Para Columna de Opinión de La Ley (inédito)

**“LA DEROGACIÓN DEL DERECHO COMERCIAL POR EL NUEVO CÓDIGO CIVIL: APARIENCIA Y REALIDAD”**

**Por Eduardo M. FAVIER DUBOIS (H)[[1]](#footnote-1)**

1.-La derogación del Código de Comercio y la eliminación del “comerciante”.

El Código de Comercio argentino[[2]](#footnote-2) ha sido expresamente derogado por la ley 26.994, que sanciona al nuevo Código Civil y Comercial de la Nación y reforma a la Ley de Sociedades (art. 4º).

El nuevo Código Civil y Comercial de la Nación, no obstante su denominación, ningún capítulo destina a la materia “comercial”, ni hace referencia alguna al “acto de comercio”, ni al “comerciante”, ni a las “obligaciones de los comerciantes”, ni a los “agentes auxiliares de comercio”, ni tampoco a la “jurisdicción mercantil”.

El código civil y comercial considera a las “personas” en forma unificada y las clasifica como “personas humanas” o como “personas jurídicas” sin diferenciar entre sujetos “comerciales” y “civiles”.

También en el nuevo código desaparece la diferencia entre contratos “civiles” y contratos “comerciales”.

Asimismo, en materia de sociedades, no existe más la sociedad “civil” ni tampoco la sociedad “comercial” ya que conformidad con las reformas de la ley 26.994 a la ley 19.550, la que se denomina ahora “Ley general de sociedades”, hay un tratamiento único y no existe más el “objeto comercial” para diferenciar entre sí a las sociedades “de hecho”[[3]](#footnote-3).

Tampoco subiste un registro público “de comercio”, sino solamente un “registro público” a secas, y nada se regula específicamente sobre actos inscribibles, procedimientos y efectos de las registraciones.

En tales condiciones, una primera lectura del nuevo Código llevaría a pensar que ha desaparecido la materia comercial y que, bajo la denominación de Código Civil “y Comercial”, quizás solo vinculada al cumplimiento formal de la manda constitucional de mantener las materias separadas[[4]](#footnote-4), se ha abrogado al Derecho Comercial y hoy solo subsiste un único derecho privado: el Derecho Civil.

2.-El Derecho Comercial hasta el presente.

Recordemos aquí que el Derecho Comercial es una “categoría histórica”, aparecida en Occidente a fines de la Edad Media, que implica la aplicación de una ley especial, diferente a la ley ordinaria o civil, a ciertas personas y/o bajo ciertas situaciones, con la finalidad de dar celeridad y seguridad de los negocios, facilitar la captación de ahorros, la circulación del crédito y la reducción de riesgos.

Para ello el Derecho Comercial está integrado por dos clases de normas: las “delimitativas” y las “prescriptivas”.

Las normas “delimitativas” son las que disponen en qué casos se aplica la ley comercial. Son ejemplos de ellas las calificaciones como “actos de comercio” (art.8 cod.com.), “comerciante” (art.1º cod.com.), “sociedad comercial” (art.1º ley 19.550) y los presupuestos descriptos por el código de comercio derogado para aplicar la ley comercial a ciertos contratos civiles.

Por su lado, las normas “prescriptivas” son las que disponen cuáles son las consecuencias de aplicar la ley comercial, las que fundamentalmente consisten en:

a) la imposición de un estatuto especial a los comerciantes (art.33 cod.com.) consistente en exigencias en materia de “registro mercantil” (identificación, capacidad y publicidad), “contabilidad legal” (información general sobre sus negocios) y “rendición de cuentas (información específica), como así para someterlos a un régimen de presupuestos especiales para el concurso preventivo (exigencias contables) y responsabilidades agravadas;

b) la aplicación de “soluciones distintas” (comerciales) a ciertas obligaciones y contratos (arts. 207 en adelante del cod.com.);

c) el sometimiento a la jurisdicción mercantil (art.6º cod.com.), o sea a tribunales diferenciados (que busca la especialización).

3.-Apariencia y realidad de la materia comercial en el nuevo Codigo.

La apuntada desaparición de toda referencia al “acto de comercio”, al “comerciante” y a lo “comercial” en el nuevo Código y en la ley 26.994, constituye a nuestro juicio un “pecado nominalista” ya que no obstante ello, con otras denominaciones y con un método impreciso, lo cierto es que el Derecho Comercial tal como lo hemos conceptualizado, y más allá de la apariencia, en la realidad subsiste y se expande en el nuevo Código, conforme resulta de los siguientes desarrollos:

3.1.-Mantenimiento de “normas delimitativas” para la aplicación del derecho comercial, con algunas variaciones:

Al respecto, la norma fundamental del análisis está dada por el art. 320 que dice: *“Están obligadas a llevar contabilidad todas las personas jurídicas privadas y quienes realizan una actividad económica organizada o son titulares de una empresa o establecimiento comercial, industrial o de servicios. Cualquier otra persona puede llevar contabilidad si solicita su inscripción y la habilitación de sus registros o la rubricación de sus libros, como es establece en esta misma Sección…”.*

De dicha norma, y de las disposiciones concordantes, resulta lo siguiente:

-El “comerciante” fue reemplazado por el “empresario” (o el cuasi empresario).

-El “acto de comercio” fue desplazado por la “actividad económica organizada”.

-El nuevo eje del derecho comercial es “la empresa”, sin la cuál no hay sociedad (art.1º Ley general de sociedades), y cuya continuación se procura mediante los mecanismos de tolerancia de la unipersonalidad sobreviniente (art. 94bis LGS), efecto no liquidatorio de las nulidades (art. 17 LGS) y posibilidad de reactivación societaria en todos los casos si existe viabilidad económica y social de la subsistencia de la actividad (art.100 LGS).

3.2.-Mantenimiento de “normas prescriptivas”: un “estatuto especial mercantil” (ahora del empresario) y subsistencia de los “agentes auxiliares de comercio”:

El estatuto del “comerciante” se reemplaza por el estatuto del “empresario” (o cuasi empresario), que sigue sometido a un régimen de “contabilidad obligatoria” y a un régimen de “publicidad registral”.

Y si bien las reglas contables son antiguas[[5]](#footnote-5) y la publicidad registral está mencionada pero no reglamentada, tales exigencias se mantienen también para los empresarios colectivos (arts. 7 y 62 de la ley general de sociedades) y fueron extendidas a sujetos sin fines de lucro, como es el caso de las asociaciones civiles (art. 169).

Asimismo, la desaparición de la sociedad civil (art.1648 cod.civil) al unificar a todas las sociedades bajo la exigencia de ser titulares de una empresa (art.1º Ley general de sociedades), implica opción legislativa por la solución comercial preexistente.

Igualmente, la obligación de rendir cuentas, propia de los comerciantes (arts. 33 inc.4º y 70 cod.com.) se expande a sujetos no mercantiles (art. 860).

Por otra parte, también se mantienen los estatutos de los “agentes auxiliares de comercio” contenidos en leyes especiales como son las del “martillero” y del “corredor” (ley 20.266, modificada por ley 25.028), destacándose que en materia de corretaje el art. 1355 del nuevo Código establece que las reglas del contrato “no obstan a la aplicación de las disposiciones de leyes y reglamentos especiales”.

3.3.-Mantenimiento de las “soluciones comerciales” en los contratos duplicados, que pasan a ser la regla.

En los contratos antes duplicados y ahora unificados, corresponde afirmar que se dio, en general, preferencia a la solución comercial por sobre la solución civil, la que aparece regulada como regla, mientras que la solución civil queda, en algunos casos, como excepción conforme con las circunstancia.

Ejemplo de ello son, en materia de compraventas, la venta de cosa ajena (art.1132), la seña confirmatoria (art. 1059), y la obligación de entregar factura que se presume cuenta liquidada (art.1145), todas las que consagran soluciones comerciales.

Además, se expanden a las relaciones no comerciales las posibilidades del “arbitraje” (art. 1649) y la representación negocial (art.367), que son instituciones mercantiles típicas.

3.4.-El mantenimiento de la vigencia como legislación mercantil de todas las leyes que no estaban incorporadas al Código de Comercio derogado.

Conforme establece el art. 5º de la ley 26.994, las leyes de contenido mercantil que actualmente integran, complementan o se encuentran incorporadas al Código de Comercio (excepto las expresamente derogadas por el art. 3º), mantienen su vigencia como leyes que complementan al nuevo Código Civil y Comercial de la Nación.

En consecuencia mantienen su vigencia, entre otras, las siguientes leyes y normas mercantiles: leyes 928 y 9463 (Warrants), 9644 (Prenda agraria), 11.867 (Transferencia de Fondos de Comercio), 17.418 (Seguros), 20.091 (Entidades de Seguros), 20.094 (Navegación, habiéndosele incorporado algunos artículos del libro Tercero del Código de Comercio derogado), Dec.ley 5965/63 (Letra de cambio y pagaré); 20.266 y 25.028 (Martilleros y Corredores, parcialmente), 20.337 (cooperativas), 20.705 (Sociedades del Estado), 21.526 (Entidades financieras), 21.768 (Registros Públicos), 22.315 (IGJ), 22.316 (Registro Público de Comercio de la Capital Federal), 22.362 (Marcas), 23.576 (Obligaciones negociables), 24.240 y modificaciones (Consumidor), 24.441 (Financiamiento, parcialmente), 24.481 (Patentes), 24.452 (Cheques), 24.522 (Concursos y Quiebras), 24.587 (Nominatividad), 24.766 (Confidencialidad), 25.065 (Tarjetas de crédito), 25.156 (Defensa de la competencia) y 26.831 (Mercado de capitales); Dec. 897/95 (Prenda con registro) y Dec. 142.277/1943 (Sociedades de Capitalización y Ahorro).

3.5.-La posibilidad de mantener la jurisdicción mercantil a nivel nacional y/o local.

Si bien se derogó el art. 6º del Código de Comercio, cabe recordar que en el órden nacional, el art. 43 bis del Dec. Ley 1285/58, dispone que “ Los jueces nacionales de primera instancia en lo comercial de la Capital Federal, conocerán en todas las cuestiones regidas por las leyes mercantiles cuyo conocimiento no haya sido expresamente atribuido a los jueces de otro fuero.Conocerán, además, en los siguientes asuntos: a) Concursos civiles; b) Acciones civiles y comerciales emergentes de la aplicación del Decreto N°15.348/46, ratificado por la Ley N°12.962; c) Juicios derivados de contratos de locación de obra y de servicios, y los contratos atípicos a los que resulten aplicables las normas relativas a aquéllos, cuando el locador sea un comerciante matriculado o una sociedad mercantil…”.

Entendemos que dicha norma continuará vigente después de que comience la plena aplicación del nuevo Código por las siguientes razones:

-Las “leyes mercantiles” referidas por la norma no han desaparecido ya que son todas las que estaban incorporadas o complementando al Código Comercial derogado y que subsisten como complemento del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación (art. 5º de la ley 26.994).

-Los “concursos civiles” ya habían sido unificados con los comerciales por la ley de quiebras vigente (24.522).

-Los contratos de locación de obra y de servicios se mantienen en los arts.302 y siguientes del Código.

-La única referencia que hoy carecería de sentido es la de “comerciante matriculado” que, eventualmente, debería ser cambiada o interpretada como “persona humana con actividad económica organizada” o por persona humana titular de una “empresa” o de un “establecimiento comercial, industrial o de servicios” (art. 320 ya citado) que se encuentre inscripta.

4.-Conclusiones: subsistencia y expansión del Derecho Comercial.

De todo ello resulta que, a pesar de la supresión “nominal” de lo mercantil en el nuevo Código, que crea una apariencia derogatoria, la realidad sustantiva es que su “materia” ha permanecido y, en muchos campos, se ha extendido.

Por todo ello cabe concluir que, a partir de la vigencia del nuevo Código, la “autonomía legislativa” del Derecho Comercial se desplaza del Código hacia las leyes comerciales no codificadas que no fueron derogadas, la “autonomía científica” resulta del mantenimiento de sujetos diferenciados, sometidos a un estatuto especial y de soluciones legales diferentes para algunos casos, la “autonomía docente” es la necesaria consecuencia de tales autonomías y, por último, no existen óbices legales para la “autonomía jurisdiccional” nacional y/o local del referido “Derecho Comercial”.

No obstante ello, el “pecado nominalista” exigirá al intérprete, en algunos casos, investigar sobre el régimen (civil o comercial) aplicable y sus consecuencias.

Por su parte, deben anotarse como deudas del legislador con la materia mercantil la reformulación del régimen de “contabilidad y estados contables” (sistema de registros contables), que deberá adecuarse a su carácter publicista, y la definición por ley de fondo del “registro público” (registro mercantil), estableciendo su competencia, presupuestos sustanciales y efectos de las inscripciones, debiendo regir interín las normas locales.

Buenos Aires, 4 de Diciembre de 2014.

1. Doctor en Derecho (UBA). Ex juez nacional en lo Comercial. Profesor Titular de D.Comercial en las Facultades de Derecho y de Ciencias Económicas de la UBA. [↑](#footnote-ref-1)
2. Sancionado en el año 1859 para el Estado de Buenos Aires y luego aceptado por la Nación, con la reforma del año 1889, aprobado por las leyes 15 y 2637. [↑](#footnote-ref-2)
3. Art. 21 ley 19.550. [↑](#footnote-ref-3)
4. La directiva constitucional, emanada de la Reforma del año 1994, exige una legislación diferenciada entre la materia civil y la comercial, sea en textos separados o unificados (art. 75 inc.12 de la C.N.). [↑](#footnote-ref-4)
5. Ver del autor“Avances, retrocesos y oportunidades perdidas en el Proyecto de Codigo Civil en materia de sistema de registros contables”. Errepar DSE, nro. 321, tomo XXVI, agosto 2014, pag. 813 en coautoría con E.M. Favier Dubois (p). [↑](#footnote-ref-5)