

Diario Comercial, Económico y Empresarial Nro 43 - 09.09.2015 CONTENIDO ACTUAL DEL DERECHO COMERCIAL (BREVES NOTAS EN TORNO A SU AUTONOMIA POST UNIFICACION)

Por Juan Giggiberger

1. Introducción

La historicidad del derecho comercial es la herramienta fundamental para aprehender su concepto y desarrollo. Desde la ya clásica concepción de Ascarelli, en cuanto categoría histórica, el derecho comercial se consolidó como rama autónoma del derecho privado sobre la base de brindar respuesta a las necesidades del tráfico, moldeadas por circunstancias históricas, políticas y económicas.

Así, ya en las civilizaciones antiguas pueden hallarse vestigios de ciertas instituciones comerciales. En Babilonia, el Código de Hammurabi incluía sociedades, depósito y hasta operaciones bancarias. En China existían nociones de contabilidad y Grecia había desarrollado cierta regulación del comercio marítimo¹. En la India, el compendio de leyes conocido como “Leyes de Manu” (siglo III a.c.), también receptó reglas aplicables al comercio y los mercaderes, organizados como casta².

Sabemos también que el derecho romano no revela la existencia de reglas especiales dirigidas a la disciplina del comercio. La edad media, en cambio, fue una etapa pródiga en la extensión y profundización del derecho comercial. Frente a la opresión instaurada por el sistema feudal, surgió –y se desarrolló con gran vigor- la iniciativa privada. Pronto los comerciantes crearon organizaciones que, primero en gremios y luego en corporaciones, acumularon un vasto poder económico y político. La práctica del comercio floreció de la mano de estas organizaciones, que contaban con sus propios tribunales (consulares) y reglas consuetudinarias –luego sistematizadas en las recopilaciones- que guardaban estricta relación con las necesidades y vicisitudes del comercio.

La edad moderna está signada por el fenómeno de la codificación del derecho mercantil. Con las ordenanzas dictadas por Luis XIV, se inició una etapa trascendente que concluyó con el ya emblemático Código de Napoleón. Ese cuerpo, estableció el contenido predominantemente objetivo del derecho comercial, desplazando el sesgo profesional (subjetivo) que hasta entonces contenían los estatutos.

Resta señalar, en este frenético recorrido histórico, que en su regulación vernácula, el Código de Comercio recientemente derogado (ley 15) fijó una materia comercial mixta a través del acto de comercio (art. 8), dejando una salida hacia la subjetividad (art. 5, segundo párrafo). El sistema se completaba con el protagonista, el comerciante, caracterizado por la realización habitual y profesional de actos de comercio (art. 1).

2. La nueva codificación civil y comercial

¹. Halperín, Isaac y Butty; Enrique M., “Curso de derecho comercial”, Buenos Aires, Depalma, 2000, pag. 4.

². Infiesta, Ramón, “Fundamentos Históricos del Derecho Mercantil”, La Habana, Jesús Montero editor, 1939, pag. 7 y ss.

La reciente ley 26.994, ha derogado tanto el Código Civil (ley 340), cuanto el de Comercio (ley 15), unificando ambas disciplinas, si bien respecto de la mercantil, cabe señalar que diversas leyes especiales (v. gr. sociedades, concursos), han quedado fuera de la nueva codificación y mantienen su vigencia “extracorpórea”. Nos encontramos pues, ante una recodificación parcial del derecho privado.

3. ¿Subsiste la autonomía científica del derecho comercial?

No habremos de encontrar en el nuevo ordenamiento los criterios de nuestro antiguo código. Debemos, en este aspecto, hacer un ejercicio de apertura mental extrema para enfrentarnos a la realidad: la comercialidad que creíamos conocer, ha sido ahora expresada en otros conceptos. Una voz tan autorizada como la del maestro Jaime Anaya, propone denominar al nuevo derecho comercial como derecho de los negocios, económico, de la empresa o de las actividades económicas³. Ello proporciona fundamento para sostener –razonablemente– que la otrora “mercantilidad”, si se me permite esa expresión, está ahora reexpresada en los conceptos de empresario, de empresa como actividad y su organización, y su proyección hacia el mercado. Debemos en este punto lamentar el lacónico tratamiento que el nuevo código ha dispensado a estos relevantes tópicos.

Desde una lectura preliminar y provisoria como la presente, no parece dudoso que la otrora “materia mercantil”, en algunos casos ha desaparecido y en otros, se ha impuesto con fuerza y preeminencia. Institutos clásicos como el acto de comercio y su teoría general, el comerciante y su estatuto, han sido amputados y “excomulgados” del nuevo ordenamiento. A la par, la costumbre ha sido elevada a la categoría de fuente formal, dejando de lado su actuación secundaria o refleja, tal como estaba caracterizada en el código civil derogado. Otro tanto se advierte en el tratamiento de ciertos contratos, donde la “mercantilización” es evidente (v. gr. agencia, franquicia, arbitraje y bancarios, entre otros).

En esta prieta síntesis, se puede sostener que el centro de la disciplina es ahora el titular de la empresa, especialmente cuando su “vestimenta” jurídica es la técnica societaria, con todas sus alternativas y vicisitudes (vinculaciones, grupos). A ello se adicionan una serie de aspectos vinculados a la hacienda o establecimiento comercial y a la actividad organizada que la empresa titulariza.

Concluimos temerosos sin poder afirmar –en forma enfática– la autonomía científica del derecho comercial. Percibimos que subsisten instituciones típicas de la disciplina mercantil que perfilan cierta categoría, con características individuales y especiales. Si ellas conforman un sistema especial y alcanzan grado autónomo, es aspecto todavía prematuro para responder de manera asertiva.

³. Anaya, Jaime L., “La unificación del derecho privado. Un replanteo necesario”, publicado por la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales.