

LIDIA ESTELA DI MASULLO

INSTITUTO DE DERECHO COMERCIAL "ANGEL MAURICIO MAZZETTI"

DEL COLEGIO DE ABOGADOS DE LOMAS DE ZAMORA

LA ELIMINACION DE LA NOCION DE COMERCIANTE Y DE LOS ACTOS DE COMERCIO EN EL PROYECTO DE UNIFICACION CIVIL Y COMERCIAL Y SUS INCIDENCIAS EN LA DISCIPLINA MERCANTIL

DERECHO COMERCIAL

PONENCIA:

LA CONCEPTUALIZACION DE LA MATERIA COMERCIAL HA GIRADO A LO LARGO DE SU EVOLUCION SOBRE DOS EJES: EL COMERCIANTE Y LOS ACTOS DE COMERCIO, NOCIONES QUE SE ENCUENTRAN AUSENTES EN EL PROYECTO DE UNIFICACION. ESTA CUESTION NOS LLEVA A PREGUNTARNOS SI ACASO ELLO IMPLICA UNA AMENAZA A LA AUTONOMIA DE NUESTRA DISCIPLINA O ES EL NECESARIO CAMBIO DE PARADIGMA QUE EXIGEN LOS TIEMPOS ACTUALES

LA MATERIA MERCANTIL

Nacido como un derecho eminentemente subjetivo, con el transcurso del tiempo y a instancia de las cambiantes condiciones históricas, sociales y económicas varía su contenido hasta transformarse en un derecho predominantemente objetivo.

Como conjunto normativo diferenciado aparece como resultado del surgimiento de la burguesía a partir del siglo XI, donde la figura del “mercader” demanda una regulación específica que focalice su atención en la persona del comerciante (estatutos corporativos); pero luego las exigencias derivadas de la expansión comercial de los siglos XIV y XV fueron determinando el desarrollo de la incipiente objetividad del derecho comercial que se ve plasmada normativamente en el “Edicto de París” al establecer que la jurisdicción consular comprendía no solamente las cuestiones suscitadas entre los comerciantes, sino también aquellas ocasionadas por “...hechos de mercancía...”. (1)

Las sucesivas Ordenanzas dictadas con posterioridad (“Code Savary” en 1673, y “Le Guidon de la Mer” en 1681) destinadas a reglar distintos aspectos del comercio terrestre y marítimo van acentuando la objetivización de la materia mercantil al extender la jurisdicción comercial a los no comerciantes. Se produce entonces el desplazamiento del eje regulatorio: se deja de lado el sujeto “los comerciantes” y se centra la mirada en “la actividad” que éstos realizan. Con el incremento de la utilización de instituciones típicas del tráfico comercial (bancos, seguros, papeles de comercio, etc) por quienes no son comerciantes, especialmente al quedar disueltas las corporaciones en Francia en 1791, se hace más evidente la necesidad de normar teniendo en vista “la actividad mercantil” . Necesidad que se ve satisfecha en 1807 con la sanción del Código de Comercio Francés, que regula desde una doble vía: la subjetiva dirigida al comerciante, al mercader, al banquero; y la objetiva, abocada a la actividad, creando un listado de actos de comercio (art 632), y significando un avance en la mayor objetivización de la materia.

Con base en este criterio, predominantemente objetivo, es que se sanciona en 1859 nuestro Código de Comercio que declara “comerciantes” a quienes realicen “actos

de comercio” (art.1º), consagrando así el “sistema objetivo” complementado con la casuística del art.8º .

Raul A. Etcheverry al hablar acerca de la trascendencia del “acto de comercio” expresaba: *“El régimen legal que estudiaremos, también nos indica la importancia del acto de comercio cuya principal aptitud jurídica—lo adelanto—es atraer sobre sí la aplicación de todo el ordenamiento mercantil, con sus reglas y especiales modalidades.... (2)*

LA AUTONOMIA DEL DERECHO COMERCIAL

Resulta evidente que “la materia mercantil” ha logrado cristalizar en el “derecho comercial” aquellos rasgos que le son propios y le dan identidad: simplicidad, rapidez, pocos formalismos, seguridad, mayor pragmatismo.

De ahí que las características de flexibilidad, dinamismo, progresividad, expansibilidad e internacionalización converjan para sustentarlo como “derecho autónomo”, con reglas propias y particulares, que puede ser expresado en sus tres sentidos: legislativo, jurídico y didáctico .

En nuestro derecho vigente pueden observarse estos tres aspectos de la autonomía del derecho comercial: **a) autonomía legislativa** por cuanto existe un cuerpo de normas como el Código de Comercio que regula la materia; **b) autonomía jurídica** testimoniada en su contenido que refleja los principios que nutren la materia: celeridad, seguridad jurídica, buena fe, etc.; y **c) autonomía didáctica** evidenciada por la enseñanza separada de la materia en los claustros universitarios, por lo que es dable afirmar que el derecho comercial en nuestro país tiene sustantividad propia.

LA CUESTION EN LA ACTUALIDAD

Sin perder de vista estas cuestiones, pero fijando la atención en el texto del proyecto de reforma, la tarea será tratar de determinar la incidencia de la eliminación de la figura del “comerciante” y de los “actos de comercio” en la materia mercantil y verificar si ella afecta o no la mencionada autonomía. Y esto es porque este tema adquiere especial relevancia en el momento de determinar la “jurisdicción aplicable” y porque los jueces al administrar justicia deben merituar sobre las fuentes y reglas interpretativas aplicables a cada caso.

Hasta el presente, posicionados frente a la tarea de resolver una controversia comercial, los jueces han extraído de una adecuada armonización entre el Título Preliminar y el art.207 del C.Com., las directivas necesarias a fin de determinar a qué fuentes recurrir y cuál es su orden de prelación para hallar las pautas que permitan la solución del caso en concreto: ley comercial, espíritu de la ley comercial, leyes comerciales análogas, principios del derecho comercial, y como última “ratio”, una vez agotado el sistema de fuentes del derecho comercial, la legislación civil; por ello es que se puede decir que en la búsqueda de encuadrar el conflicto se ha de recurrir, a falta de una norma mercantil, a la **“analogía interna de la propia materia mercantil”**.

En un reciente artículo relacionado con el proyecto de reforma, publicado por Gustavo Cultraro y refiriéndose a la visión de Etcheverry sobre el estatuto del comerciante, este autor nos dice: *“Etcheverry resaltó que mientras exista en nuestro derecho una expresa regulación positiva del comerciante y de los actos de comercio, hay una materia mercantil y, vinculada a ella, varias disciplinas especiales que adquieren cierta autonomía (sociedades, concursos, navegación y transporte, seguros y bancos). Pero – refiriéndose al Proyecto de Código Civil de 1998 – remarcó que al unificarse el Derecho privado se daría como efecto la desaparición de esa materia mercantil como*

tal, aunque en ese código se incluyeran algunas normas contractuales de derecho mercantil y se mencionaran reglas contables o alusiones a la actividad empresarial. (3)

LAS INCIDENCIAS DE LA REFORMA

Como resultado de la proyectada unificación de los códigos Civil y Comercial nos encontramos frente a la desaparición del actual Código de Comercio como cuerpo normativo especializado y por ello es que puede decirse que esta ausencia hace cimbrar la “**autonomía legislativa**” de la materia en cuestión; esto es así porque la unificación que se proyecta parece pretender ir más allá de la mera unificación en sentido formal, que solo busca la reunión de dos ramas del derecho en sólo un código por cuestiones de práctica legislativa, y aspirar a una unificación sustancial de las materias civil y comercial que es claramente manifiesta al **no delimitarse ni subjetiva ni objetivamente la materia mercantil**. Y esta falta de delimitación, sea subjetiva u objetiva, de la materia comercial conlleva a la imposibilidad de buscar la “analogía interna de la propia materia mercantil” mencionada anteriormente.

Por su parte la unificación también hace tambalear la “**autonomía jurídica**” que detenta el derecho comercial, ya que la eliminación de la noción de comerciante en el proyecto, conlleva inevitablemente a la evanescencia de aquellos efectos derivados de su calidad de tal: aplicación de la ley mercantil, jurisdicción mercantil, presunción de comercialidad de sus actos (art.5 CC.); el carácter de presunción “iuris tantum” que reviste su matriculación (art.32 CC); la fe de sus libros comerciales (art. 26 , inc 1 CC) y el derecho a solicitar la formación del concurso preventivo (art. 26 , inc 2 CC).

Por otro lado, la erradicación del “estatuto del comerciante” y de los “actos de comercio” representará una significativa reducción del contenido académico de la

materia en las universidades, por lo cual es lógico decir que entraña un embate a la “autonomía didáctica” del derecho comercial.

COLOFON

Más que respuestas, quedan los interrogantes planteados al inicio: ¿representan las cuestiones apuntadas una amenaza a la “autonomía” de la disciplina mercantil? , o ¿son la necesaria expresión del cambio de paradigma que exigen los tiempos actuales?.

Quizás sea útil buscar las respuestas a la luz de las palabras de Etcheverry *“La globalización nos presenta, además de las nuevas necesidades, un nuevo desafío: comprender e integrarnos en un derecho mercantil nacional con proyección hacia lo internacional, que será el derecho de los operadores en el mercado (pero no solamente económicos) y que abarcará: a) Su etapa constitucional, su desarrollo y operatividad y su propuesta de auxilio en caso de crisis. b) En sus relaciones externas, se desplegará en las que son; 1-De tipo estatutarias. 2-Negociales... la globalización se propone así encaminarnos a una nueva concepción del Derecho Comercial”* (4) , o bien siguiendo el ejemplo de juristas latinoamericanos, como Valle Tejada, pensar que esta controversia *“no significa la desaparición del Derecho mercantil; su campo de acción es inagotable...aunque lo que no es posible precisar es el límite entre el Derecho Mercantil y el Derecho Civil”* .(5)

(1) Etcheverry , Raul A., Derecho Comercial , Parte Gral. Ed.Astrea 1979, pag 21.

(2) Etcheverry , Raul A., op.cit., pag 230 y ss.

(3) Cultraro, Gustavo, La unificación de los Códigos Civil y Comercial y la materia mercantil, Doctrina –elDial.com, 27-6-2012, www.eldial.com.ar

(4) Etcheverry , Raul A., Una visión para identificar y construir el Derecho Comercial y el asociativo del siglo XXI, LL.2002-B-904

(5) Valle Tejada, Jose, La autonomía del Derecho Mercantil y su crisis- Colombia 1987.

