

340 R

No. 2

1963

REV 1414 43

CONCEPTO DEL DERECHO MERCANTIL

FRANCISCO MORELLI C.
Titular de Derecho Mercantil I

No existe nada más difícil en el campo del Derecho Mercantil que pretender dar un concepto orgánico del mismo. La razón fundamental de esta imposibilidad estriba precisamente en la falta de concordancia entre el derecho mercantil y el derecho de comercio. Una definición que considerara al derecho mercantil como la parte del derecho privado encargado de regular las relaciones que se derivan del comercio, como lo hacen todas las definiciones clásicas, pecaría de un doble defecto que la harían inadecuada. Primero: la definición resultaría sumamente amplia toda vez que existen muchos aspectos del comercio que no se encuentran justamente regulados por el derecho comercial sino por otras disciplinas jurídicas, como el penal, fiscal, administrativo, internacional, etc. Segundo: la definición formulada, a pesar de que parezca paradójico, resultaría a la vez muy reducida. El derecho comercial no solamente regula las relaciones que se derivan del comercio, entendido éste como la actividad de mediación en el cambio, o sea la interposición entre el productor y consumidor con ánimo de lucro, sino otros aspectos que nada tienen que ver con el comercio en sentido económico (empresas industriales, títulos-valores emitidos como consecuencia de un negocio civil, sociedades formalmente mercantiles que tienen por objeto la realización de actos civiles etc.)

Esta imposibilidad, definitivamente insalvable, de definir el derecho comercial con base en el concepto de comercio, ha llevado al ánimo de algunos la idea de pro-

clamar la disolución del derecho mercantil. La falta de un concepto unitario del derecho comercial tiene necesariamente que desembocar en su disolución.

En un afán lógico de evitar esta disolución, que como se dijo no tiene otra razón que la falta de concordancia entre derecho mercantil y derecho de comercio, algunos autores, inclusive los más autorizados, han recurrido a definiciones descriptivas o simplemente formales, basadas todas ellas en datos obtenidos de la legislación positiva.

Carlos C. Malagarriga estima en este orden de ideas que "El derecho comercial es la rama de la ciencia jurídica que se ocupa, bajo determinados aspectos, de ciertas actividades que se ha considerado, por razones diversas, que no tienen que ser materia del derecho civil o común" (Derecho Comercial, tomo I, página 1).

Otros autores, al definir los actos de comercio, como el contenido del derecho comercial, siguen el mismo criterio del autor anterior. César Vivante considera al "Acto de comercio como todo acto atinente a la material comercial. Material Comercial es el conjunto de hechos o estados jurídicos que por razones de interés general, se hallan sometidos a las leyes mercantiles".

Lyon Caen y Renault siguen el mismo criterio al afirmar que los actos de comercio son "actos sustraídos al derecho común para ser sometidos, por razones de utilidad práctica, a las disposiciones del derecho mercantil".

Para desvirtuar la afirmación que pone en peligro la existencia misma del derecho mercantil, de que no todo el derecho del comercio es derecho mercantil, ni todo el derecho mercantil es un derecho para el comercio, algunos mercantilistas han buscado un concepto del derecho comercial basado en el comercio, pero no concebido este desde un punto de vista económico, sino desde un punto de vista jurídico. Conforme a esta idea, el comercio desde un punto de vista jurídico estará constituido por aquel conjunto de relaciones de muy diverso tipo, que el legislador estima como mercantiles por razones de interés gene-

ral. Entendido así el comercio, el derecho mercantil sí podría definirse como la parte del derecho privado que regula las relaciones que se derivan del comercio. Sin embargo, este concepto del comercio, fabricado ad hoc, ha merecido con justa razón, la crítica severa de algunos autores.

Joaquín Garrigues, Curso de Derecho Mercantil, tomo I, página 12, afirma con mucho acierto:

"Mas ésta (concepto jurídico del comercio) es una solución artificiosa, porque si es cierto que se ha ampliado la esfera de aplicación del Derecho mercantil más allá de lo que constituye el comercio en sentido económico, la consecuencia ineludible será que el Derecho mercantil no depende del concepto del comercio. Dicho de otro modo: lo que constituye el Derecho mercantil no se determina por lo que sea el comercio, sino tan sólo por la calificación, movida, como veremos, por criterios heterogéneos, imposibles de reducir a una directriz única. Llamar al resultado de esta calificación legal comercio en sentido jurídico es tanto como querer salvar el abismo entre comercio y Derecho Mercantil moderno con una simple sustitución de palabras. La radical inadaptación del Derecho mercantil al concepto estricto del comercio podría expresarse diciendo que el Derecho mercantil es un concepto más restringido que el del derecho de la materia de comercio y más amplio que el de Derecho de la pura actividad comercial. En conclusión, parece necesario abandonar el concepto de comercio porque hoy no se pueda fundar sobre él una determinación exacta del contenido del Derecho mercantil.

El mismo Joaquín Rodríguez Rodríguez, Derecho Mercantil, tomo I, página 7, abunda en las mismas razones del Profesor Garrigues al afirmar.

"Con todo esto hemos visto que sólo se llega a una actitud pesimista y meramente negativa, que no conduce a nada, pero si la ciencia significa algo, será el permitir una reducción unitaria de lo que aparentemente puede parecer dispersa o inconexo para el profano. Renunciar a la obtención del concepto esencial del derecho mercantil sería tanto como reconocer la falta de fundamento científico de su construcción".

Por todas las razones anteriormente expuestas, y en un afán de impedir el vaticinio de Nassbaun, o sea la disolución del concepto de Derecho mercantil, se han formulado diferentes conceptos unitarios o esenciales del Derecho Mercantil que analizaremos brevemente:

I.—EL DERECHO MERCANTIL COMO EL DERECHO DE LOS COMERCIANTES.

Si bien es cierto el Derecho mercantil regula la profesión de los comerciantes, también es verdad que no es posible acotar la material mercantil con una definición de esta naturaleza. El Derecho mercantil jamás ha regulado todos los actos de la vida privada de los comerciantes, ni aun en la época en que este derecho se presentaba como un derecho clasista, es decir, propio de una clase de individuos: los comerciantes. El Derecho mercantil reguló y regula la actividad de los comerciantes únicamente cuando éstos realizan actos considerados como comerciales.

Este sistema, entendido en su verdadero sentido, fue seguido desde su nacimiento por el Derecho Mercantil, y sin duda representó una de las épocas más brillantes del Derecho comercial. El sistema, usualmente denominado subjetivo, desapareció por desgracia con la promulgación del Código de Comercio Francés de 1808, que convierte al sistema mercantil en objetivo, vale decir, en el sistema de los actos de comercio, así calificados por el Código. Por consiguiente son los actos los que determinan la aplicación de la ley comercio, y no la condición de comerciante.

Ha tenido históricamente tanta importancia este sistema, y tal ha sido su influencia, que en la actualidad se nota una tendencia cada vez más acentuada del Derecho mercantil de volver a su sistema original, el subjetivo, ya sea a base del comerciante propiamente dicho como ocurre con la legislación alemana, o a base de la empresa organizada como acontece con el código italiano.

II.—EL DERECHO MERCANTIL COMO EL DERECHO DE LOS ACTOS DE COMERCIO.

A raíz de la promulgación del Código de Comercio Francés de 1808, el sistema subjetivo de la Edad Media fue sustituido por el sistema objetivo de los actos de comercio. La Revolución Francesa, en ese propósito de evitar derechos clasistas, como el mercantil, transformó un sistema útil y necesario que configuraba el derecho mercantil de la época, por otro que aún trasciende a nuestros días y que ha sido el origen de enormes dificultades de orden científico.

Este sistema auténticamente francés fue llevado por los propios ejércitos de Napoleón a casi todas las partes del mundo, y hoy día constituye el sistema común de casi todas las naciones.

Existen ciertos actos que tienen la condición exclusiva de mercantiles. Solamente en el Código de Comercio se encuentran regulados. Para su calificación únicamente se ha tomado en cuenta un interés general, como ocurre con las operaciones bancarias, letra de cambio, pagaré, contratos marítimos, depósito en almacenes generales de depósito, correduría de aduana, prenda, etc.

Estos actos anteriormente citados son siempre mercantiles. En cambio hay otros que están regulados por partida doble por el Código Civil y por el Código de Comercio, como sucede con la compra-venta, permuta, depósito, préstamo, fianza, transporte, etc. Corresponde entonces a esta última legislación, por ser de excepción, el señalar en qué casos un determinado acto jurídico, de estos regulados por partida doble, tienen la condición de mercantil. Para ello se atiende fundamentalmente a tres elementos como expone Joaquín Garrigues (Prólogo a la obra de Alfredo Rocco, Principios de Derecho Mercantil, página XVI del prólogo): Subjetivo (participación de un comerciante en el contrato), Real (naturaleza de la cosa objeto del contrato), Activo propiamente dicho (naturaleza del acto en sí mismo o de las operaciones que procede o a las que se des

final) y formal (requisitos relativos a la celebración del contrato y a su publicidad).

En algunas ocasiones el legislador atiende a uno o a varios de estos elementos para calificar de mercantil el acto de que se trata. Pero en lo que definitivamente no se ha seguido un criterio científico es en el procedimiento seguido por el legislador para calificar de comercial un determinado acto. Cuál es la razón para que en algunos actos sea indispensable la concurrencia de un comerciante y en otros no? Por qué motivo es de rigor el elemento objetivo en ciertos actos jurídicos solamente, y en cambio en otros no es necesario. Estas preguntas son imposibles de contestar. El sistema francés de los actos de comercio es el culpable de esta anarquía. Ello ha dado como resultado la imposibilidad de definir orgánicamente los actos de comercio y por ende el derecho mercantil, ya en nuestros días no es posible definir esos actos de comercio como actos de mediación en el cambio con ánimo de lucro.

III.—EL DERECHO MERCANTIL COMO DERECHO QUE REGULA LOS ACTOS JURIDICOS REALIZADOS EN MASA.

Toda actividad mercantil supone necesariamente la realización masiva de actos jurídicos. Dentro del comercio es intrascendente la realización de actos jurídicos aislados, cuya regulación debe estar a cargo del Derecho Civil. Históricamente el Derecho mercantil se originó para satisfacer las exigencias del tráfico masivo. No obstante, el sistema objetivo establecido por primera vez por el Código Francés de 1808, regula también, como ocurre en casi todos los Códigos de Comercio vigentes hoy día, los actos aislados, siempre que se den los presupuestos necesarios que el mismo Código indica para calificarlos de mercantiles.

No es lógico por consiguiente que un acto jurídico aislado, por ejemplo el depósito, tenga una doble regulación en el Código Civil y en el Comercial. Como muy bien

dice Garrigues "El acto aislado, es decir, desconectado de la serie profesional a que pertenece, es imposible diferenciarlo de los actos regidos por el Derecho Civil".

Consecuentes con estas ideas ha nacido una nueva concepción del Derecho Mercantil en el sentido de considerar esta disciplina jurídica como aquella encargada de regular el tráfico masivo, reiterado, de los actos jurídicos. Para la calificación del Derecho Mercantil ya no se toma en consideración la finalidad u objetivo del acto realizado, sino únicamente su repetición masiva, en serie. Todo acto aislado, aun cuando se realice con ánimo de lucro o como consecuencia de una operación comercial, estaría regulado por el Derecho Civil.

Como consecuencia de esta nueva concepción del Derecho mercantil se señalan como características del mismo, entre otras, las siguientes:

(a) Reducción hasta donde ello sea posible de formalidades a cumplirse, bajo el imperio de los contratos impuestos o de adhesión, y un predominio lógico de los usos y costumbres mercantiles.

(b) Firme protección a la buena fe y a la seguridad del tráfico.

(c) Impersonalización de las relaciones jurídicas (obligaciones en blanco, títulos al portador etc.)

IV.—EL DERECHO MERCANTIL COMO EL DERECHO DE LAS EMPRESAS ORGANIZADAS.

Esta concepción, que ya sido adoptada por algunas legislaciones, en especial la italiana, tiene una íntima relación con el concepto anterior del tráfico en masa. La realización de actos masivos, reiterados; necesita lógicamente de una adecuada organización que se denomina empresa. El derecho mercantil regulará entonces las empresas organizadas. Deja de ser el Derecho comercial un derecho para los actos, para encargarse de la regulación de la empresa que los realice.

Este concepto, que es el que se va imponiendo paulatinamente en casi todas las legislaciones, obedece a una realidad que no puede ignorarse. La actividad del pequeño comerciante dirigida a interponerse entre el productor y consumidor con ánimo de lucro, va poco a poco desapareciendo, y en su lugar van surgiendo las enormes empresas económicas encargadas de realizar grandes obras.

Con este nuevo criterio el derecho mercantil vuelve a su antigua posición medioeval, vale decir, el de un derecho clasista, subjetivo. Ya no a base del comerciante sino con fundamento en la empresa económica.

Algunos otros autores, entre ellos don Joaquín Rodríguez Rodríguez, unifican las dos posiciones anteriormente expuestas y consideran al Derecho Mercantil como un derecho que regula el tráfico en masa realizado por empresas organizadas. En concreto él unifica las dos definiciones que se han descrito. Como él afirma "Lo que quiere decir que no todos los actos en masa, sino los realizados por empresas, son los que regula el derecho mercantil, y no todas las empresas ni todas las actividades de éstas constituyen la materia propia del derecho mercantil, sino que ésta se refiere a aquellas empresas que realizan actos en masa y sólo lo que concierne a éstos" (J. Rodríguez, tomo 1, página 13, Derecho Mercantil).

Algunas de las más importantes consecuencias de orden legislativo que se derivan de este nuevo concepto del derecho mercantil, pueden resumirse en las siguientes:

- a) El Derecho Mercantil deja de ser un derecho de los actos para convertirse en un derecho de la organización.
- b) Es comerciante el titular de una empresa organizada, ya sea individual o social.
- c) La regulación de los actos aislados debe ser abandonada definitivamente al Derecho Civil.

Las sociedades que adopten una forma mercantil deben considerarse como comerciales independientemente de

su finalidad, porque su organización significa la existencia de una empresa.

Se ha criticado este nuevo concepto del derecho mercantil por parte de algunos autores. Dentro de las críticas que se le han formulado las más destacadas son las siguientes:

CRÍTICAS:

* a) Un Derecho Mercantil sólo para las empresas sería unilateral y por consiguiente dañoso para los comerciantes modestos cuya organización no ha adquirido el carácter de empresa.

* b) Todavía no se ha podido dar una definición jurídica del término empresa. Su significado únicamente ha podido ser definido por la economía.

c) Es una equivocación (no muy generalizada por cierto) el considerar a la empresa organizada como sujeto de derecho, cuando en realidad se trata de un objeto de relaciones jurídicas.

* d) No sería posible aplicar esta definición del derecho mercantil a actividades tradicionalmente consideradas como comerciales, como a los títulos valores y al derecho cambiario.

e) Este nuevo concepto hace volver al derecho mercantil a sus antiguos cauces profesionales o subjetivos.

Naturalmente que muchas de estas críticas son fáciles de objetar y desvanecer, sin embargo esta no es la oportunidad para ello, ya que de lo que se trata es dar un concepto del Derecho Mercantil.

Con base en las ideas anteriormente expuestas formularemos un concepto del Derecho Mercantil costarricense, a fin de ubicar nuestro derecho en algunas de las definiciones anteriores. Para ello se usará el nuevo Código de Comercio y sobre él realizaremos una labor crítica.

CONCEPTO DEL DERECHO COMERCIAL COSTARRICENSE

El Derecho Mercantil costarricense es la parte del derecho privado que regula los actos de comercio, la profesión de comerciante, y en algunos aspectos la empresa organizada.

Efectivamente, nuestro nuevo Código de Comercio sigue la tendencia de regular lo que ha sido tradicional en casi todos los códigos del mundo, los actos de comercio. Con relación a esto, nuestro nuevo código no ha establecido ninguna innovación. El artículo 1º del Código del Comercio, que sigue el sistema español de la definición con algunos defectos, estima que "Las disposiciones contenidas en el presente Código rigen los actos y contratos en él determinados, aunque no sean comerciantes las personas que los ejecutan". Desgraciadamente no autoriza la posibilidad de una interpretación analógica, como si lo hace el Código de Comercio español, en cuyas disposiciones parece inspirarse.

De esa manera regula el contrato de compra-venta, permuta, compra-venta de establecimientos mercantiles e industriales, cesión de crédito, préstamo, fianza, depósito, prenda, contratos cambiarios y marítimos etc., y el mismo código señala los elementos necesarios para considerar a estos actos como mercantiles, atendiendo a sus elementos objetivo, subjetivo, real o formal.

En segundo lugar, además de los actos de comercio, el Código de Comercio de Costa Rica, regula la profesión de comerciante. El artículo 5º señala dos grupos de comerciantes: a) Comerciante individual: constituidos tanto por las personas físicas que teniendo capacidad jurídica ejerzan en nombre propio actos de comercio, haciendo de ello su profesión habitual, como por las empresas individuales de responsabilidad limitada. b) Comerciantes sociales: que son las sociedades que constituyen de acuerdo con el Código de Comercio, independientemente de su finalidad. Basta que

se organice una sociedad anónima, en comandita, colectiva o de responsabilidad limitada, para que ésta tenga la condición de mercantil, no obstante realizar actos civiles (Inciso 3 del artículo 5). Así también son comerciantes sociales las sociedades extranjeras y las sucursales y agencias de éstas que ejerzan actos de comercio en el país.

El Código se encarga de regular todo lo relativo a los comerciantes individuales y sociales, en especial el de señalar cuáles son sus principales obligaciones y cuáles sus agentes auxiliares.

Por último, el nuevo Código de Comercio ha establecido el concepto de la empresa organizada para algunos de sus actos, tal como ocurre con el contrato de edición. El artículo 580 del Código establece que el contrato de edición será mercantil cuando el editor sea una empresa dedicada a la actividad descrita.