

El Derecho Comercial en el Proyecto de Unificación del Derecho Privado



DR. MARCELO QUIROGA

Juez de Primera Instancia en lo Civil y Comercial de la 7a. Nominación.
Rosario.

I. Propósito del trabajo

A través de los presentes apuntes pretendemos brindar una visión general acerca del impacto de la proyectada unificación del derecho privado sobre el derecho mercantil, deteniéndonos brevemente en algunas instituciones puntuales de este ámbito y destacando lo que no has parecido digno de mención en ellas.

Conviene desde el inicio dejar en claro que las leyes que actualmente se encuentran incorporadas al Código de Comercio, como ser las regulaciones sobre sociedades comerciales, quiebras y concursos, letra y pagaré, cheques, bolsas y mercados, seguros, entre otras numerosas, no son derogadas por el proyecto de unificación, sino que conservan vigencia, solo que algunas de ellas, como la de sociedades, recibieron algún cambio.

II. Breve reseña de las novedades en materia comercial

1. Supresión del Estatuto del Comerciante.

El derecho comercial, tal como lo conocemos y aparece regulado, reconoce su razón de ser y por ende su distinción con

el civil, en la diferencia que existe entre el negocio económico privado que atiende a la producción y al cambio y el negocio privado que atiende a los institutos esenciales del vivir como el estado civil, la familia, la sucesión, o al goce de bienes o al cambio no productivo.

En esa tónica, el Código de Comercio actual parte de definir, al igual que la mayoría de las legislaciones mundiales, un estatuto del comerciante delineando la materia comercial básicamente a través de los actos de comercio.

Con la unificación desaparecerá el estatuto del comerciante.

Algunos autores de reconocida trayectoria se han mostrado preocupados por esta supresión y han llegado a señalar que ello comportará la eliminación de la autonomía científica y legislativa del derecho comercial como tal pues consideran que la existencia del mencionado estatuto hace a la esencia misma de la legislación comercial (Heredia, Pablo D.; Gómez Leo, Osvaldo R.; Martorell, Ernesto E.; Gómez Alonso de Díaz Cordero, María L., «Estatuto del Comerciante. Propuesta de incorporarlo al Anteproyecto», La Ley del 04.06.2012).

Estos autores han sugerido la inclusión en el proyecto de: la definición de comerciante, su capacidad para ejercer el comercio, una definición de actos de comercio, la presunción de onerosidad de los actos de los comerciantes, una reglamentación sobre los derechos y obligaciones (por ejemplo, rendir cuentas), establecer disposiciones vinculadas a la matriculación y e inscripción en el Registro Público de ciertos documentos, etc.

Si bien las observaciones de mención parten de autorizadas voces, no parecería que vayan finalmente a cristalizarse en la proyectada unificación.

De todos modos, se considera que el reconocimiento del comercio como realidad económica y jurídica diferenciada no vendrá menguada por el hecho de que la norma nueva no contemple expresamente la situación, siendo previsible que los operadores del derecho (abogados, jueces, árbitros, peritos, etc), a la hora de interpretar y decidir, tengan presente las especiales aristas que se desprenden de esta rama y que lleva larguísimo años de aplicación y evolución.

2. Contratos

a. Unificación de los contratos

Tal como ocurriera con los anteriores pro-

yectos, el actual prevé la unificación de los contratos civiles con los comerciales pasando de la doble regulación vigente a una uniforme con independencia de la materia sobre la que verse. Y así habrá una única reglamentación para la compraventa, el mutuo, el depósito, el mandato.

El método que se ha seguido en el proyecto consiste en establecer una serie de disposiciones a modo de teoría general en la que se encuentran reglas vinculadas con la definición, efectos, integración, interpretación, clasificación, etc (arts. 957 a 1091), luego le dedica especial atención a los contratos de consumo y finalmente reglamenta específicamente cada uno de los tipos contractuales.

b. Incorporación de figuras contractuales comerciales modernas

El proyecto recoge varios contratos de utilización frecuente en la vida comercial pero que, en la mayoría de los casos, no tenían regulación normativa alguna.

En la actualidad esos contratos quedan regulados por la autonomía de la voluntad de acuerdo a lo que pacten los contratantes y, en caso de conflicto, las decisiones se toman acudiendo a las figuras contractuales existentes y más afines.

A modo de ejemplo aparecen ahora regulados típicos contratos comerciales como: el contrato de concesión muy utilizado en materia de venta de automotores, resolviendo una vieja cuestión relacionada con el plazo en el caso de que no existiera uno determinado y el derecho a rescindirlo. En este aspecto, como en otros del proyecto, se han seguido los lineamientos doctrinarios y jurisprudenciales que se habían ido delineando, estableciendo la obligatoriedad de un preaviso previo a la rescisión a razón de un mes por cada año de vigencia del contrato. Regula también el contrato de Franquicia. Lo describe como el contrato según el cual una parte, denominada franquiciante, otorga a otra, llamada franquiciado, el derecho a utilizar un sistema probado, destinado a comercializar determinados bienes o servicios bajo el nombre comercial, emblema o la marca del franquiciante, quien provee un conjunto de conocimientos técnicos y la prestación continua de asistencia técnica o comercial, contra una prestación directa o indirecta del franquiciado. Lo esencial es la transferencia del sistema.

Aclara el proyecto que el franquiciante no responde por las obligaciones del franquiciado y que los vínculos laborales que formalice el franquiciado, salvo fraude laboral, son de exclusiva responsabilidad de éste.

Regula también el contrato de Factoraje o Factoring, herramienta útil para las Pymes de conocida aplicación en nuestro país. Básicamente es un contrato mediante el cual un empresario le vende a otro empresario -generalmente bancos o entidades afines- los créditos que tiene por un precio en dinero. Esto le permite a la pequeña y mediana empresa hacerse de dinero en forma inmediata contra créditos genuinos que obtiene de su giro comercial. Las Pymes suelen tener créditos a largo plazo (caso de los grandes supermercados que pagan a largos plazos con cheques de pago diferido o facturas de crédito) y entonces tendrían este crédito inmovilizado. El factoraje les permite reducir los plazos y hacerse del dinero rápidamente.

Incorpora el contrato de arbitraje, que es una novedad total desde que en los anteriores proyectos de unificación no se previó la figura. Se lo incluye únicamente para cuestiones comerciales o civiles patrimoniales (no de familia, de consumidores o laborales).

En caso de incumplimiento, el árbitro carece de potestad para ordenar la ejecución compulsiva debiendo acudir a un Tribunal de Justicia a estos fines.

Regula también los contratos de agencia, leasing, suministro, entre otros.

c. Contratos bancarios

Como es sabido, la actividad bancaria ocupa uno de los capítulos de mayor trascendencia en el derecho comercial y, dentro de ella, los contratos que se celebran constituyen uno de los renglones más salientes.

El proyecto recoge esa realidad y le da un tratamiento específico a los contratos bancarios, marcando las pautas desde las cuales deben enfocarse las cuestiones vinculadas con ellos. Es decir, delinea unas pautas generales y luego regula uno a uno los mismos.

En cuanto a las pautas generales distingue entre los contratos que no son de consumo y los que sí son realizados por usuarios y consumidores.

En lo tocante a los primeros, las novedades más salientes son las normas vinculadas a la transparencia de las condiciones contractuales como ser:

-debida publicidad (tasas de interés, condiciones, gastos y comisiones, vencimientos) -contrato confeccionado en doble ejemplar

-información periódica acerca del desenvolvimiento de la operación

-derecho de rescisión a favor del cliente sin penalidades en los contratos por tiempo indeterminado.

En lo que hace a los contratos bancarios realizados por clientes que lo utilizan como destinatarios finales, es decir, para consumo, el proyecto prevé expresamente la aplicación a éstos de las normas de la ley de defensa del consumidor y además trae algunas normas específicas, siempre orientadas a proteger a los consumidores, entre las que pueden mencionarse:

-La obligación de los bancos de proporcionarle al futuro cliente una información detallada acerca de las ofertas que en el mercado existen vinculadas con la operación que quiere realizar, lo que le permitirá confrontar las distintas líneas de crédito existentes en el sistema y tomar así una decisión pensada e informada.

-Frente a un rechazo de otorgamiento de un crédito por información registrada en una base de datos relativa al consumidor, el banco le debe informar a éste, de inmediato, el resultado de la consulta y la fuente de la misma.

3. Títulos Valores

a. Ambito de aplicación

En nuestro derecho positivo actual no existe una ley general sobre títulos valores. Encontramos sí dos grandes regulaciones particulares: por un lado los títulos que no cotizan en bolsa en el que existen distintas leyes y decretos (letra de cambio y pagaré, cheque, factura de crédito, etc) y otra destinada a reglar la oferta pública que habla de valores negociables, definición que incluye a los títulos valores (actualmente ley 26.831 derogatoria de la ley 17811 y del decreto 677/11).

De acuerdo al artículo 5 del proyecto de ley que se conoce como de aprobación y derogaciones, las leyes que integran, complementan o se encuentran incorporadas al Código Civil y al de Comercio mantendrán su vigencia.

Resulta de lo cual tanto el decreto ley 5965/63 que regula la letra de cambio y el pagaré, la ley 24452 y modificatorias que contemplan el cheque, la ley 24760 y el decreto 363/02 reglamentarias de la factura de crédito o conformada y la ley 20663 que regula el certificado de depósito bancario a plazo fijo, mantienen su

plena vigencia y, con ello, todo el plexo doctrinario y jurisprudencial que hemos venido manejando por años.

De igual modo las normas de la ley 26.831 sobre oferta pública mantendrá vigencia.

¿Qué rol jugará respecto de estas normas el nuevo Código Civil y Comercial si se sanciona? Lo resuelve el art. 1834 al establecer la aplicación subsidiaria respecto de las especiales previstas para títulos valores determinados. Un ejemplo de esa aplicación subsidiaria sería el caso del título falsificado al establecer el art. 1825 del proyecto que el falsificador responde cambiariamente (no extracontractualmente como se sostenía) por la prestación contenida en el documento cuya firma fuera por él falsificada.

Y, en forma directa, el nuevo código se aplicará a los instrumentos que hubieran sido denominados títulos valores por sus respectivas legislaciones como ser las acciones de sociedad anónima (art. 226 LSC), las obligaciones negociables (ley 23576), certificados de participación en los fideicomisos financieros art. 19 ley 24441, letras hipotecarias (art. 35 y 24441) cuotapartes en los fondos comunes de inversión ley 24083), y a los títulos de libre creación (art. 1820 del proyecto).

En conclusión, de sancionarse el proyecto de unificación, en el derecho positivo argentino existirá una sistemática de triple entrada (como sostiene el dr. Dobson) en tanto los títulos valores podrán provenir de tres fuentes:

* de las leyes ya existentes de las cuales la principal es el decreto 5965/63 (ley madre) a la cual remiten por ejemplo otras leyes que suelen llamarse satélites como ser la ley de cheque, la de factura de crédito, la de letra hipotecaria, etc, en los que las normas del proyecto serán de aplicación subsidiaria;

* de los títulos denominados tales por la misma ley (acciones de sociedad art. 226 LSC; certificados de participación en los fideicomisos financieros art. 19 ley 24441, cuotapartes en los fondos comunes de inversión ley 24083), les resultará de aplicación el régimen general contenido en el proyecto, principalmente la autonomía en la adquisición;

* por encuadrar en la definición otorgada por el art. 1815 que dice «Los títulos valores incorporan una obligación incondicional e irrevocable de una prestación y otorgan a cada titular un derecho autónomo», lo que debe conjugarse con el art. 1820, que permite a los particulares podrán crear obligaciones autónomas.

b. Estructura de la regulación en el proyecto

La regulación de los títulos valores está contemplada en el Capítulo 6 del título 5 (arts. 1815 a 1881).

De sancionarse el proyecto de unificación contaremos con una teoría general de los títulos de crédito y con una sistematización de los mismos.

Así, en una primera parte se prevén disposiciones generales que recogen los principios básicos elaborados en la materia. Se perfila un concepto, se precisa sobre la autonomía como la sobre imposibilidad de oponer, al portador de buena fe del título que lo adquirió conforme su ley de circulación, defensas de corte personal que pudieran existir contra anteriores portadores. También se disponen normas sobre el pago liberatorio y sobre la reivindicación. Establece el elenco de defensas oponibles volviendo así al viejo sistema del Código de Comercio que preveía qué excepciones podían oponerse frente a la ejecución de un título. Regula cómo deben materializarse las medidas precautorias según se trate de títulos cartulares o no cartulares o nominativos no endosables.

Establece las consecuencias de una representación inexistente o insuficiente, como las que se desencadenan frente a la falsificación, haciendo responsable en todos los casos personalmente al mandatarario o falsificador.

Pero sin dudas que la innovación más importante tiene que ver con la posibilidad para cualquier persona, física o jurídica, de crear títulos valores no regulados expresamente consagrando la libertad de creación.

El proyecto viene a establecer la libertad de creación en forma general, coticen o no en bolsa y la posibilidad de su emisión por personas físicas o jurídicas.

Se caracterizan por constituirse a nivel de una promesa unilateral, incondicional e irrevocable, de una prestación. Podrán ser cartulares o desmaterializados y deberán ser emitidos de tal forma que no admitan confusión con los ya regulados por el derecho positivo y, por regla general, deben ser causales. Solo podrán ser emitidos títulos valores de libre creación abstractos cuando sean destinados a la oferta pública, o sus emisores sean una entidad financiera, una de compañía de seguros o fiduciarios financieros.

Luego el proyecto se dedica a establecer los lineamientos según se trate de títulos cartulares o desmaterializados, es decir aquellos que no se encuentran materialmente representados en un papel y que representan la impronta de la incorporación de la tecnología en la materia. En rigor no se trata de un tema novedoso pues, por ejemplo, la ley de sociedades comerciales admite desde hace unos cuantos años las denominadas acciones escriturales que no están representadas en títulos (art. 208 L.S.C. incorporado por la ley 22903 de la década del 80').

Por último se disponen normas regulatorias de las situaciones de pérdida, suscripción, deterioro o destrucción de los títulos o de sus registros, tomando como guía en esta temática la reglamentación vigente en materia de letra de cambio y pagaré (arts. 89 y sig. del decreto 5965/63) conocido como procedimiento de cancelación cambiaria.

A modo de reflexión puede anotarse que en el proyecto no se resuelve una problemática muy actual, cual es la utilización de títulos valores en las relaciones de consumo y la consecuente desprotección en que suele verse comprometido el consumidor de crédito, usuario de un servicio o comprador de un bien so-

metido a juicio ejecutivo con base en un título de crédito. Pensemos por ejemplo el caso de compraventa de un bien en el que se utilizan pagarés para garantizar las cuotas y el bien resulta defectuoso. El consumidor no podrá argüir en el juicio ejecutivo que se le inicie con base en esos pagarés las defensas vinculadas al defecto en cuestión. Ni qué decir, cuando el título ha sido descontado, endoso mediante, y el ejecutante es un tercero ajeno por completo a la relación de base.

Otros países lo han resuelto básicamente de dos maneras: prohibiendo directamente la utilización de esos títulos en operaciones de consumo (Francia, Alemania) o bien atenuando la autonomía y permitiendo al consumidor la oposición de las excepciones causales frente a u inmediato contratante o (España, Austria, Inglaterra, etc).

Esta problemática no es ajena a la realidad de nuestro país. Vaya como ejemplo el fallo plenario de la Cámara Nacional Comercial que aborda la problemática de la competencia territorial para conocer en la ejecución de pagarés de consumo cuando, de acuerdo al texto del título y de conformidad con las leyes procesales, el deudor consumidor se vería obligado a litigar ante un tribunal con radicación distinta a su domicilio.

4. Régimen societario

También se prevén modificaciones al régimen societario. En rigor de verdad, no es en el proyecto de unificación que están previstas esas modificaciones, sino en la conocida como ley de derogaciones (entre las que se encuentra la derogación del código Civil y de Comercio) que trae un capítulo destinado a incluir reformas en el materia societaria.

Las dos más salientes son las relativas a las sociedades de hecho y a las unipersonales.

a. El nuevo tratamiento que se le brinda a las sociedades de hecho o no constituidas regularmente.

Por empezar se proyecta derogar el régimen actualmente vigente.

Ahora se las conocerá con el nombre de sociedades simples.

Actualmente, las irregulares son las constituidas por escrito que no han sido inscriptas en el Registro Público de Comercio o que no adoptaron alguno de los tipos previstos en ley (Anónima, S.R.L., etc.).

Las de hecho no tienen ningún documento escrito y se verifican por la existencia de lazos fácticos en el desarrollo de alguna actividad comercial.

El régimen vigente mira con disfavor a las sociedades irregulares o de hecho y toda la legislación es de tipo sancionatorio. Por ejemplo impide que los socios invoquen, entre sí y frente a terceros, las normas del contrato societario; hace solidariamente responsables a los integrantes frente a terceros; cualquier integrante puede imponer la disolución y la única forma de mantener a la sociedad es regularizarla de acuerdo a alguno de los tipos societarios. Estas sociedades no pueden tener bienes registrables (inmuebles y automóviles) a su nombre.

En el proyecto, por el contrario, se le brinda una regulación que parte de una mirada más contemplativa, más proclive a regular el fenómeno que a castigarlo.

Y así, el contrato puede ser invocado entre los socios y también frente a terceros en caso de que éstos lo conocieran efectivamente.

Acreditando su existencia frente al registro, podrán ser titulares de bienes registrables.

La responsabilidad ya no es solidaria sino simplemente mancomunada dividiéndose la deuda en partes iguales entre los integrantes.

b. Las sociedades de un solo socio

En un importante número de casos nuevas sociedades, en la realidad que subyace debajo de las formas, pertenecen a un único socio. Se recurre al arbitrio de buscar al cónyuge, otros parientes o amigos para que presten su firma y de esa manera cumplir el requisito de más de un socio que actualmente está vigente para constituir una sociedad.

Esto obedece a la necesidad de limitar la responsabilidad.

Sacando los casos de fraude, es una realidad muy entendible. El pequeño empresario que desarrolló un emprendimiento en forma unipersonal, caso que viene reiterándose en nuestro país, y en el que puso todo su empeño, pretende que su patrimonio personal (por ejemplo casa, vehículo, etc) no se encuentre expuesto a los avatares del giro comercial de su negocio.

Nace así una búsqueda legítima de limitar su responsabilidad, pero el ordenamiento jurídico societario actual no le

brinda la posibilidad de hacerlo sino mediante figuras societarias que al menos requieren de dos integrantes.

El proyecto, recogiendo esa realidad, prevé las sociedades unipersonales.

Sucedió aquí que, al anteproyecto original, el Ministerio de Justicia le introdujo importantes modificaciones, tal vez tratando de evitar fraudes y de buscar controles porque se consideró que el anteproyecto era muy abierto y estas sociedades podían ser vehículos para burlar la ley y su finalidad.

Lo cierto es que, tal como aparece ahora proyectado y en virtud de las modificaciones realizadas por el Ministerio de Justicia, es ciertamente dudoso que las sociedades unipersonales puedan satisfacer la finalidad para la que fueron pensadas.

Es que, en primer término, se recurrió a una figura jurídica que no es muy acorde a la realidad del comerciante unipersonal como es la sociedad anónima.

Estas sociedades requieren de un capital de \$100.000 que deben ser integrados en su totalidad, es decir, que debe contarse inicialmente con esa suma en efectivo.

Pero, además, en el afán de extremar los controles, se las sometió al control estatal permanente como es hoy en día respecto de las grandes sociedades.

Como consecuencia de ello, deberán contar con un directorio constituido por tres directores y sindicatura plural.

Esto ha merecido críticas, que parecen razonables, porque lejos de simplificar el camino a la limitación de responsabilidad, se lo ha complicado. Cabría preguntarse si los comerciantes unipersonales, a la hora de limitar su responsabilidad, no seguirán buscando a un amigo o pariente antes que someterse a todas las exigencias que la legislación ahora preverá para las unipersonales.