

Título: **Derecho comercial: ¿dónde estás?**

Autor: **Etcheverry, Raúl A.**

Publicado en:

Cita Online: **AP/DOC/733/2015**

Sumario: I. El panorama del mundo actual. El derecho nacional y el internacional.— II. Supuestos especiales que sugieren el movimiento de unificación.— III. Tradicionales ramas del derecho.— IV. Hacia la superación de la distinción de "ramas" del derecho civil y comercial.— V. El derecho comercial, ¿dónde está?— VI. Resumen y conclusiones

El derecho comercial no es más un derecho especial, en el sentido sistemático; no es un conjunto de normas especiales que regulan una determinada materia. Ha madurado, ha vuelto al tronco común; la unificación se ha podido lograr y sólo el tiempo dirá si ha sido un acierto o un error. Ahora debemos convivir con ella y mejorar esas instituciones que han sido creadas o recreadas.

I. El panorama del mundo actual. El derecho nacional y el internacional

No es una novedad el gran cambio general que se ha producido en el mundo: en los valores, costumbres, modos de pensar, sistemas de vida.

El mundo es ahora como ha descrito el antropólogo Marc Augé: está vigente la sobremodernidad, una situación social marcada por el exceso: la velocidad del tiempo, movimientos y consumo, todo ello caracterizado por la existencia de esos "no lugares" (sitios de anonimato), la realidad del "no tiempo" (presencia constante) y de lo "no real" (virtualidad). Hay una superabundancia espacial, indicada en la multiplicidad de información de todo tipo recibida simultáneamente, que se conjuga con la facilidad de desplazarse rápidamente y por todas partes; una multiplicidad en la recepción de la información (televisión, internet y similares); la mayor facilidad de consumo y la multiplicación y amontonamiento del conocimiento [\(1\)](#), noticias y hechos de todo tipo, con los cuales, ni bien se recibe una noticia, por grave que sea, de inmediato es suplantada por otra o varias.

Todo ello produce en muchas personas el estado de hipersensibilidad que no es difícil de imaginar, repercutiendo en sus sistemas vago y simpático, para desembocar, a veces, en importantes o molestas consecuencias físicas.

Aparte, la Humanidad siente que estamos al comienzo de una Era, en la cual la Tierra no es un punto central, sino uno de referencia que indica el comienzo de los viajes interplanetarios que ya no tienen como destino único volver en algún lapso de tiempo futuro al planeta azul...

El derecho, siempre con algún retraso, sigue los cambios sociales y lo que ha ocurrido con el nuevo Código Civil y Comercial, que ya nos revoluciona e inquieta, nos asegura que estamos viviendo la sobremodernidad, con todas sus consecuencias.

El abogado asesor debe seguir la tendencia social y adaptarse constantemente a estas novedades; al mismo tiempo, le será necesario dominar los cuerpos legales pertinentes del país, las novedades legislativas y legales, la jurisprudencia y la doctrina, a partir siempre de las conocidas fuentes del derecho y con apoyo en su derecho básico interno.

La garantía del conocimiento del orden interno será el pasaporte desde el cual se proyectará el abogado asesor en cuestiones y negocios internacionales, que debe contar con una expertise adicional en constante cambio, ya que necesita dominar el modo y la forma de hacer negocios internacionales con apoyo en el sistema jurídico interno, que no puede desconocer y luego viajar hasta el sistema internacional, que tiene otro "tempo" y se rige por otras líneas y preceptos jurídicos.

Para dar sólo un ejemplo: no será lo mismo una compraventa interna que una internacional, regida por la lex mercatoria, constituida por usos y prácticas de las partes, usos generales en la rama de negocios que se afronta, convenciones internacionales, como podría ser la compraventa internacional de mercaderías, legislación extranjera y derecho internacional privado. De esta última disciplina, muchas reglas han variado en el nuevo Código Civil y Comercial, de pronta vigencia.

Los artículos 2594 a 2671, que tratan sobre "Disposiciones de derecho internacional privado", constituyen un verdadero Código dentro de otro Código, dándole, debido a la redacción de notables juristas, el carácter, la concentración, completitud y coherencia de sus normas, la importancia que merecen estas disposiciones.

A todo ello, tanto en lo interno como en lo internacional, se unirán las dos novedades de más impacto para el derecho moderno: los contratos de consumo que tienen una regulación especial en cada país, por un lado, y la contratación electrónica, esa transversal del derecho que cruza todas las viejas "ramas" en las que ha sido dividido el orden legal nacional e internacional.

El DUCI, esto es, el Derecho Uniforme del Comercio Internacional, ha saltado la distancia entre naciones, creando algunas figuras legales como la del "documento electrónico", de tanta utilidad para los negocios a distancia. Los contratos electrónicos y todas sus variantes de negocios a distancia, son una parte de lo que constituye la Era de la Información, realidad que ha cambiado en un gran número —para bien y para mal, como todas las cosas humanas— la vida de los millones de habitantes de este planeta. El DUCI ha recibido un enorme apuntamiento por parte de la UNCITRAL y Unidroit y la obra de juristas como Illescas Ortiz y sus discípulos, que, con gran esfuerzo y entusiasmo, han contribuido a despejar incógnitas y crear conceptos y categorías jurídicas para esta nueva disciplina.

Illescas Ortiz ha precisado la naturaleza del derecho uniforme internacional, concepto más concreto que el de "lex mercatoria"; ha dicho que el DUCI se ha nominado de diversas formas, y señala: "Siendo distinguido precisamente con una serie de denominaciones carentes de uniformidad, se ha venido a lo largo de las últimas décadas construyendo un conjunto de normas jurídicas de muy diversa índole, procedencia y formulación, destinadas a disciplinar el comercio internacional y, de modo particular, los aspectos jurídico-privados de las relaciones comerciales internacionales. Las reglas universales prevalecen en este derecho. (2)

II. Supuestos especiales que sugieren el movimiento de unificación

Dos novedades podemos mencionar para dar una muy somera noción del por qué de los cambios ocurridos.

Una es la integración de países por regiones del planeta, que sugieren la necesidad de agrupar estilos, modos de vida, tendencias sociales y sistemas de derechos; o simplemente, el desarrollo de algunos objetivos regionales. (3)

Y es cierto: no solamente el derecho construye tratados, convenios o identifica "zonas" de convergencia de necesidades e idiosincrasias. Lo hacen primero el conjunto de los habitantes, las necesidades nacionales o internacionales, el comercio, los intereses políticos y otros factores igualmente importantes, como el demográfico, estratégico o militar. Luego viene la regulación jurídica.

El hombre común identifica un espacio europeo, un espacio anglosajón, otro latinoamericano, otro africano, aunque estas regiones no sean homogéneas desde lo jurídico.

Y a partir de esto y de las necesidades estratégicas, económicas, políticas, se construyen zonas o regiones, mediante tratados, convenios o acuerdos de diverso tipo y alcance.

Regiones antiguas y zonas nuevas se clasifican, regulan y establecen, aunque los procesos no son idénticos, ni siguen un patrón determinado.

Entonces aparece la necesidad de unificar el modo de entender las ideas jurídicas, que se revelaba en las costumbres, hasta que el legislador se siente necesitado de dar unidad de texto y precisión a la normativa.

La otra cuestión a tener en cuenta es la progresiva interpenetración del derecho, en todos los órdenes, ya advertida hace años (4), que se da a través del acercamiento de los grandes sistemas jurídicos internacionales entre sí, incluyendo el románico o continental con el anglosajón, para intercambiar conceptos, enviar y recibir instituciones y dispositivos legales.

De hecho, hemos visto traslaciones directas desde el sistema de common law al de los Códigos, tal como se observa en la aplicación de las teorías del insider trading, de las buenas prácticas corporativas o de los deberes fiduciarios de conducta, los cuales se han incorporado al sistema de sociedades de los derechos de la familia europea.

Finalmente, observamos que a veces el orden social y político es el que genera y justifica los cambios legales.

Si estudiamos los antecedentes del derecho chino (5), por ejemplo, encontraremos que la elección de métodos, clase de derecho y modalidades no obedece a una paciente tarea del legislador, sino a la regulación de los hechos, de la realidad, que tiene una fuerza vinculante al reclamar ciertas reformas o modalidades que

dependen de lo que se necesita, más allá de la pureza de las instituciones o posiciones doctrinarias teóricas.

La unificación total de ambos Códigos no es vista con simpatía por Anaya, ya que él se ha pronunciado por unificar solamente obligaciones y contratos y abandonar, al mismo tiempo, el "obsoleto esquema" de los actos de comercio. (6)

III. Tradicionales ramas del derecho

Cuando a finales del siglo pasado estudiábamos las ramas del derecho, nuestros profesores se complacían por buscar la "autonomía científica" de cada disciplina.

El derecho mercantil comenzó con la identificación del acto de comercio como el centro de la actividad que repetidamente y de modo profesional efectuaban los comerciantes.

Luego se pasa a regular la persona del comerciante.

El derecho comercial legisla, cuando aparece en la historia, sobre realidades diferentes de las del derecho civil y más aún: está dirigido a regular a ciertas personas que ejercían, como modo de vida, cierta actividad... que se presenta de modo diferente en la sociedad de la época: libertad de formas y pruebas, el predominio de la buena fe; hay una preocupación por cuidar los problemas de la circulación del crédito, la estabilidad y credibilidad de los mercados, bolsas y bancos; también se alienta la racionalización y fijación de las cuentas en libros de los comerciantes, se brega por la tutela del crédito, se defiende la libertad de iniciativas y concurrencias. Por otra parte, son parte de las necesidades del sistema comercial el asegurar el riesgo, la presunción de onerosidad de los negocios y obligaciones de los comerciantes. También aparece el carácter de internacionalidad que adquirirán ciertos usos, costumbres y contratos de los comerciantes. (7)

Las organizaciones empresarias obran como núcleos básicos de todo tipo de sistemas de negocios. Por ejemplo, en un cluster, son los núcleos centrales de la organización los que generan y permiten la ampliación de estos centros logísticos.

La empresa no se ha ni siquiera definido en el nuevo ordenamiento; no es un concepto jurídico. Tampoco está sistematizada. Y es casi imposible desentrañar su "naturaleza jurídica", ejercicio tan caro a los juristas (8), porque, como veremos más adelante, la empresa no es un concepto jurídico.

Está bien que ello sea así, porque se trata de un concepto proteico, propio del sistema económico y social, que posiblemente no hubiese encontrado un camino oportuno de recepción en el texto de una ley. Este sendero muchas veces es seguido por las leyes: se arman y desarrollan sistemas jurídicos proyectándolos sobre o a partir de conceptos no jurídicos.

En la Argentina, el derecho asegurado por el artículo 14 de la Constitución Nacional es el de trabajar y el de ejercer toda industria lícita. Con clara elocuencia, el artículo 16 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos señala: "Todas las personas tienen derecho a asociarse libremente con fines... económicos, laborales, sociales, culturales, deportivos o de cualquier otra índole".

El nuevo Código Civil y Comercial de la Nación simplemente nombra a la empresa, a la actividad comercial, a los usos y costumbres comerciales, a la organización empresarial y al fondo de comercio, entre otras menciones afines. Son sólo eso: menciones, citas, alusiones, pero sin contenido sistémico. Y la nombra como destinataria de una obligación genérica, la de "llevar contabilidad". Y esta obligación tiene como resultado que "la contabilidad, obligada o voluntaria, llevada en la forma y con los requisitos prescriptos, debe ser admitida en juicio, como medio de prueba". ¿Caso contrario no sería admitida?: creemos que esto no es así; los jueces la evaluarían de todos modos.

Por otra parte, resulta muy claro que la empresa no puede identificarse con la totalidad del derecho mercantil, como tampoco con el derecho de las relaciones económicas o el derecho económico. La empresa es un elemento referencial del sistema legal y sólo de ese modo será tomada su utilización, teniéndose en cuenta que el derecho apunta, como ha dicho Libonati, no tanto a la empresa ni al empresario sino a la actividad que emerge de ellos.

Tampoco el derecho del mercado constituye nuestra materia (9): el mercado es otro concepto no jurídico en su completitud, aunque constituye un buen concepto social y económico de referencia normativa y "rebote", es decir, nuevo punto de partida para crear realidades que luego tendrán vestimenta jurídica.

Karsten Schmidt enseña que "el concepto jurídico de empresa, no es una categoría claramente definible

tampoco en el derecho comercial". Cita a Raisch, que perfila al empresario como "quien en forma independiente y mediante una unidad económica organizada, establecida en forma duradera, ofrece prestaciones con valor económico a otros participantes del mercado". (10)

El maestro alemán Schmidt hace un esfuerzo por analizar y confrontar todas las variantes de la empresa como sujeto de derecho, objeto de derecho, responsabilidad y otros aspectos en el capítulo II de su libro.

Nos parece que la mejor alternativa es estudiar la proteica empresa desde todos los puntos de vista, pero sin asignarle un concepto jurídico unitario e invariable. Así, concluimos en que la empresa es una noción no jurídica, que pertenece al ámbito de la realidad social y económica; no es posible que sea encuadrada en un solo concepto legal; ni opera en una sola rama del derecho; hay una empresa visible en el derecho comercial, pero otra perceptible para desarrollos colectivos civiles, una más para el derecho del trabajo, otra para el derecho fiscal, una más para el derecho administrativo y así podemos seguir. Y dentro del sistema mercantil, significa lo mismo que se revela en la realidad: un sistema, un modo o forma de organización unitaria y dinámica, que resulta útil para desarrollar negocios diversos, tanto de contenido económico como mediante otros objetos y fines.

Y este concepto, el de empresa, es aplicable también al tradicional derecho civil, ya que no otra cosa son la mayoría de las personas jurídicas, cualquiera sea su objeto; se percibe la existencia de un "sistema" de organización para producir o intercambiar bienes y servicios.

Por otro lado, no hay dudas de que hay un derecho de base constitucional a formar una empresa, es decir, nadie está impedido para crear un instrumento, una organización, para trabajar, solo o con otras personas, cualquiera sea el orden jurídico establecido entre esas personas. (11) Esta idea obra junto al derecho de asociarse, que, en nuestra opinión, es un derecho de origen constitucional en la Argentina, pero que en España y Brasil resulta mucho más explícito y directo.

La empresa existe y seguirá existiendo siempre. (12) Pero no en su versión jurídica, de difícil aprehensión unitaria, sino en su manifestación social, como unidad atómica del orden económico.

Veamos cómo la trata el Código Civil y Comercial de la Nación: no se refiere, digámoslo ya, al concepto de empresa, ni de empresario; se refiere a la contabilidad y a qué sujetos deben llevarla. Copiamos el texto legal:

"Contabilidad y estados contables.

"Art. 320.— Obligados. Excepciones. 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, solicitando su inscripción y la habilitación de sus registros o la rubricación de los libros, como se establece en esta misma sección.

"Sin perjuicio de lo establecido en leyes especiales, quedan excluidas de las obligaciones previstas en esta sección las personas humanas que desarrollan profesiones liberales o actividades agropecuarias y conexas no ejecutadas u organizadas en forma de empresa. Se consideran conexas las actividades dirigidas a la transformación o a la enajenación de productos agropecuarios cuando están comprendidas en el ejercicio normal de tales actividades. También pueden ser eximidas de llevar contabilidad las actividades que, por volumen de su giro, resulta inconveniente sujetar a tales deberes según determine cada jurisdicción local".

Como vemos, el abordaje jurídico se refiere primero a las "personas jurídicas privadas", establecidas en otra norma, y también mencionan a la "actividad económica organizada", a la titularidad de "una empresa o establecimiento comercial, industrial o de servicios", eximiendo de esa obligación a las personas humanas que desarrollan profesiones liberales o actividades agropecuarias o conexas, no ejecutadas u organizadas en forma de empresa.... o de poco volumen de giro.... Quedan en duda los artesanos y pequeños comerciantes, pero, repárese, la excepción tiene el alcance de relevar solamente de la obligación de llevar contabilidad.

Una jurisprudencia habitual en nuestros tribunales de justicia menciona a la empresa si hay realización o no de "explotación comercial", lo cual es acompañado habitualmente por una jurisprudencia constante en todos los fueros. (13)

Si por un momento pensamos en asimilar a las personas jurídicas con la empresa, tampoco ése parece ser el camino. El concepto de "persona jurídica" sí es jurídico y resulta bastante preciso; además, la mayoría de las figuras enumeradas en su listado son formas jurídicas de organización, una categoría aún no desarrollada por la

ciencia jurídica.

Veamos la enumeración del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación: "Art. 141.— Definición: son personas jurídicas todos los entes a los cuales el ordenamiento jurídico les confiere aptitud para adquirir derechos y contraer obligaciones para el cumplimiento de su objeto y los fines de su creación".

"Art. 143.— Personalidad diferenciada: la persona jurídica tiene una personalidad distinta de la de sus miembros. Los miembros no responden por las obligaciones de la persona jurídica, excepto en los supuestos que expresamente se prevén en este título y lo que disponga la ley especial".

"Art. 148.— Personas jurídicas privadas. Son personas jurídicas privadas:

"a) las sociedades;

"b) las asociaciones civiles;

"c) las simples asociaciones;

"d) las fundaciones;

"e) las iglesias, confesiones, comunidades o entidades religiosas;

"f) las mutuales;

"g) las cooperativas;

"h) el consorcio de propiedad horizontal;

"i) toda otra contemplada en disposiciones de este Código o en otras leyes y cuyo carácter de tal se establece o resulta de su finalidad y normas de funcionamiento".

Los apartados e) e i) no son fácilmente ubicables entre las figuras que se podrían equiparar a la empresa.

Por otro lado, junto a la empresa, aparece siempre el concepto de empresario o titular, o sujeto, dueño u operador de la organización y su responsable. Este criterio es también, del mismo modo, evanescente si lo miramos con la lente jurídica.

Por otro lado, en el orden legal argentino se ha establecido un orden especial para el llamado "acto o contrato de consumo" y se adjudica una amplia responsabilidad civil atribuible a los genéricamente llamados "proveedores" que en la letra de la ley se traducen en una diversa variedad de empresarios distintos:

1) El productor.

2) El fabricante.

3) El importador.

4) El distribuidor.

5) El proveedor.

6) El vendedor.

7) Quien haya puesto su marca en la cosa o en ocasión del servicio (artículo 40 de la ley 24.240 y el nuevo Código Civil y Comercial).

La responsabilidad de estos empresarios es grave, solidaria y puede contener un adicional por daños punitivos.

Frente a este nuevo régimen, rupturista del tradicional conocido, se hace difícil enquistar un sistema jurídico coherente y homogéneo.

IV. Hacia la superación de la distinción de "ramas" del derecho civil y comercial

Cada profesor es celoso de su materia. Ama su disciplina y dedica la vida a estudiarla, mejorarla, esclarecerla.

Cree con certeza que los mejores valores destacables para la sociedad en que vive están allí, en lo que ha enseñado toda su vida.

Sin embargo, la interpenetración de las ramas del derecho sigue su avance inexorable, desde que el sistema jurídico se conecta e interconecta entre sus distintas vertientes, cuantas veces se considere históricamente necesario.

Muchos profesores del derecho comercial hemos trabajado sin solución de continuidad y constantemente con el anterior orden establecido por el derecho civil, vinculándolo directamente al derecho comercial; algunos van más allá, estableciendo esa relación con otros derechos; por ejemplo, con el derecho administrativo o el constitucional. Ninguna de las posturas es incorrecta; el derecho no se presenta en trozos sociológicamente distinguibles: es un producto total, completo, pero escamado en su conformación sucesiva, que lleva siempre trozos de los sistemas con los cuales se va formando; se va construyendo paso a paso, no agregando conceptos y las experiencias adquiridas; agregándole al texto legal nuevas variantes a medida que el tiempo —y el discurrir de la Humanidad— pasa; el antiguo derecho civil siempre va a ser la base de muchas instituciones del sistema mercantil y el principio de su desarrollo data de la economía precapitalista y la economía agrícola. (14) El derecho mercantil busca proteger —y, al mismo tiempo, controlar— las instituciones, bienes y personas de la economía capitalista.

Por otro lado, resulta innegable que el derecho de los negocios se ve condicionado, en muchos supuestos, por las decisiones políticas de la conducción de la economía, cumplidas por el gobierno del momento.

El derecho comercial no es más un derecho especial, en el sentido sistemático; no es un conjunto de normas especiales que regulan una determinada materia. Ha madurado, ha vuelto al tronco común; la unificación se ha podido lograr y sólo el tiempo dirá si ha sido un acierto o un error. Ahora debemos convivir con ella y mejorar esas instituciones que han sido creadas o recreadas.

La doble vía del derecho privado, civil y comercial, nace por circunstancias históricas, que ya no tienen razón de ser. Ha desaparecido la necesidad del acto del comercio, de que el comerciante se matricule, no hay dualidad en la quiebra: existe un solo proceso. Hoy sólo quedarán las "ramas", probablemente, como una división del trabajo científico que han hecho y seguirán haciendo comercialistas y civilistas, que deben estar dedicados —en razón de la necesaria e imperativa división del trabajo— a cierta especialización en la investigación teórica. (15)

La unificación práctica del derecho privado comienza en distintos lugares geográficos y se materializa en Italia en 1942, con la sanción del Codice Civile, donde lo mercantil parece quedar encerrado en el Libro "Del trabajo". En ese cuerpo legal se desarrolla la noción de empresario, que, por obra de la doctrina y jurisprudencia, pasa a configurar un concepto nunca logrado como una unidad jurídicamente conceptual: la empresa.

Pensamos que no corresponde extendernos más en esta búsqueda.

V. El derecho comercial, ¿dónde está?

Junto a todas las novedades legislativas, aparecen los hechos, que, formando parte de la realidad, se muestran inmodificables y determinan los empujes de los cambios sociales. El derecho no es ajeno a ellos y, al contrario, camina por detrás y siempre trata de abarcarlos, contenerlos y darles, cuando corresponde, un camino a recorrer, con contenido ético y valoración.

Desde hace bastante tiempo, no se han podido construir muchas figuras jurídicas del derecho civil sin recurrir a las mercantiles y viceversa. Y las nuevas "ramas" se formaron con componentes de los dos derechos; un ejemplo es el derecho ambiental.

La tradicional división del derecho llamándose "civil" o "comercial" sólo se mantendrá, a nuestro juicio, para la enseñanza.

Hoy podemos hablar del derecho privado, si queremos hacer una alusión, poner un nombre, que quizá no sea el más adecuado; las categorías "civil" y "comercial" van a desaparecer a breve plazo en el orden jurídico argentino.

Será igual encontrar el derecho civil en el nuevo Código unificado, que hallar una norma de derecho comercial. ¿Y la autonomía del derecho mercantil? Para Ferri se da en la particularidad del fenómeno regulado. (16) Creemos que en el campo de las obligaciones y los contratos no habrá distinción profunda, ni perfiles

especiales. En la temática de la persona tampoco, ni siquiera en lo referido a las personas jurídicas.

Desaparece el factor económico, la marca de la utilidad versus la no obtención de utilidad. Eso ya no se da en las relaciones actuales, en las cuales todas las personas, físicas o jurídicas, realizan actividades de obtención de provecho o de mera entrega sin interés económico, pero todas dentro de la misma organización. Hasta la llamada "empresa B" es una organización que conjuga una actividad económica (también de precisión muy ambigua) con otra de servicio a la comunidad.

¿Podemos decir que se ha regulado legalmente a la empresa en el nuevo articulado? La respuesta debe ser negativa. El término empresa debe quedar, como dice Bulgarelli, fuera del derecho, porque es un concepto económico. [\(17\)](#)

Por ser tal, se ha logrado dar el paso necesario al estado de madurez del derecho mercantil, que, luego de su desarrollo como categoría histórica, ha vuelto al tronco común.

Pero de una manera distinta en que lo ha hecho el Código Civil Italiano de 1942, de casi un siglo de existencia, seguido, por ejemplo, por el Código Civil del Brasil. Hemos superado la última valla que quedaba para la vuelta a casa: omitimos, entonces, una caracterización jurídica del empresario y de la empresa, porque ello no sólo resulta innecesario, sino que hacerlo significaría establecer principios incorrectos.

¿Por qué? Porque la empresa, por su naturaleza y origen, no tolera —ni necesita— ser contenida en ningún concepto legal. Sí, en cambio, como desmostrara Asquini [\(18\)](#), la empresa tiene "perfiles legales", es decir, puntos de contacto con el ordenamiento que hace necesario tenerla en cuenta a esos efectos.

Muchos profesores de derecho comercial y muchos abogados dedicados a asesorar a empresarios se preguntan dónde quedó el derecho comercial en este nuevo Código de derecho unificado.

No debemos buscarlo, no está; no estará separado. Hoy el derecho mercantil está unido al civil y así como no habrá más un derecho comercial diferenciado, tampoco habrá un derecho civil típico e identificable.

Hoy el derecho privado es uno solo si lo enfocamos como "rama" del derecho. Creo que será un ejercicio vano buscar "un" derecho civil y "un" derecho comercial.

Esto no será ni bueno ni malo, en cuanto a la tarea académica, ni tampoco en el orden judicial, sino que es la realidad —que es incoercible—; se presentará dentro de poco tiempo en nuestra legislación y será de aplicación normal, corriente, frecuente, usual.

En la justicia, los jueces emplearán las normas que elijan para el caso concreto, como se hizo siempre: casi no hay sentencia de la justicia en lo comercial que no cite, también, reglas del tradicional derecho civil.

VI. Resumen y conclusiones

Luego del gran movimiento que representó el texto del Código Civil italiano de 1942, que logró una cierta inmovilidad básica en las estructuras legales civiles y comerciales, en América anotamos tres supuestos de unificación similares respecto del derecho privado, pero que contienen matices diferentes.

En el Perú hay un Código Civil único desde julio de 1984, que ha unificado normas del derecho civil y comercial en un solo cuerpo legal.

Contiene una llamativa y útil norma en el artículo décimo del título preliminar, que señala: "La Corte Suprema de Justicia, el Tribunal de Garantías Constitucionales [el Tribunal Constitucional] y el fiscal de la Nación están obligados a dar cuenta al Congreso de los vicios o defectos de la legislación. Tienen la misma obligación los jueces y fiscales respecto de sus correspondiente superiores".

Dice Aníbal Torres Vásquez que este título preliminar desborda el derecho civil, se extiende a todo el derecho privado y afecta a todo el ordenamiento jurídico. [\(19\)](#) Los temas que desarrolla el título preliminar son: la derogación de la ley, el abuso o la omisión abusiva de un derecho, aplicación de la ley en el tiempo, la analogía, la nulidad del acto jurídico, la legitimación, principio iura novit curia, obligación de los jueces de administrar justicia, aplicación supletoria del Código Civil, iniciativa legislativa de los magistrados (esta última transcripta más arriba).

El Código Civil peruano, como se ve, contiene reglas de orden general y constitucional, como también las posee nuestro Código Civil y Comercial.

El Perú tiene en su Constitución Política mencionada a la empresa, mas no conceptualizada, a nuestro juicio. Se refiere a ella para marcar su fin social, como lo hace la Constitución del Brasil.

La República del Paraguay, que tiene un sólido Código Civil con origen en el trabajo del jurista Luis De Gásperi, fue promulgado en 1985 y ha sufrido varias modificaciones o ampliaciones en su texto original, desde que separara del Código de Vélez Sarsfield, originario de la República, tal como sucediera con el Uruguay. (20)

Sin embargo, en Paraguay han quedado "rastros" del derecho mercantil: el comerciante existe como tal; debe inscribirse en la matrícula y tiene algunas obligaciones especiales (ley 1043/1983 del comerciante y de la empresa individual de responsabilidad limitada), que curiosamente se mantuvieron vigentes. Las sociedades comerciales, conocidas desde el derecho francés, se han integrado al articulado del Código Civil.

El resto de las disposiciones constituye una unidad en el Código Civil con las demás normas.

Más reciente es el Código Civil del Brasil, ley 10.406/2002, que entró en vigor en enero de 2003. Tiene un título breve referido al empresario: su caracterización, inscripción y capacidad (artículos 966 a 980).

El empresario en Brasil es quien ejerce profesionalmente una actividad económica organizada para la producción o la circulación de bienes o de servicios (artículo 966).

A continuación, un párrafo único establece que no se considera empresario a quien ejerce una profesión intelectual de naturaleza científica, literaria o artística, aun con el concurso de auxiliares o colaboradores, "salvo que el ejercicio de la profesión constituya elemento de empresa".

Como resulta visible, apenas se intenta definir a la empresa, comienzan los problemas.

La doctrina entiende que el "elemento de empresa" está vinculado a la actividad-fin de la empresa, como a la práctica de actos empresarios. Mediante esta interpretación, no se establece un concepto jurídico claro de empresa, por lo que éste va a ser derivado a interpretaciones de la jurisprudencia o a decisiones administrativas, como resulta ahora en ciertas prácticas argentinas.

En nuestro país se ha dictado, luego de siete grandes proyectos de reformas y constantes contribuciones de congresos nacionales e internacionales y el trabajo de una Comisión Redactora especial (21), más la consulta a casi cien juristas argentinos y algunos extranjeros, un nuevo Código Civil y Comercial de la Nación; a partir del Proyecto y luego de pasar por el control y agregados de una Comisión del Poder Ejecutivo y añadidos del propio Congreso de la Nación en su Comisión Bicameral, se aprueba como Código Civil y Comercial de la Nación como ley 26.994, con vigencia a partir del 1° de agosto de 2015.

El Código no distingue entre el derecho civil y comercial y, luego de ciertas normas generales del derecho (título preliminar, arts. 1° a 18), desarrolla las diversas instituciones del derecho privado.

Resulta pertinente señalar que esta norma legal recoge la muy rica jurisprudencia elaborada por los tribunales de la Nación, deroga las leyes especiales que absorbe; admite —agregándolas a su bagaje— o reforma algunas leyes especiales, que serán las nuevas complementarias del Código Civil y Comercial.

En el presente, deseamos una sociedad en democracia, pero no sólo evidenciada en el derecho a votar y elegir autoridades, sino en la concreción de una igualdad sustancial que supere las divisiones de la sociedad existente, que aún registra graves desigualdades: algunos tienen el derecho de acceder al saber y al poder, otros sólo serán consumidores y muchos, lamentablemente, estarán excluidos del saber y del poder. La solución definitiva —no fácil ni sencilla— pasa por extender el derecho del saber, a todos.

Respecto de la nueva normativa codificada, ella no es otra cosa que la demostración del acierto de quienes, como Marc Augé (22), señalan que, con el auge de las tecnologías de la comunicación, hoy asistimos a una sobreabundancia de exposiciones de distinto tipo. A esta realidad no es ajena la polivalencia de las nuevas normas contenidas en este nuevo cuerpo legal, ya liberado del esforzado e inútil dogmatismo de entender si estamos frente a una norma civil o comercial.

Debemos entender que no importa mucho, en definitiva, si regulamos o no a la empresa, si nos olvidamos del comerciante o de algún contrato importante. Así como tampoco lleva pena haber omitido la cita de la ley 11.867 en la normativa especial, porque se aplicará de todos modos, cuando sea pertinente.

El nuevo Código es piadoso. Recuerda a los necesitados, a los débiles, a los consumidores desinformados.

El intérprete, el juez, deberá serlo, para estar a la altura de estos tiempos, en los cuales convive la sobremodernidad —que Augé emparenta con Freud y Althusser— con bolsones miserables sin esperanza, personas sin techo, empresas o individuos de gran poder económico, al lado de las escalofrantes y sobrecogedoras distancias y silencios planetarios.

(1) Alguna vez ha escrito Umberto Eco que el problema no es la cantidad de información disponible en forma creciente, sino saber con qué método la vamos a seleccionar, para elegir lo que necesitamos.

(2) Illescas Ortiz, Rafael y Perales Viscasillas, Pilar, Derecho mercantil internacional. Derecho uniforme, Centro de Estudios Ramón Areces, Universidad Carlos III de Madrid, Madrid, 2003, p. 19.

(3) Como, por ejemplo, lo es el Grupo Mitka, formado por México, Indonesia, Corea del Sur, Turquía y Australia, que han decidido cooperar en diversos campos: reforma del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, la lucha contra el terrorismo, la migración en el sudeste asiático, seguridad cibernética, situación política de la Península de Corea, desarrollo de América Latina, entre otros temas.

(4) Etcheverry, Raúl A., "El derecho comercial internacional. Nuevas fuentes", LL del 7/10/1992.

(5) Ver, por ejemplo, el desarrollo que hace Kozolchyk, Boris, "La codificación en China", en La contratación comercial en el derecho comparado", Dykinson, Madrid, 2006, ps. 155 y ss.

(6) Anaya, Jaime L., "Unificación del derecho mercantil", en Código de Comercio, t. I, Hammurabi, Buenos Aires, 2005, especialmente en ps. 75 y ss., en sus "Conclusiones".

(7) Ascarelli, Tullio, Introducción del derecho comercial. Parte general, Ediar, Buenos Aires, 1947, p. 33.

(8) Para ejemplificar, se puede consultar sobre la naturaleza jurídica un trabajo de Peolo Ferro-Luzzi, "Un problema di método: la natura giuridica dei fondi comuni di investimento", Rivista delle Società, año 57/2012, julio-agosto de 2012, fasc. 4, ps. 751 y ss. Los fondos comunes son patrimonios autónomos, idea no desvinculada a los sistemas de organización jurídica.

(9) Embid Irujo, J. M., "Mercado y empresa ante el derecho mercantil —apuntes provisionales en el marco de la crisis económica—", Foro de Derecho Mercantil, Legis, Bogotá, enero-marzo de 2013, p. 50.

(10) Schmidt, Karsten, Derecho comercial, Astrea, Buenos Aires, 1997, p. 67.

(11) Ver el interesante trabajo al respecto, que desarrolla Cao, Christian A., "La libertad de empresa y la no discriminación", LL del 30/6/2014.

(12) Ver como referencia, nuestro trabajo anterior "El derecho comercial y el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación. El concepto de empresa", LL del 28/2/2015.

(13) C. Nac. Cont. Adm. Fed., sala 4ª, 20/5/2014, in re "C. C. A. S.C. v. Estado Nacional — AFIP-DGI - resolución 257/7 (RP) s/ Dirección General Impositiva". Allí se resolvió que las sociedades civiles cuya actividad es la prestación de servicios profesionales, sin desarrollar en forma complementaria explotación comercial alguna, tributan ganancias de la cuarta categoría (trabajo personal), a pesar de considerárselas como empresas, lo cual no trae aparejado necesariamente una explotación comercial.

(14) Galgano, Francesco, Derecho comercial, vol. I, Temis, Bogotá, 1999, ps. 3 y ss.

(15) Seguramente esto se seguirá haciendo en la justicia por razones similares: la especialización en diversos casos que deben abordarse con cierto método y particularidad.

(16) Ferri, Giuseppe, Manuale di Diritto Commerciale, 5ª ed., Utet, Torino, 1980, p. 14, nro. 6.

(17) Bulgarelli, Waldírio, A teoría jurídica da empresa, Revista dos Tribunais, São Paulo, 1985, p. 19, nro. 6.

(18) Asquini, Alberto, "Profile dell'empresa", Rivista di Diritto Commerciale, vol. XLI, part. I, 1943, p. 1, trabajo en el cual presenta su famosa visión poliédrica de la empresa.

(19) Torres Vásquez, Aníbal, Código Civil, 7ª ed., IDEMSA, Lima, 2011, p. 25.

(20) Existe un enorme trabajo de ordenamiento y confronte de la ley paraguaya realizado por Riera Escudero, Manuel, Código Civil de la República del Paraguay, La Ley, Asunción, 2005.

(21) Designada la Comisión de Reformas, la constituyeron: Ricardo Luis Lorenzetti, como presidente, y Elena Highton de Nolasco y Aída Kemelmajer de Carlucci, como integrantes (decreto 191/2011).

(22) Augé, Marc, El antropólogo y el mundo global, Siglo Veintiuno, Buenos Aires, 2014, p. 33.