

Para LA LEY (16-12-14)

**LA "AUTONOMIA" Y LOS CONTENIDOS DEL DERECHO COMERCIAL  
A PARTIR DEL NUEVO CÓDIGO UNIFICADO.**

Por Eduardo M. Favier Dubois (h)<sup>1</sup>

Abstract:

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

*No obstante, en tanto pone en cabeza de ciertos sujetos privados (empresarios, cuasi-empresarios, agentes auxiliares, sociedades y demás personas jurídicas privadas) ciertas obligaciones especiales (contabilidad y registro), la materia comercial se mantiene diferenciada e, inclusive, se expande al brindarse, en materia de obligaciones y contratos, soluciones mercantiles a cuestiones antes civiles (representación, rendición de cuentas, contratos unificados, etc)*

*Ello, unido al mantenimiento de toda la legislación comercial no incorporada materialmente al Código de Comercio derogado, determinan el mantenimiento de las autonomías "científica", "docente" y "legislativa" del Derecho Comercial, sin que exista impedimento normativo para la continuación de la autonomía "jurisdiccional".*

**1.-INTRODUCCIÓN.**

**1.1.-LA DEROGACION DEL CODIGO DE COMERCIO.**

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

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

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

Al respecto, téngase en cuenta que el Código de Comercio argentino, aprobado por leyes 15 y 2637, ha sido expresamente derogado por la ley 26.994, que sanciona al nuevo Código Civil y Comercial de la Nación y reforma a la Ley de Sociedades, con vigencia ha partir del 1º de Enero de 2016 (art. 4º).

El nuevo Código Civil y Comercial de la Nación incorpora algunas de las materias comerciales y da un tratamiento unificado a las obligaciones y a los contratos.

Es así que regula a la contabilidad, a la rendición de cuentas, a la representación, a los contratos comerciales típicos, a las reglas de interpretación y al valor de los usos y costumbres en forma similar a cómo lo hacía el Código de Comercio derogado.

Además, incorpora a los contratos comerciales atípicos y a los contratos bancarios, introduce reglas generales en materia de títulos de crédito y regula el contrato de "arbitraje" y los contratos "de consumo".

<sup>1</sup> Doctor en Derecho. Ex juez nacional de Comercio. Profesor Titular de Derecho Comercial en la Facultad de Derecho y de Derecho Económico II, ambas de la Universidad de Buenos Aires. Se agradecerán comentarios al correo: [emfaviardubois@faviarduboisppagnolo.com](mailto:emfaviardubois@faviarduboisppagnolo.com)

En materia de sociedades, no existe más la sociedad "civil" ni tampoco la sociedad "comercial" ya que conformidad con las reformas de la ley 26.994 a la ley 19.550, la que se denomina ahora "Ley general de sociedades", hay un tratamiento único y no existe más el "objeto comercial" para diferenciar entre sí a las sociedades "de hecho"<sup>2</sup>.

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

En tales condiciones, una primera lectura del nuevo Código llevaría a pensar que ha desaparecido la materia comercial y que, bajo la denominación de Código Civil "y Comercial", quizás solo vinculada al cumplimiento formal de la manda constitucional de mantener las materias separadas<sup>3</sup>, se ha abrogado al Derecho Comercial y hoy solo subsiste un único derecho privado: el Derecho Civil.

Sin embargo, consideramos que un análisis comparativo entre lo que el Derecho Comercial ha sido y es hasta el presente y los contenidos del nuevo Código y demás disposiciones de la ley 26.994, permite arribar a una conclusión diferente conforme resulta de los siguientes desarrollos.

## 1.2.-EL DERECHO COMERCIAL HASTA EL PRESENTE.

Recordemos aquí que el Derecho Comercial es una "categoría histórica", aparecida en Occidente a fines de la Edad Media, que implica un proceso constante que ha llevado a la aplicación de una ley especial, diferente a la ley ordinaria o civil, a ciertas personas y/o bajo ciertas situaciones.

Para ella el Derecho Comercial está integrado por dos clases de normas: las "delimitativas" y las "prescriptivas".

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

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

- a) la imposición de un estatuto especial a los comerciantes (art.33 cod.com.) consistente en exigencias en materia de "registro mercantil" (identificación, capacidad y publicidad), "contabilidad legal" (información general sobre sus negocios) y "rendición de cuentas" (información específica), como así para someterlos a un régimen de presupuestos especiales para el concurso preventivo (exigencias contables) y responsabilidades agravadas;
- b) la aplicación de "soluciones distintas" (comerciales) a ciertas obligaciones y contratos (arts. 207 en adelante del cod.com.);
- c) el sometimiento a la jurisdicción mercantil (art.6º cod.com.), o sea a tribunales diferenciados (que busca la especialización).

Hoy el Derecho Comercial comprende básicamente la regulación: a) de los sujetos mercantiles (comerciantes, auxiliares, sociedades), con sus particulares estatutos (contabilidad, publicidad, transparencia, etc.); b) de los hechos, actos, contratos, instrumentos y tecnologías relativos principalmente a la interposición lucrativa en los cambios, al crédito, a las ofertas al público y a la captación de recursos de éste, y a la navegación en todas sus formas; c) de las empresas con fin de lucro, sus actos internos, externos, elementos materiales e inmateriales, y en particular de los bancos y compañías de seguros; d) de la insolvencia civil y comercial, su prevención, tratamiento y efectos; y e) del mercado y de las instituciones regulatorias o vinculadas a su funcionamiento (registro público de comercio, autoridades de contralor societario, bolsas de comercio, Comisión Nacional de Valores, Banco Central,

<sup>2</sup> Art. 21 ley 19.550.

<sup>3</sup> La directiva constitucional, emanada de la Reforma del año 1994, exige una legislación diferenciada entre la materia civil y la comercial, sea en textos separados o unificados (art. 75 inc.12 de la C.N.).

Superintendencia de Seguros, etc.), pero en estos casos limitada a su impacto sobre los sujetos y actividades mercantiles<sup>4</sup>;

En cuanto a sus funciones, tanto en su historia como en la actualidad, el derecho comercial está llamado a cumplir dos objetos fundamentales: por un lado, brindar un marco legal que promueva y facilite los negocios brindando celeridad, simplicidad, pronto finiquito, estabilidad y seguridad a los intercambios y demás operaciones comerciales, como así promoviendo y tutelando el crédito, los instrumentos financieros, la circulación de la riqueza, la acumulación de capitales, la limitación de los riesgos y la creación y conservación de empresas, de sus elementos materiales e inmateriales.

Por el otro, y como contrapeso, tiene la misión de fijar los límites a la actuación de los sujetos y actividades comerciales.

En primer lugar, mediante la prevención, que resulta de la imposición de determinadas cargas y obligaciones (contabilidad, publicidad, registro, tipicidad, transparencia, profesionalidad, rendición de cuentas, obligación de expedirse, veracidad y buena fe) y de ciertos controles (autorizaciones y fiscalizaciones).

Y, en segundo término, mediante la represión de las inconductas con nulidades, responsabilidades especiales, ceses compulsivos, clausuras, quiebras, sanciones penales y por los mecanismos de defensa de la competencia y del consumidor<sup>5</sup>.

Todo ello en tutela, no solo de la honestidad y buena fe entre comerciantes y ente éstos y terceros, sino también de la sociedad toda frente al enorme poder político y social que confiere el poder económico a sus operadores.

Como veremos seguidamente, si bien en el nuevo Código aparentemente se habrían unificado a los sujetos, a las obligaciones y a los contratos sin distinguir entre "civiles" y "comerciales", en la realidad subsiste un régimen diferenciado que implica la vigencia actual del Derecho Comercial bajo otras pautas y, en algunas áreas, con mayor fortaleza.

## **2.-LOS SUJETOS INDIVIDUALES ESPECIALES**

### **2.1.-LAS PERSONAS HUMANAS "EMPRESARIAS" Y "CUASI EMPRESARIAS".**

Conforme con el art. 320 del Código Civil y Comercial de la Nación se somete, entre otros sujetos y entes, a ciertas personas humanas a una obligación especial: la de llevar contabilidad, si las mismas "...realizan una actividad económica organizada o son titulares de una empresa o establecimiento comercial, industrial o de servicios".

De ello se sigue que el Código, no obstante la unificación anunciada, admite dos categorías de "personas humanas", una general y otra "especial", en tanto sujeta a obligaciones contables que, su vez, necesariamente, estarán sujetas también a practicar una inscripción de antecedentes (publicidad).

Esta categoría "especial" está compuesta por dos clases de personas humanas:

- a) Las que realizan una actividad económica organizada, y
- b) Las que son "empresarios", en el sentido de ser titulares de una empresa o de un establecimiento comercial, industrial o de servicios.

De ambas categorías resulta que no solo los empresarios integran esta categoría especial de personas humanas sino también quienes no siéndolo, realizan una actividad económica organizada que no llega a configurar una empresa, a los que denominaremos "cuasi-empresarios".

Analizaremos brevemente a continuación ambos conceptos.

### **2.2.- SUJETOS CON ACTIVIDAD ECONOMICA ORGANIZADA (CUASI EMPRESARIOS).**

A continuación consideramos qué sujetos integran esta clase.

#### **A.-EL ANTIGUO COMERCIANTE INDIVIDUAL.**

<sup>4</sup> En tanto los demás aspectos corresponderán al Derecho Administrativo.

<sup>5</sup> Se trata de dos regulaciones que presentan también elementos del derecho administrativo (competencia) y del derecho civil (consumidor), señalándose que éste último, si bien se considera científicamente autónomo, en cuanto a derecho privado viene a integrar al derecho comercial y al civil (Farina).

Si bien desaparece en el nuevo código la figura del "comerciante", quienes para el Código derogado revestían tal calidad, en tanto realizan una actividad económica organizada, mantienen ahora la obligación de llevar contabilidad, sean o no titulares de una empresa o de un establecimiento.

En consecuencia, esta clase comprende a quien realiza una interposición en los cambios asumiendo riesgos, actuando por "cuenta propia" en forma profesional, habitual y con fin de lucro.

O sea que esta categoría comprende al "comerciante" que no llega a ser un "empresario".

Téngase en cuenta que desde el punto de vista conceptual, "comerciante" es quien realiza una actividad de intermediación en el cambio de bienes.

El "empresario", por su lado, es el titular de una empresa, entendiendo por tal la actividad organizada de los factores de producción para producir bienes y servicios destinados al mercado. O sea que los conceptos no son idénticos. Para algunos autores hay una relación de género (empresario) y especie (comerciante).

A nuestro juicio, si bien todo empresario cumple alguna función de interposición y todo comerciante organiza de algún modo los factores de producción, lo cierto es que ni todo comerciante es titular de una "empresa", lo que exige la existencia de una "hacienda", de "capital" propio y de "trabajo subordinado", ni todo empresario intermedia en "bienes", por lo que los conceptos tienen una zona común y otras diferenciadas.

## B.-SUJETOS INDIVIDUALES NO CONSIDERADOS COMERCIANTES.

Dada la derogación de la figura del comerciante, y considerando que el concepto de "actividad económica organizada" excede la noción del art. 1º del derogado Código de Comercio, entendemos que hay sujetos "no comerciantes" que ahora se encuentran obligados.

Es el caso, principalmente, de los prestados de servicios que no se interponen en el comercio de bienes pero que despliegan una actividad económica organizada.

También aplica en esta categoría el caso del fiduciario persona física cuando la administración registra cierta complejidad (ver infra).

## 2.3..TITULARIDAD DE UNA EMPRESA.

En esta categoría se ubican las personas humanas que son "empresarios" o sea que explotan una empresa sin exigirse que posean un establecimiento.

Se ha definido a la empresa como la organización en la cual se coordinan el capital y el trabajo y que, valiéndose del proceso administrativo, produce y comercializa bienes y servicios en un marco de riesgo. Además, busca armonizar los intereses de sus miembros y tiene por finalidad crear, mantener y distribuir riqueza entre ellos<sup>6</sup>.

También se ha dicho que es una organización con finalidad económica y con responsabilidad social, generadora de productos y servicios que satisfacen necesidades y expectativas del ser humano<sup>7</sup>.

A nivel jurídico la empresa no tiene un estatuto propio por lo que debe atenderse al régimen legal de sus diversos elementos descriptos, resultando de interés los aportes del derecho tributario<sup>8</sup> y del derecho laboral<sup>9</sup>. La hacienda o fondo de comercio, será su elemento objetivo en tanto puede ser objeto del negocio de "transferencia" regido por la ley 11.867 lo que implica,

<sup>6</sup> Alvarez, Héctor F. "Administración. Un enfoque interdisciplinario y competitivo", Ed. Eudecor, Córdoba 144., 2007, pag. 144.

<sup>7</sup> Laborada Castillo, Leopoldo y De Ouani, Elio Rafael "Fundamentos de gestión empresarial", Ed. Valletta Ediciones, Bs.As., 2009, pag. 56

<sup>8</sup> Conforme con el Dictamen Nro. 7/1980 de la Dirección de Asuntos Técnicos y Jurídicos de la AFIP, define al término "empresa" para el impuesto a las ganancias como la "Organización industrial, comercial, financiera, de servicios, profesional, agropecuaria o de cualquier otra índole que, generada para el ejercicio habitual de una actividad económica basada en la producción, extracción o cambio de bienes o en la prestación de servicios, utiliza como elemento fundamental para el cumplimiento de dicho fin la inversión de capital y/o el aporte de mano de obra, asumiendo en la obtención del beneficio el riesgo propio de la actividad que desarrolla" ([www.biblioteca.afip.gov.ar](http://www.biblioteca.afip.gov.ar))

<sup>9</sup> Según el art. 5º de la ley de Contrato de Trabajo (20.744 y sus modificaciones) la empresa es "la organización instrumental de medios personales, materiales e inmateriales, ordenados bajo una dirección para el logro de fines económicos o benéficos"

además, cierta separación patrimonial entre acreedores del "fondo" y acreedores personales de las partes. El empresario será su elemento subjetivo, sea persona individual o jurídica, como el sujeto que es titular de todas las relaciones jurídicas y responsable de ella en tanto la organiza, dirige, explota y percibe sus resultados. un mismo empresario puede tener varias empresas como unidades productivas independientes (Anaya). Por su lado, los trabajadores, estarán regidos por las normas laborales, previsionales y sindicales respectivas. Por todo ello, el término "empresa" se utiliza en Derecho en forma ambigua ya que, ora designará al establecimiento comercial o industrial, ora se referirá al empresario titular y responsable de su acontecer, ora señalará la actividad cumplida, todo lo que exige diferenciar en cada caso los alcances de la expresión.

Por su parte, el concepto de empresario ha evolucionado en el mundo de la situación de empresario capitalista, como promotor, propietario y administrador, a una concepción de empresario profesional, que solo promueve y administra a la empresa, sin ser su dueño.<sup>10</sup>

En efecto, históricamente, las funciones del empresario pasaron de ser el suministrador del capital (teoría de Carlos Marx) a otras: organizador de los restantes factores de producción, tomador de decisiones dentro de la estructura empresarial, tomador del riesgo del negocio.

Ahora bien, cuando las funciones descriptas están fragmentadas entre distintas personas, o cuando el empresario no aporta capital porque lo toma prestado de terceros, cuando traslada el riesgo mediante múltiples instrumentos jurídicos (seguros, opciones, derivados, etc.), y cuando traslada la organización económica y las decisiones a asesores, mandatarios o empleados, ¿qué es lo que define al empresario?.

Lo que lo define es ser "el centro" de una serie de contratos mediante los cuales la empresa adquiere su configuración<sup>11</sup>.

Por su parte, para el derecho laboral lo que define al empresario es la "dirección y organización de la empresa".

Al respecto dice la ley que es "quien dirige la empresa por sí, o por intermedio de otras personas, y con el cual se relacionan jerárquicamente los trabajadores, cualquiera sea la participación que las leyes asignen a éstos en la gestión y dirección de la empresa" (art. 5º, segunda parte, LCT).

También la ley laboral reconoce al empresario la facultad de organizar económica y técnicamente la empresa (art. 64 LCT), lo que implica las siguientes potestades: a) de organización; b) de dirección; c) disciplinaria; d) de variar unilateralmente ciertas modalidades del trabajo; y e) de denunciar sin causa el contrato de trabajo.

Sin embargo, téngase en cuenta que en derecho laboral no siempre la noción de "empleador" se identifica con la de "empresario" ya que hay empleadores que no revisten tal calidad<sup>12</sup>.

Sentado ello, el concepto de "empresario" permite distinguir diversas categorías o roles que pueden o no coincidir en una misma persona: a) el empresario "de título", que es el sujeto titular de la empresa y responsable por sus obligaciones; b) el empresario "de gestión" que es quien dirige la empresa<sup>13</sup>; y c) el empresario "de riesgo" que es el accionista o socio de la sociedad.

Además, debe tenerse presente la existencia de un empresario "indirecto", como es el caso de la persona física controlante de la sociedad titular de la empresa, sujeto a las responsabilidades societarias (art.54 ley 19.550) y concursales (art.161 inc.2º ley 24.522) pertinentes.

Sin embargo, no hay dudas que esta categoría de obligados a llevar contabilidad comprende solo al "empresario de título".

<sup>10</sup> Alvarez, Héctor F. "Administración. Un enfoque interdisciplinario y competitivo", Ed. Eudecor, Córdoba144., 2007. pag. 147.

<sup>11</sup> Cabanellas, Guillermo "La concepción de la empresa en el análisis económico del derecho" en la obra colectiva "Tratado de la Empresa", Bs.As., 2010, Ed. Abeledo Perrot, tomo II-A pag. 314.-

<sup>12</sup> Etala, Carlos E. "La empresa en el derecho del trabajo", en la obra colectiva "Tratado de la Empresa", Bs.As., 2009, Ed. Abeledo Perrot, tomo 1, pag. 287.-

<sup>13</sup> Es el concepto de "empresario", del art. 5º, segunda parte, de la Ley de Contrato de Trabajo.

#### 2.4. TITULARIDAD DE "UN ESTABLECIMIENTO COMERCIAL, INDUSTRIAL O DE SERVICIOS".

En rigor, la "empresa" y el "establecimiento comercial, industrial o de servicios" no son lo mismo porque el "establecimiento" es una parte de la empresa (hacienda o sustrato material) y no el todo (que incluye personal, know how, etc.).

Sin embargo, como la ley habla del "titular" (elemento personal), debe entenderse que se trata de dos conceptos análogos y que la reiteración pretendió ser ejemplificativa en el sentido de no dejar dudas de que el titular de un negocio debe siempre llevar libros.

En el punto cabe recordar que la ley 11.867, cuya vigencia se mantiene, declara elementos constitutivos de un "establecimiento comercial o fondo de comercio", a los efectos de su transmisión por cualquier título, "las instalaciones, existencias en mercaderías, nombre y enseña comercial, la clientela, el derecho al local, las patentes de invención, las marcas de fábrica, los dibujos y modelos industriales, las distinciones honoríficas y todos los derechos derivados de la propiedad comercial e industrial o artística (art.1º), disponiéndose un procedimiento de precio, información, edictos y oposiciones necesariamente previos al documento definitivo de transferencia que será objeto de inscripción en el Registro Público de Comercio (art. 12).

La obligación contable pesa sobre el titular de un fondo de comercio, sea su propietario, locatario, comodatario o que lo detente a cualquier título siempre que tenga el control de los recursos y de sus resultados, o sea que lo explote. Tal titularidad le da carácter de empresario (ver supra).

#### 2.5.-AGENTES AUXILIARES DE COMERCIO.

No obstante no ser mencionados por el art. 320, ni haberse en el nuevo Código reglamentado sus profesiones, los agentes auxiliares de comercio, como son los corredores y martilleros, mantienen sus obligaciones profesionales especiales, incluyendo matrícula y contabilidad dado que tales obligaciones resultan de leyes especiales no derogadas, salvo respecto de los arts. 36 a 38 de la ley 20.266 sobre obligaciones y derechos del corredor.

Al respecto, cabe recordar que el corretaje consiste en la intermediación independiente entre la oferta y la demanda de determinado bien o servicio, a efectos de que las partes concluyan entre sí un contrato o negocio determinado. El corredor no debe estar ligado a las partes por relaciones de colaboración, subordinación o representación.

El corredor está sujeto a un estatuto especial, hoy regulado por la ley 20.266 a partir de su modificación por ley 25.028, que le exige un título universitario, su matriculación, libros especiales y determinados deberes, responsabilidades y sanciones estableciendo un verdadero poder de policía sobre la matrícula, que es de carácter local.

Al respecto, consideramos que la regulación del "contrato de corretaje" por los arts. 1345 a 1355 del nuevo Código no obsta a la vigencia de la ley especial, que no fue derogada sino parcialmente (art. 3º inc. c, ley 26994), sobre todo porque el art. 1355 establece que las reglas del contrato "no obstan a la aplicación de las disposiciones de leyes y reglamentos especiales".

Por su parte, el martillero es el auxiliar encargado de los remates. El remate es un acto de intermediación por el cual el martillero o rematador adjudica determinados bienes o derechos al mejor postor mediante un procedimiento denominado "subasta". El martillero es designado por la parte oferente de los bienes y servicios y tiene derecho al reintegro de los gastos y a una comisión que, generalmente, se coloca en cabeza del adquirente. El que realiza remates en forma habitual y profesional está sujeto al estatuto especial establecido por la ley 20.266, modificada por ley 25.028, que exige título universitario, matriculación, libros especiales y los somete a una serie de deberes, responsabilidades y sanciones estableciendo un verdadero poder de policía sobre la matrícula<sup>14</sup>, que es local. El martillero actúa por cuenta y orden del oferente y, si éste no está presente, obra como su comisionista (art. 10 ley 20.266) con lo cual asume personalmente las responsabilidades consiguientes.

<sup>14</sup> Ver un caso de destitución del martillero y cancelación de su matrícula en el Plenario de la Cámara Comercial del 14-12-36 en autos "Migoya, Mauricio (L.L. 13-593), por haber vendido bienes propios.

Tratándose de una ley especial no derogada, rige la obligación contable del art. 15 de la ley 20.266.

Respecto de otros agentes auxiliares, continúan rigiendo las obligaciones contables que resulten de normas especiales no derogadas directamente por el código.

### **3.-LOS SUJETOS COLECTIVOS: LAS SOCIEDADES "EMPRESARIALES".**

Como ya se destacó, la ley 26.994, modifica a la ley 19.550 de sociedades "comerciales", sustituyendo su denominación por la de LEY GENERAL DE SOCIEDADES, introduciendo diversas modificaciones.

En el punto hay que tener presente que el proyecto de la Comisión Redactora no fue el finalmente consagrado en el texto legal, motivo por el cuál los "Fundamentos" de la ley 26.994 solo tienen utilidad parcial.

En esta introducción queremos señalar como principios relevantes de la reforma societaria a los siguientes:

- a) La tutela de la "empresa" y de su "conservación", mediante la exigencia de que haya empresa para que exista sociedad, derivada de la derogación de las sociedades civiles, y por el mecanismo de impedir la disolución, aun cuando quede reducida a un socio, facilitando la reactivación en todos los casos y eliminando los efectos liquidatorios de las nulidades.
- b) El reconocimiento del derecho al fraccionamiento patrimonial fundado en unidades de negocios distintas de una misma persona, consagrado por el sistema de Sociedad Anónima Unipersonal.
- c) El principio de autonomía de la voluntad y de libre asociación derivado de las reglas sobre contratos asociativos no taxativos.
- d) El principio del debido cumplimiento de los contratos al hacerlos obligatorios para las partes aunque no se hayan inscripto.
- e) La limitación de la responsabilidad a lo obrado por cada uno, restringiendo los casos de responsabilidad solidaria en los contratos asociativos y en las sociedades informales.

A continuación se brindará un panorama societario que resulta, tanto de la nueva ley general de sociedades, cuanto de algunas normas del cuerpo del nuevo Código Civil y Comercial.

#### **3.1.-EL NUEVO CONCEPTO DE "SOCIEDAD" Y LA DEROGACIÓN DE LAS "SOCIEDADES CIVILES".**

El artículo primero de la actual Ley General de Sociedades, establece que "Habrá sociedad si una o más personas, en forma organizada conforme a uno de los tipos previstos en esta ley, se obligan a realizar aportes para aplicarlos a la producción o intercambio de bienes o servicios, participando de los beneficios y soportando las pérdidas..."

Al haber desaparecido el régimen de las sociedades civiles de los arts. 1648 y siguientes del derogado código civil (ley 340), que no exigía, para que exista sociedad, la "forma organizada", ni la aplicación de los aportes a "la producción e intercambio de bienes y servicios", resulta que en el concepto legal actual de la "sociedad" resulta imprescindible el "objeto empresario", o sea la existencia de una organización para la producción e intercambio de bienes y servicios.

Por su parte, el art. 1442 del Código Civil y Comercial, entre las disposiciones generales para los contratos asociativos, dispone que éstas se aplican a todo contrato de colaboración, de organización o participativo, con comunidad de fin, "que no sea sociedad".

De tal suerte, toda asociación de dos o más personas, con fines de lucro, donde haya aportes para obtener utilidades de su aplicación, pero sin explotar una empresa no es sociedad y queda subsumida en algunas de las figuras de los "contratos asociativos", que en el código son contratos sin personalidad jurídica (arts.1442 a 1478).

En definitiva, a partir de la ley 26.994, las sociedades no se denominan más "comerciales" pero deben ser todas "empresarias".

#### **3.2.-LAS SOCIEDADES ANONIMAS UNIPERSONALES.**

La ley 26.994, entre otras modificaciones, introduce la figura de la "sociedad anónima unipersonal"<sup>15</sup>.

Los requisitos de esta nueva categoría son relativamente simples<sup>16</sup>: solo se admite que sean unipersonales las sociedades anónimas (art.1º), se trata de un acto jurídico unilateral, no puede ser único socio otra sociedad anónima unipersonal (art.1º)<sup>17</sup>, la denominación debe ser "sociedad anónima unipersonal, su abreviatura o la sigla "S.A.U." (art. 164); la integración del aporte debe ser un 100% al momento de la constitución (art.187), están sujetas a fiscalización estatal permanente (art. 299 inc.7º), lo que implica que deban tener sindicatura plural (art.284, segundo párrafo, ley 19.550) y directorio plural en forma obligatoria (art.255, segundo párrafo, ley 19.550)<sup>18</sup>.

Se trata de la primera vez que la ley admite expresamente como sujetos a las sociedades inicialmente unipersonales, cuando el tema se hallaba negado o muy controvertido como ocurrió al negarse el concurso preventivo de "Great Brands" por el juez de primera instancia<sup>19</sup>.

En cuanto a la utilización de la nueva figura, consideramos dos casos posibles:

En primer lugar, el de la subsidiaria totalmente integrada de una empresa extranjera que, al contar con la figura de la sociedad anónima unipersonal, podrá ser la única socia fundadora de una sociedad local (filial) sin verse sometida a los riesgos "de agencia" que derivarían de la necesidad de contar con otro socio local.

En segundo término, para las empresas nacionales de cierta envergadura, o las que ya están sometidas al art. 299 LS (con tres síndicos y tres directores), la posibilidad de establecer unidades de negocios con patrimonios y personalidad jurídica diferenciada.

Lo que queda claro es que la nueva figura no atiende a la problemática de la limitación de la responsabilidad del empresario individual.

### 3.3.-LA AUTONOMIA DE LA VOLUNTAD, LA LIMITACIÓN DE RESPONSABILIDADES Y EL NUEVO ESTATUTO DE LAS SOCIEDADES "INFORMALES".

El nuevo texto de la ley de sociedades da una importancia fundamental al principio de autonomía de la voluntad, reduce el régimen de responsabilidades y cambia fundamentalmente el régimen de la sociedad informal, o sea el que aquella que no acudió a instrumentarse como una sociedad "típica" (SRL, S.A., etc.) y, por ende, se regía hasta ahora por las reglas de las "sociedades de hecho" (arts. 21 a 26 ley 19.550).

La ley 26.994 modifica tales artículos para crear una nueva categoría societaria a la que denomina "de la Sección IV", y que se corresponde al concepto de "sociedades informales" y agrupa, en una misma regulación, a las que hoy son las "sociedades civiles" (con objeto empresario), las "sociedad de hecho o irregulares" y las sociedades "nulas o anulables por atipicidad o falta de requisitos formales".

Pues bien, a diferencia de lo que ocurría con la ley 19.550, en el nuevo texto el contrato sí puede ser invocado entre los socios y sus cláusulas pueden oponerse contra los terceros que las conocían al contratar, incluso respecto de quién representa a la sociedad, todo lo que evita conflictos entre los socios y también con terceros.

<sup>15</sup> Es un tema recurrente de los últimos proyectos legislativos, aunque con diversos alcances en cada caso. Ver Favier Dubois (h), E.M. "Los límites de la sociedad unipersonal y el abandono de la empresa en el nuevo concepto de sociedad", en "Nuevas perspectivas en el derecho societario y el Anteproyecto de reforma de la Ley de sociedades comerciales", Bs.As., 2005, Ed.Ad Hoc, pag.89.

<sup>16</sup> Ello no quita que se plantean grandes incertidumbres en los casos de sociedades originariamente unipersonales que no se sometan a las reglas de la S.A.U. Ver al respecto Molina Sandoval, Carlos A. "Sociedades anónimas unipersonales" en LL 2014-F, diario del 9-12-14, pag.1 y stes.

<sup>17</sup> Pensamos que la incapacidad se refiere solo a las sociedades anónimas unipersonales argentinas pero que no afecta a las sociedades extranjeras unipersonales, regidas por sus propias leyes en materia de capacidad de participar en otras.

<sup>18</sup> Ver Vítolo, Daniel "La errónea regulación de las sociedades unipersonales en la reforma a la ley de sociedades propuesta en el Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación- Anexo II-", en la obra "Las Reformas al Derecho Comercial en el Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación", Ed. Legis, Bs.As., 2012 pag. 287 y stes.

<sup>19</sup> Ver la evolución del tema en Favier Dubois (h), E.M. "La resolución general 2/05 de la Inspección General de Justicia y el debate sobre las sociedades off shore", en La Ley, 2005-B-1028.

También la sociedad podrá adquirir bienes registrales a su nombre, por un acto de reconocimiento de todos los socios, permitiendo separar los bienes personales de los bienes afectados a la empresa familiar.

Además, y esto es muy importante, salvo pacto expreso o que se trate de una sociedad "colectiva" que no pudo inscribirse, la responsabilidad de los socios por las deudas de la sociedad no es solidaria e ilimitada como ahora, sino que pasa a ser mancomunada y dividida en partes iguales.

Finalmente, el pedido de disolución de un socio no opera si hay plazo pactado y, si no lo hay, opera recién a los noventa días pero permite a los restantes continuar con la sociedad pagando la parte social a los salientes, todo lo que garantiza la continuidad.

#### 3.4.-LA CAPACIDAD DE LOS SOCIOS.

El nuevo Código supera a la limitación de la ley anterior, que solo permitía a los cónyuges ser socios de sociedades en las que tengan responsabilidad limitada, y los autoriza a integrar cualquier tipo de sociedad, incluyendo a las informales de la Sección IV recién referidas (nuevo art. 27 L.S.).

Vale decir, desaparece la actual contingencia de que a una sociedad "comercial de hecho" entre marido y mujer, o con hijos y nueras, se la repunte como nula y se le exija la liquidación y/o se le impida la "regularización".

En cuanto a las sociedades por acciones, se admite que puedan ser socias de otras sociedades por acciones, de SRL y que puedan ser parte de contratos asociativos (art.30), lo que despeja para siempre los fantasmas de la incapacidad, de la sociedad de hecho, y de la posibilidad de invocar el contrato, en el caso de los "joint ventures", "consorcios" y demás alianzas estratégicas entre empresas.

#### 3.5.-OTRAS REFORMAS DE LA LEY SOCIETARIA.

Entre otras reformas relevantes de la ley de sociedades cabe destacar las siguientes:

##### A.-LA UNIPERSONALIDAD SOBREVINIENTE.

Ya no va a ser causal de disolución en ningún tipo social (arts. 94 y 94 bis.)

Si se trata de sociedad en comandita simple, por acciones o de capital e industria, al convertirse en unipersonal se transforman automáticamente en S.A. Unipersonal, si no deciden otra cosa en los tres meses (art. 94 bis).

Nada se dice sobre qué pasa cuando una SRL o una Sociedad Colectiva, o incluso una S.A., que no sea una SAU, quedan con un único socio, tema que deberá ser despejado por la doctrina, al igual de qué pasa si las comanditas o la de capital e industria devenidas unipersonales no se ajustan a los requisitos de la SAU (omiten designar tres directores y tres síndicos y no se someten al contralor estatal permanente).

En caso de exclusión en sociedad de dos socios, el inocente asume el activo y pasivo social, sin perjuicio del art. 94 bis.

##### B.-DEROGACION DE LA NULIDAD POR ATIPICIDAD.

Desaparecen la nulidad de la sociedad atípica y la anulabilidad por ausencia de requisitos esenciales no tipificantes (art. 17).

La omisión de requisitos esenciales tipificantes o no tipificantes, o la inclusión de elementos incompatibles con el tipo social, priva a la sociedad de los efectos del tipo y la sujeta a la Sección IV ("sociedades informales").

##### C.-GENERALIZACIÓN DEL INSTITUTO DE LA REACTIVACIÓN SOCIETARIA

El art. 100 de la ley general de sociedades permite que cualquier causal de disolución pueda ser removida bajo las siguientes condiciones: a) decisión del órgano de gobierno; b) eliminación de la causal disolutiva; c) viabilidad económica y social de la subsistencia de la actividad de la sociedad; d) no haberse cancelado la inscripción registral; e) dejando a salvo los derechos de terceros y las responsabilidades asumidas.

El instituto de la reactivación también está legislado en materia de personas jurídicas privadas, con menores requisitos (art. 166 del código civil y comercial).

### 3.6.-APLICACIÓN DE REGLAS DE LAS PERSONAS JURIDICAS PRIVADAS.

Al haberse calificado en el nuevo código a las sociedades como personas jurídicas privadas (art. 148 inc.a), les resultan aplicables una serie de normas en forma subsidiaria a las normas imperativas de la ley de sociedades y a las reglas del acto constitutivo y reglamentos (art. 150).

Entre dichas normas pueden destacarse de interés:

-Su existencia comienza desde la constitución (art. 142).

-La inoponibilidad de la personalidad jurídica no puede afectar los derechos de terceros de buena fe (art. 144 in fine).

-La participación del Estado no modifica su carácter privado (art. 149).

-Las personas jurídicas privadas constituídas en el extranjero se rigen por las normas de sociedades constituídas en el extranjero de la ley general de sociedades (art. 150 in fine).

-El nombre social está sujeto a requisitos de veracidad, novedad y aptitud distintiva, tanto respecto de otras denominaciones sociales como de marcas y otras designaciones, sin poder inducir a error (art. 151).

-Las modificaciones no inscriptas producen efectos desde su otorgamiento y son oponibles a los terceros que las conozcan (art. 157).

-Si en los estatutos no hay provisiones especiales y lo consienten todos los que deben participar del acto, se admiten las asambleas a distancia (art. 158 a)

-Se admiten las asambleas y reuniones "autoconvocadas" si todos concurren y el temario se aprueba por unanimidad (art. 158 b).

-Los administradores deben implementar sistemas preventivos para evitar el conflicto de intereses (159).

-En caso de bloqueo de las decisiones en una administración colegiada, el presidente o algún administrador puede ejecutar los actos conservatorios, convocando a asamblea dentro de los diez días, la que puede conferirle facultades extraordinarias para actos urgentes o necesarios (art. 161).

### 3.7.-NUEVAS NORMAS SOBRE TRANSFERENCIAS, COMPROBANTES Y REGISTRO DE ACCIONES.

El cuerpo del Código Civil y Comercial contiene algunas de ellas, a saber:

Si se trata de bienes gananciales, el Código exige expresamente el asentimiento del otro cónyuge para enajenar o gravar acciones nominativas no endosables y las no cartulares, con excepción de las autorizadas para la oferta pública (art.470 b), sin perjuicio de que su infracción no es oponible a terceros portadores de buena fe (art. 1824).

Ahora bien, siendo las acciones títulos valores (art. 226 ley de sociedades), y dado que el art. 1815, segunda parte, del nuevo Código dispone que las referencias a bienes registrables no se aplican a tales títulos valores, cabe considerar que la acción reipersecutoria del legitimario contra los terceros adquirentes de bienes registrables no procede en el caso de donación de acciones.

Por otra parte, el Código regula la expedición de comprobantes de saldos de títulos valores no cartulares (art. 1851), en norma aplicable a las "acciones escriturales" (art.208 último párrafo, ley de sociedades) y también, en normativa aplicable al libro de Registro de Acciones (art.213 ley de sociedades), el Código establece en los arts. 1876 a 1881 un procedimiento de denuncia, publicaciones, verificaciones ante un perito judicial y sentencia judicial ordenando confeccionar un nuevo libro y las inscripciones respectivas.

## 4.-EL SISTEMA DE REGISTRO MERCANTIL

El nuevo Código mantiene el sistema de publicidad mercantil para las sociedades, régimen que incluso extiende a personas jurídicas privadas sin fines de lucro, pero omite -aparentemente en forma deliberada- toda mención al "Comercio" y solo alude al "Registro Público" o a

"Registros locales", sin establecer ningún tipo de reglamentación en cuanto a la organización del Registro y a los presupuestos de las inscripciones.

Sin embargo, frente a dicha omisión y ante el mantenimiento de las leyes incorporadas y complementarias del antiguo Código de Comercio, deben entenderse vigentes y aplicables las normas locales sobre Registros Públicos de Comercio (leyes 21.768 y 22.316, entre otras).

En cuanto a las personas humanas que desarrollan actividades económicas organizadas, no se prevé la inscripción registral de las mismas (salvo la de los auxiliares de comercio por leyes especiales), pero es claro que para rubricar sus libros deberán registrar sus antecedentes (ver infra).

En cuanto a las sociedades, se alude a la inscripción en el "Registro Público" y en el art. 5° de la ley respectiva se exige que los datos de la sede y de la inscripción se hagan constar en la documentación social.

En el nuevo art. 6° se da un plazo de 20 días para presentar el documento a inscribir, y de 30 días adicionales para completar el trámite, pudiendo ser prorrogado, desapareciendo la mención al control de los requisitos "legales y fiscales".

Se traslada, lamentablemente, el régimen de oposición a las inscripciones del anterior art. 39 del código de comercio, dando derecho a hacerlo a la "parte interesada".

Lo más importante es que la no inscripción no crea "irregularidad" sino que reconduce al régimen de las sociedades informales, con obligatoriedad entre otorgantes y oponibilidad a terceros que conocieren.

También el Registro deberá continuar practicando otras inscripciones no subjetivas, como son las de las transferencias de fondos de comercio (ley 11.867), como así la de los contratos asociativos de agrupación de colaboración, unión transitoria de empresa y consorcios de cooperación (arts. 1455, 1466 y 1473 del CCCN).

## **5. LA CONTABILIDAD OBLIGATORIA Y EL SISTEMA DE REGISTROS CONTABLES.**

### **5.1.-LOS OBLIGADOS CONTABLES QUE RESULTAN DEL CODIGO Y DE OTRAS DISPOSICIONES.**

La norma básica en la materia es el art. 320 del Código Civil y Comercial de la Nación, el que dispone:

*"Están obligadas a llevar contabilidad todas las personas jurídicas privadas y quienes realizan una actividad económica organizada o son titulares de una empresa o establecimiento comercial, industrial o de servicios. Cualquier otra persona puede llevar contabilidad si solicita su inscripción y la habilitación de sus registros o la rubricación de sus libros, como es establece en esta misma Sección".*

*"Sin perjuicio de lo establecido en leyes especiales, quedan excluidas de las obligaciones previstas en esta Sección las personas humanas que desarrollan profesionales 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 el volumen de su giro, resulta inconveniente sujetar a tales deberes según determine la jurisdicción local".*

Ahora bien, ese nuevo texto debe complementarse, en primer lugar con otras disposiciones contables del mismo código unificado y, en segundo término, con lo que surge de leyes especiales no derogadas por la nueva legislación proyectada.

De ello resulta que en el nuevo universo normativo resulta que los obligados a llevar contabilidad pueden ser agrupados en cuatro categorías, a saber:

- a) Las "personas jurídicas privadas", donde el fundamento de la exigencia contable debe buscarse, ora en su recurrencia habitual al crédito (sociedades y cooperativas), ora como una forma de rendición calificada de cuentas por la administración de intereses de terceros (los restantes casos).

- b) Los "entes contables determinados sin personalidad jurídica" expresamente obligados por ley, como es el caso de las Agrupaciones de Colaboración, Uniones Transitorias y Consorcios de Cooperación. El fundamento de la obligación contable estaría en una calificada rendición de cuentas de los administradores y representantes a los partícipes de estos contratos.
- c) Las "personas humanas que desarrollan ciertas actividades económicas", como son el ejercicio de una actividad económica organizada, la titularidad de una "empresa" y la titularidad de un "establecimiento comercial, industrial o de servicios". El fundamento debe buscarse en la "recurrencia habitual al crédito" propio de estas actividades.
- d) Los "agentes auxiliares del comercio" regidos por normas especiales, como es el caso de martilleros y corredores. El fundamento debe buscarse en su conexión, por intervención o facilitación, con operaciones económicas que interesan a terceros.

Cabe señalar que el Código no en todos los casos prevé la inscripción registral previa de todos los obligados a llevar contabilidad, como es el caso de las simples asociaciones, los sujetos con actividad económica organizada, etc., destacándose que se ha derogado la obligación de todos los sujetos mercantiles de matricularse en el Registro Público.

Sin embargo, entendemos que en tales casos la solicitud de "rubricación" de libros o de "autorización" de contabilidad informática, debe hacerse acompañada de los antecedentes del sujeto o ente que justifiquen su calidad de obligado, los que al quedar depositados en el Registro Público como antecedentes para nuevas rúbricas cumplirán una función de matricidad y de publicidad material.

Ello sin perjuicio de la expresa matriculación previa a la rúbrica a que pudieran obligar las leyes locales.

A continuación se analizará cada una de estas categorías.

## 5.2.-LAS PERSONAS JURIDICAS PRIVADAS.

Las "personas jurídicas privadas", son las enumeradas por el art. 148 del nuevo Código, gozan de personalidad jurídica diferenciada de sus miembros y administradores, y se les aplican, además de las normas especiales previstas para cada una, las normas generales establecidas por los arts. 150 a 167 del nuevo Código.

De tal suerte, son "personas jurídicas privadas" en el nuevo texto las siguientes: sociedades, asociaciones civiles, simples asociaciones, fundaciones, mutuales, cooperativas, consorcio de propiedad horizontal y otros entes mencionados por otras leyes con similar finalidad y normas de funcionamiento.

Como ya se señaló, todas ellas están obligadas a llevar contabilidad, sin perjuicio de la eventual aplicación del criterio dimensional para eximir las en función del volumen de su giro (último párrafo del art. 320), lo que deberá establecer la jurisdicción local.

## 5.3.-ENTES CONTABLES DETERMINADOS SIN PERSONALIDAD JURIDICA.

Hay entes que si bien no tienen personalidad jurídica ni son sociedades, la ley les exige llevar contabilidad y, por ende, los considera como "entes contables".

Se trata de algunos contratos asociativos como las agrupaciones de colaboración, uniones transitorias y consorcios de cooperación (arts.1455 inc. I, 1464 inc. I y 1475 del CCCN).

## 5.4.-PERSONAS HUMANAS CON ACTIVIDADES ECONOMICAS DETERMINADAS.

### A. REMISION.

A esta categoría ya nos hemos referido supra, en el cap. 2º, a lo que remitimos.

### B.-LA EXCLUSIÓN DE PROFESIONALES LIBERALES Y AGROPECUARIOS SIN EMPRESA.

Por su lado, se excluyen expresamente (art. 320, segundo párrafo, primera parte) a los profesionales liberales y a las actividades agropecuarias cuando se trata de personas humanas que, aunque desarrollen actividad económica organizada no llegan a organizarse como "empresa".

A efectos de determinar cuándo una actividad de un profesional puede ser reputada como "empresa" resulta útil acudir al derecho fiscal.

De diversos dictámenes sobre distintos impuestos, resulta el siguiente concepto tributario de la empresa: "la organización industrial, comercial, financiera, de servicios, profesional, agropecuaria o de cualquier otra índole que, generada por el ejercicio habitual de una actividad económica basada en la producción, extracción o cambio de bienes o en la prestación de servicios, utiliza como elemento fundamental para el cumplimiento de dicho fin la inversión de capital y/o el aporte de mano de obra, asumiendo en la obtención del beneficio el riesgo propio que la actividad que desarrolla"<sup>20</sup>

Por tales razones se exceptúan los servicios profesionales, técnicos o científicos en donde el componente intelectual prevalece sobre el aporte de capital y/o de la mano de obra auxiliar o de apoyo.

En tal sentido, se ha considerado relevante, para juzgar o no la existencia de una empresa comercial a los fines tributarios, determinar si el trabajo de los otros profesionales empleados con título habilitante tiene aptitud o no para suplantar o independizarse del trabajo del profesional titular, existiendo empresa en el primer caso y no en el segundo.

En cambio, no se consideró relevante para considerar la existencia de una empresa la importancia o valor del equipamiento si lo más valioso y principal para la actividad es el intelecto personal del profesional a cargo.

En cuanto a las actividades agropecuarias, la ley también excluye a las "conexas" entendiendo por tal las dirigidas a la transformación o a la enajenación de productos agropecuarios cuando están comprendidas en el ejercicio normal de las actividades.

Vale decir que las conexas deben ser accesorias, habituales, y sin forma empresarial para gozar de la exención contable legal.

#### C.-EL CASO DEL ARTESANO.

Artesano es quien trabaja personalmente, con o sin ayuda de obreros o aprendices bajo su dirección, en la fabricación de objetos que vende o en la refacción de cosas de propiedad de su clientela (Zavala Rodríguez). O sea que es artesano tanto quien fabrica o elabora (carpintero, herrero, joyero, etc.), como quien realiza reparaciones (mecánico, afilador, electricista, plomero, gasista, service, etc.). En el código de comercio la doctrina controvertía su calidad de comerciante, aplicando para diferenciarlo ora un criterio cuantitativo (según tenga o no capital, colaboradores y volumen de facturación) ora uno cualitativo (según la medida de su trabajo personal) (Anaya).

La jurisprudencia, en general, le ha negado carácter de comerciante, sin embargo, Etcheverry propone considerarlo como tal por no existir, a su juicio, diferencias cualitativas con el fabricante.

Por nuestra parte señalamos que mientras el artesano realice un trabajo personal, no podría ser considerado comerciante, lo que se corrobora con la autorización al fallido de ejercer "tareas artesanales" (art. 104 ley 24.522) a pesar de tener prohibido "ejercer el comercio" por su inhabilitación desde la fecha de la quiebra (art.238 de la misma ley).

En consecuencia, el artesano caerá o no en la figura de la "actividad económica organizada" o en la de titular de "empresa" o de "establecimiento industrial o de servicios", según su situación cualitativa (personal, capital) y cuantitativa (trabajo propio).

#### D.-EL CASO DEL FIDUCIARIO PERSONA HUMANA.

Los negocios fiduciarios generan una específica obligación de rendir cuentas por parte del fiduciario en tanto en ellos coexisten una transferencia de propiedad y un mandato a cumplir en el marco de una relación de confianza.<sup>21</sup>

<sup>20</sup> Curotto, Jose Alberto "Concepto de empresa a los efectos de la exención en el impuesto sobre los ingresos brutos", El Derecho, 27-2-03, nro.10.703, año XLI, pag.1, citando el dictamen 7/80 de la Dirección General Impositiva.

<sup>21</sup> Favier Dubois (h), E.M."La sustentabilidad legal del Fideicomiso. Cuestiones generales y el caso del fideicomiso de garantía frente al concurso", en "Tratado Integral del Fideicomiso", Ed. Ad Hoc, Bs.As., 2007, pag.319; en

Conforme con el art. 7º de la ley 24.441, último párrafo, "en todos los casos los fiduciarios deberán rendir cuentas a los beneficiarios con una periodicidad no mayor a un año".

Pero además de ese deber irrenunciable hacia el beneficiario, entendemos que el fiduciario debe también rendir cuentas al fiduciante<sup>22</sup>.

En el Código Civil y Comercial el art. 1675 establece que la rendición de cuentas puede ser solicitada por el beneficiario, por el fiduciante o por el fideicomisario, en su caso, conforme con la ley, con las previsiones contractuales, y rendirse con una periodicidad no mayor a un año.

Ahora bien, cuando se trate de un fideicomiso que tenga cierto grado de "actividad económica organizada" el fiduciario tiene la obligación de rendir cuentas mediante el llevado regular de contabilidad emitiendo estados contables anuales por aplicación del art. 320 citado.

Al respecto, el art. 1º del Decreto 780/95 establece que "En todas las anotaciones registrales o balances relativos a bienes fideicomitados, deberá constar la condición de propiedad fiduciaria con la indicación en fideicomiso".

Por su parte, la Comisión Nacional de Valores en sus "Normas", Cap.XV.5, en cuanto a los fideicomisos financieros, prevé la presentación a la Comisión de: a) estados de situación patrimonial; b) estado de evolución del patrimonio neto; c) estado de resultados y d) estado de origen y aplicación de fondos, como así que se sigan los mismos criterios de valuación y exposición exigidos a las emisoras, que se brinde cierta información complementaria específica (art. 27), y una información anual y trimestral (art.28)<sup>23</sup>.

Por su parte, en el Informe nro.28 del Consejo Profesional de Ciencias Económicas de la Ciudad Autónoma de Bs.As.<sup>24</sup> considera necesario que, cuando la trascendencia económica y jurídica del patrimonio del fideicomiso, así como la gestión o administración involucrada en el contrato de creación (la cuál puede presentar un grado de complejidad asimilable a la de una entidad comercial o industrial) lo justifiquen, el fideicomiso presente información periódica en forma de estados contables (4.6.1.).

También recomienda presentar los cuatro estados exigidos por la Comisión Nacional de Valores para los fideicomisos financieros, pero sostiene que no todos son obligatorios si por las características del fideicomiso no se justifica dicha presentación (4.6.2.).

#### E.-LOS AGENTES AUXILIARES DEL COMERCIO.

Nos remitimos a lo dicho supra, cap. 2º, nro.5.

#### 5.5.-EL CRITERIO DIMENSIONAL DE EXCEPCION: EL VOLUMEN DEL GIRO.

Como antecedente cabe mencionar que el código de comercio, en su art. 3º, tiene un criterio dimensional para clasificar a los comerciantes consistente en considerar las unidades de medida, que son las que tradicionalmente reflejaban si la venta era por menor o por mayor y que tal criterio se refleja en menores exigencias contables.

Sin embargo, en la actualidad, la aparición de los supermercados e hipermercados, denominados en España "grandes superficies", exige otros criterios cuantitativos para diferenciar derechos, obligaciones y responsabilidades, tales como la cantidad de empleados o los niveles de facturación, que son los tenidos en cuenta en materia de MIPyMES<sup>25</sup>, o la cantidad de sucursales, proveedores o clientes, etc..

---

"Derecho de los Contratos" (Coord.F.Perez Hualde), Ed. Ad Hoc, Bs.As. 2008, pag.393, y en El Derecho del 3-8-08, pag.1.

<sup>22</sup> Ver de Favier Dubois (p) y (h) "La rendición de cuentas en el derecho comercial. Su vigencia en materia de negocios fiduciarios, asociativos y societarios", Errepar, DSE, nro. 262, Septiembre 2009, T. XXI, pag. 967.

<sup>23</sup> Ver Resolución 368/2001 de la Comisión Nacional de Valores.

<sup>24</sup> Verla en la publicación "Tratamiento contable del fideicomiso", Edición, Bs.As.2008, y en particular los puntos 4.2.1.2. y 4.6. en páginas 11 y 13 del informe 28 del CPCECABA.

<sup>25</sup> Así resulta de las leyes 24.467 y 25.300 sobre Pymes y su fomento. La primera computa hasta 40 empleados para cierta flexibilización laboral. Y ambas computan también las ventas, por actividad, para las bonificaciones de las tasas de interés (Ver el Dec. 159/05, la Resol. 24/01 y la Disposición 147/06 de la Secretaría respectiva).

Estos nuevos criterios dimensionales tienen hoy aplicación en derecho tributario, en derecho laboral y previsional, incluyendo el denominado "balance social", y en algunas normas de regulación económica como la ley de abastecimiento, parcialmente vigente.

El art. 320 in fine del Código dispone, con acierto, que "pueden ser eximidas de llevar contabilidad las actividades que, por el volumen de su giro, resulta inconveniente sujetar a tales deberes según determine cada jurisdicción local.

Tal norma la juzgamos aplicable tanto a las personas humanas como a las personas jurídicas privadas cuyo volumen no justifique la exigencia, salvo el caso de los entes contables y de los agentes auxiliares de comercio, donde la exención no puede regir por asistemática.

Sin embargo, entendemos que lo mejor hubiera sido dar la posibilidad de "flexibilizar" las exigencias contables, pero no solo la de derogarlas.

En cuanto a la jurisdicción local, consideramos que podría resultar de las reglamentaciones del Registro Público que tenga a su cargo la rúbrica de los libros.

#### 5.6. LA CONTABILIDAD VOLUNTARIA.

Finalmente, el art. 320, en la segunda parte de su primer párrafo admite expresamente que "Cualquier otra persona puede llevar contabilidad si solicita su inscripción y la habilitación de sus registros o la rúbrica de los libros, como se establece en esta misma Sección".

En realidad resulta útil para los casos dudosos de sujetos que no tengan claro si están o no comprendidos en la obligación contable y la asuman expresamente para evitar contingencias.

También para alguien claramente excluido, como el productor agropecuario o profesional no organizados como empresa, que le interese la protección de libros contables en debida forma.

El procedimiento, ente este caso, exige una suerte de "matriculación" al requerir que solicite su "inscripción" como presupuesto para solicitar luego "la habilitación de los registros o la rúbrica de sus libros".

#### 5.7. CONTENIDOS Y EVALUACIÓN DE LAS NUEVAS REGLAS CONTABLES.

En general, el nuevo código repite la estructura y disposiciones del código de comercio en materia de modo de llevar la contabilidad, registros indispensables, prohibiciones, forma de llevar los registros, estados contables, conservación, eficacia probatoria e investigaciones (arts. 321 a 328 y 330/331).

Las modificaciones implican avances, retrocesos y, también, oportunidades perdidas.

Como avances pueden señalarse los siguientes;

En primer lugar, permite la autorización para utilizar "ordenadores y otros medios mecánicos, magnéticos o electrónicos" para todos los sujetos obligados y no solo para las sociedades comerciales como es ahora (art. 329), permitiendo también conservar la documentación por soportes no papel.

En segundo término, es sana la exigencia de que los libros y registros permanezcan en el domicilio del titular (art.325), lo que además permite interpretar que, cuando son informáticos, no pueden ser llevados "en la nube". Sin embargo, debió haber habido una mención más concreta en caso de contabilidad informática donde podría utilizarse algún servidor ubicado en el país y concretamente individualizado.

En tercer lugar, dispone expresamente que las formalidades también rigen para los libros "subdiarios" superando una discusión anterior (art. 327).

Finalmente, la admisión legal de la contabilidad "voluntaria" (art. 320, primer parte, in fine) resulta útil para los casos dudosos de sujetos que no tengan claro si están o no comprendidos en la obligación contable y la asuman expresamente para evitar contingencias.

Por su parte, a la hora de juzgar los desaciertos, estos van desde aspectos terminológicos, donde no se emplean los términos técnicos correspondientes, a cuestiones de fondo.

En éste ámbito se señala que no se incluyó al libro "Mayor" como libro obligatorio cuando claramente es un registro rector y fundamental para ubicar operaciones en una contabilidad (ver art. 322). Nada se dispone sobre la posibilidad de acceder a los libros de "terceros" como prueba ni su valor (art. 330). No se prevé expresamente el contenido del "inventario", mencionado como libro en el art. 322 inc. b, pero no reglamentado por ninguna otra norma.

Además, y como ya se señaló, el Código instala un criterio dimensional por "volumen de giro de actividades" que delega en una ignota "jurisdicción local" (art. 320 in fine), pero además con la disvaliosa consecuencia de eximir lisa y llanamente de llevar contabilidad y no de reducir las exigencias por volumen.

Por último, pueden mencionarse como oportunidades perdidas las siguientes: a) mantiene la obligación de registros contables como "carga" y no como "obligación"; b) no prevé sanciones específicas por infracciones contables; c) no reconoce el rol fundamental de la información contable para la apertura, investigación y evaluación en los procesos concursales; d) omite reconocer a las normas contables profesionales como fuente normativa luego de la ley y de las normas de las Autoridades de Contralor; e) omite exigir que cada empresa o ente contable designe un contador público como responsable; f) omite requerir que todos los estados contables, sin importar la forma jurídica del ente del que provienen, deban ser auditados, salvo el criterio dimensional; y g) omite obligar que la contabilidad informática sea debidamente perfilada en sus exigencias técnicas de fondo y que, en forma expresa, no pueda ser llevada en la nube ("cloud computation") sino en ordenadores ubicados en el país y debidamente individualizados de modo de permitir su incautación en la quiebra.

## **6.- REPRESENTACION COMERCIAL Y RENDICION DE CUENTAS.**

Se trata de dos instituciones netamente comerciales que aparecen reproducidas sustancialmente en el nuevo Código.

En materia de lo que era la representación comercial, si bien el nuevo Código no regula al factor de comercio ni al dependiente, lo cierto es que en el art. 367, dentro de la sección sobre representación voluntaria, bajo el título de "representación aparente", incorpora soluciones similares a las del derogado código de comercio, a saber:

-La presunción de que quien tiene de manera notoria la administración de un establecimiento abierto al público es apoderado para todos los actos propios de la gestión ordinaria de éste.

-La presunción de que los dependientes que se desempeñan en el establecimiento están facultados para todos los actos que ordinariamente corresponden a las funciones que realizan.

-La presunción de que los dependientes encargados de entregar mercadería fuera del negocio están facultados a percibir su precio otorgando el pertinente recibo.

En cuanto a la rendición de cuentas, que antes era una de las obligaciones típicas de los comerciantes que actuaban por cuenta ajena, el Código Civil y Comercial, dentro de las obligaciones, presenta una sección sobre "rendición de cuentas" que establece la obligación de rendirlas, entre otros, por "quienes son parte en relaciones de ejecución continuada, cuando la rendición es apropiada a la naturaleza del negocio" (art. 860 inc.b), debiendo hacerlo al concluir cada período o por año calendario (art. 861 b), admitiendo la aprobación tácita a los 30 días o en el plazo convenido o legal (art. 862).

Como se advierte, subsiste la obligación condicionada a la naturaleza del negocio, o sea a que se trate de una relación comercial.

## **7.- LOS CONTRATOS COMERCIALES.**

Uno de los objetivos, largamente reclamados por parte de la doctrina y realizados en el nuevo Código, era el de la unificación de las obligaciones y de los contratos civiles y comerciales.

Al respecto, el Código Civil y Comercial presenta ahora las siguientes regulaciones:

a.-De contratos puramente civiles como la renta vitalicia (1599), el juego y la apuesta (1609).

b.-De contratos civiles que eran también utilizados en las actividades comerciales, como son la permuta (1172), la locación (1187), obras y servicios (1251), comodato (1533), donación (1542), cesión de derechos (1614) y transacción (1641).

En el punto cabe destacar que, en materia de responsabilidad de los profesionales, el Código define una posición a favor que se trata de una responsabilidad "de medio" y no de "resultado".

En efecto, establece en su artículo 1768 lo siguiente: "La actividad del profesional liberal está sujeta a las reglas de las obligaciones de hacer. La responsabilidad es subjetiva, excepto que se haya comprometido a un resultado concreto. Cuando la obligación de hacer se preste con cosas, la responsabilidad no está comprendida en la Sección 8ª de este Capítulo, excepto que

causen un daño derivado de su vicio. La actividad del profesional liberal no está comprendida en la responsabilidad por actividades riesgosas previstas en el artículo 1757.<sup>26</sup>

c.-De los contratos duplicados, o sea que tenían una distinta regulación en sede civil y en sede comercial, los que son la compraventa (1123), el mandato (1319), mutuo (1525), fianza (1574), depósito (1356) y prenda común (2219).

Al respecto, corresponde afirmar que en estos contratos se dio, en general, preferencia a la solución comercial por sobre la solución civil, la que aparece regulada como regla, mientras que la solución civil queda, en algunos casos, como excepción conforme con las circunstancias. Ejemplo de ello son, en materia de compraventas, la venta de cosa ajena (art.1132), la señal confirmatoria (art. 1059), y la obligación de entregar factura que se presume cuenta liquidada (art.1145).

d.-De los contratos típicamente comerciales regulados por el código de comercio o leyes incorporadas al mismo como el leasing (1227), transporte (1288), consignación (1335), corretaje (1345), algunos contratos bancarios ya tipificados (cuenta corriente 1393), cuenta corriente común (1430) y fideicomiso (1666)

e.-Tipificación: Por otra parte, el nuevo Código incorpora y da estatuto legal a una serie de contratos comerciales que no tenían tipicidad jurídica, aún cuando existían en la realidad comercial y eran reconocidos por doctrina y jurisprudencia, como son algunos contratos bancarios no legislados (depósito, 1390; préstamo y descuento, 1408; y apertura de crédito, 1410; caja de seguridad, 1413; y custodia de títulos, 1418), sin perjuicio de una parte general y de normas para consumidores bancarios(1378 y 1384), factoraje (1421), agencia (1479), concesión (1502), suministro (1176), franquicia (1512), bursátiles (1429) y arbitraje (1649), incorporando además la cesión de posición contractual (1636).

En estos contratos, cabe destacar también la tendencia a la limitación de responsabilidad, como en el caso de la franquicia donde se establece que los dependientes del franquiciado no tienen relación jurídica laboral con el franquiciante, sin perjuicio de la aplicación de las normas sobre fraude laboral (art. 1520 inc. b).

f.-Traslado: Finalmente, el código recibe de la ley societaria a los contratos asociativos dándoles una mejor formulación, incorporando reglas generales (1442) y ampliando su uso también a favor de sujetos no son empresarios ni sociedades: negocios en participación (1448), agrupaciones de colaboración (1453), uniones transitorias (1463) y consorcios de cooperación (1470)..

g.-Excluidos: Otros contratos quedan fuera del Código, en leyes especiales, como las sociedades (19.550 y 26.994), los seguros (17.418), la prenda con registro (2220 CCCN y D.ley 15.348/46) y la transferencia de fondo de comercio (11.867).

## 8.- LOS TÍTULOS VALORES

El Código Civil y Comercial incorpora todo un capítulo destinado a regular las normas generales aplicables a los "Títulos Valores" (art.1815 y siguientes).

En su concepción, los títulos valores "incorporan una obligación incondicional e irrevocable de una prestación y otorgan a cada titular un derecho autónomo" (art.1815) en cuyos términos al "portador de buena fe de un título valor que lo adquiere conforme con su ley de circulación, le son inoponibles las defensas personales que puedan existir contra anteriores portadores" (art. 1816).

Una disposición novedosa por su amplitud, que termina el camino iniciado por el art. 40 de la ley 23.697, es la libertad de creación de títulos valores de que goza cualquier persona, siempre que no se confundan con los títulos legislados, los que para ser "abstractos" deben estar destinados a la oferta pública, cumpliendo los recaudos específicos, o ser emitidos por

<sup>26</sup> Ver del autor "Impacto del Proyecto de Código Unificado sobre la Profesión Contable", Errepar, DSE, nro. 299, Tomo XXIV, Octubre 2012, pag. 935 en coautoría con E.M. Favier Dubois (pater).

entidades financieras, de seguros o fiduciarios financieros registrados ante el organismo de control de los mercados de valores (art. 1820).

Seguidamente, el Código reglamenta las defensas oponibles, el modo de trabar medidas precautorias sobre los títulos, las firmas falsas, el asentimiento conyugal, los efectos de la representación insuficiente, la responsabilidad solidaria solo de los creadores del título y no de los demás intervinientes, salvo disposición en contrario, la acción causal, los títulos representativos de mercaderías y da calidad de título valor a las cuotas partes de fondos comunes de inversión (arts. 1821 a 1829).

En otras disposiciones se fijan normas sobre títulos valores cartulares, títulos valores no cartulares, y los casos de deterioro, sustracción, pérdida y destrucción de títulos valores o de sus registros, distinguiendo los títulos valores en serie de los individuales.

No obstante ello, la normativa del Código deja subsistente en forma expresa la regulación particular de los diversos títulos valores cartulares que resulta de leyes especiales (cheques, letra de cambio y pagaré, certificado de prenda con registro, acciones, debentures, obligaciones negociables, warrants, etc etc.), proclamando ser subsidiaria de ella o ser inaplicable según el caso (art. 1834).

## **9.-EL ARBITRAJE.**

El arbitraje como forma de dirimir los conflictos, mediante su sometimiento a un tercero, se encuentra en los orígenes del derecho comercial. Su fundamento radica en la disponibilidad de los derechos subjetivos privados en tanto ello no afecte el orden público ni derechos de terceros (Anaya).

El arbitraje puede ser: a) libre o legal (cuando la ley lo impone); b) de derecho o de amigables compondores, según que el árbitro deba resolver según la ley o según su leal saber y entender; c) institucional o privado, según que se designe a un tribunal arbitral preconstituido o a árbitros ad hoc.

En el comercio internacional el arbitraje es la jurisdicción por excelencia para dirimir los conflictos.

En materia local, el código procesal reglamenta al "juicio arbitral"<sup>27</sup>, y si bien durante una época el arbitraje sufrió un gran desprestigio, en la actualidad ha recobrado vigencia, especialmente a favor de tribunales institucionales. Al respecto se destaca que existen normas que imponen el arbitraje en las sociedad cotizantes (art.38 dec. 677/01) o que admiten cláusulas arbitrales en los estatutos societarios (RG 7/05).

El nuevo Código Civil y Comercial, en su art. 1649, incorpora al arbitraje como contrato, sin requerir el "compromiso arbitral", pero de un modo peculiar por el cuál amplía y reduce las posibilidades de arbitraje.

Así, a favor del arbitraje, el Código dispone la autonomía de la cláusula arbitral(1653), el juzgamiento de la propia competencia (1654), el dictado de medidas previas (cautelares) a ejecutar por medio del tribunal judicial (1655), las cláusulas facultativas (1658), el arbitraje institucional (1657) y el estatuto de los árbitros (arts.1659/1665).

En cambio, no favorecen al arbitraje, la exclusión de los conflictos sobre estado civil, capacidad, familia, usuarios y consumidores, contratos por adhesión y relaciones laborales (art. 1651), como así la poca claridad sobre la revisión de los laudos (art. 1656).

## **10.-LA JURISDICCION COMERCIAL.**

Por su parte, nada establece el Código Civil y Comercial sobre la jurisdicción comercial, la que tiene su origen en las corporaciones medievales, en las que los comerciantes eran juzgados por sus pares procurándose una justicia ágil y especializada. Suprimidas las corporaciones la justicia comercial subsistió dependiente del Estado en algunos países.

En Argentina, hay tribunales de comercio en la Ciudad de Buenos Aires por derivación histórica del Consulado. En dicha Ciudad, atendida por jueces con rango federal, la materia comercial

<sup>27</sup> Arts.736 a 772 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación (ley 17.454, t.o. dec.1042/81 y sus reformas).

también las "sociedades anónimas unipersonales" y las "otras personas jurídicas a determinar", según sus características. En cambio, y a pesar de ser ahora "personas jurídicas", entendemos que el "consorcio de propiedad horizontal" no es sujeto concursal en razón de su estructura y finalidades.

Una importante novedad es la introducción del procedimiento de "liquidación sin quiebra del fideicomiso insolvente" (art. 1687), donde consideramos que el fiduciario debe ser desplazado de la administración, debe intervenir el juzgado concursal, nombrarse a un síndico concursal de la lista y procederse a la liquidación de los bienes, sin otros efectos, pudiendo solicitar la apertura del procedimiento tanto las partes del fideicomiso como los acreedores.

El CCCN modifica la situación del síndico al clarificar su responsabilidad como solo "de medio" (art. 1768), al admitir expresamente la posibilidad de que los Estudios Clase A revistan forma de "contratos asociativos", sin personalidad jurídica ni fiscal (art. 1442), y al ampliar sus funciones.

En el texto sancionado el ámbito de los bienes desapoderados por la quiebra se reduce ante modificaciones en materia patrimonial y de protección de la vivienda (art. 244 a 256), la responsabilidad concursal se amplía a partir de una nueva definición legal de "dolo", que incluye a la "indiferencia por los intereses ajenos" (art. 1722), y los casos de extensión de quiebra al socio se reducen frente a la regla general societaria de responsabilidad "simplemente mancomunada" (art. 125).

Finalmente, existen varias normas aparentemente incompatibles en materia de obligaciones, contratos y privilegios que en rigor, y salvo algún caso, no lo son si se atienden criterios tutelares de interpretación finalista.

## **12.-LAS LEYES COMERCIALES INCORPORADAS Y COMPLEMENTARIAS DEL CODIGO DE COMERCIO.**

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

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

Todo ello implica que, en definitiva, sigue habiendo "leyes comerciales" que son complementarias del Código Civil y Comercial de la Nación (art. 5º ley 26.994).

## **13.-LA AUTONOMIA DEL DERECHO COMERCIAL A PARTIR DEL NUEVO CODIGO.**

La apuntada desaparición de toda referencia al "acto de comercio", al "comerciante" y a lo "comercial" en el nuevo Código y en la ley 26.994, constituye a nuestro juicio un "prejuicio nominalista" basado en una "unificación" que no es tal ya que no alcanza a la sustancia.

Es que, con otras denominaciones y con un método impreciso, lo cierto es que el Derecho Comercial tal como lo hemos conceptualizado, y más allá de la apariencia, en la realidad

está ubicada, con carácter general, en la Justicia Nacional en lo Comercial y además, para algunas materias específicas (navegación, patentes, marcas, transporte interjurisdiccional, etc.), en la Justicia en lo Civil y Comercial Federal<sup>28</sup>.

En el resto del país no hay tribunales comerciales pero algunas provincias cuentan con tribunales especializados en determinadas materias comerciales tales como sociedades, concursos y/o registro público de comercio (Mendoza, Córdoba, Corrientes, Salta, etc.).

Las ventajas de una justicia especializada son indudables aun cuando la creación de tribunales específicos debe estar en función del número de causas de cada jurisdicción, salvo el caso de concursos y quiebras donde a nuestro juicio los tribunales específicos deben imponerse en todas las jurisdicciones, sin excepciones, y con carácter federal (arts.75 inc.12 "bancarrotas" y 116 C.N.).

En el Código Civil y Comercial han desaparecido el "acto de comercio" como tal y la sujeción de los "comerciantes" a la "jurisdicción mercantil" (art. 5 del código de comercio derogado), sin embargo corresponde mantener la actuación de una justicia comercial separada ya que el Código nada dispone en contrario y son claras las grandes ventajas que brinda la especialización.

Al respecto, cabe recordar que en el orden nacional, el art. 43 bis del Dec. Ley 1285/58, dispone que " Los jueces nacionales de primera instancia en lo comercial de la Capital Federal, conocerán en todas las cuestiones regidas por las leyes mercantiles cuyo conocimiento no haya sido expresamente atribuido a los jueces de otro fuero. Conocerán, además, en los siguientes asuntos: a) Concursos civiles; b) Acciones civiles y comerciales emergentes de la aplicación del Decreto N°15.348/46, ratificado por la Ley N°12.962; c) Juicios derivados de contratos de locación de obra y de servicios, y los contratos atípicos a los que resulten aplicables las normas relativas a aquéllos, cuando el locador sea un comerciante matriculado o una sociedad mercantil. Cuando en estos juicios también se demandare a una persona por razón de su responsabilidad profesional, el conocimiento de la causa corresponderá a los jueces nacionales de primera instancia en lo civil de la Capital Federal".

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

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

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

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

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

## **11.-EL RÉGIMEN DE CONCURSOS Y QUIEBRAS.**

Si bien en los Fundamentos del Código Civil y Comercial de la Nación se afirma que éste no reforma a la ley de concursos y quiebras 24.522, lo cierto es que muchas de sus disposiciones impactan sobre el sistema concursal vigente generando importantes cambios<sup>29</sup>.

Entre tales cambios se destaca la ampliación de los sujetos concursales que surge de las nuevas "personas jurídicas privadas" (art.148), dado que ahora integrarán esa categoría

<sup>28</sup> Arts. 40 y 43bis del Dec.Ley 1285/58, y art. 111 de la ley 1893.

<sup>29</sup> Ver del autor "Cambios al sistema concursal derivados del Proyecto de Código Civil y Comercial", Errepar, DSE, nro. 305, tomo XXV, Abril 2013, pag. 344, en co-autoría con E.M. Favier Dubois (p).

subsiste y se expande en el nuevo Código conforme resulta de lo señalado precedentemente y se sintetiza en los siguientes desarrollos:

#### A.-NORMAS "DELIMITATIVAS"

Del citado art. 320 del nuevo código y de las disposiciones concordantes (ver cap.2º), resulta que se mantienen las "normas delimitativas" con los siguientes alcances:

- El "comerciante" fue reemplazado por el "empresario" (o el cuasi empresario).
- Se mantienen los estatutos de los "agentes auxiliares de comercio" contenidos en leyes especiales como son las del "martillero" y del "corredor" (ley 20.266, modificada por ley 25.028).
- El "acto de comercio" fue desplazado por la "actividad económica organizada".
- El nuevo eje del derecho comercial es "la empresa", tanto para el sujeto individual como para el sujeto colectivo ya que sin empresa no hay sociedad (art.1º Ley general de sociedades).
- La continuación de la empresa se procura mediante los mecanismos de tolerancia de la unipersonalidad sobreviniente (art. 94bis LGS), efecto no liquidatorio de las nulidades (art. 17 LGS) y posibilidad de reactivación societaria en todos los casos si existe viabilidad económica y social de la subsistencia de la actividad (art.100 LGS).

#### B.- NORMAS "PRESCRIPTIVAS"

Conforme se mencionó en el cap. 2º, el estatuto del "comerciante" se reemplaza por el estatuto del "empresario" (o cuasi empresario), que sigue sometido a un régimen de "contabilidad obligatoria" (cap.5) y a un régimen de "publicidad registral" (cap.4).

Y si bien las reglas contables son antiguas<sup>30</sup> y la publicidad registral está mencionada pero no reglamentada, tales exigencias se mantienen también para los empresarios colectivos (arts. 7 y 62 de la ley general de sociedades) y fueron extendidas a sujetos sin fines de lucro, como es el caso de las asociaciones civiles (art. 169).

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

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

#### C.- SOLUCIONES COMERCIALES EN LOS CONTRATOS DUPLICADOS.

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

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

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

#### D.-VIGENCIA DE LEGISLACION MERCANTIL.

Se mantiene vigente toda la legislación mercantil que no estaba materialmente incorporada al código de comercio (ver cap. 12).

#### E.-JURISDICCION MERCANTIL.

No hay impedimento para mantener la jurisdicción mercantil a nivel nacional y/o local (ver cap.10)

#### F.- CONCLUSIÓN: LA "AUTONOMÍA" DEL DERECHO COMERCIAL.

<sup>30</sup> Ver del autor "Avances, retrocesos y oportunidades perdidas en el Proyecto de Código Civil en materia de sistema de registros contables". Errepar DSE, nro. 321, tomo XXVI, agosto 2014, pag. 813 en coautoría con E.M. Favier Dubois (p).

De todo ello resulta que, a pesar de la supresión "nominal" de lo mercantil en el nuevo Código, que crea una apariencia derogatoria, la realidad sustantiva es que su "materia" ha permanecido y, en muchos campos, se ha extendido, manteniéndose sus diversas "autonomías" a saber:

La "Autonomía Científica" que resulta del mantenimiento de sujetos diferenciados (empresarios, cuasi empresarios, auxiliares de comercio, sociedades y demás personas jurídicas privadas), sometidos a un estatuto especial (contabilidad, registración y, en algunos casos, fiscalización) y de soluciones legales diferentes para algunos casos (prevalencia de reglas comerciales en los contratos unificados), sin perjuicio de la extensión de soluciones comerciales a relaciones antes civiles (representación, rendición de cuentas, arbitraje, etc.).

La "Autonomía Docente" como necesaria consecuencia de la autonomía científica en tanto implica mantener un objeto de estudio diferenciado del civil, con principios, reglas y características propias.

La "Autonomía Legislativa" del Derecho Comercial, que si bien se pierde en cuanto a las materias incorporadas al nuevo Código sí se conserva intacta en las leyes comerciales no codificadas cuya vigencia se mantiene expresamente.

Por último, no existen óbices legales para el mantenimiento de la "Autonomía Jurisdiccional", sea nacional y/o local, del "Derecho Comercial".

Sin perjuicio de ello, el aludido "prejuicio nominalista" exigirá al intérprete, en algunos casos, investigar sobre el régimen (comercial o civil) aplicable a un sujeto determinado o a un contrato concreto y sobre sus consecuencias.

#### **14.-EVALUACION SOBRE LA REFORMA LEGISLATIVA Y SU IMPACTO SOBRE LAS ACTIVIDADES EMPRESARIAS.**

Sin perjuicio de que todavía está fresca la sanción legislativa, y que por la concreta aplicación de las nuevas normas recién se conocerán sus bondades y deficiencias, queremos formular, a manera de reflexión final, la siguiente evaluación provisoria.

En primer lugar debe advertirse que la sanción de un nuevo Código Civil y Comercial se aprecia innecesaria en tanto similares objetivos se podrían haber logrado con una reforma del Código civil anterior, al estilo de la del año 1966 (Borda), más una reforma societaria, sin restar utilidad a casi 145 años de doctrina y jurisprudencia.

Sentado ello, el nuevo Código presenta una excelente sistemática, el claro, es breve, es docente, es moderno y trae soluciones muy útiles e interesantes a diversos problemas, aún cuando pueda merecer algunos reparos en materia de derechos reales.

Adviértase que logra articular al mismo tiempo un sistema publicista de defensa de la igualdad y derechos humanos, con un sistema privatista en materia contractual, además de una adecuada defensa del consumidor.

En materia comercial, el nuevo régimen legal que resulta del Código Civil y Comercial de la Nación y de la Ley General de Sociedades, favorece en general a las actividades empresarias, destacándose los siguientes puntos:

-Favorece la radicación y actuación de las empresas extranjeras y multinacionales al permitirles contar en el país con una subsidiaria totalmente integrada mediante la nueva figura de la "Sociedad Anónima Unipersonal", lo que elimina el "riesgo de agencia" (deslealtad del otro socio).

-Permite la descentralización operativa y patrimonial de empresas locales de cierta magnitud al posibilitarles constituir una o más "sociedades anónimas unipersonales" a condición de cumplir ciertos requisitos (pluralidad de directores, de síndicos y fiscalización estatal permanente).

-Facilita los acuerdos entre empresas independientes, los "joint ventures", los consorcios y las alianzas estratégicas, mediante un régimen abierto de "contratos asociativos" que pueden no inscribirse y que no tienen configuración societaria ni riesgo de quiebra.

-Facilita la formación y actuación de "holdings" y de grupos empresarios al permitir que las sociedades anónimas sean socias de las SRL y de contratos asociativos.

-Facilita las sociedades entre cónyuges al darles plena capacidad para celebrar dichos contratos entre sí (art. 27 LGS). También autoriza a los cónyuges a celebrar otros contratos si están en el régimen de separación patrimonial.

-Limita la responsabilidad de los empresarios en materia societaria y concursal al establecer la responsabilidad "mancomunada" en las sociedades informales, sin extensión de quiebra al socio en caso de insolvencia social (art. 24 LGS).

-Limita la responsabilidad de los empresarios en materia laboral al disponer que en el contrato de franquicia el franquiciante no responde por las obligaciones laborales del franquiciado, salvo el caso de fraude (art.1520 inc.b).

-Fija límites temporales a la responsabilidad fiscal al reducir el plazo general de prescripción de deudas de diez a cinco años, el que debe prevalecer sobre los mayores plazos de las normas fiscales locales (art.2560).

-Facilita el acceso al "arbitraje institucional" para dirimir conflictos entre empresas, con sus ventajas de confidencialidad, celeridad, especialidad y menores costos, y confiere a los árbitros el poder de dictar medidas cautelares que los jueces deben ejecutar.

-Refuerza el valor obligatorio de los contratos asociativos y de sociedad, y de la autonomía de la voluntad, al disponer el carácter vinculante de sus cláusulas para las partes y para los terceros que las conocieron al contratar, aunque no estuvieren inscriptas (art. 23 LGS).

-Favorece a las empresas familiares con soluciones legales que les permiten evitar conflictos y lograr una mejor programación patrimonial y sucesoria, como son el "pacto de herencia futura" (art.1010), la reducción de la "legítima hereditaria", que pasa de 4/5 a 2/3 en el caso de los hijos (art. 2445), el valor del "protocolo familiar" como contrato (art.1442) y la opción por matrimonios con separación de bienes (art. 505), entre otras medidas<sup>31</sup>.

-Favorece a las sociedades de profesionales al permitirles optar por constituir una "agrupación de colaboración" o un "consorcio de cooperación", con libertad de formas y sin personalidad jurídica ni fiscal (arts. 1453 y 1470).

-Impone reglas imperativas en Clubes de Campo y Barrios Cerrados, aunque sean sociedades anónimas (art. 2075), tales como la no exención de pagar expensas por el desarrollador (art.2081), la remoción por mayoría del administrador designado por éste (art. 2066) y la prohibición de la bolilla negra en las transferencias de propiedades, donde sí admite un derecho de preferencia (art.2085).

-Respeto a los depósitos hechos en dólares, donde debe devolverse la misma moneda (art. 1390), pero dispone el pago de las obligaciones en moneda extranjera por su "equivalente" (art. 765), lo que puede dar lugar a la aplicación del cambio oficial y exige pactar cláusulas especiales de equivalencia.

No obstante, el nuevo Código presenta algunas deficiencias técnicas y algunas de fondo.

En lo técnico, no aparecen claramente delimitados los presupuestos de aplicación de la ley comercial (ver cap. 1).

En lo sustancial, tanto la regulación sobre contabilidad legal (cap. 5.7) como la propia del "registro público" (cap.4) son antiguas y deficientes, desconociendo la importancia que tienen ambos institutos para el control de las responsabilidades en el capitalismo moderno, por lo que se requieren, con urgencia, leyes especiales que les amplíen contenidos y las reglamenten.

Son esas dos materias, a nuestro juicio, la gran deuda legislativa con el Derecho Comercial que debería subsanarse antes de la entrada en vigencia del nuevo Código.

También cabe señalar que la inclusión de los consorcios de propiedad horizontal como personas jurídicas privadas (art.148 h) las somete al riesgo de concurso o quiebra (art.2º ley 24.522), incumpatible con su naturaleza.

---

<sup>31</sup> Ver del autor "Un nuevo marco legal para la Empresa Familiar en el Proyecto de Código Civil y Comercial", Errepar, DSE, nro.300, tomo XXIV, Noviembre 2012, pag. 1068 en coautoría con E.M. Favier Dubois (p).

En materia societaria, hay soluciones muy valiosas, como las señaladas precedentemente en el cap. 3 pero se encuentra muy pobremente desarrollada y articulada la relación entre el nuevo sistema de la "unipersonalidad" con el de las sociedades "informales" de la sección IV (arts. 1º, 17 y 21 LGS).

No obstante ello, damos la bienvenida a la reforma en tanto nos permitirá un reexamen general de los institutos jurídicos del derecho civil y del derecho comercial, grandes debates académicos y profesionales, y la búsqueda de interpretaciones valiosas, acordes con los valores y con las necesidades de los tiempos presentes.

Buenos Aires, 16 de Diciembre de 2014.-

