

## DERECHO COMERCIAL - PARTE GENERAL

El Derecho Comercial como rama autónoma del Derecho nace en la Edad Media, y la razón de esto radica en que es precisamente en ese momento cuando se forman los Principios Generales del Derecho Comercial, separándolos de los principios del derecho civil, y del derecho en general. Se producirá allí una integración analógica. El Derecho Comercial es un sistema orgánico, con principios generales que permiten hacer integración analógica.

Las relaciones sociales se convierten en jurídicas tan pronto como caen bajo el imperio de una norma jurídica. Razones de sistematización y de facilidad para el estudio y aplicación de las normas imponen la clasificación del Derecho en varias ramas adecuadas al género de actividades que cada una de ellas pretende regular. Aparece el Derecho Comercial como el conjunto de normas jurídicas que regulan la materia comercial; todo elemento de hecho perteneciente al Comercio, a sus negocios, objeto y sujetos, se llama materia de comercio.

El Derecho Comercial se ha constituido y desarrollado sobre la base de las necesidades económicas, pero eso no significa que ambas materias hayan seguido una evolución paralela y siempre coincidente.

En sentido jurídico el comercio es todo supuesto de hecho al que la ley califica de mercantil.

Distintos teóricos del Derecho intentan llegar definir el concepto de Derecho Económico, y distintos elementos e instituciones de este.

En nuestro derecho Olivera estima que la concepción de derecho económico "debe basarse sobre un criterio plural o sintético, que tenga en cuenta a la vez el marco institucional, el objeto, el sujeto, y el sentido de las normas, apareciendo entonces como "un sistema de normas jurídicas y el sentido de las normas jurídicas que: 1) en un régimen de economía dirigida (marco institucional); 2) regula las actividades del mercado (objeto); 3) de las empresas y otros agentes económicos (sujetos); 4) para realizar metas y objetivos de política económica (sentido o finalidad).

Por extensión, Olivera considera parte del derecho económico las normas complementarias, de carácter formal o penal, destinadas a asegurar la efectividad de las regulaciones principales.

Rojo sostiene que el derecho económico no es un derecho aglutinador de las nuevas normas en las que se manifiesta el intervencionismo estatal, sino aquel derecho (estatal o no, legal o no) en el que se integran aquellas normas que determinan los principios ordenadores de la economía en un concreto espacio , el régimen jurídico del mercado o mercados comprendidos en ese espacio, la organización y el funcionamiento de los sujetos económicos

que operan en él, o en ellos y las relaciones sobre ellos, el régimen jurídico de las actividades que desarrollan, así como de los bienes y servicios en relación con esas actividades.

### **El Derecho Comercial en la República Argentina**

Antes de 1810 regía en nuestro país la legislación hispana, las leyes de Indias y las de Castilla, primero, y las ordenanzas de Bilbao de 1737, después, tuvieron vigencia desde 1794, cuando se creó el Consulado de Buenos Aires.

La magistratura colonial era compleja, había jueces reales, que eran funcionarios con ciertas atribuciones judiciales, jueces capitulares (integrantes del Cabildo), y jueces de la Real Audiencia (órgano que tenía poder equiparable al del virrey). Este era el fuero ordinario. También había jueces para fueros especiales: militar, eclesiástico, universitario, minero, mercantil.

Con la creación del Consulado, se separaba la jurisdicción mercantil de la civil. Este tribunal, independiente y autónomo, subsistiría en nuestra patria hasta 1862. Tenía una doble función : la judicial, que entendía en pleitos mercantiles, y la administrativa, que se ocupaba de problemas de policía del comercio y fomento del tráfico mercantil. El procedimiento era breve y sumario, y no se exigía la participación de letrados.

En los primeros años de independencia se aplican los preceptos hispanos, salvo los que contradijeran expresamente la nueva organización política; en cuanto al derecho comercial, algunos temas importantes hay a considerar: el Código de Comercio español fue adoptado por algunas provincias argentinas. El uso de esa ley revela la necesidad de contar con un ordenamiento propio.

En 1813 se crea la "matrícula de comerciantes nacionales".

En 1815 se resuelve que los contratos de sociedad deben otorgarse ante el escribano del Consulado, a fin de darles mayor justeza y seriedad técnica.

En 1817 el Reglamento manda que se observan las leyes españolas en tanto no contradigan.

Pocas cosas más pueden señalarse en materia mercantil en estos años.

La Constitución de 1853 impone al Congreso la facultad - deber de redactar y sancionar el Código de Comercio y una ley de bancarrotas (quiebras) y reglar el comercio marítimo y terrestre con las naciones extranjeras, y de las provincias entre sí.

Por la época Urquiza emite un decreto y nombra una comisión pero no obtiene resultados positivos. La separación de Buenos Aires del resto del país, encuentra a Vélez como ministro de gobierno en 1856, por su iniciativa decide emprender la obra junto a Eduardo Acevedo, uruguayo.

El proyecto Vélez - Acevedo se presenta en la legislatura en el año 1857, se intenta cierta revisión, pero es ella imposible por el especial tecnicismo del trabajo. En 1859, impulsada por Sarmiento, se logra la aprobación de las Cámaras de la provincia, sin reformas ni enmiendas. Se publica.

La flamante ley para el Estado de Buenos Aires regiría seis meses después de su promulgación. Tuvo como modelo el Código Francés. Tenía algunas particularidades: comerciantes eran los que se inscribían en la matrícula, no se legislaba sobre cheques, y eran incompletas las reglas sobre sociedades.

Bajo la presidencia de Bartolomé Mitre, el 12 de setiembre de 1862 se promulgó el Código de Comercio de Buenos Aires como Código de Comercio de la Nación.

No se hicieron modificaciones pero el congreso tardo tiempo en resolver. Algunas provincias lo habían adoptado con anterioridad.

### **Materia del Derecho Comercial.**

Constituye materia comercial todo supuesto de hecho que la ley considera mercantil.. Se quiere expresar con esta definición que es el conjunto de normas reguladoras de ciertos estados y relaciones que otras normas adecuadas (delimitativas) califican de comerciales y someten a su imperio.

Hay disposiciones legales de contenido meramente delimitador, carente de todo sentido regulador, como lo es por ejemplo, el art. 8 del CCOA.. Este no define los elementos que constituyen la materia del Derecho Comercial, enumera (art. 8) cierta cantidad de actos que declara sometidos a su régimen.

### **El Contenido actual.**

El advenimiento del capitalismo y de la gran industria modificó sustancialmente el estado de las cosas. El incremento de los negocios provocó la aparición del crédito y la consecuente constitución de una serie de instrumentos o títulos de crédito.

El crédito trajo como consecuencia la aparición de los Bancos e instituciones crediticias. La complejidad creciente de la industria provocó el surgimiento de nuevas relaciones en el campo del trabajo y de los negocios. La actividad de seguros ha alcanzado límites insospechados. El nacimiento de nuevos tipos de sociedades ha requerido disposiciones legales adecuadas a su naturaleza. Todos estos intereses económicos entrelazados ha quedado sometido a la legislación comercial. El Derecho Civil cede terreno constantemente al Derecho Comercial.

El fenómeno económico de la concentración y el desarrollo de la gran industria han contribuido poderosamente a la organización de las grandes empresas y de los consorcios

industriales. El derecho no ha podido quedar indiferente, y pronto ha surgido una profusa legislación de empresas, en la que se mezclan disposiciones de orden laboral, industrial y comercial. Hoy ya se habla del derecho comercial como del derecho de la economía organizada y de la empresa.

El derecho se presenta como una sola e inmensa institución. Pero la limitación de las fuerzas humanas obliga a fraccionarlo para su estudio. No obstante la "autonomía" no significa independencia.

### **Fuentes.**

Con la expresión Derecho Comercial se quiere significar sólo el derecho comercial positivo o vigente. La definición se refiere a las normas dictadas expresamente para la materia comercial. La norma jurídica mercantil proviene de una manifestación de la voluntad social provocada por la necesidad o conveniencia de imponer determinada conducta. Las fuentes formales son dos: la ley y la costumbre.

Algunos autores las reducen a la ley únicamente, otros agregan la jurisprudencia, la doctrina de los autores, los principios generales del derecho, las leyes extranjeras, la equidad, la analogía y la naturaleza de los hechos.

La **ley comercial** es la norma jurídica emanada de los órganos competentes del Estado y destinada a regular la materia comercial, es decir, todos los supuestos de hecho a los que la ley considera mercantil, en cuanto ha sido dictada con el fin de regular principal y directamente dicha materia mercantil.

El carácter comercial de la norma jurídica debe ser determinado a base del contenido propio de la ley, y de la naturaleza de las relaciones que ella regula. Debe recurrirse en primer término al Código de Comercio, e investigar si dicha relación está o no incluida entre las que el código considera comerciales. Deben considerarse comerciales

Generalmente se reconoce a la costumbre como la primera y exclusiva fuente histórica del derecho. Debe distinguirse de los llamados usos convencionales o usos del comercio o del tráfico, llamados también usos interpretativos: por otra parte, de los usos legales. La diferencia esencial es que a los usos les falta el elemento psicológico, es decir, la convicción.

Para que **la costumbre** pueda ser considerada fuente formal del derecho comercial debe reunir los siguientes caracteres: uniformes, frecuentes, generales, constantes, cumplidos con convicción.

La referencia a los usos y costumbre aparecen diseminadas en los CCA y CCOA. De su lectura no surge ninguna diferenciación entre ambos conceptos. Las costumbres mercantiles pueden servir de regla para determinar el sentido de las palabras o frases técnicas del comercio, y para interpretar los actos o convenciones mercantiles. Su aplicación tiene una doble eficacia: interpretativa, e integradora de la voluntad de las partes.

Las fuentes del derecho comercial no difieren en general de las que corresponden al conjunto del derecho privado: ley, jurisprudencia, costumbre, doctrina, también enuncia un orden de prelación específico.

### **Método de la Ciencia del Derecho Comercial.**

Se denomina método al conjunto de procedimientos adecuados para obtener un fin. Puede hablarse de métodos de investigación, de sistematización, de demostración, y de exposición. La elección del método está determinada por la naturaleza del objeto al que se aplica y por el fin propuesto.

El objeto de la ciencia del derecho comercial es el hecho jurídico mercantil. Hecho jurídico en el sentido de supuesto de hecho, esto es, la totalidad de requisitos a que el ordenamiento jurídico condiciona un efecto jurídico, o sea el nacimiento, la extinción o la modificación de una relación jurídica o de un estado de o de una situación jurídica. Los hechos jurídicos son de una variedad incalculable. Ordinariamente consisten en actos humanos (especialmente actos jurídicos), pero también figuran entre ellos hechos exteriores. Estos hechos jurídicos se clasifican mercantiles cuando son sometidos a regulación de las normas jurídicas comerciales. La total aprehensión de la materia mercantil requiere cuatro órdenes de indagaciones: técnico - económicas; histórico comparativa; exegética; sistemática.

### **Razones históricas.**

Estudiada una institución en su momento actual y local, es conveniente examinar su evolución en el curso de la historia porque muchas veces sólo las etapas pretéritas pueden ayudar a comprender su sentido actual.

El derecho comercial nació como un sistema especial destinado a reglar la conducta y los negocios de los comerciantes en la Edad Media. Ante la carencia propia del régimen civil, hubo que idear normas, instituciones, y sistemas nuevos, que pudieran satisfacer aquella nueva modalidad operativa.

Nació autónomo y así se mantuvo durante mucho tiempo.

### **La materia de Comercio.**

Constituye materia del derecho comercial, todo supuesto de hecho al que la ley considera mercantil. El concepto comprende, los sujetos, objetos, relaciones y negocios sometidos a la disciplina del derecho comercial.

Sujetos pueden ser tanto los comerciantes, como los no comerciantes que ocasionalmente realizan actos de comercio; y objetos de ellas pueden ser todas aquellas prestaciones convenidas en los negocios y operaciones comerciales.

Estos negocios y operaciones se llaman ACTOS DE COMERCIO, y la reiteración habitual de ellos, en forma de ejercicio profesional, confiere a quien los realiza la calidad de comerciante (art. 1° del CCOA).

Determinar el concepto de acto de comercio es determinar el contenido del derecho comercial.

Si bien los actos de comercio constituyen el punto central y la base por excelencia de la materia comercial en el sistema adoptado por nuestro código, ellos no absorben por completo el derecho comercial.

El concepto de acto de comercio ha sido objeto de constantes y frustrados esfuerzos doctrinarios para lograr una definición unitaria y científica. En principio, actos de comercio son todos los actos o hechos aptos para crear, conservar, transferir, modificar o extinguir derechos y obligaciones mercantiles. Rocco afirmaba que los actos de comercio, ni son actos jurídicos, ni son relaciones jurídicas, sino formas de actividad social y relaciones sociales.

### **El Acto de Comercio.**

Numerosas han sido las tentativas para lograr una definición unitaria y general. Algunos autores se inclinan a considerarlo como un producto de la voluntad legislativa. Los autores modernos renuncian al intento de dar una definición unitaria, y se conforman con establecer categorías de actos formadas sobre la base de la legislación vigente de cada país.

El legislador en el trance de delimitar la materia mercantil puede intentar dos procedimientos: o bien dar una definición general a base de la cual el intérprete pueda calificar como mercantiles ciertos actos y relaciones en particular, o bien especificar mediante una enumeración cuáles actos y relaciones deben considerarse comerciales. El CCOA no se apartó de la tendencia dominante en su época y, en tres artículos, ha estructurado el sistema de las normas delimitativas de la materia comercial. El sistema legal argentino, como casi todos los de América latina, contiene una lista especial de los llamados actos de comercio. No adoptó un sistema dogmático, sino que en la compleja enumeración del art. 8 incluye actos, operaciones y hasta organizaciones, por lo que no cabe afirmar que se trata de un sistema objetivo exclusivamente, y menos aun si se considera la norma del art. 7. Se trata de un sistema prevalementemente objetivo, prevalencia resultante de los actos incluidos en el art. 8 y de la noción de comerciante del art. 1.

La expresión acto de comercio no está empleada con un alcance estrictamente técnico. En el concepto del art. 8 se utiliza la expresión acto de comercio con el alcance de negocio comercial complejo, ya que para algunos de los enumerados se engloban varios actos jurídicos e incluso hasta una organización económica y su actuación.

La enumeración tiene el inconveniente de que es difícil prever todas las hipótesis y queda un margen grande librado a la decisión judicial. Pero esa lista, aparece abierta, incompleta, a fin de no dejar fuera de ella ninguna actividad mercantil, típica, presente o futura.

La ley señala cuales son los actos de comercio ; admite que se pueden reconocer otros no enumerados en esa lista ; y no todos los que allí figuran son hoy actos de comercio. También la ley indica un efecto general esencial. Parece evidente la necesidad de obtener un concepto, pero ello aparece como no posible. Pero el sistema de establecer un concepto unitario o al menos un principio general es mucho menos conveniente.

Desde luego que la enumeración de la ley debe ser enunciativa y no de carácter limitado.

La determinación de la materia del comercio es de orden público (Fontanarrosa) y los particulares no pueden , por su sola voluntad, ni incluir en la categoría actos no comerciales, ni quitarle ese carácter a actos que lo son.

*"La ley declara actos de comercio en general :*

1. *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 en que se adquirió o después de darle otra forma de mayor o menor valor.*
2. *La transmisión a que se refiere el inciso anterior.*
3. *Toda operación de cambio, banco, corretaje, o remate;*
4. *Toda negociación sobre letras de cambio o de plaza, cheques o cualquier otro género de papel endosable o al portador;*
5. *Las empresas de fábricas, comisiones, mandatos comerciales, depósitos o transportes de mercaderías o personas por agua o por tierra;*
6. *Los seguros y las sociedades anónimas, sea cual fuere su objeto;*
7. *Los fletamentos, construcción, compra o venta de buques, aparejos, provisiones y todo lo relativo al comercio marítimo;*
8. *Las operaciones de los factores, tenedores de libros y otros empleados de los comerciantes, en cuanto concierne al comercio del negociante de quien dependen;*
9. *Las convenciones sobre salarios de dependientes y otros empleados de los comerciantes;*
10. *Las cartas de crédito, fianzas, prenda y demas accesorios de una operación comercial.*
11. *Los demás actos especialmente legislados en este Código.*

El art. 5 apartado 2° amplía el número de esos actos objetivos al establecer la presunción de que:

***"...Los actos de los comerciantes se presumen siempre actos de comercio, salvo prueba en contrario..."***

Dicha presunción se funda en la conexión del acto con la explotación comercial del sujeto que lo realiza.

Y finalmente, el art. 7 amplía más, el ámbito de la materia de comercio al establecer que:

***"Si un acto es comercial para una sola de las partes, todos los contrayentes quedan por razón de él, sujetos a la ley mercantil, excepto a las disposiciones relativas a las personas de los comerciantes, y salvo que de la disposición de dicha ley resulte que no se refiere sino al contratante para quien tiene el acto carácter de comercial."***

- De modo que nuestro sistema es rigurosamente objetivo (Fontanarrosa)
- La enumeración de los llamados actos de comercio se hace en parámetros objetivos y algunos de contenido subjetivo.

*Podemos adelantar algunos criterios para establecer la naturaleza de los actos de comercio, que pueden esquematizarse así : circulación de bienes; la especulación u onerosidad; fundado en causa; criterio profesional; de repetición masiva; de agrupamiento de los actos. (Etcheverry)*

#### **Sentido de la expresión "acto de comercio".**

La expresión significa actos jurídicos regidos por el derecho comercial. En muchos casos un acto único de comercio está compuesto, en realidad, por una serie de actos jurídicos que si bien tomados aisladamente podrían ser actos independientes o autónomos, se encuentran vinculados entre sí social y económicamente, y son disciplinados por el derecho comercial.

#### **La Enumeración legal es de orden público.**

Sirve para delimitar el ámbito de aplicación del derecho mercantil, queda sustraída al efecto derogatorio o modificadorio de la autonomía de la voluntad. La determinación de la materia

de comercio es de orden público. No pueden los particulares, por su sola voluntad atribuir calidad comercial a un acto al que la ley no le confiere tal carácter, ni a la inversa.

### **El acto de comercio y el acto jurídico.**

Rocco señalaba que el acto de comercio no es un acto jurídico, sino simplemente un acto humano que se considera en el aspecto social o económico. Halperín dice que la expresión acto de comercio no está empleada con un carácter técnico. Sostiene que en el art. 8° se utiliza la expresión acto de comercio con el alcance de negocio comercial complejo. Etcheverry no cree que con ese criterio se aclare la situación, porque en nuestro derecho no existe como concepto técnico - legal el de negocio comercial complejo.

El acto de comercio no es solamente acto ni hecho jurídico, tampoco es un contrato. No se trata de una estructura legal precisa, coherente y enlazada al sistema civil de los hechos, actos y contratos. Referirlos a actividades económicas simples o complejas según los casos, que se manifiestan en actos u operaciones, como enseña Fontanarrosa, no llega, por exceso o por defecto, a encuadrar los actos de comercio. Actividades económicas pueden existir si que sean actos de comercio. Y a la inversa.