

INTRODUCCIÓN AL DERECHO COMERCIAL

CLASE NO. 1: PASADO, PRESENTE Y FUTURO DEL DERECHO COMERCIAL

- ACTUALIZADA EL 9 DE MARZO DE 2009 -

SUMARIO:

I.- EVOLUCIÓN HISTÓRICA DEL DERECHO COMERCIAL.- §1.- El Derecho Romano.- §2.- La Edad Media: El sistema preponderantemente subjetivo.- §3.- El Renacimiento: La objetivación del sistema.- §4.- La Revolución Industrial: Las grandes codificaciones. §5.- La reunificación del derecho privado.- §6.- La nueva Lex Mercatoria, la constitución económica y las nuevas figuras comerciales.- §7.- Perspectivas.- §8.- ¿Y la evolución del Derecho Comercial en Costa Rica? **II.- EL CONCEPTO DE DERECHO COMERCIAL.-** §9.- El concepto de Derecho Comercial.- §10.- Características del Derecho Comercial.- §11.- La “materia mercantil”.- **BIBLIOGRAFÍA.**

I.- EVOLUCIÓN HISTÓRICA DEL DERECHO COMERCIAL.

Se suele decir que el Derecho comercial es una “*categoría histórica*” (1) y si bien esa afirmación es cierta para todo el Derecho, la justificación en nuestro caso sirve para resaltar la particular relación que existe entre el Derecho comercial y la realidad a la que responde y a la vez moldea:

“Como sucede con otras ramas del Derecho, el Derecho mercantil se nos presenta como un fenómeno esencialmente histórico. Con ello se quiere significar que su formación como un ordenamiento autónomo, distinto y separado del Derecho privado general, tiene lugar en un momento histórico determinado y queda luego sometido a los cambios y vicisitudes propias de toda realidad de contenido histórico.” (2)

(1) **Broseta Pont, Manuel**, Manual de Derecho Mercantil, Editorial Tecnos S.A., Madrid, España, 5º Edición, 1983, p. 42.

(2) **Uría, Rodrigo y Menéndez, Aurelio**, Lecciones de Derecho Mercantil, Thomson, Civitas, Navarra, España, quinta edición, 2007, p. 30.

INTRODUCCIÓN AL DERECHO COMERCIAL

CLASE NO. 1: PASADO, PRESENTE Y FUTURO DEL DERECHO COMERCIAL

En consecuencia, el estudio del Derecho comercial debe iniciar con el de su desarrollo histórico y con base en él perfilar o al menos tratar de perfilar lo que puede ser su futuro. De allí el contenido de esta primera clase que, además, no olvida la necesaria referencia a nuestro país.

§1.- EL DERECHO ROMANO.

El Derecho Romano fue un derecho flexible que logró adaptarse a las necesidades sociales, pero que no regía propiamente para las actividades comerciales que eran sobre todo labor de los extranjeros, quienes, por su parte, no llegaron a formar propiamente una “clase cerrada de comerciantes”. (3)

No obstante, es posible encontrar en el Digesto “numerosas opiniones” sobre materias que hoy serían calificables de “contratos mercantiles” tales como ventas, préstamos, prendas y otros; la costumbre comercial, si bien es mencionada en ocasiones, no reviste gran importancia. (4)

Correspondió al pretor peregrino, creador del *ius honorarium* o *ius pretorium*, de naturaleza más flexible y equitativa (5), llevar a cabo la labor de resolver las posibles controversias originadas en actividades comercial, resolviendo caso por caso.

“Roma no conoció un Derecho mercantil como una rama distinta y separada en el tronco único del Derecho privado común (*ius civile*); entre otras razones porque a través de la actividad del *praetor* fue posible adaptar ese Derecho a las necesidades de una nueva economía.” (6)

§2.- LA EDAD MEDIA: EL SISTEMA PREPONDERANTEMENTE SUBJETIVO.

Hay consenso en indicar que el Derecho Comercial surgió “...como consecuencia de la *revolución*

-
- (3) “Los pequeños comerciantes, al igual que los artesanos, estaban mal considerados; el gran comerciante gozaba, en cambio, de mucho prestigio, mas con todo no era tan estimado como el agricultor.” **Rehme, Paul**, Historia Universal del Derecho Mercantil, Editorial Revista de Derecho Privado, traducción de E. Gómez Orbaneja, Madrid, España, sne, Serie C, Vol. XVIII,1941, p. 56.
- (4) **Kozolchyk, Boris**, La Contratación Comercial en el Derecho Comparado, Editorial Dykinson, S.L., Madrid, España, sne, 2006, p. 28.
- (5) **Ibidem**, p. 27.
- (6) **Uría, Rodrigo y Menéndez, Aurelio**, Lecciones, op. cit., p. 31. **Rehme, op. cit.**, p. 56, nos indica, incluso, que en Roma se carecía de un vocablo técnico para referirse al comercio.

INTRODUCCIÓN AL DERECHO COMERCIAL

CLASE NO. 1: PASADO, PRESENTE Y FUTURO DEL DERECHO COMERCIAL

comercial del siglo XII a medida que la nueva economía urbana y comercial se afianza frente a la economía agraria y feudal de la Alta Edad Media...” (7)

La falta de una autoridad fuerte favoreció la creación de este derecho (8), el cual surgió básicamente como un derecho que respondía a las necesidades de una clase de personas, a saber, los comerciantes agrupados en Corporaciones (9), y en sus relaciones comerciales recíprocas, y que tiende a favorecer el desarrollo de la riqueza. (10)

Nació pues, como un *derecho de clase* o *derecho corporativo* pero que no prescindía de elementos objetivos, a saber, las mencionadas relaciones comerciales, por eso se dice que es un sistema de regulación “preponderantemente” subjetivo.

En efecto, a falta del pretor peregrino que resolviera en el caso concreto adaptando el *ius civile* que era muy formalista para la actividad comercial, que favorecía a los deudores y que prohibía la estipulación de intereses (11), y también por la necesidad de resolver en forma ágil y rápida las

- (7) **Uría, Rodrigo y Menéndez, Aurelio**, Lecciones, *op. cit.*, p. 30. En sentido similar, véase **Campobasso, Gian Franco**, Manuale di Diritto Commerciale, UTET, Nápoles, Italia, tercera edición, 2005, p. 3.

Agrega **Bercovitz Rodríguez-Cano, Alberto**, Apuntes de Derecho Mercantil, Thomson, Aranzadi, Navarra, España, Octava Edición, 2007, p. 29, refiriéndose al fenómeno de la “revolución comercial” o “renacimiento medieval”: “Ese fenómeno se manifiesta en el renacimiento del comercio y de las ciudades, la formación de burguesía con la aparición de incipientes círculos con espíritu capitalista, la crisis del feudalismo, la creación de las primeras universidades y la renovación de los estudios jurídicos”.

- (8) **Sánchez Calero, Fernando y Sánchez-Calero Guilarte, Juan**, Instituciones de Derecho Mercantil, Volumen I, Thomson, Aranzadi, Navarra, España, Trigésima edición, 2007, p. 48.

- (9) Estas corporaciones surgieron para la defensa de los intereses de artesanos y de comerciantes y tenían poder disciplinario sobre sus asociados. **Campobasso**, *op. cit.*, p. 3.

- (10) **Ibidem**, p. 4.

- (11) La prohibición medieval de la usura, que inicia en 1050, se fundamenta en el razonamiento escolástico que buscaba la esencia de las cosas, y por tal forma de razonamiento se consideró que el préstamo de dinero no podía generar intereses para el prestamista, toda vez que ello significaba disociar el uso del dinero prestado de la esencia del dinero prestado, o dicho en otras palabras, el dinero es improductivo. Esta prohibición se burlaba “disfrazando” el negocio de préstamo en uno de “cambio de moneda nacional por moneda extranjera” mediante la utilización de letras de cambio a ser pagadas en plaza diferente a la de emisión, para así justificar la diferencia entre el monto recibido y el monto pagado, y es valorada negativamente en nuestro tiempo porque se le considera cocausante de incrementar los costos y los riesgos negociales. **Kozolchyk**, La contratación, *op. cit.*, pp. 56-61 y **Rehme**, *op. cit.*, p. 65.

Lic. Ana Lucía Espinoza Blanco
www.iusmercatorum.com

Esta clase solo puede ser utilizada para fines académicos y de investigación, y citando a la autora y a la página.

INTRODUCCIÓN AL DERECHO COMERCIAL

CLASE NO. 1: PASADO, PRESENTE Y FUTURO DEL DERECHO COMERCIAL

controversias (12), en esta época se crea el llamado *ius mercatorum* o derecho usual basado en las costumbres o los usos de comercio, derecho basado en la forma en que se desarrollaban de hecho las relaciones comerciales entre los comerciantes inscritos en las corporaciones y que generalmente fue incorporado en los estatutos de las mismas corporaciones.

“Los textos más antiguos del nuevo derecho urbano contienen únicamente normas consuetudinarias” (13)

En esta época también se crea la figura del *cónsul*, encargado de resolver las diferencias que pudieran surgir en las relaciones dichas, también basado en criterios de equidad (*ex bono et aequo*) (14) y otros como la tutela del crédito, la informalidad de los contratos y al cumplimiento riguroso de las obligaciones asumidas. (15)

Todo lo anterior ocurrió, según lo dicho, en forma *autónoma* al *ius civile* y a su aplicación por parte de los jueces regulares.

Por eso, se dice que el Derecho Comercial surge como un derecho especial frente al derecho civil, no solo en cuanto a sus fuentes (la costumbre) sino también en cuanto su jurisdicción (por la existencia del referido cónsul y la así llamada “jurisdicción consular”).

A lo anterior, se agrega que el Derecho comercial se configura entonces como un *Derecho sustancialmente uniforme* (16) toda vez que las resoluciones de los cónsules tendieron a tal uniformidad e incluso se hicieron colecciones de las mismas sobre todo en los principales tribunales consulares, o sea, aquellos situados en las principales ciudades de la época (17) y hasta se reprodujeron en los

(12) **Campobasso**, *op. cit.*, p. 3.

(13) **Rehme**, *op. cit.*, p. 66.

(14) **Sánchez Calero y Sánchez-Calero Guilarte**, *op. cit.*, p. 48.

Téngase esto presente: “...los Cónsules... no eran juristas de profesión sino personas conocedoras de los problemas del tráfico y de las costumbres establecidas, aplicaban los usos y costumbres locales y las normas escritas del Consulado.” **Sáenz Carbonell, Jorge Francisco**, Los Sistemas Normativos en la Historia de Costa Rica. Ordenamientos indígenas, Derecho Indiano y Derecho Nacional, Ediciones Chico, Santo Domingo de Heredia, Costa Rica, Primera edición, 2004, *op. cit.*, p. 314.

(15) **Campobasso**, *op. cit.*, p. 3.

(16) **Uría, Rodrigo y Menéndez, Aurelio**, Lecciones, *op. cit.*, p. 31.

(17) Génova, Pisa, Florencia, Amalfí, Siena, Milán, Valencia, Marsella, Arlés, Montpellier, Brujas, Amberes, Lubeck, Hamburgo, Brema, Barcelona y Valencia. Ver **Uría, Rodrigo y Menéndez**,

INTRODUCCIÓN AL DERECHO COMERCIAL

CLASE NO. 1: PASADO, PRESENTE Y FUTURO DEL DERECHO COMERCIAL

Estatutos de las respectivas corporaciones.

Los “instrumentos jurídicos” que surgen en la época son las sociedades de personas, la letra de cambio, el contrato de seguros, la quiebra y el contrato a favor de terceros (18), así como las normas sobre la contabilidad, la disciplina de los auxiliares y de la competencia. (19)

La evolución del Derecho Mercantil estará condicionada y sujeta siempre a las vicisitudes de carácter económico, social y político de cada territorio en que es aplicado, y comenzará a perder su ligamen esencial con el comerciante para ampliar su ámbito de aplicación a materia como la industrial y de servicios y para ser aplicado incluso a no comerciantes, como clérigos y aristócratas que también ejercían el comercio. (20)

§3.- EL RENACIMIENTO: LA OBJETIVACIÓN DEL SISTEMA.

A partir del siglo XVI, con el fenómeno de la colonización y la creación de nuevos mercados así como con la creación de los Estados europeos de base nacionalista, el Derecho mercantil evoluciona hacia un derecho que deja de fijar como su centro de regulación al comerciante y a prescindir de la idea de la corporación, y pasa a centrarse en un concepto objetivo: El *acto de comercio* conforme fue regulado por la autoridad central mediante las llamadas *Ordenanzas*.

Esta definición estatal si bien se fundamentó en las costumbres de los comerciantes introdujo un cambio que persiste hasta nuestros días: La ley prevalece sobre la costumbre y el Derecho Comercial pasa entonces a ser un *derecho estatal y nacional*. (21)

Dos ordenanzas fueron particularmente importantes, ambas francesas y dictadas por el Rey Luis XIV: La ordenanza de comercio terrestre de 1673 y la de comercio marítimo de 1681. Conforme la primera, todo acto relacionado con la letra de cambio era un *acto de comercio* sujeto a la regulación de la ordenanza, sin importar si quien lo realizó era comerciante o no.

En este sistema:

Aurelio, *Lecciones, op. cit.*, p. 32.

(18) *Ibidem*, p. 31.

(19) *Campobasso, op. cit.*, p. 4.

(20) En ese sentido, véase **Bercovitz Rodríguez-Cano, op. cit.**, p. 30.

(21) *Campobasso, op. cit.*, p. 5.

Lic. Ana Lucía Espinoza Blanco
www.iusmercatorum.com

Esta clase solo puede ser utilizada para fines académicos y de investigación, y citando a la autora y a la página.

INTRODUCCIÓN AL DERECHO COMERCIAL

CLASE NO. 1: PASADO, PRESENTE Y FUTURO DEL DERECHO COMERCIAL

“A la noción de comerciante se sobrepone la de acto de comercio, de la que la noción misma de comerciante depende; el derecho comercial deja definitivamente de ser un derecho de clase, aplicable únicamente con fundamento en presupuestos subjetivos: del derecho de los comerciantes pasa a ser el derecho de los actos de comercio.” (22)

No obstante, es importante dejar establecido que la definición de comerciante sigue siendo parte del sistema, pues no es que este deja de ser parte del mismo, sino que deja de ser el centro de la regulación o su fundamento mismo.

“... en la misma línea las Ordenanzas de Bilbao de 1737 que si bien nacieron con una vigencia limitada a esta villa comercial y marítima, tuvieron una extraordinaria influencia en España y en la América española, hasta el punto de que, en los albores de la codificación, se llegó a proponer que rigieran en toda la nación hasta que se confeccionara el Código de Comercio.” (23)

De hecho, las Ordenanzas de Bilbao de 1737 (24) estuvieron vigentes en España hasta la promulgación, en 1929, del Código de Comercio, y en la “América española” en muchos casos hasta la promulgación del respectivo Código de Comercio (25), lo cual hizo que estas Ordenanzas tuvieran una vigencia más prolongada que la que tuvieron en España misma.

El gran problema de este sistema estuvo centrado en la imposibilidad de definir qué es un acto de comercio ya que históricamente el Derecho Comercial ha regulado el comercio propiamente dicho (intermediación en el cambio de mercancías), la producción de mercancías, la prestación de servicios, la banca, los seguros, las actividades auxiliares, etc.; y este añadido histórico de materias impide llegar a establecer un mínimo común entre toda la materia regulada.

Los “instrumentos jurídicos” que surgen en la época son las sociedades anónimas, las bolsas de comercio y además se perfeccionan otros como el contrato de seguro (26), todo lo cual se explica por

(22) **Certad Maroto, Gastón**, I. Evolución Histórica del Derecho Comercial, en Temas de Derecho Comercial, Editorial Juritexto, San José, Costa Rica, 2 Edición, 1998, p. p. 23.

(23) **Uría, Rodrigo y Menéndez, Aurelio**, Lecciones, op. cit., p. 33.

(24) Oficialmente llamadas “**Ordenanzas de la Ilustre Universidad y Casa de Contratación de la Muy Noble y Muy Leal Villa de Bilbao**” y fueron aprobadas y promulgadas por el Rey Don Felipe V en 1737, **Sáenz Carbonell, op. cit.**, p. 315.

(25) **Sánchez Calero y Sánchez-Calero Guilarte, op. cit.**, p. 49.

(26) **Uría, Rodrigo y Menéndez, Aurelio, Lecciones, op. cit.**, p. 34.

INTRODUCCIÓN AL DERECHO COMERCIAL

CLASE NO. 1: PASADO, PRESENTE Y FUTURO DEL DERECHO COMERCIAL

el objetivo fijado al Derecho Comercial de apoyar el crecimiento del poder del Estado y la expansión colonial. (27)

§4.- LA REVOLUCIÓN INDUSTRIAL: LAS GRANDES CODIFICACIONES.

Con la abolición del sistema corporativo y de todo privilegio clasista, a partir del siglo XIX se reafirman las libertades económicas de libre empresa y propiedad privada, se confía en la razón como fuerza creadora del Derecho y además, la revolución industrial cambia la manera de producir bienes e impulsa la labor bancaria. (28)

Obviamente, los cambios dichos se reflejan en el Derecho Comercial y así surge la idea de la codificación como sustituto de las ordenanzas, con el objetivo de “...transformar la razón en ley escrita e igual para todos.” (29)

“...la codificación en el campo mercantil no tuvo sólo un alcance que podríamos denominar puramente técnico de búsqueda de la claridad y la certeza del Derecho, sino también político. Porque la codificación tuvo como presupuesto el principio del carácter estatal del Derecho, de forma que su producción se reservaba a la soberanía absoluta del Estado pretendiendo eliminar la facultad de producción de normas jurídicas a cuerpos intermedios entre él y los ciudadanos, como podían ser las corporaciones o colegios de comerciantes.” (30)

La primera codificación de Derecho Mercantil se materializa con el Código de Comercio Francés de 1807. Este código no establece propiamente dicho un sistema de actos de comercio, y de hecho su primer artículo empieza por definir quiénes son comerciantes (31); pero sí delimita como competencia de los Tribunales resolver las diferencias “relativas a los actos de comercio entre toda clase de personas” (arts. 631, 632 y 633)” (32)

(27) **Campobasso**, *op. cit.*, p. 5.

(28) **Ibidem**, p. 6.

(29) **Uría, Rodrigo y Menéndez, Aurelio**, *Lecciones, op. cit.*, p. 34. En sentido semejante, véase **Bercovitz Rodríguez-Cano**, *op. cit.*, p. 33.

(30) **Sánchez Calero y Sánchez-Calero Guilarte**, *op. cit.*, p. 50.

(31) “Artículo 1: Son comerciantes aquellos que ejercen los actos de comercio en el ejercicio de su profesión habitual.” **Kozolchyk**, *La contratación, op. cit.*, p. 107

(32) **Uría, Rodrigo y Menéndez, Aurelio**, *Lecciones, op. cit.*, p. 34.

INTRODUCCIÓN AL DERECHO COMERCIAL

CLASE NO. 1: PASADO, PRESENTE Y FUTURO DEL DERECHO COMERCIAL

En efecto, el art. 631 del Código de Comercio francés establecía:

«Los tribunales conocerán:

1º De todas contestaciones relativas a contrataciones y transacciones entre negociantes, mercaderes y banqueros.

2º Entre todas personas, contestaciones relativas a los actos de comercio.»
(33)

El “acto de comercio” se convierte así, por obra de la doctrina, en el parámetro para determinar la materia mercantil: En efecto, si el acto de comercio es la materia de competencia de los tribunales, es entonces lo que define qué es la materia mercantil.

§5.- LA REUNIFICACIÓN DEL DERECHO PRIVADO.

Durante el siglo XX, se da el movimiento para reunificar el derecho privado. Los países que logran tal unificación conservan un código civil que incluye las disposiciones mercantiles, no por simple adición, sino incluso transformando o mercantilizando algunas normas civiles sobre todo en obligaciones y contratos.

“...queda patente el *relativismo* del Derecho mercantil: la existencia de este Derecho está en función de las características del Derecho civil. Allí donde el Derecho civil ha evolucionado más, incorporando las soluciones técnicas propias del Derecho mercantil, el Derecho mercantil desaparece. Allí donde el Derecho civil permanece anclado en principios de una sociedad agraria y precapitalista, el Derecho mercantil se mantiene necesariamente como un auténtico “adelantado” del Derecho privado, generando nuevas instituciones a medida que se modifica la realidad social y económica.” (34)

(33) El texto en francés es: “«Les tribunaux de commerce connaîtront: 1º de toutes contestations relatives aux engagements et transactions entre négociants, marchands et banquiers. 2º entre toutes personnes, des contestations relatives aux actes de commerce.» Texto suministrado, en francés y en español, por Vivianne de Poza, del Instituto Napoléonico México-Francia, INMF, www.inmf.org

Cabe señalar que el art. 632 del citado código lo que contenía era una lista de los actos de comercio, en ese sentido, véase **Sánchez Calero y Sánchez-Calero Guilarte**, *op. cit.*, p. 51.

(34) **Uría, Rodrigo y Menéndez, Aurelio**, *Lecciones, op. cit.*, pp. 30-31.

INTRODUCCIÓN AL DERECHO COMERCIAL

CLASE NO. 1: PASADO, PRESENTE Y FUTURO DEL DERECHO COMERCIAL

El sistema dualista, o sea, de dos códigos, uno civil y otro de comercio, se mantiene en la gran mayoría de los países europeos y latinoamericanos, como el caso de Costa Rica.

Lo más importante es que el sistema deja de centrarse en el imposible de definir “acto de comercio” y pasa a considerar la actividad empresarial como aquella actividad económica que es realizada en masa y con ciertos criterios de organización y destinación, el mercado: La empresa pasó a ser el centro del sistema de regulación mercantil.

Paralela y hasta podría decirse contradictoriamente, se produce un fenómeno al cual no ha escapado Costa Rica, el de la promulgación de diversas e importantes leyes mercantiles de carácter especial, dejando fuera del Código de Comercio, o en su caso, del Código civil unificado, grandes áreas del derecho comercial, como por ejemplo, las regulaciones bancarias. A este fenómeno se la ha llamado “descodificación del Derecho mercantil” y respecto de él lo más importante es que genera en no pocas veces gran descoordinación en el sistema mercantil, planteando la más de las veces, grandes problemas de interpretación e integración del mismo. (35)

§6.- LA NUEVA LEX MERCATORIA, LA CONSTITUCIÓN ECONÓMICA Y LAS NUEVAS FIGURAS COMERCIALES.

A partir de la segunda mitad del siglo XX con el fenómeno de la *globalización* el Derecho Comercial ha visto surgir una nueva *lex mercatoria* supraestatal, creada, al igual que en el pasado, por los propios comerciantes, quienes además, resuelven sus diferencias no en tribunales estatales ordinarios sino a través de árbitros y cortes arbitrales internacionales.

No puede dejarse de mencionar los esfuerzos que en esta *unificación supraestatal* del Derecho Comercial realizan organismos internacionales como el Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado o Unidroit, la Cámara de Comercio Internacional, CCI por sus siglas, la International Law Association, y otras similares. (36)

A lo interno de los estados, el Derecho Comercial es ahora un derecho que se *enmarca dentro de la llamada constitución económica y al cual también colabora en caracterizar el derecho fiscal* (37) *y aún el laboral*: La entera actividad comercial está enmarcada dentro de la tutela de la llamada “constitución

(35) **Sánchez Calero y Sánchez-Calero Guilarte**, *op. cit.*, p. 56.

(36) **Uría, Rodrigo y Menéndez, Aurelio**, *Lecciones, op. cit.*, pp. 37. Particularmente importante es la labor de la Unidroit en la creación de Leyes modelos como la de comercio electrónico de 1996 y la de firmas electrónicas de 2001, entre otras.

(37) **Ibidem**, p. 26. Ciertamente, muchas decisiones de los comerciantes, cuando no todas, se toman atendiendo a las consecuencias fiscales que puedan tener.

INTRODUCCIÓN AL DERECHO COMERCIAL

CLASE NO. 1: PASADO, PRESENTE Y FUTURO DEL DERECHO COMERCIAL

económica”, que, en nuestro caso, comprende y tutela la libertad de empresa y la propiedad privada (arts. 45 y 46 de la Constitución Política), pero también la obligación del Estado de velar por el más adecuado reparto de la riqueza y la protección del consumidor y también del ambiente (arts. 50 y 46 de la Constitución Política).

La participación del Estado, sin embargo, no deja de ser interesante ya que por un lado abandona su participación en el mercado como agente directo, dejando así más espacio a la actividad privada y por otro lado incursiona regulando tal actividad en forma externa, sobre todo en tutela de los derechos de los consumidores.

Por otra parte, las últimas décadas han visto surgir nuevas y ciertamente muy interesantes figuras comerciales, sobre todo contractuales, como el leasing, el factoring, el engineering y otros; sin olvidar los nuevos “títulos”, desmaterializados, que actúan como activos financieros. Muchas de estas nuevas figuras tienen un claro antecedente del derecho anglosajón.

§7.- PERSPECTIVAS FUTURAS.

El futuro del Derecho comercial, dada su condición de categoría histórica, no es otro que el de cambiar. Siguiendo al profesor Ermanno Bocchini (38), podríamos decir que justamente por ser una categoría histórica debería dejar de gravitar únicamente en torno a las figuras de la empresa y del empresario, producto de la revolución industrial, y responder al fenómeno de la llamada sociedad de la información nacida de la revolución informática o revolución post-industrial.

Actualmente la llamada sociedad industrial convive con la sociedad agraria y la llamada sociedad de la información; y el Derecho Comercial no puede cerrar los ojos ante esta realidad: Conviven contratos negociados arduamente con contratos hechos con un clic en la computadora, o bien pagos de contado hechos con dinero en efectivo y pagos hechos mediante transferencias electrónicas.

En efecto, en este momento, el Derecho Comercial está en un período de transición en el cual conviven institutos derivados de la época de la revolución industrial (empresa, producción en masa, bienes materiales) con los institutos de la sociedad post-industrial o sociedad de la información (donde lo importante es el conocimiento, inmaterial por definición), sin que pueda decirse que el Derecho comercial que regula a los primeros puede servir para regular a los segundos, salvo que sufra cambios sustanciales.

El derecho comercial de este milenio debe considerar a los empresarios y sus costumbres (lex mercatoria) tanto como al consumidor, y situaciones como la firma digital, las acciones y valores

(38) **Bocchini, Ermanno**, Introduzione al Diritto Commerciale nella new Economy, Editorial CEDAM, Padova, Italia, sne, 2001, pp. 1-4.

INTRODUCCIÓN AL DERECHO COMERCIAL

CLASE NO. 1: PASADO, PRESENTE Y FUTURO DEL DERECHO COMERCIAL

desmaterializados, la contabilidad informática, etc.

Por ahora se está en una fase en que se debe buscar es construir un método que sirva para “edificar un sistema orgánico de derecho comercial” que contemple la convivencia armónica del derecho comercial tradicional vigente con los instituciones que surgen producto de la revolución informática; así como encontrar una forma unitaria de entender e interpretar todo ese conjunto de normas.

En esta labor es muy importante que el legislador tome conciencia de que no es conveniente que vaya dictando regulaciones atomísticas que dificulten la labor del jurista.

En síntesis, cabe tener presente que:

“En la época contemporánea, el Derecho mercantil ha iniciado una muy importante evolución, que en rigor, no puede decirse que haya terminado. Por el contrario, esa evolución acaba de iniciarse, razón por la cual tan sólo es posible señalar las líneas más generales por las que se orienta. Si tuviéramos que definir, con muy pocas palabras, el sentido de esa evolución, diríamos que desde el Derecho mercantil se está pasando a lo que podría denominarse Derecho del mercado.

...

No es posible determinar en este momento si ese Derecho del mercado terminará por cristalizar en una categoría legislativa o, al menos, científica. Pero parece necesario constatar el inicio de esa evolución en la que el Derecho mercantil se encuentra inmerso.” (39)

Este derecho del mercado sería un derecho mixto, o sea, privado y público y un mercado que probablemente incluirá también no solo a los consumidores y a los empresarios, quienes por definición actúan en forma profesional o habitual, sino también a los profesionales habituales. (40) El tiempo dirá si se llega a configurar y asentar este Derecho comercial como Derecho del mercado.

Por nuestra parte no podemos menos que atisbar algo de este Derecho del mercado en el art. 1 de la Ley de la Promoción de la Competencia y Defensa Efectiva del Consumidor, Ley No. 7472 de 20 de diciembre de 1994.

“El objetivo de la presente Ley es proteger, efectivamente, los derechos y los intereses legítimos del consumidor, la tutela y la promoción del proceso de

(39) **Uría, Rodrigo y Menéndez, Aurelio**, *Lecciones, op. cit.*, pp. 42-43.

(40) **Ibidem**, p. 42.

INTRODUCCIÓN AL DERECHO COMERCIAL

CLASE NO. 1: PASADO, PRESENTE Y FUTURO DEL DERECHO COMERCIAL

competencia y libre concurrencia, mediante la prevención, la prohibición de monopolios, las prácticas monopolísticas y otras restricciones al funcionamiento eficiente del mercado y la eliminación de las regulaciones innecesarias para las actividades económicas.” (Los subrayados no son del original).

Nótese cómo dicho artículo refiere no solo al consumidor (lo cual hace expresamente) sino también a los empresarios (al referirse la libre concurrencia, su libertad fundamental para el caso que nos ocupa) y aún al mercado mismo.

§8.- ¿Y LA EVOLUCIÓN DEL DERECHO COMERCIAL EN COSTA RICA?

Como quedó esbozado líneas atrás, la “primera legislación específicamente mercantil que rigió en Costa Rica fue la contenida en las Ordenanzas de Bilbao” (41) de 1737.

“Las Ordenanzas del Consulado de Bilbao tuvieron una extraordinaria difusión y su aplicación se extendió de hecho e incluso de derecho a muchos otros Consulados de Castilla e Indias. Mediante la Real Cédula del 11 de diciembre de 1793 que creó un Consulado con sede en la ciudad de Guatemala, el Rey Don Carlos IV las hizo también extensivas al Reino de Guatemala. De conformidad con esta Real Cédula, el tribunal consular guatemalteco debía conocer de todos los juicios entre comerciantes o mercaderes, sus compañeros y factores, que se refirieran a negociaciones de comercios, compras, ventas, cambios, seguros, cuentas de compañía, fletamentos de naos (sic), factorías y demás asuntos que conocía el Consulado de Bilbao conforme a sus Ordenanzas, las cuales habrían de servirle de regla para la sustanciación y determinación de los litigios en todo lo que estuviere prevenido por la propia Cédula. En lo que no estuviere regulado por la Real Cédula ni por las Ordenanzas de Bilbao, los jueces del Consulado debían aplicar lo dispuesto en las Leyes de Indias, y en su defecto en las de Castilla.

Con base en la Real Cédula de 1793 el Consulado de Guatemala nombró en la ciudad de Cartago un Diputado consular, encargado de conocer los litigios mercantiles. Sin embargo, en la práctica el Derecho comercial tuvo escasa aplicación en Costa Rica en la época borbónica, debido a que el comercio provincial tenía un desarrollo limitado y a la idea de que las normas

(41) Sáenz Carbonell, *op. cit.*, p. 315.

INTRODUCCIÓN AL DERECHO COMERCIAL

CLASE NO. 1: PASADO, PRESENTE Y FUTURO DEL DERECHO COMERCIAL

mercantiles solo se debían aplicar a los comerciantes.” (42)

Llegada la independencia de España “Como en toda la América Latina... Costa Rica no tenía derecho privado propio; pasaron varios años antes de que se diera”. (43)

Las Ordenanzas de Bilbao estuvieron vigentes en Costa Rica hasta la promulgación, el 30 de julio de 1841, del “Código General del Estado de Costa Rica”. (44) No es sino hasta el 22 de julio de 1853 que el Presidente Don Juan Rafael Mora promulga nuestro primero Código de Comercio que responde más a un sistema objetivo de “acto de comercio”. Se trata del Código español de 1929 (45) aunque “...con las indispensables reformas para adaptarlo a nuestro medio ambiente. En la edición que se publicó... en 1850..., dice el título en la primera página: “Código de Comercio Español, reformado por comisión del Supremo Gobierno de Costa Rica para servir al comercio de la República.” (46) Este Código de Comercio entró a regir el 1 de enero de 1854. (47)

Posteriormente se promulgó un Código de Comercio, mediante la Ley No. 2797 de 4 de agosto de 1961, pero este nunca llegó a tener vigencia debido a múltiples críticas que se le hicieron. En su lugar, se promulgó el actual Código de Comercio, mediante la Ley No. 3284 de 30 de abril de 1964, el cual dejó en vigor las regulaciones que sobre comercio marítimo contiene el Código de Comercio de 1853 y conservó, como se dirá, el sentido de regulación bajo el sistema de acto de comercio.

No obstante, la legislación comercial que se ha venido promulgando recientemente, atiende a conceptos como el de empresa y regula los fenómenos mercantiles muchas veces tomando como base las regulaciones de ordenamientos europeos que se fundamentan en la figura de la empresa.

(42) **Ibidem**, pp. 316 y 317.

(43) **Fournier Acuña, Fernando**, Historia del Derecho, Editorial Juricentro, San José, Costa Rica, tercera edición actualizada por Gerardo Trejos, 2001, p. 317.

(44) **Sáenz Carbonell**, op. cit., p. 327. En contra, **Fournier Acuña**, op. cit., quien si bien por un lado señala textualmente que “Las leyes españolas dejaron de regir en Costa Rica el 30 de mayo de 1841, con la promulgación del Código General”, p. 317; más adelante precisa que “En 1853 desapareció una de las porciones más importantes del derecho colonial antiguo que aún seguía en vigencia: las disposiciones mercantiles. En este año don Juan Rafael Mora promulgó un Código de Comercio...”, p. 324.

(45) Así lo confirma, **Brenes Córdoba, Alberto**, Historia del Derecho, Editorial Jurídica Continental, San José, Costa Rica, primera edición, 2002, p. 240.

(46) **Guier, Jorge E.**, Historia del Derecho, Editorial Universidad Estatal a Distancia, San José, Costa Rica, quinta reimpresión de la segunda edición, 1999, p. 602.

(47) **Sáenz Carbonell**, op. cit., p. 319.

INTRODUCCIÓN AL DERECHO COMERCIAL

CLASE NO. 1: PASADO, PRESENTE Y FUTURO DEL DERECHO COMERCIAL

Finalmente, nuestro sistema es, entonces, un sistema dualista puesto que tenemos un Código Civil y un Código de Comercio, además de varias leyes comerciales especiales.

II.- EL CONCEPTO DE DERECHO COMERCIAL.

Llegados a este punto cabe tratar de llegar a un concepto de derecho comercial y para ello lo primero es tratar de distinguir, si es que hay distinción, entre lo comercial y lo mercantil, ya que también es común oír y leer sobre el Derecho Mercantil.

A tal efecto hacemos nuestras las palabras del autor De Eizaguirre: (48)

“El término mercantil, que califica a la rama jurídica objeto de nuestro estudio, tiene el valor de una forma adjetivada del sustantivo comercio; por lo que la denominación Derecho mercantil es absolutamente equivalente a Derecho del comercio o Derecho comercial, que prevalece en la mayor parte de las literaturas jurídicas, así latinas (*droit commercial*), como no latinas (*Handelsrecht, Prawo handlowe*), y señaladamente en la de los países latinoamericanos de lengua española. ...

Ello es consecuencia de que el origen de los referidos vocablos es común y radica en el término latino *merx* (mercancía), que designa el objeto del tráfico especulativo comercial o mercantil. Así, de “*cum merce*” deriva la palabra latina *commercium*; en tanto que del participio sustantivado “*mercans*” (el que compra), la expresión mercantil”.

§9.- EL CONCEPTO DE DERECHO COMERCIAL.

Entrando en materia, cabe reiterar lo dicho en el sentido de que es generalmente aceptado que el Derecho Comercial es una “categoría histórica”.

Lo anterior permea de manera importante el concepto que se tenga del Derecho Comercial, ya que, por ejemplo, en un primer momento es el derecho creado por y para los comerciantes agrupados en las corporaciones y que regulaba sus relaciones de comercio recíprocas. Posteriormente pasa a ser el derecho de los actos de comercio, a pesar de la dificultad histórica y práctica de definir qué es un acto de comercio y finalmente ha pasado a ser el derecho que regula a la empresa, no solo en lo relativo a los actos y contratos necesarios para su establecimiento sino también para su funcionamiento. Ya

(48) De Eizaguirre, José María, Derecho Mercantil, Thomson, Civitas, Navarra, España, cuarta edición, 2005, p. 5

INTRODUCCIÓN AL DERECHO COMERCIAL

CLASE NO. 1: PASADO, PRESENTE Y FUTURO DEL DERECHO COMERCIAL

veremos si en algún momento se convierte en el derecho del mercado, aún es temprano para saberlo.

§10.- CARACTERÍSTICAS DEL DERECHO COMERCIAL.

Sin ninguna duda, el Derecho Comercial es parte del *Derecho privado*, aunque es cierto que, como se ha dicho, a lo interno del Estado está sujeto a la constitución económica, por lo que cada vez se van publicizando más sus normas por el interés estatal en hacer que las relaciones comerciales funcionen de una determinada manera, lo cual hace a través de normas imperativas que no son derogables por las partes, sobre todo en materia del consumidor; y a lo externo del estado tiende a la uniformidad supraestatal.

Es además, un *derecho especial* frente al Derecho Civil, del cual surgió, como ha quedado expuesto.

Y finalmente, es un derecho en *constante evolución*, rasgo este que probablemente sea uno de los más definitorios dada la materia que regula.

Por otra parte, es posible verificar a su respecto las autonomías científica, didáctica y jurídica. (49)

Lo que no parece variar es la necesidad que se pretende satisfacer con el Derecho Comercial, a saber, la de tutelar el crédito así como una rápida y segura circulación de la riqueza. (50)

§11.- LA “MATERIA MERCANTIL”.

“...el contenido del Derecho mercantil está determinado por razones históricas y no lógicas.” (51)

Históricamente el derecho comercial surgió como quedó dicho, como derecho de los comerciantes

(49) **Autonomía científica**, porque el Derecho comercial es estudiado en forma independiente ya que las relaciones de carácter comercial interesan tanto en el campo de la economía nacional como en el de la internacional (sobre todo la supranacional). **Autonomía didáctica**, porque en las universidades se imparte, como este, cursos especializados de Derecho comercial. **Autonomía jurídica**, porque existe un código específico llamado “Código de comercio”, es decir, su disciplina tiene sistematicidad propia (independientemente de si es técnica o no), con características, principios y fuerza evolutiva propias.

(50) **Campobasso**, *op. cit.*, p. 7.

(51) **Kozolchyk, Boris y Torrealba, Octavio**, *Curso de Derecho Mercantil*, Editorial Juritexto, San José, Costa Rica, segunda edición revisada y actualizada, 1997, p. 44.

INTRODUCCIÓN AL DERECHO COMERCIAL

CLASE NO. 1: PASADO, PRESENTE Y FUTURO DEL DERECHO COMERCIAL

en sus relaciones de comercio, entendido tal como el referido al intercambio de mercancías, pero posteriormente se amplió para abarcar la actividad industrial y la prestación de los servicios. (52)

El derecho comercial regula la actividad de los empresarios, pero no regula todas las actividades de los empresarios, sino solo aquellas consideradas empresariales, y no lo hace en forma exclusiva tampoco, puesto que también está expuesta a las regulaciones de otros derechos (tributario, laboral, por ejemplo).

Se suele indicar en términos generales que actualmente la llamada “materia mercantil” o sea, lo que comprende el Derecho Comercial, es lo siguiente:

- “1 La actividad industrial dirigida a la producción de bienes o servicios;
- 2 La actividad intermediaria en la circulación de bienes o servicios;
- 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, expedición, gestión de almacenes generales, etc...)” (53)

En este punto no quisiéramos dejar de citar a Alberto Bercovitz:

“las normas del Derecho mercantil son aplicables en general a la producción de bienes o servicios para el mercado y el intercambio dentro del mismo. Así pues, no solo el comercio, sino la industria, la prestación de servicios y buena parte de la agricultura y de la ganadería se rigen por las normas jurídicas mercantiles.” (54)

Lo que sí es cierto es que la “materia mercantil” depende de la regulación legislativa en cada ordenamiento jurídico, y por ello lo que es materia mercantil en un país podría no serlo en otro o serlo en forma diferente. (55) En un sentido práctico eso significa que el estudio del Derecho

(52) **Uría, Rodrigo y Menéndez, Aurelio**, Lecciones, *op. cit.*, p. 26.

(53) **Mora Rojas, Fernando**, Introducción al Derecho Comercial, Editorial Juritexto, San José, Costa Rica, tercera edición, 2003, p. 22.

(54) **Ibidem**, p. 26.

(55) **Kozolchyk, Boris y Torrealba, Octavio**, *op. cit.*, p. 43. En sentido similar, véase **Sánchez Calero, Fernando**, Principios de Derecho Mercantil, Thomson, Aranzadi, Navarra, España,

INTRODUCCIÓN AL DERECHO COMERCIAL

CLASE NO. 1: PASADO, PRESENTE Y FUTURO DEL DERECHO COMERCIAL

comercial pasa siempre por el conocimiento y estudio de la propia legislación sobre la materia.

Un asunto importante es establecer los límites entre la “materia mercantil” y la regulada por el Código Civil sobre todo en materia de obligaciones y contratos, o bien, por las materias no reguladas por ninguno de los dos códigos y que son de derecho privado patrimonial. (56) Sobre este tema se ahondará en la siguiente clase, relativa a las fuentes formales del derecho comercial.

BIBLIOGRAFÍA.

A.- DOCTRINA.

Bercovitz Rodríguez-Cano, Alberto, Apuntes de Derecho Mercantil, Thomson, Aranzadi, Navarra, España, Octava Edición, 2007, 562 pp.

Bocchini, Ermanno, Introduzione al Diritto Commerciale nella new Economy, Editorial CEDAM, Padova, Italia, sne, 2001, 147 pp.

Brenes Córdoba, Alberto, Historia del Derecho, Editorial Jurídica Continental, San José, Costa Rica, primera edición, 2002, 248 pp.

Broseta Pont, Manuel, Manual de Derecho Mercantil, Editorial Tecnos S.A., Madrid, España, quinta edición, 1983, 795 pp.

Campobasso, Gian Franco, Manuale di Diritto Commerciale, UTET, Nápoles, Italia, tercera edición, 2005, 596 pp.

Certad Maroto, Gastón, I. Evolución Histórica del Derecho Comercial, en Temas de Derecho Comercial, Editorial Juritexto, San José, Costa Rica, segunda edición, 1998, pp.19-33.

De Eizaguirre, José María, Derecho Mercantil, Thomson, Civitas, Navarra, España, cuarta edición, 2005, 419 pp.

Fournier Acuña, Fernando, Historia del Derecho, Editorial Juricentro, San José, Costa Rica, tercera edición actualizada por Gerardo Trejos, 2001, 327 pp.

décima segunda edición, 2007, p. 47.

(56) **Uría, Rodrigo y Menéndez, Aurelio**, Lecciones, op. cit, p. 27.

Lic. Ana Lucía Espinoza Blanco
www.iusmercatorum.com

Esta clase solo puede ser utilizada para fines académicos y de investigación, y citando a la autora y a la página.

INTRODUCCIÓN AL DERECHO COMERCIAL
CLASE NO. 1: PASADO, PRESENTE Y FUTURO DEL DERECHO COMERCIAL

Guier, Jorge E., Historia del Derecho, Editorial Universidad Estatal a Distancia, San José, Costa Rica, quinta reimpresión de la segunda edición, 1999, 628 pp.

Kozolchyk, Boris, La Contratación Comercial en el Derecho Comparado, Editorial Dykinson, S.L., Madrid, España, sne, 2006, 523 pp.

Kozolchyk, Boris y Torrealba, Octavio, Curso de Derecho Mercantil, Editorial Juritexto, San José, Costa Rica, segunda edición revisada y actualizada, 1997, 455 pp.

Mora Rojas, Fernando, Introducción al Derecho Comercial, Editorial Juritexto, San José, Costa Rica, tercera edición, 2003, 288 pp.

Rehme, Paul, Historia Universal del Derecho Mercantil, Editorial Revista de Derecho Privado, traducción de E. Gómez Orbaneja, Madrid, España, sne, Serie C, Vol. XVIII, 1941, 222 pp.

Sáenz Carbonell, Jorge Francisco, Los Sistemas Normativos en la Historia de Costa Rica. Ordenamientos indígenas, Derecho Indiano y Derecho Nacional, Ediciones Chico, Santo Domingo de Heredia, Costa Rica, Primera edición, 2004, 658 pp.

Sánchez Calero, Fernando, Principios de Derecho Mercantil, Thomson, Aranzadi, Navarra, España, décima segunda edición, 2007, 708 pp.

Sánchez Calero, Fernando y Sánchez-Calero Guilarte, Juan, Instituciones de Derecho Mercantil, Volumen I, Thomson, Aranzadi, Navarra, España, Trigésima edición, 2007, 776 pp.

Uría, Rodrigo y Menéndez, Aurelio, Capítulo I, El Derecho Mercantil, en Curso de Derecho Mercantil, Obra colectiva, Tomo I, Thomson, Civitas, Madrid, España, Reimpresión de la segunda edición de marzo de 2006, junio de 2006, pp. 25-48.

Uría, Rodrigo y Menéndez, Aurelio, Lecciones de Derecho Mercantil, Thomson, Civitas, Navarra, España, quinta edición, 2007, 1112 pp.

B.- LEGISLACIÓN COSTARRICENSE.

Ley de la Promoción de la Competencia y Defensa Efectiva del Consumidor, Ley No. 7472 de 20 de diciembre de 1994.

Lic. Ana Lucía Espinoza Blanco
www.iusmercatorum.com

Esta clase solo puede ser utilizada para fines académicos y de investigación, y citando a la autora y a la página.