

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"



## LA NOCION JURIDICA DE EMPRESA EN EL SISTEMA DE LA VIGENTE CODIFICACION MERCANTIL

*Prof. Dr. Gastón Certad M.*

### CONTENIDO:

1. Importancia, en el derecho comercial contemporáneo, de la noción jurídica de empresa . . . . . 44
2. Las empresas en nuestro Código de Comercio: empresas como actos de comercio y empresas como materia jurídica de comercio . . . . . 45
3. Empresario y comerciante en el sistema de nuestro Código de Comercio . . . . . 46

## 1. Importancia, en el derecho comercial contemporáneo, de la noción jurídica de empresa.

La noción jurídica de empresa ha adquirido trascendental importancia en el cuadro del derecho comercial vigente. Más bien, la noción de empresa comercial, que es una derivación puntual de la noción general de empresa, es el concepto fundamental que sirve de base al derecho comercial contemporáneo en algunos países del orbe.

En muchos países, como en Italia y en Honduras (solo para citar al país precursor y a uno del área centroamericana), el concepto de empresa comercial ha sustituido al de acto de comercio, institución esta última sobre la que descansa preponderantemente nuestro actual Código de Comercio, influenciado por la legislación napoleónica de 1808.

Pero si la noción particular de empresa comercial tiene relevancia para el presente sistema jurídico del derecho comercial de muchos países occidentales, la noción general de empresa (conjuntamente con otras nociones, específicas y distintas, como las de empresa agrícola o artesanal) extiende su esfera de acción a todos los sectores del moderno derecho económico, síntesis comprensiva, según la opinión dominante, de varias ramas del ordenamiento jurídico (del derecho agrario al derecho comercial; del derecho industrial al derecho de la navegación y al derecho individual y colectivo del trabajo).

Fue mérito histórico de Lorenzo MOSSA haber sido el primero en advertir, con gran intuición, la importancia que la noción jurídica de empresa (relegada por el Código de Comercio italiano de 1882 —hoy derogado— a algunas circunscritas y específicas categorías de actos de comercio (1)) estaba por asumir hasta llegar a conformar un nuevo sistema de derecho comercial. En 1923, en la conferencia de inauguración del año académico en la Universidad de Sassari, Mossa afirmó que el derecho comercial era ya el derecho de la empresa y que la noción descolorida y atomista del acto de comercio había perdido, y para siempre, concreto valor. Posteriormente este concepto fue repetido, desarrollado e ilustrado por el profesor Mossa en

una memorable exposición sobre los problemas fundamentales del derecho comercial italiano desarrollada en la Universidad de Pisa en los albores del año 1926 (2).

Según la concepción impulsada por Mossa, el nuevo derecho comercial estaba llamado a regular a las empresas (comprendidas también aquellas actividades inherentes a la agricultura, que asumieran formas de organización análogas a las peculiares de las empresas individuales y comerciales) en sus relaciones con las otras empresas y en sus relaciones con el público que a ellas se dirige y en ellas confía. Como sistema correlativo al del derecho comercial, el nuevo derecho laboral debía, a su vez, regular las relaciones de la empresa con sus propios colaboradores; y así, mientras el nuevo derecho comercial se erigía en el derecho externo de las empresas, el derecho laboral se constituía en el derecho interno de las empresas. En este nuevo sistema de derecho comercial, así como la noción de empresa estaba destinada a sustituir a la de acto de comercio, la figura del empresario estaba preparada para desplazar a la del comerciante.

La teoría de Mossa no obtuvo, en un primer momento, mucha acogida por parte de los estudiosos del derecho comercial en Italia; a muchos les pareció un paradójico y anacrónico regreso —y a muchos siglos de distancia— al sistema comercial predominante en la Edad Media y abandonado después de la Revolución Francesa. Pero la evolución jurídica posterior convalidó y confirmó, más allá de toda expectativa, los originales planteamientos de Mossa.

En efecto; el proyecto preliminar de Código de Comercio italiano de 1940, el denominado Proyecto Asquini, hizo propias las ideas de Mossa y en su artículo 1 calificaba de comercial toda actividad organizada como empresa que tuviera por objeto: operaciones relativas a la producción de cosas o de servicios destinados al intercambio; operaciones relativas a la interposición en el intercambio de cosas muebles o inmuebles; operaciones bancarias; operaciones de seguro; operaciones auxiliares a las enumeradas y operaciones dirigidas a la transformación y a la enajenación de productos agrícolas y ganaderos, que no formaran parte de la industria

(1) Véase al respecto el artículo 3, incisos 6 a 10, 13 y 21 de dicho cuerpo de leyes.

(2) CASANOVA, Mario, "Impresa (in generale)", en *Novissimo Digesto Italiano*, VIII, U.T.E.T., Torino, 1965, págs. 348 y sigs., pág. 351.



agrícola y ganadera y que dieran lugar a la organización de una empresa autónoma. Eran comerciantes, según el referido proyecto, las personas físicas que ejercieran una empresa comercial, las sociedades comerciales y las personas jurídicas privadas cuyo objeto fuera el ejercicio de una empresa comercial (3).

La exposición de motivos del proyecto afirmaba que se había abandonado el sistema fundado en los actos de comercio en la convicción de que, al no estar el acto aislado de intermediación integrado ni caracterizado por un elemento de organización, no se justificaba de ninguna manera la existencia de una ley especial.

Pero el proyecto en cuestión, publicado en 1940, no llegó a cristalizar. La razón que dio el Ministro Grandi, después de alabar el trabajo, fue la que los motivos que habían justificado históricamente un autónomo Código de Comercio debían considerarse ya superados, porque la característica de la profesionalidad, propia de la disciplina desde sus inicios, no era ya peculiar de esta rama jurídica, constituyéndose la empresa en la piedra angular, no sólo de las instituciones del comercio en sentido jurídico, sino también de las instituciones de la economía agrícola, tradicionalmente tratadas y reguladas por el derecho civil. De esto dedujo que la disciplina de la empresa no debía constituir, como se proponía en el proyecto Asquini, un ordenamiento especial de estricta aplicación al mundo comercialista, sino más bien uno de los pilares de la codificación civil general. Consecuentemente, la disciplina de la materia de la empresa y del empresario, así como la relativa a la empresa agrícola y a la empresa comercial —los dos tipos fundamentales de empresas— fue introducida en un libro especial del nuevo gran "Codice Civile" conjuntamente con los restantes libros, precedentemente predispuestos. Este libro que fue, y aún es, el quinto de los seis libros que integran el vigente "Codice Civile" italiano, asumió, en un proyecto preliminar, el nombre de "Libro de la empresa y del trabajo" y fue sustituido en la redacción definitiva,

por la más simple y comprensiva denominación, que actualmente conserva, de "Libro del trabajo" (4).

El libro del trabajo regula, amén de las profesiones y del trabajo autónomo y subordinado, la materia de la empresa en general y de la empresa agrícola y comercial en particular; la organización social de las empresas, con la disciplina de las distintas formas sociales; las empresas cooperativas; los consorcios de empresas; y, por último, la hacienda en general, considerada como conjunto instrumental del que se vale el empresario de cualquier tipo para el ejercicio de la empresa (5).

## 2. Las empresas en nuestro Código de Comercio: empresas como actos de comercio y empresas como materia de comercio.

Nuestro actual Código de Comercio utiliza el sistema de considerar actos de comercio todos aquellos contemplados en su articulado (artículo 1, párrafo 1); este sistema es formalmente distinto al utilizado por el Código de Comercio francés de 1808, que taxativamente elenca los actos de comercio en sus artículos 3, 632 y 633, y al adoptado por el Código de Comercio italiano de 1882, que agrupaba, calificándolas como actos (objetivos) de comercio, una larga serie de operaciones económicas (artículo 3). Algunas de esas operaciones eran actos aislados, como la compra de mercaderías para revenderlas, pero otras eran más bien empresas: de suministro (inciso 6), de fábricas y de construcciones (inciso 7), manufactureras (inciso 8), de espectáculos públicos (inciso 9), editoriales, tipográficas y de librería (inciso 10), de transporte de personas o de cosas por tierra y por agua (inciso 13) y de comisiones, de agencia y de negocios (inciso 21) (6). Este característico grupo de actos de comercio, constituido por empresas, llamó la atención, en manera particularmente intensa, de algunos de los grandes comercialistas italianos de principios de este siglo como Bolaffio, Vivante,

(3) ASQUINI, Alberto, "Codice di commercio", en Enciclopedia del Diritto, VII, Giuffrè Editore, Milano, 1960, págs. 250 y sigs., págs. 252-4.

(4) NICOLÒ, Rosario, "Codice civile", en Enciclopedia del Diritto, VII, Giuffrè Editore, Milano, 1960, págs. 240 y sigs., págs. 245-9.

(5) Sobre la unificación del derecho privado en Italia, ver CERTAD M., Gastón, "La unificación del derecho privado en Italia", en Revista Judicial, No. 17, San José, set. 1980, págs. 15 y sigs.

(6) ASQUINI, A., op. cit., pág. 253.



Arcangeli, Carnelutti y sobre todo Alfredo Rocco.

Volviendo a nuestro Código de Comercio, se observa que sigue el criterio empresarial para distinguir la compraventa de bienes muebles con el ánimo de revenderlos en el mismo estado o después de elaborados (artículo 438, inciso 1); el transporte de personas, cosas o noticias (artículo 323) y la edición (artículo 582) (7). Tenemos entonces que, de conformidad con el artículo 1, las actividades (empresas) de compraventa de muebles citada, de transporte y de edición son actos de comercio (objetivos).

Es claro comprender que con las supracitadas actividades no se agota el vasto grupo de empresas, entendidas éstas, según conceptos propios de las disciplinas económicas, como todas las organizaciones productivas de bienes o de servicios, destinadas al mercado. La consecuencia lógica de esta observación es la de que la noción de empresa no tiene, en el sistema de nuestro Código de Comercio, relevancia jurídica más allá de los tres ejemplos citados (dos actividades industriales y una estrictamente comercial), a los fines de delimitar la materia de comercio, bajo el aspecto objetivo.

Esto no significa que más allá de los tres casos previstos, no existan empresas que entren en el ámbito de la esfera de acción del derecho comercial; significa más bien y simplemente que, en algunos otros sectores económicos (y parcialmente en los sectores industrial y comercial) el ejercicio de una actividad en forma de empresa no es presupuesto indispensable y no representa, entonces, un requisito esencial de la comercialidad jurídica. Caso típico y ejemplar es el de la actividad bancaria. Ciertamente, estas empresas recaen, todas y sin excepción —aludo a las empresas industriales y comerciales—, en el ámbito de la materia jurídica de comercio; pero, a diferencia de las hipótesis contempladas por nuestro Código, ellas no constitu-

yen, como tales, actos de comercio. Por el contrario, ellas se resumen en una serie distinta de actos de comercio: los actos que conforman precisamente la respectiva actividad, operaciones que son actos de comercio aislados, no coligados a una actividad constante, fundada en una duradera organización empresarial.

Es ésta, una clara consecuencia del carácter no profesional y atomista de los sistemas objetivos de derecho comercial originados en la codificación mercantil napoleónica; sistemas en los que la materia jurídica de comercio se volatiliza en millares de operaciones ocasionales y accidentales.

Otras empresas, pertenecientes a otros sectores económicos, permanecen, por el contrario, fuera de la materia de comercio por estar constituidas de series de operaciones objetivamente privadas de comercialidad jurídica, tales como, por ejemplo, las empresas agrícolas puras y las empresas artesanales.

Estas líneas confirman que el sistema de derecho comercial costarricense se inclina ligeramente hacia el acto de comercio —tímido sistema objetivo—, porque las escasas veces en que el Código utiliza el criterio empresarial para distinguir y calificar como mercantiles actos relativamente tales (compraventa de muebles, transporte y edición), esas empresas son consideradas actos de comercio. Las restantes empresas o son materia jurídica de comercio y no actos de comercio (empresas industriales y comerciales) o no son ni lo uno ni lo otro (empresas agrícolas puras y artesanales) (8).

### 3. Empresario y comerciante en el sistema de nuestro Código de Comercio.

Llegados a este punto, nos queda examinar si, en el sistema de nuestro Código de Comercio, la

(7) MORA, Fernando, "Introducción al estudio del derecho comercial. Teoría de la empresa en el derecho comercial costarricense", Editorial Juricentro, San José, 1982, págs. 22-30 y "El sistema del derecho comercial costarricense", en Revista Judicial, No. 21, San José, set. 1981, págs. 27 y sigs., págs. 31-36, considera que nuestro Código también sigue la teoría de la empresa al acoger la empresa individual de responsabilidad limitada, al regular las sociedades comerciales por la forma, al acoger las sociedades de capital unimembres y en tema de auxiliares mercantiles, lo que comentaremos más adelante.

(8) En contra de este criterio se manifiesta MORA, Fernando (en las dos obras citadas en la nota anterior). En cuanto a los restantes ejemplos que el Dr. Mora cita como indicativos de que nuestro Código de Comercio sigue tendencialmente la teoría de la empresa, la argumentación es decididamente otra: en cuanto a la empresa individual de responsabilidad limitada y los auxiliares del comercio, el haberlos incluido en el Libro I, de los comerciantes, y no en el II, de las obligaciones y contratos (como corresponde en un sistema objetivo) —y lo mismo podría decirse en cuanto a las sociedades mercantiles— denota, pura y simplemente, que nuestro legislador se guió por un criterio eminentemente subjetivo, ya manifiesto en los artículos 1, 6 y 439 del mismo Código. Hemos de reconocer, sin embargo, que la inclusión de la E.I.R.L. en nuestro Código, sí es clara manifestación (la única, dicho sea de paso, con semejante claridad) de un sistema empresarial. Ahora bien, note el paciente lector, como dato curioso, que el Código de la empresa, como se le ha dado en llamar al Código Civil italiano del '42, ¡no regula la E.I.R.L.! En



noción de empresa, y la correlativa de empresario, tienen alguna relevancia a los fines de determinar la figura subjetiva del comerciante desde el punto de vista estrictamente jurídico.

Como es notorio, el sistema de derecho comercial vigente en nuestro ordenamiento jurídico, no es un sistema puramente objetivo, sino, más bien y en estricto rigor, un sistema casi mixto —arriba lo calificamos de ligeramente objetivo en la medida en que, según nuestra opinión, en él prevalece levemente la objetividad sobre la subjetividad— en un doble aspecto: objetivo y subjetivo (profesional), pues el sistema en realidad se centra, simultáneamente, en la noción (objetiva) de acto de comercio y en la (subjetiva) de comerciante.

Son considerados comerciantes, en sentido jurídico, con fundamento en el artículo 5 del Código de repetida cita, las personas físicas con capacidad jurídica que ejerzan en nombre propio actos (objetivos) de comercio profesionalmente; la empresa individual de responsabilidad limitada; las sociedades mercantiles constituidas de conformidad con el Código; las sociedades extranjeras, y sus sucursales y agencias, que ejerzan actos (objetivos) de comercio en el país, sólo cuando actúen como distribuidores de los productos fabricados por su compañía en Costa Rica; y las sociedades centroamericanas que ejerzan el comercio en Costa Rica.

La noción jurídica de comerciante persona física y las de las sociedades extranjeras y centroamericanas se presentan, de tal guisa, como una puntual derivación, en el plano subjetivo, de la noción objetiva de acto de comercio. Pero esta noción opera a su vez, una ampliación de la materia de comercio, dando lugar a una última categoría de actos de comercio (los llamados actos subjetivos de comercio), en atención al precepto según el cual los contratos entre comerciantes se presumen actos de comercio, salvo prueba en contrario (artículos 1, párrafo 1 y 439 del C. de C.).

Así, mientras muchas normas especiales del derecho comercial se aplican a los actos de comer-

cio quienquiera que los realice —y, por lo tanto, prescindiendo de cualquier ejercicio profesional—, otras complejas e importantísimas instituciones jurídicas, desde la contabilidad y la correspondencia al completo derecho de quiebras, reguladas, respectivamente, en los Libros I y IV del Código de Comercio, presuponen, por el contrario, la existencia de un comerciante en sentido jurídico.

Es este el aspecto subjetivo del sistema de derecho comercial imperante bajo el régimen de nuestro actual Código.

Pero ¿qué relación se produce entre la noción de empresa y empresario con la de comerciante en nuestro sistema jurídico mercantil?

Más precisamente: ¿los comerciantes son también empresarios? Y los sujetos que ejercen una actividad empresarial, que consista en operaciones calificadas por la ley como actos de comercio, ¿son, también y necesariamente, comerciantes en sentido jurídico?

A la segunda de estas interrogantes creemos nosotros que debe dársele una respuesta afirmativa en la mayoría de los casos y negativa en otros.

Los comerciantes personas físicas y las sociedades extranjeras y centroamericanas, en sentido jurídico, son todos, y sin excepción alguna, empresarios, porque no consideramos posible ni concebible un ejercicio habitual (y profesional) de actos (objetivos) de comercio (artículos 5, incisos a, d y e), sin una organización de los factores de la producción —sean estos capitales o trabajo ajeno— que se constituya en una empresa, en sentido económico.

Distinta es la respuesta respecto a las sociedades mercantiles constituidas de conformidad con el Código y a la empresa individual de responsabilidad limitada, pues éstas son comerciantes independientemente de su objeto (artículo 5 incisos b y c, 10 inciso 3 y 18 inciso 5). Nótese que no se exige que su actividad sea, para adquirir la cualidad de comerciante, sólo y necesariamente el cumplimiento de uno o más actos (objetivos) de comercio (9).

---

cuanto a las sociedades comerciales, disentimos del Dr. Mora (y no es esta la sede para discutirlo) de que nuestro Código hubiere seguido a su respecto un sistema formal; y aunque admitiéramos, con el ánimo de argüir únicamente, la validez y exactitud de semejante observación, la consideramos irrelevante a los efectos de esta discusión: no creemos que un sistema formal en sociedades mercantiles sea aplicación estricta de la teoría de la empresa; nos respalda el hecho de que el llamado Código de la empresa, arriba citado, sigue a propósito de sociedades, ¡precisamente un sistema sustancial y no uno formal! En cuanto a la admisión de las sociedades de capital unimembres —y aquí debemos ser claros en reconocer que el artículo 202 del C. de C. sólo alude a la sociedad anónima, de donde la extensión analógica de ese principio a la sociedad de responsabilidad limitada puede ser discutible—, tampoco creemos que sea exclusivo de una teoría de la empresa, pues esta figura está contemplada en códigos que no siguen precisamente ese sistema, como el alemán de 1897.

(9) Requisito que sí se encontraba en el derogado Código de Comercio italiano de 1882 (artículo 76, primer párrafo).

Negativa consideramos debe ser la respuesta a la última pregunta en relación al sistema de derecho comercial costarricense, pues comerciantes en este sistema sólo pueden ser o las personas físicas que reúnan las condiciones enumeradas en el artículo 5 inciso a o las personas jurídicas individuales (E.I.R.L.) o colectivas (sociedades comerciales nacionales, extranjeras o centroamericanas), esencialmente sujetos titulares de empresas privadas. No creemos que en Costa Rica puedan ser considerados nunca como comerciantes, los entes de derecho público y así, no son comerciantes, ni pueden serlo de acuerdo al sistema, los bancos del Sistema Bancario Nacional ni el Instituto Nacional de Seguros, aunque ejerzan una actividad organizada como empresa, en un sector jurídicamente comercial y sean considerados como empresarios en el campo jurídico. Todo esto aparte del hecho de que, al ser taxativa la enumeración del artículo 5 del Código de Comercio, no admite otras hipótesis que las allí previstas. La conclusión es la de que, los cita-

dos entes, son empresarios en el campo comercial, pero no comerciantes.

Resumiendo, concluyendo y dando en consecuencia respuesta a la primera interrogante planteada, en el sistema de nuestro Código de Comercio, los comerciantes, en sentido jurídico, considerados en los incisos a, d y e del artículo 5 del Código, son, sin excepción, empresarios —mientras que son sólo comerciantes y no necesariamente empresarios los contemplados en los incisos b y c de la norma citada—, pero no todos los sujetos que ejercen una empresa son, por ese mismo hecho, comerciantes: no lo son los entes públicos, los institutos de beneficencia, bancarios, de seguro, de utilidad pública y similares, aunque ejerzan empresas jurídicamente comerciales. Tampoco son comerciantes, los empresarios que operan en campos económicos ajenos a la materia jurídica de comercio, como los empresarios agrícolas puros y los artesanos.

\* \* \*