

INTRODUCCIÓN AL DERECHO COMERCIAL

CLASE NO. 2: LAS FUENTES FORMALES DEL DERECHO COMERCIAL

- ACTUALIZADA EL 17 DE MARZO DE 2009 -

SUMARIO:

III.- LAS FUENTES FORMALES DEL DERECHO COMERCIAL.- §12.- Las fuentes del Derecho Comercial.- §13.- La ley como fuente formal del Derecho Comercial.- §14.- La costumbre como fuente formal del Derecho Comercial. §15.- El polémico art. 2 del Código de Comercio costarricense: El Código Civil prevalece sobre la costumbre mercantil.- §16.- Los principios generales de Derecho y ¿Otras Fuentes Formales?.-
BIBLIOGRAFÍA.

III.- LAS FUENTES FORMALES DEL DERECHO COMERCIAL.

Conforme lo dicho en la clase anterior, el Derecho Comercial es parte del derecho privado al igual que lo es el Derecho Civil, respecto del cual el Derecho Comercial es derecho especial.

El Derecho Comercial no es, sin embargo, un derecho excepcional al Derecho Civil, porque regula materias propias, algunas de las cuales, como los fideicomisos y los títulos valores, por ejemplo, ni siquiera se regulan en los códigos civiles; lo anterior es así por cuanto el Derecho Comercial es un sistema completo de normas que son susceptibles de aplicación analógica y solo ante la imposibilidad de hallar una solución a una determinada materia o punto, se recurre, por vía de subsidiariedad al derecho civil, como derecho común que es. (57)

(57) **Torrealba, Octavio**, Fuentes del Derecho Mercantil, en Revista de Ciencias Jurídicas, Escuela de Derecho de la Universidad de Costa Rica, San José, Costa Rica, No. 5, Mayo de 1965, pp. 239-240.

Este autor, op. cit., pp. 242-243, cita a Garrigues: "...El ámbito del Derecho mercantil y el del Derecho civil en los asuntos comerciales es relativo entre sí y complementario. Por eso es natural que, una vez agotada la virtualidad de las normas genuinamente mercantiles, se acuda a la disciplina jurídica matriz. Muéstrase así el Derecho civil como un Derecho subsidiario del Derecho privado mercantil".

INTRODUCCIÓN AL DERECHO COMERCIAL

CLASE NO. 2: LAS FUENTES FORMALES DEL DERECHO COMERCIAL

Justamente eso es lo que prescribe el art. 14 del Código Civil (C.c.), el cual prescribe textualmente:

“ARTÍCULO 14.- Las disposiciones de este Código se aplicarán como supletorias de las materias regidas por otras leyes.

(Así reformado por Ley N° 7020 de 6 de enero de 1986, artículo 1°)”

Ya veremos que, con todo y lo sencillo que esta idea pueda resultar, no son pocas las dudas que genera la relación entre el Derecho Comercial y el Civil. De allí la importancia de estudiar el tema de las Fuentes del Derecho Comercial.

§12.- LAS FUENTES DEL DERECHO COMERCIAL.

Una primera cuestión por aclarar es que no hay propiamente “Fuentes del Derecho Comercial” en un sentido técnico riguroso (58) y que si se estudia así se debe, en nuestro concepto, a dos razones: Para evidenciar y poner en relieve la importancia que una particular fuente, la costumbre, ha tenido, y por tradición doctrinaria. Nosotros optamos entonces por estructurar esta clase de la forma dicha.

Cuando se estudia la fuentes del derecho, se estudia “...la aparición, elaboración y expresión en la sociedad de las normas que integran el ordenamiento jurídico positivo.” (59)

En general, se suele distinguir entre fuentes formales y fuentes materiales del Derecho. Respecto de ellas, en las acertadas palabras del Profesor Fernando Mora (60): “Estamos hablando de forma y contenido”.

En el sentido material: “...la fuente está constituida por los factores, elementos o causas que contribuyen a que la norma nazca y hacen que ella tenga un determinado contenido (convicción jurídica de los comerciantes, la tradición, la opinión popular, naturaleza de las cosas y demás factores

En contrario, véase, **De Eizaguirre, José María**, *op. cit.*, p. 168, quien citando a Olivencia, afirma: “El Derecho mercantil se aplica a la materia mercantil respecto del Derecho civil general, cuya función asimismo reguladora del aquélla no meramente subsidiaria, se reconoce.”

(58) **De Eizaguirre, José María**, *op. cit.*, p. 167. En igual sentido, **Sánchez Calero, Fernando**, *op. cit.*, p. 53, quien afirma: “Las fuentes formales son las mismas para el Derecho mercantil que para el civil: la ley, la costumbre y los principios generales del Derecho.”

(59) **Pacheco G., Máximo**, *Teoría del Derecho*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, reimpresión a la cuarta edición de 1990, 1993, p. 315.

(60) *Op. cit.*, p. 278.

INTRODUCCIÓN AL DERECHO COMERCIAL

CLASE NO. 2: LAS FUENTES FORMALES DEL DERECHO COMERCIAL

económicos, políticos y sociales).” (61)

Como habrá podido anticiparse, las fuentes materiales no son de interés para esta clase.

En el sentido formal:

"...fuente del Derecho es el modo o forma como se exterioriza el Derecho positivo, es decir, el proceso de creación de la norma jurídica... (62)

Desde el punto de vista formal, el estudio de las fuentes tiende a descubrir los requisitos puramente extrínsecos, es decir, los procesos a través de los cuales nace la norma y, por consiguiente, nada tiene que ver este tema con el contenido de las reglas jurídicas, con lo que ellas preceptúa; porque esto último es el campo de investigación de las fuentes materiales, que nos señalarán los factores o causas que hacen que la norma disponga lo que dispone.” (63)

Las fuentes formales por excelencia del Derecho Comercial son la ley y la costumbre. La primera es expresión de los órganos competentes del Estado, en cumplimiento y ejercicio de sus potestades de imperio; y la segunda, por el contrario, es manifestación espontánea de los comerciantes, sin obviar ni minimizar la posible ingerencia que los consumidores pueden llegar a tener en la formación de tales costumbres.

§13.- LA LEY COMO FUENTE FORMAL DEL DERECHO COMERCIAL.

No es nuestro interés estudiar el proceso de formación de la ley, dejaremos eso a los profesores de Derecho Constitucional.

“Entendida en un sentido lato, (es) comprensiva de decretos, resoluciones, circulares y toda norma jurídica positivo cuyo cumplimiento sea obligatorio por emanar de un órgano competente.” (64)

(61) **Torrealba, Octavio**, *op. cit.*, p. 240.

(62) Por eso, agregamos, no debe confundirse la fuente formal con la norma misma, ya que aquella atiende al procedimiento de creación de la norma y esta es la regla misma de conducta prescrita. En ese sentido, véase **Pacheco G., Máximo**, *op. cit.*, p.. 316.

(63) **Torrealba, Octavio**, *op. cit.*, pp. 240-241.

(64) **Pisani, Osvaldo E.**, *Elementos de Derecho Comercial*, Editorial Astrea, Buenos Aires, Argentina, 2º Edición actualizada y ampliada, 2006, p. 13.

INTRODUCCIÓN AL DERECHO COMERCIAL

CLASE NO. 2: LAS FUENTES FORMALES DEL DERECHO COMERCIAL

Lo importante de indicar aquí es que por “ley” se suele entender, en el Derecho Comercial, no solo el Código de Comercio sino también todas aquellas otras leyes que son consideradas “leyes comerciales especiales”, generadas por el proceso referido en la clase anterior como “descodificación del Derecho Comercial”.

La ley, en el sentido dicho, es la “fuente más rica y sistemática de disposiciones relativas al comercio”, si bien, la existencia de las leyes especiales produce descoordinación en el sistema: “Por respeto al principio que subordina la ley general a la especial diremos que si alguna de estas leyes especiales está en contradicción con el Código de Comercio, aquélla deberá prevalecer sobre éste.” (65)

¿Cuándo se está frente a una ley mercantil especial? Es una cuestión fácil de contestar en teoría: Cuando regula materia mercantil; pero en la práctica podría resultar conflictivo. En todo caso nos parece que en primer lugar hay que atender a las propias regulaciones de la ley, o sea, a la voluntad expresa o presunta del legislador de calificar como comercial una determinada ley especial, y en segundo lugar a su propio contenido, a la “...naturaleza de las relaciones que regula...” (66)

En resumen:

“...el carácter mercantil de la ley deriva de las materias que constituyen su objeto; es la índole misma de las materias por ella reguladas la que confiere a una ley la consideración de ley mercantil.” (67)

§14.- LA COSTUMBRE COMO FUENTE FORMAL DEL DERECHO COMERCIAL.

A.- Dada la vocación estática del derecho escrito, la costumbre con el dinamismo que le es propio, como derecho no escrito (68), continúa siendo una importante fuente formal del Derecho Comercial, pero no cabe duda que ello es así solamente porque el propio Código de Comercio, o sea, la propia ley, les da ese rango y con ello, obligatoriedad de cumplimiento (69); ahora bien, la

(65) **Vivante, César**, Derecho Mercantil, Traducción y notas de Francisco Blanco Constans, Valleta Ediciones, Argentina, 1 Edición, 2005, p. 19.

(66) **Torrealba, Octavio**, op. cit., p. 244.

(67) **Uría, Rodrigo y Menéndez, Aurelio**, Lecciones, op. cit., p. 36.

(68) “...bien puede, sin embargo, redactarse y ordenarse, sin que por ello desaparezca su carácter no escrito.” **Pacheco G., Máximo**, op. cit., p. 316.

(69) “Cuando... nos encontramos con un texto legal que, en vez de expresar con precisión la regla,

INTRODUCCIÓN AL DERECHO COMERCIAL

CLASE NO. 2: LAS FUENTES FORMALES DEL DERECHO COMERCIAL

razón de tal reconocimiento probablemente sea, por cierto, la misma importancia de la costumbre. Recuérdese que al inicio del Derecho Comercial, su única fuente era la costumbre.

Así entonces, conviene detenerse un poco en la costumbre, por las particularidades que tiene en nuestra materia y sobre todo por su mala regulación en el Código de Comercio costarricense.

B.- Comenzaremos con el proceso de nacimiento y caracterización de la costumbre, no sin afirmar, junto con Uría y Menéndez (70), que:

“Los usos de comercio son normas de Derecho objetivo nacidas en el ámbito de la contratación mercantil y creadas por la observancia repetida, uniforme y constante de los empresarios en los negocios, bien para suplir la ausencia de regulación legal adecuada, bien para colmar las lagunas que existan en el contenido de los contratos o bien, sencillamente, para resolver dudas en la interpretación de lo convenido. El uso es, pues, la costumbre mercantil”

Con el Profesor español José María de Eizaguirre, habría que afirmar, entonces, que “... la especificidad en materia de fuentes consagrada..., consistente en la primacía de los usos respecto del Derecho común positivo (71), sólo afecta al *Derecho contractual mercantil*, no a la normativa mercantil en su conjunto”. (72)

En lo que toca al mencionado proceso, es el siguiente: (73)

apela a los usos y costumbres, hay que reconocer que éstos tienen valor de Derecho vigente. En realidad, este caso de invocación de los usos por una ley escrita no se distingue en nada, jurídicamente, de aquellos otros en que, para fijar el contenido de la regla, se remite la ley a un factor que le es extraño; y así sucede cuando la ley atribuye eficacia jurídica a la voluntad privada, como por ejemplo, cuando dice que los contratos legalmente celebrados tienen fuerza de ley entre las partes contratantes..., o como cuando subordina la aplicación de las normas relativas a la sucesión legítima al evento de que el causante no haya expresado su voluntad en otro sentido por vía testamentaria.” **Torrealba, Octavio, op. cit.**, p. 249.

(70) Lecciones, op. cit., p. 37.

(71) El autor mencionado, op. cit., p. 169, obviamente hace esta afirmación sobre la supremacía, basándose en la legislación española.

(72) En igual sentido, véase **Sánchez Calero, op. cit.**, p. 54.

(73) En esta materia del proceso de nacimiento se sigue las enseñanzas del Profesor Joaquín Garrigues, citado por **Torrealba, Octavio, op. cit.**, pp. 250-251.

INTRODUCCIÓN AL DERECHO COMERCIAL

CLASE NO. 2: LAS FUENTES FORMALES DEL DERECHO COMERCIAL

B-1.- En una primera fase, en la que aún no hay costumbre propiamente dicha, ni uso según se dirá, lo que se empieza a dar es la repetición constante de una determinada cláusula en una misma clase de contratos, los cuales muchas veces son parte de contrataciones en masa.

B-2.- En una segunda fase, la cláusula, por obvia, se empieza a dar por sobreentendida "...sea entre los mismos contratantes, sea dentro de un pequeño grupo de personas dedicadas al mismo género de comercio (cláusula de estilo)." (74)

Estamos frente a una práctica individual que ayuda a la formación del contrato: "La voluntad existe entre los contratantes; lo que se ha eliminado (por innecesaria) es la manifestación expresa de esa voluntad." (75)

Es en esta fase donde encontramos el "uso", al cual también se le conoce como "uso interpretativo" o "uso convencional": Norma que ayuda a interpretar la voluntad presunta de los contratantes y funciona como "medio de interpretación" ya que completa la "declaración de voluntad". (76)

Por lo anterior:

- ❖ El uso interpretativo debe ser probado y, en consecuencia, es posible probar la existencia de una voluntad distinta a la que presume el uso;
- ❖ Es posible alegar ignorancia de la existencia del respectivo uso interpretativo; y
- ❖ Como el uso interpretativo se basa en la idea de que hay voluntad "...puede y debe aplicarse por encima de aquellas reglas escritas de carácter supletorio, llamadas supletivas o declarativas, dictadas para regir sólo a falta de una voluntad contraria de los particulares." (77)

B-3.- En una tercera fase, a la que se suele denominar de la "objetivación generalizadora", la cláusula que era típica y luego sobreentendida, se desvincula de la voluntad de los contratantes y se convierte en norma jurídica; en otras palabras, se ha convertido en "práctica social" que se aplica "de modo uniforme, general y duradero, entre toda una colectividad, o por lo menos,

(74) **Torrealba, Octavio**, op. cit., p. 250.

(75) **Idem**, p. 251.

(76) **Idem**, p. 252.

(77) **Idem**.

INTRODUCCIÓN AL DERECHO COMERCIAL

CLASE NO. 2: LAS FUENTES FORMALES DEL DERECHO COMERCIAL

entre todos los que se dedican al mismo género de negocios; y, fundamentalmente, cuando en el consenso popular se respeta como norma absolutamente obligatoria, en el sentido de que puede ser exigida y no depende del mero arbitrio subjetivo. En una palabra, cuando surge el elemento el elemento psicológico-social de la opinio iuris necessitatis.

Se crea así un uso normativo, que es una norma general de Derecho, una ley de carácter consuetudinario” (78) que es independiente de la voluntad de las partes y que “...tiene plena vigencia, aunque las partes desconozcan su existencia.” (79)

Lo anterior nos sirve de base para entender y explicar los dos elementos que tiene la costumbre: El elemento objetivo y el elemento subjetivo.

El elemento objetivo no es otra cosa que la repetición general y constante del acto o conducta en que consiste la costumbre. Este elemento es conocido como *inveterada consuetudo* o costumbre inveterada, o incluso *empleo o uso inmemorial* (80) ¿Cuál debe ser la duración de la práctica? Es algo que sin duda es variable y relativo, y que corresponderá valorar al Juez. En nuestro concepto, en el uso interpretativo también es posible encontrar este primer elemento. (81)

El elemento subjetivo consiste en lo dicho, o sea, en el convencimiento de que la reiteración referida es general, notoria y “absolutamente obligatoria” (82), que no depende del propio arbitrio sino que incluso puede ser exigida por los demás y que es necesaria para el mantenimiento de la convivencia social. (83) A este “convencimiento” es a lo que los romanos llamaron “opinio iuris o necessitatis”. (84)

C.- Por otra parte cabe destacar que para estar realmente frente a una costumbre, esta deber ser

(78) **Idem**, pp. 251-252.

(79) **Idem**, p. 254. En otras palabras, no es posible alegar su ignorancia.

(80) **Mora, Fernando**, *op. cit.*, p. 284.

(81) El Profesor **Fernando Mora**, *op. cit.*, p. 285, refiere que la doctrina en general es de la misma tesis.

(82) **Torrealba, Octavio**, *op. cit.*, p. 248.

(83) **Mora, Fernando**, *op. cit.*, p. 284.

(84) **Del Vecchio**, *Filosofía del Derecho*, México, 1946, p. 249, citado por **Torrealba, Octavio**, *op. cit.*, p. 248.

INTRODUCCIÓN AL DERECHO COMERCIAL

CLASE NO. 2: LAS FUENTES FORMALES DEL DERECHO COMERCIAL

legítima, no es permitida la costumbre contra legem. (85) Así surge de lo prescrito por el último párrafo del art. 129 de la Constitución Política (86) e incluso, de los arts. 3 y 8 del Código Civil. (87)

La idea entonces es que la costumbre funcione en forma supletoria a la ley, o sea, cuando esta no existe o es omisa, dado que no puede haber contradicción entre ambas, por la supremacía de la ley. (88)

En nuestro país hemos sido testigos de muchas “costumbres ilegítimas” y la forma en que llegado el punto de su discusión, los interesados se aferran al concepto de que la conducta en particular se ha venido reiterando en el tiempo y que es vinculante, conceptos que muchas veces, lamentablemente, han sido aceptados por los jueces sin valorar este requisito constitucional y legal de que la costumbre no puede ser “contra legem”.

Recientemente la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia resolvió un caso realmente interesante para los efectos de esta clase. Nos referimos a la Resolución No. 755-F-2007 de las 9:30 horas del 19 de octubre de 2007, dictada en un proceso especial de impugnación de resoluciones de la Comisión para Promover la Competencia. No reproduciremos aquí el extracto de la misma por ser muy amplio, pero el estudiante puede encontrarlo en el anexo de esta clase.

(85) Es interesante la siguiente cita del autor **Máximo Pacheco G.**, *op. cit.*, p. 318, que revela el origen de la prohibición de la costumbre contra legem: “EVOLUCIÓN HISTÓRICA. En la antigüedad el Derecho era preponderantemente consuetudinario. En Roma, durante el período anterior a las XII Tablas, el Derecho fue exclusivamente no escrito. Después que aparecieron las fuentes escritas la costumbre conservó su antigua eficacia en orden a la creación de nuevas normas y derogación de las existentes. No obstante, Constantino la despojó de la atribución de derogar el Derecho vigente.”

(86) El último párrafo de dicho artículo prescribe, en lo que interesa: “La ley no queda abrogada ni derogada sino por otra posterior; contra su observancia no podrá alegarse desuso, costumbre ni práctica en contrario...”

(87) Cuyos textos prescriben:

“Artículo 3.- El uso y la costumbre sólo regirán en defecto de ley aplicable, siempre que su existencia haya sido demostrada y no resulten contrarios a la moral o al orden público o a una norma de carácter prohibitivo.”

“Artículo 8.- Las leyes sólo se derogan por otras posteriores y contra su observancia no puede alegarse desuso ni costumbre o práctica en contrario...”

(88) En ese sentido, véase **Pacheco G., Máximo**, *op. cit.*, p. 319.

INTRODUCCIÓN AL DERECHO COMERCIAL

CLASE NO. 2: LAS FUENTES FORMALES DEL DERECHO COMERCIAL

Para los fines académicos perseguidos en este curso introductorio, un adecuado resumen de los hechos y de lo resuelto sería el siguiente:

Una cámara (o sea un ente de derecho privado) que agrupa a corredores o intermediarios en el mercado de bienes raíces reprodujo en un reglamento interno lo que al parecer sería la costumbre ya existente en el grupo en cuanto a los porcentajes de comisión por cobrar dependiendo del servicio prestado. Por ejemplo, si gracias a la intermediación dicha, se logra el arriendo de un inmueble por un período igual o superior a un año, se cobra al dueño del inmueble por concepto de honorarios por el servicio de intermediación prestado, el equivalente al primer mes de arriendo.

Se trató entonces de reproducir una “costumbre” reconocida por el gremio, en una reglamentación del propio gremio.

Ahora bien, el problema con la regulación en cuestión, y en esto hay que coincidir con lo resuelto por la Sala, es que esa “costumbre” es ilegal y aunque solo se esté reproduciendo en el reglamento, lo cierto es que no son tutelables ni la costumbre dicha ni su reproducción en el reglamento, esto último puesto que solo persigue que su incumplimiento por algún asociado debe acarrearle alguna sanción, aunque sea de tipo ético.

La ilegalidad le viene por la vía de las normas que regulan la competencia y la prohibición de prácticas monopolísticas, y que no ahondaremos aquí, salvo para decir que el “precio” de los bienes y servicios no es materia de contratación privada en ciertos casos previstos en la Ley de Promoción de la Competencia y Defensa Efectiva del Consumidor y que el caso sujeto a la resolución citada, resultó uno de esos casos.

Así entonces, la costumbre de este gremio, si bien no era ilegal antes de la ley referida, con esta última lo devino y por tanto no es tutelable ni se puede convertir en fuente formal del Derecho Comercial costarricense.

D.- Desde luego que a la par de las ventajas que pueda tener la costumbre en nuestro campo, específicamente en la materia contractual mercantil, lo cierto es que también tiene una gran desventaja: Por su propia naturaleza es difícil conocerla con certeza y claridad (89) y por ello debe ser probada. (90)

(89) “El uso, aunque tiene la ventaja sobre la ley de adaptarse quizá mejor que ésta a las necesidades del tráfico, ya que surge del tráfico mismo, tiene el serio inconveniente de su falta de fijeza y claridad. En ocasiones, resulta difícil distinguir cuáles son los usos mercantiles –en el sentido de normativo- de los que son simplemente cláusulas de estilo o están en el estadio de usos interpretativos”, **Sánchez Calero**, *op. cit.*, p. 58.

(90) Por ello se dice que a su respecto no rige el principio “iura novit curia”, ver **Uría, Rodrigo y Meléndez, Aurelio**, *Lecciones, op. cit.*, p. 38.

INTRODUCCIÓN AL DERECHO COMERCIAL

CLASE NO. 2: LAS FUENTES FORMALES DEL DERECHO COMERCIAL

Finalmente, cabe acotar que la costumbre no debería ser probada, dada su condición de Derecho positivo, pero lo cierto es que “por razones de certeza” deben serlo (así lo exige el art. 3 del Código de Comercio (C.com.), agregando que “toda clase de prueba es admisible” para tal fin), “...lo que no obsta a que el juez los aplique si los conoce, aunque ... no exista prueba en autos.” (91)

Por ser interesante y útil para los efectos de este aparte, a continuación citaremos un extracto del voto salvado del Juez Parajeles Vintas a la Resolución tomada por mayoría y que se identifica con el No. 1111-N, dictada por el Tribunal Primero Civil de San José, a las 8:05 horas del 9 de noviembre de 2007, en un proceso de ejecución de sentencia; voto salvado en el cual el citado Juez utiliza y da por existente una costumbre sin que del propio texto del voto salvado pueda inducirse que las partes hayan tratado de probar o rechazar la prueba, en su caso, de la costumbre a que se refiere el Juez.

“CONSIDERANDO... En realidad, lo importante es analizar el objeto de debate; esto es, los efectos probatorios de las facturas aportadas para demostrar la reparación del vehículo dañado en la colisión de tránsito. Para el Juzgado, tesis compartida por la mayoría, la documental es insuficiente porque se echa de menos la firma de quien las expide. Ese criterio no se ajusta a los usos y costumbres mercantiles, sobre los cuales se fundamenta las relaciones comerciales. No existen en autos elementos para desvirtuar el contenido de las facturas aportadas, ni siquiera hay prueba en contrario aportada por la parte demandada, a quien le corresponde la carga en ese sentido. Doctrina del artículo 317 del Código Procesal Civil. Los documentos tienen el membrete de las empresas que las emite, con sus respectivas identificaciones y dirección. Además, se estampan los sellos de “cancelado”, de ahí que en estos casos no sea imprescindible la firma del representante o algún encargado, al menos para concederle valor probatorio. Por la confianza y la naturaleza en la actividad mercantil – venta de repuestos – la frecuente y normal es expedir las facturas en las circunstancias apuntadas, sin que sea necesario exigir la entrega de documentos debidamente firmadas. Debió la parte demandada, demostrar la inexistencia de las empresas o cuestionar los montos de cada uno de los productos adquiridos. Lo importante era

(91) **Torrealba, Octavio**, *op. cit.*, p. 254.

Lo cierto es que es mucho más fácil para un juez conocer la existencia de la ley que la de una costumbre “...en especial desde que ya no hay tribunales constituidos por comerciantes. De aquí dimana, para quien asegura la existencia de una costumbre, la necesidad de probarla.” **Vivante, César**, *op. cit.*, pp. 21-22.

INTRODUCCIÓN AL DERECHO COMERCIAL

CLASE NO. 2: LAS FUENTES FORMALES DEL DERECHO COMERCIAL

cuestionar su contenido y no impugnar con argumentos técnicos que no desnaturalizan su validez.” (Los subrayados no son del original).

Para nosotros es obvio que en términos materiales el Juez Parajeles Vindas lleva razón en que no es costumbre en nuestro medio que las facturas que emiten los establecimientos mercantiles vengán firmadas por el dueño, por el representante de él, por los empleados o dependientes, ni por el que se encarga de cobrar, a lo sumo, al ser pagada la mercadería, se les pone un sello de cancelado, y en algunos casos, también, el de “mercadería entregada” u otro similar. Lo interesante es que el Juez conoce la “costumbre” y la aplica, sin necesidad o sin requerir, que se la prueben y más bien echando de menos la actividad de la parte demandada para desvirtuar las facturas presentadas a efectos de obtener su reintegro.

Adicionalmente tómesese en cuenta que no hay en nuestro Código ninguna norma que exija tal firma en las facturas en los casos de compra de contado, como al parecer fue el caso sometido al Tribunal; antes bien, los arts. 370 y 371 C.com. prescriben, por su orden que “Los dependientes que atienden al público deberán estar facultados para realizar las operaciones de que estuvieren encargados, y cobrarán en el mismo acto el precio de las mercancías vendidas por ellos, salvo que el principal anuncie al público que los pagos deberán hacerse a la caja”, y que “Los actos de los dependientes obligan a su principal en las operaciones que les estuvieren encomendadas expresamente”, sin exigir firma en ningún caso ni necesidad para el comprador de exigirla, con lo que se ratifica la tesis del Juez en minoría en el sentido de que la costumbre por él referida no es una “costumbre ilegítima” por no contravenir la ley.

E.- En cuanto a las regulaciones sobre usos y costumbres en nuestro Código de Comercio, cabe señalar que cuatro artículos son los que, en lo que interesa, los regulan y nos parece que el legislador costarricense utiliza ambos términos en forma indistinta (92) e incluso de manera confusa o aún incorrecta, lo cual es un problema ya que, bien visto y según dicho, los usos

(92) Lo mismo ocurre, en nuestro concepto, en el art. 1 del Código Civil, el cual, en lo que interesa dispone: “La costumbre, los usos y los principios generales de Derecho son fuentes no escritas del ordenamiento jurídico privado y servirán para interpretar, delimitar e integrar las fuentes escritas del ordenamiento jurídico” y luego omite, en el art. 9, a los usos, al prescribir: “La jurisprudencia contribuirá a informar el ordenamiento jurídico con la doctrina que, de modo reiterado, establezcan las salas de casación de la Corte Suprema de Justicia y la Corte Plena al aplicar la ley, la costumbre y los principios generales del Derecho.” (En ambos casos, lo subrayado no es del original).

Mismo fenómeno ocurre, igualmente en nuestro concepto, en el párrafo final del art. 5 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, Ley No. 7333 de 5 de mayo de 1993, el cual dispone: Los usos y costumbres tendrán carácter supletorio del Derecho escrito”. (Lo subrayado tampoco es del original).

INTRODUCCIÓN AL DERECHO COMERCIAL

CLASE NO. 2: LAS FUENTES FORMALES DEL DERECHO COMERCIAL

interpretativos no son realmente fuente formal del Derecho Comercial. (93)

Veamos:

El art. 2 C.com. se limita a prescribir que los usos y costumbres, indistinta o indiferenciadamente, serán aplicables, cuando ni el Código de Comercio, ni las leyes comerciales especiales, ni el Código Civil, regulen determinada materia o caso.

El art. 3 C.com. prescribe que para que la costumbre sea aplicable y supla el silencio de la ley es necesario que haya sido admitida de modo general y por un largo tiempo a juicio de los tribunales, sin hacer referencia al elemento subjetivo que es por sí indispensable y que, además es, justamente, lo que acaba diferenciando usos y costumbres, conforme lo dicho anteriormente.

El art. 4 C.com. prescribe que las costumbres mercantiles servirán no sólo para suplir el silencio de la ley, sino también como regla para apreciar el sentido de las palabras o términos técnicos del comercio usados en los actos o contratos mercantiles. Esto último la acerca o incluso la confunde, en nuestro concepto por la falta de tecnicidad, con los usos interpretativos.

Sin embargo, el artículo que mejor refleja la confusión y falta de tecnicismo de nuestro legislador es el art. 436 C.com., cuyo texto es el siguiente:

“Cuando en la redacción de un contrato se omiten cláusulas de absoluta necesidad para llevar a efecto lo pactado, se presume que las partes quisieron sujetarse a lo que en el mismo caso se acostumbra en el lugar donde el contrato deba ejecutarse, y si los interesados no explicaren su acuerdo en la omisión, se procederá según la costumbre.”

La lectura de este artículo lleva a comprobar que tiene dos partes, en la primera establece que la interpretación de un contrato por ser omiso debe llevar a presumir que las partes quisieron sujetarse a lo que se “acostumbra”, y en la segunda remite a la posibilidad de que los interesados no expliquen su “acuerdo en la omisión”, y remite, nuevamente, a la costumbre.

En nuestra opinión, este artículo es tan confuso que no es posible entenderlo y por tanto tampoco es posible aplicarlo: (94)

(93) Véase en sentido contrario, a **Uría, Rodrigo y Meléndez, Aurelio**, *Lecciones*, *op. cit.*, p. 38.

(94) El Dr. **Fernando Mora**, *op. cit.*, p. 287, también analiza este artículo y lo encuentra contradictorio:

“El artículo 436 del C. de C. presume que las partes pudieron haber pactado las cláusulas, pero si no lo hicieron, las únicas que pueden ser sustituidas son las de uso interpretativo porque son las

INTRODUCCIÓN AL DERECHO COMERCIAL

CLASE NO. 2: LAS FUENTES FORMALES DEL DERECHO COMERCIAL

Si lo que se quiere ver en él es el establecimiento o la regulación del uso interpretativo dentro del C.com., lo cual podría llevar como efecto secundario a discutir que los arts. 2 a 4 C.com. no lo regulan, no se entiende la referencia, doble según se dijo, a la “costumbre”.

Si lo que se quiere ver en él es una regulación ulterior y complementaria a los arts. 2 a 4 C.com. sobre la costumbre, no se entiende la referencia que contiene a que los “interesados no expliquen su acuerdo en la omisión”, puesto que la costumbre, siendo tal, tiene fuerza de ley y es vinculante entre las partes.

No encuentra la suscrita, forma lógica y convincente de entender este artículo 436 C.com.

F.- Otras disposiciones del Código de Comercio establecen que en caso de existir “usos y costumbres”, en cuanto a su aplicación, “privarán los locales sobre los nacionales; los nacionales sobre los internacionales; y los especiales sobre los generales.” (Art. 2 C.com.)

§15.- EL POLÉMICO ART. 2 DEL CÓDIGO DE COMERCIO COSTARRICENSE: EL CÓDIGO CIVIL PREVALECE SOBRE LA COSTUMBRE MERCANTIL.

El sistema costarricense de fuentes formales del Derecho Comercial es bastante controversial por la jerarquía de fuentes establecida en el art. 2 C.com, el cual prescribe literalmente:

“Cuando no exista en este Código, ni en otras leyes mercantiles, disposición concreta que rijan determinada materia o caso, se aplicarán, por su orden y en lo pertinente, las del Código Civil, los usos y costumbres y los principios generales de derecho....” (95)

Conforme lo dicho, nuestro Código establece, como es lo usual, que el propio Código y las leyes mercantiles especiales son la fuente formal primaria del Derecho Comercial costarricense, lo

únicas que pueden pactarse por voluntad de las partes. La parte final de este artículo no se entiende, ni siquiera está en el proyecto del código. No se entiende porque (sic) hay uso interpretativo y costumbre a la vez; es contradictorio. Si hay costumbre debe aplicarse ésta, un uso interpretativo no puede derogarla.”

- (95) La referencia a la costumbre como fuente del Derecho Comercial, la podemos encontrar en otras leyes mercantiles especiales, por ejemplo, en el art. 32 de la Ley de Promoción de la Competencia y Defensa Efectiva del Consumidor, el cual prescribe, en lo que interesa: “Derechos del consumidor.- Sin perjuicio de lo establecido en tratados, convenciones internacionales de las que Costa Rica sea parte, legislación interna ordinaria, reglamentos, principios generales de derecho, usos y costumbres, son derechos fundamentales e irrenunciables del consumidor, los siguientes:...” (Lo subrayado no es del original).

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. 2: LAS FUENTES FORMALES DEL DERECHO COMERCIAL

polémico es que prescriba que ante ausencia de norma que rija una determinada materia o caso se aplicará el Código Civil con primacía sobre la costumbre.

El origen de esta “ordenación” de fuentes formales está en la opinión de los Licenciados Napoleón Valle y Harry Zurcher, quienes convencieron a los legisladores de la bondad de su posición de que anteponer la costumbre al Código Civil como fuente formal del Derecho Comercial, sería inconstitucional por contraponerse al ya citado último párrafo del art. 129 de la Carta Magna. (96) Tal razonamiento no es aceptable si se parte de la idea de la subsidiariedad del Derecho Civil frente al Derecho Comercial y la condición de este último de Derecho autónomo con un sistema propio de fuentes y con capacidad de dar respuesta a las materias y temas relacionados con la “materia mercantil”.

Poco valieron los acertados argumentos en contrario de los Licenciados Jaime Solera y Francisco Morelli, quienes manifestaron textualmente:

“...no podemos compartir el criterio del Código que sigue el sistema ya en desuso de relegar la costumbre al último lugar del orden de aplicación, dando preferencia a la Ley Civil. La costumbre mercantil es parte integrante de los contratos mercantiles y no dudamos en recomendar un cambio del sistema francés usado en el Código. La doctrina más respetable y los códigos modernos siguen el sistema italiano de darle entrada preferente a los usos y costumbres mercantiles...” (97)

Lo cierto del caso es que anteponer el Código Civil a la costumbre mercantil es un error por cuanto

(96) En su conocido estilo crítico, el Profesor **Fernando Mora**, *op. cit.*, pp. 281-282, comenta respecto del legislador que prescribió la mencionada jerarquía de fuentes:

“Lo que nos preguntamos es por qué no pusieron: el *Código de Comercio*, las leyes mercantiles, el código civil, el código de minería, el código fiscal, el código penal, la ley de protección a menores, el código de la infancia y toda la legislación escrita costarricense y al final y si no violaban ninguna ley escrita nuestra, el uso y la costumbre, para ser consecuente con su punto de vista, con su argumentación. Creo que el precepto constitucional debe interpretarse por sectores de especialización dentro del derecho, no se puede alegar uso o costumbre en contrario de la ley escrita mercantil... No podemos ignorar nosotros que el uso y las costumbre (sic) mercantiles creadas como el fenómeno vivo del derecho mercantil en su constante hacerse, son muchísimo más realistas, resuelven mejor el problema que como puede resolverlo el Código Civil. En ese sentido nuestro Código de Comercio contiene un grave error. El orden de las fuentes debería ser: Código de Comercio y leyes mercantiles, uso y costumbres mercantiles, luego el derecho común.”

(97) La Gaceta del 29 de enero de 1963, citada por **Torrealba, Octavio**, *op. cit.*, p. 255.

INTRODUCCIÓN AL DERECHO COMERCIAL

CLASE NO. 2: LAS FUENTES FORMALES DEL DERECHO COMERCIAL

desconoce la importancia, histórica y actual, de la costumbre en el Derecho Comercial y le niega a este último su condición de derecho autónomo frente al Derecho Civil. Lo que obviamente no podría hacerse es anteponer la costumbre mercantil al Código de Comercio o a las leyes comerciales especiales, pero por razón de su especialidad y por coadyuvar a formar el contenido del Derecho Comercial, sí es posible anteponerla al Código Civil.

Por otra parte, una jerarquía de fuentes formales del Derecho Comercial que anteponga la costumbre al Código civil no es desconocida en otros sistemas jurídicos:

“Fiel el legislador al principio dominante de que la ley especial deroga a la ley general, ha establecido que cuanto se relaciona con el comercio debe regirse ante todo por la legislación mercantil después por la costumbre, y en último término, por el derecho civil.” (98)

La paradoja es aún mayor cuando se encuentra en el propio Código de Comercio disposiciones que directamente remiten a la costumbre (99) y la situación creada por el art. 1206 C.c. que agudamente refiere el Dr. Fernando Mora (100), ya que, a pesar de ser de 1888, este último artículo prescribe que “en materia mercantil se aplicará primero la ley mercantil después los usos mercantiles y después el Código Civil”, o sea, tiene una mejor disposición sobre jerarquía de fuentes que el propio art. 2 C.com. Así, ante la omisión del Código de Comercio o de las leyes comerciales especiales, se podrá remitir directamente a la costumbre, antes de pasar a las normas sobre sociedades civiles.

(98) **Vivante, César**, *op. cit.*, p. 19.

Este autor agrega, más adelante: “Cuando las leyes mercantiles y las costumbres callan, el juez nunca debe negar justicia a los litigantes, se valdrá del Derecho civil para dirimir la controversia”, p. 22.

(99) A nosotros nos basta con un solo ejemplo, el del art. 278 C.com, relativo a los comisionistas, y que prescribe:

“Si para cumplir la comisión se requieren fondos, no estará obligado el comisionista a suplirlos, a menos que en el contrato respectivo, o según la costumbre del lugar, deba hacerlo...” El subrayado es nuestro para hacer énfasis en el hecho de que no se remite al Código Civil y luego a la costumbre, sino directamente, a la costumbre. Para otros ejemplos, véase **Torrealba, Octavio**, *op. cit.*, p. 256.

(100) *Op. cit.*, pp. 287-288.

INTRODUCCIÓN AL DERECHO COMERCIAL CLASE NO. 2: LAS FUENTES FORMALES DEL DERECHO COMERCIAL

§16.- LOS PRINCIPIOS GENERALES DE DERECHO Y ¿OTRAS FUENTES FORMALES?.-

Recuérdese que el art. 2 C.com. establece como fuente formal del Derecho Comercial costarricense los principios generales de Derecho.

La delimitación de estos principios está a cargo de la doctrina o bien de los propios órganos jurisdiccionales, los cuales desentrañarán de la propia ley y las costumbres, cuáles son los principios generales del Derecho Comercial. (101)

Algunos de estos principios serían: La simpleza y eficiencia de las formas, la protección del crédito, la segura y rápida circulación de la riqueza, la rápida y económica solución de los conflictos, etc.

Para finalizar cabe mencionar la falta de mención de otras fuentes formales del Derecho Comercial en el art. 2 C.com., como la jurisprudencia. A ella podría accederse, y de hecho se hace en virtud de otras normas generales del ordenamiento jurídico que permiten o incluso exigen utilizarla, piénsese por ejemplo en los arts. 9 C.c. (102), 5 de la Ley Orgánica del poder Judicial (103) y 13 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional. (104)

(101) Para una crítica de la inclusión de los principios generales de Derecho como fuentes formales del Derecho Comercial en Costa Rica, véase, **Kozolchyk, Boris y Torrealba, Octavio**, *op. cit.*, pp. 146 y ss.

(102) “La jurisprudencia contribuirá a informar el ordenamiento jurídico con la doctrina que, de modo reiterado, establezcan las salas de casación de la Corte Suprema de Justicia y la Corte Plena al aplicar la ley, la costumbre y los principios generales del Derecho. (Así reformado por Ley N° 7020 de 6 de enero de 1986, artículo 1°)”.

(103) “...Los tribunales no podrán excusarse de ejercer su autoridad o de fallar en los asuntos de su competencia por falta de norma que aplicar y deberán hacerlo de conformidad con las normas escritas y no escritas del ordenamiento, según la escala jerárquica de sus fuentes.

Los principios generales del Derecho y la Jurisprudencia servirán para interpretar, integrar y delimitar el campo de aplicación del ordenamiento escrito y tendrán el rango de la norma que interpreten, integren o delimiten. Cuando se trate de suplir la ausencia y no la insuficiencia de las disposiciones que regulen una materia, dichas fuentes tendrán rango de ley...”

(104) “La jurisprudencia y los precedentes de la jurisdicción constitucional son vinculantes erga omnes, salvo para sí misma.”

INTRODUCCIÓN AL DERECHO COMERCIAL
CLASE NO. 2: LAS FUENTES FORMALES DEL DERECHO COMERCIAL

BIBLIOGRAFÍA.

DOCTRINA.

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

Pacheco G., Máximo, Teoría del Derecho, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, reimpresión a la cuarta edición de 1990, 1993, 865 pp.

Pisani, Osvaldo E., Elementos de Derecho Comercial, Editorial Astrea, Buenos Aires, Argentina, 2º Edición actualizada y ampliada, 2006, 423 pp.

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

Torrealba, Octavio, Fuentes del Derecho Mercantil, en Revista de Ciencias Jurídicas, Escuela de Derecho de la Universidad de Costa Rica, San José, Costa Rica, No. 5, Mayo de 1965, pp. 239-258.

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

Vivante, César, Derecho Mercantil, Traducción y notas de Francisco Blanco Constans, Valleta Ediciones, Argentina, 1 Edición, 2005, 285 pp.

LEGISLACIÓN.

Código Civil de Costa Rica, Ley No. 30 de 19 de abril de 1885, en vigencia por Ley No. 63 de 28 de setiembre de 1887.

Código de Comercio de Costa Rica, Ley No. 3284 de 30 de abril de 1964.

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. 2: LAS FUENTES FORMALES DEL DERECHO COMERCIAL

Constitución Política de la República de Costa Rica, de 7 de noviembre de 1949.

Ley de la Jurisdicción Constitucional, Ley No. Ley 7135 de 19 de octubre de 1989.

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

Ley Orgánica del Poder Judicial, Ley No. 7333 de 5 de mayo de 1993.

RESOLUCIONES JUDICIALES.

Resolución No. 755-F-2007 de la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, de las 9:30 horas del 19 de octubre de 2007 (proceso especial de impugnación de resoluciones de la Comisión para Promover la Competencia).

Resolución No. 1111-N del Tribunal Primero Civil de San José, de las 8:05 horas del 9 de noviembre de 2007 (proceso de ejecución de sentencia).