

REPUBLICA DE COLOMBIA
BIBLIOTECA ENRIQUE LOW MURTRA
PALACIO DE JUSTICIA

Nº INVENTARIO: _____

COMPRA ___ CANJE ___ DONACION ...

FECHA: **13 MAYO 2004**

PRECIO: _____

PROCEDENCIA: _____

PAIS: **COLOMBIA SUPREMA DE JUSTICIA**

NUMERO
CLASIFICACION

TULLIO ASCARELLI

*Catedrático de la Universidad de Bologna
Profesor contratado de la Facultad de San Pablo*

**PANORAMA
DEL
DERECHO COMERCIAL**



EDITORIAL DEPALMA BUENOS AIRES

1949

SOCIEDADES DE RESPONSABILIDAD LIMITADA

por ISAAC HALPERIN

SUMARIO: I. Origen y razones de su implantación. II. Caracteres. Naturaleza. Definición. III. Constitución de la sociedad. IV. Capital. V. Administración de la sociedad. VI. Derechos de los socios. Gobierno de la sociedad y contralor de la administración. VII. Disolución y liquidación. VIII. Nulidad de la sociedad. IX. Transformación en sociedad de responsabilidad limitada.

1948. Un tomo, 8º, 251 ps., rústica \$ 17.—

LIQUIDACIÓN SIN QUIEBRA

por NICOLÁS DI LELLA (h.)

SUMARIO: Generalidades. Liquidación judicial francesa. Las pequeñas quiebras en la legislación italiana. La adjudicación de bienes. Liquidación judicial argentina. Sujetos y requisitos de la liquidación judicial. Efectos. Cuestiones procesales. Sociedades. Pequeñas quiebras. Jurisprudencia.

1948. Un tomo, 8º, 343 ps., rústica \$ 20.—

EL SEGURO DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL

por CAMILO VITERBO

Prólogo del Dr. Mauricio L. Yadarola

SUMARIO: Prólogo del autor a la edición argentina. Notas introductivas. Primeros casos del seguro contra la responsabilidad civil. La evolución hasta el tiempo presente. Clasificación del seguro contra la responsabilidad civil. Naturaleza de la responsabilidad asegurada. Distinción del reaseguro. Determinación del siniestro y de la agravación del riesgo. Causas que modifican la deuda del asegurado hacia el tercero. Las cláusulas que confieren al asegurador la facultad de tratar con el tercero y de dirigir el litigio. La acción del tercero contra el asegurador. La prescripción. Apéndice.

1944. Un tomo, 8º, 224 ps., rústica \$ 10.—

CONTRATO DE TRANSPORTE DE COSAS

por HÉCTOR CÁMARA

SUMARIO: Introducción: Contrato de transporte. I. Contrato de transporte de cosas. II. Elementos del contrato. III. Conclusión y prueba del contrato. V. Efectos del contrato. V. Responsabilidad del porteador. VI. Acciones emergentes del contrato.

1946. Un tomo, 8º, 400 ps., rústica \$ 16.—

PANORAMA DEL DERECHO COMERCIAL

FULLIO ASCARELLI

*Catedrático de la Universidad de Bològna
Profesor contratado de la Facultad de San Pablo*

**PANORAMA
DEL
DERECHO COMERCIAL**

*Ascaro Petrucci
149*



EDITORIAL DEPALMA BUENOS AIRES

1949

Traducción directa de la edición original brasileña

Panorama do direito comercial

Saraiva y Cia., São Paulo, 1947

por J. M. JAYME URRIZAGA

*Queda hecho el depósito de
ley. Derechos reservados.
Impreso en la Argentina.*

EDITORIAL DEPALMA

Uruguay 478-Buenos Aires

Este libro fué impreso en el Establecimiento Gráfico DEPALMA.

ADVERTENCIA DEL AUTOR A LA EDICIÓN ARGENTINA

Con motivo de publicarse la edición argentina de este Panorama del derecho comercial, que tiene su origen en un curso universitario dictado por mí en el Brasil, lo he completado con otro capítulo y un apéndice: el primero versa sobre el Mercado del dinero y mercado de capitales, y desea completar la exposición cinematográfica de este pequeño volumen; el segundo reproduce una prelación universitaria mía y vuelve a examinar bajo perspectivas más amplias un problema simplemente bosquejado en la exposición del derecho comercial.

El objeto de este volumen, destinado más bien a los legos que a los técnicos, es dar una idea de los problemas y de los conceptos fundamentales del derecho comercial; por consiguiente, no pretende ser un manual (ni siquiera reducido) de instituciones, sino que tiende a una finalidad distinta: la de mostrar la relación entre determinados problemas y determinadas soluciones jurídicas, aclarando bajo este aspecto la función y las características del derecho comercial.

TULLIO ASCARELLI.

ÍNDICE

CAPÍTULO I

EVOLUCIÓN Y CARÁCTER DEL DERECHO COMERCIAL

1.	Duplicidad de sistemas en el derecho privado	1
2.	Relación con el problema de la autonomía o especialidad de una rama del derecho	2
3.	Posición del derecho comercial	3
4.	Carácter histórico de la distinción entre derecho civil y derecho comercial	3
5.	Distinción entre derecho comercial y derecho civil ..	4
6.	Derecho comercial y agricultura. Sistema de los actos de comercio	6
7.	Distinción entre dos problemas distintos	7
8.	Origen histórico del derecho comercial	7
9.	Primeros problemas resueltos	9
10.	Carácter internacional	11
11.	Evolución sucesiva	12
12.	El problema de la circulación de los derechos	13
13.	Ampliación progresiva del campo de aplicación del derecho comercial	16
14.	Aproximación entre el derecho comercial y el derecho general de las obligaciones	18
15.	Función del derecho comercial	22
16.	Carácter del derecho comercial	23
17.	Características del derecho comercial	24

CAPÍTULO II

LA TEORÍA DE LOS CONTRATOS

1.	Consentimiento y <i>vinculum juris</i>	29
----	--	----

2.	El principio de la libertad contractual y la causa de los contratos	31
3.	Libertad contractual y teoría general de los contratos	38
4.	La representación	39
5.	Conclusiones	42

CAPÍTULO III

LA COMPRAVENTA COMERCIAL

1.	Venta de cosa indicada genéricamente	43
2.	Compraventa mercantil	46
3.	La financiación de la operación y las cláusulas contractuales	47
4.	Necesidad del crédito	48
5.	Función de los Bancos	49

CAPÍTULO IV

LOS TÍTULOS DE CRÉDITO

1.	Introducción	53
2.	Circulación de bienes y de derechos	53
3.	Las reglas del derecho común y las exigencias de la circulación	55
4.	La letra de cambio y el desenvolvimiento histórico de la solución	59
5.	La doctrina de provisión y la acción de enriquecimiento	64
6.	El <i>punctum divisionis</i> de las doctrinas y la doctrina de las excepciones	66
7.	La progresiva objetivación del derecho cambiario y los títulos causales	70
8.	La ley de circulación del título	74
9.	Títulos de crédito y circulación	75
10.	Efectos de comercio y valores mobiliarios	78
11.	La evolución más reciente	79
12.	Los títulos de crédito y el concepto económico de la propiedad	81

CAPÍTULO V

LAS SOCIEDADES ANÓNIMAS

1.	La sociedad anónima y el mercado de capitales. Responsabilidad limitada y división del capital en acciones	85
2.	Las compañías coloniales	87
3.	El desenvolvimiento posterior	88
4.	Relación entre las partes y relaciones con terceros	89
5.	Responsabilidad limitada y tutela del capital social	90
6.	Las relaciones entre los socios y el contrato social ..	93
7.	La organización interna	94
8.	La evolución legislativa a ese respecto	95
9.	Tutela de la minoría y desarrollo de las sociedades anónimas	97
10.	Fenómenos recientes	99

CAPÍTULO VI

MERCADO DEL DINERO Y MERCADO DE CAPITALES

x 1.	Mercado del dinero y mercado de capitales	103
2.	Los Bancos como intermediarios del crédito	103
3.	Operaciones aisladas y operaciones en masa	106
4.	Algunos problemas jurídicos	106
5.	Mediación en las inversiones a largo plazo	107
6.	Su tecnicismo	109
7.	El mercado de capitales	109
8.	La Bolsa	111
9.	Inversión y especulación	113

CAPÍTULO VII

EL SEGURO

1.	El seguro	117
2.	El riesgo	118
3.	Trasferencia y concentración de los riesgos	119

4.	La evolución del seguro y las orientaciones doctrinales	121
5.	El principio indemnizatorio	122
6.	La extensión del seguro	124

CAPÍTULO VIII

LOS BIENES INMATERIALES Y EL ESTABLECIMIENTO COMERCIAL

1.	El problema de la competencia y los signos distintivos	127
2.	Los varios signos distintivos	130
3.	Su naturaleza	132
4.	La circulación de la marca y el nombre	134
5.	La tutela del establecimiento	135
6.	La protección de la clientela	138
7.	Establecimiento comercial y patrimonio comercial ..	140
8.	La competencia desleal	141

CAPÍTULO IX

CONCLUSIONES

1.	Introducción	145
2.	Construcción dogmática y casuística	145
3.	La tarea de la interpretación	147
4.	El carácter técnico de las instituciones	147
5.	Práctica contractual y teorías generales	149
6.	Teoría y práctica	151
7.	Conclusión	153

APÉNDICE

FUNCIONES ECONÓMICAS E INSTITUCIONES JURÍDICAS

1.	Estudio de la función económica de la institución ..	155
2.	Contraste entre estructura y función	157
3.	La técnica de la interpretación	159
4.	Límites de la disciplina jurídica	166

5.	Contraste entre derecho preconstituído y realidad social: el tiempo	168
6.	Contraste entre derecho preconstituído y realidad social: el espacio	172
7.	La técnica de la interpretación y la solución del contraste	175
8.	Continuación. — a) La práctica contractual; b) Negocio indirecto; c) Utilización legislativa de viejas instituciones para nuevos fines; d) Fraude a la ley; e) Orientaciones técnicas	183
9.	Conclusión	187

CAPÍTULO I

EVOLUCIÓN Y CARÁCTER DEL DERECHO COMERCIAL

1. **DUPLICIDAD DE SISTEMAS EN EL DERECHO PRIVADO.** — Aunque no se trate de un fenómeno constante o uniforme, puede señalarse que el derecho privado se presenta, con frecuencia, dividido en dos sistemas diferentes: el sistema del derecho tradicional, y un sistema equitativo, más sensible a las nuevas exigencias que se van presentando, y que, en consecuencia, en contraposición al derecho tradicional, elabora y sistematiza nuevos principios, los cuales, no obstante ser inicialmente de excepción, en el trascurso de la evolución histórica pasan a constituir derecho común.

De tal modo, en el derecho romano clásico, el *jus civile* por un lado y el *jus honorarium* por el otro, se presentan distintos y contrapuestos, a veces hasta regulando, concurrentemente, la misma materia, y dando lugar, por eso, a dos series de conceptos paralelos: propiedad quiritaria y propiedad bonitaria; *hereditas* y *bonorum possessio*, y así sucesivamente. Pero, en el desenvolvimiento histórico, aquellos principios que se fueron estableciendo desde el comienzo sólo *corrighendi vel supplendi gratia* del derecho común, logran cada vez más amplia aplicación, y llegan a constituir, a su turno, principios de carácter general. Entonces deja de tener sentido la distinción entre ambos sistemas, en un comienzo opuestos, y se produce su fusión.

Del mismo modo, en el derecho inglés, *common law* y *equity* se presentan originariamente distintos y contrapuestos; presente, el primero, en la obra unificadora de los jueces; el segundo, en los poderes extraordinarios de la *Chancery*. De ahí que regularan, al mismo tiempo, idéntica materia, llegándose a distinguir, en este caso, una propiedad reconocida en *common law* y otra en *equity*, con nítida contraposición de normas jurídicas sustanciales, y aun de jurisdicción. Pero también aquí fué efectuándose progresivamente una fusión, sancionada en Inglaterra con la *Judicature Act* de 1873, que estableció la prevaencia de las reglas de la *equity*. Los dos sistemas terminaron por unirse, aunque hoy la distinción originaria entre ambos se mantenga viva en la tradición doctrinal y jurisprudencial.

2. RELACIÓN CON EL PROBLEMA DE LA AUTONOMÍA O ESPECIALIDAD DE UNA RAMA DEL DERECHO. — El problema comúnmente denominado de la autonomía o especialidad del derecho, puede encararse, a mi juicio, desde dos puntos de vista que podrían llamarse, respectivamente, sistemático el primero, e histórico el segundo, siendo este último tal vez el más importante.

En efecto, desde el punto de vista histórico podemos referirnos a normas y principios del derecho especial que, aunque aplicados al comienzo sólo en un ámbito particular y en contraste con el derecho común, son, más tarde, en tesis, aplicables en un campo más vasto y pueden tener aplicación general. Y, en verdad, en el desenvolvimiento histórico, terminan por ser aplicados en correspondencia con el desarrollo de las relaciones económicas y sociales, en un ámbito cada vez más vasto, hasta fundirse en el derecho común; establecidos en un comienzo *corrigendi vel supplendi gratia*, terminan por constituir, al concluir el desenvolvimiento histórico, el propio derecho común.

3. POSICIÓN DEL DERECHO COMERCIAL. — Actualmente el derecho comercial se presenta como un derecho especial en el sentido sistemático, como un conjunto de normas que regulan determinada materia conforme a principios de carácter general.

Ante todo, si se lo considera en el cuadro general del derecho comparado y en el conjunto de su evolución histórica, constituye un derecho especial en el sentido histórico, y es bajo este aspecto y teniendo presente la función históricamente desempeñada por el derecho comercial, en contraposición al derecho común, como se comprenden mejor su autonomía y su carácter, los propios problemas que actualmente se plantean en cuanto a su reforma y a la unificación del derecho de las obligaciones (unificación en la que ni siquiera podría pensarse si el derecho comercial no constituyese una categoría histórica) y, finalmente, su contribución al derecho común.

4. CARÁCTER HISTÓRICO DE LA DISTINCIÓN ENTRE DERECHO CIVIL Y DERECHO COMERCIAL. — En efecto, si en todo sistema positivo existen y existieron normas peculiares al comercio, la división del derecho privado en dos sistemas, el civil y el comercial, era ajena al derecho romano como es ajena al derecho inglés desde el siglo XVIII, ambos incluidos, por el contrario —y el fenómeno no es tal vez casual—, en aquella otra división que acabamos de recordar.

La división del derecho privado en dos ramas contrapuestas, el derecho civil y el derecho comercial, correlativa, además, y hasta hace poco tiempo, a una distinción jurisdiccional, es peculiar de los sistemas románicos que se constituyeron en la Europa continental sobre la base de los textos romanos transformados y elaborados por la interpretación de los jurisprudencias, y de los sistemas de la América latina que sucesivamente derivaron de los primeros.

5. **DISTINCIÓN ENTRE DERECHO COMERCIAL Y DERECHO CIVIL.** — El derecho comercial no puede, realmente, distinguirse de las demás ramas del derecho, según aquellos criterios que facultan en cualquier sistema jurídico a distinguir el derecho sustantivo y el procesal, el derecho civil y el penal, etcétera. Se presenta el derecho comercial, *prima facie*, como una sub-distinción del derecho privado.

Aquél, pese a estar constituido predominantemente por normas de derecho privado, no contiene tampoco de modo exclusivo normas de esa especie. Para demostrarlo basta recordar, en lo concerniente al procedimiento ejecutivo y al de conocimiento, respectivamente, la institución de la quiebra y las normas peculiares, en muchos sistemas, al procedimiento comercial. Se podría hablar, realmente, de un derecho comercial sustantivo y de un derecho comercial procesal. También en el ámbito mismo del derecho privado, el derecho comercial tiene carácter "fragmentario", aunque, en su conjunto, sus normas se presenten orientadas conforme a determinados criterios generales.

El derecho comercial no es el derecho de la distribución y producción de la riqueza, en contraposición al derecho del consumo, como se ha afirmado recientemente. Mientras por un lado no comprende la actividad agrícola y, con frecuencia, el comercio inmobiliario, por el otro incluye los actos comerciales unilaterales (y, por eso, finalmente, también el momento del consumo), que, conforme algunos derechos, como el Código italiano de 1882, están íntegramente sujetos a las disposiciones del derecho comercial.

El derecho comercial no es el derecho de la circulación, aunque en esta tesis tradicional haya gran fundamento de verdad, pues a pesar de la importancia central del fenómeno de la circulación en el derecho comercial y hasta de la posibilidad de explicar, con fundamento en la circulación, algunas características de

instituciones que no la disciplinan en forma directa, no regulan en parte ni totalmente la circulación de los bienes.

El derecho comercial no es el derecho de la intermediación, pues los actos cambiarios y la producción industrial no pueden calificarse como de intermediación, a no ser, los primeros, de acuerdo con ROCCO, por medio de una conexión presumida *juris et de jure*, lo cual demuestra la falta de acierto de esta construcción, entendida de modo riguroso:

El derecho comercial no es el derecho de las empresas, pues por una parte no comprende a las empresas agrícolas (y nótese que la explotación agrícola bajo la forma de empresa, en lo que respecta a su organización, es hasta históricamente anterior a la análoga organización del comercio o de la industria), y por otra parte abarca, conforme muchos derechos, al acto de comercio ocasional, y a todos los actos cambiarios, que en la actualidad, cualquiera sea la situación histórica originaria, no se relacionan necesariamente con una empresa o actividad sistemática, ni con relaciones entre empresas.

Puede añadirse que la teoría de la empresa confunde, a veces, en una única afirmación, elementos diversos. Ella es exacta cuando indica objetivamente determinado sistema de organización técnico-económica; errónea cuando, llevada al terreno subjetivo, identifica en la "empresa" un sujeto de derecho, el que raramente es "afirmado", siendo, entre tanto y con frecuencia, "semi-afirmado".

Igualmente, la teoría de la empresa es exacta cuando indica el criterio en virtud del cual la actividad industrial llegó a ser comprendida por el derecho comercial en el curso de su evolución; no lo es, cuando llega al punto de identificar, en términos generales, el derecho comercial con el derecho de las empresas; es exacta cuando hace de la existencia de la organización de la

empresa un elemento de aproximación entre el derecho del comercio y el de la industria, por un lado, y el de la explotación agrícola y la especulación inmobiliaria, por el otro; pero es inexacta cuando limita su examen sólo a este respecto. También es exacto evidenciar la conexión de muchos problemas actuales del derecho comercial con la existencia de una empresa, y es oportuno citar, a este respecto, la diferencia entre la gran empresa con producción en masa, y la pequeña empresa y la actividad del artesano, por el valor cualitativo que termina finalmente por resultar hasta de diferencias cuantitativas; por ello es inexacto omitir que los problemas surgidos con la existencia de la gran empresa respetan más las normas públicas de control que la disciplina del contrato en el derecho privado.

Además, es exacto afirmar que instituciones y principios del derecho comercial (no obstante ser frutos de un régimen económico que creó la producción en masa, fundado en la propiedad privada de los instrumentos de producción) se relacionan, de modo general, con una economía de masa, pudiendo señalarse el hecho de ser utilizados algunos por empresas socializadas. Esto vuelve a evidenciar que la autonomía del derecho comercial se relaciona, por último, con un tipo particular de producción económica, cuya aparición y desenvolvimiento se combinan justamente con los del derecho comercial.

6. DERECHO COMERCIAL Y AGRICULTURA. SISTEMA DE LOS ACTOS DE COMERCIO. — Otros autores han observado que en la actualidad la bipartición del derecho privado en civil y comercial se une, fundamentalmente, a la distinción entre relaciones agrícolas y relaciones comerciales e industriales. Este criterio es sustancialmente exacto en todas las legislaciones modernas, como también en la historia del derecho, pues nunca y en ningún derecho el derecho comercial abarcó la explotación agrícola.

Aquella, entre tanto, aunque acertada en lo que respecta al fundamento actual de la distinción y a su carácter históricamente constante, no explica la propia ampliación del ámbito del derecho comercial en el curso de su historia, habiendo abarcado sólo en un segundo momento la actividad industrial y siendo aún, en muchos derechos, ajena en principio al comercio inmobiliario; tampoco explica el hecho de constituir actualmente instituciones de derecho común y muchas de derecho comercial. Por otra parte, dicho criterio tampoco explica la tendencia a la unificación del derecho de las obligaciones, que en definitiva se refiere justamente a la unificación entre el derecho de las obligaciones de la explotación agrícola y el del comercio e industria.

7. DISTINCIÓN ENTRE DOS PROBLEMAS DISTINTOS. — Fundado en las consideraciones ya expresadas, pienso que hay, en realidad, dos problemas distintos a estudiar.

En cada sistema positivo, la distinción entre el derecho comercial y el civil ya se halla establecida por la ley, debiendo el intérprete respetar la orientación legal adoptada.

Sin embargo, examinando el problema desde un punto de vista más amplio, independientemente de los límites de aplicación del derecho comercial en cada sistema positivo, y más allá de eso, procurando hallar la razón de la diversidad de esos límites en los varios sistemas y épocas históricas, percibimos en el derecho comercial una categoría histórica.

✓ 8. ORIGEN HISTÓRICO DEL DERECHO COMERCIAL. — En efecto, si retrocedemos en la historia del derecho, será fácil comprobar que el nacimiento del derecho comercial se relaciona con un rompimiento entre el derecho romano-canónico común, en aquel tiempo vigente, y las exigencias económicas que denominaríamos, en la actualidad, capitalistas, y que se hicieron sentir

desde los municipios italianos en el siglo XII en contraposición al sistema económico a la sazón más generalmente difundido.

Estas exigencias, afirmadas en la libertad de iniciativa y en la de competencia en un mercado libre, surgieron al comienzo como ajenas a la industria y sólo relativas al comercio, especialmente ultramarino y bancario. Por eso se constituyó, en oposición al derecho común, un derecho especial que aun hoy, a pesar de haber pasado a comprender la actividad industrial, llamamos comercial. Fué en sus comienzos el derecho de la naciente burguesía de las ciudades; una liberación de los vínculos de la sociedad feudal y del derecho romano-canónico común vigente en esa época.

Por tal razón predomina, por un lado, desde el comienzo de la evolución, la idea del mercado; mientras por el otro se presenta, en ese tiempo, el derecho comercial en conexión con el derecho marítimo, cuya importancia, por otra parte, se evidencia aun en la propia etimología de palabras como "arrivare" en italiano, "arribar" en castellano, o "chegar" (de *llegar, ligare*) en portugués. El seguro, que es en su origen, no obstante ser hoy con frecuencia regulado en el código civil, institución típicamente comercial, tiene como punto de partida el seguro marítimo, y éste el préstamo a riesgo marítimo o préstamo "a la gruesa". La sociedad en comandita deriva probablemente de la encomienda del derecho marítimo medieval. La propia sociedad anónima tiene su origen en las compañías coloniales para la colonización ultramarina, y éstas, a su vez, conforme a la tesis histórica acaso más difundida, en el condominio naval. Se enlaza así, en sus orígenes, la responsabilidad limitada del accionista de la sociedad anónima moderna a la del armador en el derecho marítimo.

Es así cómo el derecho comercial se presenta, originariamente, con carácter autónomo, no en el sentido actual de esta palabra, sino en el que este término tenía

✓ en el sistema del derecho romano común. Era derecho autónomo, pues no se unía al derecho estatal, sino que sólo se ligaba al consentimiento y a las costumbres de los interesados, sucesivamente consolidados en los *constituta usus* medievales; y era autónomo también porque quedaba bajo la competencia de una jurisdicción consular particular, que a su vez se oponía a la jurisdicción general del magistrado municipal.

9. PRIMEROS PROBLEMAS RESUELTOS. — En su primer período, el derecho comercial fué elaborando algunas instituciones, muchas de las cuales pasaron, hace tiempo, a integrar el derecho común.

✓ La renovación del comercio y de la vida económica exigía un sistema contractual simultáneamente más completo y elástico, basado por un lado en la libertad de formas, y, por el otro, en el principio general de la posibilidad de las partes de obligarse, respetados algunos requisitos de carácter general, aunque con independencia de la adopción de los esquemas contractuales específicamente mencionados en la ley. Por el contrario, el sistema clásico tenía, por una parte, un fuerte cuño formalista y, por la otra, más que el principio general de la obligatoriedad del contrato, encaraba determinados contratos, y éstos sólo como fuente de obligación.

El restablecimiento del comercio y de las comunicaciones, juntamente con el hábito de escribir, exigían, a su vez, una disciplina de la conclusión de los contratos entre ausentes, que no se encontraba completamente definida en los textos romanos, dominados, antes que nada y en especial en el período clásico, por la idea del contrato entre presentes y por la del contrato verbal.

Por ello, los comercialistas, aliados en esto con los canonistas (quienes, por su parte, radicaban el valor del consentimiento sobre la base de sus premisas éticas), tendieron a elaborar la disciplina general de los contratos, estableciendo el principio general del consenti-

miento generador de la obligación, respetados determinados requisitos de carácter general; a despojar la conclusión del contrato de exigencias formales, y simultáneamente a elaborar la disciplina del contrato entre ausentes y la del contrato escrito.

Interpretando, y a veces en forma errónea desde el punto de vista histórico, los textos romanos sobre el contrato literal y la *confessio*, aunque adaptándolos a las nuevas exigencias del comercio, establecen una disciplina que tiene su punto de partida en aquéllos, pero que es, sin embargo, bastante nueva; elaboran la doctrina del consentimiento y la de su validez siempre que exista una *causa valida obligandi*; armonizan la doctrina romana de la *confessio* y la de la *querela non numeratae pecuniae*, no obstante ser con frecuencia mal interpretada, con la disciplina jurídica de los documentos; encaran el problema del momento de la conclusión del contrato entre ausentes, procurando, de tal modo, obtener una disciplina jurídica más adecuada a las exigencias del comercio, pese a contrastar, a veces, con el derecho común. Los resultados obtenidos se incorporan sucesivamente a este derecho, subsistiendo sólo, como vestigio de su lejano origen, el hecho de estar la conclusión del contrato entre ausentes regulada en algunos sistemas jurídicos (por ejemplo, el italiano de 1882), en el código de comercio y no en el civil.

Los agentes de las firmas del exterior originaron el problema de la comisión y representación; también esta doctrina era nueva y en el comienzo contraria al derecho común, y tan nueva que su elaboración continuó hasta terminar el siglo XIX; MITTEIS encara todavía el contrato concluído por medio de representante como celebrado en forma simultánea por la voluntad del representado y del representante. Sólo en época posterior se evidencia la figura de la representación, distinguiéndose nítidamente entre el acto jurídico en virtud del cual se otorgan determinados poderes al representante, y los

actos concluidos por el representante en virtud de los poderes que se le otorgan, fijándose, en consecuencia, la diferencia entre el abuso y el exceso de poder.

10. CARÁCTER INTERNACIONAL. — El derecho comercial fué así, desde su origen, elaborando instituciones en contraposición al derecho común, instituciones que posteriormente pasaron a éste, alcanzando aplicación general.

Esta elaboración tuvo carácter internacional, que de otro modo se unía con el carácter internacional peculiar en general al derecho antes de la constitución de los Estados nacionales. El primero de los escritores especializados en derecho comercial, y, al mismo tiempo, uno de los más grandes, BENVENUTO STRACCA, habla de él, en el siglo XVI, como de un *jus gentium*.

La reforma introducida en los municipios italianos, que fué donde primero se manifestó el renacimiento de la economía y la organización de la actividad económica en moldes modernos, se unió a la efectuada por todos los países. Las primeras sistematizaciones legislativas completas de los seguros son catalanas, y el tratado del portugués SANTAREM fué durante siglos el *standard book*, como se dice hoy, de esa materia. El endoso, que revolucionó la función de la letra de cambio, es de origen francés. Los negocios de bolsa tuvieron su primer gran desenvolvimiento en Flandes, y el curioso libro de JOSÉ DE LA VEGA, aparecido en 1681 y titulado *Confusión de confusiones. Diálogos curiosos entre um mercader discreto, um acionista erudito e um philosopho agudo sobre lo jogo y lo enredo de las acciones*, puede ser leído aun hoy con interés por un especulador de Wall Street. La disciplina de las patentes de invención tiene su punto de partida en el estatuto inglés de los monopolios, que a su vez reconoce un precedente en las leyes dictadas al respecto en Venecia, durante los siglos XV y XVI, en

virtud de las cuales se concedieron patentes industriales, entre otros, a GALILEO GALILEI, en Padua.

11. EVOLUCIÓN SUCESIVA. — En la evolución sucesiva del derecho comercial debemos tener en cuenta dos fenómenos. Por un lado, durante el siglo xvii se fueron fortificando los Estados monárquicos centralizados que luego reivindicarían para sí el monopolio de la función legislativa. El derecho comercial pasó entonces a formar parte del derecho estatal, siendo objeto de disciplina en las ordenanzas del rey, tales como las ya célebres de Luis xiv. Diversamente de lo que aconteció con los demás derechos autónomos de determinadas clases sociales (con los cuales se vinculaba por su origen), no fué absorbido por el derecho común; por el contrario, el derecho comercial no sólo conserva su autonomía (aunque con otro alcance teniendo presente su distinto fundamento) sino que influye sobre el propio derecho común hasta el punto de transmitir a éste muchos de los principios e instituciones que eran peculiares a aquél.

En ese entonces, en presencia del diverso carácter de la autonomía del derecho comercial, se fué pasando poco a poco (aunque en el comienzo en forma indirecta y casi hipócrita, a través de la presunción de la calidad de comerciante *quoad actum* de los que efectuasen un acto de comercio aislado, que, a su vez, se unió al deseo de la *noblesse* de practicar actos de comercio sin ser comerciante) del anterior sistema subjetivo a uno objetivo; éste triunfó definitivamente en el código Napoleón, estableciendo la aplicación de las reglas comerciales a cualquier acto mercantil, con independencia de la persona del agente, y, por tanto, también a los actos realizados por quien no fuese comerciante. Así se promulgaba, por último, una mayor extensión de la esfera de aplicación del derecho comercial.

Por otro lado, mientras algunas de las instituciones ya elaboradas en el derecho anterior pasaban al derecho común, se fueron elaborando otras para atender a las exigencias de una economía que se iba renovando, y que, con la llamada revolución industrial, procuró encontrar instrumentos jurídicos adecuados a la realización de los inventos técnicos y a la transformación económica ocasionada por ellos.

12. EL PROBLEMA DE LA CIRCULACIÓN DE LOS DERECHOS. — El problema básico que entonces se presentó fué el de la movilización del crédito, elemento esencial para su propio desenvolvimiento y que constituía el oxígeno de la economía. Mientras en los siglos anteriores el crédito lo había sido esencialmente en función del consumidor, para satisfacer sus necesidades transitorias, pasó después a ser un crédito al empresario y constituir (como la reunión de grandes capitales, y la participación de muchas personas en empresas sociales) condición primordial para el propio desenvolvimiento del comercio, y aun para la realización de los inventos técnicos y para esa industrialización que, con el advenimiento del siglo XIX, fué una de las características fundamentales de la sociedad moderna. Por ello, esta condición no podía satisfacerse plenamente a no ser que se resolviese, al mismo tiempo, el problema de su circulación, pues sin la posibilidad de movilizarlo, habría sido difícil para el industrial o comerciante la obtención misma del crédito. Es entonces cuando el derecho comercial crea nuevas instituciones para satisfacer estas exigencias y facilitar así la aplicación práctica de los inventos y de la industrialización.

La antigua letra de cambio de la época municipal italiana, simple documento probatorio e instrumento de pago, fué trasformada en instrumento de crédito luego de una serie de etapas que van desde la introducción del endoso, en el siglo XVII, al Código Napoleón, a las re-

formas inglesas y alemanas de la mitad del siglo XIX, y a las convenciones ginebrinas de la época actual.

Tanto los precedentes del condominio naval de tipo germánico, como los de las asociaciones de tenedores de títulos de la deuda pública de la Italia del Renacimiento, fueron utilizados, al principio, para disciplinar las compañías coloniales y constituir el instrumento jurídico de la expansión colonial, con el descubrimiento y la exploración del nuevo mundo, y la consiguiente y profunda transformación de toda la economía. El derecho público colaboró en esta ocasión con el derecho privado, conforme aquella orientación mercantilista que acompañó, históricamente, en el dominio económico, a la formación en el político de los grandes Estados centralizados.

De las compañías coloniales, en desenvolvimiento progresivo, se llegó a la sociedad económica moderna a través de una serie de etapas que van desde las esporádicas compañías del siglo XVII a la fiebre especulativa que dominó a la Francia de Luis XV, a la disciplina del código Napoleón, a la libertad de constitución alcanzada con la ley francesa de 1867, y a la última expansión de esta institución, típica expresión de la empresa industrial moderna.

En ambos casos, el problema resuelto fué el de la circulación de los derechos: el del crédito y el de la participación del socio, respectivamente, ligándose, la transformación de la posición de este último, a su responsabilidad limitada.

A los mencionados problemas se ligó, por una parte, el desenvolvimiento de los Bancos y del descuento (en lo que respecta a la movilización de los créditos a corto plazo, representados por títulos de cambio), y, por la otra, el desarrollo de un mercado de capitales (en lo que respecta a títulos, como "debentures" y pólizas, representativos de créditos a largo plazo, o, como las acciones, representativos de participaciones sociales).

✓ Se hizo posible, así, el desarrollo del crédito a corto y a largo plazo, y, simultáneamente, la obtención de grandes capitales para la organización de empresas industriales. Gracias a ello, el crédito pudo llegar a ser el elemento fundamental de la economía, permitiendo la industrialización y el progreso económico.

Pero la tarea fué ardua y lenta; pues sólo en forma paulatina se logró la objetividad en que se basa la disciplina jurídica de los títulos de crédito y de las sociedades anónimas, y, por consiguiente, la posibilidad de una circulación del crédito. Para ello fué menester superar los conceptos del derecho tradicional, ausentes en la conexión del derecho con su sujeto, y, por eso mismo, receloso de la cesión, y francamente hostil a una circulación del derecho; fué necesario elaborar una disciplina jurídica que permitiese aproximar la circulación de los derechos y de las cosas, encarando en forma objetiva el derecho, y superar así algunos conceptos del derecho común.

En la actualidad, esta evolución nos parece tan natural y el concepto del título-valor ha arraigado tan profundamente en nuestras conciencias, que a veces estamos propensos a olvidar las dificultades vencidas para alcanzarlo. El concepto de la circulación ha echado tan profundas raíces en nosotros, que no nos parece natural el concepto opuesto, y hasta resulta extraña la idea de que la cesión de un derecho sólo sea posible de modo indirecto e imperfecto. Sin embargo, ésta era la situación del derecho romano, y es suficiente este recuerdo histórico para evidenciar el camino recorrido y justificar la afirmación de que, posiblemente, junto con el seguro, los títulos de crédito y las sociedades anónimas son las instituciones jurídicas que caracterizan más cabalmente el derecho privado moderno, y, en consecuencia, la constitución económica del mundo moderno, desde el punto de vista jurídico.

13. **AMPLIACIÓN PROGRESIVA DEL CAMPO DE APLICACIÓN DEL DERECHO COMERCIAL.** — El derecho comercial, en el curso de su evolución histórica, amplía en forma continua su campo de aplicación. Abarca las operaciones industriales que se organizan modernamente, abandonando el sistema artesanal, surgiendo entonces el criterio de la empresa como característica para distinguir industria y artesanado, sujetando la primera, y no el segundo, al derecho comercial; llega hasta comprender, con el código italiano de 1882, la especulación inmobiliaria, atravesando una frontera que parecía inaccesible; abrazando, conforme algunos derechos, todas las operaciones bursátiles sobre títulos y valores, aun cuando se realicen con fines de inversión.

Posiblemente, el siglo XIX se puede indicar como punto de referencia en la reciente evolución. Por una parte, a comienzos del siglo, el Código de Comercio francés, con el cual no sólo fué jurídicamente codificada la libertad de competencia, sino que también triunfó el sistema objetivo de los actos de comercio y se abandonó la práctica de sancionar leyes especiales para cada sociedad anónima; y, por la otra, a mediados del mismo siglo, la renovación legislativa, que se verificaba aproximadamente en esa época, del derecho cambiario en Alemania y en Inglaterra, y la admisión, en este último país y en Francia, de la libertad de constitución de las sociedades anónimas, con independencia de la autorización administrativa, acompañada, en el campo jurídico, por la iniciativa privada y el liberalismo económico.

A la progresiva extensión de aquellas exigencias que habían sido peculiares, desde el principio, al comercio ultramarino y bancario, siguió la progresiva extensión de la esfera de aplicación del derecho comercial. Principios e instituciones que primeramente habían sido considerados excepcionales o propios sólo de determinada materia, pasan, por el contrario, a constituir prin-

cipios e instituciones de carácter general, aplicables a todo el campo del derecho.

Del seguro marítimo se pasa al terrestre, al seguro de vida. La disciplina de esta institución, unida a uno de los conceptos tal vez más importantes y característicos del derecho moderno, es trasladada en muchas legislaciones del código de comercio, donde se la consideraba conforme a su origen histórico, al código civil, a pesar de continuar siendo mercantil el acto del asegurador. Simultáneamente pasaba del derecho privado al público, constituyendo una técnica jurídica que permitía, de modo general, la eliminación de las consecuencias perjudiciales de determinados hechos que presentan carácter de multiplicidad y están por eso sujetos a las leyes de probabilidad.

✓ Las sociedades anónimas obtienen, al finalizar el siglo XIX, la facultad de poderse constituir para un fin civil, y su régimen que tiende, a su vez, en muchas legislaciones, a prolongarse mediante leyes especiales, termina por ser una disciplina única, independiente de la diversidad del objeto social y con constante sujeción de la sociedad a la ley mercantil, que nos indica, en la realidad, el tránsito de la institución a la esfera del derecho común. Por una especie de retorno histórico, se convierten también ellas en instrumentos de la actividad de entidades públicas, que utilizan de tal modo ese instrumento elaborado en el derecho comercial, sujetándose a sus principios.

En muchos países, el régimen de los títulos al portador, al igual que el de los seguros ya mencionado, pasa a ser disciplinado por el código civil.

La letra de cambio y el cheque, tratados en leyes especiales, constituyen instrumentos generales de crédito y de pago, respectivamente, que, por la propia generalidad de sus funciones, ya no se unen de modo necesario a la actividad mercantil.

Seguros, sociedades anónimas y títulos de crédito, posiblemente las más características instituciones del derecho comercial, que concentraban la atención de los tratadistas de otros tiempos (como en la obra, tan aguda y moderna, de JOSÉ DA SILVA LISBOA), constituyen hoy materias que, disciplinadas la primera con frecuencia en el propio código civil, la segunda en una ley especial, y la tercera en el código civil y en leyes especiales, son realmente de aplicación general.

14. APROXIMACIÓN ENTRE EL DERECHO COMERCIAL Y EL DERECHO GENERAL DE LAS OBLIGACIONES. — La verdadera distinción entre jurisdicción civil y mercantil comienza a fines del siglo XIX a ser abolida en muchos países, tal como ocurre en Italia y en Brasil. Esto, a su vez, coopera en la tarea de aproximación del derecho comercial y del derecho común, por la propia conexión histórica y práctica del derecho sustantivo y del derecho procesal. Fué, en efecto, a consecuencia de la abolición de una jurisdicción especial, que el derecho comercial se amalgamó en el derecho común, en Inglaterra, desde fines del siglo XVII; por el contrario, la subsistencia de la distinción jurisdiccional fija, en Francia, la distinción entre derecho civil y comercial.

Si, como recuerda SUMMER MAINE, el derecho nace de la acción procesal, es obvia la importancia de la unificación o de la distinción procesal para preparar la unificación, en el primer caso, y para determinar, en el segundo, dicha distinción entre derecho sustantivo civil y comercial.

Se puede notar que cuando el código de comercio es de fecha muy anterior al código civil, éste contiene principios que, en el terreno general del derecho comparado, son considerados, debido a su menor formalismo, típicamente comerciales, y, por el contrario, el código de comercio, principios que en el mismo campo son juzgados como civiles. Es lo que ocurre, por ejemplo, en Brasil.

En efecto, mientras la codificación brasileña del derecho comercial data de 1850, en el derecho civil se pasó directamente del sistema de las ordenaciones, o sea del sistema del derecho romano-común, al código de 1916, mientras que, en cambio, en Europa occidental, en la primera mitad del siglo XIX, los códigos inspirados en el Código Napoleón sustituían al derecho romano-común vigente, en virtud de la profunda y benéfica renovación resultante de la revolución francesa. El código brasileño de 1916, en algunos aspectos más moderno que los códigos inspirados en el Código Napoleón, mantiene viva en el derecho civil y procesal brasileño la tradición del derecho romano-común de los siglos XVII y XVIII, mucho más de lo que acontece en los otros derechos. Tal vez, dicho sea entre paréntesis, la vitalidad de esta tradición es el punto de partida de algunas diferencias entre las orientaciones de la doctrina y de la práctica forense en Brasil y demás países cuyo derecho se basa también en el derecho romano. Esta vitalidad, a su vez, armoniza con el hecho de que las ordenaciones filipinas constituyeron, al publicarse, un texto más adelantado y completo en comparación con el derecho vigente a la sazón —el cual, por su parte, se combina con la historia política de la península ibérica—, habiendo adquirido fuerza en Brasil hasta el siglo XX, durante un período muchísimo más largo que el período de vigencia de cualquier otro título de contrato legal en países de derecho románico en la época moderna.

De todos modos, el código civil de 1916 resulta a veces más moderno que el código de comercio de 1850 —lo que es natural si tenemos presente las respectivas fechas de aparición—; y, por eso mismo, en algunos aspectos más comercial.

Por ejemplo, mientras que el código de comercio de 1850 no adopta el principio *dies interpellat pro homine*, no obstante tratarse de un principio generalmente

adoptado en el derecho comercial, aun cuando no lo sea en el derecho civil, el código civil sí lo adopta.

Se nota así en el Brasil la propensión a aplicar en el derecho comercial principios del civil, al contrario de lo que sucede en los demás países; pero esta aparente *civilisation du droit commercial* es en realidad una confirmación de la *commercialisation du droit privé*, puesto que sucede justamente como consecuencia de la mayor modernidad, y, permítaseme la expresión, de la mayor comercialidad del código civil.

Por otra parte, el derecho comercial brasileño no adoptó, por ejemplo, en materia de resolución de contratos, de prueba por testimonio, de solidaridad pasiva, principios que en otros derechos se señalan entre los más característicos del derecho comercial, en contraposición al civil.

Es posible que una de las características de la situación jurídica brasileña sea resultado precisamente de esta mayor modernidad del código civil, junto a la influencia de la tradición del derecho romano común de los siglos XVII y XVIII, y de menor acentuación, como aun se sugería, en el código de comercio o en la actividad industrial y comercial, de algunas características del derecho comercial moderno.

Este último aspecto se une, alternativamente, a la estructura económica del país, y en la esfera del derecho comercial se manifiesta en el carácter prevalementemente familiar de las sociedades anónimas; en el hecho de atribuir, en el comercio interno, al duplicado —cuya forma está más próxima a la de los títulos probatorios— las funciones que en los demás países desempeña la letra de cambio; en el escaso desarrollo de un mercado de capitales cuyo desenvolvimiento constituye, por el contrario, el punto de partida de muchos de los problemas recientes del derecho comercial europeo o norteamericano. Por otra parte, la existencia de una agricultura dedicada a la producción de mercaderías de

exportación, sujetas a las fluctuaciones de los grandes mercados internacionales, concurre para caracterizar la situación brasileña y distinguirla de la europea.

Por el contrario, y como consecuencia de un fenómeno en cierto sentido inverso al de la *commercialisation du droit privé*, la quiebra se fué aproximando a los principios peculiares del derecho común, y moderando sus características propias para trasformarse en un procedimiento ejecutorio concursal.

En efecto, la evolución de las leyes recientes fué, a la vez, aboliendo la distinción del proceso de la quiebra en dos fases; aboliendo el cierre por *union des créanciers* [unión de los acreedores], tal como se encuentra en el Código francés, lo que evidencia en sus orígenes un carácter casi de ejecución privada, propio de la quiebra; se pasó de la quiebra, considerada como crimen, a una presunción de culpa en ella, y, sucesivamente, a la incriminación de determinados hechos; se consideró a la quiebra como condición de punibilidad; la rehabilitación fué disciplinada cada vez más generosamente, y llegó, en la interpretación brasileña, a respetar también los efectos patrimoniales, aproximándose al *order of discharge* anglosajón, a pesar de la profunda diferencia de las instituciones y de la ausencia de aquélla en el sistema anglosajón como materia propia de los comerciantes; fué abandonando así su primitivo carácter de indignidad.

Las orientaciones doctrinales fijaron esta transformación acentuando el carácter procesal de la quiebra, anhelando sujetarla a los principios del derecho procesal común.

Mientras en el proceso del conocimiento fueron con frecuencia los principios del derecho comercial los que influyeron históricamente en el derecho común, en el caso de la quiebra hubo, tal vez, un fenómeno inverso.

Además, el principio de la concursabilidad de la quiebra tiende a extenderse a todos los casos en que haya pluralidad de acreedores.

También fué evidenciando, no obstante la oposición de la doctrina, la característica de la quiebra como medio para liquidar una situación onerosa, hecho que se puede advertir tanto en la evolución del concordato como en las providencias especiales dictadas fuera del campo comercial.

15. FUNCIÓN DEL DERECHO COMERCIAL. — Tal vez lo dicho hasta aquí evidencie esa función, casi diría de *pioneer*, desempeñada en general por el derecho comercial y ligada al significado y a la función de su autonomía.

En efecto, en oposición al derecho común, elaboró las instituciones más típicas de la economía moderna, las que constituyen, con pocas diferencias, los instrumentos jurídicos de ésta.

Quien quisiese caracterizar en el derecho privado moderno el rasgo que más lo distingue de los derechos antiguos, difícilmente podría señalar instituciones más representativas que las sociedades anónimas, los títulos de crédito, el seguro; es decir, todas aquellas que, cualquiera sea su situación legislativa, fueron posiblemente las más típicas creadas por el derecho comercial.

El camino para alcanzarlas fué largo, arduo y, en cierto sentido, experimental; las soluciones que representan no fueron obtenidas de improviso, sino en forma lenta y paulatina, merced a una constante colaboración entre la ley, la doctrina y la jurisprudencia; siendo, a veces, aprovechadas instituciones del derecho tradicional para adaptaciones y desenvolvimientos, pasándose, poco menos que experimentalmente, de aplicaciones particulares a aplicaciones más vastas, con arreglo a las distintas exigencias; realizándose, en determinadas ocasiones, lo que podríamos llamar "invenciones" jurídicas, esto es, nuevas combinaciones de principios jurídicos ya

conocidos para alcanzar la solución de un problema insatisfecho; creándose nuevos instrumentos, podría decir nuevos mecanismos jurídicos para el progreso económico y técnico, y para la solución de problemas suscitados por este progreso.

La consigna que se lee en el más célebre, quizá, de todos los cursos de extensión universitaria —esa obra maestra que es el *Common Law*, de HOLMES— y que dice: *The life of the law has been experience* [La vida del derecho ha sido experiencia], puede confirmar el desenvolvimiento histórico de las instituciones del derecho comercial. ✱

16. CARÁCTER DEL DERECHO COMERCIAL. — Las exigencias económicas a que se vinculan las instituciones del derecho comercial se hicieron sentir, al principio, en un ámbito limitado; pero, sucesivamente, se fueron extendiendo a toda la economía.

Fué por eso que el derecho comercial se constituyó como un derecho autónomo y especial en contraposición al derecho romano canónico común, entonces vigente; que elaboró sus instituciones y sus principios en relación a materias peculiares, a pesar de haberse tomado ellas, sucesivamente, de aplicaciones cada vez más amplias y también generales, al punto de surgir el problema de su recepción en el derecho común.

✓ Por lo expuesto, veo en el derecho comercial, no obstante ser la tesis heterodoxa, una categoría histórica, aproximando el fenómeno del derecho comercial al del *jus honorarium* romano y al de la *equity* inglesa, y respetando, como es lógico, sus profundas diferencias.

La constitución de un derecho comercial especial resulta históricamente de las exigencias de esa economía capitalista que, surgida con la burguesía de las ciudades y con características muy diversas de las tradicionales, fué progresivamente renovando con espíritu de raciona-

lización, de riesgo, de libre competencia e iniciativa, la constitución económica.

No obstante, como es obvio, esa transformación económica influyó sobre todo el derecho, y puede señalarse también entre las causas del renacimiento del derecho romano desde el siglo XII. Ella encontró, sin embargo, especial expresión jurídica en el derecho comercial, que, justamente por eso, pasó a desempeñar ese papel de *pioneer* a que nos referimos hace poco, y, de tal manera, a elaborar los instrumentos técnico-jurídicos generales de una economía de masa.

El derecho comercial en el terreno de la economía, se combina, así, no con determinada actividad económica, sino con un preciso sistema de economía, hallando en la aparición y desenvolvimiento de este sistema la explicación de su constitución como derecho especial y la de su desarrollo.

El derecho comercial se presenta, por eso, históricamente ligado en sus orígenes a la economía capitalista, la cual, a su vez, se une a la constitución de la economía de masa; muchas instituciones del derecho comercial ofrecen, actualmente, una correlación general con la economía de masa, constituyendo el instrumento jurídico de ésta.

17. CARACTERÍSTICAS DEL DERECHO COMERCIAL.

— La concepción que vengo exponiendo del "derecho comercial" como categoría histórica, demuestra lo que hay de exacto y, simultáneamente, de unilateral en la tesis de la mediación, o de la circulación, o de la empresa o de la producción en masa, que evidencian, por último, la primera, el ramo de actividad en que desde el principio se manifestaron históricamente las nuevas exigencias; y la segunda, una de las características fundamentales del sistema económico, que se fué elaborando, en consecuencia, considerado finalmente en su relación con el mercado; la tercera, una de las cualidades distintivas de

este sistema considerado en lo que respecta a la organización técnica de la producción; la cuarta, una característica del sistema que se fué acentuando cada vez más, y que interesa también a la técnica de la producción. Las tres primeras tesis nos indican lo que históricamente constituye el punto de partida de la evolución del derecho comercial; la última señala la función actual de muchas instituciones de esa rama del derecho, que justamente bajo este aspecto pueden utilizarse hasta con independencia de algunas de las premisas en que se asentó su desenvolvimiento histórico. *

Dicha concepción me parece que justifica la tesis que sostiene que el derecho comercial ha surgido en la historia del derecho con el comienzo de una determinada economía y encontrado en su desenvolvimiento un campo de aplicación cada vez más vasto en relación con la creciente extensión de ésta;

la contraposición tradicional entre la agricultura (en donde se conservó más viva la forma patriarcal) y el derecho comercial, y la propia posición, desde el comienzo casi excepcional, de este derecho, frente al carácter no solamente fundamental sino al principio prevaeciente de la agricultura entre las actividades económicas, carácter que sólo en el siglo XIX se vió alterado debido a la industrialización;

la ulterior aproximación entre el derecho comercial y la agricultura: que se manifiesta cuando ésta comienza a recurrir, en forma sistemática, al crédito bien organizado, racionaliza sus métodos de explotación y, como significativamente se dice, se industrializa, conservando de este modo el carácter que le es propio en la economía, y al mismo tiempo trasformando y modernizando su técnica; se restringe, entonces, la contraposición entre la agricultura, por un lado, y la actividad comercial e industrial, por el otro, y, en consecuencia, se aproximan el sistema civil y el comercial;

la posición del problema de unificación del derecho

de las obligaciones y de la extensión de la quiebra que concierne finalmente a todas las ramas de la actividad, y, por eso, en especial, a la agricultura, de principios e instituciones comerciales del derecho de las obligaciones y de la quiebra.

En la actualidad, el primero de estos problemas tiene en la práctica menor importancia que en las aulas universitarias, justamente en la medida en que ya se verificó el tránsito de principios del derecho comercial al derecho general de las obligaciones, al punto de existir códigos civiles que, por ser cronológicamente posteriores a los correspondientes códigos comerciales, son más comerciales que éstos. En realidad, lo que prevalece no es por consiguiente el problema de la unificación del derecho de las obligaciones, ya en gran parte realizada de hecho, sino el de la posibilidad de aplicar a la agricultura algunas instituciones comerciales; por ejemplo, en cuanto a la movilización del crédito; a las garantías del crédito mobiliario; a los límites de éste teniendo presente las peculiaridades de la agricultura, a menudo diversas, por otra parte, según las distintas regiones; a las necesarias adaptaciones que deben hacerse frente al ciclo de producción de la agricultura y de la prevaleciente importancia del elemento inmobiliario, cuya situación jurídica está ya de por sí sujeta a publicidad.

El segundo de los problemas, referente a la extensión de la quiebra, se une, por una parte, a la evolución de esta institución, y, por la otra, a la racionalización de la agricultura y a la utilización del crédito, aun fuera del campo hipotecario, con oportuno tecnicismo.

El punto de vista desarrollado al comienzo de este número explica, a mi juicio, las características generalmente indicadas como típicas del derecho comercial; la mayor libertad de formas y de pruebas y la prevalecencia del principio de buena fe, que no excluye, precisamente frente a las exigencias de la tutela de la buena fe y de la circulación, el formalismo, que aparece de

nuevo en los títulos de crédito; la preocupación de cuidar de los problemas de la circulación, mercados, Bolsas y Bancos; la racionalización, ya evidenciada en los libros de los comerciantes; el interés por tutelar el crédito, en vista del tratamiento de las relaciones de débito y de crédito y de la pluralidad de las relativas a cada deudor, como resulta de la institución de la quiebra; la libertad de iniciativa y de competencia, junto al esfuerzo de estimular, y, finalmente, de asegurar el riesgo; la presunción de onerosidad de los contratos y de las obligaciones comerciales que en el Código italiano conduce al principio del art. 41, respecto de los intereses aun con independencia de mora, y a la disciplina, como contratos a título oneroso, de contratos (por ejemplo, el mandato) que son, por el contrario, a título gratuito en el derecho civil; el carácter internacional y luego, en primer lugar, los problemas que se fueron presentando en los últimos decenios —frente a la progresiva acentuación de la característica de la producción como producción en masa, con la frecuente sustitución de una pluralidad de pequeños empresarios por grandes empresas organizadas— con respecto a los contratos de adhesión, a la concentración industrial, á las coaliciones entre sociedades, a la lucha contra los monopolios para tutelar de este modo la masa de los consumidores frente a las grandes empresas organizadas, teniendo en cuenta los problemas que son el resultado de la reunión en pocas manos del control de la riqueza, y evitando que posiciones de privilegio se opongan a la expansión económica en el interés de todos; la disminución, por un lado, en la evolución reciente, de la discrecionalidad contractual, ante normas publicistas; la utilización, por otro lado, de muchas instituciones de derecho comercial hasta en el ámbito del derecho público o en empresas de carácter colectivo, pasando a constituir, así, muchas instituciones del derecho comercial los instrumentos técnico-jurídicos generales de

una economía de masa, sobresaliendo su carácter técnico y funcional.

Entre las instituciones del derecho privado son justamente las del derecho comercial las que se presentan más relacionadas con el desenvolvimiento económico. *

Por una parte, los problemas del derecho comercial se ligan, en virtud de ello, a los problemas más debatidos de nuestra época, como los que pertenecen al intervencionismo estatal y a la libertad de iniciativa, a la socialización y a la propiedad privada; mientras, por la otra, la estructura técnica de las instituciones del derecho comercial parece, con frecuencia, participar de aquella "neutralidad" que es peculiar a la técnica, en medida mayor de lo que acontece con las instituciones del derecho civil.

CAPÍTULO II

LA TEORÍA DE LOS CONTRATOS

1. CONSENTIMIENTO Y "VINCULUM JURIS". — Ningún principio jurídico parecerá quizá tan natural a nuestra actual mentalidad como aquel de que el contrato se basa en el consentimiento de las partes; de que del consentimiento deriva, respetados algunos requisitos de carácter general, el *vinculum juris*, y de que las partes pueden divergir de los esquemas contractuales legalmente trazados: la libertad contractual es el principio fundamental del derecho privado moderno.

La mentalidad moderna desconfía del formalismo; procura encontrar la voluntad de las partes con independencia de palabras o fórmulas sacramentales; admite la posibilidad de que las partes concluyan contratos no correspondientes a los nominativamente indicados por la ley; señala, incluso, como excepcional el requisito de la forma del contrato, y, además, resiste la admisibilidad de los actos abstractos.

El formalismo puede encontrar en el derecho moderno una justificación en la exigencia de certeza jurídica, y, desde este punto de vista se puede a veces hasta señalar un renacimiento del formalismo en el gran comercio internacional, justamente frente a las exigencias de certeza y seguridad que llevan a algo así como a una "estandarización contractual". Pero, de cualquier manera, estamos lejos de la orientación de los derechos antiguos y de la del derecho romano antiguo, en el cual el formalismo se combinaba con lo que IHERING denominó "plasticidad del sistema jurídico", con la materia-

lización de los actos jurídicos (puede ser significativo hasta el sentido etimológico de la palabra "obligación") y a su vez acaso con lejanos orígenes mágicos, en el cual había apenas determinados contratos nominativamente indicados, y en que el consentimiento de las partes, no obstante observarse ciertos requisitos de carácter general, no era suficiente para producir el *vinculum juris*, a no ser cuando se respetasen rigurosamente determinados esquemas contractuales, con frecuencia formales.

Lo que hoy aparece como principio de derecho natural, y que bajo esta forma ya encontramos en GROCIO, es una de las conquistas del derecho, y una de aquellas cuya historia es más compleja y tal vez más oscura, frente a la concurrencia de elementos y factores diversos, desde el canónico, resultado de la santidad de la palabra dada, hasta el comercial, consecuencia de las exigencias de la nueva economía de la burguesía de las ciudades.

Ese contraste se relaciona con una estructura económica distinta: la de una economía presente en determinados negocios, idénticos constantemente en sus rasgos fundamentales, y la de una economía que, por el contrario, en la multiplicidad de sus empresas, procura simultáneamente nuevos esquemas contractuales y nuevas empresas económicas.

Al mismo tiempo, el contraste en la historia del derecho se relaciona también con el contraste entre la tradición del derecho romano clásico, que tenía en cuenta antes que nada el contrato verbal, y los hábitos del mundo actual (anteriormente, del mundo griego y alejandrino), frente a los cuales los contratos escritos y la documentación son lo normal.

Como resultado, a la evolución señalada acompaña la importancia progresivamente mayor del contrato escrito, el cual desempeñará la función de certeza jurídica que, en un sistema de contratos verbales, apenas podía

cumplirse mediante el uso de determinadas fórmulas sacramentales.

Esto resulta claro para quien recuerde que en el mundo de hoy el formalismo contractual se adhiere principalmente al contrato escrito, mientras que el típico contrato formal romano, la *stipulatio*, era verbal, y el abandono de su carácter formal y abstracto se conjugó justamente con el mayor alcance de la redacción de un documento.

La mayor importancia de la escritura y la difusión de los documentos escritos en el mundo moderno se combinan, alternadamente, con el desenvolvimiento de una economía basada sobre todo en los negocios entre ausentes. Por eso mismo, excepto en las hipótesis de lo *nuncius* verbal de otrora y del teléfono de hoy, se une al contrato escrito y al problema del contrato entre ausentes, el que alcanza en el derecho moderno una importancia mucho mayor de la que le era propia en el derecho clásico, donde dominaban los contratos entre presentes.

2. EL PRINCIPIO DE LA LIBERTAD CONTRACTUAL Y LA CAUSA DE LOS CONTRATOS. — Cuando del simultáneo y conexo renacimiento de los estudios jurídicos y de la vida burguesa y urbana en la Italia de los municipios, la tradición jurídica, ausente en los textos romanos, evidenciaba principalmente el contrato formal y una serie determinada de contratos, a pesar del mayor alcance que en la evolución histórica del derecho romano había adquirido el consentimiento, ya en el *jus honorarium* y en la evolución de los últimos siglos del derecho romano, ya en la tradición bizantina, ya en la evolución de la *stipulatio*, ya en los principios evidenciados por los contratos consensuales y por los llamados contratos *in-nominados* y el sistema de las *condictiones*.

No es nuestro propósito examinar la participación respectiva de uno u otro elemento, pues es muy discu-

tida actualmente entre los romanistas, en especial con referencia a la cuestión de las interpolaciones en los textos romanos y su alcance sustancial.

De cualquier manera podemos seguir desde los glossadores la evolución en virtud de la cual el consentimiento llegó, en principio, a prevalecer sobre la forma, quedando esta última como un principio excepcional; el principio general de la obligación resultante del consentimiento de las partes —con la simultánea elaboración de los requisitos generales de todos los contratos— fué de este modo sustituyendo al sistema heredado de los clásicos, que reconocía un número determinado de causas productoras de obligación.

Hemos recordado que esa transformación, en el derecho medieval, se debió tal vez esencialmente a dos factores: por una parte, al derecho canónico, y, por la otra, al derecho comercial. Es con relación a este último que el fenómeno merece recordarse en la presente introducción al derecho comercial.

Consecuentemente, se elaboró la hoy llamada parte general de los contratos: al principio general según el cual el contrato puede asentarse en el consentimiento, no hallándose las partes apenas ligadas a los esquemas predeterminados en forma legal, corresponde necesariamente la elaboración de requisitos generales que deben observarse en cualquier contrato, sea para la tutela de las partes (como lo que se dice respecto a la capacidad y al consentimiento), sea para la del orden general (como los relativos a la licitud).

La doctrina del derecho natural sistematiza y completa ya con GROCIO la evolución; reconoce, por una parte, el principio de que del acuerdo de voluntades resulta el *vinculum juris*, un principio de derecho natural; y por la otra, sistematiza los requisitos generales de los contratos, elaborando la doctrina de los contratos de los derechos modernos y la teoría de la conclusión del contrato entre ausentes, que son fruto, así, de la

sistematización de los principios de la doctrina jusnaturalista.

Desde la iniciación de esta larga evolución histórica, encontramos, en AZO, el requisito de la causa, cuya historia tiene su punto de partida en los comienzos de la evolución de la doctrina contractual moderna. A este respecto, refiriéndonos a la evolución contractual moderna, podemos considerar a todos los derechos modernos, tanto los romanos como los anglosajones, pues es en ciertos fragmentos de AZO donde se encuentra el punto de partida de la doctrina inglesa de la *consideration*.

A mi modo de ver, en lo que respecta a la disputada doctrina de la causa, es preciso distinguir, principalmente, entre lo que se podría llamar "causa del contrato" y lo que denominaríamos "causa de la atribución patrimonial", sea obligacional o real.

Cada contrato tiene, por último, una función propia. El negocio jurídico en general, y especialmente el contrato, constituye, en último análisis, el instrumento jurídico de la autonomía privada. No constituye sólo un hecho productor de consecuencias jurídicas; lo caracteriza la circunstancia de que, respetados ciertos límites, las consecuencias jurídicas de él resultantes son las perseguidas por las partes, que determinan así la disciplina jurídica aplicable.

Libertad contractual es sinónimo de libertad de iniciativa y de elección: el contrato es el instrumento jurídico de esta libertad; la disciplina jurídica de los contratos tiende, por una parte, a conciliar esta libertad con el respeto de las exigencias de carácter general, y, por otra, a regular los opuestos intereses de las partes, tutelando en forma equitativa a ambas en lo que concierne a la expresión y libertad de su consentimiento.

Afirmar el principio de la libertad contractual significa fortalecer esta autonomía y libertad privadas, y no es, posiblemente, sin profundo sentido, la conexión

histórica, incluso en el derecho público, de la tradición democrática con la tradición contractual.

Sostener la posibilidad de que las partes se obliguen contractualmente, sin adoptar esquemas legales predeterminados, significa reconocer de modo general la libertad contractual. La no sujeción de las partes a tales esquemas significa dar a cualquier fin económico lícito un instrumento de realización, y sancionar, por eso, no sólo una libertad de elección sino una libertad de iniciativa.

Pero, justamente teniendo presente esto, es necesario identificar la función de cada contrato, su causa, para apreciar su licitud en la conciliación de la satisfacción de los intereses individuales y de las exigencias generales, y para identificar la disciplina jurídica aplicable. Esta identificación, admitido el principio de la libertad contractual, no puede basarse en elementos formales o en el uso de palabras o fórmulas sacramentales: puede fundamentarse sólo en la función económica de cada contrato: esta función económica (por ejemplo: trueque de una cosa por dinero en la compraventa) constituye objetivamente un elemento identificador del contrato, y, subjetivamente, un propósito común a ambas partes y un fin que caracteriza a cada contrato de determinado tipo.

Esto faculta también a identificar, por una parte, los contratos nominativamente regulados en la ley (que podríamos llamar nominados), y, por otra, los no mencionados nominativamente en la ley (que, de modo general, podríamos llamar innominados).

Entre estos últimos podemos distinguir aquellos cuya función económica resulta de una mezcla o combinación de las funciones económicas de los contratos nominados (pudiéndose entonces hablar de contratos mixtos), y aquellos cuya función económica es, por el contrario, radicalmente nueva en comparación con las funciones económicas de los contratos nominados (pu-

diéndose entonces hablar de contratos innominados *strictu sensu*).

La noción de causa del contrato (poco importa si es mencionada o no en la ley) servirá como elemento identificador y clasificador de los contratos, el cual, en forma alternada, servirá para la identificación de la disciplina jurídica aplicable, y constituirá el lazo de unión entre el aspecto económico y el jurídico.

Ese problema, a su vez, asume importancia práctica, precisamente a la vista del principio de que las partes se pueden obligar aunque no adopten los esquemas contractuales previstos de modo expreso en la ley.

Como consecuencia, la práctica viene de continuo elaborando nuevos contratos que, aislada y sucesivamente, pasan a integrar los textos legales. El constante problema del jurista es apreciar la licitud e identificar la disciplina jurídica de estos contratos, ora encuadrándolos en los esquemas de los contratos nominados, respetando no obstante sus peculiaridades, ora encarándolos como contratos mixtos o innominados.

Los códigos, con excepción de algunos muy modernos, ya no hablan de contrato de apertura de crédito o en el descuento, o, ya en el terreno de la vida diaria, en el contrato de pensión o en el de transporte con cobranza del precio de la mercadería transportada (el llamado servicio de reembolso), o en el depósito de títulos en custodia en un Banco con el mandato de administrarlos. En los códigos de la primera mitad del siglo XIX (entre éstos no se omite el más importante de todos, el Código Napoleón) no se menciona el contrato de seguro, a no ser en cuanto al seguro marítimo; a su vez, el contrato de cambio con el doble requisito de la *permutatio pecuniae* y de la *distantia loci*, de tanta importancia en el desenvolvimiento del derecho comercial frente al hecho de haber constituido el punto de partida de la letra de cambio, era, finalmente, desconocido para el derecho romano.

En consecuencia, es permanente el problema de elaborar una disciplina jurídica relativa a contratos que, fruto de la práctica, son mientras tanto desconocidos por la ley. Podrán presentarse como variedades de contratos nominados regulados por el principio de la absorción (o sea, atendiendo en principio a la prestación principal, dentro de las diversas estipuladas por las partes, y aplicando a todo el contrato la disciplina propia del tipo contractual a que corresponde esa prestación principal, pero respetando las peculiaridades de las demás), o como contratos mixtos (lo que puede resultar de la imposibilidad de identificar entre las varias prestaciones una que pueda considerarse principal, o del hecho de corresponder la prestación debida por una parte a la típica de un contrato diferente de aquel al que corresponde la prestación típica de la parte contraria o como contratos innominados (frente a la circunstancia de no corresponder la prestación principal estipulada a un tipo contractual legislativamente mencionado).

Distinto es el alcance del concepto de causa de la atribución patrimonial, siendo éste peculiar a la vieja doctrina de los glosadores y comentadores. En efecto, en la necesaria conciliación de la libertad contractual con las exigencias de carácter general, de la tutela del deudor (o del enajenante) con la del acreedor (o del adquirente), es preciso que haya una justificación de cada atribución patrimonial, excepto en aquellos casos, si bien excepcionales, en que el derecho prescinde de este examen, hablándose, por eso, de actos abstractos; éstos son, simultáneamente, actos formales, y por tanto en ellos la forma pasa a desempeñar la función de tutela del deudor, que en los demás actos (llamados causales) es cumplida por la causa, o sea, por la necesidad de un justificativo de la atribución patrimonial, justificación que, de modo general, podemos llamar el sacrificio o empobrecimiento del deudor (o del enajenante).

✓ Esta justificación se halla constituida subjetivamente por la finalidad inmediata perseguida por las partes; cada una de éstas, en los contratos bilaterales, teniendo presente la prestación de la parte contraria, consiente en el sacrificio constituido por la asunción de su propia prestación, que es fin para una de las partes, mientras que para la otra es medio; este fin inmediato que la parte persigue y que equitativamente justifica la prestación, constituye, en definitiva, lo que en la doctrina causalista se denomina "causa".

Me referí a la doctrina causalista, puesto que efectivamente se discutió mucho sobre la necesidad de este requisito. Muchos autores sustentaban que él estaba necesariamente comprendido sea en el objeto del contrato (en los actos a título oneroso), sea en el consentimiento (en los actos a título gratuito). El Código brasileño adoptó la doctrina anticausalista que tuvo, en las doctrinas belga y francesa, sus sostenedores en ERNST, LAURENT, HUC, BAUDRY-LACANTINERIE y BARDE y PLANIOL.

El problema puede ser aquí sólo señalado, no resuelto. Se discute, de otro modo, respecto de la concepción más precisa de la causa, y existe una orientación, dominante en la doctrina italiana, que identifica, en los contratos bilaterales, la causa de la obligación de cada parte con la asunción válida de la obligación de la parte contraria, y por eso distingue el sinalagmático llamado genético del llamado funcional; otra, dominante tal vez en la doctrina francesa, identifica, en los contratos bilaterales, la causa de la obligación de cada parte con la ejecución de la obligación de la parte contraria.

Por eso, se discute siempre acerca de los límites más exactos entre causa, motivo y fin, conforme a la obvia exigencia de tutelar al deudor (lo que al final resulta de la teoría de la causa), pero de respetar también las exigencias del acreedor (que no serían respe-

tadas en caso de tomarse en consideración los simples motivos o cualquier fin individual de la parte).

De cualquier manera, no me parece dispensable la exigencia de una justificación de la atribución patrimonial; pienso que también aquí se trata de un requisito que lógicamente se une al sistema de la libertad contractual y al abandono del formalismo, procurando tutelar al deudor (o al enajenante) mediante la exigencia de una justificación de su sacrificio.

El debilitamiento de esta exigencia lleva a los actos abstractos, en los cuales, a veces, especialmente ante las exigencias de la circulación y, por lo tanto, de la tutela del subadquirente, se debe, por una parte, hacer menos intensa la tutela del deudor, y por la otra, disciplinar rigurosamente las formas en que la voluntad del deudor debe manifestarse, como tendremos ocasión de volver a examinar al tratar los títulos de crédito.

3. LIBERTAD CONTRACTUAL Y TEORÍA GENERAL DE LOS CONTRATOS. — Me parece que pueden así conciliarse el principio de la libertad contractual y la elaboración de los requisitos generales de los contratos en una evolución jurídica y económica que, a su vez, se adhiere a la renovación de las exigencias económicas desde la época de los municipios.

Y tal vez se pueda establecer un paralelo entre esta evolución y la producida en el ámbito de los actos ilícitos. En éstos, también la evolución histórica, teniendo presente la propia complejidad y variedad de los casos que se presentan en una economía desarrollada, nos muestra el tránsito de la serie predeterminada de los delitos civiles al principio general de la responsabilidad civil para cualquier acto culposo, con la simultánea elaboración de una teoría general de la responsabilidad civil para sustituir esa serie nominada de los delitos civiles. Lo que se extendió, conforme esta evolución, fué el principio de la responsabilidad, restringiéndose, por el contrario, la

libertad. Basta pensar en la imposibilidad de aplicar análoga orientación en el derecho criminal para verificar todo el alcance de estas consecuencias.

Hubo al mismo tiempo aumento de la libertad contractual y de la responsabilidad civil, y en ambas hipótesis se realizó jurídicamente esta evolución mediante la sustitución, sistematizada por último en la doctrina de los jusnaturalistas, de un principio general por una serie de figuras jurídicas determinadas en forma taxativa.

Esta evolución, por su parte, fué el punto de partida de la del derecho procesal con la sustitución del principio general de la tutela de cualquier derecho por las anteriores enumeraciones taxativas de acciones nominadas.

4. LA REPRESENTACIÓN. — Todavía existe otro aspecto, en cuanto a la contribución del derecho comercial al derecho común, que quizá merezca señalarse, dentro de los límites de este capítulo: el de la representación.

También la representación es hoy un principio general y casi natural; está radicado en la conciencia jurídica de todos, pareciendo natural que alguien pueda, en principio, concluir un contrato por medio de procurador tal como lo podría hacer en persona. Este principio es igualmente fruto de larga evolución histórica. El derecho romano clásico no lo reconocía de modo completo y general, pudiendo, por lo tanto, alcanzar los resultados de una representación sólo indirecta (por ejemplo, por medio de la representación procesal) e imperfectamente, dado que los inconvenientes prácticos de esta situación eran desviados por la esclavitud, en presencia del principio que otorgaba al señor la pertenencia de lo que adquiriese el esclavo.

El propio desenvolvimiento de relaciones comerciales complejas y entre plazas distantes se une a la

posibilidad general del contrato por medio de procurador.

Históricamente, lo que desde un comienzo prevaleció fué la exigencia de resolver los problemas que se ligan a las relaciones entre plazas distantes. En especial por la carencia de teléfono y de telégrafo (cuya existencia disminuyó la importancia de los representantes radicados en plazas distantes), las relaciones entre tales plazas se realizaban preferentemente por medio de comisionados y de representantes, lo que explica la enorme importancia de las correspondientes instituciones en la evolución del derecho comercial.

A su vez, la complejidad de la organización de una empresa obsta a la posibilidad del comerciante (o del director de la sociedad) de participar, personalmente, en la conclusión de todos los contratos; exige por eso la posibilidad general de la representación de modo simple y seguro; la posibilidad de una red de representaciones, desde el vendedor, en la tienda (representante él también del comerciante en la conclusión de un contrato de venta, eventualmente bajo condiciones predeterminadas, como en la hipótesis de las ventas a precio fijo), hasta el procurador general de una gran firma o su representante en el exterior.

Obviada, mientras tanto, la dificultad de esta disciplina, ¿cuál es el sujeto cuya voluntad concluye el contrato: el representado o el representante? ¿Se debe tener en cuenta el vicio en el consentimiento del representado o en el del representante, la capacidad del primero o la del segundo, la buena fe del uno o la del otro?

La doctrina del siglo XIX pasó decenas de años en estas discusiones, y el esclarecimiento de la disciplina de la representación se debió, en parte, a la elaboración de conceptos lógico-jurídicos más perfectos, que prepararon una mejor disciplina del fenómeno.

Se llegó así a distinguir por una parte el negocio jurídico (unilateral: procuración) en virtud del cual el

dominus negotii otorga poderes al representante, y por otra el contrato (de mandato o de locación de servicios) con el que está en conexión normal, pero no necesariamente. Del contrato (locación de servicios: mandato) derivan obligaciones, y entre éstas, eventualmente, la de realizar los actos para los cuales se otorga la representación; de la procuración deriva, finalmente, un "poder", o sea, la facultad del representante de vincular en forma directa, con sus actos, al representado. La representación puede ser hasta independiente de cualquier contrato, no estando el representante obligado entonces a utilizarla; puede constituir el accesorio de un contrato; en este caso es el representante eventualmente el que está obligado a realizar los actos mencionados. Asimismo, en este último caso se podrá tratar de un mandato o de una locación de servicios, como en las hipótesis más comunes, o de un depósito o de una venta (como sucede, a veces, en las ventas con exclusividad, que implican deberes y poderes especiales, en ocasiones hasta del representante, o del comprador exclusivo).

En virtud de los poderes que se le otorgan mediante la procuración, el representante podrá llevar a cabo negocios cuyos efectos recaerán en forma directa sobre el patrimonio del representado. Justamente de esta circunstancia resulta que el poder del representante, constituye un poder especial y no un derecho subjetivo; los actos del representante recaen en forma directa en el patrimonio del representado (y no en el del representante) como si los hubiese cumplido el propio representado.

* El contrato concluido por el representante se basa, directa y únicamente, en el consentimiento de éste (y del tercero), con independencia del consentimiento del representado, lo que no deja de tener su importancia en cuanto a la disciplina de los vicios; obliga al representado, precisamente en virtud de los poderes que le otorgó al representante, y siempre que éste se mantenga

dentro de los límites de tales poderes. Esto facilita la distinción entre falta o exceso de poderes (caso en que el representado no queda obligado por los actos del representante) y el abuso de poderes (que sólo justifica una acción del representado contra el representante); en el primer caso el riesgo está a cargo del tercero (pues el representado no queda obligado si el acto del representante excede los poderes que se le otorgaron); en el segundo, a cargo del representado (pues éste, a pesar del abuso, queda obligado, excepto la acción de resarcimiento por daños y perjuicios contra el representante); en el primer caso existe la ausencia o la violación de poderes otorgados al representante; en el segundo, por el contrario, se respetan los límites de estos poderes, y la violación concierne a las instrucciones que el representado dió al representante respecto de la utilización de los poderes otorgados; el límite de los poderes del representante concierne al "poder" de éste, y por lo tanto es oponible a terceros, y las instrucciones relativas a la utilización de esos poderes atañen a la relación interna entre el representado y el representante, ajena a terceros. * ①

5. CONCLUSIONES. — Es fácil, pues, comprobar el papel que desempeña el derecho comercial en la evolución del sistema contractual moderno, y sería también fácilmente comprobable que, confirmando lo que señalamos en el capítulo anterior, los principios allí considerados se afirman en el comienzo como principios especiales o, según palabras de los antiguos autores, *de jure statutorio*, en contraste con el derecho común y pasando sucesivamente a formar parte de éste en la continua evolución del derecho que acompaña a la evolución de la vida.

CAPÍTULO III

LA COMPRAVENTA COMERCIAL

1. VENTA DE COSA INDICADA GENÉRICAMENTE. —

La compraventa es el contrato típico y fundamental de la vida comercial. Constituye siempre el contrato modelo entre los bilaterales, como el préstamo lo es entre los unilaterales.

En una economía primitiva prevalece la compraventa de cosa cierta y determinada, de cosa especificada. Además, en la conclusión del contrato que se realiza entre presentes, se verifica, a menudo, la presencia física de la cosa objeto de la compraventa, en el momento y en el lugar del acto. Es lo que ocurre aún hoy en las ferias, de tanta importancia en la vida agrícola: las ventas que allí se realizan son ventas de cosa determinada que está presente en el lugar de conclusión del contrato. Esta presencia limita lógicamente el movimiento de las ventas y al mismo tiempo lo concentra en determinadas épocas y lugares.

La venta de cosa genéricamente determinada no encuentra estos límites; puede concluirse con mayor facilidad entre ausentes, y en cualquier tiempo y lugar.

En la compraventa de cosas especificadas, las que pueden ser objeto de venta son, en general, las que tienen existencia física en el momento de la conclusión del contrato, en la propiedad del vendedor.

La compra puede hacerse a título especulativo, con la intención de revender a precios más altos, en previsión de futura escasez de la cosa comprada; la compraventa puede tener por objeto ciertas y determinadas cosas

futuras, pero será difícil la formación de un vasto e intenso mercado que pueda abarcar, de modo normal e indiferenciado, además de las cosas que pertenecen al vendedor, las de terceros, de las cuales el vendedor tiene en mira, a su vez, comprarlas, y también las que puedan producirse en lo futuro.

En la compraventa de cosa genérica no se puede, en rigor, hablar de cosa propia o ajena, presente o futura, pues como la cosa se indica genéricamente y no en su individualidad, el contrato no respeta esta o aquella cosa (sea propia o ajena), sino "una" cosa con determinadas características, mientras que la propiedad (sea del vendedor o del tercero) sólo se puede referir a cosas determinadas.

El elemento real (la transferencia de la propiedad) prevalecerá en la mente de las partes que pretenden, directamente, la compraventa de cosa cierta y determinada en su individualidad.

El elemento obligatorio (obligación del vendedor de entregar y obligación del comprador de pagar) prevalecerá en la mente de las partes que no persigan una cosa determinada en su individualidad, sino sólo la recíproca obligación en cuanto a la entrega y al pago.

En la compraventa de cosa genéricamente indicada no existe conexión física entre el mecanismo de las ventas y la cantidad de cosas existentes en el momento de la conclusión del contrato; el mecanismo de las ventas termina necesariamente por abarcar, además de las cosas presentes, las futuras.

Será normal la determinación de un plazo de entrega; y en el período que va desde la conclusión del contrato hasta la fecha de la entrega, el comprador podrá vender a su vez, o el que vendió aprovechar el plazo del contrato para comprar. Esto, en su desarrollo, podrá llevar a los compradores y a los vendedores a concluir sus contratos con la intención inicial de efectuar otros contratos en sentido inverso (de venta si compraran y

de compra si vendieran), especulando sobre la oscilación de los precios hasta el momento de la entrega de la mercadería.

También existirá, en la hipótesis de compra de cosa genérica, como en la compraventa de cosas individualizadas, la posibilidad de la concentración, en determinados lugares y momentos, de compradores y vendedores; pero, en ese caso, los contratos concluidos pertenecerán a una mercadería determinada sólo genéricamente, y por eso ausente (o sólo representada por muestras); se distingue de esta forma la hipótesis de la Bolsa (que concierne a un mercado de mercadería ausente) y la de la feria (relativa, por el contrario, a mercadería presente).

A su vez esto permitirá sustituir una concentración de compradores y vendedores por una concentración de corredores, terminando el contrato, en este caso, por ser efectuado entre corredores en interés de sus clientes. Las operaciones entonces podrán liquidarse, por una parte, por compensación, siendo cada corredor simultáneamente vendedor, en algunos casos, y comprador en otros, y, por otra parte, los contratos adquirirán un carácter impersonal que se combinará con su estandarización y con un particular rigor en cuanto a la ejecución.

Dado que normalmente el comprador pretende revender y el vendedor puede necesitar comprar; dada la concentración e impersonalidad de operaciones liquidables por compensación que resultan de la Bolsa, el vendedor y el comprador podrían, en fin, perseguir en realidad el lucro resultante de la variación de los precios, independientemente hasta de una real entrega de la mercadería. En vez de entregarla o retirarla, el vendedor o el comprador podrá practicar el acto, económicamente equivalente, de pagar la eventual diferencia entre el precio contractual y el vigente en el mercado en el momento de la entrega. El paso del contrato bolsista de compraventa a término de cosa genéricamente indicada

al contrato diferencial, es de tal modo un paso insensible que resulta ya de la existencia de un mercado bolsístico. Éste, a su vez, constituye por último el desenvolvimiento y perfeccionamiento técnico de un mercado de las ventas en que éstas tienen por objeto cosas indicadas genéricamente (sean mercaderías, o títulos y valores).

Por el hecho de desear cosas indicadas genéricamente, el volumen de las compras y ventas de cosas genéricas no encuentra ningún límite en la cantidad realmente existente de las cosas vendidas. La existencia de una Bolsa con la correspondiente tendencia a la especulación sobre la diferencia de los precios determina esta ausencia de límite, y por eso surgen problemas y abusos que hallan su origen en la falta de conexión entre la cantidad existente de las cosas vendidas y el volumen de las ventas.

2. **COMPRAVENTA MERCANTIL.** — Los problemas del derecho comercial, en lo que respecta a la compraventa, se unen precisamente a la importancia dominante de la compraventa de cosa indicada de modo genérico. La compra para revender y la venta que sigue a tal compra (o sea, una compra y una venta comercial) serán por esta característica, en la mayor parte de los casos, compras y ventas de cosas indicadas genéricamente, mientras la compra del consumidor tendrá en vista con mayor frecuencia una cosa especificada en su individualidad.

En la hipótesis de venta de cosa genérica, adquieren gran facilidad no sólo la reventa sino, como vimos, la reventa hasta por el comprador a quien la cosa aun no se le ha entregado, y, de esta forma, se produce un encadenamiento entre una serie de ventas sucesivas. De éste se desprende la necesidad de una tutela particularmente rigurosa de cada parte en cuanto a la prestación de la otra, pues la falta de ejecución de un solo contrato repercutirá en toda la cadena de las sucesivas operaciones. Resultan lógicas, por eso, las reglas que en muchos

derechos derogan en el comercial las reglas del civil, y que persiguen reforzar simultáneamente la tutela de cada parte (por ejemplo: en cuanto a la resolución del contrato por incumplimiento o en cuanto a una ejecución por autoridad del acreedor) y aumentar la del comprador en lo concerniente a las mercaderías que lleguen de otra plaza (dada la frecuencia con que se relaciona a mercaderías procedentes de plazas lejanas), estableciendo plazos rigurosos para que las partes hagan valer su derecho.

3. LA FINANCIACIÓN DE LA OPERACIÓN Y LAS CLÁUSULAS CONTRACTUALES. — Por último, en la serie de las ventas el comprador será en definitiva el consumidor, y el vendedor, a su vez, el productor. El que finalmente paga la mercadería es el consumidor; los sucesivos revendedores son, desde el punto de vista económico, intermediarios que pueden casi considerarse auxiliares del productor en cuanto a la distribución y colocación de su mercadería. Pero el tiempo que inevitablemente transcurre entre la producción de la mercadería y su adquisición por el consumidor, es largo: hasta este momento es preciso proveer a los gastos de producción y colocación. ¿Cómo? Lógicamente el problema es, en última instancia, aquel de quién debe luchar con la financiación necesaria hasta que el consumidor pueda pagar. En teoría, puede ser el productor, y es lo que sucede cuando éste vende a un plazo tan largo que el comerciante que lo usufructúa puede llegar a recibir el precio de la mercadería, pagado por el consumidor, antes de tenerlo que pagar al productor. También puede ser uno de los intermediarios, y es lo que ocurre cuando el comerciante, pagando por adelantado el precio, lo hace con suficiente antelación para que el productor pueda proveer con el importe percibido, a los gastos de producción.

Prácticamente, el contraste de intereses entre vendedores y compradores determinará en cada caso con-

creto el momento del pago, y en consecuencia el límite del sacrificio de ambas partes. Es lógica por eso la importancia que revisten en la compraventa comercial, las cláusulas referentes al momento en que debe pagarse el importe de la mercadería y los gastos accesorios, comprendidos o no en el precio determinado en el contrato.

También es lógico que, frente al encadenamiento de las ventas, las partes pretendan determinar el momento de la transferencia de los riesgos de la mercadería, en forma tal que este momento se mantenga no obstante las sucesivas ventas. Es lo que ocurre con las cláusulas FOB y CIF que tratan no sólo de determinar en forma más analítica —en esto se funda la diferencia entre estas cláusulas— las obligaciones recíprocas del vendedor y del comprador y los gastos comprendidos en el precio contractualmente establecido, sino también determinar el momento del paso de los riesgos, que es, conforme estas cláusulas, el del embarque de la mercadería, cualquiera sea en el caso concreto el momento de la conclusión del contrato, de la especificación de la mercadería o de la tradición. Por eso, el momento de la transferencia del riesgo será idéntico en cuanto a todas las sucesivas ventas CIF y FOB de la mercadería, evitándose, de tal forma, que uno de los revendedores intermediarios pueda resultar perjudicado.

4. NECESIDAD DEL CRÉDITO. — Cualquiera sea la solución del problema del precio, difícilmente podrá el acreedor esperar el plazo permitido al deudor. Será factible para el productor o revendedor conceder un plazo de pago a su comprador, pero éste deberá encontrar el medio de movilizar de inmediato su crédito. Es entonces cuando interviene el Banco y lo hace facilitando la movilización tanto del crédito del vendedor, con respecto al precio, como eventualmente del crédito del comprador, en relación a la mercadería.

Para tal fin es preciso que esos créditos sean documentados, y más aún incorporados en un título de crédito, pues su movilización es tanto más fácil cuanto más cierta es la documentación y cuanto más invulnerable quede, el Banco que los descuenta, a las excepciones oponibles al comerciante.

Es así como se desenvuelven las operaciones de descuento y caución de cambios, duplicados o hasta facturas o, en algunos mercados, créditos resultantes de los libros comerciales, por una parte, y de caución de conocimientos, por la otra, teniendo en vista, los primeros, la movilización del crédito del vendedor, y los segundos, el crédito del comprador.

De tal forma, la financiación de la operación —en el período que va desde la producción hasta la definitiva adquisición de la mercadería y su pago por parte del consumidor— se efectúa en última instancia mediante el aprovechamiento de las economías recogidas por el Banco, que puede a su vez utilizarlas en operaciones de caución y descuento sobre los títulos de los vendedores y sobre los conocimientos de los compradores.

Las ventas comerciales terminan así por vincularse estrechamente con el mecanismo bancario.

A las instalaciones de cada productor (las que provee con su capital y el de sus socios o con financiación a largo plazo) se contraponen el "capital en giro" del productor y comerciante, que es finalmente suministrado en parte, aunque en forma indirecta, por los Bancos mediante la movilización de los créditos del productor o comerciante sobre la mercadería vendida.

5. FUNCIÓN DE LOS BANCOS. — Los Bancos de depósito concentran así las economías que reciben a corto plazo del público, y a su vez disponen de ellas para emplearlas en créditos también a corto plazo a los empresarios. Consideradas aisladamente, las primeras operaciones constituyen préstamos o depósitos; y las se-

gundas, préstamos. Lo característico de la operación bancaria resulta de la conexión entre la función del Banco como recolector de economías (por medio de préstamos y depósitos irregulares que recibe, siendo de poca importancia, para el plan de este capítulo, examinar cuáles de los llamados "depósitos bancarios" son empréstitos y cuáles son depósitos irregulares, o, además, cuáles son las características de los depósitos irregulares) y su función de distribuidor de ellas (por medio de caución y descuento de títulos, aperturas de crédito, etcétera), y de la circunstancia de que estas operaciones se efectúan profesionalmente, en masa. En fin, el Banco da dinero en préstamo utilizando el dinero que a su vez se le confía, y teniendo su capital, de este modo, una función económica que es de garantía de los depositantes en lo que respecta a las pérdidas en la utilización de los depósitos.

Esta conexión entre operaciones pasivas y activas es conciliable con la liquidez del Banco y con la posibilidad de devolver en principio en cualquier momento sus depósitos, en virtud del carácter sistemático y de masa de las operaciones del Banco. Como consecuencia de esta característica habría siempre, en el flujo y reflujo de los depósitos, un fondo utilizable en las inversiones, quedando por eso garantizada la liquidez del Banco con sólo conservar en caja un porcentaje relativamente pequeño de los depósitos, y pudiendo de este modo utilizar los demás, pues éstos lo son en inversiones a corto plazo y fácilmente liquidables. Esta utilización faculta al Banco para pagar a sus expensas y conceder a los depositantes un interés, cosa que de otra forma no sería posible.

Concentrando así las economías del público a corto plazo el Banco puede funcionar no sólo como intermediario del crédito (conforme lo establecimos arriba), sino también como intermediario en los pagos. La utilización material de la moneda puede reemplazarla con

un asiento en los libros del Banco, al crédito de quien debería recibir y al débito de quien debería pagar. Este asiento podrá ser prácticamente equivalente a un pago material, puesto que de cualquier manera quien hubiera recibido dinero lo tendría depositado en el Banco, y quien lo adeudara y debiera pagarlo, tendría que retirarlo, para este fin, de sus depósitos en el mismo Banco. El deudor podrá sustituir así el pago material con la entrega de una orden al Banco para que con débito a su cuenta se ejecute el pago, y esta orden a su vez podrá ser incorporada en un título de crédito (cheque), objeto de circulación. Con ello se facilita la circulación de los depósitos bancarios a la vista, o sea su utilización en los pagos.

De esta concentración en los Bancos de las economías del público y de su función de distribuidor de créditos a corto plazo en el mercado monetario, resultan alternadamente problemas peculiares que se refieren, por una parte, a la influencia del Banco en el mercado de crédito y en el monetario, y, por la otra, a la tutela de la masa de los depositantes, pues en estas economías (y no en el capital que le es propio) se basa la función del Banco en la concesión de créditos, y de la prudencia en el otorgamiento de éstos resultará finalmente las garantías de los depositantes.

CAPÍTULO IV

LOS TÍTULOS DE CRÉDITO

1. INTRODUCCIÓN. — El problema que examinaré en este capítulo es el de la circulación de los derechos; la solución de este problema radica, justamente, en los títulos de crédito.

Tal como hice en el capítulo anterior, procuraré más evidenciar el alcance del problema y de sus soluciones que asumir una actitud polémica en favor de una u otra.

Procuraremos, al mismo tiempo, poner de relieve algunas de las diferencias existentes entre la orientación brasileña y las orientaciones extranjeras. Siempre e inevitablemente sucede que en los distintos derechos existen premisas implícitas que no pueden apreciarse con facilidad: cada autor y cada derecho da soluciones con respecto a determinados problemas y orientaciones de su medio, y cada lector lee un libro procurando soluciones y orientaciones en relación a sus problemas y a su medio, pudiendo suceder, por lo tanto, que el principio expuesto por el autor adquiera diverso alcance en la mente del lector.

2. CIRCULACIÓN DE BIENES Y DE DERECHOS. — En el comienzo de su evolución histórica, el derecho comercial encontró en el derecho común, principalmente, una disciplina de la circulación de los bienes, de las cosas, de las *res corporales* de la tradición romana.

Pero esta organización tenía por finalidad la circu-

lación de los bienes y no también la de los derechos; o mejor aún, tenía en vista el derecho de propiedad sobre bienes y no derechos de obligación; en la primera hipótesis el derecho romano encaraba directa y objetivamente la *res*, la cosa; en la segunda, subjetivamente, el derecho. La propia transferencia del derecho de un sujeto a otro, aun independiente de una real circulación de él, enfrentaba los mayores obstáculos en la tradición del derecho común. El derecho romano sólo lentamente llegó a la idea de la cesión del crédito, y lo hizo por el camino indirecto de la procuración (institución que por otra parte, aun hoy, continúa desempeñando esa función). En nuestros días la cesión de los créditos nos parece tan natural que es necesario hacer un esfuerzo para entender el hecho de que no haya sido posible, incluso en civilizaciones adelantadas y de economía desarrollada; no obstante, fué enorme el trabajo de los juristas para llegar a la disciplina de esta institución y admitir la subsistencia de la identidad del crédito, objeto de la cesión a pesar de la mudanza de sus sujetos, a los cuales desde el comienzo parecía indisolublemente ligado. Si la cesión no era fácil, la circulación real del crédito era imposible. Como resultado, cada cesionario sucesivo quedaba expuesto a todas las excepciones oponibles a los cedentes.

De ahí la imposibilidad de la circulación de los derechos, pues con la pluralidad de transferencias se multiplicaban las excepciones, y no pudiendo cada cesionario conocer todas las excepciones eventualmente existentes, el derecho habría circulado, en fin, casi como una caja de sorpresas.

Esta dificultad era propia de la circulación de los derechos, ya que en la circulación de los bienes la apreciación de su naturaleza y valor tiene carácter objetivo.

Una segunda dificultad era, por el contrario, común a los bienes y a los derechos: la resultante de la adquisición *a non domino*.

En materia de circulación de bienes muebles, esta dificultad había sido superada en los derechos que sufrieron la influencia de los francos, por el principio *en fait de meubles possession de bonne foi vaut titre*; se trataba todavía de un principio peculiar a la circulación de las cosas muebles, no aplicable, por eso, a la circulación de los créditos.

Tal vez en el ámbito del derecho comparado, una de las singularidades del derecho brasileño, ya sea el actual o el anterior, de las ordenaciones, consista justamente en la ausencia de este principio, el cual, aunque adoptado sustancialmente en cuanto a la letra de cambio, no lo ha sido en lo referente a los bienes muebles y, por consiguiente, en cuanto a los títulos al portador. La explicación histórica de esa diferencia fué objeto de examen por parte de PAULO MEREIA y de ERNESTO MAYER; aquél afirmando y éste negando la existencia del principio, que efectivamente es de origen franco, en el derecho visigodo que cobró vigor en la península ibérica.

3. LAS REGLAS DEL DERECHO COMÚN Y LAS EXIGENCIAS DE LA CIRCULACIÓN. — El derecho común no ofrecía, por lo tanto, una disciplina adecuada a la circulación de los derechos, ante la circunstancia de ser ésta encarada subjetivamente, mientras que la circulación de los bienes lo era objetivamente.

Pero, por otra parte, desde fines del siglo XVI y siempre con más intensidad en los siglos siguientes, la economía pasó a basarse en el crédito. Crédito, o sea, posibilidad de disponer de inmediato de determinados bienes para construir fábricas e instalaciones industriales; crédito para comprar mercaderías que sólo posteriormente puedan pagarse. La economía moderna vive en realidad del crédito: su desenvolvimiento está íntimamente ligado al problema del crédito. Pero el desenvolvimiento del crédito no es posible sino mediante su circulación. Pocos son aquellos que pueden conceder un

crédito sin tener en seguida la posibilidad de movilizarlo, sin tener la posibilidad, si es necesario, de encontrar a otro que lo sustituya; además, esta sustitución sería rara, difícil y onerosa si la circulación del crédito no fuese disciplinada de modo que diese al tercero adquirente la seguridad de quedar invulnerable a las excepciones oponibles a su antecesor. De otra forma, quien adquiriese un crédito, adquiriría la caja de sorpresas a que me referí, desconociendo su contenido, tornándose imposible, por eso, una intensa circulación del crédito, y más raro y oneroso el propio crédito.

Por el contrario, cuando existe la posibilidad de la circulación del crédito, éste es más fácil de obtener: será posible incluso movilizar muchas economías, pues siendo sustituíbles los ahorristas, muchos tendrán ocasión de concurrir a una financiación, disminuirá el costo del crédito y será posible la organización y el desenvolvimiento de un mercado de capitales. Son éstas justamente las exigencias de la economía moderna; las exigencias de la economía industrial que se viene formando con el desenvolvimiento de la técnica y que se presenta ligada al desarrollo de un mercado de capitales; de la economía comercial, que se presenta unida a la necesidad de movilizar los créditos del productor contra el comerciante, del comerciante contra sus clientes. Se trata en el primer caso de un crédito a largo plazo, que por eso se relaciona con la formación de un mercado de capitales y con la disciplina de las bolsas-valores; en el segundo, de un crédito a corto plazo, que se vincula con la función y disciplina de los Bancos, los cuales al recibir por un lado las economías a corto plazo del público ahorrista pueden, por el otro, utilizarlas para facilitar a los empresarios la movilización de sus créditos.

Los problemas de los títulos de crédito —se dice desde hace mucho tiempo— no es posible entenderlos si no se tiene en cuenta la circulación; la conexión con la efectiva organización de un mercado de capitales, en

lo que respecta a los títulos de crédito a largo plazo, y con la organización bancaria y el descuento, en lo concerniente a los títulos a corto plazo.

A pesar del sentido idiomático de las palabras "título de crédito" —por otra parte sólo peculiar a la terminología italiana y portuguesa y que se une al origen histórico de estos títulos—, lo característico de su circulación debe ser fijado, pues constituye el verdadero punto de partida de las investigaciones relativas a ella; los títulos de crédito desempeñan principalmente la función de facilitar la circulación de éste.

Teniendo en cuenta esta advertencia, me parece que resulta claro por qué los problemas de los títulos de crédito conciernen preferentemente al tercero poseedor; para observar las características de los títulos de crédito tenemos que considerarlos en cuanto al tercero portador, puesto que finalmente es con relación a éste que la disciplina de los títulos de crédito revela sus características y encuentra su justificación.

Tal vez se pueda resumir el camino recorrido por la doctrina diciendo que al comienzo, queriendo aplicar de cualquier forma los esquemas civiles a los títulos de crédito, consideró a éstos en cuanto a las relaciones *inter partes*, explicando la disciplina de la posición del tercero portador sólo como una excepción a las reglas del derecho común, justificada por la tutela excepcional de la buena fe o por la previa renuncia del deudor a las excepciones; sucesivamente, no obstante considerar, si así se quiere, como excepcional, en comparación con el derecho común, la disciplina de los títulos de crédito en su conjunto, entendió que a esta disciplina era menester considerarla con relación al tercero portador, para poder explicarla y alcanzar así un sistema que, simultánea y rigurosamente, justificase la inoponibilidad de las excepciones al tercero y su oponibilidad *inter partes*, y al propio tiempo facilitara una disciplina precisa de las

diversas excepciones conforme con sus distintas categorías.

Por último se combina con esta orientación el tránsito, en la historia de la letra de cambio, del sistema del Código Napoleón al sistema posterior adoptado en la ordenanza germánica de 1848 y, en cuanto a la sustancia de la disciplina, simultánea e independientemente, en Inglaterra, y en que se inspiran las convenciones ginebrinas así como el decreto n° 2044, de 1908, en el Brasil.

Tal orientación, a su vez, resulta de la frecuencia e importancia de la circulación, o sea en última instancia del desarrollo de los Bancos y del descuento, por una parte, y de las Bolsas, por la otra, siendo por eso que cada vez con más frecuencia el título lo cobra un tercero portador y no su directo tomador.

Desearía también agregar que esto se explica porque en el dominio de los títulos de crédito, no obstante algunos eclipses que señalaré al final de este capítulo, se nota cierta evolución en el sentido de mayor formalismo y de mayor rigor.

En cuanto al rigor formal, basta pensar en la evolución de los requisitos de la letra de cambio y en la adopción por las leyes recientes y por las convenciones de Ginebra de la exigencia de la denominación obligatoria en el título. En lo referente a las reglas sustanciales, basta pensar en la doctrina de la letra de cambio, en la evolución de la doctrina de las excepciones, y, aun sin recordar la abstracción, en la propia evolución de la doctrina de la provisión, que en el antiguo derecho francés era requisito de validez de la letra, y en lo sucesivo sólo requisito de su regularidad, siendo hasta abandonada en los sistemas de tipo alemán o en los de tipo inglés. En el propio derecho brasileño, la provisión, que era requisito de la letra en el derecho anterior al decreto n° 2044, ya no lo es en el régimen de éste.

Se critica, a veces, el sentido de esta evolución con

invocaciones a la necesidad de que el derecho sea siempre menos formal, o de que la abstracción represente un concepto propio de derechos primitivos.

Sin embargo, se omite en el terreno económico y jurídico que la causalidad respete finalmente la tutela del deudor, al paso que la abstracción constituya, en último análisis, un instrumento de tutela del acreedor, resultando entonces, con frecuencia y bajo cierto aspecto, la tutela del deudor del propio rigor formal.

Pero para la solución de los problemas de la circulación es necesario, de cualquier forma, aumentar la tutela del acreedor y, más precisamente, la tutela del acreedor que sucede a un acreedor anterior, o sea, del tercero portador del título. Esta última circunstancia determina en los títulos de crédito la importancia de la tutela del acreedor y diferencia este problema del problema normal del derecho de las obligaciones.

Por eso, es bastante natural el recurso al formalismo y a la abstracción o, por lo menos, a una menor desconfianza respecto de ellos.

4. LA LETRA DE CAMBIO Y EL DESARROLLO HISTÓRICO DE LA SOLUCIÓN. — Las soluciones que hoy se nos presentan las obtuvo el derecho en forma gradual y no sería posible alcanzarlas de otro modo, pues las soluciones reales son fruto de la experiencia y no surgen de improviso, perfectas y acabadas, impuestas por una teoría o un decreto.

El título que merece recordarse, más que cualquier otro, es el de la letra de cambio. Práctica y doctrinalmente constituye el título fundamental, y hasta es posible encontrar en su desarrollo histórico etapas sucesivas en correspondencia con los varios tipos actuales de títulos de crédito.

Su punto de partida fué la documentación exacta, estandarizada, del derecho, alcanzada ya en el siglo XIII frente a la necesidad de facilitar los pagos entre plazas

distantes. La letra de cambio, nacida entonces como instrumento de tales pagos, que hoy denominaríamos internacionales (porque están caracterizados por el doble requisito de la *permutatio pecuniae* y de la *distantia loci*, exigido efectivamente para la validez de la letra de cambio en el comienzo de su evolución histórica), constituye el fundamento de la evolución del título de crédito, instrumento de crédito, o, mejor dicho, de circulación de la riqueza.

Ese documento tiene una forma unilateral, refiriéndose sólo a las obligaciones resultantes para una de las partes de un contrato bilateral. Era así posible aislar y objetivar las obligaciones de una de las partes en un contrato bilateral.

Esta evolución se concilió con la posibilidad de unir el título a negocios diversos; del cambio de moneda contra moneda se pasó a deudas resultantes de préstamos o de venta de mercaderías; del valor recibido en "dinero" al valor recibido "en mercadería"; y del instrumento de pago, al instrumento de crédito. Eso ocasionó simultáneamente la superación del requisito de la *distantia loci*, o sea, de la necesidad de que fuesen diversas las plazas en que, conforme al título, se había recibido el valor y se debía efectuar el pago. Este requisito era lógico cuando el título era un instrumento de pago entre plazas distantes; se tornó ilógico cuando el título pasó a ser un instrumento de crédito, y la práctica, en efecto, tendió a eludir la exigencia de este requisito ya desde el siglo XVII, no obstante contarse en ese entonces con la ley que continuó manteniéndola hasta en el Código Napoleón. Al estudiante que, en las leyes cambias actuales, tiende a considerar la resaca o letra de recambio como algo raro, que al menos en muchos países carece de aplicación práctica, se le puede señalar el hecho de que ella ha constituido en siglos lejanos un medio para superar el requisito de la *distantia loci*: en efecto, así como después de un viaje de ida y vuelta se retorna

al lugar inicial, así una letra de cambio de París sobre Rouen, seguida de una letra de recambio de Rouen sobre París, podía tener efectos análogos a los de una letra de París sobre París.

Se distinguió por eso la obligación resultante del documento, o sea, del título, de la relación jurídica, lógicamente anterior y diversa en los diferentes casos, en virtud de la cual esta obligación había sido asumida por el librador o emitente; la relación "cartular", según la terminología adoptada por BONELLI, y la relación fundamental. La teoría del contrato literal romano fué utilizada por los escritores para demostrar la posibilidad de la distinción, y llegó a triunfar, con HEINECIO, en el siglo XVIII.

Aislando así la obligación resultante del título, pasaba éste a ser algo parecido a un molde. La creación del título se presentaba como un negocio de segundo grado, con un contenido típico y constante, rigurosamente disciplinado, dentro del cual debía moldearse la obligación, con independencia de la variedad del negocio anterior hecho entre las partes. Se facilitaba de tal modo la posibilidad de una circulación autónoma de la obligación resultante del título y por lo tanto independiente de la circulación de las obligaciones resultantes de la relación en virtud de la cual se hubiese emitido el título.

Eso se unía a la evolución que venía sufriendo la autonomía del adquirente, considerado no como un cesionario, o como un *adjectus solutionis causa*, o un representante del que trasfiere, sino como un titular autónomo, cuyos derechos tienen relación con la obligación mencionada en el título.

El endoso, introducido en Francia desde fines del siglo XVI, y sucesivamente desarrollado, fué el punto de partida de esta evolución decisiva. Desde el comienzo se admitió sólo un único endoso, encarándolo además como una subespecie de cesión, conforme a una concep-

ción que subsiste por la fuerza de la inercia hasta en algunos códigos vigentes; posteriormente se admitió un endoso en blanco, y ante la posibilidad del endoso en blanco la de varios endosos sucesivos.

Se distingue, entonces, cada vez con mayor nitidez, el endoso de la cesión; el endoso concierne a la transferencia del título, y la cesión, por el contrario, a la transferencia del derecho; en la doctrina del siglo XIX se robustecerá el hecho de que la transferencia del título es el *prius*, y la transferencia del derecho el *posterius*. Resulta, por consiguiente, de la transferencia del título la adquisición —en forma autónoma— del derecho en él mencionado.

Con ello sobresale la figura del tercer poseedor; el documento se convierte realmente en un título, instrumento para la movilización, la circulación del derecho en él mencionado, en vista de la seguridad que proporciona a su adquirente, y de la posibilidad consiguiente de realizar así una circulación en otra forma imposible.

La letra de cambio originaria, instrumento de pago entre plazas distantes, se transforma así en título de crédito e instrumento para la movilización del crédito.

Se objetiviza entonces el derecho mencionado en el título; se considera el propio título como un valor, como una cosa sujeta por eso a los principios que rigen la circulación de las cosas muebles, y el concepto de la tutela del adquirente de buena fe de una letra de cambio se impone también de modo más riguroso que el de las cosas muebles, incluso en derechos que, como el brasileño, no adoptan en cuanto a éstas el principio de que *possession de bonne foi vaut titre*; también con un alcance mayor del que tiene en cuanto a las cosas muebles, como resulta del principio adoptado en la convención de Ginebra (siendo ésta, tal vez, la mayor diferencia entre la convención de Ginebra y el derecho anglosajón y algunos derechos latinos aun vigentes) de que el endoso falso no interrumpe la serie de endosos.

Por eso —y me permito precisar este doble aspecto y esta duplicidad de principios pues con frecuencia en ambos casos se habla de autonomía— por un lado se aísla el derecho mencionado en el título de la relación fundamental, y, por el otro, se determina la aplicación de las reglas de las cosas muebles a la circulación del título, con la aplicación del principio *possession de bonne foi vaut titre*.

Estos dos principios están íntimamente unidos; pero no se identifican; el primero tiene en vista el problema acerca de cuál es el derecho objeto de la circulación, y se une con la inoponibilidad al tercero de las excepciones resultantes de la relación fundamental; el segundo apunta al problema de la adquisición *a non domino* y lleva a basar el derecho del titular del título de crédito directamente en la propiedad de éste, evidenciándose de esta forma que el titular del derecho cambiario es un titular autónomo, cuyo derecho no se funda en la transmisión del derecho del titular anterior, sino directamente en la propiedad del título, encarado como cosa, y resultando el derecho de la adquisición del título.

Paralelamente a esta evolución se fué fijando la función del documento en la legitimación del poseedor, o sea, el principio de aparentarse titular del derecho quien hubiere sido poseedor del título, con arreglo a la ley de circulación de éste. La doctrina pretendió a veces dar pasos con preferencia hacia el frente en el sentido de que el legitimado fuese directamente el titular del derecho: este último paso no me parece correcto, puesto que el legitimado no tendrá derecho a la prestación una vez probado que él no es el propietario.

Con el principio de la legitimación se desarrolla el de la necesidad de la presentación del documento, que le es bajo muchos aspectos necesario complemento, o sea, considerándose al título como un medio necesario para el ejercicio del derecho.

Se llegó entonces, con SAVIGNY, a la imagen de la

incorporación (y digo imagen y no principio, pues una real "incorporación" encontraría desmentido ya en el proceso de anulación), y con GIERKE se afirmó que el propio derecho mencionado en el título (distinto e independiente de la relación fundamental) circula y es adquirido en virtud de la circulación y de la adquisición del título.

Casi simultáneamente, el derecho inglés y el alemán adoptaron a mediados del siglo XIX las orientaciones que hoy se dicen modernas, pese a tener más de un siglo, aunque con técnica diversa; fijaban la autonomía del derecho cambiario, llegando en la letra de cambio a la afirmación de su abstracción.

5. LA DOCTRINA DE PROVISIÓN Y LA ACCIÓN DE ENRIQUECIMIENTO. — La doctrina francesa, especialmente en lo que respecta a la letra de cambio, resistió a esa evolución, resultando de esto cierta distinción entre los varios sistemas; pero siguió finalmente análoga orientación.

Recuerdo al respecto que en el mecanismo de la letra de cambio pueden identificarse dos relaciones subyacentes: entre librador y tomador, en virtud de la cual el primero se obliga para con el segundo (relación de valor recibido), y entre librador y librado, en virtud de la cual el primero da al segundo la orden de pagar (relación de provisión). Pero en el sistema francés la provisión fué en el comienzo considerada como un requisito de validez de la letra de cambio. Posteriormente, a la provisión se la consideró sólo como requisito de regularidad del título, no pudiendo, en caso de faltar, ser opuesta por el obligado cambiario, ni siquiera al tomador. Al mismo tiempo se excluyó la necesidad de la mención del valor recibido, y finalmente, con la adopción de las reglas de Ginebra, se reconocieron normas idénticas en cuanto a la disciplina de las excepciones.

Se conservó el principio de la circulación de la provisión junto al título (adquiriendo, por eso, el acreedor cambiario también el crédito del librador contra el librado, o como hoy sostiene la doctrina, en la quiebra del librador, siendo el acreedor privilegiado sobre el crédito del librador para con el librado), y teniendo en vista, con esto, alcanzar mayor tutela del tercero portador, y un fin análogo al perseguido por la evolución de la doctrina cambiaria en los demás países.

A la circulación de la provisión se une en el derecho francés la disciplina diferente en cuanto a la pérdida de la acción de regreso contra el librador y la falta de acción del enriquecimiento cambiario.

Ésta, en los sistemas alemán e italiano (y el detalle merece señalarse frente a la concepción tal vez diferente que prevalece en el Brasil), es un remedio excepcional que cabe al portador contra el enriquecido, cuando aquél hubiera perdido la acción cambiaria y no tuviera lugar (en contraste con lo que ocurre normalmente) la acción causal contra el que le entregó el título. Prácticamente por eso la acción de enriquecimiento contra el librador, en los sistemas alemán e italiano, ayuda al portador en la hipótesis de que con arreglo al derecho francés no hubiera pérdida de la acción de regreso: constituye una tercera acción distinta de la acción resultante de la relación cambiaria, o de la acción resultante de la relación fundamental.

Normalmente, y dado que en el sistema de la convención de Ginebra la entrega de la letra es *pro solvendo*, el portador goza efectivamente de dos acciones: la cambiaria contra los obligados cambiarios, y la de la relación fundamental contra el deudor en virtud de esta relación, o sea, contra quien le entregó la letra. Sin embargo, en el caso de que la letra haya sido entregada *pro soluto*, no existe la acción resultante de la relación fundamental y es entonces cuando, si el portador hubiese perdido la acción cambiaria, por vencimiento o por pres-

cripción, podrá ella poner en práctica la acción de enriquecimiento directamente contra aquel de los obligados cambiarios que resultare enriquecido.

Distinta me parece la concepción de la doctrina brasileña en cuanto a la acción del art. 48 del decreto n° 2044, y recuerdo el caso pues en las discusiones brasileñas se cita con frecuencia a los autores europeos acerca de la acción de enriquecimiento.

Entiendo que en el Brasil lo que se encara en la acción del art. 48 es, a veces, la acción resultante de la relación fundamental; prescrita la acción cambiaria se concedió o se negó la posibilidad del portador de proseguir con la acción del art. 48, conforme se niegue, con LACERDA, o se admita, con MARGARINO TORRES, abarcar la prescripción de la acción cambiaria y la de la relación fundamental. Es singular que esta última teoría, no obstante partir de las premisas de la abstracción cambiaria, llegue prácticamente a los resultados de la doctrina francesa más antigua, hoy abandonada, que consideraba la letra de cambio sólo como un documento probatorio de la relación fundamental, y por eso la acción cambiaria como una diferente modalidad de tutela del derecho resultante de la relación fundamental, siendo por eso natural que, una vez prescrita, no hubiese posibilidad de ninguna otra acción.

6. EL "PUNCTUM DIVISIONIS" DE LAS DOCTRINAS Y LA DOCTRINA DE LAS EXCEPCIONES. — El *punctum divisionis* de las doctrinas cambiarias está realmente en ver en el título un documento probatorio de la propia relación fundamental (entre librador o emitente, de un lado, y tomador, del otro, para lograr de este modo tener en consideración la hipótesis de la letra de cambio y de la nota promisoría) o, por el contrario, un documento constitutivo de un nuevo derecho (que concurre con el de la relación fundamental, pero es independiente de éste).

En realidad, el fenómeno de los títulos de crédito se vincula con una "duplicación", con una repetición, en el título, de la obligación ya resultante de la relación fundamental.

Son lógicas por eso las dos orientaciones mencionadas; la primera, históricamente originaria, que ligaba la doctrina de los títulos de crédito a la de la prueba; la segunda, es la orientación actualmente dominante.

Ella es el punto de partida de las doctrinas desde la mitad del siglo XIX, propendiendo a explicar, simultáneamente, la inoponibilidad de las excepciones al tercero y la oponibilidad *inter partes*; dar un máximo de tutela al tercero y modificar lo menos posible *inter partes* la situación resultante del derecho común.

Este resultado me parece que se une a la naturaleza del título, cuyos problemas se vinculan justamente con la tutela del tercero portador.

Siguiendo la teoría probatoria, por una parte falta un criterio exacto para la tutela del tercero, siendo necesario entonces recurrir genéricamente a las exigencias de la tutela de buena fe o del comercio, sin alcanzar principios precisos, y por la otra se valúa al extremo (como ocurre en el caso mencionado en cuanto a la prescripción) la importancia del título en las relaciones *inter partes*.

Al contrario, considerando al título como un documento constitutivo de un nuevo derecho que concurre con el proveniente de la relación fundamental, pero que circula de modo autónomo, se alcanza, por una parte, la tutela del tercero y la posibilidad de disciplinarla conforme a conceptos precisos, mientras por la otra permanece inalterada la disciplina sustantiva del derecho común.

En efecto, si se distingue la relación fundamental y el derecho resultante del título, fácil es afirmar que la circulación del título se refiere sólo al derecho resultante del mismo título, permaneciendo, por así decir, in-

móvil la relación fundamental. De este modo se obtiene la explicación y justificación de la inoponibilidad de las excepciones resultantes de la relación fundamental; ésta constituye, en cuanto al tercero portador, *res inter alios acta*; no se refiere al derecho resultante del título sino a una relación diversa. Por el contrario, la coexistencia *inter partes* de las dos relaciones permite la oponibilidad de las excepciones.

Además, la aplicación al adquirente de un título de crédito, conforme a su ley de circulación, del principio de la tutela de buena fe, ya expuesto en cuanto a las cosas muebles, tutela al adquirente en la hipótesis de adquisición *a non domino*.

En las convenciones internacionales de Ginebra estos principios se adoptaron con alcance mundial.

Frente a ellos la doctrina tiende a distinguir, ya desde el siglo XIX, el negocio constitutivo de la relación fundamental y el negocio constitutivo del derecho mencionado en el título, y esta distinción, una vez establecida claramente, permitió clasificar al segundo como unilateral en contraposición a la bilateralidad del primero.

Dióse un paso más cuando se examinó el sutil problema del momento en que se perfecciona la obligación, teniendo en vista tutelar a quien adquiriese un título en circulación sin la voluntad del emitente; así fueron difundiendo teorías que, como la de la creación, perseguían justamente tutelar, en este caso, al tercero adquirente. Estas teorías constituían a su vez el punto de partida para alcanzar la tutela del portador del título en cuanto a las excepciones que, no obstante respetar al propio negocio constitutivo del título (como en la hipótesis de error en la declaración puesta en el título), se ligan al mismo tiempo a la relación fundamental.

Finalmente, el derecho mencionado en el título en un plano distinto e independiente del de la relación fundamental, se presenta sujeto a una circulación autónoma,

en la que se basa, a su vez, la invulnerabilidad del tercero a las excepciones.

Para el tercero la inoponibilidad de las excepciones resulta, final y justamente, del hecho de que sólo es objeto de circulación el derecho cambiario; las excepciones resultantes de la relación fundamental son por eso inoponibles al tercero, pues resultan al cabo de una relación que les es ajena y no comprendida por la circulación del título; serán oponibles sólo en virtud de una *exceptio doli generalis* cuando el tercero, al adquirir el título, haya procedido con la conciencia de perjudicar al deudor.

Inter partes las excepciones serán oponibles, por el contrario, por un fenómeno semejante al de la compensación, dada la coexistencia de la relación resultante del título y de la relación fundamental. Las excepciones resultantes de la relación fundamental serán entonces oponibles, pues de otra forma el deudor, no obstante estar obligado a pagar en virtud de la relación cambiaria, tendría derecho a la repetición resultante de la relación fundamental, que simultáneamente le asiste contra el acreedor. La posibilidad de oponer la excepción se une por último al principio de la economía procesal.

En consecuencia, la posibilidad de oponer las excepciones *inter partes*, junto con la inoponibilidad de ellas al tercero, encuentra así justificativo en la distinción entre relación fundamental y relación cambiaria, sin necesidad de ver en el título una prueba legal, como recientemente se sostuvo, y sin necesidad de imaginar que el negocio cambiario tenga una naturaleza doble (según sea considerado en relación a terceros, o al acreedor inmediato), como se afirmó, en el primer momento, en la doctrina.

Se trataba y se trata de un procedimiento técnico, y es natural, por eso, que se hiciesen y se hagan oír continuamente en la doctrina las voces de los que lo critican en nombre de la unidad económica o psicológica de las

dos relaciones igualmente distintas. Pero este procedimiento técnico constituyó, justamente, el camino por el cual el derecho llegó a disciplinar los títulos de crédito y a tutelar al tercero portador, y es aun hoy el único procedimiento que permite encarar los distintos casos dentro de sus características propias y distinguir las diversas excepciones para conciliar la tutela del tercero portador, resultante de la exigencia de tutelar la circulación, con la del deudor, al cual, a su vez, no se lo debe sacrificar más de lo estrictamente necesario.

7. LA PROGRESIVA OBJETIVACIÓN DEL DERECHO CAMBIARIO Y LOS TÍTULOS CAUSALES. — A pesar de las diferencias, aun hoy tan notables, existentes entre las diversas doctrinas y orientaciones —pues por su propio carácter técnico la materia de los títulos de crédito constituye tal vez el campo preferido de las sutilezas jurídicas— lo que se logró fué la progresiva objetivación en la concepción del derecho que, mencionado en un título de crédito, es objeto de circulación; la consiguiente aproximación a las reglas que disciplinan la circulación de las cosas muebles, y por este camino la conquista del principio de autonomía del tercero adquirente y de su invulnerabilidad a las excepciones.

Éste fué, sustancialmente, el camino seguido por todos los títulos de crédito, dando lugar por eso a los respectivos principios comunes a todos los títulos de crédito.

Característicos de todos ellos son, en efecto, los principios de la literalidad y de la autonomía.

El primero señala la distinción entre la relación cartular y la relación fundamental; el título es el documento constitutivo de la relación cartular, y por lo tanto el tercero portador, ajeno a la relación fundamental, no puede invocar derechos que no resulten del título ni puede ser vulnerado por excepciones ajenas a la relación cartular.

El segundo principio señala la autonomía del adquirente de un título con la consecuente aplicabilidad a la circulación del título de los principios que concierne a la circulación de las cosas muebles. El primero delimita el "derecho cartular" que justamente por estar así delimitado puede concebirse objetivamente y ser objeto de circulación; el segundo disciplina la propia circulación, resultando la adquisición del derecho de la del título y quedando sujeta la adquisición del derecho cambiario a los principios que disciplinan la circulación de las cosas muebles.

La literalidad puede unirse, pues, sea con la abstracción, sea con la causalidad del título, distinguiéndose así títulos abstractos y títulos causales.

En los títulos cambiarios no existe sólo la distinción entre la relación cambiaria y la relación fundamental, sino que la obligación cambiaria puede unirse a relaciones fundamentales diversas (de préstamo, compraventa, etc.); en los diferentes casos la emisión de la letra de cambio puede desempeñar diversa función en cuanto a la relación fundamental, siendo entregada *pro solvendo* o *pro soluto*, con o sin eficacia novatoria, etc.

El derecho, al disciplinar la obligación cambiaria, prescinde de la variedad de las posibles relaciones fundamentales subyacentes en la relación cambiaria; de la diversa función de la obligación respecto a la resultante de la relación fundamental. Las excepciones respectivas permanecen inoponibles al tercero, revelándose así la obligación cambiaria jurídicamente abstracta de su causa.

También se presenta la letra de cambio como una *cautio indiscreta* que hasta formalmente carece de referencia a la relación fundamental. El rigor formal de la letra de cambio pasa a desempeñar la función de tutela del deudor, que en la teoría general de las obligaciones es desempeñada por la causa; se une, por otro lado, con una rigurosa estandarización del título, que precisa-

mente por eso pasa a ser algo así como un molde con un contenido típico y constante, ligable a los negocios más diversos.

Al contrario, en los títulos causales (por ejemplo el conocimiento, las acciones), se une el título a determinada relación fundamental, diversa según los varios títulos (de transporte, de depósito, etc.), pero constante en cuanto a cada título del mismo tipo; se unen a su forma (diversa en cuanto a los distintos tipos) las diversas relaciones fundamentales a las cuales cada tipo corresponde y que cada título menciona expresamente. Existe también en ellos la distinción entre la relación fundamental y la cartular, pero ésta constituye sólo una declaración de la primera, uniéndose por eso los títulos causales a la doctrina general del negocio declaratorio.

En realidad, el negocio declaratorio representa el puente —histórica y lógicamente— de tránsito del documento probatorio al acto abstracto; es natural por eso que se encontraran ejemplos del negocio declaratorio en la teoría de los títulos de crédito, ya sea considerados en su historia, o en sus diversas categorías. En la historia de la letra de cambio encontramos el negocio declaratorio en el comienzo de la evolución histórica de la institución, primer paso en el camino que sucesivamente llevó a la abstracción; en la sistematización actual hallamos el negocio declaratorio en los títulos que, sea por la exigencia de mayor tutela del emitente y de sus acreedores, sea frente a los efectos reales conexos a la circulación del título (correspondiendo la primera hipótesis a las acciones de sociedades comerciales, y la segunda, por el contrario, al conocimiento), no podrían unirse con la abstracción de la obligación.

Se distinguen así títulos abstractos y causales; unos y otros se caracterizan por los requisitos de la literalidad, pero en los primeros se pasa de la literalidad a la abstracción, haciéndose por eso la obligación cartular compatible con cualquier relación fundamental, mien-

tras que en los segundos la relación cartular constituye sólo una declaración de una relación fundamental típica.

Tanto en los títulos abstractos como en los causales prevalece también el principio, mencionado anteriormente, de la autonomía del tercero; la adquisición del derecho cambiario resulta directamente de la adquisición de la propiedad del título, aplicándose por eso a la circulación del derecho las reglas que rigen la circulación de las cosas muebles.

Tanto los títulos abstractos como los causales son documentos de legitimación; quien los posee conforme a la ley de circulación que les es propia, puede exigir la prestación, a no ser que se demuestre que él no es el titular.

Ambos títulos, abstractos y causales, son documentos necesarios para el ejercicio del derecho en ellos mencionado, y en la hipótesis de su pérdida la ley reglamenta un procedimiento especial de anulación.

No obstante, no debe olvidarse la existencia de muchos documentos que, aunque constituyan documentos de legitimación, y a veces hasta necesarios para ejercer el derecho en ellos mencionado, no representan títulos de crédito, pues les faltan los requisitos de la literalidad y de la autonomía. Vales de café o fichas de vestuario son documentos de legitimación, autorizando a quien los posee para exigir la prestación; pero no son títulos de crédito, sino sólo documentos probatorios. El deudor podrá siempre oponer con eficacia todas las excepciones resultantes de la relación de compraventa o depósito que aquellos documentos solamente prueban, sin constituir elementos de un nuevo negocio, ni siquiera declaratorio.

Y quien examine la función económica de los documentos de legitimación a los cuales nos hemos referido, descubrirá que sólo tienen en vista una agilización del ejercicio del derecho y de la ejecución de la prestación; no se unen al problema de la circulación del derecho para la satisfacción del cual se desarrollarán los principios

de literalidad y de autonomía, característicos de los títulos de crédito. Y, realmente, remontándonos hasta la historia de los títulos de crédito, en particular a la letra de cambio, será posible verificar que al comienzo de la evolución histórica han constituido sólo documentos de legitimación, abarcando una función probatoria en cuanto a la relación fundamental, y de legitimación en lo concerniente al ejercicio de los derechos resultantes; pasaron luego a representar documentos constitutivos de un nuevo negocio, justamente cuando la función económica se unió a la circulación de los derechos.

8. LA LEY DE CIRCULACIÓN DEL TÍTULO. — A pesar de que esta ley robustece, en todos los títulos de crédito, el principio de la autonomía, puede asumir diferentes características: al portador, a la orden, nominativo. En el primer caso, se trasfiere el título sólo con su tradición; en el segundo, la tradición debe ir acompañada por el endoso; y en el tercero, por un registro, ya en el título, ya en el libro del emitente.

Permanecen constantes los principios fundamentales de los títulos de crédito.

En realidad, la evolución de la letra de cambio se unió a la evolución de los títulos al portador, los cuales, de remoto origen franco, fueron evidenciando progresiva y aun más nítidamente que la letra de cambio, sus características en lo que respecta a la autonomía y a la tutela del portador. En la polémica que a principios del siglo pasado sostuvo EINERT y que constituyó una de las fuentes de la ordenanza germánica de cambio, se procuró asimilar la tutela del poseedor de la letra de cambio a la del tenedor de un título al portador; las discusiones posteriores acerca de la identificación exacta del momento de la constitución de la obligación mencionada en el título (sea en el de la creación o en el de la emisión) respetaban al mismo tiempo la teoría cambiaria y la de los títulos al portador.

En la evolución del siglo XX también los títulos nominativos quedaron sujetos a los principios generales de los títulos de crédito. El mérito mayor de mi maestro VIVANTE, como señalaba THALLER, está en haber demostrado la posibilidad de aplicar los principios de los títulos de crédito a los títulos nominativos, lo cual, a su vez, se tradujo en la disciplina legislativa de estos títulos en las legislaciones francesa, italiana y mejicana, análogas, por su parte y bajo este aspecto, a los principios adoptados en la América del Norte.

Se fué formando así una teoría general de los títulos de crédito, basada en principios fundamentales comunes a pesar de la diversidad de la ley de circulación del título: al portador, a la orden, nominativo; teoría sustancialmente internacional, no obstante algunas diferencias y frecuentes variaciones terminológicas (como en lo que respecta al propio término "nominativo", utilizado a veces, como en la ley brasileña sobre el cheque, hasta para títulos a la orden, denominados en este caso nominativos circulables por endoso).

9. TÍTULOS DE CRÉDITO Y CIRCULACIÓN. — Los principios así elaborados tienen su punto de partida, económica y lógicamente, en las exigencias económicas de la circulación. Por eso ellas se fueron extendiendo hasta a los títulos que no mencionan un crédito o que no desempeñan una función de crédito. Ya en la esfera de los títulos cambiarios resalta esa extensión por la aplicación de los principios de la letra de cambio al cheque, no obstante constituir éste un medio de pago. Finalmente, sirve para utilizar en los pagos las disponibilidades del deudor, y el cheque, para comprender su función, puede ser relacionado antes que nada a los Bancos, a pesar de que en algunos derechos se permite que sea librado también sobre comerciantes. El cheque es instrumento de pago; título (de crédito) justamente porque esta función no puede desenvolverse sino cuando

se aplican los principios peculiares a los títulos de crédito, o sea, los principios que tutelando al portador hacen posible, con el cheque, una "circulación" de las disponibilidades bancarias que de otra forma no se podría realizar. Facilitan así económicamente la posibilidad de que el cheque desempeñe una función sustitutiva de la moneda.

De los títulos para pago en dinero se pasó a los títulos para entrega de mercaderías, como el conocimiento; de los títulos para pago a corto plazo se pasó a los títulos a largo plazo, como los *debentures*; de los títulos que mencionan un derecho obligatorio se pasó a los títulos cuya transferencia implica, también en la transferencia de la posesión de la mercadería que especifican, un efecto que la doctrina llamó representativo; de los títulos de emisión singular, emitidos en relación a operaciones singulares, se pasó a títulos emitidos en masa o en serie con características idénticas; se pasó incluso a títulos que se denominaron de participación o corporativos, pues se refieren a la posición de miembro de una persona jurídica, como las acciones.

En todos estos casos, la creación del título y la peculiaridad de su disciplina encuentran constantemente la misma justificación: la de solucionar los problemas de la circulación del derecho facilitando la circulación de éste con la invulnerabilidad del adquirente a las excepciones, en una medida a veces distinta según los diversos títulos, pero inspirada en principios fundamentales comunes que en sus características básicas son independientes de la ley de circulación del título o de la variedad de su contenido.

Es por eso que a pesar del sentido literal de la expresión, debido a su origen histórico, a la categoría de los títulos de crédito es preciso relacionarla con la circulación del derecho, y cabe hablar del título de crédito toda vez que el título esté sujeto a los principios

fundamentales de la autonomía y de la literalidad, de la cual resulta una disciplina fundamental constante.

Por un lado, la disciplina de las acciones de sociedades anónimas nos muestra cómo los principios fundamentales de los títulos de crédito hallan aplicación siempre que sea necesario solucionar los problemas de la circulación.

Por el otro, la propia letra de cambio muestra que su disciplina se debe no sólo a la presencia de un crédito, sino a las exigencias de su circulación. La función económica de la letra de cambio se une a su circulación, a la posibilidad del endoso y del descuento, o sea, a la posibilidad, para el acreedor cambiario, de realizar inmediatamente su crédito sin esperar el plazo señalado para el pago. Esta circulabilidad permite justamente conciliar la necesidad del crédito (y por eso del plazo) del deudor con la de una movilización inmediata por parte del acreedor: la satisfacción de estas opuestas exigencias se encuentra en las reglas que permiten la circulación de la letra de cambio, haciendo posible, por eso, al acreedor cambiario la inmediata movilización de su crédito (la cual, a su vez, le permite conceder un plazo al deudor). Esta circulación se basa, por su parte, en la tutela del tercero portador: frente a la invulnerabilidad de éste a las excepciones, la letra de cambio es circulable, y en la práctica se puede encontrar quien la descuenta. Al recoger las economías del público, los Bancos pueden aplicarlas al descuento de títulos cambiarios; la tutela del tercero portador, y de quien descuenta títulos, permite una operación que, a falta de esa tutela, sería peligrosa desde el punto de vista económico y, por eso, prácticamente rara. Sujetándose al rigor cambiario, el deudor tiene un plazo que el acreedor no podría conceder, pues es frente a esa exigencia que el acreedor puede, no obstante conceder un plazo al deudor, movilizar de inmediato su crédito.

La solidaridad de los obligados cambiarios persigue reforzar la tutela del tercero portador, facilitando de tal forma la circulación del título. En cambio, en la cesión del derecho común, el número de las sucesivas transmisiones del crédito multiplica las posibles excepciones documentando los riesgos del cesionario; en la circulación cambiaria el tercero portador permanece invulnerable a las excepciones, y además adquiere con cada endoso un nuevo deudor, solidariamente responsable, reforzando por lo tanto su posición.

Tal vez no sea inútil recordar que la ejecutabilidad de la letra de cambio es una característica secundaria en el ámbito del derecho comparado, no obstante ser peculiar del derecho italiano, del portugués y, con disciplina profundamente diversa en vista de las diferencias del propio concepto del título ejecutivo, del brasileño.

Por eso, a mi juicio, es exacta la orientación italiana, que, correspondiendo a la orientación anglosajona, basa la característica jurídica del título de crédito en la presencia de la literalidad y de la autonomía. Menos felices me parecen las orientaciones que en el extremo opuesto reúnen en una sola categoría tanto a los títulos literales como a los documentos de legitimación, a pesar de ser éstos simples documentos probatorios (como sucede en la doctrina alemana y en la española, que la sigue), o dan importancia básica a la distinción entre títulos que se unen a una función de crédito, en el riguroso sentido del término, y títulos que lo hacen a una función diversa (como ocurre a menudo en la doctrina sudamericana), o le otorgan, aun desde el punto de vista propiamente jurídico, un valor básico a la distinción entre títulos de movilización comercial y títulos de inversión, lo que oscurece la unidad jurídica de la categoría.

10. EFECTOS DE COMERCIO Y VALORES MOBILIARIOS. — Esta última distinción evidencia, desde el punto

de vista económico, los dos dominios en que se manifiesta la exigencia de la circulación: el de la movilización de los créditos resultantes de la venta de mercaderías o de mercaderías a recibir y el de la inversión de capitales.

En el primer caso, la solución del problema de la circulación se liga a los Bancos, que pueden, mediante economías a corto plazo del público, utilizar estas mismas economías para facilitar a los empresarios la movilización de sus créditos comerciales, también a corto plazo; en el segundo caso, se liga la solución del problema de la circulación al desenvolvimiento de un mercado de capitales.

En el primero, la facilidad de circulación resultante de la incorporación del derecho en un título de crédito permite la movilización del crédito a corto plazo; permite al comerciante movilizar sus créditos contra sus clientes por medio del descuento o de la caución de los títulos, permitiéndole así alcanzar un volumen de ventas y de compras que de otra manera no conseguiría, y haciéndole abarcar de modo más completo su función económica y social en la distribución de las mercaderías; facilita al comerciante la movilización de su crédito por mercaderías a recibir, permitiéndole movilizar también esta mercadería.

En el segundo caso, la facilidad de circulación permite movilizar, para financiaciones a largo plazo, vastas categorías de ahorristas que encuentran en la posibilidad de revender el título y en la facilidad de esta reventa el cumplimiento de un requisito, independientemente del cual no se podrían arriesgar a una financiación a largo plazo ni a participar en una sociedad.

11. LA EVOLUCIÓN MÁS RECIENTE. — Se puede tal vez hacer notar en la evolución más reciente de la disciplina relativa a los títulos para la movilización de créditos resultantes de operaciones mercantiles, una

doble orientación: de un lado, la legislación procuró facilitar el empleo cada vez mayor de estos títulos, tratando de autorizar su emisión y hacer obligatoria su aceptación aun independientemente del previo consentimiento del deudor, de modo de facilitar al acreedor la movilización de su crédito; de otro lado, en la propia evolución más reciente de la disciplina jurídica de la letra de cambio, como resulta por ejemplo de las convenciones de Ginebra, se nota mayor libertad en cuanto a las cláusulas en el título con eficacia cambiaria, o se originan o disciplinan en las diversas legislaciones nuevos títulos para la movilización de los créditos comerciales.

A veces, aunque raramente, se trata del retorno a los principios de la causalidad; otras, más frecuentemente, se trata de la elaboración de requisitos que se refieren a la regularidad del título y no a su validez cambiaria. El cumplimiento por parte del título de determinada función es garantizado entonces con sanciones penales y fiscales, no obstante continuar el portador bajo tutela, y no serle en principio oponible la respectiva excepción. La tutela del portador se ve así, limitando por un lado las funciones del título para aumentar económicamente la posibilidad de su pago, y en consecuencia de su valor, y por el otro, considerando que la excepción, referente a la irregularidad del título, sea inoponible al portador, pues de otra manera quedaría éste perjudicado.

La doctrina francesa fué el punto de partida constante de esta disciplina frente a la doctrina de la provisión que le es peculiar. La existencia de la provisión concierne a la regularidad del título, no a su validez cambiaria.

Me parece que puede incluirse en este cuadro también la institución del derecho comercial brasileño, que tal vez en comparación con los otros derechos le es más peculiar, esto es, el duplicado. En los demás derechos,

la función que desempeña el duplicado en el comercio interno brasileño es propia en general de la letra de cambio (denominada entonces, en la práctica bancaria, letra comercial), como ocurre, de otro modo, también en el comercio brasileño de exportación e importación.

El duplicado constituye, pues, una institución característica del derecho brasileño.

Un paralelo del duplicado brasileño se encuentra en el derecho portugués. Sustancialmente análogo al duplicado brasileño, el llamado extracto de factura, puede emitirse y debe aceptarse sólo en el caso de no haber sido ya emitida por el vendedor una letra de cambio. A su vez, en el derecho francés, un decreto especial del 2 de mayo de 1928 prevé la posibilidad de que en las ventas mercantiles se emita la letra de cambio, debiendo aceptársela a pesar de no existir previo consentimiento del deudor.

A mi modo de ver, no obstante contrastar esta orientación con la de la unanimidad de los autores brasileños, la llamada causalidad del duplicado tiene sólo alcance formal; desde el punto de vista sustancial, la conexión del duplicado con la venta mercantil concierne a la regularidad y no a la validez del título.

12. LOS TÍTULOS DE CRÉDITO Y EL CONCEPTO ECONÓMICO DE LA PROPIEDAD. — La solución de los problemas de la circulación de la riqueza, que vengo señalando, alcanzada por medio de los títulos de crédito, suscitó por su parte nuevos problemas precisamente en los países en que más se desarrollaron los títulos y más se multiplicaron sus tipos, juntamente con el mayor desarrollo de la organización bancaria y financiera, por un lado, y del mercado de capitales, por el otro.

En virtud del incremento alcanzado por los títulos de crédito, pasó a corresponder a los bienes materiales una red de títulos que encuentran, finalmente, en estos bienes la propia garantía económica, pero que, entre

tanto, están sujetos a una peculiar ley de circulación; facilitan, hasta indirectamente, la circulación de inmuebles, conforme a las reglas de los bienes muebles; tiene sus leyes, sus precios y sus crisis, sobreponiéndose a los bienes que en definitiva representan.

El desarrollo del mercado de capitales, tal como se verificó en los países más industrializados de Europa y de América del Norte, acarreó una casi disociación entre lo que se podría denominar propiedad de la riqueza y control de ella, y la benéfica difusión de la primera estuvo acompañada, a veces, por la peligrosa concentración del segundo. Al paso que la propiedad, en el sentido económico de la riqueza, pertenece en efecto a los poseedores de los títulos que la representan, su control pertenece a los que de hecho poseen y administran los bienes. A la vista de la propia circulación de los títulos y de su consiguiente difusión se fija la distinción entre la masa de los inversores y el número relativamente escaso de los que controlan los bienes resultantes de aquellas inversiones. Y de esta situación nacen en la actualidad los problemas referentes a la sociedad anónima en los países cuyos mercados de capitales están más desarrollados. Estos problemas no conciernen sólo a la tutela de la minoría, sino con frecuencia a la de la mayoría de los accionistas, puesto que frente a la propia dispersión de la mayoría, una minoría, a veces pequeña, es suficiente para controlar la sociedad.

A su vez, el desarrollo del sistema bancario y financiero concentró en estas instituciones, que demostraron tender a concentrarse y coligarse entre sí, las economías nacionales; la función de estas instituciones como intermediarios del crédito se fué desarrollando ante el aumento de la importancia del crédito en la economía moderna y en presencia de la posibilidad de aplicar los ahorros del público mediante el tecnicismo de los títulos de crédito. Resultó también una disociación entre propiedad y control de la riqueza, presentándose

por consiguiente los problemas relativos a la tutela de los depositantes en un Banco y a la influencia de éste en la economía del país, como así también los que tienen relación con la llamada moneda bancaria, que justamente frente a los títulos relativos a ella y al aumento de la importancia del sistema bancario, pasó a desempeñar un papel sobresaliente en la estructura de la economía.

Es así que los títulos de crédito se hallan ligados a la economía moderna, y que la solución obtenida por medio de ellos para el problema de la circulación de los derechos se une al desenvolvimiento técnico y económico del mundo actual, a los progresos alcanzados y a los problemas aun debatidos.

CAPÍTULO V

LAS SOCIEDADES ANÓNIMAS

1. LA SOCIEDAD ANÓNIMA Y EL MERCADO DE CAPITALES. RESPONSABILIDAD LIMITADA Y DIVISIÓN DEL CAPITAL EN ACCIONES. — Estudiaré aquí un problema que se vincula con el capítulo anterior; el de la responsabilidad limitada y el de las sociedades anónimas. Posiblemente las instituciones más características, entre las que ha elaborado el derecho comercial, sean justamente los títulos de crédito y la sociedad anónima, por una parte, y el seguro, por la otra, no obstante tratarse en todos los casos de instituciones que pasaron a integrar el derecho común. Pero la suerte del derecho comercial, como la de cualquier derecho especial, es finalmente la del *pioneer*, que desmonta bosques vírgenes y conquista nuevas tierras para que todos las utilicen.

Recuerdo que el problema de las sociedades anónimas se une al examinado en el capítulo IV. En efecto, la función económica y social de la sociedad anónima resulta del hecho de que constituye un instrumento jurídico para recoger economías en vastos sectores de la población, atrayendo capitales que superan las fuerzas económicas de individuos aislados o de pequeños grupos y que son necesarios para la industrialización del país y para el establecimiento de los equipos industriales; democratizando de tal forma la obtención del capital industrial, y promoviendo también la participación en una empresa industrial de quien no podría, personal ni directamente, constituirla y administrarla, sea frente a la importancia de sus economías, sea ante el volumen

de sus negocios. Tal posibilidad se une a la de que cada partícipe en la sociedad encuentre fácilmente quien lo sustituya, pues sin este requisito pocos serán los que puedan participar de la sociedad. Esta posibilidad se vincula a la existencia de un mercado de capitales cuyo desenvolvimiento sólo acompaña al desarrollo de las sociedades anónimas y de la industrialización. Y esta existencia a su vez se une al sometimiento de las acciones de las sociedades anónimas a los principios que disciplinan la circulación de los títulos de crédito.

Por eso la incorporación de la participación social del socio de una sociedad anónima, o sea, del accionista, en un título-valor, la acción, es posible sólo cuando él sea limitadamente responsable; en el caso de que no lo fuese sería imposible la circulación de su participación. Los dos principios —división del capital en acciones y responsabilidad limitada— permanecen autónomos, como lo demuestra el ejemplo de las sociedades por cuotas de responsabilidad limitada sucesivamente introducidas en las diversas legislaciones, aunque conexos entre sí, puesto que, al margen de la responsabilidad limitada, no sería posible la división del capital en acciones, e independientemente de la división del capital en acciones no sería posible el desempeño de la función económica típica de la sociedad anónima.

Los dos principios corresponden, respectivamente, a las relaciones externas, o sea, con terceros, y a las relaciones internas de la sociedad; el primero señala, en definitiva, el hecho de que el accionista no es responsable por las deudas sociales no obstante serlo por la integración de las acciones por él suscritas; el segundo señala que la persona del socio en cuanto a la identificación jurídica de la sociedad no interesa, permaneciendo ésta, por tanto, idéntica a pesar del cambio de socios, que se produce independientemente de cualquier alteración en los estatutos sociales y circulando la participación social

del accionista según las reglas propias de los títulos nominales o al portador.

Ambos principios se unen a la función económica de la sociedad anónima y significan la solución del problema (planteado en el comienzo por las necesidades de la colonización ultramarina y más tarde por la evolución industrial) de la constitución de un instrumento jurídico adecuado a la realización de empresas cuya importancia exigía la cooperación de muchos individuos desconocidos entre sí, independiente de esas recíprocas relaciones personales que caracterizan a las sociedades llamadas, por esta circunstancia, personales, dominando, por el contrario, el elemento patrimonial, el capital social.

Por otra parte, tanto el principio de la responsabilidad limitada como el de la división del capital en acciones, se presentan en nítido contraste con el derecho tradicional: según éste, no era posible, en principio, una responsabilidad limitada y la constitución de un patrimonio separado, ni la caracterización de la sociedad con independencia de las personas de los socios, la sustitución de éstos independientemente de una alteración del contrato social.

2. LAS COMPAÑÍAS COLONIALES. — Esta vez fué el derecho público el que debió socorrer al derecho privado, aunque en medida diversa en los distintos países, como resulta comparando la historia de las compañías coloniales francesas, en las que la influencia estatal es más acentuada según la orientación mercantilista, y la de las compañías holandesas. Las primeras compañías coloniales se constituyeron por ley especial, que les reconocía su personalidad jurídica, con la consecuente separación de los patrimonios y la posibilidad del cambio de socios independientemente de la alteración de los estatutos. Y ochenta años después de la fundación de la primera compañía colonial (la holandesa de las Indias), JOSÉ DE LA VEGA, a quien me referí en el capítulo I,

señalaba en la ciudad de Amsterdam el uso y también los abusos propios de las sociedades anónimas y de especulación sobre las acciones. Surgirá así con las compañías coloniales el inmediato precedente de la sociedad anónima que se une en sus orígenes al interés por el Extremo Oriente y a la colonización del Nuevo Mundo, entonces recién descubierto, que dominó la Europa del siglo xvii. Por otra parte, los principios que triunfaron, y desde el comienzo sólo parcialmente con las compañías coloniales, no carecían de precedentes. La propia compañía holandesa de 1602 parece haber resultado de una unión, hoy se diría de una fusión, entre varios condominios marítimos, de acuerdo con una orientación estudiada en varios países europeos a fines del siglo xvi y que se encuentra también en un proyecto portugués de 1587, que no se materializó. Por eso, la responsabilidad limitada del accionista reconoce su origen en el derecho marítimo, caso en que se halla la compañía holandesa de las Indias, la cual, según parece, nació de la fusión de varias "reederei", o sea, de varias comunidades de armadores del derecho germánico. A su vez, la circulación de las acciones tuvo un precedente en la circulación de los títulos de la deuda pública y en la de títulos que hoy denominaríamos *debentures*, de las ciudades italianas del Renacimiento. Cuando en la célebre hipótesis del Banco de San Giorgio, en Génova, los debenturistas se reunían en asociación para administrar los bienes del deudor, los debentures terminaban por constituir económicamente acciones.

3. EL DESENVOLVIMIENTO POSTERIOR. — A pesar de las crisis sufridas en algunas ocasiones, como aquellas célebres que motivaron el *Bubble Act* inglés o las vinculadas con la actividad del escocés LAW en Francia, se va evidenciando la utilidad de las sociedades anónimas y la imposibilidad de subordinar la existencia de

cada una de ellas a la promulgación de una ley especial, de la cual resultaban por otra parte simultáneamente privilegios monopolistas que contrastaban con la idea de la libertad de competencia que desde el siglo XVIII se venía imponiendo en las conciencias.

El Código Napoleón sancionó la libertad de constitución de las sociedades anónimas, observadas determinadas normas de carácter general, y subordinadas a la autorización administrativa. En la segunda mitad del siglo XIX se dió un paso más y se admitió la libertad de constitución de las sociedades anónimas, ateniéndose a las reglas dictadas en líneas generales en cuanto a su constitución, y verificado su cumplimiento por la autoridad pública, unas veces por medio de un órgano administrativo, como hasta ahora en el Brasil, y otras, con mayor frecuencia, por medio de la autoridad judicial en el desempeño de jurisdicción voluntaria. La ley francesa de 1867 se convirtió rápidamente en modelo imitado por los demás países de la Europa continental y de la América latina, pasando de Francia a Bélgica, a Italia, y atravesando los océanos.

Vino entonces la ley, y para completarla e integrarla la doctrina y la jurisprudencia tuvieron que resolver los problemas planteados por la responsabilidad limitada y por la circulación de las acciones, tutelando, por una parte, sobre el primer aspecto, la integridad del capital social, y disciplinando, por la otra, las relaciones entre los accionistas. Se fué elaborando así la disciplina jurídica que luego se reveló en el instrumento jurídico preferido por la empresa capitalista en los siglos XIX y XX.

4. RELACIÓN ENTRE LAS PARTES Y RELACIONES CON TERCEROS. — Posiblemente, para evidenciar los principios básicos de la institución, corresponde tener en cuenta esta distinción: entre las relaciones que conciernen a terceros y, por lo tanto, los principios que concier-

nen a la tutela de terceros, y las relaciones concernientes a la organización interna de la sociedad y, por lo tanto, los principios relativos a la mayoría y a la minoría. Finalmente, los problemas de la primera clase se unen a la responsabilidad limitada; los de la segunda, a la división del capital en acciones y, por consiguiente, a la circulación de éstas y a la mutabilidad de los accionistas.

5. RESPONSABILIDAD LIMITADA Y TUTELA DEL CAPITAL SOCIAL. — Desde un punto de vista meramente lógico, se podría observar que nada singular hay en la responsabilidad limitada, pues en definitiva ella indica sólo la natural consecuencia de la existencia de una persona jurídica y de un patrimonio separado. Con esa expresión —responsabilidad limitada del accionista— no se desea en efecto indicar una limitación de la responsabilidad del accionista en cuanto a sus obligaciones, sino el hecho de que él no es responsable por las deudas sociales, no obstante serlo, e ilimitadamente, por la integración de las acciones que hubiese suscrito. Desde el punto de vista económico, tal resultado (que de otro modo se une a su origen histórico) equivale a un riesgo limitado del accionista que, en la peor de las hipótesis, puede perder el importe que suscribe, y no está, por el contrario, expuesto a un riesgo ilimitado, como el socio ilimitadamente responsable. Desde el punto de vista jurídico existe siempre algo de particular en la posibilidad de crear un patrimonio separado, rigurosamente separado de los patrimonios individuales que lo constituyen.

Por último, no debe olvidarse que detrás de la sociedad están los socios; que la personalidad de la sociedad y el patrimonio separado son, en definitiva, medios técnicos para disciplinar el ejercicio del comercio por parte de los socios con responsabilidad limitada y con un resultado que equivale al que resultaría de un privilegio de los acreedores sociales en cuanto a los bienes destinados al ejercicio del comercio en común, no pu-

diendo disponer de los que permanecen ajenos a este ejercicio.

Esto justifica que el primer principio al cual corresponde recurrir para contrabalancear, permítaseme la expresión, la responsabilidad limitada, sea el de la publicidad; publicidad de la constitución de la sociedad, de sus alteraciones estatutarias y hasta de su gestión.

Pero bajo este último aspecto se presenta inmediatamente una dificultad: ¿cómo conciliar con eficacia la necesidad de la tutela por medio de la publicidad, en cuanto a la gestión de la sociedad, con el propio desarrollo de los negocios, su variedad y velocidad, diremos hasta el necesario secreto comercial, las continuas mudanzas de cada momento y de cada día, del patrimonio social?

La garantía de los acreedores reside en el patrimonio social, pero es variable ante el diverso valor de los bienes sociales y de los distintos resultados de la gestión. La composición del patrimonio resultará del balance anual sujeto a publicidad, pero ésta puede no bastar para la tutela de los acreedores sociales haciéndose necesarias algunas normas que, respetando la elasticidad de la administración de la sociedad, la limiten teniendo presente la tutela de los acreedores sociales. Este problema surge en todas las sociedades, pero adquiere particular importancia en las sociedades anónimas porque los accionistas no son responsables por las deudas de la sociedad: deben sólo efectuar los aportes de las acciones que hubieran suscrito hasta integrarlas. Pueden perder, a raíz de malos negocios sociales, el importe con que entraron en la sociedad, pero no deben reintegrar las pérdidas de ésta. Por eso el problema de la tutela de los acreedores sociales es más delicado.

La solución de ese problema se halló especialmente en los derechos de origen romano (la orientación del derecho anglonorteamericano sobre el particular fué diferente) en el concepto del capital social, que fué el

punto de referencia para juzgar la situación de la sociedad.

El capital social constituye un elemento estatutario que la sociedad puede fijar libremente en la forma que entienda oportuno, y hasta modificar mediante la reforma de los estatutos; es un valor que representa en principio el valor mínimo de la diferencia entre el activo y el pasivo, o sea, el patrimonio líquido de la sociedad. La ley tiene en vista que esté efectivamente constituido y que permanezca subsistente; por eso prohíbe los actos que puedan disminuirlo, y en el caso de que a raíz de las pérdidas sociales quede reducido a cierto límite, impone la quiebra o (conforme a las diversas legislaciones) la liquidación de la sociedad.

Por eso, para los acreedores actuales de la sociedad el capital es un margen de solvencia, representado en lo que resta del activo después de deducido el pasivo; para los terceros que por su trato con la sociedad pueden llegar a ser sus acreedores, el índice de la solvencia social, y para los compradores de acciones, el valor mínimo de la diferencia entre activo y pasivo.

En el caso de que el patrimonio líquido de la sociedad sea superior al capital social habrá, además del capital, reservas o ganancias a distribuir; si es inferior, habrá pérdidas, en cuyo caso interviene el derecho, como ya lo señalamos, imponiendo la liquidación o la quiebra de la sociedad, cuando aquéllas pasan determinado límite.

El capital social es así un instrumento jurídico de tutela de los terceros. Regulado en cuanto a todas las sociedades (pues en todas hay una separación entre el patrimonio social y el individual del socio, más o menos rigurosa según los diversos tipos de sociedad), adquiere particular alcance en las sociedades anónimas, estando sujeto a normas más rigurosas en lo referente a su constitución y subsistencia, porque en estas sociedades existe una completa distinción entre el patrimonio social y

los patrimonios individuales, frente a la irresponsabilidad de éstos por las deudas sociales.

Este concepto del capital social considerado como instrumento jurídico de tutela de los terceros, explica la existencia de todo un grupo de normas que gravitan en torno de tal concepto. Ya en la constitución se tiene en vista la efectiva formación del capital, y por eso se dictan las normas sobre la imposibilidad de emitir acciones por debajo de su valor nominal; sobre la valuación de los aportes en bienes que no sean dinero; sobre la imposibilidad de distinción entre un capital autorizado y un capital suscrito; sobre la necesidad de que se realice, en la suscripción, un porcentaje determinado del capital, no obstante autorizar la ulterior integración de las acciones; sobre la imposibilidad de suscripciones condicionales, etcétera.

Ya en la vida de la sociedad el derecho tiende a garantizar la efectiva subsistencia del capital. Por eso se prohíbe la distribución de dividendos que no representen ganancias realizadas: se dictan normas que tutelan a los acreedores en la hipótesis de reducción del capital o de fusión; normas que persiguen, antes que otra cosa, evitar las supervaluaciones; se impone, como ulterior garantía, la constitución de una reserva legal; se prohíbe la distribución de dividendos, aunque sean resultado de ganancias, si no ha sido reintegrado el capital anteriormente defraudado por pérdidas; se impone la liquidación o la quiebra de la sociedad cuando a raíz de pérdidas se produzca una disminución del capital que exceda el límite legalmente predeterminado.

Nótese que estas normas se hallan corroboradas en general con sanciones penales, lo que demuestra que persiguen la tutela de los intereses de terceros.

6. LAS RELACIONES ENTRE LOS SOCIOS Y EL CONTRATO SOCIAL. — El segundo grupo de problemas se refiere a las relaciones internas entre accionistas.

La sociedad nace de un contrato, y más precisamente de una subespecie de contratos, que podemos llamar plurilateral. Las diversas peculiaridades de la constitución se concilian con el concepto fundamental de contrato (pues existe en la sociedad un contraste de intereses que el contrato tiende a resolver, diversamente de lo que ocurre en las hipótesis del acto complejo), no obstante evidenciar la existencia de una subespecie particular: la del contrato plurilateral (cuyas características aparecen en el proceso de constitución, en la regla de que el vicio de una adhesión no vicia el contrato entero, etcétera).

Este contrato (y también bajo este aspecto se revela su peculiaridad) persigue la disciplina de una actividad ulterior en relación a un fin que unifica los distintos intereses de las diferentes partes; por eso tiene carácter instrumental. De este hecho resultan particularidades que finalmente se relacionan con la tutela de terceros. Además, del contrato deriva un patrimonio separado, una persona jurídica, merced a lo cual se hace posible distinguir lo que concierne a la propia validez del contrato (y que corresponde a la teoría de la nulidad o anulabilidad de la sociedad) y a la formación del patrimonio separado (y que incumbe a la publicidad y a la teoría de la sociedad irregular).

El contrato tiene en vista la constitución de una organización, la disciplina de una actividad ulterior para la consecución de determinado fin. Por lo tanto es menester organizar la gestión de la sociedad.

7. LA ORGANIZACIÓN INTERNA. — Frente a la propia pluralidad y mutabilidad de los accionistas no puede tener cada uno de éstos un derecho por sí, de administración, y ni siquiera un derecho continuo e ilimitado de control: administración y control se confían, en principio, a órganos especiales (directores y síndicos), correspondiéndole al accionista, o a minorías ca-

lificadas, sólo determinadas funciones de control. Se aplica así un principio lógico que se encuentra en la sociedad en comandita, como en las justas orientaciones que propenden a tutelar de manera más rigurosa las categorías de accionistas que, por tener acciones sin voto o de voto simple (en contraposición a las acciones de voto plural, en los derechos que las admiten), ejercen menor influencia en la administración: a menor responsabilidad corresponde menor poder. La extensión de derechos de los socios ilimitadamente responsables en cuanto a la administración de la sociedad, corresponde con la no limitación de su responsabilidad; los derechos limitados del accionista, con su responsabilidad limitada.

Pero en lugar del accionista simple, encontramos la asamblea, a la cual compete en forma privativa la orientación general de la sociedad y la reforma del estatuto.

De ese modo la asamblea se asemeja al poder soberano: representa la propia voluntad social, aplicándose por eso aquel principio de la mayoría (de la mayoría de las acciones) que es finalmente el principio básico de los actos colegiados.

Así se distinguen los votos singulares y la deliberación de la asamblea; los vicios de la deliberación y los de los votos, los cuales, a su vez, influyen en la deliberación sólo cuando, como consecuencia del vicio del voto, no hayan logrado en ella la mayoría necesaria.

8. LA EVOLUCIÓN LEGISLATIVA A ESE RESPECTO.

— Corresponde recordar, a este respecto, la sucesiva difusión de las acciones entre el público y su circulación.

Al principio era rigurosamente limitada la facultad de la asamblea de introducir modificaciones en los estatutos, pero amplísima la discrecionalidad de las partes del acto constitutivo. Posiblemente se ligaba esa situación a la circulación hasta entonces escasa de las accio-

nes, prevaleciendo por eso, por un lado, la necesidad de tutelar a quien desde el comienzo contratara en cuanto a las modificaciones decididas contra su voluntad, y no existiendo, por otro lado, gran interés en limitar la discrecionalidad de las partes en el acto constitutivo.

Posteriormente se pasó entonces a admitir de modo cada vez más amplio la posibilidad de modificar el estatuto, evolución que se percibe claramente al comparar las leyes de diversos países, posteriores a la ley francesa de 1867; y en el propio derecho francés en las sucesivas reformas de 1903, 1913 y 1930. Se llegó casi a subvertir el principio anterior, al admitir en principio, y observadas determinadas normas, que cualquier modificación estatutaria podía decidirse por mayoría, no obstante ser mayoría calificada. Esto es consecuencia, ya de la propia mutabilidad de los accionistas, en virtud de la circulación de las acciones, siendo entonces más natural aumentar el poder de la mayoría, ya del hecho de que muchas sociedades anónimas comenzaron a tener una duración apreciable creando ineludibles exigencias de reformas estatutarias.

Pero alcanzado este principio se hacía necesario, además, limitar la discrecionalidad de las partes en el acto constitutivo, dada la posibilidad de no continuar en la sociedad siempre los mismos accionistas, correspondiendo, por lo tanto, disciplinar los límites en que a los accionistas originarios cabe predeterminar, incluso para los accionistas subsiguientes, los estatutos sociales.

La evolución arriba mencionada demuestra también por qué en un primer momento este problema fué encarado sólo con respecto a los poderes de la mayoría y no igualmente en cuanto a los límites de los poderes de las partes en la elaboración del estatuto originario, mientras fueron fijándose sucesivamente los límites en lo tocante a esa elaboración (se definieron los derechos inderogables e irrenunciables del accionista), menospreciando probablemente en algunas ocasiones el problema

de los límites de los poderes de la mayoría (es decir, de las normas inderogables por mayoría, no obstante renunciables o derogables en el estatuto originario, que se basa en el consentimiento unánime de los suscriptores).

La expresión a veces equívoca de "derecho individual" (la desgracia de la ciencia jurídica está en las incertidumbres terminológicas), suele usarse en los casos anteriores y también referida a los derechos que correspondían, de modo preferencial, a algunos accionistas; es obvia la diferencia del problema, y por eso la oportunidad de usar una terminología diversa en los dos casos, como sucede en la doctrina más moderna.

9. TUTELA DE LA MINORÍA Y DESARROLLO DE LAS SOCIEDADES ANÓNIMAS. — La posibilidad de un desarrollo rectilíneo de la sociedad anónima se relaciona estrictamente con una tutela efectiva de la minoría y del accionista simple. Corresponde asegurar el derecho de la mayoría, y, por otra parte, tutelar a la minoría e individualmente al accionista simple, pues sin esta tutela el poder de la mayoría se puede transformar en arbitrio, y termina por obstaculizar el propio desenvolvimiento de las sociedades anónimas y el cumplimiento pleno de su función. No habrá realmente posibilidad de difusión de las acciones en el público y de desarrollo de un mercado de capitales, como tampoco de apelar al público para la integración del capital de la sociedad, independientemente de una efectiva tutela de la minoría y del accionista. Si ésta falta, será inevitable que la sociedad anónima, en lugar de cumplir su función económica típica, quede adscrita sólo al ámbito de una familia o hasta limitada a un solo individuo; por otra parte, la falta de garantías del accionista multiplicará los casos en que la difusión de las acciones entre el público pertenecerá a empresas carentes de seriedad.

Por eso el problema de la tutela de la minoría y del accionista individual está ligado al cumplimiento estricto por parte de la sociedad anónima de lo que constituye su función económica.

En realidad, en la evolución de la sociedad anónima fué poco a poco perfeccionándose la tutela de la minoría y del accionista, paralelamente a la difusión de la institución y a la efectiva participación del público en la sociedad.

Se determinó así el hecho de pertenecer el derecho de voto a cada accionista (no obstante pudo observarse una reciente evolución contraria frente a la admisión de acciones sin voto); el derecho del accionista a las ganancias y a la distribución periódica de éstas; el principio de la igualdad entre los accionistas y el derecho del accionista a no ser excluído de la sociedad; el derecho de preferencia del accionista en el aumento del capital, etcétera. Se evidenció lo característico de los directores como agentes sociales, que deben proceder en interés de la sociedad, y por eso, finalmente, de los accionistas (*trustees*, conforme a la expresión anglosajona); se estudiaron las hipótesis de conflicto de intereses de directores o accionistas, con la mira constante de evitar que la sociedad pueda transformarse en instrumento de algunos accionistas en perjuicio de los demás. Se mejoró la disciplina de las asambleas y los medios contra la ilegalidad de las deliberaciones; se reforzaron las normas que se refieren a la responsabilidad de los directores; se tuteló a suscritores y accionistas contra las maniobras fraudulentas de fundadores y directores.

De esa manera se pusieron de relieve, cada vez más claramente, los límites de los poderes de la mayoría y los derechos inderogables de cada accionista, que se sustraen al poder de la mayoría o incluso al consentimiento unánime de las partes en la constitución de la sociedad.

En algunas ocasiones, la práctica estatutaria fué preparando el camino a la ley (es lo que sucedió con el derecho de preferencia en el aumento del capital); en otras fué la ley la que, tutelando al accionista simple y a la minoría, reaccionó contra la práctica estatutaria que tenía por mira otorgar a la mayoría y a los directores poderes excesivos, dejando de lado la tutela de la minoría y lo característico de los directores como agentes sociales.

10. FENÓMENOS RECIENTES. — Los problemas actuales de las sociedades anónimas resultan de dos tendencias diferentes que se manifestaron en la práctica.

Por un lado, en la evolución de la sociedad anónima sobresalió, naturalmente, cada vez más, la idea del patrimonio separado. Consecuencia natural fué la constitución de sociedades anónimas con pocos socios, o hasta de hecho con un único socio, que se encuentran en todos los países, a pesar de las prohibiciones legislativas, y que constituyen, en los países cuyo desarrollo industrial está en su fase inicial, el tipo más frecuente. Sociedades anónimas de un solo socio y sociedades anónimas familiares son natural consecuencia de la importancia que fué tomando la idea del patrimonio separado, y constituyen a la postre un medio de utilización, en interés del comercio individual, de las reglas dictadas para la constitución del patrimonio separado para ejercicio colectivo del comercio. Fueron, en suma, un ejemplo de ese fenómeno que llamé negocio indirecto, tendiendo a distinguirlo de la simulación, a la cual se atribuyen a menudo alcances cuya amplitud va en desmedro de la precisión. El fenómeno merece tenerse en cuenta especialmente en lo que respecta al impuesto progresivo (a raíz de esto en las legislaciones anglosajonas existen disposiciones fiscales especiales).

La segunda tendencia que merece recordarse en lo que respecta a los recientes fenómenos de las sociedades

anónimas, se presenta con relación a la colocación de las acciones en el público.

Ésta implicó siempre la posibilidad de abusos, sobre todo frente a la difusión de las acciones en la pequeña economía, víctima más fácil de engaños e ilusiones, y que por lo tanto merece ser especialmente tutelada. Estos abusos ocurrieron siempre, provocando tanto al comienzo de su evolución, como en la actualidad, profundas sacudidas en la confianza del público y graves consecuencias económicas.

La legislación trató de combatirlos procurando apartar de las inversiones en las sociedades anónimas a los ahorristas que por la modestia de sus economías no debieran arriesgarlas en empresas industriales, siendo distintas las economías que pueden transformarse en capital industrial y las que, por el contrario, deben permanecer en una situación de particular liquidez sin correr los riesgos de aquéllas.

En la legislación comparada se advierte una justa orientación tendiente a disciplinar con más severidad lo concerniente a la colocación de las acciones en el público, a las valuaciones de los aportes con bienes que no son dinero, a las responsabilidades y a las remuneraciones de los fundadores, a los gastos de constitución, a la veracidad de memorias y balances, a los intermediarios en la emisión de las acciones y su posterior ofrecimiento al público, a la posibilidad de integrar las acciones en cuotas, a la posibilidad de vender, en los primeros años de la vida social, acciones representando aportes con bienes distintos del dinero, y así sucesivamente.

En los países cuyo mercado de capitales está más desarrollado, ante la gran difusión de las acciones entre el público se fué evidenciando la posibilidad de que un grupo de accionistas, aun sin constituir la mayoría de las acciones, llegase a dominar la sociedad, ya sea por medio de varios y conocidos recursos (procuraciones para el voto; *voting trust*, etc.), sea por el ausentismo y

desunión de muchos accionistas, unas veces simples inversores de capital, otras transitorios especuladores sobre el curso de las acciones. El problema de la tutela de la minoría es, pues, en realidad, el de la tutela de la mayoría de los suscritores, de los accionistas, dentro de la vida de la sociedad, siendo éste el aspecto que presenta la moderna evolución de la sociedad anónima, y al que se refieren los problemas graves y complejos recientemente examinados en Norte América por BERLE y MEANS. Muchas legislaciones (p. ej., la norteamericana) fueron llevadas por eso a integrar en algunos casos (p. ej., en lo que respecta a la colocación de las acciones en el público tratando de evitar lo que los norteamericanos significativamente llaman "venta del cielo azul"), con normas protectoras de derecho público, la autotutela privada del accionista.

La sociedad anónima fué instrumento de la gran empresa, facilitando la coalición entre sociedades, a su vez instrumento de una ulterior concentración industrial. Surgen entonces los problemas relativos a la constitución de monopolios u oligarquías de hecho, y de su contraste con la expansión económica en interés de todos.

Posiblemente, la sociedad anónima presenta la disciplina jurídica más elaborada en lo tocante a la constitución y gestión de un patrimonio separado. De esa característica resulta la evolución anteriormente señalada, en cuanto a la utilización de la institución de las sociedades anónimas hasta para la constitución de patrimonios separados e individuales.

Con esta característica se combina también la utilización de la sociedad anónima por parte de entidades públicas, a veces hasta como únicos accionistas, pasando entonces la sociedad anónima a constituir un instrumento jurídico de empresas socializadas, permitiendo la distinción y la separación de estas empresas y de los respectivos patrimonios y la mejor valuación del costo de

producción de cada uno. La entidad pública utiliza así a la sociedad anónima sujetándose a la disciplina respectiva, haciendo resaltar de esta manera lo que se podría denominar "función técnica de las instituciones de derecho comercial".

CAPÍTULO VI

MERCADO DEL DINERO Y MERCADO DE CAPITALES

1. **MERCADO DEL DINERO Y MERCADO DE CAPITALES.** — Al tratar sobre los títulos de crédito y sobre las sociedades anónimas, hemos aludido al mercado del dinero y al mercado de capitales, o, en otros términos, al mercado del crédito a breve plazo y al de las inversiones.

2. **LOS BANCOS COMO INTERMEDIARIOS DEL CRÉDITO.** — Hemos observado que el crédito que el productor o el comerciante pueden conceder a sus clientes está condicionado a la posibilidad de que sea a su vez movilizado por quien lo concede, quien de esa manera puede disponer inmediatamente del dinero al encontrar quien esté en condiciones de esperar hasta el vencimiento del plazo concedido al deudor. Hemos visto, pues, que la movilización del crédito está ligada a su incorporación en un título de crédito, lo cual hace posible su circulación. Debemos agregar ahora que en la realidad esto resulta bastante difícil si el comerciante, queriendo movilizar el crédito concedido, debe buscar individualmente a un ahorrista que esté dispuesto a asumir el peso de la espera, realizando esa operación.

Ésta es precisamente la función del Banco como intermediario del crédito, ya que al recoger sistemáticamente los ahorros está en condiciones de emplearlos para financiar a los empresarios. Tendremos así la financiación a corto plazo que se coordinará con las ope-

raciones comerciales y por ende a la garantía económica que resulta siempre del hecho de que el empresario deudor necesita del dinero del Banco para esperar el pago de la mercadería vendida. El concurso de estas condiciones permite que el Banco aproveche los depósitos —aun los depósitos a la vista— en inversiones, conservando líquido en su caja únicamente el porcentaje necesario para hacer frente a los probables retiros; utilizando la parte que en el flujo de depósitos y retiros suele quedar disponible y garantizando, a través de la brevedad del término y de la seguridad de la operación cumplida, la posibilidad de poder realizar rápidamente las inversiones, restringiendo o ampliando el crédito bancario.

De esta manera se resuelve un problema más, que de otra forma no podría encontrar solución fácil y frecuente, es decir, conciliar la necesidad de crédito del empresario con la presencia de un ahorrista determinado que pueda abrir crédito por el período y la cantidad deseados.

La masa de los ahorristas sustituye al ahorrista aislado y el empresario no obtiene su financiación de parte de un ahorrista determinado, sino de parte de la masa de los ahorristas por intermedio del Banco, quien utiliza para conceder los créditos a los empresarios aquellas sumas que para estos fines quedan disponibles en el flujo de depósitos y retiros, otorgando al mismo tiempo a cada depositante el derecho de retirar su depósito, aun a la vista.

Se concilian así exigencias opuestas que de otra forma resultarían contradictorias: en el crédito cambiario y en el descuento bancario de la letra de cambio por parte del acreedor, halla solución la contradicción entre la exigencia del vendedor de conceder créditos al comprador para desempeñar mejor su función de distribución y su imposibilidad de aguardar el plazo otorgado. La contradicción entre la exigencia del crédito, propia

del empresario, y el deseo frecuente del ahorrista de poder disponer de su ahorro en cualquier momento, encuentran su solución, siendo sustituido el ahorrista aislado por una masa de ahorristas cuyos ahorros, concentrados en el Banco, permiten a éste conciliar su posibilidad de utilización en créditos a los empresarios, con la persistencia del derecho de cada ahorrista de retirar su depósito.

El Banco funciona, entonces, como intermediario del crédito asumiendo frente a sus depositantes la responsabilidad directa del dinero recibido, siendo por otra parte directamente titular de los derechos que resulten de sus financiaciones a los empresarios. Así, una relación personal directa entre empresario y ahorrista —que resultaría de difícil conciliación en los distintos casos— es sustituida por otra relación impersonal, surgiendo dos relaciones nuevas frente a la relación única entre empresario y ahorrista: una entre ahorrista y Banco, otra entre empresario y Banco.

De esta manera el capital propio del Banco, más que desempeñar la función de instrumento directo para el ejercicio de la actividad financiera, pasa a desempeñar económicamente una función de garantía. La función y la característica del Banco en el mecanismo del crédito se basan en su función de intermediario, al utilizar el dinero recogido en las operaciones pasivas para sus operaciones activas y en la consiguiente conexión entre las dos series de operaciones.

Esta función y esta característica se han desarrollado en forma lenta, en épocas relativamente recientes, en contraposición a la distinta situación que siempre prevalece en una economía primitiva y que aun hoy perdura en casos excepcionales; es decir, la que se basa en la relación directa entre empresario y ahorrista, con la utilización directa por parte de este último de sus disponibilidades en operaciones de crédito, lo cual despierta fácilmente la idea de la usura.

El Banco puede, pues, en virtud de su función de intermediario y de la consiguiente posibilidad de recurrir a grandes economías (conciliando al mismo tiempo su utilización con el derecho del depositante de retirar sus depósitos a la vista), efectuar sus operaciones activas con una tasa de interés muy inferior a aquella bajo la cual el ahorrista aislado puede realizar estas mismas operaciones.

3. OPERACIONES AISLADAS Y OPERACIONES EN MASA. — Todo esto requiere que las operaciones bancarias se cumplan en masa, porque el porcentaje que según las normas de la probabilidad queda disponible para inversiones, se hace precisamente calculable en relación a la masa de los depositantes.

A igualdad de condiciones, pues, cuanto mayor sea el desarrollo de los depósitos tanto mayor será la probabilidad de que, en el caso concreto, respondan a la realidad estos criterios debidos precisamente a un cálculo estadístico de probabilidades respecto al porcentaje de los depósitos que puede permanecer disponible para inversiones, no obstante la permanencia de la disponibilidad —aun a la vista— de cada depósito en el respectivo depositante.

Las operaciones bancarias (a las que ya nos referimos en un capítulo anterior) consideradas singularmente, quedan así encuadradas en las categorías tradicionales del mutuo, del depósito, del depósito irregular, etc. Su multiplicidad, conexión y concentración permiten desarrollar siempre una función que es económicamente distinta de la que cumple una operación aislada.

4. ALGUNOS PROBLEMAS JURÍDICOS. — Los problemas jurídicos peculiares del Banco nacen precisamente de esta situación, y porque derivan del carácter de masa de las operaciones bancarias, pasan a menudo del derecho privado al derecho público.

En efecto, la sustitución de la relación directa entre ahorrista y empresario por una relación indirecta a través del Banco, quita naturalmente al ahorrista la posibilidad de vigilar en persona la utilización de su ahorro, mientras que por otra parte la concentración de los depósitos en los Bancos reúne en ellos la dirección de los préstamos a los empresarios, presentándose así también en este campo el distinguo entre propiedad y control de las riquezas que hemos recordado en un capítulo anterior.

Las normas que regulan los capitales mínimos de los Bancos, la proporción entre depósitos y fondos que deben mantenerse líquidos, entre capital y préstamos, ya sean dictadas legislativamente o estén en vigencia a raíz de poderes concedidos para ese fin al Banco central o sean aplicadas de hecho a causa del prestigio de las recomendaciones del Banco central, tienden precisamente a atemperar, por una parte, la discrecionalidad de los Bancos (para salvaguardia de los depositantes), y, por la otra, a atenuar un poder que en su concentración puede resultar peligroso algunas veces, tanto más cuanto mayor sea la masa de los depósitos concentrados en cada Banco.

5. MEDIACIÓN EN LAS INVERSIONES A LARGO PLAZO. — La sustitución de la relación directa entre ahorrista y empresario por un ente intermediario, se hace, sin embargo, mucho más difícil cuando se trata de inversiones a largo plazo. La extensión del término constituye por sí misma un obstáculo que hace extremadamente difícil una previsión fundada acerca del resultado de la inversión al vencimiento del plazo, si se exceptúan las inversiones que ofrecen por su naturaleza especial una seguridad particular, a pesar de la extensión del término.

Por eso se ha ido acentuando en todos los países la tendencia de adoptar una orientación que hasta la pri-

mera guerra mundial era propia del mundo anglosajón; prohibiendo o, en todo caso, limitando en forma muy acentuada la posibilidad de los Bancos de utilizar los depósitos para inversiones a largo plazo. En efecto, no sólo el término sino también el riesgo siempre inherente a las inversiones a largo plazo se presenta en contraste con la necesaria protección de los depositantes, excepción hecha de las inversiones cuya movilización particularmente rápida y fácil a un precio relativamente constante (como es el caso de los títulos del Estado), termina por asimilarlas, desde el punto de vista económico, a las inversiones a breve plazo.

Naturalmente esto no cierra la posibilidad de instituciones intermediarias de crédito a largo plazo que recogen mediante títulos especiales el ahorro a largo plazo, para destinarlo a su vez a inversiones a largo plazo.

El ejemplo tradicional al respecto es el de las instituciones de crédito hipotecario que recogen precisamente los ahorros a largo plazo mediante la emisión de cédulas hipotecarias y los utilizan para préstamos hipotecarios también a largo plazo. La mediación en el crédito a largo plazo con respecto a este tipo de inversión, se ha desarrollado primero y más felizmente que en otros tipos de inversión, lo cual se explica a causa de su peculiar seguridad.

También en esta hipótesis la relación directa entre mutuante y mutuario es sustituida por una relación indirecta: la deuda de la institución con el portador de la cédula y su crédito con el deudor hipotecario.

La evolución de estas operaciones (que puede verificarse también a través de la comparación de sus distintas disciplinas en los diferentes países) lleva precisamente desde la vinculación directa entre mutuante y mutuario con la garantía de la institución, a la vinculación del portador de la cédula con dicha institución y de ésta con el deudor hipotecario, pasando la masa de los portadores de cédulas a ser garantizada por la masa

de hipotecas emitidas en favor de la institución y por el patrimonio de ésta.

6. SU TECNICISMO. — El ahorrista a largo plazo difícilmente se decidirá a realizar una inversión cuando no exista la posibilidad de desmovilizarla. Es por ello que la inversión a largo plazo, como señalamos en el ejemplo recordado más arriba sobre los títulos inmobiliarios, suele representarse por títulos de crédito, para poder circular libremente. La fácil circulación del título ofrecerá así al ahorrista aquella liquidez que en la hipótesis de la economía a corto plazo se permite por la posibilidad del retiro de los depósitos.

Esta liquidez podrá de hecho atraer también a un ahorro a corto plazo hacia los títulos que corresponden a inversiones a largo plazo, naturalmente en la medida en que los títulos son efectivamente liquidables con escasas oscilaciones.

Se resuelve así el problema de las inversiones a largo plazo con un mercado de capitales; es decir, con una fácil circulación jurídica y una circulación de hecho de las inversiones a largo plazo.

7. EL MERCADO DE CAPITALES. — La solución del problema de las inversiones a largo plazo reposa en la existencia de un mercado de capitales, ya se realice a través de entidades intermediarias o con independencia de éstas.

Este último caso será el normal, porque precisamente a causa de los riesgos inherentes a las inversiones a largo plazo, resulta inoportuno sustituir la elección por parte de una institución intermediaria a la que cumplan en forma directa e individual los ahorristas.

Los ahorristas pueden confiar directamente sus economías a los empresarios para inversiones a largo plazo, hallando en la existencia de títulos de crédito representativos de dichas inversiones (acciones y obligaciones)

la posibilidad jurídica de una rápida liquidación, cuya existencia efectiva está asegurada por el mercado bolsístico.

La concentración en un lugar y hora determinados de las ofertas de compra y de venta, facilita la realización de la operación y por consiguiente asegura la liquidez efectiva cuya premisa jurídica está constituida por la existencia del título de crédito.

Esta concentración facilita al mismo tiempo la formación de un precio de mercado, porque la presencia simultánea de muchos compradores y vendedores permite realizar cada compra y cada venta en subasta pública; eliminando así (aunque sólo inevitablemente dentro de ciertos límites) la influencia que podría ejercer sobre el precio la situación personal del vendedor o del comprador.

De tal manera, la Bolsa de los valores es el instrumento máximo de un mercado de capitales que a su vez importa la solución del problema de las inversiones a largo plazo. Éstas no podrían efectuarse sino en medida muy pequeña si el ahorrista no tuviera la posibilidad de liquidar fácilmente su posición, es decir, de realizar de inmediato su inversión, aun con sacrificio, pese a la distancia del vencimiento.

La existencia de un mercado de capitales que permita al ahorrista realizar su inversión (naturalmente con los beneficios o con las pérdidas que resulten de las cotizaciones del mercado) ofrece justamente la solución de esta contradicción al conciliar la necesidad de inversiones a largo plazo con el deseo de liquidez del ahorrista.

Esta conciliación permite movilizar para inversiones a largo plazo, ahorros que de otra manera permanecerían atesorados, dado el deseo de liquidez del ahorrista, y permite también la existencia de una tasa menor de interés, es decir, menor costo en las inversiones a largo plazo.

El desarrollo y el perfeccionamiento del mercado de capitales, su sustracción a la influencia de grupos interesados y la extensión de sus operaciones, concurrirán a determinar y acentuar su función.

8. LA BOLSA. — Sin embargo, la concentración de una gran masa de operaciones no puede verificarse reuniendo simultáneamente las cosas objeto de compra y venta y los respectivos compradores y vendedores. Para realizarla es necesario sustituir la concentración de compradores y vendedores por una concentración de intermediarios y representantes, quienes a su vez recogen de su clientela pedidos de venta y de compra y realizan la operación sin revelar el nombre del cliente por quien naturalmente responden. Al mismo tiempo, la concentración de las operaciones lleva a su estandarización con el fin de apresurar su desarrollo, haciéndolas comparables las unas con las otras. La venta de cantidades individualmente determinadas y a condiciones también singularmente determinadas en cada caso, será sustituida por la venta de cantidades fijas vendibles solamente en múltiplos de ciertas cantidades-base y con términos de pago y entrega constantes y rigurosamente determinados.

Se sustituye también, en este caso, una relación personal entre vendedor y comprador por una relación impersonal, pues el vendedor ignora al comprador y el comprador al vendedor, mientras que cada agente conoce el nombre del otro agente con el cual cierra el contrato y no el nombre del cliente de éste, sea vendedor o comprador.

Por otra parte, realizándose las ventas como ventas genéricas, las ofertas relativas no encuentran el límite de la masa física de los bienes vendidos y pueden lógicamente referirse hasta a títulos que el vendedor se propone adquirir luego para hacer frente a las ventas, o a títulos que el comprador no tiene en realidad posibilidad

de pagar si no es compensando el precio con el beneficio que se propone obtener de su reventa, operando así, como se suele decir, al descubierto.

La concentración de las operaciones facilita naturalmente la posibilidad de operaciones sucesivas e inversas por parte de los mismos operadores con la posibilidad de compensarlas sustituyendo el simple pago de las diferencias activas y pasivas con la entrega efectiva del título y el pago de su precio.

Y como toda la masa de los contratos pasa en realidad a través de un número restringido de intermediarios, la compensación será posible también independientemente de la concurrencia de las personas del vendedor y del comprador en las dos operaciones. El vendedor de títulos, al volver a comprarlos por intermedio del mismo agente podrá compensar las dos operaciones cualquiera haya sido la contrapartida en ambas. A su vez, dado el restringido número de los agentes que operan en la Bolsa, será fácil convenir que se sustituya la compensación individual de las operaciones efectuadas entre uno u otro agente, por la compensación colectiva de las operaciones de cada agente con todos los otros.

El enlace de las distintas operaciones requerirá especial rigor en la ejecución, porque el incumplimiento de una operación se refleja sobre el conjunto de todas las demás, de lo que resulta precisamente el desarrollo de formas de ejecución más rápidas y seguras.

La fijación de la modalidad de pago y entrega será constante y rigurosamente determinada, ya se requiera (como en las Bolsas europeas) un término (fin de mes) o (como en la de Nueva York) la ejecución inmediata. En ambos casos se desarrollarán formas especiales de financiación. El costo de dicha financiación y la proporción en que se puede obtener (es decir, la proporción entre la cifra que el cliente comprador debe depositar dando la orden y aquella por la cual puede ser finan-

ciado), y genéricamente el costo de la operación también desde el punto de vista fiscal (recientemente se ha observado que el mayor costo de las operaciones en la Bolsa de Londres atenúa su carácter especulativo), concurrirán a determinar la facilidad de las operaciones (es decir, la facilidad de aquellas adquisiciones o ventas al descubierto que habíamos señalado antes) o, en cambio, a frenarlas.

La concentración de las operaciones a través de pocos intermediarios reviste la posición de éstos de un valor económico notable; por otra parte, la elevada responsabilidad en que incurren, exige de ellos una disciplina; de allí resulta una reglamentación particular, sea respecto a la limitación del número de los intermediarios y de los requisitos para su designación, sea respecto a las cauciones que se les exigen para asegurar su responsabilidad.

La concentración de las operaciones requiere, por otra parte, una limitación de los títulos admitidos para las cotizaciones, y un examen de sus características fundamentales (que a veces se utiliza para disciplinar indirectamente la posibilidad de colocar los títulos entre el público), de lo cual deriva la disciplina peculiar para la admisión de los títulos a la cotización. A veces la limitación así observada provoca la formación, junto al mercado bolsístico oficial, de una especie de segundo mercado bolsístico que, no reconocido en un primer tiempo, pasa también a ser reconocido y disciplinado, constituyendo una especie de segunda Bolsa destinada al manejo de una serie de títulos no admitidos en la primera (la *coulisse* parisiense o el *curb-exchange* de Nueva York).

9. INVERSIÓN Y ESPECULACIÓN. — En efecto, la formación de la Bolsa con los fenómenos a que nos referimos, hace que ella no funcione únicamente como mercado de capitales sino, aunque en forma casi insensible, como campo de operaciones inspiradas en las previsiones

sobre la futura marcha de dicho mercado. Junto a los que tratan de invertir sus propias economías aparecerán los que, sin disponer de ahorros para invertir o disponiendo solamente de economías para invertir a corto plazo, son movidos tan sólo por las previsiones sobre la marcha del mercado, y por lo tanto la misma formación del precio será así influida en su conjunto por la efectiva estimación de la inversión de los ahorristas y por las previsiones sobre la marcha del mismo mercado de los valores por parte de los especuladores.

La inversión está facilitada merced a su incorporación en un título de crédito, pero por otra parte ello permite que el mismo título sea considerado como cosa comprable y vendible sólo con la intuición de una sucesiva operación en sentido inverso: las operaciones del segundo tipo suelen tomar con frecuencia la delantera sobre las operaciones del primer tipo.

Los problemas de política económica peculiares de la Bolsa, se ligan en sustancia a esta conexión. Ellos conciernen a la necesaria limitación de las operaciones especulativas, es decir, de aquellas que no responden a un movimiento efectivo en el mercado de capitales, y al mismo tiempo a los límites que aun debe sufrir esta limitación para no comprometer el funcionamiento de la Bolsa como mercado de capitales. Tal limitación resulta de la política del crédito, porque las operaciones que no responden a un efectivo movimiento del mercado de capitales deben ser financiadas, en virtud de su propia naturaleza, por el mercado llamado del dinero, es decir, el mercado de las financiaciones a corto plazo: las limitaciones impuestas a dicha posibilidad (limitaciones que llegan en momentos excepcionales a la prohibición absoluta) pueden reducir la función de la Bolsa a la de un mercado de capitales.

Los límites de esta limitación resultan a su vez de la circunstancia de que la Bolsa no puede desarrollar su función en el mercado de capitales independientemente

de un movimiento intenso que, salvo circunstancias excepcionales, puede hacer inoportuno el alejamiento de la especulación; por eso, desde el origen de la institución (como decía en el capítulo inicial recordando el primero quizá de los libros dedicados a la Bolsa) los dos fenómenos se presentaron en conexión y el segundo acompañó al primero, ya precediéndole en una más exacta apreciación de posibilidad de períodos futuros, ya supervaluándolo y arrastrando en insensatas esperanzas o en brusca desesperación a masas de pequeños ahorristas, incautamente atraídos a convertir su trabajoso ahorro en materia de manejos especulativos, antes que en objeto de prudente inversión.

CAPÍTULO VII

EL SEGURO

1. EL SEGURO. — Además de las sociedades anónimas y de los títulos de crédito, la institución más característica del derecho privado moderno es el seguro: también éste surgió y se desarrolló en el derecho comercial, pasando luego a integrar el derecho común.

El riesgo es un elemento constante de nuestra vida y de cualquier actividad humana. La tempestad, la inundación, el incendio, la enfermedad, el accidente, la muerte . . . existieron, existen y existirán, pudiendo tener gravísimas consecuencias económicas, y en algunos casos llevar la miseria a un individuo o a una familia. Una característica del mundo moderno es haber constituido un mecanismo jurídico para eliminar, o por lo menos reducir, las consecuencias dañosas de estos acontecimientos.

También aquí el camino fué largo y hecho todo a base de experiencia.

Los riesgos que primero demandaron la elaboración de un mecanismo jurídico que atenuase sus consecuencias fueron los del transporte marítimo. En el renacimiento de la vida económica de la época de los municipios, el comercio marítimo prevalecía aun más que hoy, en comparación con el terrestre, ya por la escasez de caminos, ya por la lentitud de los medios de transporte terrestre.

Pero el transporte marítimo, no menos que el terrestre, estaba lleno de peligros; peligros tanto del mar como de los piratas. La navegación marítima tenía en realidad

un poco de aventura. Quien trasportaba mercaderías de uno a otro país podía lograr ganancias elevadísimas, pero también perder todo en uno de esos riesgos.

En la antigüedad se elaboró una institución especial: el préstamo a riesgo. Quien prestaba dinero o mercaderías recibía altos intereses o ganancias en el caso de que la mercadería llegase a destino, pero en cambio corría el riesgo de mar, no teniendo derecho a la restitución del préstamo si se llegase a producir el siniestro.

En el préstamo a riesgo se originó el seguro marítimo: el interés pasó a ser la prima pagada por el asegurado, siendo el asegurador responsable por el pago de una cantidad en dinero, la indemnización, en caso de siniestro.

2. EL RIESGO. — La teoría del riesgo, elaborada tradicionalmente en cuanto al préstamo a riesgo o contrato de cambio marítimo, fué aprovechada en la teoría del seguro marítimo, que se desarrolló rápidamente desde los primeros contratos conocidos hasta las ordenanzas del siglo XVI, y con su perfeccionamiento sucesivo.

Por último, el principio era el de una transferencia (siendo tal vez significativa la aproximación que hacen algunos antiguos autores entre seguro y compraventa) del riesgo, o sea, de las consecuencias perjudiciales del siniestro. La transferencia era consentida merced al pago de una prima, y quedaba así constituido el riesgo en nuevo objeto del contrato, diverso de los objetos contractuales del derecho tradicional. Puesto que el riesgo no representa un bien, presente o futuro, sino una probabilidad, la novedad jurídica estaba justamente en hacer de tal probabilidad objeto de contrato.

La diferencia con el juego ya era nítida; en efecto, el contrato perseguía la transferencia de un riesgo objetivamente preexistente, cuyas eventuales consecuencias perjudiciales trataba de evitar; en el juego o en la apuesta, por el contrario, el riesgo, económicamente, resulta sólo del contrato de juego o de apuesta, pues si no exis-

tiese el contrato, el acontecimiento sería económicamente indiferente.

Tanto en el seguro como en el juego (ambos, en efecto, son contratos aleatorios), el pago de una suma está subordinado a la verificación de una condición; en uno y otro caso, como fué agudamente establecido, existe un contrato caracterizado por el hecho de que la obligación de una de las partes es condicional, necesaria y típicamente condicional.

Pero en el seguro, como lo aclara la doctrina más reciente, el riesgo preexiste al contrato como probabilidad de un acontecimiento perjudicial, mientras que en el juego el riesgo resulta del propio contrato.

3. TRASFERENCIA Y CONCENTRACIÓN DE LOS RIESGOS. — Con las simples transferencias del riesgo el problema creado por la necesidad de eliminar o disminuir las consecuencias de un siniestro quedaba resuelto jurídica, pero no económicamente; individual, pero no socialmente; con la simple transferencia del riesgo, las consecuencias del siniestro, si ya no gravaban el patrimonio del asegurado, lo hacían sobre el del asegurador, pasando a ser excesivamente gravosas para los patrimonios individuales.

No obstante, la transferencia de los riesgos permitió la concentración de ellos, e hizo que un mismo sujeto asumiese diversos riesgos por un lado, recibiendo las distintas primas correspondientes, y, por el otro, sujetándose a las obligaciones de diversos siniestros. Mientras que individualmente considerado el riesgo es incierto, el porcentaje anual de siniestros es previsible y calculable; quien, por eso, recibe por un lado las primas relativas a varios riesgos, y, por otro lado, se compromete a pagar las indemnizaciones de los siniestros, puede, basándose en el porcentaje de los segundos sobre los primeros, calcular las primas de manera de com-

pensar en su conjunto lo que deberá pagar por los siniestros.

Así, frente a la posibilidad de transferir, y por lo tanto de concentrar los riesgos, cierta actividad industrial puede basarse sobre una serie de contratos aleatorios, y económicamente disminuir las consecuencias del siniestro, sustituyendo a un acontecimiento incierto, pero dañosísimo, el pago de una prima determinada, pero relativamente pequeña.

Por tanto, se distribuyen en forma indirecta las consecuencias de cada siniestro entre todos aquellos que están expuestos a riesgo, desempeñando el contrato una función económica de mutualidad. Todos, en efecto, al pagar los premios contribuyen a la formación del fondo que finalmente permite el pago de la indemnización al que resultó víctima del siniestro. Y puesto que los siniestros representan sólo un porcentaje y un porcentaje calculable de los riesgos, se hace posible proveer con una prima pagada en relación a cada riesgo la indemnización de los siniestros, sustituyendo la obligación determinada, pero soportable, de la prima, a las consecuencias gravísimas de un eventual siniestro.

La historia del tránsito del contrato aislado de seguro a la industria aseguradora, de la simple transferencia de los riesgos a su concentración, es por todos conocida, hasta en virtud del cinematógrafo, que dedicó un film a la historia del Lloyd de Londres: el célebre café en que se reunían los primeros aseguradores ingleses.

La evolución reciente fué acentuando la importancia de la concentración de los riesgos, tendiendo la legislación a facilitar, a veces, el ejercicio del seguro sólo a aquellas empresas que, teniendo en cuenta su importancia, podrían concentrar un elevado número de riesgos, y aplicar así mejor, a la industria aseguradora, el cálculo de probabilidades.

Esto, a su turno, constituye una garantía del asegurado, pues la certeza económica de éste, en lo que

respecta al pago de la indemnización, será tanto mayor cuanto más perfectamente constituya el siniestro para el asegurador, ante el número de los riesgos asegurados, con el consiguiente pago de la indemnización, un acontecimiento calculable y previsible.

Finalmente, y desde el punto de vista económico, la garantía de cada asegurado en cuanto al pago de la indemnización resulta del acervo de las primas pagadas por todos; estos bienes constituyen realmente el patrimonio que permite al asegurador el pago de las indemnizaciones, teniendo el capital propio del asegurador casi una función de garantía en lo que respecta a un eventual aumento del porcentaje de los siniestros, sobre las previsiones o una desvalorización de los bienes objeto de la inversión del patrimonio señalado más arriba.

Con frecuencia, las legislaciones modernas prestan atención a esta circunstancia, regulando de modo especial las reservas técnicas de las compañías de seguro (o sea, el patrimonio constituido por los premios relativos a los riesgos futuros), con el fin de garantizar mejor el pago de las indemnizaciones en caso de siniestro. La reserva, perteneciente jurídicamente al asegurador, constituye no obstante un patrimonio con propósito determinado, uniéndose a esa función de mutualidad que siempre (esto es así también cuando el asegurador forma una compañía autónoma y el seguro no se concluye por una mutual de los mismos asegurados) desempeña el seguro.

4. LA EVOLUCIÓN DEL SEGURO Y LAS ORIENTACIONES DOCTRINALES. — Del riesgo marítimo se pasó al terrestre, y la técnica fué estudiando progresivamente una serie de riesgos para llegar a asegurarlos, o sea, para llegar a calcular la probabilidad del siniestro en relación con cada riesgo; de esta probabilidad resulta, en efecto, la prima.

El principio básico continúa siendo siempre el de la existencia de un riesgo, o sea, de un acontecimiento que acarrearía un daño.

En este principio se basa la justificación social del contrato, su causa, su distinción del juego.

En la doctrina fué acentuada unas veces la primera característica, otras la segunda; la primera (o sea, la transferencia del riesgo con la función indemnizatoria) señala la característica jurídica del contrato; la segunda (o sea, la concentración de los riesgos), el presupuesto técnico para que sea efectivamente alcanzada una limitación de las consecuencias del siniestro y para que el contrato pueda, por lo tanto, desempeñar efectivamente su tarea social.

5. EL PRINCIPIO INDEMNIZATORIO. — El principio indemnizatorio se mantiene siempre fundamental. Para que se pueda hablar de riesgo y de seguro es menester que el acontecimiento, al que está subordinado el derecho a la indemnización, sea de naturaleza tal que el asegurado no tenga interés en que se produzca; de otro modo, el asegurado podría llegar a ser el provocador del siniestro y el riesgo no constituiría ya un acontecimiento incierto. La posibilidad técnica, como la disciplina jurídica del seguro, se basan en este principio, o sea, en el interés por parte de quien estipula el seguro de que el siniestro no se produzca.

De ello resulta, por último, una serie de obligaciones y cargas por parte del asegurado, sea en lo que respecta a la conclusión del contrato, sea en lo relativo a su actividad en caso de siniestro, las cuales, de modo general, se basan en la necesidad de cooperación entre asegurado y asegurador, que lleva a los autores ingleses, aun hoy, a hablar del contrato de seguro como de un contrato *uberrimae fidei*.

A mi modo de ver, dicho principio es peculiar no sólo de los seguros concernientes a cosas, o, como a

veces se dice, a daños, sino también de los relativos a la persona o a la vida. También en estas hipótesis el seguro tiene por fin reparar las consecuencias del siniestro: del accidente que disminuye la capacidad de trabajo; de la vejez que acarrea, a su vez, una menor aptitud para el trabajo y, por ello, de ganancia; de la muerte que impide las economías de quien, de seguir viviendo y trabajando, hubiera podido ahorrar para las personas queridas.

Es obvio que en este último caso la indemnización debe necesariamente pagarse a una persona distinta de la que estipula el seguro sobre la propia vida: se puede distinguir, por lo tanto, un estipulante y un beneficiario, y la técnica del contrato en favor de terceros permitirá al estipulante asignar la indemnización directamente al beneficiario. Éste adquirirá, por consiguiente, un derecho autónomo y la indemnización no quedará así sujeta al pago de las deudas del estipulante.

Se puede también distinguir entre quien estipula el seguro (estipulante) y la persona sobre cuya vida se estipula (asegurado), debiendo el primero tener un interés (en la legislación inglesa se agrega: un interés patrimonial) en la vida del segundo.

Pasando del seguro de cosas al de vida, el seguro se aproxima, en su función económica, al ahorro, porque finalmente permite a quien lo estipula obtener de cualquier forma (o sea, aun independientemente de una larga vida) determinada economía en favor de determinada persona. Por otra parte, por el solo hecho de cobrar una prima de valor invariable, relativa a un riesgo que (como el de muerte) es progresivamente mayor (pues el riesgo de muerte aumenta a medida que el asegurado envejece, siendo que la más cierta de todas las noticias es la relativa a la mortalidad humana), la compañía aseguradora cobra primas que en realidad corresponden en gran parte a riesgos de años futuros.

La técnica actuarial permite calcular, respecto de cada prima, la parte que corresponde, eventualmente, a

los riesgos de los años futuros; esta parte constituye, a su vez, la llamada reserva matemática de las compañías de seguros de vida, y debe tenerse en cuenta en las hipótesis en que al no continuar el estipulante con el pago de las primas se procede al llamado rescate de la póliza.

Recaudando, en último análisis, con las primas, cantidades correspondientes a riesgos de años futuros, la función de la compañía aseguradora termina por aproximarse a la de una institución depositaria de ahorros a largo plazo, teniendo, por eso, en cuanto a la tutela del asegurado, a la administración de tales economías, y a su influencia en el mercado financiero, problemas análogos a los que aparecen en las instituciones que reciben ahorros a largo plazo.

Estas consideraciones explican la tendencia a aproximar el seguro al ahorro; la analogía de muchos problemas, la equivalencia económica entre seguro y ahorro (en dinero); la elaboración de formas mixtas en que, como en el seguro denominado en el Brasil de dotal, concurren elementos del contrato de seguro y de capitalización, lo que no creo deba hacer dejar de lado las características jurídicas diferenciales del contrato de seguro y la función que le es peculiar.

6. LA EXTENSIÓN DEL SEGURO. — La red aseguradora se fué ampliando continuamente, pues su presupuesto técnico se basa justamente en la posibilidad de considerar determinados acontecimientos bajo el aspecto de la probabilidad, la cual, a su vez, se liga a la posibilidad de una consideración estadística. Esta posibilidad es peculiar a los fenómenos de masa, o sea, aquellos que se manifiestan en la vida moderna.

En realidad, la técnica del seguro permite algo así como una conciliación entre la individualidad de cada acontecimiento y de cada contrato y la consideración

estadística de la serie de acontecimientos colectivamente considerados.

Lo que para el individuo es un accidente personal, una imprevisible dolencia, un caso inesperado y trágico, puede ser encarado por la estadística como una probabilidad de accidente o de dolencia, calculable y previsible en forma tanto más perfecta cuanto mayor sea el grupo considerado para el cálculo.

La técnica actuarial facilitó la consideración de nuevos acontecimientos desde el punto de vista estadístico, extendiendo por lo tanto a nuevos riesgos la posibilidad del seguro.

Hasta los acontecimientos atribuibles a la negligencia (nunca los intencionales) fueron, en el seguro contra la responsabilidad civil, objeto de seguro frente al carácter "casual" que en última instancia presenta hasta la negligencia. Existe por lo tanto la posibilidad de calcular a través de la estadística los siniestros debidos a la negligencia y de superar las discusiones, de otra forma muy complejas, acerca de la existencia de un caso fortuito. En las pólizas europeas se cubre, en el riesgo asegurado, hasta el suicidio, en cuanto, por el hecho de verificarse después de algunos años de la vigencia del contrato, esté prácticamente excluida la hipótesis de ser preintencionado.

Se pasó hasta del seguro privado y facultativo al seguro social y obligatorio, sujetando a todos los miembros de determinados grupos al seguro en lo concerniente a algunos riesgos; tendencias recientes, tales por ejemplo las del plan BEVERIDGE, tratan realmente de alcanzar con el seguro una red protectora para todos los hombres en cuanto a los acontecimientos que pueden amenazarlos, haciendo así del seguro un instrumento básico de la seguridad social y económica de cada uno, y encontrando en esta institución un factor básico para el aumento general del nivel de vida.

Al comerciante audaz que seis siglos atrás concluía los primeros contratos de seguro, tal vez no le fué posible prever el desarrollo subsiguiente. La institución jurídica, fruto de la necesidad de conciliar los riesgos del transporte marítimo, elemento básico del renacimiento económico en la remota edad municipal, pasó a ser institución general, aplicable a cualquier riesgo, y por lo tanto factor general de seguridad económica.

La idea, en su origen revolucionaria, de una transferencia del riesgo, de ver en el propio riesgo el objeto del contrato —objeto tan diverso de los objetos contractuales del derecho tradicional, pues él mismo es una “probabilidad”— pasó a ser uno de los elementos constitutivos y característicos de la sociedad, en procura de una general seguridad económica y de un aumento general del nivel de vida.

CAPÍTULO VIII

LOS BIENES INMATERIALES Y EL ESTABLECIMIENTO COMERCIAL

1. EL PROBLEMA DE LA COMPETENCIA Y LOS SIGNOS DISTINTIVOS. — El problema que deseo tratar en este capítulo es el de la competencia, examinando para ello la contribución del derecho comercial en lo que respecta a la teoría del objeto del derecho.

El principio básico que constituye nuestro punto de partida es el de la libertad de competencia, instrumento de tutela del consumidor. Este principio es tal vez menos natural de lo que hoy parece, y relativamente tardío, puesto que su triunfo completo sólo se verificó con la Revolución francesa, al menos en el sentido de una libertad no solamente de competencia en la venta del producto, sino en su producción y en la instalación de la empresa relativa a él. En efecto, esta libertad de producción encontraba profundos límites, sea en el sistema medieval, sea en el mercantilista.

Se amplió por lo tanto el problema de la organización de un medio para garantizar al comerciante la conservación de las mercaderías de su negocio, de la clientela por él adquirida. La propia libertad de competencia se liga a la lealtad de ésta, y para definir la competencia leal corresponde definir la que no es leal.

Para este propósito el derecho común resultaba de poco auxilio.

Los principios generales de la responsabilidad civil, por su propia generalidad, eran insuficientes para proporcionar la solución del problema, especialmente en

virtud de la interpretación que les daba la doctrina y que, a su vez, resultaba de la evolución histórica de tales principios, verificada en ámbito muy distinto. Es cierto que, según veremos, ellos son fundamentales en la evolución histórica, y se fueron imponiendo cada vez más, hasta que el art. 10 *bis* del texto de la Convención de la Unión Internacional de La Haya hizo de ellos finalmente una verdadera norma general para remate y complemento del sistema que adoptó; por sí solos ellos no bastan.

La solución del problema de la organización de la competencia fué encontrada principalmente, como señaló GHIRON, en la disciplina de los derechos sobre los medios de atraer y conservar la clientela.

Un derecho que tuviese por objeto, directamente, la clientela, contrastaría con la propia libertad de competencia; en realidad, en su alcance absoluto, excluiría todo acto de competencia, pues cualquiera fuese éste, acabaría siempre por constituir una invasión de la clientela; toda la competencia es en último análisis una lucha por la conquista de la clientela y, por eso, dentro de ciertos límites, es también una lucha para la conquista de la clientela ajena.

Pero lo que puede ser legislado es el derecho, y hasta un derecho absoluto sobre determinados medios que sirven para atraer y conservar la clientela; cada pescador, permítaseme la imagen, tiene derecho a su red; tiene el derecho de pintar la red con sus colores para que se la pueda distinguir, y por eso a nadie le está permitido usar la red ajena a fin de "pescar", en este caso, clientes para sí. Cada uno goza de toda libertad en la lucha por la conquista de los clientes, o sea, los consumidores que son en definitiva jueces de los productos. Todo ello ha de promover el constante mejoramiento y abaratamiento de la producción en interés de los consumidores.

La marca de industria y comercio es justamente el

medio básico para atraer y, aun más, para conservar la clientela.

La teoría de los signos distintivos del establecimiento comercial puede entenderse con facilidad cuando se los considera como un conjunto de medios destinados a atraer y conservar la clientela, esto es, la corriente de clientes hacia un establecimiento comercial, y facilitar la libertad de competencia con la posibilidad de que cada comerciante pueda constituir y proteger sus elementos de trabajo, su reputación, su fama.

Es lógico, por eso, que la teoría de los signos distintivos se subdistinga según el diverso objeto de identificación.

El primer caso es el de la marca que se refiere al producto: es el *princeps* de la categoría y se funda en el hecho de que el producto, teniendo un mercado, puede hallarse en los más variados lugares, y se lo debe proteger en el ámbito más vasto posible. En materia de marcas, se pasa rápidamente de la tutela nacional a la internacional, y quizá sea éste uno de los capítulos del derecho en que la colaboración internacional fué más laboriosa y fecunda.

Objeto de la identificación puede ser el local en que está instalado el establecimiento. Existen, por así decirlo, productos o servicios que van al consumidor, y productos y servicios que el consumidor va a buscar en determinado lugar; por ejemplo, el servicio hotelero es por su propia naturaleza un servicio que el consumidor va a buscar en el local. Es entonces necesaria la identificación del local y éste es el caso de la insignia que se distingue claramente de la firma, no obstante confundírsela, a veces, con ésta.

Por último, existe la necesidad de identificar, en algunos casos, el propio establecimiento comercial: es el caso del nombre comercial en uno de los sentidos en que puede usarse esta palabra, desgraciadamente una de las más equívocas de la terminología jurídica.

En estos tres casos la identificación no se refiere a un sujeto de derecho sino a cosas: los nombres, como se sabe, sirven para identificar personas o para identificar cosas.

En los tres casos anteriores tenemos una identificación de cosa: del producto; del lugar donde se vende; del propio conjunto de las instalaciones que lo producen.

Los límites de la tutela se combinan justamente con el objeto de la identificación: la marca se refiere, por ejemplo, a determinada clase de productos; la insignia, a determinado tipo de local; por eso la tutela de la marca será nacional y hasta internacional —ante el mercado internacional de los productos—, y local, por el contrario, la de la insignia.

Es lógico que en la disciplina jurídica de los signos distintivos se atienda preferentemente al principio de la novedad; cada uno es libre de escoger para designar sus productos, los locales en que los vende y sus establecimientos, el nombre, símbolo, imagen o, más generalmente, el elemento distintivo que prefiera (caso omiso de algunas particularidades como las relativas a las marcas denominativas), pero bajo una condición: se debe tratar realmente de un elemento que tenga carácter distintivo y al mismo tiempo de algo nuevo, o sea, no empleado por otros.

Necesidades prácticas de certeza jurídica llevaron algunas veces, en materia de marcas, a relacionar la tutela a determinado registro; a pesar de eso y de cualquier manera el principio de la novedad es fundamental en el sistema.

2. LOS VARIOS SIGNOS DISTINTIVOS. — Pero aquí se presenta un problema que resulta de aquella confusión entre elementos objetivos y subjetivos, teoría del objeto del derecho y teoría de la persona jurídica, que tan frecuentemente surge en este capítulo del derecho, y que nos demuestra cuán difícil es a veces la distinción

hasta entre los conceptos jurídicos que parecen muy alejados. En efecto, el propio comerciante, el propio sujeto del derecho utiliza un nombre en su actividad y, lo que es más, a veces modifica su nombre civil adoptando lo que se llama un nombre comercial, o utiliza una firma con denominación en algunos casos idéntica a la que adopta para indicar el nombre del establecimiento. Se trata de fenómenos diversos, y la diversidad se evidencia, por ejemplo, en la firma de las letras de cambio, por un lado, y en la propaganda comercial, por otro; en el primer caso, se trata de una denominación subjetiva —se designa un sujeto— (los autores italianos hablan de *ditta in senso soggettivo*); y en el segundo caso, de una denominación objetiva —se menciona un objeto de derecho— (los autores italianos la señalan con la expresión *ditta in senso oggettivo*); en el primer supuesto existe la exigencia obvia de una vinculación entre el nombre civil y el nombre comercial, o sea, cabe determinar los límites dentro de los cuales el nombre comercial puede diferenciarse del nombre civil, siendo admisible, por eso, hablar de un principio de la veracidad de la firma; en el segundo, por el contrario, se trata de una denominación arbitraria, admitiéndose entonces hablar de los principios de libertad y novedad; en el primer caso, y ante el principio de la veracidad de la firma, se trata de elemento intrasferible y de una especificación de la designación general de la persona, debiendo por eso aplicarse fundamentalmente los principios que se refieren a la tutela del nombre; por el contrario, en el segundo caso se trata de una denominación que, pudiendo ser hasta de fantasía, es trasferible en principio, y demuestra no tener naturaleza distinta de la que es propia de la marca y de la insignia.

Confieso que la distinción me parece clara, en principio; debo agregar, sin embargo, que no es siempre clara en la ley y, más aún, en la práctica comercial, donde existe casi una tendencia a la personificación del es-

tablecimiento comercial, tendencia de origen tal vez contable, y que es continua fuente de confusión.

La confusión se produce especialmente en lo que respecta a las sociedades comerciales; la designación subjetiva de la sociedad puede, en efecto (en lo que respecta a las sociedades de responsabilidad limitada y anónimas), consistir en una denominación de fantasía. Ésta se halla sujeta a los principios de la libertad (en cuanto a su elección) y de la novedad (en lo referente a su legitimidad en los cotejos con otras denominaciones), o sea, a los principios que regulan las denominaciones que se refieren a cosas (productos, locales, establecimientos), no obstante seguir siendo designación de un sujeto de derecho, tal como la designación de un sujeto de derecho constituye la firma del comerciante individual o de la sociedad con socios ilimitadamente responsables.

3. SU NATURALEZA. — ¿Cuál es entonces la naturaleza de las denominaciones objetivas que venimos recordando? En este aspecto se registra una contribución del derecho comercial al derecho común. El derecho romano fijó la distinción entre cosas y derechos: en la concepción romana se encaraba, directamente, la cosa (en la hipótesis del derecho de propiedad) y, por otra parte, los derechos (hablándose entonces de *res incorporales*). Análoga asimetría se descubre en el concepto inglés de *choses in action*. La teoría de las *res incorporales*, cuando se la considera como objeto de derecho, se liga a la teoría del derecho sobre derechos. La concepción romana, en cuanto al objeto de derecho, quedará adscrita naturalmente a la idea de las cosas físicas, o, mejor dicho, de aquellas que *tangi possunt*. Por el contrario, en las hipótesis recordadas, la cosa física (por ejemplo, el emblema) es sólo una representación material de algo difícilmente identificable como cosa física, de una idea inventiva (tomada esta palabra en sentido amplio).

Es natural por eso que la doctrina y la jurisprudencia se sintiesen bastante embarazadas. Por un lado, había algo extrínseco que se unía a los conceptos del derecho real, y por el otro, la corporeidad del derecho real parecía impedir su aplicación a una cosa intangible. Para concebir de qué modo en nuestra tradición se une el derecho real a una cosa material, basta pensar en los obstáculos que encontró la aplicación de los principios del derecho real en el campo de la electricidad, no obstante revestir ésta evidente realidad física objetiva. Recuerda RUSSEL, al explicar la teoría de la relatividad, que nuestro concepto del mundo antes de las nuevas teorías físicas se basaba en el tacto. También en el derecho la idea de cosa se funda, tradicionalmente, en el tacto, por lo que se justifica la dificultad de identificar las cosas, objetos de derechos (nótese "cosas"; no sólo derechos a su vez objetos de derechos) que *tangi non possunt*, exactamente como acontecía con la electricidad. La dificultad es aun mayor cuando se trata de cosas que ni siquiera tienen realidad física. Éste es el caso de los bienes inmateriales. De otro modo, sería oportuno limitar el nombre de bienes inmateriales a aquellos que no tienen existencia física; al contrario, los bienes que, pese a carecer de cuerpo tangible, tienen existencia física (como la electricidad), mal se pueden denominar inmateriales; los problemas jurídicos respecto a ellos son más simples y están más próximos a los problemas tradicionales que los referentes a los bienes inmateriales. Marca, patente, insignia, nombre comercial, son bienes inmateriales, y las observaciones anteriores posiblemente justifiquen las dificultades halladas con relación a la respectiva disciplina jurídica.

Por eso se discutió y se discute sobre la naturaleza de esos derechos, y sólo con dificultad penetró en la doctrina la idea de derecho sobre bien inmaterial, esto es, se llegó a extender el campo del objeto del derecho

más allá de los objetos materiales, teoría ésta que personalmente considero la más acertada.

De este modo, la teoría de la marca se encontró con la patente de invención. Ésta a su vez se desarrolló conforme a un proceso histórico diverso, cuyo origen está en el derecho público. En efecto, la teoría de la patente de invención industrial se esboza con rasgos no muy distintos de los actuales, en el estatuto inglés que se denominó de los monopolios, y que tendía a limitar los privilegios que el rey podía conceder (ligándose así al movimiento que produjo la revolución inglesa). Se excluía cualquier concesión de monopolio, salvo algunos casos excepcionales, como el de la patente industrial en relación a las nuevas invenciones.

Este estatuto fué, a su vez, precedido conforme a recientes investigaciones de archivos, por leyes venecianas, sustancialmente análogas a las de los tiempos modernos, que regularon la materia en Venecia durante los siglos XV y XVI.

También con respecto a los derechos sobre las patentes industriales (de las que sucesivamente se fueron evidenciando varias subcategorías) se puede sostener que constituyen un derecho de carácter absoluto sobre un bien inmaterial. La limitación del derecho en el tiempo (contra lo que acontece con respecto a la marca y al nombre), resultante de la necesidad de conciliar la tutela del inventor con el progreso técnico general y la utilización general de la invención, no obsta al carácter absoluto del derecho durante el tiempo en que está en vigor, ni a la posibilidad de atribuirle un objeto autónomo.

4. LA CIRCULACIÓN DE LA MARCA Y EL NOMBRE.
— Respecto a las marcas y a los nombres, diversamente de lo que ocurrió con las patentes, hubo un obstáculo para el reconocimiento de su naturaleza de derechos sobre bienes inmateriales, resultante de su régimen de

circulación. Éstos no tienen circulación autónoma e independiente; su circulación es limitada, no pudiendo la marca ser trasferida, por ejemplo, independientemente del género de industria o comercio a que pertenece. Esto da la impresión de que se torna inexistente aquel bien que debería constituir objeto de tutela. Se trata, a mi juicio, de un efecto natural de la influencia de principios que no se vinculan a la tutela del competidor (que es el objeto de la teoría de los bienes inmateriales), sino a la del consumidor, o sea, de un límite puesto en interés del consumidor a las consecuencias que resultarían de los principios adoptados. La marca es un medio de atraer y conservar la clientela, y debe considerarse no solamente en las relaciones entre comerciantes, sino también en lo que respecta a la tutela del consumidor; es de esta tutela que resultan aquellos límites a la transferencia de la marca, pues tienen en vista impedir que se produzca ésta contribuyendo al engaño del consumidor respecto del producto colocado en el mercado.

No me parecen acertadas las teorías que, teniendo en cuenta la disciplina de la marca y de la competencia desleal, sostienen en igual forma que CARNELUTTI y ROTONDI, que el establecimiento es directamente el objeto de la tutela. Si fuese así, cualquier acto de competencia sería en última instancia ilícito.

5. LA TUTELA DEL ESTABLECIMIENTO. — La tutela del establecimiento no deriva, a mi juicio, de un derecho absoluto sobre el establecimiento que tenga por objeto una nueva *res*, es decir, distinto de los derechos cuyos objetos son los varios elementos integrantes del establecimiento. Estos elementos constituyen en su conjunto una organización, y su conexión no está desprovista de valor económico y de relevancia jurídica, pero cada uno de ellos continúa sujeto a su propia disciplina de bienes muebles, bienes inmuebles, créditos, bienes in-

materiales; su conjunto, el establecimiento, no constituye un nuevo bien, una nueva *res* objeto de derechos reales.

En la discutida cuestión sobre el problema de si el establecimiento es o no una nueva *res* distinta de los bienes que lo componen, es necesario recordar que la controversia no se refiere a la coordinación para el mismo fin de los varios elementos del establecimiento (obviamente existente, y económica y jurídicamente importante), sino al hecho de pasar a ser directamente objeto de un derecho real.

Esto es lo que, a mi juicio, no se produce, correspondiendo por consiguiente negar que el establecimiento constituya jurídicamente una *res* distinta de las cosas que lo componen, las que continúan siendo objeto de los derechos reales que tienen relación con ellas. Eso, además, es evidente por el hecho de que cada cosa de las que componen el establecimiento, continúa sujeta a la ley de circulación que le es peculiar.

El derecho tiene en cuenta a veces el hecho de que todas las cosas que componen el establecimiento pueden ser transferidas en conjunto. Esto ocurre con motivo de la venta del establecimiento, en lo que se relaciona con la tutela de los acreedores, como en el decreto francés sobre la venta del establecimiento, o en el *bulk sales act* norteamericano, o, aunque de modo más genérico, en el decreto brasileño sobre quiebras. A veces el derecho organiza un sistema para que los elementos del establecimiento puedan, frente a su conexión, constituir objeto de garantía, pese a continuar en posesión del deudor, estableciendo a tal fin, como siempre se verifica en estas hipótesis, medidas de publicidad. No me parece exacto admitir que el derecho pretenda que las cosas que componen el establecimiento sean transferidas en su conjunto (y no separadamente); una orientación de este tipo acarrearía una rigidez técnica en la producción económica, que podría ser muy peligrosa, y no halla justificación bastante en el principio a veces invocado

de la "conservación de la empresa (o del establecimiento)".

En la transferencia del establecimiento, la conexión entre las distintas cosas que lo integran es evidentemente importante en la voluntad de las partes que, refiriéndose al establecimiento, quieran significar todos sus elementos en su coordinación, mientras en principio abarcarán los negocios relativos al establecimiento, todas las cosas que lo componen. Personalmente, y no obstante que la orientación dominante en el Brasil es diferente, desde una célebre opinión de RUI BARBOSA, estoy entre aquellos que juzgan que de la venta del establecimiento resulta implícitamente la prohibición del enajenante de "*se rétablir*" en los límites (de género de comercio, tiempo, espacio) en que la competencia del enajenante disfrutaría de indebida ventaja en virtud de la originaria administración del establecimiento vendido. Esta conclusión se basa en el principio de que los contratos deben interpretarse y ejecutarse de buena fe; no nos ofrecen principios de la garantía por evicción, lo cual elimina las críticas hechas a esta tesis, cuando se la justifica con los principios de la garantía por evicción. En realidad, como veremos, el crédito de un negocio no es una cosa (no existiendo, por eso mismo, posibilidad de garantía por evicción), sino un valor, o, si se prefiere, un mayor valor resultante de la organización de varias cosas. Quien adquiere el establecimiento puede pasar a gozar de su crédito en la medida en que pueda gozar de las causas de que resulta. Éstas, a su turno, como fué recientemente evidenciado, se basan tanto en las propias cosas aisladas que componen el establecimiento, como en la conexión de esas cosas entre sí, y se distinguirán, por eso, varias formas (y, a mi entender, más exacto es decir: varias causas) dentro del crédito de que pueda gozar un establecimiento comercial. El adquirente del establecimiento pasa a disfrutar del crédito de éste justamente en cuanto pasa a gozar de las causas

que lo producen, adquiriendo los bienes (por ejemplo: el local bien situado) de los cuales resulta el crédito; obteniendo los ficheros de los clientes; los servicios de los empleados hábiles, etc., o en cuanto evite que éstos sean aprovechados por otros.

Por lo tanto, no existe un derecho real sobre el establecimiento, distinto de los derechos reales sobre las cosas que lo componen, no constituyendo, pues, el establecimiento una nueva *res*, o sea, objeto de un derecho real autónomo, distinto de los derechos relativos a cada uno de los bienes que lo integran. Ésta es, por lo demás, la afirmación de la doctrina más aceptada, llamada a veces "atomista". Existe quien para dar a conocer esta consecuencia clasifica al establecimiento como una *universitas facti*. Frente a la conceptualización de la *universitas facti*, distinta conforme varios autores, me parece preferible encarar directamente el problema del establecimiento.

No veo acertado el abandono de esta doctrina a causa de las normas sobre las marcas, pues tales normas se refieren directamente a la marca y no al establecimiento; de ellas no resulta un derecho específico sobre el establecimiento.

Análogamente, las normas que, completando la tutela ya propia de los bienes inmateriales, disciplinan la llamada competencia desleal, prohibiendo, como reza la convención internacional, los actos contrarios a las buenas costumbres comerciales, se unen a los principios generales de la responsabilidad civil, frente a la peculiar actividad del comerciante, pero tutelan siempre al comerciante, al sujeto del derecho; no hacen del establecimiento un nuevo objeto de derecho, objeto de un derecho absoluto.

6. LA PROTECCIÓN DE LA CLIENTELA. — Igualmente me parece inexacta, pese a que la sostiene mi maestro VIVANTE, la doctrina que hace de la clientela

objeto directo de la protección. Confieso, ante todo, que por el hecho mismo de mantener los clientes la libertad de comprar donde quieran, no me parece que la clientela pueda ser de cualquier forma objeto de derecho. La libertad de escoger por parte del consumidor es, realmente, una libertad básica y que debe subsistir con carácter fundamental. Y cuando se responde, como lo hace GRECO, que hasta el gas puede escapar de hecho a la canalización, tal respuesta demuestra por sí sola que bajo el concepto de la clientela, como objeto de derecho, existe en realidad la negación de la libertad jurídica del consumidor, lo que ya bastaría para condenar este concepto. Además, es evidente que importa también la negación de la libertad de competencia, pues si la clientela fuese objeto de propiedad, cualquier acto de competencia sería ilícito, tal como es ilícita cualquier tentativa para desviar el gas ajeno.

En realidad, la clientela es únicamente un elemento de hecho: lo que el derecho puede hacer es tan sólo disciplinar los medios tendientes a atraerla y conservarla, y me parece absurdo pensar mucho acerca de una disciplina que sujetara directamente a la clientela.

La propia tutela de la llamada propiedad comercial, lo que en el Brasil se llama ley de recompensas, halla justificación en los principios del abuso del derecho, del enriquecimiento, de la competencia desleal, pareciéndome inexacto ver en ella la disciplina de una propiedad de la clientela, no obstante —no es inútil señalarlo— que la ley brasileña había ido, en la disciplina de la “propiedad” comercial, bastante más allá del precedente francés. Admitiendo un derecho a la renovación del contrato (y no sólo un derecho a la indemnización o al resarcimiento), la ley brasileña termina por dar al inquilino comerciante un derecho respecto al inmueble, que ya no puede encontrar justificación en los principios del enriquecimiento o del abuso del derecho, ni tampoco en la pretendida propiedad de la clientela, pero que cons-

tituye, realmente, una extensión del derecho del inquilino respecto al predio, por su calidad de comerciante, y al plazo de locación.

Por otro lado, el crédito (*avviamento*) del negocio, como recordamos hace poco y como lo pusieron de relieve CARNELUTTI y ROTONDI, no es una cosa, sino una cualidad, como la fertilidad del terreno; es el mayor valor peculiar a un conjunto de elementos organizados para la consecución de un fin, y que por eso mismo adquieren mayor valor que la suma de valores de los bienes que los componen cuando son aisladamente considerados tales bienes; es causa y, a su vez, efecto de la clientela.

La disciplina jurídica puede comprender algunos de los elementos componentes del crédito —nos referimos siempre al crédito (*avviamento*) de un establecimiento comercial— no al crédito directamente. De otro modo se llegaría finalmente a un sistema de monopolios gravemente perjudiciales.

Por eso, el adquirente del establecimiento podrá gozar, como vimos, del crédito de éste y de la respectiva clientela, como también disfrutar de los elementos que forman dicho crédito; por lo tanto, será tutelado no directamente por medio de un derecho que tenía como objeto el crédito, sino indirectamente, desde el momento que consiga conservar los componentes de éste y limitar, lícitamente, la competencia del titular anterior y una vez que esté así tutelado para tales fines.

7. ESTABLECIMIENTO COMERCIAL Y PATRIMONIO COMERCIAL. — He hablado del establecimiento, del crédito de éste y de la clientela; quiero agregar una última observación.

Consideramos al establecimiento como un conjunto de bienes, y vimos que ese conjunto, a su vez, no constituye un nuevo bien, objeto de derechos reales distintos de los que corresponden a los bienes que lo componen.

Con frecuencia se habla de establecimientos, considerando no un conjunto de bienes, sino un conjunto de derechos, o sea, el patrimonio comercial o una parte de él, y los autores que adoptan la distinción entre patrimonio civil y comercial, clasifican a este último como *universitas juris*. En el derecho común el patrimonio comercial y el civil no son jurídicamente distintos; en cambio, en la legislación especial (por ejemplo: en materia de impuestos en la legislación fiscal brasileña) o en el derecho internacional, se establece a veces una distinción entre ellos a los efectos de determinadas normas o de la tutela de determinados créditos, llegándose en algunos casos —a mi modo de ver, erróneamente— casi a subjetivizar el patrimonio comercial.

Es importante recordar que son diferentes los problemas que se refieren al establecimiento (como cosa) y al patrimonio comercial; con frecuencia en la doctrina se los confunde, resultando de esta confusión un laberinto de teorías que, no obstante utilizar el mismo término de “establecimiento”, corresponden en realidad a los dos problemas mencionados.

8. LA COMPETENCIA DESLEAL. — Volvamos a nuestro asunto: la tutela de los bienes inmateriales como medio de disciplina de la competencia.

Esta tutela se puede referir sólo a algunos de los medios que sirven para atraer y conservar la clientela: la marca, el nombre y la insignia. Pero en la variedad de los casos prácticos estos medios son muchísimos: desde las relaciones personales del jefe de la firma y de sus agentes productores, al acierto de determinados anuncios, a la procedencia de determinados productos, etcétera.

No sería posible crear tantos bienes inmateriales y tantos derechos absolutos nuevos. Se recurre por eso, necesariamente, a los principios generales del derecho común; al *neminem laedere* y a la responsabilidad civil.

Y no a un derecho absoluto sobre determinados bienes que por tal circunstancia prohíbe de modo general cualquier acto contrario, acarree o no daño, sea o no culposo, sino a la tutela general resultante de los principios de la responsabilidad civil en cuanto a los actos ilícitos y culposos. ¿Cuáles son los actos ilícitos? La jurisprudencia se enfrentó nuevamente con la dificultad de conciliar la libertad de la competencia y la represión de la competencia desleal. La dificultad aumentó frente a la tendencia de basar siempre la tutela de la responsabilidad civil en la violación de un derecho subjetivo privado, mientras que en muchos casos de actos merecedores de represión, no había violación de un derecho subjetivo determinado. Los actos de competencia ilícita se presentaban, en general, como actos objetivamente ilícitos que perjudicaban a cierto interesado en la esfera de sus intereses; éstos no tenían las características del derecho subjetivo.

En líneas generales, el problema ya había sido considerado en la pandectística del siglo XIX. La elaboración doctrinal de los derechos de la personalidad tendió a superar esa dificultad, evidenciando una serie de derechos subjetivos, expresión de personalidad, que a veces mal podían clasificarse como derechos subjetivos autónomos (presentándose, por el contrario, como aspectos de "un" derecho de personalidad).

La jurisprudencia superó la dificultad, encarando finalmente como actos ilegítimos capaces de fundamentar una acción por daños y perjuicios los que, violando el derecho objetivo, violasen un legítimo interés ajeno, a pesar de las discusiones acerca de si constituye o no dicho interés un derecho subjetivo y acerca de la más exacta distinción de los interesados protegidos.

Así, la jurisprudencia fué identificando una serie de actos que, por herir las buenas costumbres comerciales, como expresó posteriormente la convención internacional, fundamentaban la acción de daños.

La legislación intervino sólo indirectamente mediante las sanciones criminales dictadas no sólo para penar la violación de los derechos sobre bienes inmateriales que venimos recordando, sino para una serie de actos en contraste con la competencia leal.

Esta orientación legislativa criminalista tuvo la ventaja, por un lado, de evidenciar una serie de actos de competencia desleal, y por el otro, esta enumeración hizo olvidar a veces el principio general, hallándose entonces la jurisprudencia civil en dificultades, debido al principio básico de no aplicación analógica de la sanción criminal, en los casos de actos de competencia desleal que no estuviesen contemplados simultáneamente en las hipótesis previstas por la ley penal, y que no constituyesen, al mismo tiempo, actos ilícitos, civiles y criminales. Cabe notar que la tutela de la competencia leal o la represión de la competencia desleal es en la práctica menor justamente en los países en que se cuidó sólo de la tutela penal, descuidando la elaboración de principios civiles, lo que tuvo también como consecuencia una menor nitidez en la distinción de todo lo referente a la tutela del competidor y a la tutela del consumidor.

Éstos son los dos puntos de vista que se hallaron en la disciplina de la competencia, pero que se mantienen distintos, por vincularse con el derecho privado el primero, y con el derecho público el segundo.

CAPÍTULO IX

CONCLUSIONES

1. INTRODUCCIÓN. — He tratado de señalar algunos problemas del derecho comercial con el fin de mostrar cómo las teorías jurídicas respectivas se unían y se unen a la solución de determinados problemas.

Posiblemente, cabe una observación metodológica de derecho comparado.

* 2. CONSTRUCCIÓN DOGMÁTICA Y CASUÍSTICA. — La doctrina anglosajona menosprecia con frecuencia la exigencia de armonía lógica del sistema, haciendo resaltar, por un lado, la casuística, y, por otro, el fin práctico y el desenvolvimiento histórico de cada principio. Este método permite evidenciar el desarrollo del derecho en la serie de las soluciones, conforme a la constante conexión de la norma jurídica con el problema económico y social, y así, en las obras de grandes juristas como POLLOCK o HOLMES, el principio jurídico general termina por ser reconstruído inductivamente, con todo su alcance real. A veces, en la doctrina anglosajona el principio queda sofocado por la casuística.

En la doctrina de los derechos codificados se prefiere, con frecuencia, el método deductivo que evidencia mejor la armonía lógica del sistema. En las obras de los grandes juristas el método deductivo se une al desenvolvimiento histórico del principio y a la apreciación de su alcance práctico, quedando evidenciada la relación de la norma jurídica con los problemas económicos y sociales. A veces la doctrina de los derechos codificados

se limita a una investigación meramente formal, omitiéndose la relación de las normas jurídicas con los problemas que se proponen resolver.

Realmente, para que la dogmática jurídica pueda desempeñar su función, sus conceptos deben entenderse en su alcance real en relación con los problemas que trata de resolver. Abstracción, causalidad y forma; responsabilidad limitada y publicidad; inoponibilidad u oponibilidad de las excepciones en la circulación; valor nominal o principio valorístico, son instrumentos jurídicos que persiguen, respectivamente, la tutela del acreedor y la del deudor; la disminución del riesgo y la garantía de terceros; la protección del tercero adquirente y la del deudor; la certeza en las relaciones jurídicas y los límites de esta exigencia; tales límites, por su parte, se relacionan con el problema de la circulación, encontrando un medio para evitar abusos en perjuicio del deudor; con la oportunidad de fomentar la iniciativa particular y el espíritu de empresa sin perjudicar además a terceros; con la necesidad de encontrar una medida simple para la comparación de los valores en el tiempo y con los límites de los sacrificios que esta adopción, por su parte, acarrea.

Principios generales y casuística deben relacionarse continuamente; de otra manera, conforme a una contraposición célebre, queda la teoría sin valor; queda la práctica sin valor, o tiende a ser dominada sólo por un impresionismo equitativo o por una rutina que a veces trata de justificar con la fácil y errónea contraposición de teoría y práctica, su negligencia e incapacidad de progreso.

Principios e instituciones deben entenderse en su verdadero alcance, correspondiendo descubrir, bajo el necesario tecnicismo de las teorías dogmáticas, el sentido económico y social; los casos particulares hay que resolverlos conforme a una orientación y a un principio de carácter general. *

3. LA TAREA DE LA INTERPRETACIÓN. — La interpretación tiene, como todos afirman, una función en el propio desenvolvimiento del derecho.

Independientemente de la interpretación no existe, en realidad, sistema jurídico, puesto que cada sistema, al estar ausente de leyes, costumbres y jurisprudencia, necesita siempre y continuamente ser aplicado, desarrollado y adoptado por la interpretación. El intérprete deberá, por una parte, conservar la continuidad de la solución con el derecho vigente —y por eso es “intérprete” y no legislador— en el escrupuloso cumplimiento del principio de “legalidad”, y, por la otra, desarrollar el derecho en sus nuevas aplicaciones.

La tarea de la interpretación no puede ser sustituida por el continuo recurso a la obra legislativa, que pierde su carácter cuando se hace hipertrófica, o cuando pasa peligrosamente a ejercer una función interpretativa que es propia de la jurisprudencia auxiliada por la doctrina, del juez auxiliado por los abogados.

4. EL CARÁCTER TÉCNICO DE LAS INSTITUCIONES. — Los juristas son protectores de la justicia. Sin embargo, son también técnicos, ingenieros que deben construir y aplicar determinados instrumentos para alcanzar determinadas soluciones y con el menor costo posible; las instituciones jurídicas deben ser técnicamente organizadas de modo que funcionen en forma efectiva, alcancen su fin del modo más simple y socialmente menos costoso.

Si omitiese ser, antes que otra cosa, un protector de la justicia, el jurista dejaría de lado su ideal y deber humano, terminando de esta manera por traicionar su misión. Igualmente, si dejase de lado el aspecto técnico de su tarea, concluiría por no cumplir su misión en la vida social.

Una ley o un contrato pueden metafóricamente considerarse casi como máquinas bien o mal construidas,

que es posible y corresponde apreciar también desde el punto de vista de su perfección técnica. Quien ama las analogías podría hasta descubrir en las instituciones jurídicas los elementos que persiguen el desempeño de la función y los que, tal como frenos, tienen en vista evitar abusos. Por ejemplo, se piensa en materia de títulos de crédito, por una parte en la literalidad, en la abstracción, en la tutela del tercero portador de buena fe, y, por la otra, en la forma y en la *exceptio doli generalis*: se piensa en materia de sociedades comerciales, en el principio de la responsabilidad limitada, y en el sistema de publicidad y en la tutela del capital social; en cuanto al seguro, se tiene presente la posibilidad de que el riesgo sea objeto de seguro, y las reglas que corresponden a las declaraciones y reticencias del estipulante en la conclusión del contrato, en los riesgos preintencionados, en la cooperación del asegurado para limitar las consecuencias del siniestro.

Posiblemente, en ninguna de las demás instituciones del derecho privado este carácter técnico es tan acentuado como en las instituciones del derecho comercial; ellas son en realidad "instrumentos" jurídicos, y, si es lícita la expresión, "instrumentos de precisión", y desearía fijar este aspecto técnico con frecuencia omitido, de las instituciones jurídicas y particularmente evidente en las del derecho comercial.

A este respecto, corresponde también determinar que no hay ninguna contraposición entre rigor dogmático y apreciación del sentido económico de la institución. Por el contrario, para apreciar y dominar jurídicamente mejor los fenómenos económicos, a veces complejos, de la vida comercial, se hace necesario un tecnicismo jurídico más riguroso, tal como debe basarse la técnica moderna en las más sutiles investigaciones de la física teórica y de la matemática, sin las cuales no le sería posible desenvolverse.

5. PRÁCTICA CONTRACTUAL Y TEORÍAS GENERALES. — Es por eso que los comercialistas, con frecuencia, se sienten impulsados a entrar en el dominio de la teoría general del derecho, y que la casuística comercial conduce a la identificación o elaboración de conceptos dogmáticos de alcance general. Por ejemplo, la exigencia de la circulación de la riqueza llevó a la creación de los títulos de crédito, y para alcanzar una adecuada disciplina de estos títulos y una suficiente satisfacción de esta exigencia, los comercialistas fueron elaborando el capítulo tal vez más técnico del derecho privado, lleno de discusiones —alguien dirá, de hipersutilezas— que representa el camino por el cual fué posible alcanzar una disciplina, sin la cual habrían sido satisfechas en forma poco satisfactoria las exigencias económicas de la circulación de la riqueza.

En la disciplina de algunos contratos (por ejemplo, el de seguro) es frecuente que entre los deberes impuestos a una de las partes haya algunos sancionados con la pérdida de un derecho (y no con el resarcimiento de los daños). Estos casos, extremadamente numerosos en la práctica contractual, llevaron a los comercialistas a elaborar en el derecho privado el concepto de carga, ya conocido en el derecho procesal, distinguiéndose así fundamentalmente obligación y carga como dos subespecies del “deber jurídico”, cuya diversidad resalta claramente de la sanción por su incumplimiento. No es tal vez erróneo relacionar esta diferencia con la que existe entre prescripción y caducidad, objeto de tantas disputas en el derecho civil.

La hipótesis de la representación lleva, a su vez, a evidenciar en el derecho privado la existencia de “poderes” o “capacidades especiales” que pueden diferenciarse claramente del derecho subjetivo.

En el campo de los actos jurídicos, la casuística moderna llevó a análisis más sutiles, con independencia de los cuales, sería imposible dominarla jurídicamente.

Distinguió la doctrina moderna en la amplia categoría de los actos humanos lícitos, una serie de subcategorías: declaraciones de voluntad, declaraciones de ciencia, declaraciones de intención, actuaciones (o sea, las hipótesis en que el efecto jurídico resulta de la realización de un acto material con una determinada intención: por ejemplo, ocupación, especificación). Subdistinguió, entre las declaraciones de voluntad, las negociables y las no negociables. Distinguió entre “declaraciones” (de voluntad, conocimiento, etc.) y “manifestaciones” (de voluntad, conocimiento, etc.). Examinando, en el campo de los negocios jurídicos, la hipótesis, frecuente en la práctica comercial, de la confirmación escrita de un contrato verbal, pasó la doctrina comercialista a investigar la existencia de negocios jurídicos cuya función es sólo declaratoria, siendo así estudiada la figura del negocio declaratorio, que, por su parte, puede, según mi opinión, utilizarse en un campo muy vasto. En el ámbito de los contratos fué la casuística comercial la que llevó a la doctrina a examinar con mayor riesgo el problema de la diferencia entre hipótesis de un contrato único o de varios contratos conexos, así como a las varias hipótesis de conexión en este último caso, y en el primero a las diversas suposiciones que se presentan respecto a la existencia, en un contrato, de prestaciones no correspondientes a su tipo, o de prestaciones no correspondientes a las de los contratos nominativamente disciplinados en la ley.

El depósito bancario de títulos, con el mandato al Banco de administrarlos; el transporte con la cobranza, por parte del transportador, del importe de las mercaderías transportadas; el alquiler de cajas de seguridad en los Bancos; la venta con exclusividad; las cláusulas de participación en los beneficios, en los contratos de trabajo o en los préstamos, etc., constituyen el material casuístico que llevó a la doctrina a investigaciones de mayor riesgo sobre la teoría general de los contratos.

Al principio, en la doctrina de las sociedades, luego en la de los títulos de crédito, se fué evidenciando la hipótesis de la "irregularidad" como una hipótesis de vicio, anteriormente descuidada, distinta de las de nulidad y de anulabilidad.

✓ La enumeración podría continuar. Sólo recordaré que, justamente para una mejor apreciación de los fenómenos económicos, es menester el más riguroso tecnicismo, y que los conceptos dogmáticos constituyen, finalmente, instrumentos de trabajo del jurista, sin los cuales no puede éste desempeñar su tarea.

* 6. TEORÍA Y PRÁCTICA. — Es frecuente, entre los llamados prácticos, la protesta contra las sutilezas de las teorías, la *mysterious science of law*, sea limitándose la llamada práctica a un apego formalista a la letra de la ley o a una rutina peligrosa, sea pasando a confiar sólo en el sentimiento equitativo.

En verdad, las sutilezas jurídicas tienden a evitar aquellos extremos; tratan de conciliar la aplicación de la ley —y la aplicación conforme a justicia, igual en todos los casos.— a los casos siempre nuevos que la vida va ofreciendo, y lograr la necesaria certeza jurídica y la uniformidad de aplicación. Aquellos que limitan la tarea del jurista a la interpretación literal de la ley, dejando de lado las "inútiles complicaciones", desprecian la primera exigencia; los que confían sólo en un sentimiento equitativo, desprecian la segunda. Ambos, tratando de apegarse a una práctica que sólo erróneamente se contraponen a la teoría, se mantienen distantes al mismo tiempo de la teoría y de la práctica, y se tornan sustancialmente incapaces de entender y valorar de manera jurídica la realidad social. *

Son, sin duda —bien lo reconozco— complejas y complicadas las teorías sobre los títulos de crédito, y habrá teorías que posteriormente se evidenciaron como inútiles o erróneas. Quien juzgase posible, a pesar de

esto, sustituir la discusión técnica con la genérica invocación de la tutela del poseedor de "buena fe" o de las exigencias "del comercio", debería, para resolver los variados casos de la práctica, volver a los análisis y distinciones, hablar de nuevo de abstracción y causalidad, de creación y emisión, de relación fundamental y relación cambiaria, aunque con diversa terminología, o utilizar conceptos que pese a ser diferentes no serán menos complejos que aquéllos.

No existe hoy contador, por más modesto que sea, que no sepa lo que significa el descuento de un título de crédito en un Banco o el aumento del capital de una sociedad (a veces lo ignoran... los juristas hiperteóricos), lo que los lleva a veces a olvidar la complejidad de principios e instituciones que fueron el fruto de esfuerzos, discusiones y luchas. Y cuando no se presenta un caso *standard*, para resolverlo es necesario el jurista, y necesario será el conocimiento completo de la institución, de todos sus pormenores, sutilezas y complicaciones. La solución en definitiva más simple y justa no será siempre la inmediata sino con frecuencia el fruto de raciocinios complejos y sutiles, independientemente de los cuales carecería de demostración y justificación. Trataría ésta, por su parte, de armonizar la solución del caso concreto con la solución de los casos análogos en una finalidad de certeza y uniformidad en la aplicación del derecho que, de otra forma, sería peligrosamente dejada de lado.

La práctica que menosprecia la "complicada" o "abstracta" teoría jurídica está alejada también de la práctica que no puede omitir instrumentos dogmáticos precisos y perfeccionados.

La teoría que se deleita en el desprecio de la economía y descuida examinar el alcance económico de las instituciones jurídicas, está alejada igualmente de la teoría que no puede omitir el conocimiento de la función económica de dichas instituciones.

7. Por eso, el jurista debe conocer el verdadero alcance y función de las instituciones y principios; debe cuidar de su tecnicismo jurídico con rigor y constancia, no teniendo temor de ratiocinios lógicos, complejos y sutiles.

Cerrando este pequeño libro, séame permitido expresar mi voto en el sentido de que la doctrina comercial brasileña, siguiendo la tradición que con el vizconde de CAIRU tuvo un comienzo glorioso y que con los dos CARVALHO DE MENDONÇA, con SARAIVA, PAULO DE LACERDA, LACERDA DE ALMEIDA, OTAVIO MENDES, MARGARINO TORRES y RUSSEL, para mencionar algunos nombres al acaso, tiene una continuidad insigne, pueda alcanzar cumbres cada vez más altas, contribuyendo al libre progreso del país.

APÉNDICE

FUNCIONES ECONÓMICAS E INSTITUCIONES JURÍDICAS

1. ESTUDIO DE LA FUNCIÓN ECONÓMICA DE LA INSTITUCIÓN. — Para el jurista no resulta trabajo inútil meditar de vez en cuando sobre la función que cumple la institución jurídica, en forma efectiva, en la realidad de un lugar y de una época determinados. De esta manera, abandonando momentáneamente las consideraciones formales y estructurales típicas de la ciencia jurídica, entrará en el campo histórico y sociológico¹, obteniendo de esta incursión mejor apreciación de la realidad social, aun desde el punto de vista jurídico. De otro modo el jurista corre el riesgo de no cumplir con su tarea, que consiste precisamente en aplicar un *corpus juris* constituido a una realidad continuamente cambiante, lo cual supone necesariamente no sólo el conocimiento de dicha realidad, sino también el conocimiento de la forma en que obran de hecho las diferentes normas en esa realidad y de la función efectivamente cumplida por las distintas instituciones. Porque aunque parezca inútil recordarlo, estas instituciones cum-

¹ No creo que sea posible abandonar efectivamente el punto de vista formal en el campo de la ciencia jurídica. Sin embargo, con esto no niego la utilidad para el jurista de hacer otras investigaciones.

Igualmente errónea me parece la tentativa de crear una ciencia jurídica que no se base sobre la metodología jurídica y por otra parte no puedo estar de acuerdo con el desprecio del jurista formalista por las consideraciones sociológicas que, como veremos, están siempre presentes para el jurista en el momento de la interpretación, ya sea consciente, ya sea inconscientemente.

plen con frecuencia una función diferente de la función típica en la que está inspirada su estructura; de manera que, por lógica, la función efectivamente cumplida y no la función típica, resulta el elemento fundamental en la realidad histórica y el punto de partida para la apreciación crítica.

Cualquier sistema jurídico, en la variedad de los elementos diferentes y opuestos que lo componen (y que el intérprete tiende a ordenar en un sistema coherente), representa siempre, dentro de ciertos límites, un esquema transmitido (aunque en el decurso de pocos años) que contrasta con una realidad perennemente mutable. Por eso siempre existe como una tensión entre cualquier sistema jurídico dado y la realidad social; por consiguiente, entre cualquier sistema jurídico dado y su aplicación efectiva; entre la estructura y la función típica de una institución, por un lado, y su función real, por el otro.

La tensión deriva a veces de nuevas valoraciones que se desarrollan en la opinión pública en lo que respecta al *corpus juris* vigente; a veces procede del mayor tradicionalismo de la práctica² en lo que respecta a normas recientemente sancionadas y en ese contraste concurrirán todos aquellos factores que por lo general concurren en la vida social.

La misma intensidad de la sanción puede ser indicio a veces de la inaplicabilidad de la norma jurídica y no de su aplicación. Los bandos, siempre renovados, de manzoniana memoria, indican que una norma jurídica se ha vuelto incapaz de lograr aquel cumplimiento práctico, que al fallar de manera general, demuestra el divorcio entre la norma jurídica y la realidad, señalando así la necesidad de usar, para alcanzar el fin deseado, un tecnicismo jurídico más lento y complejo que pueda modificar la realidad

²La idealización del "derecho vivo" olvida el carácter conservador y tradicionalista propio a veces de la práctica, de la misma manera en que la idealización de la legislación tiende a una peligrosa sobrestimación de la sabiduría de los legisladores.

social en lugar de limitarse sólo a algunas de sus manifestaciones.

En efecto, la norma jurídica reposa siempre sobre su reconocimiento general y sobre el consiguiente cumplimiento espontáneo que confiere a su violación un carácter patológico y marginal, el cual a su vez hace posible y eficaz la sanción, mientras que, faltando estas condiciones, la sanción resultará inevitablemente inaplicable e ineficaz por la misma extensión de la violación.

2. CONTRASTE ENTRE ESTRUCTURA Y FUNCIÓN. —

Todo sistema jurídico es siempre fruto de una obra colectiva en la que confluyen viejas costumbres y nuevas orientaciones, en una obra compleja, en la cual participan todos los miembros de la colectividad y sobre la cual influyen todos los factores de la vida social, ya sea en armonía o en contraste, ya sea que el derecho estatal concuerde con el derecho creado espontáneamente por la práctica y lo sancione, o que se oponga el primero al segundo, o que el segundo reaccione contra el primero. Quizá resulte tan erróneo confinar el derecho estatal en el puro ámbito de la fuerza y concebir únicamente el derecho como inmediatamente derivado de la solidaridad social (con independencia de luchas y conflictos), como identificar el derecho con lo que dictan las autoridades constituídas en ejercicio del residuo de un monopolio que acompaña la formación del Estado moderno en los siglos XVI y XVII y que en el campo interno e internacional sigue tanto sus ampliaciones como sus restricciones. Y tan errónea es la romántica imagen del misterioso espíritu popular creador de derecho, como exagerada la concepción de la norma jurídica cual fruto exclusivo de programas y conflictos conscientes para alcanzar fines determinados, que en el establecimiento de la norma y en la construcción de la institución concurren necesariamente costumbres a veces inconscientes y orientaciones precisas y teleológicas, necesidades económicas y exigencias morales, concepciones religiosas y orientaciones

de política económica, esfuerzos conscientes y precisos de grupos y prácticas seguidas sin que se tenga conciencia de su origen y de su significado originario. La misma heterogénesis de los fines, que ha sido llamada "la astucia de la historia", concurrirá algunas veces en la transformación, de manera que normas dirigidas a cierta meta se revelarán obrando realmente en distinta dirección y hasta opuesta.

Unas veces la formación espontánea y consuetudinaria precede a la formulación legislativa, pero otras la manifestación legislativa —aunque al principio discutida o negada— se transforma con el tiempo en hábito y costumbre: así, en cada sistema legislativo se pueden identificar elementos que, observados en general y seguidos casi naturalmente, toman al fin forma consuetudinaria, y elementos que aparecen más nítidamente legislativos, pues llevan el rasgo muy claro de determinada orientación, en oposición con otros que persisten no obstante ser legalmente negados.

Es un error olvidar la posibilidad de cambios rápidos y revolucionarios en la historia jurídica, con el paralelo predominio de lo que podría llamarse "iniciativa legislativa", algunas veces seguida y otras obstaculizada por la práctica, como es erróneo considerar la posibilidad de una evolución lenta, gradual y experimental, en la que a menudo prevalecerá lo que yo llamaría iniciativa interpretativa y facultad inventiva de la práctica, que la legislación (y se trata algunas veces de momentos sucesivos en el tiempo) obstaculiza unas veces y otras sanciona. *

Precisamente respecto a este segundo caso resulta muy interesante llamar la atención sobre la técnica con que se cumple la evolución, naturalmente en los límites en que los fenómenos históricos pueden (por comodidad y orden) conducirse bajo categorías empíricas que tienden (aunque sea de manera grosera) a reunir fenómenos diferentes.

En el caso de una transformación lenta y gradual resulta oportuno detenerse sobre el contraste entre la estructura de una institución y su función real, para investi-

gar por cuáles caminos una institución jurídica llega a asumir nuevas funciones, independientemente de una modificación en su estructura y, por lo tanto, de una modificación de su disciplina jurídica.

Un maestro entre maestros, PIETRO BONFANTE, señaló precisamente el contraste entre la estructura y la función de una institución como criterio heurístico para que el historiador pudiera descubrir su función originaria, revelada por elementos estructurales, sin significado respecto a su función posterior.

El más notable jurista norteamericano, O. W. HOLMES, se basó en las mismas consideraciones, llamando la atención sobre la permanencia de estructuras jurídicas correspondientes a funciones históricamente superadas, aptas, sin embargo, para nuevas funciones.

En rigor, el contraste entre la estructura y la función real de una institución siempre está presente frente a la imposibilidad de lograr una adecuación perfecta de cualquier estructura fija y esquemática a una variedad de casos concretos; pero adquiere particular relieve cuando la función (que en la totalidad o por lo menos en la generalidad de los casos es propia de la institución en la realidad social) resulta diferente de la que le corresponde típicamente, según su estructura.

El criterio estadístico señala entonces una divergencia entre el esquema jurídico y la realidad jurídica que merece la atención del jurista y del legislador.

3. LA TÉCNICA DE LA INTERPRETACIÓN. — En sustancia, la técnica de la interpretación constituye una técnica que permite la aplicación de un *corpus juris* preconstituido a los casos siempre nuevos que presenta la vida; observando para este fin un criterio de continuidad histórica y de coherencia lógica³. Los conceptos de la dog-

³ He tratado este tema en mi estudio sobre la idea de código en el derecho privado y sobre la tarea de la interpretación, desarrollando algunos puntos de mis estudios anteriores (1925) acerca de lagunas del ordenamiento jurídico. En

mática jurídica son precisamente los instrumentos heurísticos para permitir la aplicación del derecho a casos nuevos, asegurando su solución según un criterio coherente y que lógicamente puede ser llevado de nuevo a las soluciones adoptadas en casos anteriores.

También puede concebirse cada institución jurídica como una obra de ingeniería, como un complejo de normas destinadas a resolver determinado problema, asegurando determinado resultado. En la estructura de cada institución jurídica podemos identificar elementos diferentes que, en su conjunto, aseguran su equilibrio, unos dirigidos para permitir el cumplimiento de la función, otros destinados a evitar abusos o inconvenientes⁴. La perfección técnica de una institución jurídica se basa precisamente en la posibilidad de alcanzar con facilidad resultados máximos con un mínimo de inconvenientes, es decir, en la importancia de sus efectos juzgados beneficiosos en comparación con su costo social⁵.

No se podrá comprender una institución jurídica sin tener en cuenta la función que está destinada a cumplir, ni se podrá valorarla en forma crítica sin tener en cuenta la función efectivamente cumplida.

Tampoco será posible utilizar los conceptos jurídicos como instrumentos heurísticos para la aplicación del derecho, sin tener en cuenta la función de las instituciones correspondientes, es decir, en sustancia, el significado de aquellos conceptos, ni su estimación crítica independientemente de la estimación de su alcance efectivo y de su función real en la práctica.

la filosofía del derecho anglosajón, especialmente ilustrada por ROSCOE POUND, y entre los estudiosos de sociología jurídica, en particular GURVITCH, la ciencia del derecho se considera normalmente como técnica.

⁴ También sobre este problema me detuve en el citado estudio acerca de la idea de código.

⁵ Es inútil citar ejemplos. Basta pensar en la doctrina de la causa (de las obligaciones) como instrumento de tutela del deudor en relación a la poca importancia de los motivos; en la anulabilidad por error y en los límites de dicha anulabilidad; en la responsabilidad limitada y en la publicidad; en la abstracción y en la forma, etc.

Por lo tanto, esta apreciación no puede ser indiferente ni para el legislador ni para el ciudadano; y resulta útil para la acción legislativa del primero y para la elección por parte del segundo de uno u otro camino en el desarrollo de su actividad.

Esta apreciación tampoco puede resultar indiferente para el intérprete, que precisamente al cumplir su misión no puede permanecer ajeno⁶ a la función real que asume la institución jurídica, sea por ese valor normativo que siempre toman las regularidades sociales, sea más aún porque la misma obra de interpretación en la reconstrucción de un caso legal importa un margen, aunque mínimo, de discrecionalidad dentro del cual el intérprete es siempre un poco legislador, de manera que no puede descuidar el alcance efectivo de la norma y la función real de la institución en la realidad social.

La necesidad fundamental de tutelar la seguridad jurídica y la libertad individual no puede excluir el concurso de la interpretación en el desarrollo del derecho, pero debe fijar los límites de esta función⁷ en la necesaria conciliación, por una parte, del desarrollo del derecho y de su aplicación a casos siempre distintos, y por la otra, de la seguridad jurídica, de la aplicación según criterios constantes. La técnica de la interpretación constituye precisamente el instrumento para alcanzar esta conciliación⁸ y por eso mismo la ciencia del derecho se revela a su vez al intérprete como una técnica destinada a permitir la aplicación de un *corpus juris* preconstituído a los casos siempre nuevos que la vida presenta, de manera que los conceptos jurídicos aparecen como instrumentos heurísticos para per-

⁶ Intérprete es el teórico, el juez, el abogado, el asesor, el mismo interesado, en su vida diaria.

⁷ Eventualmente diferentes en las distintas ramas del derecho, dada su diferente importancia respecto a la libertad individual. Basta pensar, en efecto, en la inaplicabilidad, a las leyes penales, de los criterios de interpretación de las leyes civiles.

⁸ En relación a este argumento, recuerdo también mi estudio, precedentemente citado.

mitir esta aplicación, conservando la necesaria continuidad y coherencia lógica entre las diferentes soluciones⁹.

Por eso es vano negar que las valoraciones que deben mantenerse ajenas a una jurisprudencia meramente formal no permanezcan, sin embargo, ajenas al trabajo diario del jurista, ya se trate de la reconstrucción de la premisa mayor o de la premisa menor de su silogismo, ya se trate de la construcción o reconstrucción de sus conceptos generales, de sus instrumentos de trabajo y de su identificación para solucionar un caso concreto, o finalmente de la reconstrucción o tipicización del caso sometido a su examen.

Resulta, pues, que la obra creadora realmente cumplida por el intérprete en su labor diaria de teórico, de juez, de abogado o simplemente de ciudadano (cuya vida diaria está llena de actos jurídicos y que constantemente presupone una interpretación del derecho) no puede —ni siquiera dentro de los límites que le son propios, precisamente en relación con la distinción de la obra legislativa— permanecer indiferente a consideraciones que reposan de manera implícita sobre una apreciación de las diferentes instituciones y de sus funciones, en relación con su orientación general.

En la interpretación también se encuentra necesariamente una reconstrucción de la norma que siempre resulta un desarrollo de ella misma; en la tipicización de un caso, la fijación implícita de un precedente; en la utilización de la institución preconstituída, se encuentran su renovación y su desarrollo y con ello mismo se destaca —consciente o inconscientemente— una serie de consideraciones y de valoraciones que el intérprete deberá tener en cuenta en su orientación general, al efectuar la valoración y apre-

⁹ Piénsese, por lo tanto, en la "interpretación" de una obra musical y de una obra de arte (por eso los franceses hablan a veces precisamente de *création*) y, en otro campo más cercano al derecho, de interpretación de un dogma religioso.

El intérprete es siempre al mismo tiempo un creador: atado a un criterio de continuidad, pero también reconstructor: intérprete del dato preconstituído, pero a la vez intérprete de nuevas valoraciones.

ciación de la función típica y de la función efectiva de la institución.

En la conciliación necesaria de una solución "cierta" y al mismo tiempo "justa", coherente con el sistema preconstituido (dada la función conservadora de la interpretación que por su misma naturaleza es a la vez capaz de satisfacer nuevas exigencias respondiendo a las valoraciones del ambiente al completar y renovar continuamente el sistema), el jurista será viva *vox legis*, aunque sensible a la equidad, y también intérprete (revelándose aquí de nuevo la "declaratividad" de la interpretación) de las valoraciones de su ambiente y, por ello, viva *vox juris*. Porque sin este contraste continuo y sin esta continua conciliación no existirían las disputas jurídicas, las soluciones diferentes, los cambios jurisprudenciales y los progresos interpretativos que se desarrollan ante nuestros ojos, los que aplican, y en la aplicación, renuevan, cualquier *corpus juris* de leyes, costumbres o precedentes jurisprudenciales, de manera que el mismo *corpus* algunas veces se transforma de tal manera (a través de una continua reconstrucción, independientemente de la cual ningún cuerpo de derecho podría verdaderamente asumir su función) que es imposible reconocerlo.

La solución "equitativa" del caso individual representa en realidad la afirmación de nuevas valoraciones de carácter general en un caso particular; y la equidad, más que como justicia del caso concreto, se presenta como afirmación, en un caso concreto, de un nuevo principio que sin embargo es, a su vez, típico y tiende a transformarse en principio general.

El hecho de que un orden jurídico resulte completo respecto a la riqueza diaria de la vida, deriva del resultado más bien que de la premisa de la interpretación, la cual, para alcanzar este fin, renueva y completa sus esquemas, los que sin embargo permanecen y deben permanecer esquemáticos y abstractos.

La unidad de cualquier sistema, no obstante la presencia inevitable de elementos heterogéneos y opuestos, es, a su vez, una función siempre asumida y nunca terminada de la interpretación en su esfuerzo por reducir a sistema coherente elementos que históricamente son muy distintos.

De esta manera, la interpretación no es y no puede ser una simple actividad para conocer datos preconstituídos, sino una actividad en la cual el conocimiento se une a la práctica, pues está dirigida a ordenar y reconstruir un *corpus juris* preconstituído, con el fin de aplicarlo a casos siempre nuevos y diferentes. En sustancia, la interpretación es una técnica para la aplicación, y a través de ella para la renovación de un *corpus juris* preconstituído; por su parte, cada sistema jurídico no puede existir en realidad independientemente de su continua interpretación y aplicación.

La necesidad de demostrar la coherencia de cada nueva afirmación con las normas preconstituídas puede inducir al jurista (cosa que ocurre especialmente en los sistemas que por su evolución histórica se presentan codificados) a presentar su razonamiento como puramente deductivo, sugiriendo la conocida analogía con la matemática, sobre la cual ya LEIBNIZ y GROCIO llamaron la atención. En realidad, las premisas jurídicas no tienen, sin embargo, el carácter simple y preciso propio de las premisas matemáticas; en sus respectivos razonamientos es necesario un *esprit de justesse*, no menor del *esprit de géométrie* de la dicotomía pascaliana. En la reconstrucción del sistema, de la institución y de las normas, en la disposición sistemática de las diferentes normas según su respectiva generalidad y en la reconstrucción y tipicización del caso legal, el jurista procede y debe proceder con aquel *esprit de justesse* que excluye la posibilidad de deducir *more matematico*, las conclusiones jurídicas de premisas unívocas y rigurosamente precisas y constantes. La historia confirma *a posteriori* esta afirmación; el mismo proceso judicial, con su necesario contradictorio, con la pluralidad de

las instancias, con el inevitable contraste de sus decisiones, vuelve a confirmarla, demostrándonos cómo pueden imponerse nuevas interpretaciones e indicándonos cómo sucede esto por vía gradual y experimental, pues estas nuevas interpretaciones son sucesivamente ensayadas y escogidas frente a la convicción general, la que constituye su juez definitivo, de manera que se revela también así aquella colaboración colectiva sobre la cual, en definitiva, descansan siempre el desarrollo del derecho. <

El jurista, precisamente, al cumplir esta obra en la continua renovación de sus esquemas para aplicar un derecho preconstituído a una vida en perenne movimiento, debe tratar de armonizar continuamente el contraste entre la norma jurídica y la realidad social, utilizando un derecho preconstituído para nuevas tareas, permitiendo así la satisfacción de nuevas exigencias al adaptar oportunamente los esquemas transmitidos, de manera que resulte aquella certeza de disciplina que deriva de la utilización del derecho preconstituído; pero al mismo tiempo, satisfaciendo nuevas necesidades y resolviendo nuevos problemas.

Esta continua adaptación constituye precisamente la tarea de la actividad jurídica, ya sea desarrollada por el mismo legislador al dictar nuevas normas que, sin embargo, conservan una continuidad con las precedentes, sea (en los límites propios) desarrollada por el intérprete —teórico, juez y abogado— o que se desarrolle en la práctica comercial y procesal a través de una colaboración colectiva.

La contraposición entre la actividad legislativa y la interpretativa, que es y que debe mantenerse nítida en el campo dogmático (expresando en sustancia los límites que en el interés de la certeza jurídica y de la libertad individual son propios de la interpretación), se traduce naturalmente, en el campo histórico, en una serie de etapas graduales, en ese tránsito de las *moleculares* a las *molar notions* de que hablaba HOLMES, y que llevan de la interpretación literal a la obra del legislador reformador.

4. LÍMITES DE LA DISCIPLINA JURÍDICA. — Un primer grupo de casos —por supuesto sin pretensiones sistemáticas— sobre los cuales se puede llamar la atención, es el que deriva de los límites del mismo derecho. El derecho no es el único sistema de normas sociales ni la única técnica de disciplina de las relaciones humanas: es solamente un sistema de normas, una entre muchas técnicas de disciplina de las relaciones humanas. Los límites de su uso son naturalmente diferentes en las diversas épocas históricas y en los diversos países. Cada cual puede observarlo, sea *in apicibus juris*, reflejando sobre la juridicización o no juridicización de algunas normas constitucionales (y por ello es suficiente confrontar el sistema inglés con el americano), sea en la modesta vida diaria (a través de la frecuente sustitución de un porcentaje fijo, comprendido en el precio y de esta manera jurídicamente obligatorio, a la propina espontánea y variable). Esta variabilidad, sin embargo, no equivale a la ausencia de límites: en cada época y en cada país constantemente encontraremos zonas muy vastas que no pueden sujetarse a una disciplina jurídica. Si esto ocurre, a raíz de la intervención obligada del legislador, la realidad social reacciona negando de hecho la aplicación de una disciplina jurídica que permanece formalmente perfecta y jurídicamente vigente, pero que en la práctica no se aplica o llega a veces a ridiculizarse.

En sustancia, la hipótesis es la de los siempre renovados bandos manzonianos¹⁰ (que recordamos más arriba), los que demuestran desde hace siglos la necesidad de observar ciertos límites que al ser superados traen con-

¹⁰ Quizá uno de los más recientes casos de panjuridicismo, es el de la obligatoriedad jurídica de reglas gramaticales u ortográficas, trasformando así el error de gramática en contravención. El usted y el tú, en Italia fascista; las normas dictadas en Rusia para imponer la reforma ortográfica y la de las declinaciones; las reglas dictadas en Portugal y Brasil en relación a la reforma ortográfica, son ejemplos recientes de esta tendencia panjurídica.

sigo la inaplicabilidad de la medida a causa de la difusión de la infracción y la dificultad de aplicación. Es inútil citar ejemplos, pues éstos son frecuentes y diarios en la trágica experiencia de los mercados "negros", que a veces se convierten en verdaderos mercados, demostrando así al "hombre de la calle" la ineficacia de un tecnicismo jurídico directo y represivo y la necesidad, en cambio, de recurrir a medidas (que a su vez exigirán una técnica jurídica adecuada) que tiendan a modificar la realidad económica, para cuya represión el derecho se muestra impotente. La inaplicabilidad de la disciplina legislativa se muestra a menudo por su inútil repetición y por un aumento de penas que permanecen inaplicadas.

Es fácil entonces observar cómo, precisamente respecto a la medida de la pena, vuelve a mostrarse el límite del derecho como disciplina de las relaciones humanas: la pena demasiado elevada deja de aplicarse. La verdad de esta afirmación puede verificarse fácilmente en el vasto campo que podría llamarse de la criminalidad en materia económica: el aumento de la pena (por ejemplo en materia de delitos fiscales, de delitos de los administradores de las sociedades comerciales, en materia de cambio, etc.) o la sustitución de penas pecuniarias por penas restrictivas de la libertad personal, suele ir acompañada de la disminución, no del delito, sino del castigo¹¹.

La contravención a cargo de quien viola las normas de circulación callejera, puede ser una medida muy eficaz para establecer una circulación ordenada: la pena de muerte equivaldría a la falta de cualquier sanción, pues ningún juez condenará nunca a muerte a un conductor culpable sólo por haber atravesado la calle antes de la señal.

¹¹ O de su aplicación, solamente para llegar así a condenar a autores de actos ilícitos que a su vez no sean condenados o no se puedan probar. Éste es el caso muy conocido de los *gangsters* americanos, castigados con extrema severidad por fraude fiscal.

Ante la invasión de la disciplina jurídica, más allá de los límites que en determinada situación pueden serle propios, el juez reacciona negando la aplicación y para negar la aplicación no será llevado únicamente a interpretar en forma restrictiva la norma, sino también a reconstruir el caso legal de tal manera que se eluda su aplicación¹².

El derecho es quizá tradicionalmente consciente de la inoportunidad de trasponer ciertos límites. El *nemo auditur turpitudinem suam allegans* premia al poseedor, en la hipótesis de un negocio ilícito; sin embargo, la injusticia de esta ventaja corresponde a una sabia y justa limitación del derecho que siente la imposibilidad de gobernar las relaciones internas entre los que participaron en un acto ilícito y más aún utiliza para combatir lo ilícito el peligro que corre cada participante en un acto ilícito de ser víctima del otro, sin posibilidad de tutela jurídica. La ausencia de esta tutela constituye así, indirectamente, una sanción eficaz, aplicable y aplicada. La tendencia reciente de tomar en consideración el acto ilícito fuera del ámbito del resarcimiento del daño y de la pena (por ejemplo, para fines fiscales), reposa sobre una menor reacción contra su ilicitud, y a menudo antecede al reconocimiento de su licitud.

5. CONTRASTE ENTRE DERECHO PRECONSTITUÍDO Y REALIDAD SOCIAL: EL TIEMPO. — El tiempo es la eterna fuente de conflicto entre cualquier reglamentación preconstituída y la realidad social.

La transformación de las condiciones sociales y económicas, las nuevas orientaciones generales, quitan sentido a normas originariamente justificadas y concede valor distinto del originario a normas que se mantienen inalteradas. Surgen espontáneamente algunos ejemplos.

a) *Función del crédito*. — En una economía primitiva el "crédito" se presenta primeramente como crédito

¹² Puede ofrecer un ejemplo al respecto, en todos los países, el parangón entre la redacción de las normas sancionadas penalmente (en lo que se refiere a las valoraciones de los balances) y su efectiva interpretación jurisprudencial.

al consumidor para sus necesidades pasajeras; es una relación en la cual casi constantemente el mutuante es rico y el mutuario pobre; de allí que el préstamo sirve para las necesidades inmediatas del deudor. La prohibición de intereses aparece entonces no sólo moralmente justa, sino también jurídicamente justificada y posible, aunque en medida limitada. El hecho de exigir intereses (que por la misma falta de mercado tienden a ser muy altos) es considerado, y con razón, inmoral; la demanda de una desvalorización, de una moratoria, de una abolición de las deudas, surge entonces de las clases pobres oprimidas. Si el lector reflexiona sobre las formas actuales de este crédito (por ejemplo los adelantos del dador de trabajo al empleado y la venta a crédito de mercaderías al empleado por parte del empleador), estará probablemente de acuerdo con aquellas mismas reacciones que se hallan en la base del *mutuum date nihil inde sperantes* y de la prohibición canónica de los intereses.

En una economía desarrollada, fundada, como suele decirse, sobre el crédito, éste no se concede al consumidor para necesidades pasajeras de consumo y no consiste en una relación donde generalmente el mutuante es el rico frente a un mutuario muy pobre; por el contrario, se lo concede al mutuario con el fin de que produzca, a su vez, riqueza, de manera que parece natural que el mutuante obtenga una ventaja. El observador atento podrá advertir que gracias a la organización de los Bancos y del mercado de capitales, generalmente es el mutuante quien se halla en posición de inferioridad respecto al mutuario y que este último es generalmente un empresario con grandes posibilidades, mientras que el primero es un modesto ahorrista. La demanda de desvalorización, de moratoria, de abolición de las deudas, deriva, pues, de las clases industriales y de las clases propietarias (aunque deudoras de dinero) y en detrimento de ahorristas pertenecientes sobre todo a clases sociales más modestas económicamente.

El *mutuum date nihil inde sperantes*, que suena como mandamiento moral en la primera situación, parecería irrisorio en la segunda.

b) *La estructura de la propiedad*. — La estructura jurídica tradicional de la propiedad reposa sobre la idea de una relación directa entre el sujeto propietario y la cosa objeto de propiedad. La sociedad que puede encuadrarse en la estructura tradicional de la propiedad (en el derecho romano y en la *common law*) es siempre una sociedad de pequeños propietarios agrícolas; fuera de estos límites, el derecho tradicional muestra la tendencia a unir propiedad y poder, elementos de derecho privado y de derecho público.

Sin embargo, la propiedad de la gran industria es muy diferente de la que se percibe en la estructura jurídica tradicional de la propiedad; más que propiedad es un poder de dirección.

✓ El *my house is my castle: the king can not enter in*, de la propiedad privada, suena sin duda muy diferentemente en lo que se refiere a la propiedad tradicional del fundo, y en lo que se refiere a las propiedades modernas de la industria.

c) *Propiedad y control de la riqueza*. — En la estructura jurídica tradicional la propiedad importa el control o por lo menos una posibilidad de control de la cosa.

El mecanismo de los títulos de crédito¹³ y el bancario, que están estrechamente conectados entre sí, permite una escisión entre la propiedad (económica) y el control de la riqueza; la primera pertenece (económicamente) a los portadores de títulos; el segundo, a los poseedores de los bienes materiales que constituyen la garantía de aquellos títulos. La contraposición es nítida en el contraste entre accionistas y administradores (o grupo que de hecho controla la sociedad) y conviene añadir que cuanto más desarrollado e intenso sea el mercado de capitales, tanto

¹³ Remito a este fin a mi volumen *Teoria geral dos títulos de credito*, São Paulo, Saraiva, 1943.

más frecuentemente ocurrirá que el control derive de la posesión de una minoría de las acciones, de manera que la minoría que no controla la sociedad está constituida en realidad por la mayoría de los accionistas¹⁴. Un fenómeno análogo en cierto sentido es el que ocurre en el mecanismo bancario, dada la disociación entre el derecho de los depositantes de disponer de las sumas y la posibilidad del banquero de utilizarlas.

A causa de esta disociación la figura jurídica tradicional de la propiedad —que implícitamente presupone la coincidencia de propiedad y control en las mismas personas— cambia realmente de significado, resolviéndose con frecuencia en una insuficiente tutela del propietario.

d) *Daños a las personas.* — La concepción típica de una sociedad de pequeños propietarios en el código napoleónico y en todos los que le siguieron, se coordina probablemente en la tradición jurídica de los países de derecho romano (aunque a través del concurso de otras causas) con la escasa estimación patrimonial de los daños a las personas, perfectamente justificada en una sociedad fundada sobre la propiedad (y en la cual la incapacidad de trabajar o la muerte producen una alteración relativamente pequeña en la situación patrimonial del sujeto o de cuantos viven a su cargo y que, por lo menos en general, son simultáneamente sus herederos) pero injustificada en una sociedad basada en las rentas del trabajo (de manera que la incapacidad de trabajar o la muerte de los jefes de familia tiene consecuencias patrimoniales enormes).

e) *Importancia cualitativa de los fenómenos cuantitativos.* — No hay autor moderno que no advierta la importancia cualitativa que llega a adquirir la repetición en gran escala (en masa) de determinados actos.

¹⁴ La doctrina americana ha estudiado atentamente el fenómeno y ha recogido también datos estadísticos sobre el porcentaje que controla muchas de las mayores sociedades anónimas americanas. La obra fundamental al respecto es la de BERLE Y MEANS, *Modern corporation and private property*, 1932.

La estructura jurídica propia de un negocio jurídico asume una función diferente si se considera en relación con una serie de negocios concluidos en forma profesional y en masa. Los problemas modernos de los seguros y de los Bancos reconocen precisamente su origen en este fenómeno, aun si queremos atenernos a la más conservadora de las diversas tendencias sostenidas al respecto por la doctrina.

f) *Igualdad jurídica e igualdad económica.* — Y para concluir con un ejemplo al que podemos referirnos sin detenernos (no obstante su importancia) dada su notoriedad, piénsese en el distinto alcance de la libertad jurídica contractual entre sujetos relativamente iguales económicamente y sujetos de fuerzas económicas radicalmente diferentes, y en todos los problemas surgidos del distinto alcance de la libertad jurídica contractual en estos dos casos.

6. CONTRASTE ENTRE DERECHO PRECONSTITUÍDO Y REALIDAD SOCIAL: EL ESPACIO. — Los ejemplos del conflicto respecto a un desplazamiento en el tiempo, que acabo de citar, no son diferentes si consideramos el desplazamiento en el espacio. La imitación de instituciones jurídicas extranjeras se explica con la misma fundamental unidad del espíritu humano; siempre ocurrió y ocurre, ya sea por relaciones pacíficas, comerciales y culturales, sea a través de guerras y conquistas; en este último caso, representando a veces el oculto desquite del vencido contra el bruto vencedor.

Generalmente la exportación jurídica se cumple en el sentido de una importación en un país económico y socialmente menos adelantado, de instituciones elaboradas en un país más adelantado, y, desde luego, presenta con frecuencia un fenómeno inverso del anterior, es decir, la vigencia de una reglamentación jurídica más moderna de la que (permítaseme la expresión) naturalmente correspondería al grado de desarrollo del país, lo cual, por otra parte, es oportuno y benéfico en muchos casos. Afirmo esto

porque la reglamentación jurídica cumple entonces una función de estímulo respecto a la reglamentación económica, y porque resulta siempre útil y necesario para cada uno utilizar los ejemplos y las experiencias de quien se halla más adelantado; lo cual no evita, sin embargo, que surjan casos en que la institución no se aplique o en que su función se transforme profundamente.

En lo que respecta a este punto, no es difícil citar también algunos ejemplos¹⁵.

a) *Sociedades anónimas*. — En muchas legislaciones de América latina, a la minuciosa disciplina de las sociedades anónimas (legislaciones inspiradas en modelos europeos, a menudo perfeccionadas y modernizadas con los resultados interpretativos o sugerencias legislativas de la doctrina europea) se opone (exceptuando la Argentina) un desarrollo muy escaso del mercado de acciones con la frecuencia extrema de sociedades anónimas que pertenecen sustancialmente a uno o a muy pocos accionistas.

La forma al portador termina entonces por separarse casi completamente de su función en la circulación del título (que de hecho no circula). Sin embargo, para encontrar su real justificación en instituciones fiscales, las partes beneficiarias, disciplinadas cuidadosamente, a menudo de manera superior al ejemplo franco-belga, permanecen ignoradas o se usan sólo para fines indirectos; las acciones de voto plural muy difundidas en aquellos países latinoamericanos que explícitamente no las prohíben, permiten a la persona o a la familia (más que al grupo) que domina la sociedad (y que independientemente de las posibilidades de una distinción entre acciones de voto plural y acciones de voto simple no consentiría la participación ajena) una despersonalización inicial de la sociedad que de otra manera no sería posible (mientras que en Europa se ligaron siempre a una reacción frente a eventuales peligros

¹⁵ Me permito remitir a este propósito a mis estudios: *Premesse allo studio del diritto comparato* y *Osservazioni di diritto comparato italo-brasiliano*, que toman en consideración los derechos de América latina.

derivados de una despersonalización que parecía excesiva); las normas sobre asambleas y minorías (dada la falta de minorías) se trasforman en exigencias puramente formales, etcétera.

b) *Sistema cambiario*. — La introducción del sistema cambiario italo-alemán y ginebrino, se enfrenta, en algunos países (por ejemplo, en Brasil), con una reacción, ya sea práctica, ya sea legislativa o doctrinal, que tiende en sustancia a no recurrir a la letra de cambio justamente en esa hipótesis de compraventa de mercadería, en relación a la cual la letra de cambio constituye el instrumento normal en Europa, y, en consecuencia, a usarla a menudo como instrumento de financiación a término mediano, es decir, en aquella función que en Europa sería juzgada anormal.

c) *Ordenamiento agrícola*. — La estructura agrícola de los países poco industrializados está siempre caracterizada por la dominante importancia de la producción de artículos de exportación que a veces constituyen materia prima destinada a la industrialización en los países más adelantados, y sujeta, por esa misma razón, a fuertes oscilaciones de los mercados extranjeros, con un consiguiente carácter altamente especulativo de la industria agrícola en los países productores. La industrialización de un país se liga frecuentemente a la decadencia de un sistema de monocultura agrícola, al aumento y a la diferenciación de productos agrícolas destinados al mercado interno.

La estructura jurídica tradicional de la propiedad, en especial de la agrícola, se basa naturalmente sobre la agricultura de los países europeos, y por eso mismo tiene alcances inevitablemente diferentes si se la trasfiere a países con economía agrícola completamente distinta.

El problema del crédito agrario —siempre grave— cuya dificultad, en todos los países, se une a la dificultad de conciliar las formas jurídicas que prevalecen en la agricultura con aquellos mecanismos e instrumentos de crédito que se elaboran en el ambiente comercialista, se vuelve

gravísimo dadas simultáneamente la mayor necesidad y la mayor dificultad de crédito, terminando por ligarse al mismo problema de la independencia económica del país.

d) *Modernidad de códigos y tradicionalismo de prácticas.* — Cada país posee un patrimonio jurídico tanto más fuerte cuanto más arraigado, cuanto mayor sea el número de normas, juicios o valoraciones que convirtiéndose con el tiempo en hábitos, se hayan transformado en costumbres generalmente seguidas. Por eso, la importación de una institución jurídica crea necesariamente un conflicto y determina siempre una reacción; el derecho tradicional cede y es superado, pero al mismo tiempo influye sobre el derecho importado.

El fenómeno resulta claro si se compara el derecho efectivamente vigente en algunos países, con los códigos allí dictados en los últimos tiempos con amplia utilización de precedentes extranjeros. Y precisamente la característica constante es la permanencia y persistencia (perfectamente natural y a menudo benéfica) del derecho tradicional, transformado en costumbre, y la consiguiente modificación del significado y alcance del derecho importado¹⁶.

7. LA TÉCNICA DE LA INTERPRETACIÓN Y LA SOLUCIÓN DEL CONTRASTE. — La misión del jurista (intérprete y legislador, en su campo propio respectivamente) consiste en superar y conciliar este conflicto en un sistema continuamente renovado y mantenido coherente. Quizá sea oportuno recordar algunas medidas (algún malicioso podría llamarlas artificios) aplicadas para este fin.

a) *Conceptos elásticos.* — La primera y más evidente es la que ofrecen todos los sistemas jurídicos que se refieren con frecuencia a conceptos elásticos (buena fe, diligencia del buen padre de familia): es decir, a las "ventanas del ordenamiento jurídico", según la vieja frase de

¹⁶ En mi ensayo *Osservazioni di diritto comparato italo-brasiliano*, me detuve sobre ese punto con particular referencia al Brasil.

POLACCO; a los *standards* de la conducta jurídica según la doctrina norteamericana, que hizo numerosos y profundos estudios sobre el particular.

Es obvio que en el continuo esfuerzo por traducir esta orientación (un matemático diría: vectora) en conceptos precisos, el jurista se hace naturalmente intérprete de valoraciones aceptadas socialmente en su ambiente, y así trasforma el derecho en relación a la transformación de aquellas valoraciones y en relación a todos los factores que influyen sobre esta transformación.

Los mismos cambios de orientaciones religiosas no quedarán ni podrán persistir sin influencia, como también la tienen en la estructura general del sistema o presentándose paralelamente a él.

La crisis religiosa europea del siglo xvi, en paralelismo con una profunda transformación social, económica y política, que tiene como consecuencia el nacimiento de los Estados centralizados y de la mentalidad capitalista, presenta también en el derecho privado una profunda transformación de conceptos, desde la afirmación calvinista de la legitimidad de los intereses hasta el nominalismo monetario de MOLINEO, sospechoso de simpatía por los hugonotes.

La renovación metodológica que deriva del historicismo de la escuela culta, con la simultánea afirmación del predominio de los derechos nacionales, expuesta programáticamente por HOTMAN, consiste en sustancia en rechazar el valor de la norma transmitida para la reglamentación de una situación actual y en interpretar de nuevo los datos históricamente originarios, independientemente de la tradición interpretativa anterior, la cual, por un lado, se liga a un movimiento religioso y filosófico paralelo y más vasto, y, por el otro, se traduce también en el derecho privado en nuevas soluciones y nuevos principios.

La resistencia actual de la jurisprudencia latina —en contraposición con la anglosajona— al resarcimiento de los daños morales y a altas estimaciones en la hipótesis de

daños a las personas, se debe quizá (como PEKELIS observó de manera brillante) a la diferencia de mentalidad entre los países católicos y los protestantes.

✓ La severidad de la jurisprudencia anglosajona en la apreciación de la diligencia requerida en algunos casos (por ejemplo, promotores de sociedades anónimas) se debe quizá al rigor con el cual los países anglosajones reaccionan contra las declaraciones no verídicas, lo cual, dentro de ciertos límites, vendría a corresponder en última instancia de manera natural, a la rigurosa tutela de la libertad individual en el proceso penal y frente a las autoridades administrativas⁽¹⁷⁾.

La distinta valoración social de una sociedad industrial en comparación con una sociedad agrícola no es ajena a la evolución jurisprudencial de todos los países (y quizá particularmente nítida en Francia) en orden a la culpa *in eligendo e in vigilando*, a la responsabilidad por daños derivados de máquinas (como en el caso de automóviles) y que en algunos casos ha producido la sustitución de la idea de culpa con la de riesgo.

La distinta valoración social de los deberes de un empresario respecto a quien cumple un acto aislado, se traduce en jurisprudencia en una severidad justa en la valoración de las responsabilidades del empresario.

b) *Jerarquía de importancia de las diversas normas*. — La jerarquía de importancia de las diversas normas es analógicamente el elemento decisivo del predominio

⁽¹⁷⁾ Para explicar este concepto en forma naturalmente un poco genérica, podría decir que prácticamente en los países latinos el ciudadano se considera siempre un poco como posible mentiroso que debe probar sus afirmaciones frente a las autoridades; mientras que en los países anglosajones el ciudadano es un caballero, que (hasta prueba contraria) tiene el derecho de ser creído sobre palabra, pero que precisamente por esta razón, si es sorprendido en falta, es descalificado. Esta diferencia (que es moral y social antes que jurídica) se liga en parte con la elevada moralidad pública de los países anglosajones.

En los países anglosajones el fraude fiscal es una excepción; en los países latinos, una normalidad sutilmente justificada por el contribuyente con la tesis de que es lícito defraudar al Estado porque pretende demasiado, y contra la cual el Estado reacciona con penas severísimas y teóricas que, al ser aplicadas con el sistema de la decimación, recaen casi siempre sobre algún pobre diablo.

de uno u otro criterio: por consiguiente, un desplazamiento en esta jerarquía, la consideración de una determinada serie como ejemplificativa más bien que taxativa, de una norma "especial" y luego algunas veces también general más bien que "excepcional" (volveremos sobre este punto), importan una aplicación, una transformación, del sistema preconstituido. Este desplazamiento, a su vez, puede ser el producto de la diferencia de valoraciones sociales, que el intérprete capta con su sensibilidad permitiendo así adecuar a ellas el sistema jurídico preconstituido.

Los códigos de comercio de Europa continental, algunos de ellos más recientes que los respectivos códigos civiles, han prevalecido en general en la interpretación demostrando mayor fuerza de expansión, o determinando una *commercialisation du droit privé* (según la frase de RIPPERT) que en la tradición doctrinal del Código italiano de 1882 se liga a la difundida afirmación del carácter ejemplificativo de la lista de los actos de comercio.

En Brasil, la mayor modernidad (y, si se quiere, comercialidad) del Código Civil ha determinado una orientación contraria: quizá pueda decirse que ha determinado idéntico resultado tanto en uno como en otro caso, es decir, que el predominio interpretativo de los criterios deducidos de las normas más modernas en el derecho privado, se ha obtenido con el mismo recurso, esto es, recurriendo especialmente a uno más bien que a otro cuerpo de normas, y siendo sin embargo distinto el cuerpo de normas al que se recurrió.

La discusión a la que me referí hace poco sobre los límites de la responsabilidad, la interpretación de la culpa *in eligendo e in vigilando*, el conflicto entre la idea de la responsabilidad y del riesgo, se ligan a su vez a un ordenamiento diferente de las diversas normas del sistema en su importancia recíproca y por ende al predominio de una u otra en el desarrollo interpretativo.

Hay en éste reglas excepcionales, interpretadas cada vez más libremente, que llegan a producir una verdadera

inversión de la jerarquía originaria: el viejo principio general se atrofia en una excepción justificada por la tradición histórica y el principio que parecía excepcional viene adquiriendo valor general.

Si nos remontamos en el tiempo, notamos que el proceso de generalización de normas particulares (que poco a poco, a causa de nuevas orientaciones generales a las que el jurista no es ajeno, pasa a considerárselas manifestaciones de un principio general), está íntimamente ligado a la conquista del principio general de la responsabilidad por culpa, superando la citada lista de una serie cerrada de actos ilícitos que caracteriza generalmente los sistemas jurídicos al comienzo de su evolución.

El mismo proceso (con un desarrollo cuya complejidad no queremos por cierto negar aquí) se encuentra en la conquista del principio general de la obligatoriedad del consentimiento en sustitución de la serie de contratos nominados (también en este caso a causa de orientaciones generales frente a las cuales el jurista no permanece inaccesible), pues las normas consideradas limitadas en un primer tiempo a un caso particular, pasa a considerárselas más tarde como expresión de un principio general.

c) *Calificación de la institución.* — El artificio al cual recurre frecuentemente el jurista, es el de hacer un cambio en la calificación, ya sea respecto a la institución jurídica, trasportándola por ejemplo desde el campo del derecho procesal al campo del derecho sustancial, o viceversa, ya sea respecto al caso legal remontándose hasta su función efectiva para calificarlos diferentemente respecto a las diversas normas.

El problema de la calificación de una institución jurídica en el sistema (estudiado corrientemente por el derecho internacional privado) constituye en realidad un problema general. Lo prueban las continuas discusiones sobre el carácter comercialista o civilista, civilista o procesalista, de derecho patrimonial o de derecho de familia, de *common law* o de *equity*, etcétera, de esta o aquella institución.

La calificación de una institución en el sistema constituye, en efecto, la premisa constante para la aplicación de una serie de normas o criterios interpretativos que conciernen precisamente de manera general a todas las instituciones susceptibles de cierta calificación.

La reconstrucción del caso legal, a su vez, hace que a éste se lo encasille en uno u otro esquema jurídico, y por ende lleva a una calificación según la terminología corriente, respecto a los actos ilícitos penales.

El jurista, precisamente en este proceso de calificación, se vuelve más sensible a las orientaciones generales de su ambiente, y se hace intérprete y partícipe de ellas, de manera que en el resultado de su calificación, ya sea de la institución como del caso legal, confluyen las orientaciones generales de su época, de su ambiente y sus inclinaciones y estimaciones.

Por eso mismo, la que en términos viquianos podría decirse "astucia de la interpretación", recurre a un cambio de calificación, tratando de adaptar un sistema preconstituido a nuevas exigencias, es decir, intentando armonizarlo con las nuevas valoraciones del ambiente social.

En la historia de la legitimidad de los intereses (recordada poco antes) encontramos este artificio en la enseñanza canónica¹⁸, que excluye la permanencia de un mutuo en la hipótesis de préstamo de producción (en contraposición con el préstamo de consumo) para mantener firme el principio del *mutuum date nihil inde sperantes*, aunque admitiendo la legitimidad de los intereses en aquellos casos (que la doctrina más tarde volvió a calificar de *mutuo*) en los cuales el destino del préstamo a una actividad productiva, exigía su justificación.

En las recientes discusiones norteamericanas sobre los deberes y las responsabilidades de los administradores de sociedades anónimas, su calificación de *trustees*, primeramente combatida y luego admitida, ha constituido el

¹⁸ Cfr. al respecto la bibliografía en mi *Negoziio indiretto*.

instrumento técnico para alcanzar una disciplina que ofreciera una tutela a los accionistas, cuya distinción de los administradores se había acentuado con la difusión de las acciones en el público y el desarrollo de un mercado de los capitales.

d) *Ficción jurídica*. — La “ficción” jurídica constituye, a su vez, un instrumento técnico que podrá descubrir la permanencia de una estructura originariamente justificada por una función que luego se dejó de usar; o también, al contrario, podrá servir para adaptar una nueva institución a una nueva función, aprovechando así la disciplina jurídica.

e) *Reconstrucción del caso legal*. — A veces la transformación de la solución jurídica deriva directamente de una diferente reconstrucción del caso legal, aunque haya permanecido idéntica, y esta diferente reconstrucción es el resultado de nuevas exigencias y de nuevas valoraciones de las cuales el jurista se hace intérprete.

En la lejana polémica jurídica monetaria (que en este campo acompaña a la formación de los Estados nacionales centralizados) el triunfo del nominalismo monetario derivó, por una parte, de una nueva concepción de la moneda a raíz de una orientación general política propensa a acentuar la soberanía estatal, y, por la otra, de una diferente interpretación de cláusulas contractuales, que sin embargo se habían mantenido idénticas¹⁹.

f) *Derechos especiales*. — El jurista habla de derecho especial cuando quiere expresar la sensación de la divergencia entre un cuerpo de normas que corresponde a nuevas exigencias y valoraciones y el cuerpo de normas que, en contraposición, puede llamarse tradicional; la “especialidad” de una determinada rama del derecho (en lugar de la excepcionalidad) constituye a su vez un medio que le garantiza (dada su sistematización) fuerza expansiva en la interpretación. Se trata entonces de una distin-

¹⁹ Cfr. al respecto mi trabajo *La moneta*, Padova, 1928, donde se halla la bibliografía y algunas cuestiones tratadas en mi ensayo sobre *Debiti di valore*.

ción que no se liga a la materia regulada, sino a una diferencia de orientaciones dentro del sistema, en el contraste natural entre las valoraciones tradicionales y las nuevas valoraciones, que aunque potencialmente aplicables en todo el sistema, surgen sin embargo históricamente en relación a determinadas materias y a determinados problemas, dada la diferencia natural de ritmo evolutivo en las diversas ramas (tal como lo señalaba IHERING). El sistema en su coherencia unitaria es siempre el fruto de una racionalización posterior, mientras que el procedimiento histórico es siempre y necesariamente experimental y las nuevas valoraciones siempre influyen, inicialmente, sobre un determinado ambiente o en relación a determinados problemas. Por eso, limitadas al principio en su aplicación, logran a veces conquistar un valor general, y el derecho especial se transforma entonces y se funde, como suele decirse, en el derecho general o, más exactamente, desde el punto de vista histórico, se convierte en derecho general.

Los dos máximos sistemas jurídicos de la historia se presentan típicamente basados en la contraposición de un sistema tradicional y de un sistema equitativo más sensible a las exigencias y a las valoraciones más recientes y que se desarrolla *supplendi vel corrigendi gratia: jus honorarium* y *jus civile*, en el derecho romano; *equity* y *common law* en el derecho inglés. La equidad del primer sistema es, a la postre, su modernidad, su correspondencia a valoraciones históricamente posteriores a aquellas sobre las cuales reposa el segundo, que por eso mismo aparece como tradicional y no equitativo. Porque la equidad, quizá no es sólo la justicia del caso concreto, sino en primer lugar es el índice de una nueva valoración social que se afirma en el caso particular, pero que se destaca como típica, constituyendo en realidad un nuevo derecho en contraposición al constituido, es decir, necesariamente constituido con mayor antigüedad.

Por eso resulta siempre natural el contraste, dentro de cada sistema jurídico, de un cuerpo de normas e insti-

tuciones (que puede llamarse tradicional) y un cuerpo de normas e instituciones (que puede llamarse equitativo, en el sentido recordado), es decir, el perenne contraste entre las valoraciones transmitidas y las que han nacido más recientemente, y que surgidas o acogidas al principio en un ámbito "especial", terminan por adquirir valor general²⁰.

8. CONTINUACIÓN. — a) *La práctica contractual.* — Un sistema de derecho es siempre una obra colectiva en la cual todos colaboran. La práctica contractual (o en otros terrenos la procesal o la administrativa) trasforma y modifica continuamente cualquier sistema, crea nuevas instituciones, modifica las existentes.

Esto no ocurre sólo ocasionalmente (a través de la adaptación de la institución al caso concreto), sino constantemente, a causa del valor de precedente que adquiere cada caso concreto y porque las cláusulas tienden a repetirse y convertirse en cláusulas de estilo que a veces conservan, en su inercia, el recuerdo de situaciones jurídicamente superadas; otras veces, en cambio, modifican el derecho existente.

Entre el derecho de un *corpus juris* preconstituído y la *law in action* de la práctica contractual, existe siempre una divergencia, y cuanto más grande es la divergencia, tanto mayor resulta el valor sociológico de su verificación.

b) *Negocio indirecto.* — A veces la práctica contractual crea directamente nuevas instituciones; más raramente trata de adaptar las instituciones existentes utilizándolas en nuevos casos para los cuales no estaban típicamente destinadas y adaptando entonces su coexistencia con especiales y distintos acuerdos, ya sea a través de sagacidades de carácter cuantitativo y como en la hipótesis del *unus nummus* del derecho clásico y en la *considera-*

²⁰ Según mi parecer, como tuve ocasión de escribir muchas veces, es precisamente sobre este terreno que (por encima de la distinción propia de cada sistema positivo) se entiende históricamente la relación entre el derecho civil y comercial.

tion de un dólar de los actuales contratos americanos o, en el terreno opuesto, en la suscripción del 98 % de las acciones por parte de un único suscriptor en una sociedad anónima que sigue respetando, a pesar de todo, el requisito de la pluralidad de suscriptores y accionistas²¹.

Los ejemplos abundan en todos los terrenos, en la historia del derecho, como también en el derecho moderno, ya sea porque también en las legislaciones modernas se encuentran fines económicos que pueden alcanzarse sólo indirectamente, ya sea porque el natural deseo de seguridad y certeza jurídicas induce a preferir la adaptación (para fines indirectos) de un negocio cuya disciplina se conoce, a la elaboración *ex novo* de un nuevo esquema, aunque (cosa que no siempre ocurre) esto sea posible legalmente.

La letra de cambio de resaca nos muestra, en la historia cambiaria, una medida utilizada como vía indirecta para superar el requisito de la *distantia loci* dada la identidad de un lugar, siempre resultante de . . . un viaje de ida y vuelta.

El *treasury stock* americano nos recuerda la conexión de un acto a título gratuito con el desarrollo de la práctica de la emisión de acciones por debajo del valor nominal, utilizada a menudo de manera muy poco benéfica para destinatarios.

El negocio, indirecto en un primer momento, se transforma naturalmente con el tiempo; las cláusulas de estilo se vuelven típicas; su estructura se modifica lentamente en relación a un fin que, al ser alcanzado en forma indirecta al principio (a través de la oportuna adaptación de un negocio destinado a un fin diferente), pasa después (dejando el ropaje de su antigua estructura) a realizarse con un nuevo negocio que típicamente le corresponde.

c) *Utilización legislativa de viejas instituciones para nuevos fines.* — Por otra parte, la ley no recurre a un pro-

²¹ He tratado particularmente este asunto en mi estudio sobre *Negozio indiretto*, que contiene una serie de ejemplos y su examen analítico.

ceso muy diferente al utilizar instituciones ya disciplinadas para nuevos fines, aprovechando así la disciplina jurídica.

Esto ocurre frecuentemente en algunas instituciones del derecho comercial. Muchas de estas instituciones se originan por la capacidad de la práctica mercantil de aprovechar para sus propios fines instituciones creadas para fines diferentes. El cheque deja entrever en su nombre su derivación histórica de las órdenes de pago del tesoro real.

En el derecho internacional se está cumpliendo a nuestra vista la tentativa (poco importa si con éxito o no) de adaptar al derecho internacional la institución del *trust* para aprovechar sus normas, en ese problema que la doctrina latina llama de los mandatos internacionales.

√ d) *Fraude a la ley*. — El mismo fraude a la ley puede sociológicamente considerarse cuando alcance esa intensidad por la cual se vuelve muy frecuente y con eso mismo de hecho difícilmente reprobable y poco reprimido) como un indicio de la divergencia entre el sistema legal y las valoraciones sociales imperantes. Realmente, algunas veces el negocio fraudulento termina por ser reconocido y sancionado. El origen del *trust* inglés (cuya disciplina es quizá la prueba más feliz de la fuerza creativa de la jurisprudencia anglosajona) se halla en la tentativa de violar (a través de un negocio cuyo origen tiene carácter indudablemente fraudulento) el viejo *statute of uses* de Inglaterra del siglo XVI.

e) *Orientaciones técnicas*. — Por otra parte la dificultad no concierne, frecuentemente, al fin juzgado oportuno o benéfico, sino al medio jurídico apto para alcanzar el fin, dado el influjo natural y necesario que un patrimonio adquirido de ideas, ejerce siempre en el planteamiento y en la solución de un problema.

Cuando en los siglos XVII y XVIII se propuso el problema de una circulación que hiciera invulnerable al tercer poseedor a las excepciones o a algunas excepciones oponibles a su causante, la dificultad no surgía del contraste de orientaciones diferentes sobre la oportunidad de este

fin, sino que se trataba de una dificultad técnica de alcanzar este fin con el arsenal de instrumentos jurídicos conocidos en aquel entonces; el derecho comercial dió así su contribución al enriquecer la técnica jurídica con nuevos instrumentos.

Por grande que pueda ser el arbitrio del legislador, siempre está limitado por la imposibilidad de usar instrumentos jurídicos diferentes de los conocidos en determinado momento y por eso mismo por la imposibilidad de alcanzar efectos diversos de los compatibles con dichos instrumentos.

De manera que una de las misiones más importantes del jurista es la de estudiar y enriquecer aquello que, al final de cuentas, es el arsenal de los instrumentos de trabajo del derecho, tanto para el legislador como para el intérprete; de perfeccionarlos, en el justo equilibrio del cumplimiento de la función a fin de evitar abusos o peligros, de simplificar estos instrumentos para disminuir el costo social de su aplicación.

✓ Desde este punto de vista técnico la ciencia del derecho aparece sujeta a un progreso real (no obstante la feroz negativa de KIRSCHMAN, un siglo atrás) que por otra parte se revela fácilmente *a posteriori* en la "exportación" jurídica a que me referí antes y que a menudo tiene como objeto, no tanto las normas y las valoraciones jurídicas, cuanto estos instrumentos técnicos, eventualmente aplicados a situaciones diferentes o para fines opuestos o valorando jurídicamente de manera distinta las mismas situaciones. La gloria de los pandectistas y la insuperada enseñanza del derecho romano reposa sobre todo en la riqueza de instrumentos jurídicos así elaborados.

✓ Por otra parte, la diferencia entre varios sistemas jurídicos, no atañe tanto a la solución definitiva de determinados conflictos, o a la valoración de lo justo o de lo injusto, cuanto el tecnicismo jurídico empleado, el cual con frecuencia presenta diversidades nacionales mucho más evidentes de las que presentan las valoraciones jurídicas,

y se revela más atado a la tradición histórica y cultural de los diversos países.

El derecho inglés, por ejemplo, tiene una serie de instrumentos jurídicos cuyo origen feudal se advierte fácilmente y que no obstante han sido perfeccionados maravillosamente para que respondieran a exigencias modernas; ignora a su vez instrumentos y conceptos que parecen elementales para el jurista continental, quien ignora a su vez muchos instrumentos de la técnica jurídica inglesa (sería suficiente para eso el ejemplo del *trust*), y muy a menudo de esta diversidad de instrumentos deriva una real diversidad de lenguaje. Quizá la más importante entre las tareas del estudio del derecho comparado de nuestros días, sea la de crear un lenguaje franco común entre los derechos románicos y el derecho anglosajón.

9. CONCLUSIÓN. — La distinción metodológica indispensable entre el derecho legalmente vigente y el derecho prácticamente en vigor²² puede ser superada en una visión completa del sistema jurídico.

Esta superación no se efectúa sólo en la consideración sociológica, sino que se produce diariamente en la interpretación que, en su tarea de aplicación de un sistema preconstituido, siempre lo modifica tendiendo, aunque en medida diferente en los diversos casos, a establecer una conciliación provisional y una continua y siempre renovada adaptación del sistema preconstituido al derecho prácticamente en vigor.

²² Este distingo no coincide con el derecho observado y no observado de hecho. También la norma jurídica rigurosamente correspondiente a las valoraciones sociales no es observada "constantemente". El derecho socialmente vigente, la *law in action*, toma también el aspecto de un deber que necesariamente no se cumple siempre. Esto, sin embargo, no excluye la distinción posible entre la norma (cualquiera sea su fuente) que está prácticamente en vigor y la norma legalmente vigente; por la misma razón de que la primera resulta violada no sólo ocasional sino también generalmente. Así, es indudable que se debe usar un criterio cuantitativo y estadístico, lo cual es a menudo inevitable en la discusión de los fenómenos sociales.

Por otra parte, la doctrina tradicional se ha preocupado siempre del contraste y de la conciliación en la teoría de la *consuetudo* y de la *desuetudo* también en lo que se refiere a la ley.

En verdad es posible un sistema lógicamente coherente que niegue la eficacia ya sea de una o de otra, y la admita solamente en los límites del sistema legal, pues la rigurosa unicidad de fuente que de esta manera se obtiene, hará que el sistema, en su aspecto lógico, se vuelva más coherente y unitario. Estas tendencias se ligan históricamente a la formación de los Estados unitarios centralizados y al monopolio reivindicado por algunos órganos en lo que se refiere a la producción de normas jurídicas.

Resultaría ciertamente utópico negar el valor dominante en los Estados modernos, a la producción de normas jurídicas por parte de aquellos que podríamos llamar los órganos especializados y el valor que por eso mismo adquiere (también respecto a su eficacia social) la sancionabilidad de dichas normas por medio del aparato coactivo de los gobernantes. Sin embargo, es inútil también negar la enorme y eterna importancia que presenta la producción de normas jurídicas obtenida también por otros medios, sea o no reconocida, en el sistema creado por aquellos que hace poco llamé órganos especializados, y la función que la interpretación asume para este fin. Esta función consiste en una continua adecuación del *corpus juris* preconstituido a las exigencias y valoraciones del ambiente; por eso mismo contribuye a la renovación del primero y a una *perenne* (aunque siempre necesariamente incumplida) reconstitución de la unidad entre el *corpus juris* y las valoraciones ambientales. Esta función se desarrolla constantemente, con independencia de la posición que los sistemas reconocen a la interpretación, ya que esta última se sanciona a través del reconocimiento del valor general del precedente jurisprudencial, ya sea que suceda lo contrario. El intérprete (respecto a este último caso) deberá notar —y no podría dejar de hacerlo— la diferencia: esta obser-

vacación le servirá para conservar simultáneamente mayor límite (en lo que se refiere a la ley) y (lo que a veces se olvida) obtener mayor libertad (en lo que se refiere al precedente jurisprudencial); así esta diferencia se coordinará con una diferente estructura de los diversos sistemas y con diferente técnica de su interpretación, los cuales responderán a la diversidad del desarrollo histórico y de la realidad social de los diferentes países.

Sin embargo, esta profunda diferencia no debe hacer olvidar que el fenómeno básico de una divergencia entre el derecho legalmente vigente y un derecho prácticamente observado, es constante, de la misma manera que es constante, al respecto, la función de la interpretación.

DISTRIBUIDORES EXCLUSIVOS EN COLOMBIA:
LIBRERIA JURIDICA
BOGOTA, CALLE 14 No. 8-77

ESTE LIBRO
SE TERMINÓ DE IMPRIMIR
EL DÍA 10 DE ENERO DE 1949
EN EL ESTABLECIMIENTO GRÁFICO DE PALMA
BOYACÁ 2205 - BUENOS AIRES
AL CUIDADO DE ROBERTO SUARDÍAZ

440

PUBLICIDAD COMERCIAL

SU RÉGIMEN LEGAL

por CARLOS JUAN ZAVALA RODRÍGUEZ

SUMARIO: I. Definición. II. Importancia de la publicidad. III. Historia de la publicidad. IV. Medios de publicidad. Cuestiones legales. V. Primer medio de publicidad: el negocio. VI. La prensa. VII. La radiodifusión y otros medios de publicidad oral. VIII. Los impresos. IX. Carteles y "affiches". X. Premios y regalos. XI. Otras formas de publicidad. XII. Publicidad engañosa y falsa o contraria a la moral y buenas costumbres. Su control por el Estado. XIII. Gravámenes a la publicidad. XIV. Concurrencia desleal por medio de la publicidad. XV. Los intermediarios de la publicidad. XVI. Responsabilidad penal. XVII. Responsabilidad extracontractual. XVIII. Contratos de publicidad. XIX. La publicidad y el futuro del país.

1947. Un tomo, 8º, 720 ps., rústica \$ 33.—

PROBLEMAS JURÍDICOS DE LA SOCIEDAD ANÓNIMA

por ROBERTO GOLDSCHMIDT

*Traducción directa de la edición original suiza
por Dino Jarach*

Prefacio del autor a esta edición argentina

SUMARIO: Prólogo del Dr. Mauricio L. Yadarola. Prefacio del autor: Los problemas en la legislación argentina. Introducción. La protección de los intereses públicos y de los trabajadores en el derecho de las sociedades anónimas. Sociedad anónima y asamblea general. La formación de la voluntad de la sociedad anónima en la asamblea general. Los límites generales del dominio de la mayoría. Los límites especiales del dominio de la mayoría. Los derechos adquiridos de los accionistas. Problemas referentes al derecho de voto. Problemas de revisión y de publicidad. La posición de la administración en general. La responsabilidad de la administración. El futuro desarrollo del derecho de las sociedades anónimas y el principio de la responsabilidad limitada. Apéndice a la edición original: La ley alemana relativa a la sociedad anónima del 30 de enero de 1937. Apéndice a la edición argentina: Las ideas políticas y la sociedad anónima.

1946. Un tomo, 8º, 240 ps., rústica \$ 13.—

RESPONSABILIDAD CIVIL DE LOS GESTORES EN LAS SOCIEDADES ANÓNIMAS

por ROGASIANO M. LO CELSO

SUMARIO: Introducción. La responsabilidad antes de la constitución de la sociedad. La responsabilidad después de la existencia de la sociedad. La responsabilidad durante la existencia de la sociedad.

1944. Un tomo, 8º, 160 ps., rústica \$ 6.—