

# ¿COMO DELIMITAR LA MATERIA DEL DERECHO MERCANTIL?

Alonso Morales Acosta  
Profesor de Derecho Mercantil  
Universidad de Lima

*Aunque el estudio de la empresa hoy no se encuentra restringido únicamente al Derecho Mercantil, es sin duda esta rama la que mayor relevancia tiene en su tratamiento. Por eso, no podía ser ajeno a esta edición un trabajo como el que el doctor Morales entrega a continuación. En él se discute el ámbito al que contrae su estudio el también llamado Derecho Comercial. Nacido bajo una perspectiva subjetivista, como Derecho de los comerciantes, el Derecho Comercial evolucionó desde la segunda mitad del siglo pasado hasta entenderse como el Derecho de los actos de comercio. Como el lector recordará, es ésta precisamente la perspectiva que nuestro anciano Código de Comercio de 1902 acoge.*

*Sin perjuicio de ello, la constante evolución de la actividad económica ha requerido nuevamente la redefinición de conceptos que, aplicables en su momento, aparecen obsoletos ante una realidad que los supera. En este marco, una importante corriente doctrinaria -a la que el doctor Morales adhiere- ha planteado la necesidad de delimitar nuevamente la materia de Derecho Mercantil, para determinar si ella debe limitarse al estudio del estatuto del empresario y al de las relaciones externas en las que necesariamente interviene o, si más bien, debe transformarse para convertirse en el Derecho de la Empresa.*

## I. GENERALIDADES

Al estudiar el Derecho Mercantil la doctrina insiste -y con razón- en que esta disciplina debe ser estudiada a través de un método particular que obliga a un doble esfuerzo<sup>1</sup>: el de "investigación histórica", pues no se puede comprender el Derecho Mercantil sino se le aprecia como parte de un proceso de evolución y cambio de las relaciones económicas; así como el método de "atenta observación de la realidad", que nos invita a apreciar la realidad tal como se presenta y manifiesta en este estadio de evolución.

Bien, siguiendo la metodología expuesta, podemos afirmar que la evolución del Derecho Mercantil ha generado tres posiciones en torno a la delimitación de su contenido. En efecto, el Derecho Mercantil ha sido determinado como: "Derecho de los actos de comercio", "Derecho del empresario" y como "Derecho de la empresa".

Históricamente se concibe al Derecho Mercantil como Derecho de los actos de comercio (originariamente bajo el sistema subjetivo y luego bajo el objetivo). Posteriormente se desarrolla la "teoría del acto de comercio como acto en masa" (desarrollada por Heck, Gordon y Locher), con el objeto de facilitar el retorno al sistema subjetivo y rescatar el carácter profesional de la actividad empresa-

<sup>1</sup> Alfredo Rocco agrega dos características más de este método: a) el estudio exegético de las normas del Derecho Mercantil; b) el estudio sistemático de los principios del Derecho Mercantil, de su coordinación con los principios y preceptos generales del Derecho Civil y con los principios generales de todo el Derecho Positivo. (Véase Principios de Derecho Mercantil. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1931. pp. 73-80).

rial, que se plasma finalmente en el Código de Comercio Alemán - HGB de 1897.

Toda esta evolución lleva hoy a la doctrina a una encrucijada: circunscribir al Derecho Mercantil al tratamiento del estatuto del empresario y su actividad<sup>2</sup> o ampliar este contenido e incluir a la empresa<sup>3</sup>.

Si se circunscribe a lo primero (estatuto del empresario y actividad) se salva la autonomía del Derecho Mercantil, pero se excluye al fenómeno más importante de nuestro tiempo: la empresa; mas si se incluye a la empresa se corre el riesgo de generalizar tanto el contenido del Derecho Mercantil que podría perder su autonomía y desaparecer o generar una nueva disciplina jurídica, con fisonomía propia y con contenido bastante más amplio que el tradicional Derecho Mercantil.

## II. DERECHO DE LOS ACTOS DE COMERCIO

### a. La intermediación lucrativa o especulación mercantil

El Derecho Mercantil fue concebido inicialmente como Derecho de los actos de comercio. En buena cuenta, ello significaba fragmentar la actividad comercial y observarla "microscópicamente", en su elemento más pequeño: el acto de comercio.

La doctrina más esclarecida en este punto, entre los que sobresale Alfredo Rocco, considera que la célula de la actividad mercantil es el "acto de intermediación", el cual tiene que ser **necesariamen-**

**te lucrativo**<sup>4</sup> para calificar al comerciante. Lo cual nos conduce al concepto de "especulación mercantil".

Esta nace de la interpolación de un intermediario entre el productor y el consumidor, con el fin de obtener una ganancia (lucro), de la circulación de bienes o servicios<sup>5</sup>. Se trataba de obtener lo que los consumidores necesitaban, ahí donde abundaba y su precio era barato, transfiriéndolo luego más caro. La diferencia entre el costo de adquisición y el de enajenación producía una utilidad, que se iba reinvertiendo con el fin de acumular capital.

### b. Categoría de especulación mercantil

Rocco va a clasificar la actividad intermediadora en cuatro categorías de actos de comercio (a los que denominó principales): los que derivan de la "especulación de mercaderías", "especulación del dinero", "especulación con los riesgos" y "especulación con el trabajo"<sup>6</sup>.

Bien, desarrollaremos cada una de estas clases de especulación mercantil.

La "especulación de mercaderías": esta clase de intermediación caracterizó al comerciante desde sus orígenes, por el simple hecho de comprar para revender. Es decir, no se compraba para consumir, sino pensando en transferirlo a terceros (los clientes) y con el objetivo de ganar en la reventa. Ejemplos en nuestros días abundan, siendo los más característicos las grandes cadenas de supermercados y el comercio ambulatorio.

<sup>2</sup> Posición sostenida y desarrollada por Manuel Broseta Pont en: *La empresa, la unificación del Derecho de Obligaciones y el Derecho Mercantil*. Tecnos, Madrid, 1965.

<sup>3</sup> Posición seguida y desarrollada por Wieland y en especial por Mossa. Una síntesis de sus pensamientos pueden verse en Broseta Pont: *La empresa y la unificación del Derecho de Obligaciones y el Derecho Mercantil*. En nuestro país un entusiasta promotor del "Derecho de la Empresa" es Carlos Torres y Torres Lara, fundador de la *Revista Peruana de Derecho de la Empresa* y autor de diversos trabajos sobre el particular; entre ellos pueden verse los dos volúmenes de sus libros "Derecho de la Empresa". Asesorandina, Lima, (años 1967 y 1969, respectivamente).

<sup>4</sup> Alfredo Rocco con el objeto de explicar toda la actividad económica y crear una noción unitaria del acto de comercio, pretende desvincular al acto de comercio de su carácter lucrativo, para poder incluir fundamentalmente la actividad empresarial del Estado y la actividad cooperativa. El carácter artificioso de esta desvinculación se percibió cuando el autor exigió que la intermediación debía ser lucrativa para que el sujeto asumiera el carácter profesional: "... no cabe ser comerciante sin la finalidad de obtener un beneficio de la actividad propia mercantil" (Op. cit. p. 227). En nuestro concepto, Rocco le habría dado coherencia y unidad suficiente a su punto de vista, si hubiera identificado la "teoría del acto de comercio" con la "intermediación lucrativa"; la excepción podría ser la actividad empresarial del estado; puesto que la cooperativa no desarrolla propiamente intermediación.

<sup>5</sup> Obsérvese que el concepto lucro aparece jurídicamente ligado al de acto de comercio. En consecuencia no alude a cualquier ganancia, sino a aquella que proviene de la intermediación lucrativa o especulación mercantil.

<sup>6</sup> Op. cit. pp. 45-47, 158 y 102.

La "especulación del dinero": caracterizó al intermediario que obtenía dinero ahí donde había excedente o capacidad de ahorro (rentista), y lo prestaba ahí donde existía necesidad y capacidad de pago (usuario del crédito). La ganancia la obtenía igualmente de la diferencia entre el valor de colocación (tasa activa) y el de captación (tasa pasiva). El ejemplo típico de la intermediación financiera que desarrollan los bancos y empresas financieras.

La "especulación con los riesgos": caracterizó al comerciante que logró organizar y medir los riesgos, pudiendo cambiar la eventualidad de su presentación por una prima. De tal modo, que el asegurado desplazaba su riesgo (y el costo generado por el siniestro) a un comerciante, el cual se lo cambiaba por un pago fijo ("prima"). El mejor ejemplo lo constituye la actividad de las compañías de seguros.

La "especulación con el trabajo": caracterizó al resto de categorías de empresarios que para realizar su actividad empresarial requerían de trabajo ajeno, ganando en el mercado con la explotación de la fuerza laboral y apropiándose de la "plusvalía" que estos producían.

En este caso, se partía de constatar los intereses opuestos, derivados del contrato de trabajo, que vinculaban a empleadores y trabajadores; así como del hecho concreto que la retribución de la fuerza laboral representaba un costo que afectaba indudablemente al volumen de utilidades. Vale decir, las ganancias que esperaba el inversionista como renta de su capital.

Bajo esta categoría clasificó Rocco a la actividad industrial, a la empresa editorial, a la empresa de suministro, a la empresa de transporte, etc. En nuestros días quizá el mejor ejemplo de especulación con el trabajo sea el caso de las "empresas mercantiles de intermediación de personal" (*services*), conocidas en nuestro ordenamiento jurídico como "empresas de servicios temporales" o "empresas de servicios complementarios"<sup>7</sup>.

### c. Los sistemas subjetivos y objetivos de los actos de comercio

El hecho de que el intermediario se convirtiera en un comerciante dependía de la frecuencia con que realizaba dichos actos de intermediación lucrativa. En ese sentido, si los realizaba habitualmente, en forma asidua o reiterada, entonces este intermediario era considerado un profesional en la actividad; vale decir, un comerciante. Pero si los realizaba esporádicamente en forma ocasional, nunca alcanzaría la calidad de comerciante<sup>8</sup>.

El **sistema subjetivo** de los actos de comercio asumió la tesis que la materia del Derecho Mercantil sólo comprendía **a los actos del comerciante en su actividad**. Es decir, los actos de intermediación lucrativa realizados necesariamente por aquel intermediario que había adquirido la calidad de comerciante (verbigracia: el Derecho Mercantil durante la Edad Media).

Mientras que el **sistema objetivo** de los actos de comercio consideró este ámbito insuficiente y extendió la materia del Derecho Mercantil hasta los **actos de intermediación lucrativa ocasionales** o esporádicos, alcanzando entonces al intermediario no profesional, a aquél que no era comerciante (verbigracia: Derecho Mercantil regulado en el Código de Comercio Francés de 1807).

El sistema objetivo se generalizó en los códigos de comercio europeos y alcanzó en nuestro país a plasmarse en el Código de Comercio de 1853 y en el código vigente de 1902<sup>9</sup>.

### d. La crisis del acto de comercio

El sistema objetivo de los actos de comercio no tardó en entrar en crisis durante el siglo XX, pues la regulación de los actos ocasionales le fue siempre disputada por el Derecho Civil, al igual que los actos mixtos (unilateralmente comerciales); ya que en buena cuenta ello significaba someter a los consumidores a las reglas de los comerciantes (normas que con el fin de proteger el crédito reforzaban la posición del acreedor). De otro lado, se produjo una generalización de los principios e

<sup>7</sup> Véase los Artículos 175 al 186 del Decreto Legislativo 728 (Ley de Fomento del Empleo) y los Artículos 78 al 89 del Decreto Supremo 04-93-TR del 24.04.93 (Reglamento de la Ley de Fomento del Empleo).

<sup>8</sup> La doctrina italiana de fines del s. XIX y de la primera mitad del s. XX, entre los que reiteramos se puede citar a Rocco, intentó una explicación coherente sobre los sistemas subjetivos y objetivos de los actos de comercio, partiendo fundamentalmente de la teoría de la intermediación y de la finalidad lucrativa de los actos del comerciante.

<sup>9</sup> Por recepción e influencia de los códigos de comercio españoles de 1829 y 1885.

instituciones mercantiles en toda la sociedad, difundiendo su uso y cuestionando la duplicidad legislativa en obligaciones y ciertos contratos (compraventa, mutuo, prenda, depósito, fianza, etc.), e impulsando la unificación legislativa.

Es más, los sistemas o teorías de los actos de comercio no podían explicar coherentemente la actividad económica de las empresas públicas, las que no obstante realizar intermediación, lo hacían sin finalidad lucrativa. Tampoco podían explicar el caso de las cooperativas, que sin hacer intermediación (y por lo tanto carecer de lucro), hacían actividad económica.

### III. DERECHO MERCANTIL COMO DERECHO DEL EMPRESARIO

#### a. El fenómeno empresarial

¿Qué tiene en común la actividad de un comerciante, de una empresa pública o de una cooperativa? Una organización de capital y trabajo, como medio para realizar sus fines. Vale decir, la presencia de una empresa.

Desde esta perspectiva, el nuevo Derecho Mercantil tiene como contenido el conjunto de normas e instituciones derivados de tres elementos: empresario, empresa y actividad económica.

El **empresario** es el titular de la empresa, su condición de tal deriva de la existencia de ésta. Se caracteriza por gozar de la gestión, de los beneficios económicos y por asumir los riesgos derivados del ejercicio de la actividad.

La **empresa** es la organización de capital y trabajo con el fin de producir bienes o servicios, es concebida como un instrumento para que el empresario realice su actividad y se manifiesta en la organización que recae en ella. Sin la empresa no hay empresario ni actividad económica. La actividad económica está constituida por el conjunto de relaciones de mercado que realiza el empresario, se trata de los actos al exterior de su organización, mediante los cuales se materializa la circulación de los bienes o servicios producidos. Para este efecto, el contrato es el acto jurídico por excelencia, pues facilita el cambio y vincula a propios y extraños que confían en la buena fe que respalda sus relaciones.

#### b. El Derecho del empresario en su actividad

Empero, una parte de la nueva corriente doctrinaria sugiere circunscribir el ámbito del Derecho Mercantil al estatuto del empresario y a las relaciones externas en las que necesariamente interviene; excluyéndose el tratamiento de la empresa en todo aquello que exceda la materia indicada, so pretexto que su estudio corresponde a otras disciplinas jurídicas (p.e. el Derecho Laboral si la empresa es concebida como "comunidad de trabajo").

El Derecho Mercantil se concibe entonces como el Derecho del Empresario, considerándose a éste como el centro del sistema jurídico y no al "comerciante" (anacrónica categoría con la que se identificaba a industriales, distribuidores y prestadores de servicios)<sup>10</sup>.

En ese sentido, se propone en términos modernos un retorno al sistema subjetivo, pero con "el empresario en su actividad económica", en sustitución del antiguo y medieval sistema que encumbró "al comerciante en su actividad mercantil".

De este modo se identificará o descubrirá al empresario en el "ejercicio de una actividad económica organizada" y no en la "realización habitual de actos de comercio".

#### c. Contenido del Derecho del empresario

Bajo esta nueva perspectiva: "el empresario en su actividad económica", el contenido del Derecho Mercantil será el siguiente:

En relación al empresario: normas sobre capacidad, tipos de empresarios individuales ("la empresa unipersonal" -antes comerciante individual- la empresa individual de responsabilidad limitada), empresarios colectivos (las sociedades mercantiles, la sociedad cooperativa, las sociedades civiles), libros y registros, la materia concursal en casos de insolvencia, etc.

Obsérvese que al establecerse al "empresario" como categoría general es posible regular en el nuevo código a las sociedades cooperativas y a las sociedades civiles.

En efecto, mientras se hallaba en el centro del sistema jurídico el "comerciante", éste era exclusiva-

<sup>10</sup> El Código Civil italiano de 1942 (Libro V), tiene el mérito de haber sustituido la categoría general "comerciante" por la de "empresario" como sujeto titular de la actividad económica.

mente el código de los actos de comercio ("intermediación lucrativa"), no era posible considerar en un solo cuerpo a sociedades civiles y cooperativas, ya que éstas fueron siempre modelos empresariales ajenos a la "especulación mercantil" y por tanto extraños, al "estatuto del comerciante"<sup>11</sup>.

Esta nueva perspectiva permite el tratamiento común de temas como: la transformación, la fusión, la división y los grupos de empresarios (término más preciso que el de "grupos de sociedades"), el empresario irregular (más amplio que "sociedad irregular"), etc.

En relación a la actividad económica: se propone sólo la regulación de los contratos de cambio en los que necesariamente es parte un empresario (contratos de transporte, seguros, bancarios, etc.), o son ambas partes empresarios (licencias de uso de marcas, *know how*, agencia, franquicia, etc.). Asimismo, los contratos asociativos de colaboración empresarial como: asociación en participación, los consorcios y *joint ventures*, contratos en los que fundamentalmente intervienen empresarios.

Al respecto, Manuel Broseta Pont afirma:

"[...] La realidad nos demuestra la subsistencia de tres grupos de contratos: 1) los que pueden utilizarse tanto por empresarios como por quienes no lo son. Es el caso de la compraventa, del transporte y de ciertos depósitos; 2) los que, presuponiendo necesariamente la presencia de una empresa, se estipulan necesariamente entre dos o más empresarios, y 3) los que, presuponiendo necesariamente la presencia de una empresa, pueden estipularse tanto entre dos empresarios como un empresario y un sujeto que no lo es. [...]"

Parece necesario concluir que será la necesaria presencia de una empresa el criterio que determine la naturaleza mercantil del contrato. Según este criterio, sólo serán mercantiles los contratos que ontológicamente presuponen la presencia de una empresa"<sup>12</sup>.

Asimismo, son temas indudablemente vinculados al de la actividad económica: el de la libre compe-

tencia y la represión de aquellas conductas que atentan contra ella, como las prácticas restrictivas y monopólicas (abuso de posición dominante en el mercado); así como la represión de las que tienden a desvirtuarla, violando la buena fe comercial (competencia desleal).

En cuanto a la empresa: se considera dentro del Derecho Mercantil su lado externo, pues se manifiesta que coincide con su materia; pero se excluye todo lo concerniente a su concepto y estructura interna. En este orden de ideas, se incluye en la regulación toda la contratación relacionada con el tráfico jurídico de la empresa (compraventa, arrendamiento, usufructo, prenda o hipoteca).

## IV. DERECHO DE LA EMPRESA

### a. Disciplina jurídica joven

El Derecho de la Empresa es aquella parte de la ciencia jurídica que estudia el fenómeno empresarial (empresario, empresa y actividad económica), desde una perspectiva multidisciplinaria. En ese sentido, traspasa de modo transversal el sistema jurídico (Derecho Civil, Derecho Laboral, Derecho Administrativo, etc.), para proponer un tratamiento unitario de su concepto.

Este estudio, integra además los modernos aportes de la "Teoría del Derecho" aplicados al fenómeno empresarial en sus tres dimensiones jurídicas: el plano sociológico existencial, el formal normativo y el axiológico<sup>13</sup>.

En cuanto a su contenido, constituyen materia propia de esta disciplina las teorías de la empresa (que ofrecen un abanico de posiciones sobre su concepto y naturaleza jurídica), la distinción entre titular y empresa, tipos de empresarios, la diferencia entre empresa y hacienda mercantil, el estudio de los grupos de interés (inversionistas, trabajadores, consumidores, acreedores, etc.), el tráfico jurídico de la empresa (compraventa, arrendamiento, usufructo, prenda o hipoteca), la participación del trabajador y la protección del consumidor, que viene revolucionando las instituciones del Derecho Privado (Civil y Mercantil).

<sup>11</sup> Ley General de Sociedades peruana, Decreto Legislativo 311, para poder comprender a las sociedades civiles precisó que estas últimas carecen de "especulación mercantil".

<sup>12</sup> La empresa, la unificación del Derecho de Obligaciones y el Derecho Mercantil. Tecnos, Madrid, 1965. pp. 287-288.

<sup>13</sup> Véase Carlos Fernández Sessarego: "Subjetivización de la empresa". en Revista Peruana de Derecho de la Empresa Empresa y Desarrollo N° 27. Asesorandina, Lima, 1988.

## **b. Contenido del Derecho de la Empresa**

En conclusión el contenido del Derecho de la Empresa sería el siguiente:

- a) Empresario: concepto, clases de empresarios (individual o colectivo), obligaciones formales (libros y registros), insolvencia (Derecho Concursal).
- b) Empresa: concepto, elementos que la integran (materias primas, signos distintivos o invenciones), clases de empresas (grandes, pequeñas, medianas), la hacienda mercantil (o fondo de comercio), tráfico jurídico de la empresa (venta, arrendamiento, usufructo, prenda o hipoteca), expropiación de la empresa, participación del trabajador.
- c) Actividad económica: contratos empresariales de cambio (seguros, transporte, know how, licencia de uso de marca, nombre comercial, etc.), y

asociativos (joint ventures, consorcios, asociación en participación, etc.), títulos valores (cartas de crédito, cartas de porte, conocimientos de embarque, etc.), libre competencia (prácticas monopólicas y competencia desleal) y protección del consumidor.

Como puede apreciarse existe un contenido amplio del Derecho de la Empresa, que está a la espera de un tratamiento legislativo.

En nuestro país en estos últimos años se han regulado muchos de estos temas, pero en forma sesgada y fragmentada, falta un esfuerzo por sistematizar, uniformizar y perfeccionar la legislación empresarial. En ese sentido, la tarea inicial ha sido realizada: existen leyes que responden a otra visión y, por supuesto, a otra realidad; es obligación de los juristas del nuevo Derecho Mercantil, avanzar hacia la nueva codificación perfeccionando y sistematizando lo existente.