

EL SISTEMA DEL DERECHO COMERCIAL COSTARRICENSE

Dr. Fernando Mora.

1. EL DERECHO COMERCIAL Y LA ACTIVIDAD DE LOS OPERADORES ECONÓMICOS.

La vida de relaciones en comunidad hoy en día, se desenvuelve ineluctablemente dentro de un proceso incesante de producción, comercio y consumo de bienes. Así, la producción, el comercio y el consumo de bienes son los términos esenciales de un proceso en el que estamos insertos los seres humanos y del que difícilmente podríamos salir. Especialmente la afirmación anterior es cierta en una sociedad de consumo, como la que vivimos hoy en día, pero ha sido cierta también en todos aquellos casos en que el hombre no ha vivido una etapa de economía consuntiva. Podríamos decir que es imprescindible consumir para vivir y este fenómeno lleva a la mayoría a vivir inserta en un ciclo de producción y cambio de bienes y servicios.

2. CRITERIOS DOCTRINARIOS DE DELIMITACION DEL AMBITO DEL DERECHO COMERCIAL.

El Derecho Comercial es aquella rama de la ciencia jurídica que regula precisamente desde un punto de vista normativo ese proceso económico de producción y cambio de bienes y servicios.

Sin embargo, debemos poner atención en el hecho de que el Derecho Comercial por una parte, no abarca todo el proceso económico y por otra, no abarca siquiera sólo aquella parte que se suele señalar como propia de esta rama, "el comercio en sentido económico", pues va más allá.

En síntesis "la actividad económica regulada es más amplia que aquello que en estricto rigor es **comercio**; pero además no comprende todo aquello que es **producción**".

Es un hecho pues que el Derecho Comercial regula básicamente el comercio, en sentido económico, pero además va más allá y regula la producción. Y sin embargo no regula toda la producción: comprende la producción industrial pero no la agrícola. Razones, principalmente históricas y de orden práctico que oportunamente veremos han hecho de la empresa agrícola una entidad que aún hoy en día permanece fuera de las regulaciones del Derecho Comercial: no importa que la producción agrícola sea realizada en forma masiva con gran aparato de planta física y maquinaria y a través de sistemas los más modernos de mecanización del proceso agrícola.

Sin embargo esta situación aparentemente no se mantendrá por mucho tiempo pues día con día se comprende que las razones teóricas y prácticas son más fuertes que las razones históricas y deben llevar a la empresa agrícola gestionada a través de sistemas organizativos complejos y de explotación técnica y mecanizada, dentro del marco general de la actividad productiva regulada por el derecho de comercio. Hay sólo una razón de peso que aún podría hacer pensar en la razón que asiste a la tesis que sostiene que la empresa agrícola no debe estar dentro del marco del Derecho Comercial. Se dice que la actividad económica regulada por el derecho comercial es aquella que corresponde a la actividad entre un mercado de la oferta y un mercado de la demanda de bienes y servicios y es evidente que la actividad agrícola, en sus elementos esenciales se

desenvuelve hacia un mercado de la demanda, pero no proviene de un mercado de la oferta: el empresario agrícola trabaja directamente sobre el fundo, sobre los animales de cría, sobre los elementos del bosque (selvicultura) sea éste natural o plantado por el hombre y ninguno de esos fenómenos se puede comparar a un mercado de la oferta. No hay transformación de materias primas o de producto semielaborado en producto elaborado o producto final; no hay actividad de intermediación entre un mercado de oferta de bienes o servicios y un mercado de demanda de bienes y servicios. El empresario agrícola trabaja directamente sobre elementos naturales, como son la tierra, los animales o el bosque y que no pueden identificarse, estos últimos con un mercado de la oferta en sentido económico.

Con lo anterior hemos establecido un criterio de delimitación del ámbito del Derecho Comercial con base en la **naturaleza de la actividad realizada**. Ahora el contenido del Derecho Comercial se delimita en ciertos casos también según el "modus operandi" con que se realice la actividad. Así, en ciertos casos es comercial solamente aquella actividad económica realizada a través de la estructura de la **empresa**. Ciertas actividades pues son consideradas dentro del ámbito del derecho comercial única y exclusivamente cuando sean realizadas a través de la empresa como estructura económica organizada. Ese es el caso, por ejemplo, en nuestro derecho mercantil del transporte (art. 323 C. de C.), del contrato de edición (art. 582 del C. de C.), de la compraventa y de la comisión (arts. 438 y 273 del C. de C.), respectivamente de la correduría (arts. 297 y ss. del C. de C.), de la agencia o representación de casas extranjeras (art. 360 del C. de C.), de la comisión aduanal (art. 376 del C. de C.). El transporte, la edición y la compraventa no son mercantiles sino cuando son realizados por empresas organizadas y otro tanto sucede con la comisión, la correduría, la agencia, la comisión aduanal y otros contratos, que son comerciales en tanto son desarrollados profesionalmente a través de la estructura de la empresa económica organizada.

Este criterio ha ingresado en nuestro sistema por un proceso del que un buen ejemplo es el transporte. En el Código de Comercio de Costa Rica de 1853, (art. 150) se da la calidad de conductor a quien realiza transportes de mercaderías contra un precio (art. 151, inciso 7 en relación con el 150 citado). Del articulado (art. 150 a 180 C. de C. de 1853) se deduce que la naturaleza mercantil del transporte depende de los objetos a transpor-

tar, "mercancías" y del "cobro de un precio", sin que tenga el Código ninguna referencia al "modus operandi". En cambio ya en la Ley del Transporte de 29 de noviembre de 1909 además de que se amplía el ámbito de la naturaleza de los objetos a transportar, puesto que ya no solamente se habla de traslado de cosas, sino de traslado de personas se incluye un tipo de transporte, que se califica de mercantil por el "modus operandi". En efecto, se dice: también puede hacerse cargo de la conducción una empresa pública o privada. . .

En el nuevo Código de Comercio, en cambio, además de que de nuevo se amplía el ámbito de naturaleza de los objetos a transportar, puesto que ya no solamente se habla de traslados de cosas y de personas, como en la ley anterior, sino de traslado de noticias, el transporte ocasional no puede ser ya mercantil. Es mercantil solamente el transporte realizado por empresas públicas o privadas. En el código de 1964 el legislador hace desaparecer el "también" que aparecía en el art. 1. de la Ley de Transportes de 1909. Por otra parte, como veremos, es la actitud lógica.

El contrato de transporte nos permite pues ver ambos criterios de lo comercial. En un principio la institución es comercial en cuanto significa una intermediación entre el mercado de la oferta y el mercado de la demanda en el servicio del transporte. Poco importa si la actividad es ocasional o masiva o si es prestada o no por un organismo económico como la empresa. En un segundo periodo el transporte puede ser comercial según el criterio de la intermediación, pero además el legislador abre el camino al criterio del "modus operandi", para, finalmente en una tercera etapa calificar la mercantilidad del transporte en función precisa y únicamente del "modus operandi".

Qué comprende en consecuencia el Derecho Comercial:

Podemos decir que en síntesis el Derecho Comercial comprende por razones históricas o prácticas como lo veremos en su oportunidad o en vista de criterios de intermediación o empresariales las siguientes materias:

1. La actividad industrial dirigida a la producción de bienes o servicios;
2. La actividad intermediaria en la circulación de bienes;
3. La actividad de transporte terrestre, acuático o aéreo;
4. La actividad bancaria y de seguros; y
5. Otras actividades auxiliares de las precedentes (mediación, comisión, agencia, ex-

pedición, gestión de almacenes generales, etc. . .)

Sin embargo dentro del criterio más moderno del Derecho Comercial, como el Derecho de las empresas económicas organizadas (veremos en su oportunidad que no las comprende a todas), el Derecho Comercial se define como "el que regula la actividad de los empresarios y de las empresas mercantiles y la de aquellas otras auxiliares a las anteriores, entendiendo comercio en el sentido amplio visto".

3. ALGUNAS CONSIDERACIONES BASICAS Y PREVIAS.

a) En primer término hemos de afirmar que lógicamente el estudio del Derecho Comercial presupone el conocimiento de qué cosa sea el Derecho y la ciencia del Derecho en general. Sin embargo no debemos olvidar que el Derecho Comercial es un Derecho cambiante, altamente dinámico, sumamente técnico y con una precisión y amplitud de vocabulario mayor que el de otras ramas del Derecho. El Derecho Comercial obliga al conocimiento no sólo de una terminología jurídica genérica, sino de una terminología especializada que no solamente no pertenece al dominio del vulgo, sino que, en muchísimos casos por la tecnicidad de los instrumentos empleados y por el cambio veloz de las instituciones no pertenece ni siquiera al vocabulario del jurista no especialista.

En todo caso el vulgo suele estar familiarizado con términos como venta, cheque, pagaré, arrendamiento, poder etc. . . ., pero no está familiarizado con términos como comanditario, comanditado, participado, holding, aval, leasing, Know-how, etc. . . . Este simple hecho obliga al estudioso del Derecho Comercial a un esfuerzo particular que le permita familiarizarse con las instituciones propias de la materia que estudia. Por otra parte el Derecho Comercial como rama del derecho que regula elementos del proceso económico implica en su comprensión e investigación el conocimiento y la apelación de instrumentos lógicos, metodológicos, adecuados. Fundamentalmente el estudio del Derecho Comercial obliga el conocimiento y aplicación estrictos de métodos de análisis económico. No se puede pretender un buen conocimiento de la materia comercial sino se tiene a su vez un buen conocimiento del fenómeno económico.

b) También en cuanto al Derecho se puede hablar de **Función y de Estructura**. Función: Lo

que el Derecho hace o lo que se hace con el Derecho y Estructura: Lo que el Derecho es y entendiendo estructura en un sentido estructuralista, es decir no como mera forma externa sino como forma interna del fenómeno.

Desde el punto de vista funcional el Derecho persigue mediante la regulación de la conducta humana una "pacífica convivencia social" y la permanencia del grupo, de la *societas* de la que los sujetos son *socii* y en sentido más estrecho de la *civitas* de la que los sujetos son los *cives*. Estructuralmente en cambio el derecho es un dato objetivo que puede verse como:

1) **NORMA AGENDI**: en este caso el derecho es una regla de conducta social sostenida por la fuerza de la autoridad y aplicada en último término en forma coactiva y aún contra la voluntad del destinatario (poder autárquico del Estado).

2) **COMO INSTITUCION**: cualquier ente o cuerpo social organizado es una institución: "el derecho, antes de ser norma, antes de referirse a una simple relación o a una serie de relaciones sociales es organización, estructura, posición de la misma sociedad" (Santi Romano). Normalmente se ha afirmado "ubi ius, ibi societas": es decir donde hay un ordenamiento jurídico hay un grupo social, es decir el Derecho es el presupuesto lógico de la existencia de la organización social. Sin embargo una tesis estructural que entiende al derecho como vida humana objetivada, pero además como vida humana interactuante con la norma (la norma produce el cambio social a su vez implica no sólo el cambio de la norma en un sentido legislativo, sino el cambio de la norma en su aplicación misma, sea voluntariamente, sea por intervención de los órganos jurisdiccionales) afirmará: "ubi societas, ibi ius" es decir que el derecho es social antes de ser positivo o estatal.

La tesis estructuralista es particularmente importante en el Derecho Comercial un derecho eminentemente consuetudinario en el que la costumbre, es decir la creación social de las normas juega un papel preponderante.

3) **COMO RELACION JURIDICA**: La esencia del derecho se encuentra en la relación jurídica, es decir en aquel comportamiento social presupuestado por la norma. La norma regula lo que ya existe, la relación jurídica (esta posición estructuralista, sin embargo podría confundirse con el de la norma agendi en cuanto la norma resta siempre al centro del fenómeno).

En todo caso a nosotros nos interesa ahora el aspecto funcional más que el de la estructura.

El ordenamiento jurídico reconoce a todos los hombres el estado de persona status que se deriva del hecho apuntado antes de que todos son en paridad de condiciones "socii" de la "societas" y "cives" de la "civitas" (esto explica teóricamente por qué en algunos ordenamientos históricos, pero no siempre tan alejados de nuestros tiempos actuales se ha negado el status de persona a ciertas categorías de hombres al ser excluidas éstas de la calidad de "cives", de la calidad "socii").

Hoy día ese estado viene simplemente a expresar que todos los individuos son destinatarios de las normas jurídicas.

Se "inestán" luego en el "status personae" el "status familiae" y el "status civitatis", entendiéndose siempre "status" en su sentido técnico estricto de "posición en que el sujeto se encuentra".

Pero la sociedad humana es una sociedad articulada en diversas formas a base por ejemplo de la edad, el sexo, la salud mental (desde el punto de vista personal); (y desde el punto de vista social) de ser empleado estatal, o propietario, o trabajador industrial, o profesional libre, u operador económico.

Tomando en cuenta esas diversas formas de articularse el grupo, el ordenamiento jurídico relaciona con cada una de ellas en particular ciertas normas de las que son destinatarias precisamente quienes se encuentran en aquellas mismas condiciones subjetivas.

Así, en el ordenamiento jurídico del Derecho Comercial asume una particular importancia en conexión con la actividad de los operadores económicos el "status de empresario comercial".

Efectivamente, una cantidad de obligaciones y derechos es puntualizada por el ordenamiento jurídico para una cierta categoría de operadores económicos que bajo ciertas condiciones son jurídicamente calificados, precisamente como empresarios comerciales.

4. LOS DIVERSOS SISTEMAS HISTÓRICOS DEL DERECHO COMERCIAL.

Ahora bien, a través de los tiempos esta regulación típica del empresario comercial ha sido vista desde diversos ángulos. En los siguientes párrafos, sin perjuicio de un desarrollo más extenso que se hará adelante, trataremos de esbozar esos diversos enfoques, que podemos denominar Teoría del Derecho Comercial como el Derecho de los Actos Subjetivos de Comercio, Teoría del Derecho Co-

mercial como el Derecho de los Actos Objetivos de Comercio, Teoría del Derecho Comercial como el Derecho que regula la actividad en masa de las empresas económicas organizadas.

a) Siglos XI a principios del XIX: el sistema subjetivo.

En un principio (Siglo XI, a principios del XIX) el Derecho Comercial nace por imperativo de la realidad, como necesidad de creación consuetudinaria de normas que regulen la actividad de una clase social (la de los comerciantes) que está naciendo conjuntamente y por influencia del Renacimiento Económico de la Europa Medieval. El grupo de los comerciantes, no encontrando solución a los novedosos problemas que una actividad económica cada día más amplia y pujante plantea y, como veremos más adelante, en vista del poder económico que adquieren en ciertos centros urbanos especialmente de Italia, lo que les permite a su vez adquirir el poder político, logran establecer un sistema no privilegiado pero sí de excepción para resolver jurisdiccionalmente los problemas que "mercaturae causam", se producen entre ellos mismos, los comerciantes. Nace entonces un sistema jurisdiccional de comerciantes para resolver según sus propias normas los problemas de ellos mismos. Se trata, evidentemente de un sistema basado en razones de tipo subjetivo, es decir, se trata de un ordenamiento creado por cierta categoría de sujetos, para ser aplicado por algunos de estos mismos sujetos a los miembros de su propia categoría. El acto de comercio en este periodo es el que realiza el comerciante. El sistema debe llamarse un Sistema "predominantemente subjetivo" porque, el hecho de que la función jurisdiccional entre en aplicación solo "mercaturae causam" nos indica ya la necesidad de una definición "a priori", objetiva, de qué es lo comercial: si los tribunales de comerciantes (los Cónsules) aplican las normas por ellos mismos creadas solamente a aquellos problemas surgidos "a causa del comercio", no nos escapa la necesidad que tiene el sistema de definir previamente qué se entiende por comercio, qué es objetivamente, "lo comercial". Pero, debo insistir, es un derecho subjetivo, o predominantemente subjetivo en cuanto con una jurisdicción especial crea normas propias en función de un estamento o clase social claramente determinados: la clase de los comerciantes.

b) La codificación napoleónica: sistema objetivo.

Este orden de ideas dura hasta la época inme-

diatamente posterior a la Revolución Francesa. (Las Ordenanzas de Luis XIV no modifican básicamente el sistema). La Convención, en su deseo de eliminar todos los resabios del sistema de servidumbre medieval, disuelve y prohíbe las organizaciones gremiales y ataca todas aquellas instituciones provenientes del período histórico anterior. Napoleón, con el mismo criterio objetivista con que había ordenado la redacción del Código Civil, ordena la del Código de Comercio. En adelante el Derecho Comercial ha de ser no el derecho de una determinada clase social sino el derecho de ciertos actos objetivamente considerados como comerciales. De esta idea básica surge el Código de Comercio francés de 1807. A partir de este Código la doctrina, o al menos parte de ella, especialmente la doctrina post-revolucionaria francesa, quiso ver en él un sistema absoluto de los actos objetivos de comercio. Esta doctrina, confundiendo la generalización cada día más creciente del tráfico mercantil entre todos los estamentos sociales con una objetivización del fenómeno insistió en decir que el Derecho Comercial era el "derecho de los actos objetivos de comercio". Sin embargo, al sistema introducido por el Código de Comercio francés no se le puede llamar un sistema objetivo, sino un sistema predominantemente objetivo (en primer término y siempre descoyante aparece la figura del comerciante; se mantiene la diferenciación de tribunales permaneciendo separados los tribunales comunes de los tribunales especiales para los comerciantes; ciertos "actos de comercio" se caracterizan por su realización a través de la empresa; la actividad del comerciante queda calificada fundamentalmente por su habitualidad o profesionalidad, etc. . .). Sin embargo ni el legislador francés ni la doctrina posterior logrando dar un criterio sustancial, esencial, del acto de comercio objetivo por su naturaleza. Debo agregar que incluso el Código de Comercio francés de 1807 ha servido a más de un autor para demostrar la persistencia de un sistema predominantemente **subjetivo del acto de comercio**.

c) El industrialismo, la producción en masa: la teoría de la empresa.

La penetración cada vez más amplia de la actividad de intermediación en el cambio, la generalización cada vez más extensa del empleo de los instrumentos típicos de la vida comercial en la vida privada de los individuos y los efectos cada día más acentuados del maquinismo y de la industrialización que llevan a un intercambio y a una pro-

ducción en masa, siempre de volumen creciente, a través de unidades económicas organizadas precisamente para la producción y el comercio masivos, producen el nacimiento de un nuevo planteamiento acerca de la naturaleza del Derecho Comercial. Wieland y Mossa llegan a localizar al Derecho Comercial como el conjunto de normas que regulan ya no la actividad del sujeto **comerciante** (puesto que lo cierto es que el Derecho Comercial regula no solamente la actividad de intermediación del comerciante sino toda la actividad productiva industrial) ni como el conjunto de normas que regulan **actos objetivos de comercio** realizados indistintamente en masa o en forma aislada, sino como el conjunto de normas que regulan un amplio sector de la actividad económica, en general, realizada en masa y a través de organismos económicos organizados: **las empresas económicas organizadas**. Es lo cierto que hoy en día aún en países subdesarrollados como el nuestro los actos aislados de intermediación en el cambio o de producción para un mercado carecen de importancia: el trueque o la negociación directa entre el productor y el consumidor carecen de importancia: la vida económica se realiza en su más alto porcentaje a través de estructuras económicas organizadas: **las empresas**.

El Derecho Comercial es así, según dijimos, aquel conjunto de normas que regulan la actividad de los empresarios mercantiles y de las empresas mercantiles económicas organizadas tanto como aquellas otras auxiliares de las anteriores, entendiendo comercio no en el sentido económico estricto sino en un sentido más amplio que abarca todo el fenómeno económico de la producción y el cambio hacia un mercado.

5. NUESTRO CODIGO DE COMERCIO:

En Costa Rica es un hecho que el acto aislado de comercio (si es que se puede detectar científicamente cuando un acto aislado es o no de comercio—véase la crítica anterior a la concepción objetiva—carece de importancia). La intermediación en el cambio y la producción de bienes y servicios para un mercado en nuestro país, como en la gran mayoría de las Naciones hoy en día, se realiza a través de las empresas es decir de esas unidades básicas de la economía según fueron hace más de medio siglo detectadas en el fenómeno jurídico comercial por Wieland y Mossa. Realizar en nuestro medio un Código de los actos objetivos de comercio que si-

que pensando en la importancia del acto de comercio aislado y objetivamente considerado es ignorar nuestra realidad económica. La vida económica nacional se realiza desde hace ya varias décadas fundamentalmente a través de empresas económicas organizadas, pequeñas, medianas o grandes. La transacción directa o el acto aislado de comercio (repito si es que éste se puede definir) carecen de importancia. Lo que se debe regular en nuestra legislación comercial no son "actos y contratos aunque no sean realizados por comerciantes" (Tesis Objetiva), como reza el artículo 1 de nuestro Código de Comercio vigente, sino la actividad de los empresarios mercantiles y de las empresas comerciales. Esta moderna visión fue claramente vertida en el Código de Comercio de Honduras catorce años antes de la promulgación de nuestro vigente Código de Comercio. Para el legislador hondureño el Código de Comercio y las demás Leyes Mercantiles regían "los comerciantes, los actos de comercio y las cosas mercantiles" e inmediatamente después el legislador explicaba: *"son comerciantes: I. Las personas naturales titulares de una empresa mercantil. II. Las sociedades constituidas en forma mercantil". . . "Son actos de comercio, salvo que sean de naturaleza esencialmente civil, los que tengan como fin explotar, traspasar o liquidar una empresa y los que sean análogos. . ."* *"Son cosas mercantiles: I. Los títulos valores. II. Las negociaciones o empresas de carácter lucrativo y sus elementos, especialmente el nombre, los avisos, las marcas y las patentes. III. Los buques"*.

Recientemente los Códigos de Comercio de la República de El Salvador y de Guatemala, del año 1970 han sido aún más claros y explícitos. El Código de Comercio de El Salvador establece en primer término que regula conjuntamente con las demás leyes mercantiles, los comerciantes, los actos de comercio y las cosas mercantiles. Para agregar luego que son comerciantes las personas naturales titulares de una **empresa mercantil** y las sociedades y que son actos de comercio los que tengan por objeto la organización, transformación o disolución de **empresas comerciales o industriales** y los actos realizados en masa por estas mismas **empresas**, así como los actos que recaigan en cosas mercantiles definiendo luego como cosas mercantiles **las empresas** de carácter lucrativo y sus elementos esenciales, los distintivos mercantiles y las patentes y los títulos valores.

El Código de Guatemala va aún más allá y regula los comerciantes en su actividad profesional, los negocios jurídicos mercantiles y las cosas mer-

cantiles, estableciendo luego que son comerciantes quienes ejercen con fines de lucro y en nombre propio cualesquiera actividades que se refieren a lo siguiente: La industria dirigida a la producción o transformación de bienes o a la actividad de servicios; la intermediación en la circulación de bienes y en la prestación de servicios, la banca, seguros y fianzas y las auxiliares de las anteriores, considerando de inmediato, que las sociedades organizadas bajo la forma mercantil tienen la calidad de comerciantes cualquiera que sea su objetivo y agregando además que son cosas mercantiles los títulos de crédito, **la empresa mercantil** y sus elementos, las patentes de invención de modelo, las marcas, los nombres, los avisos y anuncios mercantiles.

De la explicación de motivos del Código y de la redacción de su artículo primero se desprende que nuestro legislador lo que tuvo en mente fue la confección de un Código de los Actos Objetivos de Comercio. No otra cosa puede significar el contenido del artículo 1 de nuestro Código de Comercio "Las disposiciones contenidas en el presente Código rigen los actos y contratos en él determinados, aunque no sean comerciantes las personas que lo ejecuten". Sin embargo considero que un atento estudio de nuestro Código de Comercio nos puede fácilmente enseñar que si bien la intención del legislador fue redactar una ley que regulara actos y contratos objetivamente, por naturaleza, comerciales, la sana intención de introducir posiciones más modernas en cuanto a ciertas instituciones del Derecho Comercial lo llevó a hacer, en forma involuntaria y quizá por desconocimiento de los sistemas de Derecho Mercantil, regulaciones que niegan totalmente la existencia de un Código de los actos objetivos de comercio. Veámoslo.

a) **La empresa individual a responsabilidad limitada:**

Esta modernísima institución (que por su mala regulación en Costa Rica no ha sido empleada según era la expectativa del legislador: en Costa Rica solamente se han inscrito desde la fecha de vigencia del Código de Comercio hasta el año de 1972 ciento veintinueve empresas individuales a responsabilidad limitada) que vio la luz por primera vez en la historia jurídica universal en el Código Civil de 1926 del Principado de Liechtenstein (el anstalt) no se ha podido introducir en las más modernas legislaciones comerciales de Europa a causa del dogma, no superado por ellas, de la indivisibilidad del patrimonio (como conjunto de derechos y obligaciones en cabeza de un sujeto jurídico como dirá

la doctrina francesa, o el conjunto de relaciones jurídicas activas y pasivas en cabeza de un sujeto como dirá la doctrina alemana e italiana); es considerado una unidad inescindible, indivisible, como prenda común de los acreedores del sujeto jurídico y en ello no es permitido crear instituciones que radiquen su naturaleza precisamente en una separación patrimonial; y en la empresa individual a responsabilidad limitada el sujeto separa parte de sus activos para dedicarlos a la realización de un fin específico no respondiendo esos activos sino por las obligaciones que nazcan de la operación misma de ese patrimonio separado; los acreedores de la empresa no pueden perseguir, en condiciones normales los bienes personales del titular de aquélla ni los acreedores de éste pueden perseguir los activos de la empresa. Las legislaciones europeas y la mayor parte de los sistemas jurídicos de derecho continental o romanista han organizado hoy en día su derecho comercial sobre la teoría de la empresa. Sin embargo, a pesar que los autores claman por la consagración máxima del sistema de la empresa pidiendo el establecimiento de la empresa individual a responsabilidad limitada como el máximo exponente de esta posición, no se ha logrado (fuera del caso señalado del año 1926) establecer en sus legislaciones por la permanencia excesivamente dogmática del principio de la unidad del patrimonio.

Pero nuestro legislador que dicta un código para regir los actos y contratos en él determinados aunque no sean comerciantes las personas que los realicen, es decir un Código de los Actos Objetivos de Comercio, introduce la negación máxima de un sistema objetivo: **la empresa individual a responsabilidad limitada.**

b) Las sociedades comerciales por la forma:

En un sistema típicamente objetivo, como el que nuestro legislador confiesa querer establecer en Costa Rica en el artículo primero del Código, la sociedad es básicamente un acto de comercio, un contrato creado para permitir la organización de personas que aportan algo a la formación de un fondo común para el alcance de un fin también común; ese contrato como tal figura jurídica no es ni civil ni comercial. Empieza a serlo según la naturaleza civil o comercial de la actividad que realice. De ahí el problema que en un sistema objetivo en que la quiebra sea vista como un procedimiento aplicable a la crisis económica del comerciante no se puede aplicar a una sociedad que aunque constituida según las formas típicas de las sociedades comerciales reguladas por la legislación mercantil,

tenga una actividad real y efectiva de naturaleza civil. Así, en un sistema objetivo la sociedad anónima que realice la explotación de un fundo agrícola no es un comerciante y en consecuencia no puede ser sujeta a quiebra. La jurisprudencia principalmente francesa e italiana está llena de resoluciones en tal sentido y también la nacional. En cambio, dentro de un sistema de Derecho Comercial que siga la teoría de la empresa, la sociedad en primer lugar no es un esquema organizativo de sujetos sino un esquema organizativo de la empresa y en segundo término no es mercantil por la naturaleza mercantil de la actividad que realice, sino en vista del hecho simple de ser un esquema organizativo típico de una empresa económica. La sociedad es comerciante porque es en sí misma una organización de los factores de la producción es decir una organización de empresa independientemente de la naturaleza de su actividad y del fin que persiga.

En un Código de Comercio que pretende ser Código de los Actos Objetivos de Comercio, nuestro legislador dice que es mercantil, independientemente de su finalidad y cualquiera que sea el objeto o actividad que desarrolle, la sociedad anónima, la sociedad a responsabilidad limitada, la sociedad en comandita y la sociedad colectiva. La incongruencia es evidente: Las sociedades comerciales están reguladas en nuestro Código de Comercio, que pretende ser un Código de los actos objetivos de comercio, sobre la base de la teoría de la empresa.

Por otra parte en un Código de los actos objetivos de comercio la sociedad es un contrato, como ya lo dije, y debe aparecer regulada en el capítulo de los contratos y no, como aparece en nuestro Código, en la parte que corresponde a los sujetos del comercio.

c) Los auxiliares de comercio.

En un buen Código de los actos objetivos de comercio la materia de auxiliares (el factor, el comisionista, el dependiente, los agentes o mal llamados representantes de casas extranjeras, el comisionista aduanal también mal llamado agente de aduanas, etc.) han de ser regulados dentro del Capítulo de los Contratos. Lo que interesa en ellos para un sistema objetivo no es la relación del sujeto sino su naturaleza de acto de comercio, su aspecto objetivo o contractual. Así lo vemos en Códigos de los actos objetivos de comercio tan perfeccionados como el Código Alemán de 1861 o el

Código de Comercio Italiano de 1882 o el Código de Comercio Español de 1885.

Sin embargo, en nuestro Código de Comercio, los Auxiliares están regulados no en función de su naturaleza objetiva es decir no como contratos sino en cuanto a los sujetos que realizan dichas actividades, dentro del Libro Primero del Código y no dentro del Libro Segundo que se refiere a Obligaciones y Contratos.

ch) La compraventa mercantil:

En los sistemas objetivos en cuanto al acto de comercio la compraventa es un acto que puede realizarse en masa o aislamiento pero que se caracteriza por tres elementos: 1) ser compraventa de muebles; 2) realizarse con ánimo de reventa; y 3) llevarse a cabo con intención de lucrar en la reventa. Cuando el Derecho Comercial supera la etapa de la compraventa como negocio únicamente mercantil cuando es sobre muebles y admite como tal la de inmuebles, ésta se caracteriza como comercial básicamente por el ánimo de reventa independientemente de si es ocasional o masiva. Por otra parte todos sabemos que la compraventa es, junto con el transporte, el contrato, al menos por el volumen en que se realiza, además de por otras razones, más importante dentro del Derecho Comercial. La industria y el comercio funcionan en primero y último término sobre la base de contratos de compraventa masivos.

Pues bien. Nuestro legislador, dentro de un Código de Comercio que pretende ser un Código de los actos objetivos de comercio dice: Artículo 438 *"Será compraventa mercantil: a. La que realice una empresa mercantil, individual o colectiva en la explotación normal de su negocio ya sea de objetos comprados para revenderlos en el mismo estado o después de elaborados"*.

Es claro entonces que en nuestro Código de Comercio el contrato más importante del Derecho Comercial está regulado no según los lineamientos del sistema de los actos objetivos de comercio sino y una vez más según las orientaciones de la teoría de la empresa.

d) El transporte:

Otro tanto podemos decir del contrato mercantil del transporte. En un sistema de los actos objetivos de comercio el contrato de transporte es comercial cuando tiene por objeto mercaderías o efectos de comercio o cuando independientemente

de la naturaleza del objeto transportado el transportista sea comerciante. No interesa si es realizado ocasionalmente o en masa, por un sujeto individual o por una empresa.

En el caso del transporte, como hemos visto en nuestra legislación, se ha producido una evolución muy interesante. El Código de Comercio de 1853 regulaba un transporte según la teoría objetiva.

Sin embargo la Ley de Transporte de 29 de noviembre de 1909 hacía radicar la naturaleza mercantil del contrato en la onerosidad del mismo o en el hecho de que el transporte fuera verificado por una empresa pública o privada. El Código de Comercio vigente en cambio, además de que coloca el transporte dentro de las actividades auxiliares y no como contrato según corresponde en un sistema objetivo; al eliminar un "también" que existía en la Ley de Transporte citada, elimina la disyuntiva y hace del transporte una actividad mercantil solamente cuando es realizado por **empresas**, sean éstas públicas o privadas o sea que desaparece, así, como comercial el transporte oneroso ocasional típico de los sistemas objetivos.

e) Contrato de edición.

En este caso, como en todos los señalados antes la contradicción en que incurre el legislador al pretender por una parte promulgar un Código de los actos objetivos de comercio y regular por otra instituciones de derecho comercial no según esa tendencia sino conforme a la teoría de la empresa, es manifiesta. El contrato de edición, dice el artículo 582 del Código de Comercio vigente, será mercantil cuando el editor sea una **empresa** dedicada a esa actividad. Creo que huelga todo comentario.

f) Otros casos.

La admisión de la sociedad a responsabilidad limitada y de la sociedad anónima unipersonales es decir cuando las cuotas o las acciones respectivamente quedan en manos de una sola persona, según lo permite nuestro Código obedecen también a la teoría de la empresa. Ya he dicho que en una teoría objetiva la sociedad es un contrato es decir implica la presencia de dos o más partes con intereses contrapuestos sobre elementos económicamente valorables. La desaparición de esa pluralidad o al menos de la bilateralidad, dentro de un sistema objetivo obliga al legislador a dictar medidas más o menos perentorias para liquidar esa sociedad que

lo es sólo de nombre o a restituir la pluralidad de los sujetos. Lo anterior obedece a la concepción objetivista de la sociedad como un esquema organizativo de personas según ya vimos.

En cambio en un sistema que siga la teoría de la empresa, según ya se vio también, la sociedad no es un esquema organizativo de personas sino un esquema organizativo de la empresa y en consecuencia independientemente de si persiste la pluralidad de sujetos puede subsistir la sociedad mientras subsista la empresa.

Asimismo en un sistema objetivo, bajo la consideración de que la sociedad es un esquema organizativo de personas el derecho del socio al dividendo, oportuna y debidamente comprobada la existencia de utilidades, nace con la simple comprobación de dicha existencia y aún antes de la misma, con el simple transcurso del tiempo que la ley establece al respecto. En consecuencia dentro de este sistema el socio tiene derecho a comparecer ante el Tribunal para que éste obligue a la sociedad, una vez comprobadas las utilidades a pagarle el dividendo que le corresponde. La sociedad en este caso se entiende como un contrato realizado por el socio con el ánimo de lucrar y ningún interés está por encima del suyo a obtener los dividendos que perseguía al contratar.

En cambio en un sistema basado en la teoría de la empresa la sociedad es un esquema organizativo de ésta y si bien nace a través de la figura del contrato, da origen a una **institución**, a un ente nuevo que representa un **interés social** formado por el interés no sólo del socio sino también por los intereses de los trabajadores, de los proveedores, de los acreedores, de los consumidores, del Estado y en último término del sistema económico. En tal caso el interés social está por encima no sólo del interés del socio sino aún por encima del interés de la sociedad manifestado a través de una mayoría en la Asamblea.

Es típico el caso francés de la empresa Fruehauf France.

Esta empresa estaba controlada por la Fruehauf de los Estados Unidos de Norte América. Una empresa intermediaria contrató la fabricación de una inmensa cantidad de material rodante pesado con la compañía francesa. Para el cumplimiento de este contrato que mantendría a dicha compañía en plena producción durante un periodo bastante amplio de tiempo la misma debía, entre otras cosas, adaptar inclusive sus líneas de montaje. Cuando la Fruehauf France se encontraba ya en plena producción, la Fruehauf de los Estados Unidos se

enteró que el destino final del material rodante iba a ser la China Popular y por ello ordenó al Consejo de Administración francés romper el contrato. Esto implicaba para la compañía francesa el abocarse prácticamente a la quiebra, puesto que la demanda judicial por incumplimiento no se haría esperar y sería cuantiosísima, amén de que la línea de montaje había sido modificada para la producción de un material con especificaciones muy particulares no requeridas en otros mercados, lo cual hacía de muy difícil colocación fuera de la China Popular, el producto. El Consejo de Administración francés comprendiendo las implicaciones de una tal medida optó por renunciar en bloque. Las pretensiones de la compañía contralora norteamericana eran las de incumplir el contrato. A este punto los comités de trabajadores de la empresa acudieron ante los tribunales para pedir que fueran estos los que nombraran el nuevo consejo de administración, ordenando el cumplimiento del contrato.

Los accionistas norteamericanos manifestaron que ellos eran los propietarios de las acciones, los únicos con poder para nombrar el directorio, que el asunto era un asunto privado dentro del que el tribunal no tenía ninguna potestad para intervenir. El tribunal manifestó que en casos tales lo que estaba en juego no era el interés de los socios sino el interés social, es decir el interés de la empresa, interés del cual formaba parte el interés de 600 trabajadores de la empresa y que por otra parte la empresa era un elemento importante dentro de la economía nacional, razón por la cual en aplicación de los preceptos constitucionales y de otras normas el tribunal sí estaba facultado para intervenir.

Efectivamente intervino, nombró el consejo de administración y ordenó la continuación de los trabajos y el cumplimiento del convenio.

Como ya dije, en un sistema de los actos objetivos de comercio la sociedad no sólo es un contrato sino que además es un esquema organizativo de personas por lo que por las consideraciones que antes hice el derecho del socio al dividendo nace periódicamente con la simple existencia de utilidades. En cambio en un sistema empresarial lo importante no es el interés del socio al dividendo, sino como ya lo hemos visto, el interés social, razón por la que el derecho del socio al dividendo no nace sino cuando la asamblea, previa consideración de todas las necesidades de la empresa, delibera y apueba el reparto de la totalidad o parte de las utilidades. Pues bien, nuestro Código, que como hemos visto pretende ser un código de los actos objetivos de comercio regula el derecho al

dividendo (art. 143 C. de C.) según el sistema de la teoría de la empresa.

6. NECESIDAD DE UNA JURISPRUDENCIA PROGRESIVA SOBRE EL PUNTO.

Existen algunos otros casos de menor importancia al respecto en nuestro Código de Comercio, que no voy a señalar en esta oportunidad. Creo que lo importante es reconocer que si bien el legislador tuvo la intención de crear un código de los actos objetivos de comercio, el resultado que obtuvo es diametralmente opuesto a sus intenciones: consagra la institución suprema de un sistema empresarial, la empresa individual a responsabilidad, considera a la sociedad no como contrato sino dentro de la parte que correspondería a los sujetos del Derecho Comercial y por otro lado la regula según un criterio formalista que se opone totalmente a la concepción contractual objetiva; regula la materia

de auxiliares no según un criterio contractual objetivo sino también en función de la relación subjetiva entre el auxiliar y su preponente; el grueso de la contratación mercantil, es decir los contratos masivos de compraventa y transporte (especialmente el primero) los regula expresamente según un criterio empresarial; introduce el contrato de edición como contrato de empresa. Frente a esta realidad aplastante creo que resulta insostenible dentro del Derecho Comercial costarricense una teoría de los actos de comercio y si bien es cierto que otras partes del Código están redactadas según criterios objetivos clásicos, son las menos importantes y las que se producen en mucho menor volumen. Por ello considero que la interpretación de aquellas instituciones que en el Código no siguen la teoría empresarial debe realizarse siguiendo esta teoría con el sano criterio, por una parte, de unificar el sistema y por otra de modernizarlo. Sería hacer por la vía judicial lo que no se hizo por la vía legislativa.

* * *