único de derecho privado, se hace cargo de las críticas dirigidas al proyecto especialmente por el profesor Mossa, sostenedor de la tesis del concepto de "empresa", como base legislativa de un código no de los actos de comercio, sino de la profesión comercial y de Rotondi, defensor de la tesis de la unificación del derecho privado.

El proyecto italiano, como los códigos anteriores, como también el nuestro, del tipo latino, son códigos mixtos objetivos y subjetivos a la vez, en cuanto si bien determinan la materia del comercio objetivamente como en los incisos del artículo 8 de nuestro Código, regulan, además, la profesión comercial y sus disposiciones singulares están determinadas en muchos casos por un concepto profesional del comercio.

¿Cuál es el camino más prudente a tomar en esta obra de legislación? ¿Hacia la unificación o hacia el profesionalismo? A este interrogante los juriseconsultos autores del proyecto trasuntan la respuesta, diciendo que la obra del legislador es durable y vital, sólo cuando logra regular los siempre mudables aspectos de la convivencia humana, trayendo su fuerza íntima, de la tradición. De este principio ha creído no deber apartarse la Subcomisión, al redactar el proyecto para el nuevo código de comercio. Esto no ha obstado para que el nuevo código proyectado no marque una etapa hacia adelante, extendiendo el concepto de la materia de comercio y originando una prudente penetración del derecho comercial en la economía agraria, en las empresas mineras y transformando en normas generales muchas normas sobre obligaciones y contratos que hasta ahora habían tenido un carácter comercial, lo que ha hecho parecer al Profesor Rotondi que más que un pro-

(3) Id. Id. No. 10, año 1927, pág. 507.

yecto de código de comercio es un proyecto de código de las obligaciones, lleno de interferencias en el código civil y particularmente con el nuevo proyecto de código de las obligaciones, preparado últimamente por la Comisión Oficial Italo-Francesa, para la unificación del derecho privado común entre los países afines en su legislación, como ocurre entre Francia e Italia, a cuyo programa de unificación han adherido también juristas de otras naciones, como Bélgica, Rumania, Grecia y el Canadá.

Es la ventaja práctica que este sistema de codificación puede ofrecer; la lenta penetración del ordenamiento objetivo del comercio que por un proceso gradual puede convertirse en el ordenamiento jurídico general de la economía privada como lo afirma Asquini, mientras que con un código profesional, tipo germánico, como lo quiere Mossa, se arriesga restringir y cristalizar en el campo del comercio profesional ese ordenamiento que gradualmente va penetrando en la economía general.

Sin embargo, y como lo he sostenido hace dos años, en una conferencia inaugural que la Facultad me hizo el honor de publicar, el derecho comercial ha nacido y seguirá desarrollándose a base de la actividad profesional del comercio. El acto aislado de comercio no es, en realidad, tal acto, es un acto común, sujeto al derecho común, pero su repetición como función profesional apareja un dinamismo económico que requiere una ley adecuada a esa dinámica función: la Ley Comercial.

El derecho comercial nació en las corporaciones de los comerciantes y hoy ese espíritu corporativo renace, como en la Edad Media, con su carácter cosmopolita e internacional y con su antigua y enérgica tendencia a "sindicalizar" si se permite la expresión, sus intereses y las normas jurídicas que han de regirlas.

Tengo a la mano dos bellos ejemplos de este actual estado de cosas que abre nuevos horizontes y nuevas vías en el estudio y consideración de nuestra materia.

Se trata de dos obras recientemente llegadas al país, titulada la primera "El derecho corporativo internacional de la venta de sedas", por el Prof. japonés Masoaihiro Ishizaki, tres tomos, y los Contratos de la London Corn Trade Association (venta caf.), por el doctor Jorge Schwob. Estos contratos se refieren al comercio de cereales en Europa.

En el prefacio de la primera obra, el Profesor Edward

Lambert, Director del Instituto de Derecho Comparado de Lyon, dice: "Entre las constataciones que nos han sido impuestas por la lectura de los documentos traducidos en el tomo III o analizadas en el capítulo XIV, yo destaco especialmente las siguientes: Visto a través del espécimen suministrado por el derecho de la venta de sedas, el derecho corporativo aparece no como una dependencia o una adaptación de derechos legislativos o judiciales, sino como un derecho que sigue sus trazos particulares con espíritu, método y sanciones propias. La autonomía creciente del derecho corporativo está asegurada por la acción combinada de tres fuerzas: el arbitraje corporativo, la codificación de los usos y el contrato-tipo.

En las plazas más activas en el comercio de sedas, el arbitraje corporativo ha dado nacimiento en nuestros días a instituciones como el tribunal arbitral de Zurich, los colegios de "proud-hommes" italianos, competencia arbitral de la Cámara Sindical Lyonesa, lista permanente de árbitros oficiales neoyorquinos, reglamentos procesales, reglamento neoyorquino, zurines e italianos, etc., que le dan una estabilidad y una regularidad de acción rivales de las de las Cortes de Justicia.

La sumisión sin reservas de los contratantes al arbitraje corporativo en todas las diferencias que nazcan del contrato, es un elemento esencial del contrato-tipo.

La London Corn Trade Association es un institución corporativa que ha instituido los contra-tipos para la compra de cereales, que son conocidos en toda Europa bajo la denominación de "Contratos de Londres". El autor de la obra se ha propuesto estudiar a través de estos contratos la venta Caf., pero a mí, la lectura de la misma, sobre todo en la parte de la organización corporativa de la institución, del régimen del arbitraje, aun cuando no es excluyente en las cuestiones de derecho de las Cortes de Justicia, si el interesado desea recurrir a ellas en apelación, y la organización de los contratos-tipos me sugiere muchas analogías con el derecho corporativo del comercio de sedas.

¿Qué motivos median, qué factores determinan esta tendencia corporativa del comercio que lo lleva a sustraerse del derecho codificado y de la jurisdicción encargada de aplicarlo? Todas las asociaciones de la seda, dice Ishisaky, sin excepción, si han organizado de una manera general muy eficaz, la guerra a los procesos, no es solamente para defender sus miembros contra los gastos, las lentitudes y la publicidad inconveniente de los procedimientos judiciales; es, también, por la

influencia de otras dos preocupaciones igualmente universales.

La primera de ellas es impedir que el tratamiento de cuestiones de contenido complejo y variable que suscitan las diferencias de la industria de la seda sea considerado por jueces no iniciados en las condiciones de vida de esta industria. Esta primera preocupación se une a una preocupación más íntima y que constituye la idea matriz de todos los reglamentos de arbitraje de las asociaciones de la seda. Esta idea es la de evitar por sobre de todo que los conflictos del comercio de la seda sean resueltos por la aplicación de una jurisprudencia mecánica o de reglas de hierro, por el juego de razonamientos de lógica jurídica o por referencia, o tradiciones, o precedentes judiciales cuya razón de ser puede haber desaparecido.

Esta preocupación se afirma con particular energía en el artículo 17 del Reglamento, para la conducción del arbitraje de la Silk Association of America, el que después de haber previsto que los árbitros pueden, en casos excepcionales, atender los pareceres jurídicos de las partes, se apresura a agregar: "Pero ellos no estarán ligados por las "opiniones" (es decir, por los precedentes judiciales), ni sometidos a la observación de reglas de pura técnica jurídica (restricted by legal technicalities) y deberán conducir los procedimientos de manera de asegurar una "justicia substancial". Esta preocupación de substituir en la vida interior de la agrupación corporativa a la justicia legal o justicia de forma una justicia de fondo o una justicia substancial, se concreta en fórmulas todavía más significativas, sea en el Reglamento de la Asociación de la Seda Milanesa de 1927 para el Colegio de Prud'hommes, cuyo artículo 13 prevé que los Proud'hommes decidirán como componedores amigables, *ex bono et acquo*, sin formalidades de juicio, sea en el Reglamento de Proud'hommes de Turín que cierra la codificación piemontesa de las sedas de 1925, cuyo artículo 171 dispone que los árbitros "deciden las cuestiones *ex bono et acquo*, como amigables componedores, sin consideración al derecho estricto.

Hela aquí, exclama Ishizaky, la palabra final, el vocablo significativo donde se afirma con toda franqueza el propósito que persigue este desenvolvimiento intensivo del arbitraje corporativo en los litigios de la seda. Sacudir el yugo del derecho general de la venta comercial, formulada en los códigos latinos o en la Sale of goods Act inglesa y en el Uniform Sales Act Americano, puesto que siendo hechos por los juristas a la luz de sus tradiciones de escuela o de tribunal, apare-

ce a los comerciantes de la seda como un derecho que ha tomado una envoltura de derecho estricto y sus propósitos son reemplazarlo por los de la corporación,, por un derecho de equidad formado por las actividades de las organizaciones sindicales y apto para adaptarse a las necesidades y a las evoluciones de su rama comercial.

Este derecho corporativo está formado de la misma urdimbre que lo fué el derecho comercial medioeval y que continuó siéndolo, en siglos posteriores, hasta que fué captado por la obra de la codificación. Es un derecho comercial hecho por los comerciantes y nacido casi espontáneamente del juego mismo de las transacciones, con espíritu y alcance internacional.

Otras veces estas manifestaciones corporativas sólo tienen el propósito de colmar los grandes vacíos de la legislación que se halla en retardo con las nuevas manifestaciones de la actividad mercantil.

Tal ocurre con la publicidad que en los tiempos que corren ha adquirido tan imponderable importancia y magna difusión. Nada dicen los códigos, ni leyes se han dictado al efecto y poco se ha escrito sobre el contrato de publicidad, dando lugar a que las Cámaras Sindicales dicten su "Código de los usos de la Publicidad" que no se limitan a fijar los usos concernientes a la profesión sino que pretenden legislar la contratación respectiva.

La materia del comercio preséntase, pues, a nuestros ojos bajo un doble dinamismo. Movida por una fuerte tendencia de ampliación de su contenido, desbordando la esfera de lo que hasta ahora eran actividades civiles para alcanzarlas en cuanto ellas significan actividades económicas de organización comercializadas y, por otra parte, acusando una tendencia aparentemente opuesta y que en el fondo no lo es, de singularizar profesionalmente su régimen legal, haciendo de la ley mercantil la ley del comerciante.

Entre estas dos grandes directivas anímase la materia del comercio, propulsando la evolución de su derecho como un fenómeno social en sucesivos procesos de gestación.

Como explica magistralmente Goldsmichdt: Todo derecho positivo es desarrollo exterior y reconocimiento de la norma jurídica, *natural inmanenti*, de la relación de la vida (elemento de hecho) de todo tiempo. Toda relación singular de la vida (sea compra o sociedad, título al portador o cheque, matrimonio o relación de filiación, ciudadanía de un estado o

comercio de neutrales), tiene así su propio objeto y, por ende, su propia índole particular (Económica, ética) dada objetivamente (*natura, naturare, naturalis ratio*) si bien diversa en tiempo y lugar según la natural disposición colectiva (carácter del pueblo) y del desenvolvimiento de ésta según los tiempos (de los mudables estados de civilización). Fórmase así necesariamente una conciencia colectiva acerca de la norma oportuna y justa que ciertamente puede ser estatuida imperfectamente y aun erradamente: el "ideal jurídico es vario como el ideal artístico y la aptitud para el derecho extremadamente desigual en los pueblos, como por ejemplo en los romanos y los griegos."

El método histórico-genético e inductivo preconizado por Goldsmichdt en el estudio del derecho, nos conduce, como se afirma en el párrafo que acabo de transcribir, a concebir la inmanencia de todo derecho positivo y, como expresa el Profesor Mossa, el supremo objetivo de la formación del derecho se hallaría en lo descubierto y aplicación del derecho inmanente. De ello deriva como corolario la concepción de la libre creación del derecho según propia concepción o arbitrio. Esto no significa libertad ilimitada del Juez para la aplicación y creación del derecho. Derecho libre, como lo explica Mossa, sería, en cambio, la "escuela del Juez libre", de la que nadie se ha hecho eco, excepto la justicia soviética de Moscú. El movimiento del derecho libre demuestra, en cambio, que el derecho formal la ley y la costumbre en su sentido tradicional no constituyen todo el derecho, ni puede creerse que formalmente ley y derecho, derecho y voluntad del Estado sea una sola cosa. Otro derecho no formal y libre existe y debe existir, concluye Mossi.

Se lanza así, un puente permanente entre las concepciones jurídicas y las realidades de la vida que deben determinarlas.

Antonio J. MARESCA