

Del legislador al regulador: rasgos de la transformación del derecho comercial

*Rodrigo S. Luchinsky**

Resumen

El derecho comercial, mercantil o empresarial tiene una fisonomía muy distinta de la reflejada en los códigos de tradición liberal, los estudios de doctrina y los programas de enseñanza. Pueden identificarse tres notas que lo distancian de su linaje normativo: es publicístico, regulatorio y procedimental. Nacido como sustrato normativo del capitalismo comercial y luego, a partir de la máquina, la revolución industrial y la explosión informática, evolucionó para adaptarse al arquetipo financiero del siglo XX. Sentado incómodamente sobre el paradigma liberal, enfrenta los desafíos que suma la era de la información, la caída de las fronteras nacionales, la vivificación del consumo y la presión insostenible sobre los recursos de la naturaleza.

Palabras clave: derecho comercial, codificación, regulaciones, medioambiente.

* Doctor en derecho mercantil (UBA), LL.M. Columbia University, Coordinador del Centro de Análisis de Riesgos Financieros y Económicos de la Universidad Nacional de San Martín, docente del curso Contratación mercantil de la Facultad de Derecho de la UBA; rodrigoluchinsky@hotmail.com.

From the legislator to the regulator: an outline of the transformation of commercial law

Abstract

Commercial or business law displays very different features from those that liberal-era codes tend to portray and academic papers and syllabi reflect. Three features appear to grow it apart from its legal heritage: it is publicly focused, regulatory and procedural. Born as a legal base to commercial capitalism, it evolved through the machine era, the industrial revolution and the informational paradigm to accommodate to the financial realm of the twentieth century. Keeping those liberal-era characteristics, it confronts the challenges of globalization, informational burst, glorification of consumption and the abuse of the earth resources.

Keywords: commercial law, codes, regulations, environment.

I. Introducción

Tradicionalmente, la dogmática jurídica enseña un Derecho Comercial autónomo y especializado, derivado de la naturaleza profesional de quienes ejercen el comercio. A pesar de esa persistencia, el ritmo de los acontecimientos evidencia un panorama muy diferente. El derecho comercial, mercantil o empresarial tiene una fisonomía muy distinta de la reflejada en los códigos de tradición continental, los estudios de doctrina y los programas de enseñanza. Pueden identificarse tres notas que lo distancian de su linaje normativo: es publicístico, regulatorio y procedimental. Sólo en un segundo plano aparecen representados los institutos insignia de la era liberal, como la autonomía de la voluntad, la baja intervención estatal y una baja estima por las formalidades que atentan contra la circulación de la riqueza.

El derecho comercial nació como sustrato normativo del capitalismo comercial y a partir de la máquina, la revolución industrial y la explosión informática, evolucionó para adaptarse al arquetipo financiero del siglo XX. Sentado incómodamente sobre el paradigma liberal, enfrenta los desafíos que suma la era de la información, la caída de las fronteras nacionales, la

vivificación del consumo y la presión insostenible sobre los recursos de la naturaleza.

Luego de postular la progresión de la materia mercantil hasta la actualidad (capítulos II y III), este artículo plantea algunas características de su fisonomía actual (capítulos IV, V y VI) y destaca algunos de los enormes desafíos que aún no parecen encontrar un camino adecuado para su abordaje¹ (capítulo VII). Finaliza con una breve conclusión (capítulo VIII).

II. El mundo y los tratados de doctrina

El derecho comercial como disciplina busca generar sistemas normativos capaces de canalizar la actividad mercantil dentro de un paradigma axiológico que vendrá dictado desde el corazón del sistema político. Al igual que el resto de las ramas del Derecho, es dependiente de las circunstancias históricas en que se lo formula, que explican la particular forma en que las cosas aparecen dispuestas en la actualidad. Sin embargo, el Derecho nada tiene que ver con la Historia, ni en su función ni en sus métodos y ni siquiera en su concepción de la verdad, como bien ha señalado Foucault.² La necesidad –y dificultad– de interpretar hechos corrientes y generar soluciones jurídicas inmediatas separa en gran medida una disciplina de la otra.

La preeminencia de la perspectiva racionalista que propone la dogmática jurídica ha generado una desconexión entre la materia comercial como fenómeno y el derecho que construyen los juristas. Ese abordaje justifica la resistencia a considerar el Derecho como disciplina científica, que en su conformación moderna repele los postulados dogmáticos.

En gran medida, la distancia entre el objeto del derecho comercial y el Derecho como discurso o manifestación normativa se expresa cotidianamente en muchos ámbitos académicos, especialmente cuando se ciñen los fenómenos normativos a las categorías predispuestas por la dogmática. Para mencionar un ejemplo real y reciente, hace algún tiempo se celebró una conferencia universitaria sobre la crisis financiera internacional, en la

1. Algunas nociones profundizadas en el presente fueron introducidas en “Evolución y desafíos del derecho comercial ‘De la máquina a la bicicleta’”, *La Ley* Año LXXVII, N°122, 04/07/2013.

2. Foucault, Michel, *La verdad y las formas jurídicas*, 1980.

que resultó convocado un renombrado profesor de derecho comercial. Trátese de un evento jurídico, la cuestión no giraba en torno a las causas o implicancias económicas de la crisis, sino –acaso– a las consecuencias jurídicas de las respuestas normativas de los Estados y las iniciativas debatidas en el marco de las organizaciones supranacionales.

La presentación del profesor, un prolífico autor y adecuado orador, se refirió principalmente a la conocida definición de los títulos circulatorios que enseñaba el profesor veneciano Cesare Vivante entre las postrimerías del siglo XIX y los inicios del siguiente. La idea subyacente sería algo así como que es preciso volver a las fuentes, a los sabios, para encontrar las soluciones que buscaba sin suerte la comunidad internacional. Nada que sirviera para arrojar luz a la cuestión central de la coyuntura que había justificado la reunión académica.

Para ponerla en contexto, la conferencia se celebró mientras comenzaba la discusión aún no cerrada acerca de la revisión de la arquitectura regulatoria para detectar prematuramente situaciones de fraude o groseras ineficiencias que terminen incidiendo a nivel sistémico.

Curiosamente, de estar presente, el maestro italiano invocado por el conferencista hubiese partido ofuscado. Garrigues lo recuerda enseñando que no se debe aventurar nunca un tratamiento jurídico “si no conocen a fondo la estructura técnica y la función económica de la institución, que sea el objeto de sus estudios. Es una deslealtad científica y una falta de probidad hablar de una institución para fijar su disciplina jurídica sin conocerla a fondo en su realidad”.³

La conferencia de aquel profesor es demostrativa de la dificultad de la dogmática jurídica para comprender su propio objeto de estudio. En rigor de verdad, no es justo cargar las tintas contra un solo referente, en un medio en el que abundan las instancias de formación e investigación en derecho comercial sin otro valor o pretensión que el de mostrar alguna novedad jurisprudencial o normativa, entendiendo los fenómenos jurídicos como una línea de tiempo coloreada por fallos y leyes. Una indeseable derivación de la persistencia dogmática narrada es la replicación del índice de los códigos

3. Garrigues, Joaquín, “Discurso de contestación al ser concedido al Profesor Garrigues el título de Doctor Honoris Causa por la Universidad de Génova”, 1966, en Garrigues, Joaquín, *Hacia un nuevo derecho mercantil*, Editorial Tecnos, 1971, p. 231.

y principales leyes mercantiles como programa de enseñanza de la materia tanto en la carrera de grado como en muchas especializaciones de posgrado. El resultado inmediato es la pérdida de oportunidades de brindar una necesaria formación tanto académica como profesional con la consecuente carencia en ambos planos.

Vivante (1855-1944) fue un jurista importante en la discusión de temas muy trascendentes en el derecho continental. Sus reflexiones acerca de la unificación del derecho privado siguen valiendo una detenida lectura. Como profesor, formó a varias generaciones de juristas que luego trascendieron a su maestro. Algunas de sus definiciones, repetidas con precisión solemne, valen como máximas. Pero, como también le ocurre a las mejores expresiones científicas, Vivante no dejó de ser un producto de su época. Su obra se refiere a un mundo que asimilaba el fenómeno decimonónico de la codificación. Recién al final de su vida comenzaban a aflorar ciertas circunstancias que incidirían en la fisonomía del derecho comercial actual.

Para intentar desandar tanto camino recorrido por nuestra materia, es insoslayable señalar que hasta cierto punto en la historia, el derecho comercial era el derecho aplicable a los comerciantes como categoría profesional. Recuerda Garrigues que el primer código de comercio moderno, el francés de 1807, quiebra –aunque tímidamente– esa tradición de clara delimitación frente a otras disciplinas jurídicas.⁴ Nuestro código aún mantiene el acto de comercio objetivo junto con la traza prerrevolucionaria, de tinte profesional y corporativista.

En cada período histórico desde aquel punto fundacional hasta la era contemporánea, ha existido una verdadera asimilación de los paradigmas sociopolíticos imperantes en cada ciclo. Aunque ese proceso nunca fue lineal ni inmediato, lo cierto es que la lectura en perspectiva demuestra una correlación significativa.

Esa dinámica evolutiva, que nunca se ha detenido, explica en gran medida el fracaso de la pretensión dogmática de definir al derecho comercial como un sistema autónomo y estable en el universo jurídico. Y ello se ha debido al principal error gnoseológico que supone o causa el positivismo jurídico: la realidad se conoce a través de la ley, obviando muchos fenómenos

4. Garrigues, Joaquín, “La crisis del derecho mercantil contemporáneo”, 1955, en Garrigues, J., *Hacia un nuevo...*, p. 205.

normativos aparentemente velados, lo que a su vez supone que el progreso depende de la mejora de la técnica legislativa. Como método indirecto, si la ley omite plasmar un fenómeno social o, como ocurre a menudo, lo hace a destiempo, condena al jurista a mirar algo que ya no es. Es el mismo problema que tienen los astrónomos cuando observan estrellas que desaparecieron hace millones de años. Primero intentarán mejorar los instrumentos de medición, y cuando ello no sea posible –la inconmensurabilidad del Universo supera cualquier genialidad técnica– deberán incorporar esas limitaciones a los postulados científicos.

Puede trazarse esa visión estática que abunda en la dogmática jurídica en las definiciones introductorias de los principales tratados de derecho comercial. Algunos expresan definiciones tales como que el derecho comercial es “el conjunto de normas jurídicas que regulan la materia comercial”.⁵ Y la definición de la materia comercial termina en una vaga descripción de lo que hacen los comerciantes, o en otra definición derivada. El mismo tratado expresa que “es comercio, en sentido jurídico, todo supuesto de hecho al que la ley califica de mercantil”.⁶ Bajo una pretensión de universalidad, postulan una referencia semántica vacua. Siguiendo con el parangón espacial, afirmar que la astronomía es la ciencia que estudia los cuerpos celestes vale para los 2.500 años que separan a Tales de Mileto de los científicos modernos. Para que sea de utilidad a un astrónomo moderno, la definición requiere un consenso –siempre sujeto a revisión– sobre la clasificación de los objetos astronómicos. Ese consenso sobre la materia mercantil, asumida como extrasistémica, es la carencia más evidente de la dogmática jurídica en el derecho comercial. Aunque puede postularse que la materia comercial corresponde ser definida por otra disciplina –la economía quizás–, es cuestionable que no se necesite de una clasificación *ad-hoc*.

Otros tratadistas han elegido fórmulas algo más elaboradas pero similares desde el punto de vista de su composición lógica. Castillo expresa que el derecho comercial “es el conjunto de principios que rigen las operaciones sometidas al mismo por razones de interés general y establecen los derechos

5. Fontanarrosa, Rodolfo O., *Derecho comercial argentino, 1: Parte general*, Zavalía, 1995, p. 18.

6. Fontanarrosa, R. O., *op. cit.*, p. 19.

y obligaciones de las personas que a ellas se dedican”.⁷ Sin expresar con claridad el significado o los criterios delimitadores del “interés general”, termina afirmando que “el Derecho Comercial se halla constituido entre nosotros por el Código de Comercio y leyes que lo complementan”.⁸ En gran medida, esta última definición refleja la incomodidad que presenta el positivismo jurídico, calificado como *el arma del despotismo* por Mario Bunge por su inevitable relativismo que acepta cualquier valor como válido aunque sea repugnante a ciertos valores humanos universales.

Más allá de la inconveniencia de definir una disciplina jurídica con la referencia a las leyes o la inutilidad de los enunciados demasiado generales, lo cierto es que ninguna fórmula contiene la esencia del derecho comercial en la actualidad. Girón Tena propone una explicación plausible para esa distancia, al analizar la génesis conceptual de los códigos de comercio. El profesor español explica que esos cuerpos normativos han sido construidos alrededor del “comercio” como principal actividad económica, y por lo tanto a partir del capitalismo comercial que precedió al capitalismo industrial y financiero, y al actual influjo de la revolución informática.⁹

El derecho comercial contemporáneo carece de los elementos distintivos del mundo liberal que inspiró las corrientes de elaboración jurídica que dieron luz a los códigos del siglo XIX. El derecho comercial actual es altamente regulatorio y publicístico, con un quiebre de las categorías usuales de normas dispositivas e imperativas frente a las reglas de carácter procedimental, en donde no interesa tanto el cumplimiento de la finalidad de la norma como haber cumplido una seguidilla de ritos.

Como fenómeno relacionado con el quiebre de las categorías jurídicas clásicas, incluso ha recobrado vigencia la distinción entre validez y eficacia, desde que los Estados responden frente a la comunidad internacional no tanto por la existencia de las normas en sus sistemas jurídicos como en la vigencia real de las mismas.

Así, por ejemplo, la última ronda de evaluaciones mutuas del Grupo de Acción Financiera Internacional (GAFI) sobre prevención de lavado de

7. Castillo, Ramón S., *Derecho comercial*, 1948, p. 11.

8. Castillo, R. S., op. cit.

9. Girón Tena, J., *Tendencias actuales y reforma del derecho mercantil (estudios)*, Civitas, 1986, p. 130.

activos y financiamiento del terrorismo tuvo un resultado dispar para muchos países, entre ellos, el nuestro. Según los evaluadores, el país cuenta con normativa adecuada a juzgar con los estándares internacionales, pero tiene una deuda pendiente en cuanto a la vigencia concreta, que se mide en sanciones administrativas y consecuencias judiciales. En comparación con las evaluaciones anteriores, los países no mejoraron ni empeoraron, sino que cambió la vara con que se los mide, ahora con el criterio de *res, non verba*.

III. El derecho formulario

El proceso codificador tuvo en origen la misión fundamental de positivizar el derecho, es decir, estatizar las facultades normativas para acompañar la consolidación de los estados nacionales en su configuración moderna. Recordemos que la monarquía centralista admitía jurisdicciones múltiples como resultado de la distribución regional del poder. La estatización del derecho devino también fundamental en nuestros países americanos, en plena organización tras repeler el antiguo régimen colonial, y con el consiguiente caos interno de las nuevas repúblicas.

Joaquín Garrigues explicaba que las sociedades comerciales –instituto insignia del derecho comercial– funcionan como un correlato preciso del sistema político imperante. Su variante más sofisticada, la sociedad anónima, nació en el siglo XVII como instrumento de la política colonial del estado absoluto. No fue creada para cumplir objetivos mercantiles sino para organizar proyectos de descubrimiento geográfico y colonización bajo el completo mando de las monarquías europeas. Luego prosperó junto al Estado liberal, convirtiéndose en impersonal y capitalista y atribuyendo la propiedad a la clase ascendiente, burgueses devenidos accionistas.

Si bien en materia comercial se mantuvo en gran medida la tradición normativa prerrevolucionaria, la orientación objetiva aplicada a los actos de comercio implicó un paulatino abandono de la perspectiva profesional anterior. El proceso, sin embargo, fue lento. El Código de Comercio francés de 1807 aparece fundamentalmente como una actualización de las Ordenanzas, sin otra novedad técnica que la de una prolija recopilación. Aunque el ideario liberal exigía una legislación más universal tras la disolución de las corporaciones, la jurisdicción mercantil de excepción de los tribunales consulares permaneció a salvo de la Revolución.

La sociedad anónima del código napoleónico nace con la impronta de su antecesora, “atada al derecho público, arrastrando la cadena de la concesión del Estado, cuya semblanza se traslada a la institución creada al servicio de los privados, de la que se libraré en Francia sesenta años después por la ley que afirma las bases contractuales de la anónima”.¹⁰ Es justo aclarar que esa característica no era exclusiva de Europa continental. Se ha señalado que el primer tratado inglés de derecho de sociedades, de 1794, apenas mencionaba el uso de la forma societaria para emprendimientos económicos.¹¹ Al poco tiempo, en 1811, el estado de Nueva York sanciona la primera ley general de sociedades norteamericana que no requería la aprobación parlamentaria de los actos constitutivos. No obstante la novedad, debían pasar algunas décadas para que esa modalidad se generalizara.

La resistencia inicial se comprende a partir del prejuicio anticorporativista que imperaba bajo las banderas revolucionarias. Finalmente, la libertad industrial que requería como precondition el nuevo sistema económico derivó en la independencia de las sociedades del poder público.

Siguiendo la corriente de los tiempos, el régimen societario adoptó las formas y el léxico de las Constituciones modernas. Documentos constitutivos de dificultosa modificación, órganos con funciones específicas emulando a los poderes del Estado, un “estado de socio” que se asemeja a la ciudadanía, derechos políticos, funcionamiento colegiado con el predominio de las mayorías, etc. Como correlato teórico-jurídico se ha construido la concepción contractual de las sociedades, derivada de su análogo en ciencia política. Más perfecto, quizás, pues el contrato social no es una creación conceptual sino un documento preciso, suscripto y hecho público.

Como fuente del derecho, el movimiento codificador contiene en origen una pretensión de permanencia que conduce a una cierta actitud ahistórica originada en su inspiración iluminista y iusnaturalista. Han existido quienes resistían la codificación no tanto por el rechazo a los ideales revolucionarios sino porque su vocación de permanencia detiene el progreso de la legislación.¹²

10. Arecha, Waldemar, *La sociedad anónima y el hombre*, Abeledo Perrot, 1965, p. 31.

11. Cit. en Allen, William T. - Kraakman, Reinier, *Commentaries and Cases on the Law of Business Organization*, Aspen Publishers, 2003, p. 84.

12. Girón Tena, J., op. cit., p. 31.

La evolución posterior es tan compleja como lo fue el siglo XX, el de las reivindicaciones sociales y los genocidios, la ciencia como fe y las técnicas de asesinato selectivo, los derechos humanos, la posmodernidad y el relativismo cultural.

En materia societaria, la tesis contractual comienza a convivir y a ser superada por otras construcciones teóricas. Aparecen las teorías institucionalistas y luego la teoría del órgano. Lo llamativo es que esta última, de buena acogida entre nosotros, continúa vista como una derivación del ideario liberal aun cuando admite en su seno limitaciones impensadas en el plano público.

Esa dualidad típica de un período transicional aparecía claramente articulada en numerosos trabajos publicados a mediados del siglo XX. Gervasio Colombres postulaba que “lo que resultará de cualquier manera impostergable para un sistema jurídico [de orientación democrática] es la presencia en sus órganos colegiados de estos dos presupuestos: deliberación y gobierno por la mayoría. Tal es el régimen de nuestro derecho societario, y mal podría ser otro bajo una ley fundamental de inspiración semejante a la nuestra”.¹³ Y más precisamente afirma que “para las naciones de formación institucional democrática como la nuestra, la deliberación es un presupuesto, más que jurídico, político. El derecho se limita a consagrar su obligatoriedad y a estatuir normas de garantías para que la práctica no desvirtúe su ejercicio”.¹⁴

Pero la base democrática que sostiene la necesidad de la deliberación en el seno de los órganos colegiados no admite la revisión de la voluntad mayoritaria para la protección de las minorías o cuando sea evidente la desnaturalización del fin de la empresa. En opinión de Colombres, quien con gran acierto nos facilita una fotografía precisa de este cambio que hoy aparece como evidente, ni siquiera cabría la posibilidad de analizar un acto de voluntad social bajo la óptica del abuso del derecho. Y más adelante defiende la licitud de las convenciones sobre el derecho de voto, admitiendo aun su renuncia y criticando duramente al legislador paternalista. Cita incluso un dicho de Malagarriga, quien afirmaba que “todo andaría mejor, en las cosas

13. Colombres, G. R., *La teoría del órgano en la sociedad anónima*, Abeledo Perrot, 1964, p. 49.

14. Colombres, G. R., op. cit., p. 51.

del país, si el Estado no estuviera continuamente protegiendo al hombre mayor de 22 años no interdicto”.¹⁵

Bajo una aparente defensa de la autonomía de la voluntad, los derechos de socio, los derechos políticos a semejanza del texto constitucional de orientación democrática, se admite la venta del voto (la “licitud de las convenciones sobre el derecho del voto”) y la irreversibilidad de las decisiones de gobierno, con el único límite en los vicios de la voluntad.

En similar sentido y en la misma época, otro autor titula un estudio declarando a “la sociedad anónima como instrumento de la democracia” y destacando el fenómeno societario como necesario para la vigencia de ciertos derechos fundamentales. Presentado el problema de la concentración del poder en un mercado dejado a su suerte, expresa que “en cuanto al poder que inevitablemente se concentra y las desviaciones a que el mismo puede conducir, es al libre juego institucional de la democracia donde debe recurrirse para su control”.¹⁶ Omite especificar, no obstante, si el juego institucional de la democracia implica una asunción de facultades regulatorias por parte del Estado, o si es el mismo sistema liberal que facilitó la concentración del poder el que deberá autorregularse.

Vale también la mención de otro estudio que afirma que la pérdida del sentido democrático en la organización empresaria es reflejo de “razones comerciales” y no tanto de la asimilación de procesos políticos no democráticos. Dice Etchebarne (h.), que “en Alemania se introduce en 1937 el *führerprinzip*, el principio del jefe, en la organización de las sociedades anónimas. No debe ser considerada, empero esta evolución jurídica, la mera consecuencia de un nuevo impacto de doctrinas políticas totalitarias en las esferas económicas y jurídicas. En países que sustentan firmes concepciones democráticas, razones de orden estrictamente comercial, tendientes a adaptar las estructuras empresarias al ritmo de los negocios en la época actual, han impulsado movimientos similares”.¹⁷

15. Colombres, G. R., op. cit., p. 79.

16. Alconada Aramburu, Carlos, *La sociedad anónima, propósitos y problemas*, Abeledo Perrot, 1966, p. 50.

17. Etchebarne, Conrado (h.), *Proyecciones de la sociedad anónima en el mundo actual*, Abeledo Perrot, 1962, p. 34.

Menos atractiva por sus apelaciones irrealistas, la teoría institucional también simboliza la crisis del sistema liberal. Hauriou explica que “el alma humana aparecería como una realidad objetiva, que posee la misma existencia positiva que tiene la idea de la obra a realizar en una institución corporativa”.¹⁸ Defiende la idea de la institución sobre la premisa de que esta precede a las reglas de derecho. Afirma que “el verdadero elemento objetivo del sistema jurídico es la institución; es verdad que ella contiene un germen subjetivo que se desarrolla por el fenómeno de la personificación, pero el elemento objetivo subsiste en el corpus de la institución y este solo corpus, con su idea directriz y su poder organizado, es muy superior en virtud jurídica a la regla de derecho, porque son las instituciones las que determinan las reglas de derecho, y no las reglas de derecho las que crean las instituciones”.¹⁹ Ningún autor encolumnado en esta corriente ha podido explicar el origen de aquellas instituciones supralegales. Menos aún, existen explicaciones razonables frente al potencial peligro de asignar cualidades sustanciales a entidades que quedarían por fuera del sistema democrático de generación de normas.

En el impecable análisis histórico-jurídico que venimos siguiendo, Garrigues afirma que aunque se mantiene la forma mercantilista, las sociedades comerciales son instrumentos de la política nacional, volviéndose sobre sí mismas sobre la base de una estructura aristocrática representada por la clase ascendiente de los dirigentes de empresa y con una estrecha vinculación con el Estado. De la dependencia frente a este último pasa a la independencia, para volver a sufrir una intromisión creciente del Estado. Las autoridades políticas no quieren abdicar de la función tutelar bajo la cual nace la sociedad anónima, ocupándose de defender a los accionistas, a los inversores, pero también “de defenderse a sí mismo... cuando el poder de esta es tan fuerte que llega a enfrentarse con el poder del Estado”.²⁰

Esta concepción sobre la función del Estado fue germinando lentamente a lo largo del siglo XX y emerge consolidada con la necesidad de responder activamente frente a las crisis del sistema financiero internacio-

18. Hauriou, Maurice, *La teoría de la institución y de la fundación (ensayo de vitalismo social)*, Abeledo Perrot, 1968, p. 53.

19. Hauriou, M., op. cit., p. 76.

20. Garrigues, Joaquín, “Problemas actuales de la sociedad anónima”, 1933, en Garrigues, J., *Hacia un nuevo...*, p. 121.

nal. En efecto, el texto constitucional de 1853-1860 se enmarca dentro del constitucionalismo clásico, como una garantía del ejercicio de los derechos frente al Estado, que podía hacerlos peligrar a partir de la consolidación del monopolio de la fuerza.

Las reformas del siglo XX, culminando en el texto actual, contienen el agregado de las obligaciones positivas del Estado como garante del progreso y se introducen las cuestiones antimonopólicas, ambientales, de los consumidores y la discriminación. A diferencia del movimiento constitucional anterior, resulta que el Estado deja de ser la única amenaza para el ejercicio de los derechos.

Con el reconocimiento de los derechos sociales, vendría la presión reformadora para integrar fórmulas de conducción compartida entre el capital y el trabajo, que van desde los comités de empresa franceses o los jurados españoles hasta el sistema de la codeterminación alemana, único con vigencia real aunque sin éxito allende las fronteras de su país de origen. La cláusula del art. 14 bis de la Constitución Nacional que establece para los trabajadores la “colaboración en la dirección” no ha sido hasta el momento puesta en práctica, y las iniciativas en ese sentido –desde los bonos para el personal, los esquemas de propiedad participada o las opciones sobre acciones–, no han alcanzado niveles aceptables de popularidad.

Entrados en el siglo XXI, con la caída del mundo bipolar y la inédita experiencia de la globalización, la cultura informatizada y la presión sobre los recursos naturales, la materia comercial muestra tres notas claramente distintivas que se explican por la germinación de los procesos antes relatados. Aunque existen matices regionales, se trata de un fenómeno global. Entre nosotros, no parece tratarse de movimientos vinculados a los procesos políticos que transita nuestro país sino más bien a las fuerzas convergentes del mundo interconectado.

El primer elemento destacable es el corrimiento de la fuerza legisladora desde el parlamento hacia los reguladores que crecen en número, sofisticación y cantidad de facultades. Una vez en ese ámbito, los cuerpos normativos regulatorios vienen creciendo en forma exponencial. El código, extensivo de todas las relaciones jurídicas horizontales, y estable en el tiempo, deja lugar a las regulaciones, complejas, cambiantes y aplicadas por autoridades ejecutivas.

La segunda característica, que podría entenderse como un prerrequisito de la primera, es el involucramiento del interés público en áreas tradi-

cionalmente reservadas al ámbito negocial privado. Paradójicamente, el concepto jurídico de “orden público” disminuye en importancia como elemento calificador de los institutos jurídicos, no porque hayan desaparecido las normas imperativas, sino porque retroceden las de naturaleza dispositiva.

En tercer lugar, existe un viraje en cuanto a la técnica legislativa, que no descansa tanto en las categorías usuales de actos “permitidos”, “facultativos” y “prohibidos” o a lo sumo “actos sujetos a autorización” sino en una generalización de los deberes procedimentales. Y también ha permeado a la materia mercantil un aspecto puramente persecutorio aunque no necesariamente vinculado al derecho penal. En gran medida, los Estados descansan en los sujetos de dedicación empresarial para “señalar”, no ya los actos delictivos, sino los sujetos sospechosos, convirtiendo en culpable a quien omite señalar.

IV. El derecho regulatorio y el pseudoproblema del código unificado

Con su Código de Comercio, Vélez y Acevedo buscaron llevar a cabo los ideales liberales a partir de un cuerpo normativo que conjugaba la tradición previa de un derecho profesional con los actos objetivos de comercio. El derecho comercial apareció entroncado en el derecho privado y contractual, buscando consagrar la libertad constitucional de ejercer toda industria lícita (art. 14, Constitución Nacional) a partir del imperio de la autonomía de la voluntad.

Ese programa legislativo fue exitoso en implementar aquel ideario, más allá de las críticas que pueden encontrarse alrededor de algunos institutos del Código e incluso de su organización a partir de la definición del acto de comercio como elemento calificador de la jurisdicción mercantil. A pesar de haber sufrido mutilaciones con la sanción de innumerables leyes especiales que terminaron por destruir su integridad en cuanto a la técnica de la codificación, la disciplina jurídica comercial mantuvo un cierto grado de autonomía. Aunque más no sea, como rama entroncada en el derecho privado.

La tradición iusprivatista sigue vigente en las aulas universitarias, en muchos textos de doctrina y –en menor sentido porque allí deben lidiar con casos actuales y reales– en los tribunales. Es la visión que destilaba la conferencia antes mencionada. Los programas de enseñanza –para ser justos, la

mayoría pero no todos— evidencian que la educación en derecho comercial sigue atada a la perspectiva tradicional. La misma visión prevalece en los ámbitos de formación docente, a juzgar por los temas elegidos en los concursos para la elección de profesores en el área. Luego de una breve actualización en jurisprudencia, un profesor del siglo XIX podría comprender los contenidos como propios de su mundo y quizás tenga chances de lograr un nombramiento en la universidad actual.

Menos suerte tendría fuera del aula. La actividad empresarial jurídicamente relevante dista en la actualidad de lo que refleja ese código descuartizado, aun incluyendo las leyes contenidas en sus anexos. La actividad comercial o empresarial está definitivamente más influenciada por las regulaciones que por la ley. Cuando hablamos de regulación, no solamente nos referimos a su significado más propio en términos jurídicos, es decir, las disposiciones reglamentarias que emite la Administración Pública y las agencias regulatorias, sino en sentido más general para también incluir a las leyes en su concepción formal. Aun cuando dejan los detalles para el regulador o el juez, las leyes mercantiles son más exhaustivas, casuísticas y procedimentales, asemejándose a las regulaciones en su forma, en el proceso interpretativo y en su inestabilidad. En ese sentido, las regulaciones son más importantes que la ley en su forma tradicional.

Paradójicamente, esta circunstancia relativiza la importancia de la eventual sanción del Código Unificado. Aunque es indudable que el proyecto en debate tiene enormes méritos en cuanto refleja aspectos contemporáneos de la idiosincrasia nacional y contiene disposiciones progresistas, en tanto se enmarca dentro del paradigma regulatorio, su influencia normativa sería relativa. En gran medida, la denominación de “Código” conduce a la falsa representación de un cuerpo normativo integral —como los códigos del siglo XIX— cuando en realidad la explosión regulatoria implica que se tratará de una guía de derechos y deberes muy poco representativa de la normativa que realmente incide en la vida en sociedad.

Las discusiones en torno a la profundidad de los cambios que plantea el texto propuesto —demasiados para algunos, adecuados para otros, tibios para otros— en realidad omiten reconocer la circunstancia evidente de que la principal fuente de los fenómenos jurídicos se halla en otro lado. Cualquier discusión sobre nuevas disposiciones contractuales, por más profunda que sea, pierde importancia frente a nuevas medidas regulatorias, algunas de ellas inéditas como la recopilación de datos biométricos por parte de la au-

toridad fiscal, medida antes reservada al lumpenaje que debía imprimir sus huellas digitales o “tocar el pianito” en sede policial.

En términos de técnica normativa, la generalización del mecanismo regulatorio ha quebrado en gran medida las grandes distancias que históricamente existieron entre el derecho continental, las tradiciones de origen alemán y el *common law*. Ni el Código es el manual integral de los derechos y sus limitaciones, ni los jueces tienen entera libertad para construir las reglas en base a los precedentes jurisprudenciales. El derecho aparece más que nunca definido muy precisamente por el regulador.

La generalización de las regulaciones y su predominio por sobre la ley parece una tendencia global que involucra gobiernos de todos los signos políticos. Habrá matices, claro está, pero a los efectos de la delimitación que sufre el derecho comercial, las diferencias de visión política no alteran el sentido de los cambios.

La actuación regulatoria del Estado tuvo su puntapié inicial en la crisis internacional de los años treinta del siglo XX. El primer antecedente significativo es la creación de la Reserva Federal estadounidense de 1913. Recién en 1935 se funda el banco central argentino con facultades bastante limitadas para un observador actual. Dos años después se creó la autoridad de supervisión del mercado de los seguros. También en 1937 se instituyó una autoridad de supervisión del mercado de capitales en la órbita del Banco Central.

La Comisión Nacional de Valores fue creada por la ley 17.811 en 1968²¹ bajo el ejemplo de la *Securities and Exchange Commission* (SEC) estadounidense de 1934. Esta última había sido instituida en respuesta al quiebre bursátil de 1929, en el marco de una reforma integral del régimen de la oferta pública. Bajo esta nueva dirección se impone el registro ante una autoridad pública de cualquier ofrecimiento público de valores negociables. En lugar

21. La Comisión de Valores de 1937 carecía de facultades regulatorias y ejercía un control de oportunidad en la autorización de nuevas emisiones. El Decreto-Ley del 28 de mayo de 1946, modificatorio de la estructura de la Comisión de Valores, incluía entre sus funciones “resolver sobre las solicitudes de cotización de valores emitidos por entidades privadas o mixtas, para ser colocados pública o privadamente, que se presenten a las bolsas o mercados de valores del país y verificar el cumplimiento de dichas resoluciones”. Posteriormente, se le fueron sumando nuevas funciones pero no fue hasta la sanción de la ley 17.811 que adquirió el lugar que en la actualidad ocupa.

de hacer un control de méritos como se hacía previamente en algunas legislaciones estadales,²² se establecen deberes informativos para asegurar el funcionamiento regular del sistema de formación de precios. Con matices, es la misma modalidad que rige la actuación de la CNV.

La historia de las autoridades regulatorias en el siglo XX es compleja en cuanto a la evolución de la arquitectura institucional, que por otra parte trasciende las fronteras territoriales. Sin entrar en una materia que requiere de un estudio especial, basta con mencionar que el inicio del siglo XXI tuvo su propia impronta en la materia a partir de la creación de las entidades de prevención del lavado de dinero y financiamiento del terrorismo, en un principio para el sistema financiero pero actualmente para casi cualquier sector de la economía. En efecto, la Unidad de Información Financiera fue creada en el año 2000, el mismo año de la fundación del grupo intergubernamental regional Gafisud y solamente once años después del nacimiento del FATF-GAFI.

Hemos afirmado que para los destinatarios del derecho comercial, las regulaciones han crecido tanto en cuanto a su generalización y complejidad, que en cierto sentido han desplazado a la ley en el contacto cotidiano con la actividad mercantil. Un empresario que no conoce la ley de sociedades podrá trabajar normalmente con algún tipo de asistencia jurídica y contable, pero si no conoce las últimas disposiciones regulatorias de la UIF, AFIP, el BCRA, la IGJ, la CNV, etc., seguramente se verá impedido de abrir las puertas de su comercio o industria.

Una sencilla prueba es ilustrativa de la criticidad de la cuestión. La inflación regulatoria queda patentizada en la evolución del tamaño de los cuerpos normativos en las últimas décadas, medidos en cantidad de palabras. Podrá decirse que la mayor extensión en los textos no necesariamente implica una mayor carga regulatoria, aunque tratándose de números contundentes no parece haber una mejor explicación. Reténgase además que el discurso legislativo, a diferencia del literario, reposa justamente en la economía de palabras. Salvo cuando deba hacerse algún tipo de aclaración o énfasis en algún aspecto, rara vez las leyes recurren a los ejemplos, las metáforas, la repetición de conceptos, etc. Es decir, el legislador y el regulador

22. Malumián, Nicolás - Barredo, Federico A., "Oferta pública de valores negociables", *Lexis Nexis*, Buenos Aires, 2007, p. 45.

tratan de utilizar la menor cantidad de palabras que sean necesarias para dejar en claro los hechos condicionantes y las consecuencias jurídicas. Por otro lado, el crecimiento de los cuerpos regulatorios es consistente con la generalización de los deberes procedimentales, otra característica saliente del nuevo derecho comercial.

En números redondos, la ley 17.811 de 1968, es decir la ley que creó la Comisión Nacional de Valores en su forma actual, tenía 4.700 palabras. El texto actualizado en 2001 a partir del decreto 677/2001 contaba con 9.500 palabras, es decir, un 102% más que el anterior. El Decreto 677/2001, sin las porciones que se integran a otras leyes, sumaba 12.500 palabras, con lo cual podría afirmarse que en el año 2001 la normativa principal del mercado de capitales tenía 22.000 palabras, un 368% más que en 1968. La última reforma integral del sistema de la oferta pública, operada en 2012 a partir de la ley 26.831, sumaba 23.200 palabras, sólo un 5% más que el texto de 2001, pero un 394% adicional tomando como base el texto de 1968. Antes de que la CNV emitiera el nuevo cuerpo regulatorio, el poder ejecutivo sancionó un decreto reglamentario (Decreto N°1023/2013) sumando 5.970 palabras a la ley del mercado de capitales. Cabe aclarar que no han sido contabilizadas algunas leyes especiales sancionadas luego de 1968 y que han hecho crecer considerablemente ese ámbito normativo como la ley de fideicomisos, la ley de fondos comunes de inversión, la normativa relativa a las empresas calificadoras de riegos, etc.

Las resoluciones de la CNV reunidas en textos ordenados también aumentaron considerablemente en su extensión. La Resolución General 290 de 1997 tenía 68.900 palabras. El texto de 2001 compilado a través de la RG 368 sumaba 125.100 palabras, es decir un 82% más extenso a pesar de haber transcurrido muy pocos años y con un mercado de capitales que se encogía. El texto ordenado vigente en enero de 2013, antes de emitir la reglamentación de la nueva ley, ascendía a 240.100 palabras, lo que equivale a un 92% más que el texto de 2001 y 248% más que el de 1997.

La IGJ, autoridad de policía societaria de la Capital Federal, sancionó en 1980 un texto general de normas de 25.600 palabras. En el año 2005 se aprobó una nueva recopilación regulatoria a través de la Resolución General 7 que sumaba 94.100 palabras, un 268% adicional tomando el texto de 1980 como base 100 aunque con 25 años de diferencia. En enero de 2013, el texto de las regulaciones sumaba 104.800 palabras, un 12% más que el texto de 2005 y 309% más que en 1980.

A esta carga regulatoria adicional que ejemplificamos, habría que adicionarle innumerables otras normas que también han crecido en su complejidad, desde las disposiciones de tipo tributarias hasta las que buscan prevenir el lavado de dinero y el financiamiento del terrorismo.

La explosión regulatoria no es exclusiva de nuestro medio. El texto de la ley Dodd-Frank que operó la reforma financiera estadounidense en 2010 tiene 368.000 palabras, unas 800 páginas en el formato de texto de la publicación oficial. Seguramente, la suma de las disposiciones reglamentarias se extienda por algunos millones de palabras. Lo mismo puede decirse de las últimas reformas sancionadas en la región europea.

Para saber derecho comercial, entonces, no basta con conocer las disposiciones normativas tradicionales. Se impone también conocer esta inabarcable cantidad de regulaciones que indefectiblemente afectan no solamente la relación de los sujetos del comercio con el Estado, sino también las relaciones horizontales, desde que cada acto de comercio deberá integrar un número creciente de requisitos establecidos en ese mar de leyes.

V. Visión “publicística” o tutelar

Según la clasificación habitual, el derecho positivo puede dividirse en dos grandes ramas conformadas por el derecho público y el derecho privado. Borda no finca la distinción en la relación de subordinación o coordinación o en el interés involucrado, sino en el sujeto de la relación. Según el autor, estaremos dentro del mundo del derecho público cuando el Estado interviene como poder público. Si sólo intervienen particulares, será derecho privado.²³

Como toda clasificación, es útil para poner algo de orden a las ideas, pero no tiene valor de verdad. Es una dualidad problemática desde que pretende hacer encajar dentro de cada molde a las ramas en que a su vez se divide el derecho. Así, por ejemplo, para Borda el derecho procesal civil y la legislación laboral serían derecho privado.

Hemos señalado que el paulatino abandono de la visión liberal tiene como correlato la explosión regulatoria que sufre la materia mercantil. Otra

23. Borda, Guillermo A., *Manual de derecho civil - Parte general*, Perrot, 17ª Edición, 1995, p. 17.

consecuencia derivada del mismo proceso es una cierta visión “publicística” del derecho.

No es un término feliz, desde que el necesario origen en un proceso político vincula el derecho a lo público. Por otra parte, su antónimo refiere a una idea de imposible postulación en la modernidad, esto es, que puedan existir manifestaciones normativas privatistas. En efecto, la instalación del paradigma regulatorio ha provocado la caída en desgracia de los sistemas de autorregulación, profundamente revisados en buena parte del mundo.

En su lugar, es preferible referirse a ese fenómeno como tutelar, o quizás intervencionista. En definitiva, se quiere expresar la mayor presencia estatal en las relaciones jurídicas puramente privadas. No se espera, como lo hacía la economía clásica, que la actuación egoísta de los sujetos promueva el interés público sino que se establecen criterios especiales, dispuestos por la autoridad pública, teniendo en cuenta la calidad de los operadores, el tipo de actividad, la importancia económica, etc. Pero tampoco es una simple derivación del *welfare state*, ya que no siempre la intervención busca equilibrar situaciones allí donde el mercado arroja resultados injustos.

En derecho comercial, ejemplos de normativa tutelar se observan en las normas de protección al consumidor, en las innumerables cargas procedimentales a la celebración de operaciones comerciales por cuestiones tributarias o de política monetaria, los regímenes especiales como el de oferta pública y lavado de dinero, entre muchos otros.

En materia societaria, nunca ha desaparecido la idea de que la responsabilidad limitada implica la concesión de un privilegio que requiere un cuidadoso escrutinio público. Esa desconfianza se remonta a los inicios del mundo moderno, cuando los revolucionarios decretaron la abolición de las corporaciones. Easterbrook y Fischel²⁴ ofrecen una interesante explicación para desmentir que el beneficio de la responsabilidad limitada sea un privilegio. Desde que se puede lograr el mismo resultado mediante contratos –los acreedores comerciales acuerdan limitar su reclamo a ciertos bienes y para el resto existen seguros– las leyes societarias se limitan a establecer una solución eficiente en términos de costos de transacción. Coase en estado puro.

24. Easterbrook, Frank H. - Fischel, Daniel R., *The Economic Structure of Corporate Law*, Harvard University Press, 1991.

El mismo razonamiento puede valer para ciertas disposiciones societarias imperativas, como por ejemplo, la tipicidad. Una sociedad anónima con dos órganos de administración no parece una inmoralidad o una injusticia, pero está prohibido. La prohibición se justifica para disminuir el costo de transacción de estudiar exhaustivamente el contrato de sociedad para cualquier operación, ante la posibilidad de estar contratando con quien carece de facultades. En términos sistémicos, la uniformidad conviene.

Pero la visión publicística de las sociedades no está vinculada con la proliferación de normas imperativas, sino en la tutela estatal directa sobre actos o actividades antes dejados a la autonomía de la voluntad y, especialmente, los actos intrasocietarios. Muchas de las medidas de gobierno societario participan de esta corriente. La OPA obligatoria, la integración de los órganos con funcionarios independientes, la adecuación del capital al objeto social, las obligaciones informativas, y tantas otras medidas aplicables tanto a las sociedades cotizadas como a las cerradas, jamás podrían haber sido siquiera planteadas bajo el paraguas del ideario liberal.

Zamenfeld y Caivano²⁵ explican que la perspectiva publicística no es exclusiva de las autoridades políticas sino que también involucra a los jueces. Critican la baja estima judicial por las cláusulas arbitrales de los contratos de sociedad. Afirman enfáticamente que “este pensamiento pertenece a la categoría de aquellas ideas que, aunque en apariencia son inmovibles, no resisten un análisis profundo y deben ceder frente a la demostración de su inconveniencia, en tanto por encima de su aparente legitimidad conceptual no logran traducirse en soluciones equitativas para problemas reales”. La resistencia a admitir la jurisdicción arbitral para juzgar la validez de los actos asamblearios, “equivaldría a quitar una buena proporción de la materia societaria del tráfico privado y someterla a la tutela del Estado como condición de validez de cualquier manifestación de la voluntad de las partes”.

A pesar de los cuestionamientos doctrinarios, la visión publicística o tutelar del derecho comercial trasciende los dispositivos normativos puntuales para atravesar la materia en su conjunto. Y dejando a salvo la impronta de cada sistema jurídico y político, existen elementos para afirmar que también se trata de una corriente global. Ello se percibe en los consensos

25. Zamenfeld, Víctor - Caivano, Roque J., “El arbitraje en materia societaria”, *El Derecho* 194-152, 2001.

que lentamente se van logrando en el marco de las organizaciones internacionales o intergubernamentales como el G-20, el GAFI, IOSCO, IAIS, Basilea, etc.

VI. Deberes procedimentales

Además de la distinción derecho privado-derecho público, las leyes pueden ser imperativas o supletorias, de acuerdo a su validez en relación a la voluntad de las personas.²⁶ De todas las que han sido postuladas, es una de las clasificaciones más útiles dado que se vincula directamente con las categorías de lo “prohibido”, “obligatorio” y “facultativo”. Aunque la justificación de esa distinción trae sus propios problemas, para los operadores del derecho es fundamental determinar los límites de las estipulaciones particulares.

El nuevo panorama regulatorio viene presentando un fenómeno peculiar que en cierto sentido quiebra esa perspectiva ternaria. Prolifera una creciente cantidad de normas procedimentales, en las cuales se ordena la ejecución de determinadas conductas, pero con una relación indirecta con la conducta social que busca promoverse o prohibirse. El incumplimiento de las obligaciones rituales causa la aplicación de sanciones aunque el bien jurídico que busca protegerse no haya peligrado.

En estrictos términos lógicos, las normas procedimentales no alteran la forma en que se postulan los enunciados normativos. En aquellas, también se prevén antecedentes vinculados a ciertas consecuencias. Pero existen al menos dos importantes distinciones. En primer lugar, el derecho comercial resiente algo de los valores “celeridad”, “informalidad”, etc., que implicara su calificación como el derecho de la circulación²⁷ para adoptar un cierto sesgo burocrático, más propio de otras ramas del derecho. Es cierto que si hablamos de tiempos transaccionales, en gran medida la revolución informática compensa el derrotero procedimental complejizado. Pero el cumplimiento de ritos intermedios como fines en sí mismos, cambia radicalmente la fisonomía de la materia. Esto último constituye el segundo distingo. Mu-

26. Borda, G. A., op. cit., p. 39.

27. Luchinsky, Rodrigo S., *Gobierno societario, mercados y conflictos*, Ediar, 2012.

chas de las obligaciones procedimentales no tienen como finalidad resguardar o controlar la transacción con la cual se vincula, sino que se persigue otro objetivo calificado como de interés público.

El proceso de ritualización del derecho comercial puede ser descrito en tres etapas o componentes. Por un lado, muchos institutos clásicos se han procedimentalizado, operando el paulatino abandono de las categorías normativas clásicas. En un inicio, cierta práctica aparece como permitida, obligada o prohibida. Con posterioridad, se establecen ritos, primero sencillos pero paulatinamente más complejos, que buscan canalizar las prácticas en ciertas formas descritas por el legislador o el regulador.

Aparece más tarde el componente represivo: el incumplimiento de los ritos, además de habilitar reclamos por parte de los interesados, aparece como antecedente de las prerrogativas sancionatorias del Estado moderno. La sanción tiene lugar con independencia del daño. Aunque pueden encontrarse razones sistémicas (“resguardar el sistema financiero”, “asegurar la transparencia en el mercado de capitales”, “evitar sanciones de la comunidad internacional”), lo que se castiga es la desobediencia.

Finalmente, llevada a un extremo, la desvinculación entre el daño y la infracción origina a su vez categorías jurídicas nuevas como la del *sospechoso*. Por supuesto que la evolución descrita no tiene lugar con la misma intensidad en todas las expresiones del derecho comercial, pero en todas ellas puede identificarse la impronta del proceso señalado.

Un ejemplo de la evolución señalada en primer término –de normas rígidas a procedimientos descritos en la ley– puede ser, aunque los hay por donde se mire, la regulación de los contratos entre los directores y la sociedad que integran. El art. 338 del Código de Comercio prohibía a los directores “negociar o contratar por cuenta propia, directa o indirectamente, con la sociedad que administra”. Se trataba, de acuerdo a un sector importante de los comentaristas, de una disposición de orden público, con algunos matices que fue admitiendo la jurisprudencia.²⁸ Las sucesivas reformas agregan pasos procedimentales en forma incremental hasta llegar al texto actual, que a su vez se integra con regulaciones.

28. Malagarriga, Carlos, *Código de Comercio comentado*, T. II, J. Lajouane & Cía. Editores, 1927, p. 194. Ver también Alconada Aramburu, C., op. cit., p. 51.

La ley de 1972 establece una habilitación limitada a los contratos que involucren la actividad normal de la sociedad y en las mismas condiciones en que aquella contrata con terceros, siempre y cuando se informe al directorio y al síndico y los directores contratantes se abstengan de participar en la deliberación. El resto de los contratos requieren la aprobación de una asamblea extraordinaria.

En el texto de 1983 –ley 22.983– hoy vigente, los contratos que involucren la actividad normal requieren la aprobación *previa* del directorio o la sindicatura si aquel no tuviese quórum, y la remisión posterior del asunto a la asamblea, sancionando de nulidad los contratos no ratificados por esa instancia.

A partir del año 2001, en una dirección ratificada a finales de 2012, las sociedades con acciones anotadas en el régimen de la oferta pública deben someter los llamados “contratos con partes relacionadas” –que incluyen los contratos entre directores y la sociedad– a una serie de pasos procedimentales mucho más complejos.

La ley 26.831 establece que los contratos con partes relacionadas sobre un valor señalado como umbral y denominado “monto relevante” requieren una deliberación en el directorio, la posterior remisión al comité de auditoría y la eventual consulta a dos firmas evaluadoras independientes para determinar si el contrato se realiza en condiciones normales y habituales de mercado. Luego, se establece que la decisión del directorio –además de ser comunicada al mercado– deba quedar a disposición de los accionistas en el domicilio de la sede social. Y si el contrato no se concierta en base a circunstancias normales y habituales del mercado, se requiere la aprobación asamblearia.

A la extensión de las normas rituales habría que adicionarle la exaltación de las potestades sancionatorias del Estado. El incumplimiento de los procedimientos no solamente interesa al ámbito negocial, como podría ocurrir si una operación no logra las ratificaciones necesarias para resultar válida, sino que con mayor intensidad aparece la autoridad pública aplicando castigos.

En cierto sentido, esa potestad sancionatoria responde a la evolución de las prácticas judiciales a partir de la estatización de los mecanismos jurisdiccionales que describe Foucault. Sin embargo, es notable que en ciertos institutos del derecho comercial parece haberse llegado al extremo de desvincular totalmente la práctica impuesta con el daño que busca prevenirse.

Afirma el filósofo francés que a partir de la segunda mitad del siglo XII nace en Europa la figura del procurador –desconocida por el derecho romano con esta nueva misión–, quien oficia de representante del soberano ejerciendo la condición de titular de un poder lesionado por el solo hecho de que ha habido un delito o crimen.

Surge desde entonces el concepto novedoso de la “infracción”, que implicaba dejar de lado el sistema judicial anterior que consistía en dirimir si había existido un daño y en establecer el responsable para aplicar el castigo o exigirle reparación. Cuando se determina que el soberano también resulta lesionado por el daño, se entiende que el ataque no se dirigió de un sujeto a otro, sino al Estado, a la ley. Con el tiempo, las prácticas jurisdiccionales afectan la forma de saber, al transformar la indagación para determinar el transcurso de los hechos en un caso que tuvo lugar en el pasado y que se dirime en un pleito judicial, a la forma moderna de la vigilancia. De ahí viene el ejemplo que Foucault trae de Bentham acerca del *panóptico*. Decía el jurista y filósofo británico en 1791 que “el saberse constantemente observado por un inspector, hace perder en efecto, la fuerza para obrar mal y casi la idea de desearlo”.

La vigilancia como práctica surge como mecanismo subterráneo de las prácticas que hoy podríamos llamar republicanas, que exigen una clara determinación de la conducta debida y las sanciones, una relación de razonabilidad entre ambas y cierta mesura a la hora de restringir derechos. Es interesante la contraposición que propone Foucault de la teoría del derecho penal postulada por Beccaria a la vigilancia como mecanismo de control social: “Esta teoría del castigo subordina el hecho y la posibilidad de castigar a la existencia de una ley explícita, a la comprobación manifiesta de que se ha cometido una infracción a esta ley y finalmente a un castigo que tendría por función reparar o prevenir, en la medida de lo posible, el daño causado a la sociedad por la infracción. Esta teoría legalista, teoría social en sentido estricto, casi colectiva, es lo absolutamente opuesto del panoptismo. En este, la vigilancia sobre los individuos no controla lo que hacen, sino lo que son o pueden hacer. La vigilancia tiende cada vez más a individualizar al autor del acto, dejando de lado la naturaleza jurídica o la calificación penal del acto en sí mismo”.²⁹

29. Foucault, M., op. cit., p. 124.

El distanciamiento entre el daño y la infracción es entonces producto de la evolución de las prácticas judiciales y, agregaría Foucault, ello opera como necesidad del sistema productivo moderno.

En lo que atañe a la materia mercantil, sin dejar de reconocer el proceso evolutivo que venimos describiendo, lo que aparece en el último tiempo es un salto cuantitativo en torno a esa desconexión. En tanto el deber ritual se aleja del bien jurídico a resguardar, la sanción aparece como buscando el disciplinamiento por sí mismo.

Uno de los ejemplos más palmarios de esta circunstancia son las normas de prevención de lavado de dinero y financiamiento del terrorismo. Por un lado, se establecen innumerables obligaciones procedimentales, tendientes a que ciertas personas –los sujetos “obligados”– puedan detectar, entre sus clientes actuales o potenciales, operaciones sospechosas. La categoría del sospechoso no es problemática en torno a la persona denunciada –en cierto sentido, cualquiera puede ser denunciado por cualquier delito, recayendo una cierta medida de sospecha– sino alrededor de la persona del sujeto obligado a denunciar. La falta de cumplimiento de ciertos deberes alrededor de la implementación del sistema de denuncia, o la falta de denuncia de un sospechoso, aunque no sea un lavador de dinero o un terrorista, convierte al sujeto obligado en infractor.

El sistema de la ley 25.246 –en este aspecto idéntico a la totalidad de los países que integran el GAFI– establece un catálogo de sujetos obligados que incluyen desde entidades financieras, corredores de todo tipo hasta escribanos y todo aquel que reciba aportes de terceros, es decir, prácticamente todo aquel que desarrolla actividades económicas de alguna sofisticación.

Los sujetos obligados tienen tres obligaciones centrales: conocer a sus clientes, denunciarlos cuando exista alguna operación sospechosa o inusual, realizada o tentada y abstenerse de informarles que los han denunciado. Para implementar el mecanismo de prevención, la reglamentación establece una larga serie de obligaciones procedimentales. Estas incluyen el nombramiento de un oficial de cumplimiento, la confección de un manual de procedimientos, la realización de auditorías internas, la capacitación continua del personal, la remisión de informes periódicos, y otras adicionales dependiendo de la naturaleza del sujeto obligado de que se trate.

El mecanismo antilavado completa con las amplias facultades de la UIF. Para cumplir con su cometido, dice la ley, la autoridad puede “solicitar informes, documentos, antecedentes y todo otro elemento que estime

útil para el cumplimiento de sus funciones, a cualquier organismo público, nacional, provincial o municipal, y a personas físicas o jurídicas, públicas o privadas, todos los cuales estarán obligados a proporcionarlos dentro del término que se les fije, bajo apercibimiento de ley” (art. 14, ley 25.246). Cuando los requeridos sean sujetos obligados, y exista un reporte de operación sospechosa, la ley establece que no podrán oponer el secreto bancario, fiscal, bursátil o profesional, ni los compromisos legales o contractuales de confidencialidad.

El incumplimiento de las obligaciones procedimentales puede originar la aplicación de sanciones, aun cuando el bien jurídico protegido no haya sido puesto en peligro. Es cierto que en derecho administrativo sancionador hace mucho tiempo que se admite la aplicación de sanciones por transgresiones meramente formales, aunque no exista daño ni peligro para aquello que busca resguardarse. Lo peculiar no yace en el poder sancionatorio del Estado, sino en la naturaleza de las normas involucradas, de naturaleza estrictamente formal. Un ejemplo de ello es la obligación de contar con un manual de prevención, auditorías de *compliance* y programas de capacitación, que por sí mismos no aseguran la eficacia del sistema en general.

Aunque la UIF viene siendo bastante cauta en el ejercicio de sus prerrogativas sancionatorias –los casos que hemos podido consultar se refieren a operaciones no reportadas que claramente debían haber sido tildadas de inusuales– lo cierto es que la normativa aparece redactada en términos muy imprecisos. No se trata de un problema de nuestros legisladores sino del consenso internacional acerca de la salud del sistema financiero.

El mundo que describe Orwell en su utopía negativa *1984* tiene mucho en común con el mecanismo de los sujetos obligados que hemos descripto. En la obra de 1949, el estado policíaco no sólo descansa en la tecnología para ejercer el control, sino más especialmente en lo propios sujetos, quienes especialmente desde niños reciben entrenamiento para detectar acciones, actitudes y aun instintos sospechosos.

VII. Los desafíos pendientes

La sociedad anónima nació como instrumento de política económica del absolutismo monárquico del siglo XVII. Bajo la influencia del capitalismo y el liberalismo político, se independiza y reproduce en su seno las formas propias del constitucionalismo moderno. Dice Garrigues que “en el

siglo XIX los hombres de negocios desempolvan la sociedad anónima, que había vivido olvidada por los mercantilistas, y la convierten en su instrumento predilecto al servicio de la nueva mística” y concluye que “el capitalismo no ha creado las instituciones del Derecho mercantil: las ha deformado cambiando su sentido para llevarlas al límite de sus posibilidades al servicio de una nueva mística: la concepción fáustica del dinero como instrumento de señorío, de poder y de fuerza”.³⁰

La evolución posterior del derecho comercial ha dejado irreconocible la anatomía de la materia a los ojos de un jurista formado hace algunas décadas. Operan innumerables fuerzas convergentes conformadas por la creciente presión regulatoria, las prevenciones frente a los abusos que permite la globalización de las finanzas y la evidente crisis de las aspiraciones del liberalismo y el progreso científico en torno a la mejora de las condiciones de vida.

El proceso de reforma, lento e incipiente a pesar de la explosión regulatoria, no viene siendo sencillo. El mismo profesor español se alzaba contra el *status quo* que la forma societaria moderna ha generado como dogma. Decía que “todo intento de reforma escandalizaba a los bien hallados en este régimen de una malentendida libertad. Malentendida porque era sólo libertad para los poderosos y para los grupos de mando que les seguían. Se estimaba que el Derecho de propiedad y el Derecho contractual vigentes eran una especie de Derecho divino, que debía quedar al margen del poder que, paradójicamente, había creado esas leyes, es decir, el poder del Estado. Toda injerencia se tachaba de socialista y de demagógica”.³¹

Pueden postularse al menos tres desafíos que nos ofrece este nuevo orden de cosas. El primero tiene que ver con el diseño de técnicas jurídicas que permitan aprehender la materia mercantil en su verdadera dimensión. Continuar operando con las categorías iusprivatistas de los códigos implica desatender la realidad de la vida empresarial en la era de la información. Desconocer que las regulaciones integran el sistema jurídico con preponderancia solamente contribuye a evitar los juicios de adecuación que debe sortear toda normativa. Las normas o regulaciones irrazonables o inconsti-

30. Garrigues, Joaquín, “Reto sin respuesta”, 1970, en Garrigues, J., *Hacia un nuevo...*, p. 246.

31. Garrigues, J., “Reto...”, p. 248.

tucionales que no sean así declaradas, se transforman en el nuevo parámetro de lo normal.

Vinculado con el anterior, la segunda cuestión hacia adelante es la que enfrenta el edificio democrático asentado sobre la vigencia de los derechos humanos. La comunidad internacional deberá diseñar mecanismos tendientes a aventar los riesgos globales sin que implique destruir las reivindicaciones volcadas en tratados de derechos humanos, quizás el gran legado del siglo XX para la posteridad. La mayor deuda pendiente es, sin dudas, la de la equidad. El desafío para la clase política es enorme, quizá como nunca antes lo ha sido. Quizá el aspecto que le suma una complejidad enorme es el hecho de que las herramientas tecnológicas son neutras desde el punto de vista de los valores. Las redes sociales pueden servir a los fines de control social o la difamación de una persona o grupo, pero también, como ha ocurrido en Medio Oriente, para derrocar dictaduras sangrientas.

Finalmente, el tema ambiental dejará, nuevamente, irreconocible a la materia mercantil. A pesar del evidente deterioro del entorno natural y de los riesgos concretos que implica para la vida humana, no ha recibido la atención que merece, desde ningún ángulo. El tema ambiental es asumido por el derecho como ajeno a la responsabilidad de las partes.

Un abordaje efectivo de esa apremiante cuestión requerirá complementar los mecanismos regulatorios de naturaleza vertical con la internalización de la afección al medio ambiente por los sujetos contratantes. Inevitablemente, en una era de valorización del entorno natural, ciertos postulados normativos deberán repensarse: los derechos del consumidor también involucran deberes, las sociedades comerciales realizan actividades productivas sustentables, el patrimonio común de un país involucra los recursos naturales pero también la innovación tecnológica para conservarlos, etc.

En el sistema de la ley de sociedades –y en definitiva, en todo el derecho que llamaríamos privado– existe una valoración por la producción y el intercambio de bienes y servicios, sin implicar de ningún modo las consecuencias sobre el entorno. Así está expresado en la definición del art. 1º de la LSC, cuando establece que las sociedades involucran aportes para aplicarlos a la producción o intercambio de bienes o servicios participando de los beneficios y soportando las pérdidas y así lo define el Código Civil en el art. 1648 al establecer que habrá sociedad, cuando las partes hacen comprometen recursos “con el fin de obtener alguna utilidad apreciable en dinero,

que dividirán entre sí, del empleo que hicieren de lo que cada uno hubiese aportado”.

Según la posición ideológica del observador, y el momento histórico y político, el énfasis estará centrado en los aspectos distributivos del resultado de esa explotación. Incluso la función asignada al Estado en los distintos procesos históricos también ha sido tributaria de esa puja. Pero ninguna de esas definiciones contempla que los recursos que indefectiblemente ha de transformar el proceso productivo generan consecuencias ambientales –externalidades– que las partes no asumen y que son de muy difícil reparación.

Y si bien la cuestión ambiental viene siendo atendida –una vez más– a través de dispositivos regulatorios, lo cierto es que ni el más efectivo de los Estados podrá llegar lejos sin la colaboración de los ciudadanos. Así como la mayoría de la gente prefiere abstenerse de matar porque es moralmente reprochable hacerlo (al menos, para las morales no relativistas), y no tanto porque el Código Penal lo sanciona, la producción sustentable deberá ser el único camino aceptable como práctica social. Y más especialmente el consumo sustentable; no deberá tanto hablarse de los derechos del consumidor, sino más de los deberes, no tanto frente al proveedor, sino para con el mundo circundante.

Con pequeños cambios de hábito que implican enormes cambios filosóficos, ciertos comportamientos que vemos como moralmente neutros deberán replantearse. No es racional, por ejemplo, movilizar un vehículo de dos o tres toneladas con una sola persona a bordo para un viaje de algunos cientos de metros para, por ejemplo, ir a la panadería. Una bicicleta o un pequeño vehículo eléctrico no superan los 20 o 30 kilos –1% a 3% del vehículo de combustión–, aun con materiales de tecnología ya superada.

VII. Conclusión

El derecho comercial ha seguido, con ritmo propio, los paradigmas económicos y políticos de cada período histórico. Nació como sustrato normativo del capitalismo comercial, transformándose para adecuarse al arquetipo financiero moderno. Aunque la visión dogmática sigue aplicando las categorías conceptuales del entorno liberal generador de los códigos normativos, lo cierto es que enfrenta los desafíos propios del mundo presente.

El derecho comercial entendido como fenómeno normativo relativo a la actividad comercial moderna aparece como regulatorio, publicístico y proce-

dimental. Los procesos tradicionales de conformación de reglas jurídicas no descansan tanto en el legislador parlamentario como en el regulador, quien introduce factores de interés comunitario en las relaciones jurídicas privadas y utiliza con mayor frecuencia deberes procedimentales o rituales, con una relación débil con la finalidad de la norma o el bien jurídico involucrado.

Tratándose de una corriente global, o al menos una que involucra el mundo occidental, deviene fundamental comprender el nuevo orden de cosas para afrontar los desafíos concretos y acuciantes.

Señalamos algunas cuestiones que atraviesan nuestra materia, pero que involucran a todo el edificio social. Por un lado, la alteración de las categorías jurídicas tradicionales y la alteración del proceso de generación de normas requieren actualizar los paradigmas conceptuales del derecho comercial, necesarios para resguardar y profundizar los procesos democráticos. Una correcta conceptualización de la materia requiere pensar seriamente en la vigencia de los derechos bajo un paradigma regulatorio de un aparato estatal efectivo para la consecución de finalidades progresistas pero también para la anulación de ciertas libertades básicas. Y finalmente, el derecho privado no ha resuelto efectivamente la generación de externalidades ambientales, y la solución regulatoria no parece satisfactoria frente a la imposición de incentivos concretos para que el cuidado del entorno natural integre el interés inmediato de consumidores y empresarios.

Bibliografía

- Alconada Aramburu, Carlos, *La sociedad anónima, propósitos y problemas*, Abeledo Perrot, 1966.
- Allen, William T. - Kraakman, Reinier, *Commentaries and Cases on the Law of Business Organization*, Aspen Publishers, 2003.
- Arecha, Waldemar, *La sociedad anónima y el hombre*, Abeledo Perrot, 1965.
- Borda, Guillermo A., *Manual de derecho civil - Parte general*, Perrot, 17^a edición, 1995.
- Castillo, Ramón S., *Derecho comercial*, 1948.
- Colombres, G. R., *La teoría del órgano en la sociedad anónima*, Abeledo Perrot, 1964.
- Easterbrook, Frank H. - Fischel, Daniel R., *The Economic Structure of Corporate Law*, Harvard University Press, 1991.

- Etchebarne, Conrado (h.), *Proyecciones de la sociedad anónima en el mundo actual*, Abeledo Perrot, 1962.
- Fontanarrosa, Rodolfo O., *Derecho comercial argentino, 1: Parte general*, Zavalía, 1995.
- Foucault, Michel, *La verdad y las formas jurídicas*, 1980.
- Garrigues, Joaquín, “Discurso de contestación al ser concedido al Profesor Garrigues el título de Doctor ‘Honoris Causa’ por la Universidad de Génova”, 1966, “La crisis del derecho mercantil contemporáneo”, 1955, “Problemas actuales de la sociedad anónima”, 1933, “Reto sin respuesta”, 1970, en Garrigues, Joaquín, *Hacia un nuevo derecho mercantil*, Tecnos, 1971.
- Girón Tena, J., *Tendencias actuales y reforma del derecho mercantil (estudios)*, Civitas, 1986, p. 130.
- Hauriou, Maurice, *La teoría de la institución y de la fundación (ensayo de vitalismo social)*, Abeledo Perrot, 1968, p. 53.
- Kelsen, Hans - Bulygin, Eugenio - Walter, Robert, *Validez y eficacia del derecho*, Astrea, 2005.
- Luchinsky, Rodrigo S., “Evolución y desafíos del derecho comercial ‘De la máquina a la bicicleta’”, *La Ley* Año LXXVII N°122, 04/07/2013.
— *Gobierno societario, mercados y conflictos*, Ediar, 2012.
- Malumián, Nicolás - Barredo, Federico A., “Oferta pública de valores negociables”, *Lexis Nexis*, Buenos Aires, 2007, p. 45.
- Malagarriga, Carlos, *Código de Comercio comentado*, T. II, J. Lajouane & Cía. Editores, 1927, p. 194. Ver también Alconada Aramburu, C., op. cit., p. 51.
- Radbruch, Gustav, *Relativismo y derecho*, Temis, 1999.
- Russell, Bertrand, *Autoridad e individuo*, Fondo de Cultura Económica, 1995.
- Zamenfeld, Víctor - Caivano, Roque J., “El arbitraje en materia societaria”, *El Derecho* 194-152, 2001.