

CAPITULO I

SUMARIO: 1. Ideas preliminares. 2. El comercio desde el punto de vista económico. 2.1. Derecho Económico. 3. Comercio desde el punto de vista jurídico. 4. Derecho Comercial. 5. Caracteres del Derecho Mercantil. 5.1. Comercialización del Derecho Civil. 5.2. La Disgregación. 6. Sistemas subjetivo, objetivo y mixto. 7. Tendencias actuales. El Derecho y el proceso de cambio. 7.1. El mundo como un solo mercado. 8. Introducción y desarrollo histórico. 8.1. Retroceso de la civilización con la invasión de los bárbaros y en la primera época de la Edad Media. 8.2. El régimen corporativo medieval. 8.3. Las ferias y el fomento de la unificación de las normas mercantiles. 8.4. El Derecho Estatuario: Su fundamento racional. La justicia consular. 8.5. Época Moderna y Contemporánea. 8.6. El Código de Comercio Francés. 8.7. El Código de Comercio Alemán. 8.8. El Código de Comercio de Chile. 8.9. El Código de Comercio de Italia. 8.10. El Código Suizo. 8.11. Países del Common Law 9. La Legislación Mercantil en nuestro país. 9.1. Derecho Indiano. 9.2. Fuentes iniciales del Derecho Indiano en el Paraguay. 9.3. El consulado de Comercio. Los Jueces y Diputados. 9.4. El Derecho Patrio o Nacional. 9.5. Vigencia del Código de Comercio Español de 1829. 10. La recepción del Derecho argentino en el Paraguay. 10.1. Código Civil. 10.2. Código de Comercio.

1. Ideas Preliminares

Algunas definiciones iniciales harán comprender el alcance del Derecho Comercial: “El complejo de normas que regulan las relaciones provenientes de la práctica de actos de comercio y los derechos y obligaciones de las personas que ejercen profesionalmente esos actos: los comerciantes y sus auxiliares.

“Es el Derecho que regula las relaciones que surgen de las actividades comerciales”.

Vidani nos enseña, que el comercio es:

“El complejo de actos de intercambio entre productores y consumidores que, ejercidos habitualmente y con el fin de lucro realizan, promueven y facilitan la circulación de los productos de la naturaleza y de la industria, haciendo más fácil y rápido la oferta y la demanda”.

Derecho del Comerciante o derecho de los actos de comercio, el Derecho Mercantil es un vivo contenido, en perpetuo reajuste, pero apuntando siempre a esos grandes conceptos: Comercio, comerciante, institutos del comercio, expresa Jorge H. Escobar.

2. El Comercio desde el punto de vista económico.

Si bien en un principio, para quien se inicia en el estudio del Derecho Comercio es el que constituye el mismo el *derecho del comercio*, y por consecuencia el derecho de los comerciantes, dados sus antecedentes históricos; sin embargo, tal conceptualización no puede admitirse.

Es necesario, para su comprensión, analizar qué se entiende por el concepto económico de comercio que es una actividad humana que pone en circulación la riqueza producida, aumentando así las utilidades.

En la República de Platón, obra que sigue vigente hasta nuestros días, el filósofo, al investigar el origen de la justicia, indaga primero los orígenes del Estado. Precisamente por la imposibilidad en que se encontraban los individuos de saciar con sus propias capacidades y recursos todas sus necesidades, y que por ello son llevados a que se aproximen unos a otros para intercambiar los productos que constituyen excedentes de su trabajo. Por eso, el hombre tiende a vivir en grupo, constituyéndose en sociedad.

Es la llamada economía del trueque, porque en su fase primitiva los productos del trabajo individual eran intercambiados directamente del productor al consumidor. Lo que a unos les sobraba, a otros les faltaba.

Ives Guyot describe, lo que hace el comerciante. Citando a Turgot, señala que el cambio se realiza en el momento en que cada uno atribuye a la cosa que adquiere más valor de la que cede. En una variada forma de trueque cada parte compra a la otra: uno una cosa, otra una moneda; todo en un acto de buena voluntad.(Guyot, Ives.*El comercio y los comerciantes*, pp. 2-3).

El comercio se inicia en forma rudimentaria con el trueque; después aparece la moneda y luego el crédito.

La evolución económica que se ha operado en la Provincia del Paraguay, desde los albores de la Conquista, configuró en el transcurso de casi toda su existencia, un sistema al cual se reducían las operaciones comerciales: Fue el trueque la forma primitiva del cambio.

Por eso afirma Peramás : “La moneda no se usaba entre los guaraníes, siguiendo la costumbre primitiva, permutaban mercancías por mercancías, sistema más apropiado a la simplicidad natural”.

Así se usaban en los intercambios y como moneda el hierro, la vara de algodón, la yerba y el tabaco, hasta el año 1779, cuando con la introducción de la moneda española la *economía de trueque* evolucionó a la *economía de mercado*.

Desde la óptica del estudio de la economía, se podría precisar lo que significa la actividad de comerciar. Así, por ejemplo:

“Comercio- dice Siburu -, es la actividad humana que tiene por objeto mediar entre la oferta y la demanda para promover, realizar o facilitar los cambios y obtener con ello una ganancia calculada sobre la diferencia de los valores de cambio”.(Siburu, Juan B. Comentario al Código de Comercio Argentino, t. 1, p. 28).

“Los actos de comercio son los que realiza una persona no para satisfacer una necesidad propia, sino como intermediario, persiguiendo habitualmente un fin de especulación”(Zavala Rodríguez, Carlos J. Código de Comercio y leyes complementarias. Comentados y concordados, t. 1, p. 5).

2.1. Derecho Económico

Introducción: La ley es una de las principales fuentes de esta nueva disciplina. Sin embargo, el problema con que tropieza en la legislación económica es precisar las materias que quedan comprendidas bajo una denominación tan genérica, lo que es el reflejo de la falta de precisión del contenido del Derecho Económico.

Se puede caracterizar la legislación económica como el conjunto de leyes que reglan la intervención directa o indirecta del Estado en la economía y que reglamentan la organización privada en sus relaciones de orden económico con el Estado, expresa Carvallo Hederra.(Carvallo Hederra, Sergio.- Manual de Legislación Económica. Editorial Jurídica de Chile. Santiago de Chile, 1983, pp. 17, 18).

Habrá una intervención directa cuando el Estado imponga a los particulares una acción u omisión abierta y exclusivamente con fines de política económica. Los ejemplos más relevantes serían la fijación de precios máximos o mínimos, las medidas de racionamiento y distribución de determinados bienes, la fijación de tasas de interés, la implementación de determinados sistemas crediticios.

Habrá una intervención indirecta cuando el Estado cumple o realiza sus propósitos, recurriendo a arbitrios tales como la concesión de subvención o subsidios, incentivos económicos, privilegios tributarios o crediticios, tributación alta y progresiva , barreras aduaneras, etc.

Habrá una legislación económica que recae sobre la organización privada en sus relaciones de orden económico con el Estado, - es el caso de la autoridad monetaria y de la legislación bancaria-, en la legislación de sociedades anónimas y en particular de las sociedades especializadas de este tipo, como las de seguros, administradoras de fondos mutuos, la legislación antimonopólica, etc.

Partiendo de que la Economía Política trata de los bienes escasos que existen en una sociedad y que se reputan aptos para satisfacer las necesidades de una colectividad, Julio Vega M. analiza nuestra materia afirmando que en ese sentido, el resguardo o protección de los bienes escasos se realiza a través del derecho, comprendido en su mas amplia acepción.

El Estado – guardián del equilibrio social – puede dictar normas para llevar a cabo determinadas políticas respecto a la escasez de bienes. Estas normas forman el Derecho Económico.

El Derecho Económico es, entonces, la rama del Derecho que comprende las normas destinadas a llevar a cabo la política económica de un pueblo. En otras palabras, es la política económica legislada.

Decimos que la política económica es legislada, porque las normas de Derecho Económico son las propias de la producción y distribución de los bienes y servicios aptos para satisfacer las necesidades de las personas y/o de la colectividad.

3. Comercio desde el punto de vista jurídico

El derecho se preocupa de las actividades del comercio para tutelarlas con reglas jurídicas. De ahí que el concepto económico no se ajusta ni coincide con el concepto jurídico. Esto ocurre, porque muchas actividades como las empresas agrícolas o artesanales, negocios inmobiliarios, etc., escapan al concepto jurídico de comercio; sin embargo, se hallan comprendidas dentro del concepto económico. Y por el contrario, actividades que escapan al concepto económico integran el concepto jurídico, tales como la letra de cambio y pagarés, por ejemplo que pueden ser utilizados por personas que no son comerciantes para fines civiles.

De allí que los tratadistas buscan una definición apropiada de comercio, desde el punto de vista jurídico. Ya Ulpiano lo definía como: "*Lato sensu commercium est emedi vendendique invicem jus.*" "En sentido lato, el comercio es el derecho de comprar y vender recíprocamente" Pero el hecho de comprar y vender recíprocamente, inserta en esta definición, no fundamenta el concepto jurídico del comercio.

Una definición satisfactoria puede ser la de Vidari cuando expresa: "Es el complejo de actos de intercambio entre el productor y el consumidor, que, ejercidos habitualmente y con fines de lucro, realizan, promueven o facilitan la circulación de productos de la naturaleza y de la industria, para tornar más fácil y rápida la oferta y la demanda". De este concepto se pueda extraer, tres elementos integrantes del comercio para su caracterización: intercambio, fin lucrativo y profesión habitual.

El lucro es elemento central en la definición de Lyon Caen y Renault, y según la cual el comercio es el conjunto de operaciones que tienen por fin realizar provecho o lucro, especulando sobre la transformación, transporte e intercambio de materias primas.

La distinción entre concepto económico y concepto jurídico de comercio no puede servir para aplicarlo a todos los países, dadas las características estructurales de su economía, y muchas de las actividades no se pueden definir como comerciales. De ahí que muchos consideran muy especial esta distinción, y son partidarios de no definir el Derecho Comercial como el Derecho del Comercio.

4. Derecho Comercial: intentos para formular una definición

La necesidad de precisar el objeto de nuestro estudio se justifica ampliamente en el aspecto académico: el derecho como ciencia debe estudiarse separada y progresivamente.

Un somero estudio de las diversas posiciones que pretendieron captar nuestra disciplina, para insertarla dentro del derecho positivo, con autonomía dogmática y funcional, ya no es posible en un mundo complejo y cambiante en donde las instituciones varían de un momento a otro.

En la búsqueda de tal esclarecimiento, nos encontramos con que la finalidad del lucro o la ganancia es inseparable de la actividad mercantil. Sin embargo, razón tiene Langle, cuando expresa que "el fin del lucro del comercio, tan esencial desde el punto de vista económico, no lo es desde el legal" (Langle, Emilio. *Manual de Derecho Mercantil español*, t. I, p. 33, nº 4.).

Participamos de la importancia de la empresa como factor de la producción, que persigue si no un fin de lucro, si toda una organización económica y jurídica que hace realidad el sustento de la economía en un régimen capitalista.

Pero no es suficiente la ganancia que generan las empresas, pues existen actividades como las cooperativas, que se desenvuelven bajo formas mercantiles sin obtener un lucro directo, sino el beneficio de sus asociados; la misma actividad agropecuaria conlleva lucro pero no es mercantil, así como las profesionales, artísticas, etc.

El eminente comercialista italiano Alfredo Rocco sintetizó su definición así “es el Derecho Comercial el conjunto de normas jurídicas por que se rigen las relaciones nacidas en la industria comercial”, y que mereciera la crítica de Bolaffio, según el cual el término “industria comercial” no es jurídico. De la teoría de Roco no surge una explicación integral de qué se entiende por Derecho Comercial.

Se acerca bastante a la realidad actual la definición del jurista español Broseta Pont, como “el ordenamiento privado propio de los empresarios y de sus estatutos, así como de la actividad externa que estos realizan por medio de una empresa”.(Broseta Pont, Manuel. Manual de Derecho Mercantil, p. 55).

Recientemente, la posición que se ubica en lo que el Derecho Mercantil es aquí y ahora, ha cobrado fuerza.

En contra de la opinión sostenida por el distinguido profesor español Rubio, dice Etcheverry, nos vemos constreñidos a elaborar una teoría sobre lo que el Derecho Mercantil “debería ser”, y en lo que se presenta como legislación positiva, que de todos modos, es aparente, en vastos aspectos.

Lo que nuestra materia “debería ser” legislativamente, es lo que ella en este estadio es: una disciplina de ciertos sujetos (comerciantes, industriales, los llamados auxiliares del comercio, las sociedades comerciales) y de ciertos actos y actividades: organización empresarial, actos jurídicos de representación, cooperación e interposición, sistemas de circulación y negocial mobiliario, etc.

Este derecho – concluye Etcheverry -,separado del resto solamente en función académica, aún sostiene cierta especialidad en cuanto a las personas, cosas y organizaciones, aplicándose a las relaciones surgidas en el ámbito jurídico una serie de principios, que en mayor o menor medida, aún resultan preferentemente de uso para nuestra materia.

Los principios informantes (la onerosidad, habitualidad, profesionalidad, buena fe, la costumbre y los usos, el crédito, el empresario, etc.) aún son los signos distintivos que contribuyen a homogeneizar las estructuras de nuestra disciplina (Etcheverry, Derecho Comercial y Económico. Parte General. Bs. As. p. 89).

5. Caracteres del Derecho Mercantil

Históricamente el Derecho Mercantil nació como una institución nueva, como fluye del estudio de sus instituciones ancestrales en la parte de su desarrollo histórico.

Se han impuesto como instituciones permanentes y adquieren autonomía científica, el campo de las sociedades mercantiles y el régimen bancario, por ejemplo. Así como el estatuto del comerciante, de los corredores, martilleros, donde la ley mercantil es autónoma.

Por el contrario, existe una integración plena con el Derecho Civil, en el campo de los actos jurídicos, obligaciones y contratos.

Entonces, el Derecho Mercantil adquiere cierta autonomía por las instituciones que persisten en la actualidad.

La tendencia a la internacionalización se produce, a través de acuerdos internacionales o de leyes uniformes que los distintos países quedan en libertad de adoptar.

Uno de los clásicos del Derecho Comercial opina que los comerciantes constituyen un solo pueblo. De hecho, la obtención del lucro, que es la meta del comerciante, es un hecho universal y desconoce fronteras.

La creación de los mercados comunes acelerará este proceso, como una necesidad para el funcionamiento efectivo del sistema.

5.1. Comercialización del Derecho Civil. — Hay una tendencia de expansión del Derecho Comercial por la llamada comercialización del Derecho Civil, en el cual las actividades económicas están también inspiradas por el propósito de lucro y que buscan realizarse a través de instituciones típicamente comerciales.

No solo las empresas civiles deben recurrir a negocios jurídicos comerciales - crédito bancario, prenda sin desplazamiento, comercialización de semillas, abonos y de la propia producción adquirida por acopiadores, exportadores y frigoríficos-, sino que ellas mismas adoptan formas comerciales (constituyéndose en sociedades de responsabilidad limitada, anónimas o cooperativas).

La tendencia a la comercialización del Derecho Civil se presenta con fuerza, por momentos, incontenible.

5.2. LA DISGREGACIÓN. - Tradicionalmente se ha nombrado así a la fracturación de sectores de una rama del derecho- expresa Etcheverry -, para erigirse en verdaderos sistemas, que después pretenden la clásica "autonomía". El Derecho Laboral, que en el siglo pasado se hallaba inserto en pocas reglas legales, es hoy un verdadero estatuto de todo aquel que se encuentre en relación de dependencia.

En el campo civil, la locación de cosas, establecida como un contrato más, se erige hoy en casi una verdadera "materia" con sus propias reglas y principios.

Langle se ha referido a la tendencia integradora, que posee una contrapartida "asimiladora". Cita la realidad alemana, en la cual aparecen los nuevos Derechos Marítimo, Cambiario, de Seguros, de Concursos (Quiebras). Y la asimilación se produce en ramas como la industria, que de hecho se incorporó al orden mercantil.

Romero no se atreve a catalogar como tendencia "desintegradora", aquella que surge de la sanción de una serie de leyes muy completas, que aparecen regulando instituciones y que no necesariamente integran los Códigos. Cita en concreto los regímenes de seguros, de aseguradores, de sociedades, de concursos, de martilleros, de cooperativas, de navegación, de transferencia de tecnología, de promoción industrial, de radicación de capitales, de entidades financieras, de letra de cambio y pagaré, de cheque, de bolsas.

A estas leyes ya se había referido Anaya, preguntándose si ante esta realidad no nos hallaríamos en el umbral de un futuro que indicaría el fin de los códigos, para dar paso a un orden positivo constituido por leyes especiales y particulares.

Los ejemplos podrían multiplicarse y no solamente en el orden mercantil, aunque en él la riqueza y diversidad sean mayores.

El fenómeno descripto de disgregación y asimilación no es más que el resultado de la dinámica del orden jurídico, que en ciertas disciplinas se observa con mayor intensidad. Este es nuestro caso.

6. Sistemas Subjetivo, Objetivo y Mixto

Se suele enseñar que el Derecho Comercial pasa de un primer estadio subjetivo (en cuanto regula la persona del comerciante) a otro que históricamente se califica de objetivo, porque se establecen actos que son, por su naturaleza, mercantiles. Esta segunda etapa se asigna, erróneamente, a veces a los principios impuestos por la Revolución francesa.

Halperin recuerda que la presunción de comercialidad del negocio se recoge en la Ordenanza francesa de 1673, la que marca una diferencia con el sistema anterior, que regulaba exclusivamente a los comerciantes; así, la teoría de los actos de comercio elaborada en Francia daría a nuestro derecho un carácter predominantemente objetivo, en contraposición al sistema concebido desde un punto de vista profesional, es decir, preferentemente subjetivo (Curso..vol. I, p. 8. n° 6.)

Romero opina que nuestro sistema, al ser de marcada inspiración francesa, resulta "netamente objetivo" y señala que el acto de comercio es el eje central de la materia: (Curso, t. I, p. 142).

Guyénot describe lo que él denomina "ruptura con el concepto subjetivo del antiguo derecho francés". Y agrega: "El derecho comercial francés está basado, racionalmente, en un concepto subjetivo lleno de buen sentido; es el derecho de los comerciantes únicamente, es decir, de quienes hacen profesión habitual de comprar para revender. A cada uno su oficio y el que ejerce la profesión de mercader está sometido a las obligaciones que le asigna la ordenanza; a la inversa, se beneficia con un privilegio de derecho y de jurisdicción, muy útil para la realización de su tarea". A renglón seguido, expone que las dificultades surgirán a partir de que el derecho francés pierda su carácter originario y deje de ser el derecho de los comerciantes para convertirse en un derecho de carácter real, el de los actos de comercio (Guyénot, *Curso*, vol. I, p. 83, n° 18.)

En nuestra opinión,- expresa Etcheverry -, el Derecho Comercial siempre fue la regulación de sujetos y actos, en tanto que todo ordenamiento jurídico está destinado a reglar conductas, intereses de individuos respecto de otros, en forma inmediata o mediata (v.gr., referencia a los bienes).

En una primera etapa, aparece como un derecho no escrito, carácter que conservará el sistema anglosajón. Más adelante, se regularán simultáneamente deberes y atribuciones para ciertas personas, que realizan una actividad diferenciada.

Téngase en cuenta que para establecer deberes y derechos a los comerciantes, habrá que indagar quiénes son estos y esta investigación llevará directamente a los actos, a la actividad.

Por esta razón creemos que el Derecho Comercial posee una esencial unidad histórica, y si bien existen variantes legislativas (el sistema alemán, los actos objetivos de comercio, la regulación del empresario por el derecho italiano), siempre se estará en presencia de un orden legal que apunta a parámetros específicos: el desarrollo y ejercicio de la industria, el comercio y ciertos servicios, para un mercado, y además, reglas, principios, obligaciones y atribuciones que se refieren a los sujetos que realizan tal actividad.

El grupo de los llamados "actos de comercio", introducidos con un fin procesal en el *Code* francés, no constituyó nunca una categoría jurídica, por lo cual no es exacto hablar de un "derecho objetivo", cuando el ordenamiento demuestra, en todos los países, una realidad distinta.

La codificación, que solo fue un paso más amplio que el dado cuando se sancionan estatutos y ordenanzas, recoge todas las instituciones de nuestra disciplina en una sola ley, sistema que en la actualidad ha desaparecido prácticamente frente a la obsolescencia de los institutos no reformados y a la aparición de completas leyes reguladoras de sistemas como el societario o cambiario. (Etcheverry, Raúl Aníbal. *Derecho Comercial y Económico. Parte General*, pp. 29-31.)

El concepto de empresa, a que alude el Art. 632 del Código francés, no se desprende de los *actos, de comercio*, pues por empresa se entendía la repetición de *esos actos* en cadena, expresa Rubens Requiáo (Curso de Direito Comercial. Ed. Saraiva. Pp. 5/11).

Ese concepto estrecho de empresa tenía que evolucionar, ante la gran organización capitalista del comercio de los tiempos modernos. Por empresa comercial se pasó a comprender no la cadena de actos de comercio solo, sino la organización de los factores de la producción, para la creación de oferta de bienes o de servicios en masa.

Los autores modernos acogen el nuevo concepto del Derecho Comercial. Así Ferrer Correa dice: "Orientación preferible -el Derecho Comercial como ordenamiento destinado a establecer la disciplina jurídico – privada de las empresas". Garriegues: "Limitar el Derecho Comercial al derecho propio de las empresas significa tornarlo unitario y armónico".

7. Tendencias actuales. El Derecho y el proceso de cambio

El mundo del derecho no es ajeno —en absoluto— al nuevo ritmo de obsolescencia, puesto que el derecho positivo es un desarrollo cultural del hombre, destinado —por ende— a servir el interés general de la sociedad.

Según destaca Etcheverry, el derecho no es ajeno a lo historia de la humanidad; aparece vinculado con ella en diversas etapas y a través de las distintas épocas. (Etcheverry, Raúl A.:

Necesidad de ordenamiento y actualización de la legislación mercantil sobre la base del moderno Derecho Comercial. Revista del Derecho Comercial y de las Obligaciones. Desalma Bs. As. 1976 p. 329).

Ya en 1978, el distinguido jurista mencionado, al abordar el tema de la obsolescencia del derecho, efectuó una serie de precisiones sumamente valiosas, no solo por la adecuada descripción de la realidad que conllevan, sino también en cuanto revelan una profunda comprensión de la dirección del proceso de cambio en marcha en ese momento, de tal modo que dichos conceptos —a pesar del tiempo transcurrido— no han perdido vigencia alguna y resultan aplicables a la situación actual.

Dice Etcheverry" (*Necesidad de una Actualización Legislativa Permanente.* La Ley, Tomo 1978-D-1106 y ss.): "Estoy convencido que todos los argentinos debemos aportar el máximo de nuestros esfuerzos en procura de resultados concretos frente a falencias más o menos crónicas; también, creo que es el momento de acometer contra estructuras o sistemas que ya no sirven, bien que con toda la prudencia que el caso requiere.

El Código de Comercio ofrece una clara imagen de lo que resultó la coexistencia de normas que tienen 100 años y reglas actuales, acordes con la evolución jurídica moderna, vigente en los países más adelantados: los traperos y los arrieros poco tienen que ver con el contrato de transporte, cuya regulación incorpora al ferrocarril como novedad técnica, cuando en el mundo actual nos comunicamos vía satélite o construimos generaciones de computadoras con la mayor sofisticación técnica"

Tras señalar que "el tiempo en el mundo jurídico es vital", subraya que si bien es verdad que "parte de la ley se hace recogiendo lo que Ascarelli llamaba 'reconstrucción tipológica de la realidad', muchos normas también deben indicar caminos nuevos, dentro de la realidad futura que los juristas de mente sensible intuyan".

Hacia el final del trabajo citado, explica Etcheverry: "Lo cierto es que la realidad cambiante que se origina en la aceleración de la historia, necesita una continua renovación de las estructuras. No es posible, ni parece conveniente, que vivamos siguiendo paso a paso el cambio social, mas es necesario evitar también la cristalización de estructuras jurídicas, es decir, que esa adecuación tipológica de la realidad se haga mal o tarde".

La actividad económica no se desarrolla en un vacío legal. Aun en regímenes liberales es preciso que el orden jurídico sienta las bases del derecho de propiedad y de la validez jurídica de los contratos, entre otros elementos requeridos para el efectivo funcionamiento de tales regímenes" (Cfr. Mestmacker, E.: citado por Cabanellas de las Cuevas, Guillermo en *Introducción al Derecho Societario.* Derecho Societario. Parte General. Heliasta S.R.L. 1993. p.46).

7.1. El mundo como un solo mercado

La empresa transnacional toma el conjunto del mundo desarrollado como un solo mercado ya sea con el fin de producir, como asimismo para la venta de bienes y servicios.

La política económica no es, de modo creciente, ni "libre comercio" ni "proteccionismo" sino "reciprocidad" entre regiones.

Sobre el tema, el mencionado autor destaca: "En la economía del saber ni el proteccionismo tradicional ni el comercio libre tradicional pueden funcionar por sí mismos; lo que se necesita es una unidad económica que sea lo bastante grande como para establecer un libre comercio y una fuerte competencia interior significativos. Esta unidad tiene que ser lo bastante grande como para que las

nuevas industrias de alta tecnología se desarrollen gozando de un alto grado de protección. La razón para esto reside en la naturaleza de la alta tecnología, esto es, de la industria del saber.

Esta industria no sigue las ecuaciones de oferta y demanda de la economía clásica, neoclásica y keynesiana. En ellas los costes de producción suben de forma proporcional al volumen de producción; en las industrias de alta tecnología los costes de producción *bajan* y muy rápido, -según sube el volumen-de producción; es lo que ahora se llama la 'curva de aprendizaje'" (Drucker. *La Sociedad Postcapitalista*. Sudamericana. Buenos Aires. 1993. p.129).

8. Introducción y desarrollo histórico.

Con la Historia de la Civilización nace la Historia del Comercio. Los investigadores encuentran normas de esa naturaleza en el Código de Manu, en la India; las pesquisas arqueológicas que revelaron a Babilonia a nuestros ojos, acrecentaron el Museo del Louvre la piedra en que fue esculpido hace más de cuatro mil años el Código del Rey Hammurabi, tenido como la primera codificación de leyes comerciales.

Los autores se empeñan en encontrar rastros del Derecho Comercial en antiguos ordenamientos jurídicos. Algunos los hallan en el antiguo Código *de Ur-Namú*, que se remonta a 2050 años antes de

Cristo y es unos 300 años anterior al de *Hammurabi*; este regula formas precarias de sociedad, transporte (en especial marítimo), préstamo, depósito, compra-venta y comisión (Anaya, Jaime L. – Podetti, Humberto. Código de Comercio y leyes complementarias. Comentados y concordados, t. I, p. 18).

Compara Anaya el aislamiento del derecho de Egipto con el universalismo de la Mesopotamia: en esta, "poblada por un mosaico de pueblos en constante movilidad", se entrecruzan las rutas de los comerciantes y de los invasores.

Países de Oriente como China e India contaron con antiguas disposiciones mercantiles; en China se conoció la contabilidad antes que en Occidente.

En Grecia y Roma se desarrolla el comercio, pero desenvolviéndose por dos carriles diversos: el pequeño comerciante, que no es ciudadano y es mal mirado por quienes lo son; y el comercio extrazona, manejado desde los niveles gubernamentales.

Por su ubicación sobre el mar Mediterráneo y en atención al medio de transporte de mercaderías generalmente empleado, se desarrolla el tráfico marítimo y con él, importantes reglas mercantiles.

De los griegos recibimos el *nautium foenus*, la *echazón* (que vendría a su vez de los fenicios), la *Lex Rhodia de iactu* y la *comenda*, como pacto de una sociedad embrionaria.

Recuerda Anaya la influencia que tuvo la banca en Grecia tanto la privada ls como estatal, que realizaba operaciones de cambio, depósito y préstamo; también allí se conocieron la carta de crédito y la transferencia.

Aunque no se ha llegado a comprobar la existencia de la letra de cambio, Cámara reconoce que está históricamente probado que los griegos conocieron el contrato de cambio (Cámara, Héctor. *Letra de cambio y vale o pagaré*. vol. I, pp. 11-12).

En el derecho griego, el Derecho Mercantil gozó de cierta autonomía, aunque no se crean instituciones con sólido apoyo doctrinario.

El derecho marítimo, diversas figuras negociales, la utilización de principios consuetudinarios bien arraigados y un especial procedimiento para resolver los litigios referentes al comercio, son pruebas fehacientes de la existencia de un Derecho Mercantil diferenciado.

Halperin (Curso, vol. I. p. 4) sostiene que no hubo en Roma un Derecho Comercial, tal como se lo concibe actualmente, pese a la intensidad de la vida mercantil y la existencia de instituciones comerciales; ellas estaban contenidas en el derecho común.

Romero (Curso, t. I. pp. 23-24) afirma que hasta la caída del Imperio Romano de Occidente en el año 476, la humanidad no había estructurado un sistema orgánico de normas ni de principios de Derecho Comercial.

En general, los comercialistas reconocen la existencia de instituciones propias de nuestra materia en el extenso período de tiempo en que subsistió la civilización romana.

Probablemente se preste a confusión la terminante afirmación de algunos doctrinarios americanos y europeos de que en Roma no existió el Derecho Comercial. La realidad fue otra: no fue una disciplina separada con rigor jurídico; no le atribuyeron los juristas del Imperio una característica particular aparte de la del derecho material y procesal general.

El tráfico jurídico regulado por el Derecho Civil Romano comprendía en su unidad al mercantil, tanto en derecho material como en derecho procesal; esto era natural en aquel tiempo y para aquel pueblo.

Dentro del sistema romano es el pretor el que vitaliza y flexibiliza el Derecho Civil, aplicando además reglas adecuadas al caso, la buena fe, el reconocimiento de las costumbres. Primero el pretor peregrino, después el urbano; al principio, en casos de excepción, después en forma más general, la aplicación del derecho existente y la creación constante de un derecho nuevo muestran una vez más el genio de los romanos.

Las reglas mercantiles directas o indirectas fueron, en Roma, numerosas; algunas tomadas de Grecia o de pueblos conquistados, otras de propia creación,

Solo en el Digesto pueden advertirse: *De lege Rhodia de iactu; De náutico foenore; Nautae, caupones, stabularii ut recepta restituant; Furti adversus nautas...*; *De exercitoria actione; Locati conducti, De lege Julia annonae; De nundinis; De incendio ruina naufragio*. También se citan el Código Teodosiano, la Ley 16 del senado consulto Macedoniense y las actividades de los *argentari*.

Se refiere también Halperin en su obra ya citada, al desarrollo del concepto del *receptum*, reglas del derecho marítimo y del cambio a distancia, así como a la preposición institoria y a las *actiones y exceptiones*, aplicables con provecho y flexibilidad a los asuntos mercantiles.

En Roma se conocieron estructuras asociativas, como la *sodalitas*, el *collegium*, la *universitas* y el *Corpus*; en ellas aparece una noción aproximada de personalidad.

Había también dos figuras de sociedad (Di Pietro, Alfredo y Lapieza Elli, *Manual de Derecho Romano*, p. 299): la *societas bonorum*, en la cual los socios aportaban la totalidad de sus patrimonios (bienes presentes y futuros) y la *societas alicuius negotii*, en la cual los aportes se realizaban para una sola operación o una serie determinada de negocios.

Dicen Di Pietro y Lapieza Elli que la primera respondía a la idea de una comunidad hereditaria y la segunda aparece más adelante por necesidades mercantiles. También evolucionan las clases de aportes, admitiéndose primero el de capitales y después también el de trabajo. Este último queda fuera de toda duda ante el dictado de una constitución por Diocleciano (ob. cit., p. 299).

Puede considerarse probado que también en el mundo romano existieron las corporaciones y asociaciones de mercaderes y navieros, esencialmente privadas, pero protegidas por el Estado, aunque, como es sabido, la civilización romana, formada por propietarios, agricultores, artistas y políticos, consideraba el comercio como algo subalterno.

En síntesis, afirma Etcheverry, no se descarta que los romanos no distinguieron el Derecho Comercial como un sistema separado, a pesar de poseer otras clasificaciones jurídicas de alto nivel científico. Pero es imposible ignorar la riqueza del *ius mercatorium* romano, que además se integraba con numerosas disposiciones propias del derecho público. (Etcheverry, Raul Aníbal. *Derecho Comercial y Económico. Parte General*. 3ª reimpresión. Astrea. pp. 10-14).

Se produjo una lenta reducción del comercio a consecuencia de la desintegración del imperio Romano, cayendo en el siglo V a su más baja expresión, e introduciendo el anacronismo económico del extremo localismo, que caracterizó a la sociedad feudal. Es que el naciente capitalismo mercantil de Roma, todavía sufre serio colapso, en su desarrollo, con la invasión de los bárbaros y el fraccionamiento del territorio imperial, iniciándose la fase feudal.

8.1. Retroceso de la civilización con la invasión de los bárbaros y en la primera época de la Edad Media

Como es sabido, a consecuencia de la invasión de las tribus bárbaras a la muerte de Teodosio (año 395) el mundo romano se dividió en dos partes: El hemisferio occidental, con Roma como capital, y el hemisferio oriental, con Constantinopla como centro. En el Imperio occidental, invadido por los bárbaros, se produce el choque entre los pueblos de tradición germana, por una parte, y los de tradición romana, por la otra. La caída del Imperio romano, la invasión de los bárbaros y el desmenuzamiento del mundo romano, fueron en su conjunto la señal de un sensible retroceso en la civilización y una universal disgregación social y política, debido a la disolución del Estado y la primera parte de la Edad Media, la era franca y feudal, fue también un retroceso y un largo embotamiento de la civilización. (J. A. Silva Herzog, *Historia y antología del pensamiento económico: antigüedad y Edad Media*. Madrid, 1945, pág. 185.; P. REHME, *Historia universal del Derecho Mercantil*, Madrid. 1941, p. 60.; LEÓN HOMO. *Nueva historia de Roma*, Barcelona, 1955, pp. 103 y ss. y 411 y ss.),

El período que se extiende del siglo V al IX es, sin duda, el más oscuro y peor conocido de nuestra historia. Ninguna época ha atravesado por tan trágicos acontecimientos. El naufragio de la civilización romana arrastrada por la ola enfurecida de las invasiones bárbaras, las guerras incesantes de los tiempos merovingios; más adelante, después de un intervalo demasiado corto de paz próspera y gloriosa que trajo a Francia el reinado de Carlomagno, nuevos flagelos desencadenaron las guerras privadas que se encendieron en todas partes: la autoridad real impotente y desafiada, el desorden y la anarquía convertidos en única ley; tales son las imágenes que durante seis siglos se presentan a la mirada del historiador (.F. Martín Saint León. “Historia de las corporaciones de oficio. Buenos Aires, 1947, p. 68).

Los árabes invaden España y de allí intentan el avance hacia el Este, con su “estrategia de la media luna”. Los pueblos invasores traen sus leyes y costumbres jurídicas, las que se enfrentan con el rigorismo formal romano. El derecho de los invasores es fundamentalmente consuetudinario, fuente de gran importancia para el derecho comercial.

Surge el feudalismo, cuyo fundamento económico es la organización agrícola-pastoril. Se edifican castillos y los señores dueños de la tierra someten a sus vasallos.

8.2. El Régimen Corporativo Medieval

El renacimiento de las ciudades, que se inicia en el siglo XI, es un fenómeno íntimamente vinculado con el renacimiento del comercio, explica Satanowsky, Marcos. (Tratado de Derecho Comercial. T. I. Buenos Aires. 1957. pp.270/1). Las ciudades realmente activas no eran las episcopales, militares o administrativas, sino las fundadas por la nueva clase de comerciantes profesionales, que provocaron el resurgimiento del comercio. Esos comerciantes, que en el mundo convulsionado de la sociedad feudal no podían vivir aislados; por razones de seguridad, se vieron obligados a asociarse en gildas y hansas, las que en numerosos casos dieron origen a las libertades humanas, en las comunas que vieron florecer desde el siglo XI. Ese movimiento comercial fue intenso, especialmente en Italia, Flandes y Norte de Francia, sobre las rutas del gran comercio. Lo mismo ocurrió en Alemania aunque en grado menor.

Es sobre todo en los países mediterráneos —como consecuencia de las Cruzadas— y especialmente en las ciudades italianas, donde aparece el primer refloreamiento del comercio, en forma periódica en mercados y ferias, para asentarse luego, en forma permanente, en las ciudades que atrajeron hacia sí la población rural, entre los años 1100 y 1300, donde el ejercicio libre de la industria garantizaba medios de vida y derechos ciudadanos, es decir, una posición social. El que lograba convertirse en burgués o ciudadano podía contar siempre con el apoyo de las autoridades de la ciudad frente a cualquier intento de opresión del señor.

Las corporaciones obtenían seguridades y se organizaban y adquirían un poder que frecuentemente les permitió comprometerse en luchas por la defensa de sus derechos. Las *gildas mercatorias*, es decir las hermandades o sociedades o corporaciones de comerciantes, gracias a la

fortuna de sus miembros, fueron las primeras en hacerse reconocer oficialmente en sus luchas por las franquicias comunales y en interés propio, al punto de que, vencedoras, la administración de la ciudad les pertenecía y la municipalidad se confundió con *la gilda* o *hansa* victoriosa.

En la formación del Derecho Comercial autónomo, en la época medieval, concurren varios factores, generalmente contemplados separadamente y que sin embargo deben ser vinculados, para una mejor comprensión de los antecedentes históricos que dieron lugar a ese fenómeno. Cuatro son en realidad esos factores, a saber, el mercado, las ferias, las corporaciones de comerciantes y de artesanos y las comunas.

De ellos, el mercado es el primero que surge para su estudio, aunque no separado de las ferias — pues estas no eran más que un gran mercado—, instituciones ambas existentes en la antigüedad. El derecho de crear ferias o mercados era considerado entre los derechos de regalía que concedía el señor feudal o el rey. Cuando más tarde surgieron las comunas libres y las corporaciones de mercaderes y de oficios, ese derecho desapareció como concesión de las autoridades públicas para estar comprendido en el derecho de las ciudades, estatuido expresa o implícitamente en las cartas municipales.

El mercado, al comienzo del período feudal, constituye el único asiento del comercio. Fue inicialmente un comercio periódico, para convertirse luego en permanente, y esa estabilidad dio lugar a la formación de las corporaciones y de las ciudades, y establecidas estas últimas, obtenían la franquicia de ciudad libre gobernada por los comerciantes.

8.3. Las ferias fomentaron la unificación de las normas mercantiles

Como hemos visto, la ciudad libre absorbió el mercado que le sirvió de origen, de desarrollo y de prosperidad. El mercado, germen de la ciudad, ha sido modificado por el nacimiento del comercio permanente, donde los habitantes de la ciudad y del territorio circundante podían procurarse en los negocios abiertos todos los días lo que necesitaban. Desde entonces, los mercados urbanos resultaron útiles para los extranjeros y para la gente de la campaña, más que para los burgueses. El mercado dejó de ser un organismo autónomo para convertirse en un engranaje de un organismo mayor, que era la ciudad, de la que dependía.

No ocurría lo mismo con las ferias, las que siguieron conservando su razón de ser, pues su influencia se ejercía sobre una gran extensión territorial. Ciertas ferias tuvieron hasta una importancia universal. La de Champagne, por ejemplo, resultó ser el eje de todo el comercio de la Europa occidental.

A las ferias se debe el acercamiento de los mundos romano y germánico y la unificación de las normas y costumbres comerciales; en ellas, por primera vez, los intereses de todo el comercio europeo se agruparon bajo la protección del mismo derecho estricto y de la misma jurisdicción mercantil. En las ferias como las de Champagne, Lyon, Flandes e Italia —en este último país el comercio adquirió preponderancia sobre toda Europa— existió una autoridad central a la cual los comerciantes de todas las naciones podían reclamar y con éxito una protección jurídica.

8.4. El Derecho Estatuario: Su fundamento racional. La Justicia Consular

Surge de lo expuesto que en la constitución de la ciudad contribuyeron, como elemento esencial, las corporaciones de comercio y de artesanos, las que gozaban de autonomía y de jurisdicción propia, con intervención de las autoridades de la ciudad. La corporación estaba íntimamente ligada a las libertades municipales, de las cuales es a la vez emanación y reflejo. El despertar de las ideas corporativas, en el siglo XI, fue una consecuencia de la emancipación de las ciudades.

El estatuto o constitución de las corporaciones fue, a su vez, el reflejo de la formación de las ciudades. Una vez en el poder las corporaciones, además de la policía interior de la ciudad, se

preocuparon en activar el movimiento de sus negocios y a ello respondió la redacción de los estatutos. "Era preciso no solamente coordinar, por una fuerte disciplina y por el espíritu de ayuda... a los miembros de la misma profesión, sino también y sobre todo fijar las reglas consuetudinarias del derecho del negocio y constituir una jurisdicción arbitral ante la cual fueran sometidos los juicios comerciales. El jurisconsulto BALDO (L. 7, DIG. DE INST. ET JURE) entre los siglos XIV y XV, nos facilita el fundamento racional de la legislación estatutaria. Era ley de excepción si en el lugar en que se hallaba en vigor se observaba, no obstante, el derecho común, y ley general, si no se admitía el derecho común.

"Desde el siglo XII, se hace mención de estatutos corporativos. Compilaciones generales, referentes en especial a los colegios de mercaderes no aparecen, sin embargo, hasta fines del siglo XIII y comienzos del XIV. A partir del siglo XV, van pareciéndose cada vez más a sus verdaderas codificaciones", y en esa época concluye su elaboración, debido a la declinación de la autonomía municipal.

El derecho escrito, el estatutario, el *ius mercatorum o mercatorium* —que inicialmente no resulta ser, en sentido técnico, un verdadero Derecho Comercial—, se aplicó y se extendió, por traslación, a la población no mercantil. Esa expansión del derecho de los mercaderes, entre las ciudades, principalmente en los países del Mediterráneo —estimulado por las ferias— es la que origina un derecho común a todas esas ciudades y permite considerarlo como derecho comercial autónomo de aquella época, aplicado por la jurisdicción consular. Derecho compuesto de privilegios, sentencias legales y estatutos, se remonta a principios del siglo XII. El derecho estatutario más antiguo que nos ha llegado de los genoveses es el del establecimiento de Pera y sus primeros capítulos se remontan a 1143. Paulatinamente, la forma objetiva de las normas ha ido predominando sobre la forma subjetiva de los primitivos estatutos de las corporaciones. El número de normas del derecho privado, especialmente en los estatutos comerciales, revisados y ampliados periódicamente, va en aumento, en forma tal que en los siglos XV y XVI constituyen la codificación del derecho privado en materia de industria y comercio.

Ese derecho privado en materia de industria y comercio tuvo su origen en las costumbres comerciales elaboradas dentro de los gremios de los comerciantes y en la jurisdicción consular, donde la justicia se administraba sin formalidad alguna (*sine strepitu et figura iuridicii*) y de acuerdo a la equidad (*ex bono et aequo*), por cónsules que eran a la vez jefes de las corporaciones. Sus decisiones daban forma concreta y certera a las costumbres, cuya interpretación contribuyó a la formación y evolución de las instituciones jurídico mercantiles. (A. Rocco, *op. cit.*, p. 12)

"Con la guía de estos estatutos y de los usos, la justicia fue administrada en primera instancia por los cónsules, en la casa de la mercancía, por lo común con la intervención de un jurisconsulto y de dos comerciantes. Se procedía allí sumariamente (*sine strepitu et figura iudicii*), con plazos brevísimos de dos o tres días, conforme a equidad (*ex bono et aequo, sola veritate rei inspecta*); los litigantes debían comparecer personalmente, puesto que estaba prohibida la intervención de abogados y procuradores; cuando el tribunal estimaba la causa suficientemente instruida, juzgaba, cortando toda discusión.

En toda la Edad Media, la organización política se hallaba estructurada en cinco niveles: la villa, el distrito o baronato, la provincia o ducado, el reino y el imperio. Estas correspondían, en parte a las divisiones eclesiásticas, o sea, capilla, parroquia, obispado, arquidiócesis y jurisdicción imperial o mundial del papado. (Deutsch, Kari Wolfgang, *Análises das relações internacionais*, Brasilia, UnB, 1982, pp. 99 y ss.). Tal

organización presentaba características fuertemente proteccionistas, ya que cada una de ellas cobraba impuestos, impedía el tránsito de mercaderías por sus tierras. A medida que las Villas se fortalecían, se transformaron en ciudades – estado , que a su vez, pasaron a tener *corporaciones* cerradas de mercaderes y artesanos, que instituían monopolios de comercio y fabricación regulando precios y medidas, guardando la exclusividad del conocimiento, de descubrimientos geográficos y de progreso en el arte de la navegación. Se citan como ejemplos los poderosos centros comerciales de las ciudades italianas de Venecia, Florencia, Genova, Amalfi y otras.

Nace entonces la Liga Hanseática constituida por las ciudades unidas por intereses mercantiles, y cuya finalidad era la protección de sus comunes ventajas obtenidas en el comercio externo, así como el mantenimiento de su independencia y prestigio políticos. Esta liga de ciudades comerciales alemanas, lideradas por Hamburgo y Lübeck, llegó a su apogeo en el siglo XIV, cuando congregaba cerca de ochenta ciudades mercantiles, desde Bergen hasta los Países Bajos, habiendo monopolizado totalmente el comercio exterior de Inglaterra por cerca de tres siglos.

En este período que surgirán repositorios de decisiones y de costumbres, tales como las prácticas mercantiles medievales que fueron sistematizadas como *Consuetudines*, de Génova (1055), *Capitulare Nauticum*, de Venecia, *Constitutum Usus*, de Pisa (1161) *Liber Consuetudinum* de Milán (1216), y las recopilaciones marítimas de arbitraje, entre ellas, el *Jugements de Oléron* (Oléron), en el siglo XII, o *Capitulare Nauticum* (Venecia) y la *Tabla Amalfitana* (Amalfi), ambas del siglo XIII, las *Leyes de Wisby* o *Libro del Consolat del Mare*, de Barcelona, o *Guidon de la Mer* (Ruán) y las *Decisiones Rotae Mercaturas* (Génova), todos en el siglo XIV.

Tal fue el suceso de los jueces consulares que juzgaban por los usos y costumbres solo con la inspiración de equidad y el poder político y social de las corporaciones de mercaderes, que de tribunales "cerrados" clasistas, con competencia exclusiva para juzgar las disputas entre comerciantes, fueron atrayendo para su ámbito las demandas existentes, muy reales, de comerciantes para no – comerciantes.

Tenemos, en esa fase, el período estrictamente *subjetivista* del Derecho Comercial al servicio del comerciante; esto es, un derecho corporativo , *profesional, especial, autónomo*, en relación al derecho territorial y civil, *consuetudinario*. Como el comercio no tiene fronteras y las operaciones mercantiles se repiten en masa, surge nítido su sentido *cosmopolita*. Así, Alfredo Rocco escribe sobre ese período: “Las costumbres formadas y difundidas por los mercaderes, solo estaban vinculados; los estatutos de las corporaciones extendían su autoridad hasta donde llegaba la autoridad de los magistrados de las corporaciones, esto es, a los inscriptos en la matrícula; e igualmente la jurisdicción consular estaba sujeta, solamente a los miembros de la corporación”.

Pero, como observa un comercialista, la determinación de la competencia judicial de los cónsules, por el ejercicio de la profesión comercial, no será suficiente, pues en toda la vida la actividad del comerciante era absorbida por su propia profesión, imponiéndose la necesidad de delimitar el concepto de *materia de comercio*. Y era considerada materia de comercio la compra y venta de mercadería para reventa; los negocios de moneda a través de los bancos; y las letras de cambio, por su conexión con los negocios comerciales propiamente dichos.

Comenzó entonces a delinearse, a expandirse el *concepto objetivista* basado sobre *actos de comercio*.

Se pasó así del sistema subjetivo puro al sistema ecléctico, con acentuada intransigencia para el objetivismo. Vivante retrata esa mutación: "Se pasó del sistema subjetivo al objetivo, valiéndose de la ficción según la cual debe reputarse comerciante a cualquier persona que actúe en juicio por motivo comercial. Esa ficción favoreció la extensión del derecho especial de los comerciantes a todos los actos de comercio, fuese quien fuese su autor, del mismo modo que hoy la ficción que atribuye, por orden del legislador, el carácter de acto de comercio a aquel que verdaderamente no lo tiene, sirve para extender los beneficios de la ley mercantil a los institutos que no pertenecen al

comercio" (Trattato di Diritto Commerciale. 4ª edición. Casa Editrice Dott. Francesco Vallardi. Milano, 1912).

8.5. Época Moderna y Contemporánea

El Código de Savary, ordenanza de Colbert, que data de 1673, tenido como el primer Código Comercial *de* los tiempos modernos, pertenece a esa fase, pues fija la figura del comerciante como apoyo, sostén, no puede prescindir, en menor dosis, del objetivismo. En 1681, el mismo Luis XIV promulga las ordenanzas marítimas, antecedentes importantes del Código posterior de 1807. La primera fue preparada por una comisión de magistrados y comerciantes, en la cual tuvo influencia preponderante Savary.

En España, en 1737 se promulgaron las Ordenanzas de Bilbao, cuya aplicación se extendió a Buenos Aires, con la creación de la cédula de creación del Consulado de Buenos Aires en 1789 (que se estableció en 1794), y donde estaba representada la Provincia del Paraguay, por intermedio de Diputados de Comercio hasta la Revolución de Mayo de 1811.

El comercio se caracteriza, a partir del siglo XVI, por los descubrimientos geográficos, la doctrina del Estado fuerte, la teoría de la balanza de comercio a través del Mercantilismo y sobre todo el surgimiento del Liberalismo, con una nueva clase capitalista y la declinación del control estatal. Adam Smith postula el libre comercio porque favorece el bienestar.

Un fenómeno social y político todavía propio de la época de Bonaparte, provocó nueva orientación arraigadamente *objetivista*. El Código Napoleón de 1807 adoptó declaradamente el concepto *objetivo*, estructurándolo sobre la teoría de los actos de comercio. Los legisladores del Imperio se ponían al servicio de las ideas de la Revolución Francesa.

8.6. El Código de Comercio Francés.

En febrero de 1776, un Edicto auspiciado por Turgot, suprimió en Francia las Corporaciones, aunque fue revocado *seis* meses después; correspondió al gobierno de la Revolución, en 1791, establecer la libertad al autorizar a cualquier persona a ejercer el comercio contra el pago del impuesto correspondiente, y en 1793 por la prohibición de las asociaciones profesionales.

En 1801 el gobierno francés designó una comisión redactora de un Código de Comercio, que fue puesto a la observación de los tribunales y cámaras de comercio, con cuya consideración se redactó el proyecto definitivo, que se discutió y sancionó en 1807, para entrar en vigencia el 1 de enero de 1808. Se utilizó la forma del Código Civil: 648 artículos divididos en libros y títulos.

Ha sido un código juzgado como mediocre; opinan Halperin y Butty (Curso de Derecho Comercial. Parte general. 4ª edición. Depalma. pp. 8-9); no obstante, ejerció gran influencia en la Europa continental, porque sirvió de modelo a los diversos códigos que se dictaron después, e influyó en el nuestro directamente o a través de los códigos holandeses, portugueses y brasileño.

La sanción de ese código tiene una importancia trascendental en la evolución del derecho comercial, porque es sobre la base *de sus* disposiciones en materia de competencia cómo la doctrina francesa construyó la teoría de los actos de comercio, dándole así a este derecho un contenido predominantemente objetivo, en contraposición al Derecho Comercial concebido hasta entonces como de contenido predominantemente profesional; esto es, *subjetivo*, regulador del estatuto personal del comerciante y de su actividad como tal.

Esta concepción fundada en el acto de comercio fue bien recibida por el derecho continental (con excepción de los Estados alemanes, que la acogieron con el Código de Comercio de 1861, por corto plazo, porque fue abandonada con el Código de 1897).

8.7. El Código de Comercio Alemán

El 10 de mayo de 1897, se reemplaza el Código de Comercio anterior por otro nuevo, que entra en vigor el 1 de enero de 1900 y rige hasta nuestros días, naturalmente con varias enmiendas y dividido en cuatro libros: 1) comerciantes; 2) sociedades; 3) actos de comercio; y 4) navegación.

A este Código se le ha atribuido reiteradamente naturaleza subjetiva.

8.8. El Código de Comercio de Chile

Para Sola Cañizares, el Código de Comercio de Chile de 1867, redactado por José Gabriel Ocampo, fue el mejor de todos los del siglo XIX (Tratado de Derecho Comercial Comparado, T.I. p. 41).

Este Código, vigente aún, pero con reformas, comprendería un título preliminar y cuatro títulos, que trataban de los comerciantes y de los agentes de comercio, de los contratos y obligaciones mercantiles, del comercio marítimo y de las quiebras.

Se inspiraron sus normas en los Códigos vigentes en la época, incluyendo el argentino.

8.9. El Código de Comercio de Italia

El Código de Comercio del reino de Cerdeña, del año 1842, llamado por algunos Código Albertino, después de la unidad italiana conseguida a iniciativa del Piamonte, se convierte en el Código de Comercio de Italia.

En 1865 se lo sustituye por otro, que también sigue, como el anterior, el modelo francés. Son obras que se adecuan a la época, pero que al poco tiempo evidencian su desactualización respecto de los temas que va suscitando el pujante derecho mercantil.

Un nuevo Código se promulga en el año 1882 y rige a partir del siguiente, con influencia alemana respecto del derecho cambiario y belga con relación a las sociedades.

Consagra la autonomía y libertad de las partes contratantes y la tutela del crédito. Los autores en general lo dan como muy objetivo, porque perfecciona la doctrina del acto de comercio.

A partir del dictado de este Código, florece una importantísima doctrina italiana, que mantendrá su vigencia y calidad por muchos años.

En el año 1942 se promulga el *Códice Civile*, que comprende unificadamente las materias de derecho civil, comercial, laboral y parte del derecho público. Aunque se lo sanciona durante un régimen político muy particular, es la norma que sigue rigiendo en Italia desde entonces. Sus reglas son ejemplo de muchas legislaciones del resto del mundo.

También ha sido completado por muchas leyes agregadas al texto original, que lo adecuan a la cambiante realidad mercantil.

La normativa primitiva fue aprobada por el Real Decreto del 16 de marzo de 1942, n° 262, por Vittorio Emanuele III, siendo un Código corporativista en su origen y vinculado a la Carta del Trabajo (esta abrogada en setiembre de 1944); conservó gran parte de su estructura merced a la excelencia de su contenido y al alto valor de la técnica jurídica adoptada.

Un rápido estudio de su índice nos dará la idea de este importante trabajo legislativo de derecho privado unificado.

El libro I se refiere a las personas y a la familia; el libro II a las sucesiones, y el libro III a la propiedad; el libro IV establece las obligaciones, los contratos en general y en particular; en el libro V se legisla sobre el trabajo, incluyéndose allí tanto disposiciones referidas al trabajo individual y colectivo (nuestro derecho del trabajo), como al trabajo en la empresa, que comprende todas las posibilidades asociativas civiles y comerciales, incluyéndose disposiciones penales en materia de sociedades y de consorcios.

El libro VI se refiere a la tutela de los derechos, incluyéndose la registración de actos, pruebas de los actos y negocios jurídicos, y otras figuras jurídicas.

8.10. El Código Suizo

La unidad del núcleo central del Derecho Privado fue lograda en el Código Suizo, al regular en un Código único, las obligaciones civiles y comerciales. El derecho de las obligaciones y contratos es aplicable por igual a los comerciantes y civiles, a los actos no solo comerciales sino civiles.

Contrariamente a las legislaciones de todo el mundo que tienen su Código de Comercio, en el Suizo están regladas en el Código Único de las Obligaciones.

8.11. Países del Common Law

Sin llegar a exponer las divisiones del mundo por sus sistemas jurídicos, nos parece importante referirnos a dos de ellos, completamente diferentes de esta serie que hemos denominado de derecho codificado o "continental".

Brevemente delinearemos las reglas jurídicas del mundo del *common law*.

Sin olvidar que otras regiones del planeta podrían exhibirse como modelos particulares y a veces únicos (v.gr, los sistemas de Israel o de Sudáfrica), una tarea comparativista de tal magnitud no puede ser realizada sin ser extensa.

Nos referiremos, pues, al sistema del *common law*

1) *COMMON LAW*. Así se llama el orden jurídico que se aplica en diversas regiones de la tierra, puro o con combinaciones. Fue creado pragmáticamente en Inglaterra, que lo difundió en sus colonias, después países libres.

Aún es utilizado en los países de la comunidad británica, Estados Unidos y naciones del medio y lejano Oriente y del África.

Hay pequeñas naciones de América que reciben su directa o indirecta influencia.

En el campo específico del Derecho Mercantil, se discute si el *common law* reconoce un especial derecho, separado del común.

Lo cierto es que no prosperó un intento de aproximación al sistema continental ocurrido en el siglo XVI,

En el siglo XVIII Lord Mansfield incorpora la *lex mercatoria* al *common law*, desapareciendo también los tribunales especiales que la aplicaban.

Por eso se discute doctrinariamente si existe o no Derecho Mercantil en el sistema anglo-norteamericano.

La solución es similar a la que se da cuando se pregunta sobre Roma: no hay un derecho comercial separado del civil; pero existe nuestra disciplina en cuanto regula personas, actos y contratos, irrelevantes desde el punto de vista civil.

De todos modos, son famosas las regulaciones inglesas sobre sociedades, así como el Código Uniforme en los Estados Unidos y muchas leyes especiales, material típicamente de Derecho Comercial, resolviéndose la mayoría de las demás cuestiones de esta disciplina sobre la base de precedentes jurisprudenciales.

9. La Legislación Mercantil en nuestro país

9.1. El Derecho Indiano: Caracteriza el Derecho que se estudia como el propio de las Indias, nombre con que en la Edad Moderna se designó a los territorios de América y Oceanía. El Derecho Indiano, de raigambre española, vigente en América, constituye un sistema único, aunque las normas aplicables procedan unas del Derecho de Castilla, otras del especial de Indias, y aunque unas sean de origen legal y otras consuetudinario, jurisprudencial, etc. Mucho más raro es que alguien se dedique seriamente a conocer el pasado jurídico; ser el estudioso del Derecho. Su preocupación se centra más en el carácter romanista del ordenamiento vigente o de algún viejo código para presentarlos como algo original. Y esto se debe a la falta de preparación para adentrarse en el mundo del pasado.

Justo es reconocer que hasta ahora han hecho más los historiadores que los juristas por la historia del Derecho indiano, y en consecuencia, que ellos han impuesto a nuestra ciencia su propio punto de vista (García Gallo, Alfonso. "Metodología de la historia del Derecho Indiano". Editorial Jurídica de Chile. Santiago de Chile, 1971, p. 21).

Descubierta América, los colonizadores implantaron sus propias leyes, en un primer momento las leyes de la metrópoli, que estaban en vigencia hasta 1492 y las dictadas posteriormente hasta la independencia.

Los textos que utilizaron los españoles en América fueron:

- El *Fuero Juzgo o Libro de los Jueces* (671), cuya vigencia en Indias no está comprobada. Se ocupa de la elección de los príncipes, sus derechos y obligaciones, y de 12 libros, divididos en 4 Títulos, con 559 Leyes sobre materias de orden civil, penal, procesal y religioso,

- El *Fuero Real* (1254). También uno de los códigos de Alfonso el Sabio. Y consta de cuatro libros: sobre Derecho público, procedimiento, matrimonio, Derecho sucesorio y contratos y el último sobre Derecho y procedimientos penales.

- De las *Siete Partidas de Alfonso X* (1226-1265), se utilizan en Indias hasta mediados del siglo XVI. Entró en vigencia muchos años después, en 1348. Una edición de Gregorio López (1555) fue la más difundida en América. En el Paraguay tuvo prelación sobre las Ordenanzas de Castilla y estuvo en vigencia, en materia civil hasta la adopción del código argentino en 1876 en que fue abrogado. Su contenido consta en la *primera Partida*, del Derecho natural. Derecho de gentes, ley, uso, costumbre y fuero o Derecho. La *segunda Partida* comprende el Derecho político de Castilla, la institución militar y la enseñanza. La *tercera Partida* se ocupa del procedimiento civil, desde la demanda hasta la ejecución de la sentencia. La Cuarta, a la familia. La Quinta Partida, a las obligaciones. La Sexta, al Derecho sucesorio. La séptima a la materia penal.

- El *Ordenamiento de Alcalá* (1348), dictado en Alcalá de Henares, tuvo una vigencia desde su publicación hasta principios del siglo XVI, ley fundamental del Estado castellano.

-Las *Ordenanzas Reales de Castilla* (1484). Los Reyes católicos depositaron su redacción en Alfonso Díaz de Montalvo este Ordenamiento, que también lleva el nombre del autor. Consta de 1.163 leyes, divididos en capítulos.

- Las *Leyes de Toro* (1505), que fue obra de varios jurisconsultos.

- Las *Leyes Recopiladas* (1567-1805). Fue Felipe II, quien inició la serie con la *Recopilación de Leyes en estos Reynos*, iniciada en 1567 y reeditada 10 veces hasta 1777, fecha de la última edición. La Novísima Recopilación promulgada por Carlos V en 1805, tuvo poca aplicación en el Río de la Plata. Consta de nueve libros.

- Las *Ordenanzas de Bilbao* (1737). Sus autores no fueron hombres de Derecho, sino comerciantes de la ciudad de Bilbao. Contiene 29 capítulos y 723 números.

Hasta aquí las leyes llamadas de la Metrópoli, pues la incorporación de las Indias a la Corona de Castilla y León creó la necesidad de una legislación especial. Así nació la *Recopilación de Leyes de Indias*.

Fue ingente la labor recopiladora del siglo XVII. Pero el "Fundador de la bibliografía americana", fue León Pinelo y autor del *Tratado de Confirmaciones Reales*

Antonio Rodríguez de León Pinelo, su nombre completo, se consagró al estudio del Derecho Indiano y es con Solórzano Pereira, la gran autoridad en la materia, a quien debemos ese monumento de la legislación española para América que es la *Recopilación de Leyes de los Reinos de Indias*, en que trabajó por espacio de 40 años.

El 12 de abril de 1680 el Real Supremo Consejo de Indias elevaba en consulta al monarca Carlos II nueve libros de la Nueva Recopilación de las leyes de Indias, sancionándolas el rey el 18 de mayo de 1680 (Malagón, Javier y Ots Capdequí, José M. "Solórzano y la Política Indiana". F.C.E. 1983,p.9).

.Se hicieron varias ediciones y ampliaciones de esta Recopilación hasta el año 1776. Su contenido comprende nueve libros, con 218 títulos y 6.377 leyes y contiene cédulas, provisiones, acuerdos y despachos emanados del rey. Por eso esta Recopilación debe ser completada con las decisiones políticas y judiciales de virreyes, gobernadores. Audiencias y Cabildos.

9.2. Fuentes iniciales del Derecho Indiano en el Paraguay

Debemos recordar entre las mismas por su contenido y trascendencia a las Capitulaciones y numerosas Cédulas Reales sobre la condición de los indios.

La Cédula Real de 1617, por la cual se crearon dos gobernaciones, con sede en Buenos Aires y Asunción,.

La creación del Virreinato del Río de la Plata en 1776 y la segunda creación de la Audiencia de Buenos Aires en 1783, en reemplazo de la de Charcas, fueron hechos gravitantes que marcaron el comienzo de un mayor dinamismo en las relaciones comerciales con el Río de la Plata,

La creación del régimen de las Intendencias en 1782 con ocho intendencias entre las cuales una era la del Paraguay con el territorio de su Obispado y la creación del Consulado de Buenos Aires en 1782, con representación del Paraguay en la misma, fueron otras reformas importantes.

Un hecho a tener en cuenta es que con estas reformas y sobre todo con la vigencia de la Recopilación de Indias de 1680, se estableció un orden de prelación de las leyes, donde la norma fundamental era ésta. Luego le seguían las cédulas, provisiones y ordenanzas emanadas del rey. Las leyes del reino de Castilla conforme a *las* fijadas en las leyes de Toro, confirmada por la Recopilación de Indias, y que comprendía: los ordenamientos y las pragmáticas reales, las leyes de los fueros, las Partidas, que suplía a los ordenamientos, pragmáticas y fueros en los pleitos y causas civiles y criminales.

En materia comercial, regía en el orden de prelación, la cédula del 30 de enero de 1794, donde primero comprendía la cédula de referencia y sus modificaciones, las Ordenanzas de Bilbao, la Recopilación de Indias y las Leyes de Castilla.

9.3. El Consulado de Comercio. Los Jueces y Diputados.

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, como se sabe, tenía poder equiparable al del virrey). Éste era el fuero ordinario.

El 30 de enero de 1794 se expidió la Real Cédula de creación del Consulado de Buenos Aires, tribunal que seguía históricamente la tendencia europea de separar la jurisdicción civil de la mercantil. Cuando se funda el Consulado, se legisla sobre bases similares a las disposiciones de 1784, cuando se creó el de Sevilla.

Este tribunal, independiente y autónomo, como todas las instituciones de Indias, subsistiría en el Paraguay hasta 1812.

El procedimiento ante los Jueces mercantiles era breve y sumario, no siendo obligatoria la intervención de letrados.

En la Provincia del Paraguay, hubieron varios Diputados que se encargaron de las cuestiones mercantiles, y de la obligatoriedad para las empresas de llevar los libros de contabilidad. Los mismos fueron nombrados para Asunción, y la Villa Real de la Concepción. ocupando sus puestos desde el año 1795 hasta 1810.(Rivarola Paoli, Juan B.- La Contabilidad Colonial y las Reales Cajas de Hacienda. Asunción, 2008, pp.304 y 310 y ss.)

9.4. El Derecho Patrio o Nacional

Surgió el Derecho patrio, después de 1811, como una prolongación inicial del Derecho colonia! paraguayo, inmerso en el Derecho Indiano

El primer logro fue la de la Junta Superior Gubernativa en 1812, solicitando la devolución de los autos remitidos desde el Paraguay en apelación o consulta a la Audiencia y al decretar que en lo sucesivo ,se ventilarán tales recursos ante la propia Junta,

9.5. Vigencia del Código de Comercio Español de 1829

En 1846, se puso en vigencia el Código de Comercio promulgado en España el 29 de marzo de 1829, derogando las Ordenanzas de Bilbao y las leyes de Castilla en materia comercial. Por decreto de López del 16 de enero de 1846, no se adopta todo el Código, sino los cuatro primeros libros. El Libro I se ocupa de los comerciantes El Libro II, de los contratos de comercio en general. El Libro III, del comercio marítimo y el Libro IV, de las quiebras.

10. La recepción del Derecho argentino en el Paraguay.

Instalado el Gobierno Provisorio, se decreta el 14 de Enero de 1870, la adopción del Código de Comercio argentino en forma provisoria.

10.1. **Código Civil:** Por Decreto del 10 de marzo de 1870, el Gobierno Provisorio confirmó la vigencia del Estatuto de 1842, con excepción de la facultad acordada al Presidente de la República para entender en las "causas de traición de la patria, etc. las cuales pasaban a cargo de los tribunales de justicia. Se modificó el orden de prelación de las leyes en materia civil y criminal, encabezando las Partidas el rango preferente sobre las de Castilla y las de Toro. Y se consagró el principio de la inviolabilidad de la propiedad privada.

A pesar del deseo de contar con códigos propios, la misma no pudo concretarse, pero fue así que se adoptó por ley del 19 de agosto de 1876, el Código Civil del doctor Dalmacio Vélez Sarsfield, sancionado para la República Argentina.

A raíz de la revisión sufrida por el Código argentino en 1882, se dictó una nueva ley de adopción del Código Civil el 27 de julio de 1889, declarando texto oficial la edición del Código Civil argentino, hecha en Buenos Aires por el señor Félix Lajouane, en 1887, además del título adicional con las leyes referentes al Registro del estado civil de las personas. Y la de filiación natural (Artículo 325 in fine del C. Civil), La Ley de Matrimonio Civil, del 2 de diciembre de 1898, es una copia de la ley argentina de 1888, con modificaciones, e incorporada al C.C.

10.2. Código de Comercio. Sufrió varias modificaciones. La primera adoptada por el gobierno provisorio en 1870 que fue el proyecto (Acevedo-Vélez) argentino sancionado por Ley de 1862, y que estuvo en vigor hasta el 29 de agosto de 1891, en que se promulgó la segunda ley de adopción. Se deroga por esta ley la anterior de 1870 y se declara vigente el Código de Comercio sancionado por la Argentina el 5 de octubre de 1889. Pero la tercera adopción se produjo a raíz de la reforma del Libro IV, ocurrida en 1902, conforme a la Ley paraguaya del 5 de octubre de 1903, sobre juicio de quiebras, por lo que se mantiene en vigencia el Código Argentino de 1889, con las leyes adicionales y modificaciones del Libro IV. Esta ley de adopción del Código comenzó a regir el 1° de enero de 1904.

Es de destacar que el Libro IV (Ley de Quiebras incorporada al Código en 1902) rigió hasta el 1° de abril de 1970, fecha en que entro en vigor la Ley de Quiebras N° 154, sancionada el 13 de diciembre de 1969, en base al Anteproyecto y la Exposición de Motivos elevados por los profesores de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales presididos por el Dr. Sigfrido Gross Brown, a la Comisión Nacional de Codificación del Ministerio de Justicia y Trabajo el año 1965.
