

Daniel Roque
VÍTOLO

Manual de Derecho Comercial

-
- Desarrollo de la materia conforme a los contenidos de los programas de estudio
 - Actualizado conforme a la ley 26.994 -Código Civil y Comercial de la Nación- y leyes 27.221, 27.271, 27.290 y 27.349
 - Incluye contenidos de Derecho del Consumidor, Concursos y Quiebras, Apoyo al Capital Emprendedor, Sistemas de Financiamiento Colectivo, Sociedades, SAS, Contratos, Títulos Valores, Defensa de la Competencia, Marítimo, Aeronáutico, Recursos Naturales, Ambiente y Derecho de los Bienes Inmateriales
-

2^{da} Edición



Editorial Estudio

PRÓLOGO A LA SEGUNDA EDICIÓN

Con enorme satisfacción, me encuentro en la necesidad de publicar prontamente una segunda edición de este *Manual de Derecho Comercial* a sólo un año de la aparición de la primera edición, dado el éxito que el mismo ha tenido, lo que llevó a que se agotara prematuramente el stock de la obra con el que contaba la Editorial.

Lo cierto es que la favorable acogida que tuvo este nuevo texto de estudio se ha extendido no sólo a los estudiantes de Derecho, Ciencias Económicas y Administración en Universidades públicas y privadas de todo el país, sino que también ha impactado fuertemente en los jóvenes profesionales y en todos aquellos que deseaban o necesitaban familiarizarse con el modo en el cual había quedado diseñada y -conformada entre nosotros- la materia comercial a partir de la sanción del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación por parte de la ley 26.994.

Pero quizás lo más significativo y gratificante relacionado con esta obra que hemos advertido los profesores que la hemos utilizado en la enseñanza de la materia en los cursos regulares en diversas universidades, es la forma en que ha mejorado el nivel de rendimiento académico de los estudiantes a la hora de ser evaluados. En la mayoría de los casos el índice de alumnos reprobados ha disminuido significativamente, hasta casi desaparecer, y las calificaciones asignadas a su desempeño han subido de grado quedando establecidas en rangos superiores a “bueno”, abundando los “muy bueno” y “distinguido”.

Por otra parte, también hemos podido detectar el entusiasmo de los estudiantes de poder contar con un texto que les sirva de guía y les brinde confianza para adentrarse primariamente en un terreno tan complejo y variable como es el del Derecho Comercial y de la Empresa, por momentos inabordable y desconcertante, a la vez que apasionante.

Y todo ello en el curso de sólo un año de puesta en marcha esta experiencia de nuevos “manuales”.

En esta segunda edición, he intentado resisematizar algunos aspectos de la exposición, así como actualizar contenidos e incorporar a la obra las recientes iniciativas existentes en el Derecho Comercial, y las reformas legislativas sancionadas en este tiempo, entre las cuales se destacan las modificaciones llevadas a cabo a la ley 19.550 -Ley General de Sociedades- por la ley 27.290 para dar operatividad a las sociedades anónimas unipersonales, y los nuevos *institutos de apoyo al capital emprendedor*, tales como los sistemas de financiamiento colectivo -*crowdfunding* o micromecenazgo- que, junto con la nueva figura de la *sociedad por acciones simplificada (SAS)*, llegaron hasta nosotros de la mano de la ley 27.349.

No he podido tampoco omitir en el texto alguna descripción somera de las primeras reformas que ha sufrido el Código Civil y

Comercial de la Nación en temas tan relevantes como los generados por las leyes 27.221 y 27.271, en materia de contrato de locación y en la incorporación a la legislación positiva del instituto de las UVIs, respectivamente, conformando -esta última- una excepción legislativa al régimen de prohibición del mecanismo de indexación consagrado por la ley 23.928, todavía vigente.

Finalmente, he debido hacer referencia en esta nueva edición a algunos aspectos vinculados con el impacto que, sobre el fenómeno de la empresa, han producido la cuestión ambiental, el cambio climático, y los fenómenos de los desplazados y migrantes ambientales; todos ellos de absoluta actualidad y fuertemente vinculados con la actividad empresaria.

Con el anhelo de que esta nueva edición tenga el mismo éxito y la eficacia que tuvo la primera publicada en 2016, y reiterando mi agradecimiento a los editores por la confianza depositada en mi persona y en mi obra, como también el esfuerzo de los profesores que han tomado a su cargo capítulos específicos, formulo nuevos votos por el desarrollo de un Derecho Comercial moderno, dinámico y humano.

DANIEL ROQUE VÍTOLO
Buenos Aires, invierno de 2017

CAPÍTULO I EL DERECHO COMERCIAL

1. EL DERECHO COMERCIAL -O MERCANTIL-

Es un concepto generalmente aceptado que el Derecho Comercial -o Mercantil, como lo denomina el antecedente de la legislación española- nace y se desenvuelve como un derecho especial o de excepción frente al Derecho común o civil, conservando, aún en nuestros días, esta característica. Del mismo modo esa concepción del Derecho Comercial se ha estructurado sobre la base de su propia naturaleza, y de sostener que constituye, al decir de Ascarelli, una verdadera *categoría histórica*.

Muchas son las definiciones que se han intentado del Derecho Comercial, o las nociones dadas tendientes a delimitar su concepto.

Para Ripert el Derecho Comercial es *la parte del Derecho Privado que regula las operaciones jurídicas hechas por los comerciantes, ya sea entre ellos, ya sea con sus clientes; para Tohl el Derecho Comercial comprende todas las instituciones jurídicas del comercio y para Goldschmidt es el Derecho especial en materia comercial*.

Otros, como Martí de Eixalá, sostienen que el Derecho Comercial es *el conjunto de disposiciones legales que regulan los actos de comercio y dirimen las contestaciones que de los mismos se originan; que es la parte del Derecho privado que determina la naturaleza y los efectos de las convenciones concertadas, sea por los comerciantes, sea en ocasión de los hechos del comercio*.

Para Vivante, el Derecho Comercial es *aquella parte del Derecho Privado que tiene principalmente por objeto regir las relaciones jurídicas que surgen del ejercicio del comercio; en cambio, para Castillo es el conjunto de principios que rigen las operaciones sometidas al mismo por razones de interés general y establecen los derechos y obligaciones de las personas que a ellas se dedican y -agrega- rigen las relaciones entre particulares a la que da lugar el ejercicio del comercio*.

Siburu, por su parte, enfatiza este Derecho como *conjunto de normas de instituciones y relaciones jurídicas que se refieren al comercio; mientras que Garrigues parece inclinarse más hacia el conjunto de actos realizados en gran número y con carácter típico*.

Según Sánchez Calero, puede definirse el Derecho Comercial como *la parte del Derecho privado que comprende el conjunto de normas jurídicas relativas a los empresarios, y a los actos que surgen en el ejercicio de su actividad económica*.

Para Broseta Pont es *el ordenamiento privado propio de los empresarios y de su estudio, así como de la actividad externa que éstos realizan por medio de una empresa*.

A modo de resumen respecto de la enorme cantidad de definiciones vinculadas a la concepción del Derecho Comercial -cuya enumeración sería casi inagotable- podríamos señalar, en una concepción ya tomada de la idea visionaria de Mossa, y acotada por nosotros, que el Derecho Comercial ha sido tradicionalmente concebido hasta fines del siglo pasado como *el Derecho de la economía organizada*, y que

la empresa era la persona económica que el Derecho Comercial ha regulado -al menos hasta hace dos décadas-.

En cada uno de los autores mencionados expresamente, como en todos los que no lo están, ha pesado -para esbozar su concepto- la particular situación histórica que les tocó vivir, y el análisis de la evolución y el desarrollo del Derecho Comercial a lo largo del tiempo.

Sin embargo, con el comienzo del siglo XXI esta última idea tuvo un cambio fundamental, en la medida en que la propia dinámica de los negocios y las reconversiones por las que ha tenido que pasar el mercado, han hecho que ya no se tienda a una identificación de la materia mercantil con los sujetos sino más bien con la *actividad*. Dicho de otro modo, así como hasta fines del siglo XX era predominante el pensamiento según el cual el centro de la materia mercantil se encontraba en la empresa y en la organización, alrededor de la cual giraban los bienes, los servicios y la actividad, hoy esto ha cambiado, pues lo central es la *actividad* alrededor de la cual giran -y pueden ir variando- tanto las formas de organización de la empresa como los sujetos y los bienes. Ha cambiado -entonces- el centro de la escena.

La misma actividad es realizada -hoy-, sucesiva o alternativamente, con diversos bienes, bajo diferentes organizaciones, y con distintos propósitos, aunque manteniendo dicha *actividad* su identidad.

Quiere decir que el moderno concepto del Derecho Mercantil o Comercial puede esbozarse -según nuestro punto de vista- como *el conjunto de normas y principios específicos que regulan la actividad económica en el mercado y el tráfico de bienes y servicios en el mismo*.

2. ETAPAS EN LA EVOLUCIÓN HISTÓRICA DEL DERECHO COMERCIAL

Existe coincidencia en la doctrina respecto de la existencia de cuatro grandes etapas perfectamente diferenciadas en el desarrollo de esta disciplina:

- i) Una primera etapa donde la concepción del Derecho mercantil es *predominantemente subjetiva*, concibiéndolo como el derecho de los comerciantes en el ejercicio de su actividad profesional, la cual abarca desde el medioevo hasta la Revolución Francesa.
- ii) Una segunda etapa, en la cual el Derecho mercantil es concebido como la disciplina de los actos de comercio, en una estructuración *predominantemente objetiva* de la materia, y que comienza en la Revolución Francesa -más precisamente con la sanción del Código francés de 1807- hasta fines del siglo XIX y comienzos del XX.
- iii) Un tercera etapa, la cual marca un retorno a la concepción *predominantemente subjetiva* del Derecho mercantil, concibiéndolo como el derecho de la empresa, comenzando -la misma- desde principios del siglo XX y manteniéndose hasta fines del siglo XX y principios de XXI.
- iv) Un cuarta etapa, la cual marca el retorno a una concepción *predominantemente objetiva*, cual es la de concebir al Derecho Comercial como el *Derecho de la Actividad Económica*, que es el que rige en nuestros días.

Todo parece indicar que ha tercera etapa mencionada afrontó una crisis, en la medida que tanto los procesos de unificación de obligaciones civiles y comerciales, cuyos efectos parecen derivar en consecuencias mayores -como la unificación de los Derechos civil y comercial en su totalidad o bien mediante la generalización, o finalmente mediante la restricción del Derecho mercantil- hicieron renacer el debate sobre la naturaleza especial de esta disciplina.

Quienes ven en el Derecho mercantil una disciplina dinámica, moderna, y de fácil adaptación a la evolución de las relaciones económicas y sociales, defienden la generalización de sus normas e instituciones, considerándolas beneficiosas para la comunidad. Por el contrario, quienes consideran que la generalización de esas normas atentan contra la seguridad jurídica del hombre común, no vinculado en forma profesional a la actividad comercial, combaten el proceso generalizador -o bien desde una óptica de evitar la unificación, o bien desde privilegiar, en la unificación, la adaptación de la materia mercantil al régimen del Derecho común-.

Lo cierto es que, en definitiva, el Derecho Comercial sigue siendo una disciplina que depende -en su evolución- de la estructura y la configuración de la comunidad en la cual sus instituciones se desenvuelven. Ello explica las diferencias existentes entre diversos países y comunidades en lo que a la concepción de este Derecho se refiere, aunque la progresiva desaparición de las fronteras comerciales, la creación de comunidades económicas, y la necesaria adaptación del tráfico a modalidades uniformes, relativizan las diferencias, dentro de una contradictoria, pero evolutiva transformación.

2.1. Primera etapa: el Derecho Comercial como el Derecho de los Comerciantes

La primera etapa en la evolución del Derecho Comercial se centra -claramente- en una concepción predominantemente *subjetiva*, focalizada en la figura del comerciante, y de su carácter de tal, lo que lo somete a normas propias y a una jurisdicción diferenciada conformada por sus pares.

2.1.1. EL NACIMIENTO DEL DERECHO MERCANTIL COMO ORDENAMIENTO ESPECIAL

Es un hecho generalmente admitido que el Derecho mercantil surge como ordenamiento especial en la época medieval. Este fenómeno es consecuencia directa del renacimiento que tuvo lugar en la Europa occidental a partir del siglo XI, aunque no puede afirmarse que en la antigüedad no existiera el comercio o que no se encontrara reglada -de algún modo- la actividad.

Hemos sostenido, anteriormente, que, sin llegar al extremo de intentar reformular con más de dos siglos de atraso la teoría del *homo æconomicus*, resulta generalmente aceptado que la economía, en sí, es una esencia del hombre; o dicho de otra manera, desde que existió el hombre, también existió, aunque fuese en una forma precaria y primitiva, economía. Igualmente puede observarse este fenómeno respecto del comercio, encontrándose rastros del mismo aun en las épocas más antiguas, bien que su concepto pueda haber variado en el transcurso de la historia.

No puede concebirse el comercio como algo aislado o anárquico por lo cual, del mismo modo, en tanto existió el comercio existieron normas que lo regulaban en las diversas civilizaciones, incluyendo las indígenas de intercambio primitivo. Pero lo que resulta de interés destacar, para el análisis que encaramos, es que lo que se

daba en esas épocas era la ausencia de una disciplina específica, autónoma, como ordenamiento legal diferenciado, que regulara la actividad.

El Derecho Romano, a pesar de la completividad y perfección de sus normas -la mayoría de las cuales constituyen la base de nuestro Derecho común- no contemplaba una diferenciación entre Derecho civil y Derecho mercantil, aunque previera, entre ellos, algunas cuestiones específicas regulatorias del comercio marítimo y las falencias. A pesar de ello, en Roma, como también en Grecia, Fenicia y Egipto, se ejercía el comercio, debiendo ajustarse, quienes desarrollaban esa actividad, a una serie de normas e instituciones vigentes en la materia.

Ha señalado Ascarelli, con acierto, que si en todo sistema positivo existen y existieron normas peculiares al comercio, la división del Derecho privado en dos sistemas, el civil y el comercial, era ajena al Derecho Romano, como es ajena al Derecho inglés desde el siglo XVIII. La división del Derecho privado en dos ramas contrapuestas, civil y comercial, correlativa a una distinción jurisdiccional -agrega-, es peculiar de los sistemas románicos que se constituyeron en la Europa continental sobre la base de textos romanos transformados y elaborados por la interpretación de los jurisconsultos y de los sistemas de la América latina que, sucesivamente, derivaron de los primeros.

2.1.2. CARACTERÍSTICAS SOCIOECONÓMICAS DE LA ÉPOCA

La invasión islámica provocó, para el desarrollo del comercio, un suceso que acarrearía serios inconvenientes a quienes quisieran intervenir en el tráfico e intercambio de mercaderías: colocó una barrera infranqueable en el mar Mediterráneo, convirtiéndolo en valla del comercio, en lugar de lazo de unión, como lo había sido desde el siglo V en adelante.

Esta invasión que interrumpe, en cierta forma, el normal desenvolvimiento de las relaciones económicas, al ser controlada, posteriormente, dejará como saldo el resultado de toda invasión, cual es el hecho de mezclar hombres de diverso origen, diversas costumbres e idiomas, el conocimiento y la vigencia de distintos derechos. La disciplina común, para quienes desarrollan la misma actividad -el comercio- no era reglada, siquiera parcialmente, en forma homogénea por los Derechos coexistentes en la época.

La sociedad de Europa occidental, en el siglo VIII volvió a su carácter agrícola, con la existencia de grandes latifundios y la concepción, por razones de necesidad, de una economía a la que se calificó de dominial y cerrada, en la cual se advierte la ausencia de mercados exteriores, como característica básica.

Pero el régimen feudal no sólo derivó en una situación de opresión, sino que la razonable búsqueda de la libertad personal -inherente a la esencia misma del hombre- se vio acompañada de la necesidad imperiosa, por parte de los jefes de familia, de buscar nuevos medios que les permitieran el cumplimiento de las gravosas rentas que debían satisfacer a los señores.

Es natural entonces que se produjera un fenómeno de migración interna, dirigido hacia otros centros, donde nuevas formas de trabajo y producción iban naciendo, con posibilidades de ofrecer un nuevo horizonte a los hijos de los vasallos y liberar de parte de sus obligaciones a los jefes de familia.

(CONTINÚA)

Daniel Roque VÍTOLO



Daniel Roque Vítolo es Profesor Titular de Derecho Comercial en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, donde actualmente también ejerce el cargo de Director del Departamento de Derecho Económico y Empresarial.

Ha desarrollado la docencia universitaria por más cuatro décadas en diversas universidades públicas y privadas, y es uno de los autores más prolíficos en la disciplina del Derecho Comercial. Sus obras han sido premiadas por la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, y por la Academia Nacional de Ciencias

Empresariales, y ha publicado libros en Europa y en los Estados Unidos.

Su labor en el campo académico se lleva a cabo tanto en el país como en exterior, donde regularmente dicta conferencias, seminarios y cursos de capacitación. Es coautor de la ley 24.522 de Concursos y Quiebras, e integró el grupo de cien (100) juristas convocados por la Comisión Redactora designada por decreto 191/2011 para participar en la elaboración del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación, como también la Comisión de Reformas designada por resolución 1193/2015 del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos para estructurar un régimen jurídico específico para resolver el sobre endeudamiento del consumidor, y las crisis de las microempresas. Su obra *"Iniciación en el estudio del Derecho Mercantil y de la Empresa"*, fue por más de veinte años una herramienta de fundamental importancia —y exitosa— en la formación de los jóvenes abogados al abordar la materia *"Derecho Comercial"*.

El presente *Manual de Derecho Comercial* ha sido concebido y estructurado por el Profesor Vítolo desde la nueva realidad que presenta, para esta rama del Derecho, la sanción del Código Civil y Comercial de la Nación por parte de la ley 26.994; y tiene por objeto brindar un texto apropiado para el desarrollo de los cursos regulares de la materia en las universidades públicas y privadas de todo el país, pensado y elaborado para los profesores y estudiantes de Derecho, Ciencias Económicas y Administración, incluyendo el tratamiento adecuado y ponderado de la totalidad de la temática comprendida en los contenidos que conforman los programas de estudio.

Del mismo modo, este *Manual de Derecho Comercial* constituye un instrumento indispensable para los graduados, en su tarea de aprehender el contenido actual de esta disciplina, a la luz de los relevantes cambios legislativos habidos en la última década.



www.editorialestudio.com.ar