El Nuevo Código Civil y Comercial y la materia mercantil
Por Gustavo Cultraro (*)

1. El desafío.

Para cualquiera que se aboque a la lectura y análisis del Nuevo Código Civil y Comercial que se nos propone desde el Poder Ejecutivo Nacional, no podrá pasar desapercibido el desafío que importa pasar de un código de Comercio de 404 artículos vigentes (al que se le suman leyes complementarias) y de uno Civil de otros tantos 4051, a un nuevo código unificado de tan sólo 2671 artículos. Desafío que se dará no solo por la adecuación terminológica y sintáctica que esta notable reducción de normas implica, sino porque a poco de avanzar en la lectura de su índice se advertirá que hay institutos que directamente se omiten en su tratamiento (vgr. el estatuto del comerciante) y otros nuevos que se incorporan.
Sin perjuicio de tener en cuenta que las leyes que actualmente integran, complementan o se encuentran incorporadas al Código de Comercio mantienen su vigencia como leyes que integran o complementan al nuevo código unificado, debe tenerse presente que en materia mercantil se derogan el Capítulo I (con excepción del segundo y tercer párrafos del artículo 11) y el Capítulo III (con excepción de los párrafos segundo y tercero del artículo 28) de la Ley 25.248 (Leasing); la Ley 26005 (de Consorcios de cooperación); los artículos 36, 37 y 38 de la Ley de 20.266 y sus modificatorias (Corredores); los artículos artículo 1º a 26 de la Ley Nº 24.441 (fideicomiso); la Sección IX del Capítulo II (artículos 361 a 366; sociedades accidentales o en participación) y el Capítulo III (contratos de colaboración empresaria) de la Ley 19.550.
Este desafío al que se nos convoca llevará mucho más tiempo de análisis que los abreviados plazos de debate que estableció el propio mensaje de elevación al H. Congreso Nacional para su tratamiento y su posterior entrada en vigencia, y por tanto, es de esperarse innumerables problemas en su implementación e interpretación. Por eso se impone preguntarnos: ¿fue necesario discutir esta unificación en tan abreviados plazos?
Quizás convenga segmentar el debate para entrar al análisis del nuevo código por áreas o institutos específicos, de forma tal que aquellos temas centrales o transcendentales que hacen a la vida de todo ciudadano (adopción, nombre, uniones convivenciales, embriones, responsabilidad parental, etc.) no dejen en un segundo plano la discusión de los temas comerciales que se modifican.

2. Un punto de partida: Las diferencias entre derecho comercial y el derecho civil.

Hasta hoy, cuando analizamos las dos ramas centrales que contienen a las normas jurídicas que regulan la faz privada de las personas -el derecho mercantil y el derecho civil- encontramos diferencias en sus normas, ya que regulan realidades distintas. Y no nos parece ilógico que así sea pues, como señaló Asquini[1], lo mercantil es distinto a lo civil por sí mismo. Etcheverry supo decir que "existe y creemos que siempre existirá una materia comercial[2]. Así entonces, cuando nos referimos al derecho mercantil nos estamos refiriendo a una rama autónoma del derecho que se presenta como una unidad sistemática independiente, y por tanto, especial, con normas que presentan rasgos que les son propios y peculiares y que, obviamente, se diferencian de otras, y del derecho civil, lógicamente.
El derecho civil contiene al derecho privado y rige las relaciones jurídicas, con excepción de aquellas instituciones que por motivos especiales (comercio, trabajo, etc.) se excluyen de su órbita; por eso se afirmó con agudo criterio que aún cuando el derecho mercantil legisle una

institución o situación parecida a la del derecho civil, lo hace con un criterio distinto al de la ley común, de la cual ha querido apartarse[3]. El derecho civil interesa y se aplica a todas las personas en aquellas relaciones jurídicas sustanciales en las que actúan como sujeto de derecho privado, y siempre que no medien algunas de las "razones dogmáticas valorativas" que originaron el nacimiento de otras ramas del derecho[4].
Por eso sigue siendo válido sostener que entre el derecho civil y el derecho comercial todavía pueden encontrarse diferencias, y que es importante destacar que las instituciones que el derecho civil rige son mucho más estables que aquellas que rige el derecho comercial, pues responden a exigencias y necesidades fundamentales que nacen en el seno de la propia comunidad. Porque entendemos que el derecho mercantil regula las relaciones económicas privadas de los hombres que refieren a la producción, la circulación y el consumo de la riqueza y porque el crédito aparece como un valor jurídico a proteger, aceptamos las razones que fundamentan la movilidad, falta de solemnidad y sencillez de la norma mercantil. Por el contrario, aceptamos que los cambios en el derecho civil sean generalmente más lentos pues se ocupa de instituciones básicas de la vida social que requieren de mayor consenso y debate por cuanto involucran a todos los ciudadanos cualquiera sea el rol, posición o actividad que estos ocupen en el seno de la comunidad[5]. En este sentido, adscribir a una u otra rama del derecho tuvo y tiene consecuencias prácticas concretas, que se expresan tanto en la delimitación de las fuentes normativas a aplicar como también en el valor que se le dan a los usos y costumbres.
Como ya enseñaba Fontanarrosa[6], en tres sentidos puede hablarse de autonomía de una rama del derecho: a) autonomía científica y didáctica, en cuanto el estudio de esa rama pueda constituir una materia especial de investigación y enseñanza; b) autonomía jurídica, en cuanto a los normas atinentes a esa materia forman un sistema que presenta rasgos peculiares y distintivos; c) autonomía legislativa en cuanto las leyes atinentes a esa materia deben ser coordinadas en un cuerpo separado de normas.
Esa autonomía, hasta hoy está presente en nuestro derecho mercantil con el todavía vigente Código de Comercio. Pero si falta un cuerpo legal separado del código civil y si al mismo tiempo falta un conjunto de principios y doctrinas dominados por principios generales específicos, deberemos replantearnos si continúa esa autonomía del derecho comercial como ciencia determinada.

3. La unificación legislativa de ambas ramas del derecho privado.

Frente al "Código Civil y Comercial de la Nación" nacido de la Comisión Redactora[7] que creó el decreto presidencial 191/2011[8], la tarea que propongo es examinar algunas de sus proyecciones sobre el derecho mercantil partiendo de un primer interrogante que es aquél que nos debe llevar a analizar si se nos propone una unificación total del Derecho Mercantil y del Derecho Civil (lo cual implicará la pérdida de autonomía del derecho comercial) o únicamente su simple unificación parcial como producto de la unificación del derecho de las obligaciones (lo cual importa que el Derecho Mercantil sufra una reducción en su contenido).
Si bien la tendencia a la "comercialización del derecho privado" permite considerar que en materia de obligaciones y contratos no se advierten motivos serios para someterlos a disciplinas diferentes calificadas como civiles o comerciales, dicha situación no es tan clara respecto de otras zonas del derecho comercial y menos clara resulta aún dentro de los códigos que en el siglo XX unificaron la disciplina general del derecho privado pues no han desaparecido ciertas normas aplicables especialmente a los comerciantes, aunque no alcancen a conformar un sistema autónomo inspirado en principios propios que se contrapongan o se aíslen frente al derecho civil[9].

Como nada es nuevo bajo el sol, podemos recurrir a la doctrina extranjera y recordar aquello que señalaba Brosetta Pont[10] cuando al hablar de unificación total o parcial destacaba que ésta, a su vez, puede entenderse en un sentido sustancial o formal. En sentido sustancial la unificación importa una unión indisoluble de ramas del derecho hasta entonces separadas, dejando cada una de ellas de poseer principios generales distintos y de regular y de satisfacer exigencias diversas; determina la pérdida de la autonomía del derecho especial que queda absorbido por el derecho general. La unificación en sentido formal, en cambio, solo presupone la reunión de dos ramas del derecho en un código único por razones de política legislativa, y no presupone la desaparición de la autonomía de ninguna de ambas ramas; continuarán contraponiéndose entonces las expresiones "derecho unificado" y "código único" por referir a supuestos distintos.

Ferri[11] sostuvo que aún con la inserción de normas comerciales en el Código Civil Italiano puede sostenerse la autonomía del derecho comercial bajo el aspecto sustancial, pues subsiste una profunda diferencia entre las relaciones económico privadas relativas a las instituciones de la vida civil (y aún al goce de los bienes) y al cambio no productivo, con aquellas mismas relaciones atinentes a la producción y al cambio; diferencias que no es de estructura o de caracteres, sino de posición funcional. Claro está, que el derecho unificado italiano tiene un título específico dedicado a la empresa, y en particular, a la empresa mercantil, totalmente ausente en nuestro nuevo Código Civil y Comercial.

Etcheverry resaltó que mientras exista en nuestro derecho una expresa regulación positiva del comerciante y de los actos de comercio, hay una materia mercantil y, vinculada a ella, varias disciplinas especiales que adquieren cierta autonomía (sociedades, concursos, navegación y transporte, seguros y bancos). Pero – refiriéndose al Proyecto de Código Civil de 1998 – remarcó que al unificarse el Derecho privado se daría como efecto la desaparición de esa materia mercantil como tal, aunque en ese código se incluyan algunas normas contractuales de derecho mercantil y se mencionen reglas contables o alusiones a la actividad empresaria[12]. Así entonces se interrogaba sobre ¿cuál sería la nueva materia comercial? A lo que respondió (resumiéndoselo conceptualmente) que sería aquella que se centraría en el nacimiento de uno o de dos nuevos sistemas (el que refiere a la creación de organizaciones empresarias civiles y comerciales, por un lado; y el que refiere a los diversos estatutos que corresponderán a los operadores económicos y de tales organizaciones, por el otro) que – al no poder estar comprendidos ni en la parte contractual ni en la parte de obligaciones del nuevo derecho común – podrían formar parte de un nuevo Código de Comercio o de un nuevo subsistema delineado dentro de la parte general de la norma común, si se sigue pensando en un código único.

Tampoco debemos olvidarnos del fenómeno de la descodificación del derecho privado entendido, en palabras de Peirano Facio[13], como la promulgación de leyes especiales que se sancionan para atender nuevas o específicas situaciones sociales que el Código no ha querido o podido contemplar, o – en un segundo sentido – se alude a la proliferación de normas que sustraen del Código conjunto completos de relaciones que se somete a principios independientes o contradictorios con los que el mismo Código sustenta.

Por eso cuando hablamos de la unificación, fundamentalmente en materia de contratos, debemos tener presente si no será igualmente necesario prever especialidades cuando quien utilice la figura contractual es un empresario, que obviamente no serán necesarias cuando quien las utilice no revista esa condición pues es lógico pensar que no es lo mismo la utilización de un contrato por quien se vale de él para la contratación en masa y de manera profesional que quien se vale de él solo ocasionalmente. Así, por caso, el Código Suizo de las obligaciones prevé reglas generales aplicables a todos los contratos y reglas especiales cuando su utilización la realice un empresario; el Derecho Italiano por su lado, aún suprimiendo la

distinción entre actos civiles y actos de comercio, reconoce determinadas actividades que constituyen en mercantil al empresario que las realiza.
Anaya[14] manifestó tener la convicción de que la unificación del derecho privado carece actualmente de interés porque no puede alcanzarse sino en un plano formal no advirtiéndose las razones a favor de la conveniencia de propiciar la unificación con tal alcance. Pero si no aceptamos este criterio y nos inclinamos por un régimen totalmente unitario, aplicable por igual a quien utiliza el contrato para ejercer su actividad profesional como a quien lo utiliza en forma ocasional, deberemos determinar si prevalecerán los principios propios de la actividad profesional o los de la actividad esporádica; y también determinar si es justo someter a los principios mercantiles a quienes ocasionalmente estipulan esos contratos[15].

3. Subsistencia del Derecho Mercantil como rama autónoma.

Frente a la unificación del Derecho Privado que nos propone el nuevo Código Civil y Comercial, debemos indagar si el Derecho Mercantil subsistirá como rama especial dentro de ese nuevo cuerpo normativo o si, por el contrario, desaparecerá o quedará subsumido en los llamados microsistemas normativos autosuficientes. Este interrogante nos lleva a analizar si se nos propone una unificación total del Derecho Privado o solo una unificación del derecho de las obligaciones y los contratos. Es decir, ¿hablamos de derecho unificado o de código único?
Quizás convenga tener presente que aún en aquellos países que han legislado la unificación legislativa de ambas ramas del derecho privado, no hay una asimilación absoluta entre derecho civil y derecho comercial y la investigación, el estudio y la enseñanza del Derecho se desenvuelven respetando su división en "ramas autónomas" porque existe la posibilidad de aplicar "principios y fuentes normativas" que le son propias a cada una de esas unidades que –obviamente- son distintos a los que se pueden aplicar a cada una de las restantes. En definitiva, parece de toda lógica que si una actividad se realiza en forma profesional, existan determinadas exigencias que serán propias de una disciplina especial. Así en el Derecho comparado se mantiene un status especial para quienes realizan ciertas actividades por medio de una empresa, que lleva a sostener que la unificación total y sustancial del derecho privado es imposible[16] y que esa unificación solo puede ser parcial dado que solo una parte del contenido del derecho mercantil se ha hecho de aplicación general, reduciéndose su ámbito como rama especial. Lo que nos hace pensar que habrá un conjunto de normas de derecho privado que solo se aplicarán a ciertos sujetos, a ciertas organizaciones de bienes de distinta naturaleza y a ciertas actividades; lo cual, en definitiva, importará reconocer una especialidad que determinará la autonomía del Derecho Mercantil frente al Derecho Civil. El punto central pasará, entonces, por la necesidad de sustituir el criterio sobre el que se construye el sistema del Derecho mercantil por un criterio distinto al que tenemos actualmente.

4. Los fundamentos del Código Civil y Comercial de la Nación.

En un esquema que en principio nos lleva a compararlo al "Código de las Obligaciones" suizo pues crea un sistema general para todas las obligaciones y contratos, abarcando gran parte del derecho comercial, nos encontramos con un Código Civil y Comercial que, a la suerte de código único, aparece dividido en un Título Preliminar y seis Libros: I. "De la Parte General"; II. "De las relaciones de familia"; III. "De los derechos personales"; IV. "De los derechos reales"; V. "De la transmisión de los derechos por causa de muerte"; y VI. "De las disposiciones comunes a los derechos personales y reales".
A tono con el objetivo de estar de acuerdo con las tendencias y modo de ser de la sociedad a la cual está destinado a regir, se nos dijo desde la Comisión Redactora y desde el Mensaje de

Elevación que preparó el Poder Ejecutivo de la Nación, que este nuevo código pretende encauzar las relaciones jurídicas entre los individuos que hacen a nuestro tejido social a través de un único código que, como cuerpo de leyes, vaya en ese sentido.

Pero si bien varios son los cambios que se proponen para la vida civil, lo cierto es que no son tantos los que se proponen para la vida comercial, o cuanto menos, no son claros los objetivos que se fijan para la vida comercial, al punto tal de presentar ciertas incongruencias que, cuanto menos, llaman la atención desde lo terminológico y desde lo conceptual. A simple modo de ejemplo se nos propone un código que busca promover la seguridad jurídica en las transacciones mercantiles y se nos habla del régimen contable de los comerciantes, cuando precisamente se elimina el estatuto del comerciante y la palabra comerciante está totalmente ausente en todo el texto de articulado. Aquí entonces, las alarmas encendidas comienzan a tener más sentido de ser escuchadas, aunque a la luz del texto aprobado, sabemos que no lo fueron.

Desde el aspecto metodológico, la Comisión Redactora nos aclaró haber adoptado un redacción de las normas lo más clara posible, a fin de facilitar su entendimiento por parte de los profesionales y de las personas que no lo son, evitando las remisiones, el uso de vocablos alejados del uso ordinario y las frases demasiado extensas que importan dificultades de lectura, pero inmediatamente destaca entre sus pretensos logros la regulación de la sociedad unipersonal lo cual, cuanto menos, es una contradicción en sus términos. ortan dificultades de lectura.de Elevacique atoria? ales y que hasta hoy se presentaban como un subsistema con rasgos propios

La Comisión Redactora también destacó el rol supletorio de las normas establecidas en materia contractual, como así también que sólo se buscó modificar otras leyes en lo estrictamente necesario, como por ejemplo, resultó la "inevitable" reforma parcial a la ley de sociedades, que deja de ser de sociedades comerciales y pasar a resultar una Ley de General de Sociedades (se elimina la figura de la sociedad civil, se incorpora el de la sociedad unipersonal y se modifica todo el régimen de las sociedades irregulares y de hecho, entre otros puntos; pero nada se dice del requisito de la capitalización, por ejemplo, y mucho menos de una regulación especial para las sociedades cerradas o de familia).

Desde el Título Preliminar se consignan las reglas generales de todo el sistema que – a modo de guías - establece un sistema de fuentes, entre las que se destaca – en primer lugar – la ley que impone el deber de delimitar el supuesto de hecho y subsumirlo en la norma para evitar sentencias que no apliquen la ley o que se apartan de ella sin declarar su inconstitucionalidad.

Pero quizás, lo que más llame la atención de este título preliminar es el valor que se le da a la costumbre. Se ha dicho con acierto que "la gravitación de los usos y costumbres en el derecho mercantil es un axioma que no requiere demostración y que el legislador es el propio comercio"[17], pero desde el Proyecto queda muy claro que la costumbre solo está prevista como fuente material (cumpliendo una función interpretativa o integradora o interpretativa, pues se le aplica exclusivamente la ley o los interesados se refieren a ellos o en situaciones no regladas legalmente, y siempre que no sean contrarios a derecho) y no como fuente formal (es decir, como forma de expresión de precepto jurídico, como fuente creadora del derecho). Queda así vedada expresamente la costumbre "contra legem", lo cual importa una importante modificación de esa fuente del derecho mercantil que se admitía a partir de lo regulado por el actual artículo 17 del Código Civil.

Se incorporan reglas de interpretación para establecer que la decisión jurídica comienza por las palabras de la ley, incluida sus finalidades que luego de su paso por el Congreso de la Nación se la refiere como fuente (¿material?) en vez de ser un criterio de interpretación. Entre las reglas de interpretación se incluyen a las leyes análogas, que tradicionalmente han sido tratadas como fuente, pero aquí se las incluye como criterios de interpretación, para dar libertad al Juez en aquellos supuestos en los que pueda haber discrepancias entre la ley

análoga y la costumbre, como sucede en el ámbito de los contratos comerciales (aunque debe destacarse que el Proyecto no define cuándo estamos en presencia de un contrato comercial, como tampoco define al comerciante, a la empresa o al empresario). Pero se eliminó la referencia a la jurisprudencia que sorprendentemente aparecía como fuente en el Proyecto originario.

Si carecemos ahora de un sistema de fuentes propios y de principios y reglas que son distintas a las del derecho común, cabrá interrogarse si sigue existiendo una derecho comercial como rama autónoma. Si creemos aún que su existencia es posible, la pregunta cambiará a interrogarnos cómo se delimita el contenido de ese derecho mercantil pues, de la pronta lectura del nuevo Código se advertirá que se dejó de lado el sistema centrado en el acto de comercio, por un lado, mientras que por el otro, no parece quedar delimitado su ámbito a profesiones o actividades comerciales específicas.

Si bien es cierto que desde la reforma del Código Civil producida en 1968, reglas propias del derecho mercantil se generalizaron y, por tanto, perdieron sus condiciones de reglas aplicables solo a relaciones especiales, lo cierto es que sigue, a la fecha, existiendo un derecho especial que se aplica para casos o situaciones distintas del derecho común pero que ya no será así a partir de que rija el nuevo Código. Por otra parte, superar el sistema objetivo del acto de comercio para delimitar al derecho comercial, implicó la tendencia a su reemplazo por la empresa y el empresario como eje sobre el cual giraría el sistema. Sin embargo, tampoco es esa la órbita sobre la cual se nos propone rotar a quienes nos dedicamos al estudio del derecho mercantil.

Por el contrario, a la suerte del proyecto unificador de 1987, que en su momento llegó a tener solo media sanción en la H. Cámara de Diputados de la Nación, debemos – con relación al nuevo Código – hacer nuestras las críticas que Anaya[18] hizo a aquél proyecto unificador del año 1987, y concluir que en el nuevo código sancionado se avanzó más allá de la unificación de las obligaciones y de los contratos pues se suprimió el estatuto del comerciante, en tanto se elimina la referencia a ese sujeto, sin reemplazárselo por la figura de la empresa, del empresario o por el titular de una explotación. Se mantiene, más allá de su falta de correspondencia con las normas civiles, instituciones propias y afines al comerciante (hoy desaparecido) regulándose al Registro Público (que por alguna razón no explicitada, deja de llamarse "de Comercio"), como así también a la disciplina de la contabilidad entendiéndola como obligación de toda persona jurídica más allá de que desarrolle o no una actividad económica o sea titular de empresas (exceptuándose a agricultores y profesionales no organizados en forma de empresa y a aquellas actividades cuyo volumen de giro no justifiquen el llevado de libros); lo que es un contrasentido pues la contabilidad, como sistema de información para terceros, tiene sentido de ser obligatoria cuando debe llevarla quien profesionalmente recurre al crédito; algo propio de ser exigido a los empresarios pero para nada práctico o útil de ser exigido para aquella persona jurídica privada que no resulta titular de una empresa (como por ejemplo, el consorcio de propiedad horizontal). Siguiendo a Anaya[19] (cuando formuló su crítica al proyecto de 1987), ahora también se establecen soluciones exclusivamente aplicables a empresarios, cuya denominación se soslaya prolijamente.

En el Título II° del Libro Primero se circunscribe a la finalidad de establecer un sistema (también general) aplicable a todas las personas jurídicas estableciendo quiénes son tales, y disponiendo que la existencia de la persona jurídica privada no requiere autorización y comienza desde su constitución, como así también que tienen una personalidad distinta de la de sus miembros, quienes – desde ya - no responden por las obligaciones de aquellas, salvo que expresamente lo prevea al propio Código o una ley especial, o sean sancionados - en el plano patrimonial - por la apariencia creada o por el criterio de la inoponibilidad de la persona jurídica reproduciendo el criterio que actualmente recepta el 54 tercer párrafo de la Ley

19550; aunque con un sutil pero no menor diferencia: ya no se exige que la actuación que esté destinada a la consecuencia de fines ajenos a la personalidad jurídica constituya un mero recurso para violar la ley, el orden público, la buena fe o para frustrar derechos de terceros.
Con relación a la forma de los actos jurídicos se recepta en forma general los principios de equivalencia funcional a la noción de escrito y de firma que refiere la Ley Modelo sobre Comercio Electrónico de UNCITRAL ya recogidos por la Ley de Firma Digital 25.506, al establecer que la expresión escrita puede hacerse constar en cualquier soporte, siempre que su contenido sea representado con texto inteligible, aunque su lectura exija medios técnicos, y que la firma como prueba de la declaración de voluntad expresada en el texto al cual corresponde queda satisfecho, en los instrumentos generados por medios electrónicos si se utiliza un método que asegure razonablemente la autoría e inalterabilidad del instrumento.
En materia de contratos, el Proyecto regula tanto los contratos civiles como los comerciales (eliminándose toda diferencia entre ellos), y también se incluye la regulación de los contratos de consumo, buscando limitar el principal problema de aplicar los principios protectorios propios de la tutela del consumidor a los contratos de empresas, con deterioro de la seguridad jurídica. Así se busca regular no solo un tipo especial más (Ejemplo: la compraventa), sino una fragmentación del tipo general de contratos, que influye sobre los tipos especiales (Ejemplo: compraventa de consumo) y de allí la necesidad de incorporar su regulación en la parte general. En su momento explicó la Comisión Redactora que el Proyecto que dio lugar al Código hoy sancionado, dispone una fractura del tipo general haciendo que el sistema funcione de este modo: a) Si hay un contrato discrecional, hay plena autonomía privada y se aplica el título II, parte general; b) Si hay un contrato celebrado por adhesión, no hay consentimiento sino adhesión y se aplica el título II, parte general, capítulo 3, sección segunda, artículos 984 y siguientes, dedicados a esos vínculos; c) finalmente, si hay un contrato de consumo, se aplica el título III.
Como el código no regula a los agentes auxiliares de comercio en los contratos en particular se regula el contrato de transporte, a diferencia del Código de Comercio actual que no lo hace.
También se regulan los contratos asociativos (para vínculos de colaboración asociativa que no constituyen sociedad vía el tratamiento del negocio en participación, las agrupaciones de colaboración y las uniones transitorias, además de permitir la libertad de contenidos para configurar nuevos tipos de contratos asociativos distintos de las figuras contractuales ya referidas) y los contratos de agencia, de concesión y franquicia. En cuanto al mutuo deja de ser un contrato real para ser tratado como consensual y se incluye a la transacción como un contrato y no como un modo extintivo de las obligaciones.
Se modifica la regulación del contrato de fideicomiso, admitiéndose que el fiduciario podrá ser beneficiario, por un lado, y disponiéndose, por el otro, que ante la insuficiencia de bienes fideicomitidos el procedimiento liquidatorio se hará conforme la Ley de Concursos y Quiebras, en lo que sea pertinente; sin aclarar, va de suyo, qué debe ser considerado pertinente. Por su parte, se regulan al fideicomiso en garantía y al testamentario, a diferencia de lo que dispone la Ley 24.441 que se deroga.
Se regulan los llamados contratos bancarios con el propósito de establecer normas que permitan orientar las prácticas negociales de una manera que disminuya la litigiosidad estableciendo una sección primera relativa a la transparencia en las condiciones contractuales. Pero con relación a la cuenta corriente se la regula como contrato autónomo, ya que se considera que excede la práctica bancaria, y destacándose que los créditos no se novan sino que se compensan.
En materia de títulos valores se receptan las reglas jurídicas básicas y más aceptadas, con la finalidad de promover la circulación amplia de estos títulos de crédito y la seguridad jurídica; se distinguen tanto los títulos valores cartulares de aquellos que no lo son.

Finalmente, en materia de privilegios, se ha partido del régimen regulado en la Ley de Concursos, aún en la regulación de los créditos laborales, y sobre él se ha moldeado el destinado a las ejecuciones individuales, contemplando las debidas particularidades. Con este punto de partida, se recepta la doctrina y jurisprudencia dominante de que los privilegios generales se ejercen sólo en los procesos colectivos; por lo tanto, el Proyecto regula solo los privilegios especiales.

5. Primeras conclusiones críticas.

Como una primera conclusión crítica del nuevo Código Civil y Comercial se debe advertir que el método adoptado para lograr la unificación traerá dificultades al punto tal de preguntarnos si no conducirá a la desaparición del derecho mercantil o, en el mejor de los supuestos, a su descodificación y reducción de contenido, que sería el camino inverso al pretendido por la Comisión Redactora que redactó el proyecto base de lo que hoy es el nuevo código.
Si bien podemos concluir que la unificación aparece solo como formal y parcial, y que por tanto seguirá existiendo una material mercantil, debemos dejar planteado como interrogante ¿si la materia mercantil será aquella que regula el código unificado o aquella que regulan las leyes especiales y que hasta hoy se presentaban como un subsistema con rasgos propios y peculiares pero que adscribían a aquellos principios rectores de la lex mercatoria?
Destáquese que si bien la Ley 26.994 se refiere a la legislación complementaria actualmente incorporada al Código de Comercio, como incorporada al nuevo código unificado, debe concluirse que al perderse ese criterio delimitador de la materia mercantil, esta seguirá existiendo como una materia descodificada y dispersa, con riesgo de perder reglas o principios comunes que la identifiquen como una unidad sistemática independiente.
Resulta también inconveniente no establecer un estatuto del empresario si coincidimos con Etcheverry que tal régimen es necesario no solo para establecer derechos, sino para establecer deberes específicos frente a quien debe tener una mayor responsabilidad social que un ciudadano que no revista esa condición especial[20]. Si bien destina a una ley especial, en este caso la Ley 19.550, la actividad económica que se cumple a través de sociedades (del mismo modo que el Proyecto de 1998, tal como señaló Etcheverry), omite regular a las empresas familiares, pequeñas y medianas y a la empresa personal de responsabilidad limitada que cumplen una función social y económica que debe ser disciplinada y tutelada especialmente.
Y si bien la reforma trae a la vida a la sociedad unipersonal como una herramienta necesaria en el mundo de los negocios, sigue sin dar solución suficiente al grave problema de la infracapitalización o infrapatrimonialización que hoy día padecen muchísimas las sociedades comerciales, lo cual hace intuir que el tema se agravará y los negocios se verán afectados.
Además, cuando el código unificado regula el Registro Público (que ya no es "de Comercio") queda una sensación de vacío porque deja sin marco regulatorio a la estructura de esta antigua y vigente institución mercantil que sigue cumpliendo una finalidad esencial: dar seguridad jurídica en el tráfico mercantil. Tampoco regula sobre los documentos a inscribir, el plazo y oportunidad para hacerlo, ni cuál es el efecto de la inscripción o la sanción por su falta. Tema que se agrava si advertimos que se modifica el artículo 6 de la Ley 19.550 eliminándose el control de legalidad que el registrador ejerció desde antaño sobre la sociedad (que ya no es más "mercantil"). Muchos interrogantes para tener una respuesta final en esta primera aproximación al nuevo Código Civil y Comercial.
Finalmente estamos frente a un código único que también es "de comercio" pero en el cual la palabra comerciante está ausente de su articulado y la palabra empresa no es utilizada unívocamente a lo largo del texto legal, pudiendo concluirse que en algunos casos significa empresario, en otros se refiere a la actividad y en otros a la hacienda mercantil. En cada caso

deberá analizarse cómo se está utilizando el término para saber si respeta las condiciones propias de su definición.
En suma, muy temprano para ser categóricos en la respuesta que se busca. Solo puedo anticipar que, en mi criterio, y al igual que en su momento se dijo del Proyecto de Código Civil Unificado de 1998 y el Proyecto de 1987, puede afirmarse que este nuevo Código no parece rescatar la esencia del derecho mercantil actual, dado que elimina normas delimitativas de la materia comercial, subjetivas y objetivas. No hay referencia al comerciante o al empresario cuyo estatuto no es regulado en forma o modo alguno, ni se refiere a la empresa como eje del sistema; si bien algo de este último elemento se vislumbra cuando se requiere la inscripción de determinados sujetos en un Registro Público (que ya no es "de Comercio") y cuando se les exige llevar contabilidad, lo cierto es que lejos estamos de centrar el sistema mercantil sobre la figura del empresario o de la empresa.
Enorme es el desafío que se nos propone como para tratarlo en tan escaso tiempo de análisis y debate. Solo cabe entonces, abocarnos inmediatamente a su análisis y esperar que su aplicación a partir del 1° de enero de 2016 no nos conduzca a una litigiosidad y confusión innecesaria.

(*) Docente de Derecho Comercial, Cátedra del Dr. Ricardo Nissen. Presidente de la Comisión de Derecho Comercial de la Asociación de Abogados de Buenos Aires. Abogado asociado al Estudio "García, Olmos & Wagner"

[1] Citado por Manuel Broseta Pont, "La empresa, la unificación del derechos de las obligaciones y el derecho mercantil"; Editorial Tecnos, Madrid, 1965, pagina 245.
[2] Raúl Etcheverry en comentario al Título Preliminar. "Código de Comercio y normas complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial", Editorial Hammurabi. Tomo 1 página 5.
[3] Conforme Aftalión, Villanova y Raffo en "Introducción al Derecho", Ed. Abeledo Perrot, pág. 809 y ss.
[4] Conforme Aftalión, Villanova y Raffo, ob. citada.
[5] Conforme Aftalión, Villanova y Raffo, ob. citada.
[6] Fontanarrosa, "Derecho Comercial Argentino", Parte General, pág. 30. Editorial Zavalía
[7] Comisión redactora del Anteproyecto quedó integrada por los Doctores Ricardo Luis Lorenzetti, como Presidente, y Elena Highton de Nolasco y Aida Kemelmajer de Carlucci, entre otros.
[8] Decreto 191/2011 (B.O. 28/02/2011)que crea la Comisión para la Elaboración del Proyecto de Ley de Reforma, Actualización y Unificación de los Códigos Civil y Comercial de la Nación.
[9] Conf. Rodolfo Fontanarrosa, "Derecho Comercial Argentino", Parte General, pág. 32. Editorial Zavalía.
[10] Manuel Broseta Pont, "La empresa, la unificación del derechos de las obligaciones y el derecho mercantil"; Editorial Tecnos, Madrid, 1965, pagina 227.
[11] Ferri, G. "Manuale di diritto commercile", Torino 1966, cit. por Fontanarrosa, "Derecho Comercial Argentino", Parte General, pág. 38. Editorial Zavalía.
[12] Raúl Etcheverry en comentario al Título Preliminar. "Código de Comercio y normas complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial", Editorial Hammurabi. Tomo 1 página 26 y siguientes.

[13] Peirano Facio, "La descodificación en el derecho actual", en Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, anticipo de "Anales", Año XI, Segunda época, nº 33 (citado por Raúl Etcheverry en comentario al Título Preliminar. "Código de Comercio y normas complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial", Editorial Hammurabi. Tomo 1 página 15).
[14] Jaime Anaya, "La unificación del derecho privado. Un replanteo necesario", en Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, anticipo de "Anales", Año XXXV, Segunda época, nº 28 (citado por Raúl Etcheverry en comentario al Título Preliminar. "Código de Comercio y normas complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial", Editorial Hammurabi. Tomo 1 página 12).
[15] Conf. Manuel Broseta Pont, "La empresa, la unificación del derechos de las obligaciones y el derecho mercantil"; Editorial Tecnos, Madrid, 1965, pagina 236.
[16] Manuel Broseta Pont, "La empresa, la unificación del derechos de las obligaciones y el derecho mercantil"; Editorial Tecnos, Madrid, 1965, paginas 242/243.
[17] Héctor Cámara, en "La Ley 17711 y algunas de sus proyecciones sobre el Código de Comercio". RDCO Año 1, páginas 385 y ss.
[18] Jaime Anaya, en "Unificación del Derecho mercantil", en "Código de Comercio y normas complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial", Editorial Hammurabi. Tomo 1 páginas 70 y siguientes).
[19] Jaime Anaya, en "Unificación del Derecho mercantil", en "Código de Comercio y normas complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial", Editorial Hammurabi. Tomo 1 páginas 70 y siguientes).
[20] Raúl Etcheverry en comentario al Título Preliminar. "Código de Comercio y normas complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial", Editorial Hammurabi. Tomo 1 página 29.

Citar: elDial.com - DC1E23

Publicado el 03/11/2014

Copyright 2015 - elDial.com - editorial albrematica - Tucumán 1440 (1050) - Ciudad Autónoma de Buenos Aires – Argentina