

CAPITULO IV

SUMARIO: 1. Criterios de comercialidad en el antiguo Derecho y en el Derecho Comparado. 2. La formación de un Derecho profesional en los sistemas unitarios. 3. Las manifestaciones del concepto subjetivo. 4. Acto aislado de comercio y acto de comercio profesional. 5. El concepto objetivo. 6. Intento de determinar el acto de comercio. 7. La teoría de rocco. 8. Clasificación de los actos de comercio. 8.1 Actos de comercio como intento especulativo del sujeto. 8.2. Acto de comercio en razón de otro que aparece como principal. 8.3. Acto de comercio en razón de otro aparece como principal. 9. Actos subjetivos de comercio o conexos con la actividad del comerciante. 9.1. Cárácter de esta enumeración. 9.2. Actos a los que refiere el Art. 72. 9.3. Actos unilateralmente comerciales. 10. La empresa. 10.1. Empresa y empresario. 10.2. La actividad de producción en forma de empresa. 10.3. La empresa desde el punto de vista jurídico. 10.4. Empresa y ejercicio profesional. 10.5. Empresa y fondo de comercio. 10.6. Naturaleza jurídica. Teorías. 10.7. La empresa como universalidad: de hecho y de derecho. 10.8. Tesis atomista. 10.9. Empresa y actividad. 10.10. Empresa y establecimiento. Elementos.

1. Criterios de comercialidad en el antiguo Derecho y en el Derecho Comparado

Antes de exponer cuáles son los criterios de comercialidad, es indispensable entender en qué consiste la misma. En ese afán tenemos que tal vocablo no figura en el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española¹, por lo que podemos concluir que se trata no de un vocablo del lenguaje común, sino uno del lenguaje técnico.

Todos los conceptos del Derecho Comercial se encuentran influidos por la economía y por la práctica de las operaciones comerciales. Así muchos de ellos tienen una orientación económica y otra jurídica.

La comercialidad no puede escapar de tal característica y en consecuencia, muchas de las propiedades que las distinguen son más económicas que jurídicas. En síntesis, la comercialidad es el carácter comercial de un acto. El punto central se encuentra en ubicar los criterios con los cuales se determina que un acto es o no un acto de comercio o, lo que es lo mismo con qué criterios se determina la comercialidad de un acto.

En el derecho antiguo, el Derecho Comercial se ha desarrollado en forma mucho más lenta que la actividad comercial en sí misma, es decir, como siempre la realidad se ha adelantado al derecho. Sin embargo, el afán de ordenar y estructurar ha llevado al hombre a intentar establecer cuándo una actividad humana es comercial y cuando no lo es. Se denomina comercialidad a las propiedades que hacen que se considere o no comercial a la actividad estudiada.

Desde del Código Francés de 1807. se intenta determinar con precisión los criterios de comercialidad para obtener de esta forma una definición unificada de acto de comercio. Con anterioridad al citado código, la discusión no existía, dado que actos de comercio eran los realizados por los comerciantes y solo podían ser comerciantes los que se inscribían en las corporaciones.-----

¹ Al menos en su Vigésimo Primera Edición, Año 1992.-

Los criterios de comercialidad que desde un principio se han intentado utilizar ha consistido en lo siguientes:

- a-) Una definición unitaria del acto de comercio.
- b-) La determinación de los caracteres necesarios para la existencia de un acto de comercio; y
- c-) La enumeración de los actos de comercio.

Algunos códigos como el de Guatemala han intentado la primera opción, mientras que por la segunda han optado la generalidad de los códigos del siglo XIX y la tercera vía fue elegida por el Código español de 1885. La verdad es que todas las opciones han sido criticadas por no contemplar la totalidad de las situaciones posibles, lo cual era desde luego inalcanzable al no existir criterios objetivos uniformes sobre el acto de comercio.

2. La formación de un Derecho profesional en los sistemas unitarios

Como ya lo manifestáramos, la figura del comerciante domina los criterios de comercialidad hasta 1807, fecha en que aparece el Código Francés. El problema surgió a partir de la supresión de las corporaciones, lo cual hace que, el apoyo principal en la caracterización del comerciante.

Las corporaciones eran comunidades reconocidas por las autoridades que unían a individuos de una misma profesión. Eran características de la Edad Media y prolongaron su existencia hasta fines del siglo XVIII y principios del XIX, según los países. Tenían el monopolio del gremio, por lo que la adscripción a las mismas era obligatoria.

Como vimos, la doctrina no ha tenido el éxito esperado en la determinación unitaria del acto de comercio, por lo que de nuevo se ha retornado a la figura del comerciante para lograr, en general, el cierre del concepto.

El profesional es aquel que realiza habitualmente una actividad, de la cual vive. En nuestro caso el comerciante es aquel que realiza habitualmente actos de comercio, por lo que de vuelta retornamos a la necesaria determinación del acto de comercio.

3. Las manifestaciones del concepto subjetivo

Una de las clasificaciones más difundidas del acto de comercio es la de actos objetivos y actos subjetivos. Al respecto, José Alberto Garrone² nos dice: “Los actos de comercio objetivos adquieren su carácter comercial por una declaración imperativa de la ley: Son comerciales aún en contra de la voluntad de quien lo ejecuta. Los actos de comercio subjetivos son los que realiza un comerciante por simple presunción de la ley”.

En principio, subjetivo significa³: “Perteneiente o relativo al sujeto, considerado en oposición al mundo externo”. El sujeto en nuestro caso es el comerciante y los actos que Este realiza se presumen comerciales por disposición legal. Se debe aclarar que dicha presunción

² En su obra “Derecho Comercial”, Editorial Lexis Nexis, Bs. As. 2004. p.63

³ Según el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, Vigésimo Primera Edición, p.1355.

legal admite prueba en contra, es decir, que es posible probar que un acto realizado por un comerciante no es un acto de comercio.

Para cerrar el concepto, debemos decir que por presunción entendemos⁴ una “proposición jurídica por la que la ley recoge un hecho prejurídico determinado y le asocia una consecuencia jurídica diferente de aquel, con el que únicamente guarda una relación de proximidad y probabilidad”.

Finalmente, debemos concluir que no todo acto de comercio es realizado por comerciantes ni todo acto de comerciante es acto de comercio. La ley enuncia ciertos actos que son necesariamente de comercio, sean realizados por comerciantes o no comerciantes; estos son los llamados actos objetivos de comercio.

4. Acto aislado de comercio y acto de comercio profesional

El punto de distinción entre ambos conceptos radica en la persona del comerciante; es Este el que puede realizar en forma profesional un acto de comercio; sin embargo, un acto aislado de comercio solo puede realizarlo un no comerciante, que por alguna razón lleva a cabo un acto específicamente calificado por la ley como acto de comercio.

Esta distinción trae aparejada consecuencias interesantes en la práctica, pues al no comerciante se le aplican en los casos de actos aislados de comercio la misma normativa que a los comerciantes, aunque la norma deje expresamente establecido que los que realicen actos aislados de comercio no son declarados comerciantes.

Es importante dejar en claro cual es el concepto de acto “aislado” de comercio. En ese sentido el concepto de aislado que es pertinente en este caso es⁵ “solo, suelto, individual”. De allí que deberíamos preguntarnos si una persona que realiza más de un acto de comercio (por ejemplo dos) ya no podría llevar a cabo un acto “aislado” de comercio. Cual sería el plazo de tiempo para considerar como individual el acto, ¿Toda la vida? ¿Diez años? ¿Un año?. Al no estar determinado, creemos que el legislador ha preferido dejar el caso particular bajo la prudente decisión judicial.

5. El concepto objetivo

Como ya lo adelantamos antes, un acto objetivo de comercio es aquel que adquiere su carácter comercial por una declaración imperativa de la ley. De allí que puede existir un acto de comercio objetivo aun en contra de la voluntad de quien lo ejecuta.

Un acto cualquiera es “objetivo” cuando existe fuera del sujeto que lo conoce. Podemos decir, entonces, que en la determinación del acto de comercio lo establecido expresamente en la ley como tal, existe aun sin la presencia de algún comerciante.

El concepto objetivo de comercio ha surgido luego de la revolución francesa, específicamente con el Código Francés de 1807, como una reacción contra la “desigualdad” que traía aparejada la existencia de normas aplicables “solo” a un grupo, una “corporación” de

⁴ Diccionario Jurídico Espasa, Novena Edición, 2004, p. 1157.

⁵ Según el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, Año 1992.-

comerciantes. No olvidemos que una de las grandes reivindicaciones de la citada revolución ha sido la implantación del principio de igualdad.

La verdad es que nunca se ha podido “objetivar” del todo el acto de comercio y siempre de una u otra forma se ha recurrido a la figura del comerciante primero y a la figura del empresario después. En síntesis, ni la teoría subjetiva ni la objetiva han podido cerrar para todos los casos la determinación de un concepto unitario de los actos de comercio. Finalmente, la ejemplificación legislativa de los actos de comercio objetivos lo tenemos en el Art. 71 y siguientes y concordantes de la Ley del Comerciante.

6. Intento de determinar y definir el acto de comercio

Como bien lo dice el título, durante más de cien años se ha “intentado” determinar y definir el acto de comercio, de tal manera a hacerlo abarcante de todas las características pensables del mismo. Tal esfuerzo ha resultado infructuoso en la consecución del objetivo; sin embargo en el trayecto se ha logrado un importante avance en el ordenamiento y sistematización dogmática de esta rama del derecho.

Un sector de la doctrina avanzó sobre la posibilidad de encontrar el rasgo o la característica esencial que permitiera una definición unitaria. El Dr. Jorge H. Escobar⁶ nos comenta que algunos han preferido la especulación como rasgo distintivo, mientras que otros, la circulación. La especulación, entendida como la esperanza de obtener beneficios exclusivamente con la variación de los precios o de los cambios, resulta insuficiente, pues no cubre actos de comercio como el transporte, el seguro etc. En cuanto a la circulación como rasgo distintivo, la misma, entendida como la posibilidad de la rápida transferencia de la propiedad de un valor, tampoco cubre todas las posibilidades, pues cómo se explicaría el depósito, el mandato, etc. En fin, todas las hipótesis se encontraron siempre insuficientes como para abarcar todo el espectro del concepto.

7. La teoría de Rocco

Alfredo Rocco (1875-1935.-) fue un destacado jurista italiano, que ha realizado un gran esfuerzo por construir una teoría unitaria el acto de comercio. En ese sentido definió al acto de comercio como: “Todo acto que realiza o facilita una interposición en el cambio”. La interposición es la acción y efecto de interponer y esta última palabra implica poner algo entre cosas o entre personas. En cuanto al cambio, consiste en tomar en vez de lo que se tiene, algo que lo sustituya.

De lo dicho en el párrafo anterior, podemos concluir que el comerciante es aquel que se interpone entre aquel que desea comprar y el que desea vender. Se ha criticado su teoría por el hecho de que deja afuera importantes institutos como la letra de cambio, el transporte, etc.- José Alberto Garrone⁷ nos dice que la definición de Rocco adolece de las debilidades características de las definiciones generalizadoras de estos actos y que consiste en querer agrupar en un solo concepto diversas categorías de actos heterogéneos. Concluye diciendo que adaptó los actos de comercio al concepto, en lugar de proceder a la inversa.

⁶ En su obra: “Derecho Comercial”, Editorial La Ley Paraguaya S.A. Asunción, 1991. p.89.

⁷ En su obra: “Derecho Comercial”, Editorial Lexis Nexis, Buenos Aires, 2004. p.61.

Se debe tener en consideración que la base del trabajo de Rocco ha sido la Legislación Italiana de 1887. que enumeraba los actos de comercio en 24 ítems, de donde el mismo intentó encontrar el rasgo común para desarrollar su teoría.

8. Clasificación de los actos de comercio

Ante la dificultad doctrinaria de dar una noción clara de los actos de comercio, los autores han centrado sus esfuerzos en clasificar a los mismos en un intento de fijar caracteres y elementos. Pero aun esta tarea tropieza con el hecho de que la evolución histórica del Derecho Comercial ha variado el punto centro del hombre (persona física) comerciante a una enumeración de las actividades que la ley reputa como actos de comercio.

En función a ello se han elegido tres elementos para una clasificación tentativa:

8.1. Actos de comercio como intento especulativo del sujeto

Esta clasificación depende de un criterio subjetivo de la persona humana que realiza el acto. Si el mismo realiza el acto con el fin de lucrar con la variación del precio de un bien material o inmaterial o simplemente realiza el acto de comercio en cumplimiento de un mandato o con el fin de proteger su patrimonio. Como ejemplo de la primera hipótesis, tenemos el contrato de compra y el contrato de venta, la permuta, etc. Y como ejemplo de la segunda, el mandato comercial, una operación de seguros, una operación de transporte, etc.

8.2. Acto de comercio en razón de otro que aparece como principal:

Esta clasificación distingue dos formas de ejercicio del comercio, que son bien distintos: a-) Como persona física, en la figura del comerciante; y b-) La empresa, entendida en su versión económica de actividad organizativa de elementos para una determinada finalidad. Más tarde profundizaremos este concepto.

En este punto debemos distinguir con claridad la diferencia pues de aquí saldrán consecuencias diversas en la determinación de actos como de comercio o de derecho común. Nótese que el Art.3º de la Ley del Comerciante dice que son comerciantes las personas que realizan profesionalmente actos de comercio y las sociedades que tengan por objeto principal la realización de actos de comercio.

8.3. Acto de comercio en razón de otro que aparece como principal.:

Los actos de comercio pueden tener tal consideración en razón de su propia naturaleza o en razón de la conexión de la misma con un acto reputado como comercial. La importancia de tal distinción deviene por el hecho de que en materia comercial los actos conexos son regulados también por la normativa especializada del Derecho Comercial, siguiendo aquel viejo axioma de que lo accesorio sigue la suerte del principal.

Actos que por conexidad pueden ser comerciales son el mandato, el depósito, la fianza, etc.

9. Actos subjetivos de comercio o conexos con la actividad del comerciante

Como ya dijimos, actos subjetivos de comercio son aquellos que realiza un comerciante por simple presunción de la ley. El punto central en este tipo de actos de comercio es la persona del comerciante, el cual por presunción realiza siempre actos de comercio. Lo que debe dejarse claro es que tal presunción es solamente *iuris tantum*; es decir, que admite prueba en contrario. Con ello el comerciante puede probar que un determinado acto suyo no tiene naturaleza comercial y por ello debe ser regulado por el derecho común y no por el Derecho Comercial.-

La actividad del comerciante produce una serie de actos conexos que, mirados objetiva y aisladamente, no son reputados como actos de comercio por la ley. Sin embargo, en razón de la conexión mencionada, se les afecta en el sentido de darles el mismo tratamiento normativo que a un acto de comercio; es decir, caen dentro de la zona de cobertura de la norma comercial. El tratamiento metodológico correcto sería la determinación primero de la comercialidad del acto principal y después la identificación de sus actos conexos o accesorios.

La dificultad estriba en la determinación de la conexidad en el sentido de establecer pautas e indicaciones sobre cuándo se podría afirmar la conexidad de un acto con un acto comercial. En general, podemos decir que actos conexos son aquellos que facilitan o garantizan la realización del acto de comercio; entonces, todos aquellos actos que cumplen alguna de estas dos funciones (facilitar o garantizar) se puede decir que son actos de comercio.

9.1. Carácter de esta enumeración

La enumeración que nos da el Art. 71 del Código de Comercio es meramente enunciativa y ello deriva del último de sus incisos que habla de los demás actos especialmente legislados. Con ello lo que el legislador ha pretendido es incorporar todos los demás actos ya determinados como de comercio y facilitar el ingreso de otros que con el tiempo irán engrosando la lista conforme a los requerimientos económicos y sociales.

Por otro lado, también parece haber pretendido el Art. 71 y siguientes dejar un buen margen al prudente arbitrio judicial, así por ejemplo, el Art.72 nos habla de la presunción de comercialidad de los actos de los comerciantes salvo prueba en contrario, con lo cual se otorga un buen margen de decisión para el órgano aplicador del derecho.

Pueden incluirse otros actos por analogía, siempre y cuando se los realice dentro de cada categoría, no pudiendo en cambio crearse otras categorías.

Por último, es indispensable tener en consideración que en su desarrollo histórico la enumeración de los actos de comercio se ha ido ampliando en razón de las necesidades de la convivencia social.

9.2. Actos a los que se refiere el Art.72.

El citado Art. 72. de la Ley del Comerciante dice: “Los actos de los comerciantes, realizados en su calidad de tales, se presumen actos de comercio, salvo prueba en contrario”.

Para intentar determinar a qué actos se refiere este artículo tenemos que analizarlo (dividirlo) el artículo en varias partes:

a-) Los actos de los comerciantes: Lo primero es determinar quiénes son comerciantes y al respecto es indispensable acudir a lo que dispone el Art.3º de la Ley 1034/83 que específicamente habla de ello.

b-) Realizados en su actividad de tales: Un comerciante bien puede realizar un acto para su propio consumo o sin ánimo de reventa, por lo que en esa circunstancia no actúa en su calidad de comerciante; por lo que este punto reviste particular importancia a la hora de discernir la norma a aplicar.

c-) Se presumen actos de comercio: Como ya vimos, la presunción es un hecho de que la ley tiene por cierto sin necesidad de que sea probado. Es decir, una vez que se determina que la persona que realiza un acto es comerciante, la ley tiene por cierto que el mismo ha realizado un acto de comercio sin que sea necesario que se pruebe la veracidad de tal afirmación.

d-) Salvo prueba en contrario: Sin embargo, a pesar de que la ley considera cierto un hecho, admite la posibilidad de la prueba en contrario, con lo que se ajusta la posibilidad de que el comerciante demuestre que en la ocasión no actuó en su calidad de tal.

9.3. Actos unilateralmente comerciales

Un acto unilateralmente comercial es aquel que es comercial para una sola de las partes, por ejemplo, un comerciante realiza una compra de un inmueble con la intención de volver a venderlo. La persona que realiza la venta no es comerciante ni ha comprado el inmueble con anterioridad con la intención de volver a venderlo, sino que es la casa en que ha habitado en los últimos cuarenta años.

La normativa de nuestro derecho positivo resuelve tal situación con el Art.73 de la Ley del Comerciante que establece: “Si un acto es comercial para una de las partes, se presume que lo es para las demás”. El legislador ha optado por esta solución en razón de que un mismo acto no podía ser comercial para una de las partes y no comercial para la otra, pues en caso de conflicto entre ambas, ¿qué normas deberían aplicarse? De allí que se ha elegido considerar todo el acto como comercial para dar una solución al caso. En consecuencia, la norma a ser aplicada en el caso del ejemplo es la norma comercial.

10. La empresa: concepto económico.

Habíamos hablado de la gran influencia que la economía había tenido en el Derecho Comercial, hasta el punto de que tenemos un concepto jurídico de empresa, fundado en las propiedades individualizadas por el concepto económico. En principio, debemos conocer que el concepto de empresa es un concepto aún no definitivamente desarrollado, en razón de que se sigue debatiendo sobre el mismo. Sin embargo, nos atrevemos a citar algunos de los conceptos más difundidos:

a-) José Alberto Garrone⁸ nos dice que la empresa en un sentido económico es: “La organización de un conjunto de elementos humanos y materiales de producción o de distribución de riquezas”.

b-) Manuel Broseta Pont⁹ dice que la empresa es: “Una organización de capital y de trabajo, destinada a la producción o a la mediación de bienes o de servicios para el mercado”.

c-) El Prof. Dr. Jorge H. Escobar¹⁰ define que la empresa es: “La organización de elementos humanos y materiales para una determinada finalidad”. A su vez cita a Jacobi con su muy conocida definición: “Concurso de medios personales, materiales e inmateriales destinados a un fin determinado, fijado por el empresario”.

10.1 Empresa y empresario

Es muy importante no confundir a la empresa con el empresario; este último es la persona que coordina, organiza y dirige la empresa, y por supuesto es el que asume los riesgos y eventualmente soporta las pérdidas y disfruta de las ganancias. La empresa es la actividad organizativa, no es una persona física ni jurídica.

En el lenguaje común solemos confundir distintos tipos de organizaciones empresariales, como las sociedades anónimas, de responsabilidad limitada, etc., con la empresa misma. En el lenguaje técnico eso es erróneo, dado que es posible la existencia de una empresa sin que exista sociedad. Tal el caso de la sola existencia del empresario.

10.2. La actividad de producción en forma de empresa

La actividad de producción en forma de empresa surge con la llegada de la industria, que transforma materia prima en productos elaborados a través de un proceso que requiere indefectiblemente de organización y de métodos. Con ello se ha logrado satisfacer las necesidades de mayor cantidad de personas, pero a la vez se volvieron necesarios otros instrumentos para llevar a cabo la tarea.

En primer lugar, se ha necesitado mayor cantidad de producción de materia prima a ser elaborada; en segundo lugar, una mayor cantidad de personas que con su fuerza laboral den sustento suficiente a la transformación de materia inicial al producto terminado. Asimismo, fue necesario mayor cantidad de capital, tanto para los gastos de compra de materia prima, de pago de salarios como para crear la infraestructura física y en máquinas capaz de soportar y hacer eficiente la tarea. Ello dio lugar a la asociación de varios capitales para lograr tal fin; en razón de que normalmente es insuficiente un solo capital para cubrir los requerimientos financieros necesarios.

Finalmente, fue necesaria la agrupación de los conocimientos suficientes para lograr el fin propuesto y con ello se dio nacimiento a una nueva unidad de conocimiento llamada la administración de empresa, tema que es objeto de estudio independiente en cualquier universidad del mundo.

⁸ En su obra ya citada: “Derecho Comercial”, Lexis Nexis, Buenos Aires, 2004. p.85.

⁹ Catedrático valenciano, citado por el mismo Garrone en su obra ya indicada, p.87.

¹⁰ En su ya citada obra: Derecho Comercial, p.101

10.3. La empresa desde el punto de vista jurídico.

En principio, debemos decir con Broseta Pont, que el concepto jurídico de empresa debe coincidir con el económico, pues ambos se refieren a un mismo fenómeno de la realidad social; aunque puedan ser observados desde diferentes ángulos, no pueden ser contrapuestos.

Sin embargo, desde el punto de vista jurídico se puede poner el acento en algunos de sus elementos y desde allí intentar una visión totalizadora. El desarrollo de tal estrategia hasta el momento no ha brindado resultados satisfactorios, pues todas las teorías propuestas han demostrado sus insuficiencias o directamente sus falencias.

De esta forma, si ponemos el acento en el elemento “trabajo”, en el sentido de los derechos de la persona como trabajador, notamos que coincidimos con una realidad en la cual se valora cada día más la intervención de la mente y cuerpo humanos para la consecución del fin propuesto. El centro de nuestra definición estaría entonces en la contribución de la actividad humana (empresario, jefes y obreros) para la reunión y administración de los demás factores intervinientes para el logro del resultado.

Finalmente, si nos atenemos a su sentido mercantil, podemos decir con Rodrigo Uría¹¹ que empresa en su sentido jurídico mercantil es el “Ejercicio profesional de una actividad económica planificada, con la finalidad de intermediar en el mercado de bienes o servicios”. Sigue diciendo el mencionado autor que “tal definición es un concepto definitivamente amplio para comprender, tanto la gran empresa desarrollada con poderosos medios instrumentales, como la minúscula empresa reducida a la mera actividad de una simple persona individual”.

10.4. Empresa y ejercicio profesional.

Para que exista el concepto de “empresa” en el sentido jurídico mercantil se requiere, como vimos, del ejercicio profesional de la actividad, lo cual implica dos exigencias: a-) Debe poseer una estructura técnico jurídica apta para desarrollar sistemáticamente hasta la consecución del fin propuesto; y b-) Ejercicio efectivo de la actividad profesional, que explicaremos con mayor detalle a continuación.

El “ejercicio efectivo” de la actividad profesional no implica que la empresa deba necesariamente estar trabajando en forma permanente ni que el día que pare, inmediatamente deja de ser empresa, sino que debe mantener la actitud del trabajo hacia la consecución del fin propuesto, pues existen y existirán circunstancias que pueden detener al menos por un tiempo los trabajos; por ejemplo, la escasez de materia prima o de financiamiento, etc. Sin embargo, toda la infraestructura de la empresa debe estar tensa hacia la consecución de los objetivos.

10.5. Empresa y fondo de comercio

En principio hay que realizar una clara diferenciación entre estos dos conceptos y así previamente debemos definir el fondo de comercio para iniciar la comparación y, si así fuere, su

¹¹ Catedrático español de Derecho Mercantil en su obra: “Derecho Mercantil”, Vigésimo Quinta Edición, Madrid, 1998, p.37.

complementariedad. Nos dice el Prof. Jorge O. Zunino¹² que la noción de fondo de comercio ha sido vinculada históricamente a una serie de elementos integrantes de la explotación comercial; en principio, solamente a las mercaderías y luego se lo amplía a la clientela y a la confianza pública dentro de la propiedad moral. Hoy se los conjuga dentro de los elementos materiales e inmateriales de una determinada explotación.

Nuestra posición legislativa se establece en el Art.112 de la Ley del Comerciante, que asimila el término fondo de comercio y establecimiento comercial y dice: “ Son elementos constitutivos de un establecimiento comercial, las instalaciones, existencias de mercaderías, nombre y enseña comercial, derecho al local, patentes de inversión, marcas de productos y servicios, dibujos y modelos industriales, menciones honoríficas y todos los demás derechos derivados de la propiedad comercial o industrial.”.

Con ello tenemos que la empresa es la actividad organizada que tiene como instrumento al fondo de comercio. Entonces, como lo señala el Prof. Jorge H. Escobar, se trata de conceptos complementarios que actúan, sin embargo, en niveles diferentes.

10.6. Naturaleza jurídica. Teorías.

Siempre se ha hablado de la naturaleza jurídica como de la “esencia” de lo estudiado; sin embargo, lo que se logra normalmente es apenas la ubicación del instituto dentro del espectro total del derecho. Y eso es lo que se intenta con las teorías, a los efectos de comprender lo mejor posible sus consecuencias.

Tres teorías sobresalen de las demás: a-) La empresa como persona jurídica; b-) La empresa como patrimonio separado o de afectación; y c-) La empresa como institución.

En cuanto a la empresa como persona jurídica, considera a la misma como titular de derechos y de obligaciones y su propietario no sería más que el primero de sus servidores. Con esta teoría se da nacimiento a un nuevo sujeto con vida propia. Se la critica por el hecho de que no es posible ser al mismo tiempo objeto y sujeto de derechos.

La empresa como patrimonio separado o de afectación, que tiene una finalidad propia, una administración, representación ante terceros, nombre, etc. La crítica que se le hace es que mientras la ley no le reconozca una limitación de la responsabilidad para sus titulares, no es posible hablar de la autonomía del patrimonio afectado. Césare Vivante, citado por Garrone¹³, nos dice: “Los establecimientos no tienen una personalidad distinta a la de sus propietarios”, recordando una sentencia de la Rota Florentina: “Taberna sine tabernario esse non potest.” (No puede haber taberna, sin tabernario).

10.7. La empresa como universalidad: de hecho y de derecho.

La universalidad, en el contexto de nuestro estudio, debe ser entendida como portadora de la calidad de universal. Y universal¹⁴, es en su acepción pertinente: “Que lo comprende todo en la especie de la que se habla”. En el punto debemos de entender entonces la

¹² En su obra “Fondo de Comercio” , Editorial Astrea, Buenos Aires, 1982. p.2.

¹³ En su ob. cit., p. 90.

¹⁴ Según el Diccionario de la Real Academia Española, Vigésimo Primera Edición, 1992. p.1452.

empresa como comprensiva de hecho y luego como comprensiva de derecho. Veremos la acepción en cada alternativa.

La empresa como universalidad, entonces, debe ser considerada como un conjunto o una unidad de varios elementos, tanto desde el punto de vista de hecho como desde el punto de vista de derecho. En cuanto a la primera de las posibilidades (de hecho) tenemos que se pone énfasis en el conjunto de instrumentos materiales (corporales) y en la segunda en el conjunto de elementos inmateriales, derechos y obligaciones principalmente.

10.8. Tesis atomista

Esta tesis sostiene que en la empresa no existe ninguna realidad unitaria, que se trata de elementos yuxtapuestos que no pierden su individualidad¹⁵. Lo que existe es un conglomerado económico, no una unidad jurídica.

10.9. Empresa y actividad

Como ya hemos visto, no se concibe la empresa sin la actividad, pero lo importante aquí es determinar de qué actividad estamos hablando. Y nosotros estamos hablando de la actividad empresarial, que consiste en: “La coordinación del trabajo para transformar las materias primas en bienes y servicios”¹⁶. Para que exista actividad empresarial es indispensable que el objetivo sea satisfacer las necesidades humanas con bienes limitados, escasos, pues los bienes libres y abundantes no requieren de trabajo organizado para producirlos.

El profesor Jorge H. Escobar sostiene que no hay empresa sin actividad organizada y que a los fines de su consideración legal ella debe ser profesionalmente ejercida.

10.10. Empresa y establecimiento. Elementos

instrumentos personales y reales organizados por una persona física o ideal, para el ejercicio de una actividad económica productora”.

Es evidente que ambos constituyen organización, ordenamiento, pero se manifiestan en planos diferentes: la Como ya hemos visto, la empresa es ante todo la actividad coordinadora de diversos elementos materiales e inmateriales, mientras que el establecimiento comercial o fondo de comercio es, sobre todo, el conjunto de elementos materiales indispensables para lograr una finalidad. El establecimiento tiene, entonces, una función primordialmente instrumental a los fines establecidos como objetivos a alcanzar por la empresa.

El Dr. Marcos Satanowsky¹⁷ escribe: “La falta de una clara separación entre empresa y hacienda comercial, que se destaca en la doctrina alemana, invade también la italiana. Los autores italianos que se ocupan de la hacienda comercial la definen en forma similar a la empresa, es decir, como conjunto de bienes unidos en virtud de su destino común: El beneficio,

¹⁵ José Alberto Garrone en su obra ya citada, p. 92.

¹⁶ Según el Diccionario de Derecho Empresarial de Luis Ribó Durán y de Joaquin Fernandez Fernandez.-, Editorial Bosch S.A., Barcelona.

¹⁷ En su obra: “Tratado de Derecho Comercial” , Editorial Tipográfica Argentina (TEA) , Buenos Aires, 1.957, Tomo tercero, p.27 y ss.

como un conjunto de empresa como organización de actividades económicas y la hacienda como organización de cosas y bienes.

Bibliografía:

- **GARRONE**, José Alberto obra “Derecho Comercial”, Editorial Lexis Nexis, Bs. As. 2.004.
- **ESCOBAR**, Jorge H. “Derecho Comercial”, Editorial La Ley Paraguaya S.A. Asunción 1991.
- **BROSETA PONT**, Manuel. Catedrático valenciano, citado por el mismo Garrone en su obra ya indicada.
- **URIA**, Rodrigo. Catedrático español de Derecho Mercantil en su obra: “Derecho Mercantil”.
- **ZUNINO**, Jorge O. “Fondo de Comercio”, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1982.

Currículo del Autor: