

REVISTA DE DERECHO

AÑO XXVII — OCTUBRE - DICIEMBRE DE 1959 — N.º 110

DIRECTOR: ORLANDO TAPIA SUAREZ

CONSEJO CONSULTIVO:

HUMBERTO ENRIQUEZ FRODDEN

ALEJANDRO VARELA SANTA MARIA

JUAN BIANCHI BIANCHI

QUINTILIANO MONSALVE JARA

MARIO CERDA MEDINA

ESTEBAN ITURRA PACHECO



ESCUELA TIPOGRAFICA SALESIANA — CONCEPCION (CHILE)

REVISTA DE REVISTAS

QUE ES Y QUE DEBE SER EL DERECHO MERCANTIL:

Por Joaquín Garrigués ("Revista de Derecho Mercantil", Madrid, N.º 71).

Material de gran interés ofrecen las páginas del número 71 de la "Revista de Derecho Mercantil" de Madrid, correspondiente a los meses de Enero-Marzo del año en curso.

En esta oportunidad reseñaremos sucintamente el artículo del profesor español don Joaquín Garrigués, intitulado "Qué es y qué debe ser el Derecho Mercantil", que aparece en la sección doctrina.

El destacado jurista inicia su interesante trabajo planteando los problemas de aplicación de fuentes jurídico-privadas a que da origen la existencia, en un mismo ordenamiento jurídico, de un Código de Comercio y de un Código Civil.

Frente a esta problemática —sostiene el autor—, el intérprete no debe ser un mero autómatas aplicador de leyes, que se satisfaga con soluciones casuísticas. La simple determinación de los supuestos bajo los cuales un hecho se somete a las leyes mercantiles, es una labor que sólo conduce a un mero concepto formal del Derecho Mercantil. Desde el punto de vista de la investigación de la naturaleza del Derecho Mercantil nada se adelanta al afirmar que este Derecho es el que se aplica a la materia mercantil.

La determinación de las normas del Derecho Mercantil y de sus características, en comparación con las normas del Derecho Civil, es una labor de técnica jurídica formal que sirve de punto de partida para la investigación que se propone Garrigués.

La investigación del articulista se dirige a la esencia del De-

recho Mercantil, la cual descubrirá analizando las peculiares exigencias vitales que reclama un Derecho especial. Puesto que sólo una diversidad de exigencias vitales justifican una diversidad de ordenamientos jurídicos, el establecimiento de las necesidades a que se adaptan mejor las leyes mercantiles que las civiles, justificará la existencia de un Derecho Mercantil separado del Derecho Civil.

En el planteamiento de la investigación se ofrecen dos cuestiones diversas: la determinación de la materia regida por el Derecho Mercantil y la determinación de cuál **debiera** ser esta materia. Habiendo fundado el Código de Comercio Español el Derecho Mercantil sobre la base del concepto confuso y equívoco del acto de comercio, la tarea que emprende el autor es doble: delimitar —definir— el Derecho Mercantil positivo y dar la razón de su existencia.

Para llegar al concepto legal del Derecho Mercantil Español, Garrigüés se vale del método histórico-legislativo; y del método de observación de la realidad, para intentar captar la esencia del Derecho Mercantil.

Del análisis de los textos legislativos y de los tratados clásicos de Derecho Mercantil, establece Garrigüés que se le ha concebido como un Derecho Privado especialmente dedicado al comercio. Si el Derecho Administrativo se refiere a la Administración, el Derecho Mercantil tiene que ser referente al tráfico de mercancías, y el Código de Comercio el código propio de la función económica comercial.

El autor se propone demostrar cómo este punto de vista, que corresponde exactamente al origen de la disciplina, ha sido en la actualidad superado por la heterogeneidad de materias sometidas al Derecho Mercantil.

Después de analizar el concepto de comercio y las notas específicas con que la doctrina ha pretendido caracterizar el Derecho Mercantil, señala que, apenas fundado éste sobre el concepto económico de comercio, surgen distingos y salvedades, porque ni todo el Derecho Mercantil es un Derecho para el comercio, ni todo el Derecho del comercio es Derecho Mercantil.

Ello, debido a que el Derecho Mercantil ha ampliado su dominio, que originariamente estuvo acotado por la mera función

mediadora entre productores y consumidores, recibiendo en su contenido una serie de actividades que ya no efectúan dicha mediación de un modo directo, —v. gr. operaciones de transporte, de seguros, de Banca, de comisión, etc.—, o que se limitan a organizarse en forma mercantil.

Nada tiene que ver con el comercio una sociedad agrícola pactada en forma anónima, ni la letra de cambio aceptada en pago de una obligación civil. No obstante todos estos actos se someten al Derecho Mercantil. Por otra parte, no todo el Derecho Mercantil es Derecho para el comercio; hay sectores enteros del Derecho Mercantil que se aplican sin consideración a la finalidad comercial de la operación.

Finalizando estas apreciaciones, Garrigués critica el sistema español —igual al francés y a los hispanoamericanos de él derivados— que funda el Derecho Mercantil en torno a lo que se denomina "acto de comercio".

Con él —afirma el articulista—, se rompe toda conexión con el ejercicio profesional del comercio, irrumpiendo en el campo del Derecho Mercantil una multitud de actos ocasionales, sin adscripción a una empresa, sin carácter profesional, sin pertenecer a una serie orgánica de actos iguales. El Derecho Mercantil se convierte así en el Derecho de los actos de comercio aislados.

Acota seguidamente el autor que, desde el momento en que es posible someter al Código de Comercio un acto aislado —una compraventa, un transporte, un depósito—, queda automáticamente rota la ecuación entre comercio y Derecho Mercantil, porque el comercio como actividad económica es lo contrario del acto ocasional: es el acto repetido en serie orgánica, es la habitualidad, es la profesión.

En la segunda parte de su trabajo, expone Garrigués la actual concepción de la doctrina que considera insostenible la construcción del Derecho Mercantil sobre el concepto económico del comercio, principalmente a causa de la constante ampliación de hechos y relaciones sometidas a las normas jurídicas mercantiles, en muchas de las cuales no aparece el dato de mediación en el cambio de productos.

La simple observación de la realidad lleva al autor a concluir que la característica del Derecho Mercantil no es la regulación de

los actos aislados, sino la de los actos realizados en masa. Por imperio de las exigencias económicas que vino a satisfacer, el Derecho Mercantil está por esencia destinado a regular los actos en masa realizados profesionalmente, o sea, con espíritu de ganancia duradera. La razón de ser del Derecho Mercantil está en la necesidad de regular, de un modo distinto al del Derecho Civil, ese tráfico en masa realizado por medio de actos jurídicos. No atiende a la finalidad, que puede ser o no de mediación, sino a la repetición en masa: En consecuencia, no se fija en lo intencional —íntimo—, sino en lo profesional —público—: atiende a lo visible en lugar de lo invisible. Citando la opinión de Locher, apunta Garrigüés: "Allí donde haya rutina y organización, allí habrá Derecho Mercantil".

La doctrina concluye estableciendo que si la realización de actos de comercio exige una organización adecuada, y esta organización se llama empresa, el Derecho Mercantil, sin dejar de ser el que regule los actos jurídicos realizados en masa, será en definitiva el Derecho que regule las empresas.

El centro de gravedad del sistema se desplaza, así, desde el acto hacia la organización. Con ello, el Derecho Mercantil se libera definitivamente de todo problema de finalidad del acto y coloca el acento de la comerciabilidad sobre el dato objetivo y tangible de la organización en forma mercantil.

El concepto de empresa sirve para coordinar el sistema según la nueva concepción del Derecho Mercantil: de un lado, porque sirve para realizar la armonía del Derecho con la Economía, y de otro, porque sirve también para interpretar y aplicar el Derecho Comercial según sus fines de conciliación de los intereses generales, mediante la garantía de la vida de las organizaciones comerciales —empresas—, en sus relaciones internas —participantes, socios, personal— y externas —contratantes, acreedores, público—. El concepto de empresa, como núcleo central del Derecho Mercantil, impone por lo tanto a las instituciones de este Derecho una visión y un tratamiento jurídico distinto del tradicional.

La construcción del Derecho Mercantil en torno a la empresa, exige partir del concepto de empresa como antecedente previo. Para la Economía, empresa es "aportación de fuerzas económicas —capital y trabajo— para la obtención de una ganancia ilimitada".

Siendo característico de este concepto el elemento riesgo. La aportación de capital y la aportación de trabajo están sometidas a múltiples riesgos de pérdida completamente sustraídos a la voluntad del empresario, pero que se compensan en el pensamiento de éste con una posibilidad de ganancia ilimitada.

Al tomar posesión los juristas de este concepto, no han logrado alcanzar una concepción jurídica unitaria de la empresa. La razón es la falta de un concepto legal de la empresa, aún en aquellos ordenamientos que, como el nuevo Código Civil Italiano, han tomado la empresa como centro del sistema.

Ha sido preciso reconocer —termina sosteniendo el profesor Garrigüés en su interesantísimo y etxenso estudio—, que la técnica del Derecho no puede dominar el fenómeno económico de la empresa, para darle una disciplina jurídica completa sin considerar distintamente sus diversos aspectos en relación con los diferentes elementos que concurren a ella; y que la construcción de la teoría de la empresa mercantil constituye actualmente la nueva misión de la ciencia del Derecho Comercial.

Rufo Ruiz-Esquide Espinoza
Egresado de Derecho