

INTRODUCCIÓN AL DERECHO COMERCIAL

CLASE NO. 3: EL ACTO DE COMERCIO

- ACTUALIZADA AL 5 DE ABRIL DE 2011 -

SUMARIO:

IV.- EL ACTO DE COMERCIO.- §17.- Introducción.- **§18.-**¿Es posible una definición del “acto de comercio”?- **§19.-** El sistema costarricense de “acto de comercio”.- **§20.-** Clasificación de los “actos de comercio”.- **§21.-** Los llamados “actos de comercio accesorios”; y el caso particular de la prescripción de la hipoteca cuando es accesoría a un acto de comercio.- **§22.-** La posibilidad de aplicar la analogía a los actos de comercio no contemplados en el artículo 1 del Código de Comercio.- **§23.-** El lucro como criterio para utilizar la analogía.- **V.- SOBRE LOS ACTOS MIXTOS (Y LOS ACTOS DE CONSUMO).- §24.-** Sobre los actos mixtos (y los actos de consumo).- **BIBLIOGRAFÍA.**

IV.- EL ACTO DE COMERCIO.

§17. INTRODUCCIÓN.

A) La existencia de una clase sobre el acto de comercio se fundamenta en la existencia de un Código de Comercio como el nuestro que está anclado en el sistema de actos de comercio. (122)

(122) Sabemos del esfuerzo del Profesor, el **DR. FERNANDO MORA ROJAS**, *op. cit.*, de leer el actual Código de Comercio costarricense como un Código de empresa, y a él nos referiremos en la Clase No. 5, dedicada justamente a la Empresa. También nos referiremos en dicha clase a la réplica que le hace el Profesor Dr. **GASTÓN CERTAD MAROTO**, en su libro Temas de Derecho Comercial, Capítulo IX, El Acto de Comercio, Editorial Juritexto, San José, Costa Rica, 3 Edición, 2007, p. 187.

Igual sabemos que las leyes comerciales especiales dictadas en los últimos tiempos para nada podrían ser consideradas como fundadas en un sistema de actos de comercio.

INTRODUCCIÓN AL DERECHO COMERCIAL

CLASE NO. 3: EL ACTO DE COMERCIO

En efecto, el párrafo 1 del art. 1 C.com. establece, en lo que interesa:

“Las disposiciones contenidas en el presente Código rigen los actos y contratos en él determinados, aunque no sean comerciantes las personas que los ejecuten.”

De no ser por el artículo que se transcribió parcialmente y por el sistema que sustenta, ya estaríamos hablando de la empresa, o mejor aún, también del mercado, de los consumidores y del Estado, de este último, por lo que pueda ser su participación en el mercado conforme lo ordenado por la “constitución económica”.

Así las cosas, dentro del estudio introductorio del Derecho Comercial costarricense corresponde impartir una clase sobre el “Acto de Comercio”.

B) Ahora bien, de previo conviene indicar, con José María De Eizaguirre (123) que el Código de Comercio “se vale” de dos nociones como “instrumentos de delimitación de la materia mercantil”, a saber, las nociones de “Acto de Comercio” y la de “Comerciante”, noción esta última que se estudia en la siguiente clase de este curso introductorio, la Clase No. 4.

§18.- ¿ES POSIBLE UNA DEFINICIÓN DEL “ACTO DE COMERCIO”?

Lo que sea considerado “acto de comercio” es el resultado de un largo proceso histórico en el cual inicialmente lo “comercial” era la intermediación en el cambio de mercaderías, pero que posteriormente se amplió para abarcar supuestos adicionales que, por su diversidad, no pueden ser reducidos a una fórmula única (comercio en sentido propio, industria, transporte, banca, seguros, actividades auxiliares). (124)

No obstante, es necesario conservar esta Clase No. 3, sobre los Actos de Comercio, por la existencia y vigencia del artículo 1 C.com, al cual nos referiremos de inmediato.

(123) Op. cit., p. 51. En igual o similar sentido, **Certad, Gastón**, IX. El Acto de Comercio, op. cit., p. 171.

(124) Al decir de **Kozolchyk, Boris y Torrealba, Octavio**, op. cit., p. 44: “...el contenido del Derecho Mercantil está determinado por razones históricas y no lógicas.”

Posteriormente agregan dichos autores, op. cit., p. 60: “Por otra parte, el Código no tiene un criterio uniforme para la determinación de los actos de comercio. Tan pronto se ocupa de operaciones que constituyen auténticos negocios comerciales, por representar una intermediación lucrativa –como la comisión (artículo 273) y la compraventa de inmuebles (artículo 438, inc. b)- o por corresponder a la actividad propia de una empresa mercantil – transporte (artículo 323) y compraventa de muebles (artículo 438, inc. a) (sic) como de contratos

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. 3: EL ACTO DE COMERCIO

Lo interesante es que, pese a lo indicado en el párrafo anterior, la expresión de “acto de comercio” se mantuvo incólume. En palabras del Dr. Certad (125): “...en la terminología jurídica en donde el tradicionalismo domina soberano, las expresiones acto de comercio y derecho comercial han permanecido invariables, dejando impávida la huella de su contenido original prescindiendo de las transformaciones sobrevenidas en el transcurso del tiempo.”

Ahora bien, en el estudio del “acto de comercio” debe tenerse presente que el mismo es un término técnico y sobre todo, que es un concepto de derecho positivo, toda vez que “acto de comercio” es lo que en cada determinado ordenamiento jurídico haya sido establecido como tal. En consecuencia, su contenido es variable.

Se podría decir, entonces, que un acto de comercio es todo acto o contrato de derecho privado que el legislador somete al imperio del Derecho Comercial y que se trata básicamente de actos y contratos relacionados con el comercio en sentido propio, la industria, la banca, los seguros, el transporte y las actividades auxiliares.

“Los confines de la materia de comercio son en verdad determinados por factores de índole práctica e histórico tradicional, y no se inspiran en abstractos y apriorísticos criterios lógicos.” (126)

Visto desde otro ángulo, se trata de un tema de límites cuya importancia práctica está en determinar cuál conjunto orgánico de normas y principios se aplica a determinada situación.

“Nuestro legislador no se propuso reunir de un modo sistemático una materia económicamente homogénea; sino que persiguiendo, según era su deber, un objetivo eminentemente práctico, reunió bajo el imperio de las leyes mercantiles las instituciones que requieren formas sencillas, ejecuciones rigurosas, procedimientos rápidos y la publicidad que desde el principio habían dado los comerciantes a su industria, en defensa del crédito y de la buena fe.

que nada tiene que ver con el comercio –como sociedades dedicadas a actividades o (sic) comerciales (artículo 5, inc. c) y el fideicomiso para fines lícitos pero no mercantiles (artículo 633)-. Lo mismo reglamenta contratos onerosos que gratuitos (préstamo retribuido o gratuito, artículo 496). Igualmente se ocupa de actos ocasionales o aislados –los ejecutados por no comerciantes (artículo 1)-, que de actos que presuponen una actividad masiva –la cuenta corriente bancaria (artículo 612)-.” Los subrayados los agregamos nosotros para enfatizar conceptos.

(125) IX. El Acto de Comercio, *op. cit.*, p. 170.

(126) **Certad, Gastón**, IX. El Acto de Comercio, *op. cit.*, p. 184.

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. 3: EL ACTO DE COMERCIO

Así, pues, no se puede dar una definición de los actos de comercio regulados por el Código, porque no tienen características comunes: el mismo legislador ha renunciado a ello, prefiriendo indicar en una larga serie demostrativa cuáles son los actos regidos por el Código de Comercio, y a esa serie debemos atenernos sin discutirla.” (127)

Ahora bien, lo que sí es claro entonces, y se reitera aquí, es que corresponde al legislador establecer respecto de cada país, lo que en ese país se ha de considerar acto de comercio, y suele comprender contratos y actos de diversa índole como cuasicontratos, hechos jurídicos y hasta hechos ilícitos. (128)

Por lo anterior, no hay en estos “actos de comercio” ningún “hilo conductor” y por eso se suele afirmar que es imposible dar una definición de “acto de comercio” (129), el cual de todas formas solo es “...un instrumento de estudio o análisis, una “categoría pensante” del Derecho mercantil que, junto con los conceptos de “comerciante” y de “cosa mercantil”, permite al legislador sustraer total o parcialmente del Derecho civil (130) un grupo muy variado de actos jurídicos, contratos, cuasi-

(127) **Vivante, César**, *op. cit.*, p. 27. Este autor se refiere al Código de Comercio de Italia ya derogado.

(128) “Así tenemos que generalmente vienen regulados en los códigos y leyes mercantiles, actos unilaterales, como el protesto de una letra de cambio, la interpelación al deudor y la denuncia de vicios de la cosa vendida, y multitud de contratos, como la compraventa, el préstamo, el depósito, el transporte y la prenda; cuasicontratos, como la repetición de lo pagado indebidamente dentro de una relación mercantil, la gestión de negocios cuando reúna los requisitos la (sic) comisión, o el enriquecimiento sin causa, base de la llamada “acción de enriquecimiento” concedida al tenedor de un título-valor en algunos casos, hechos ilícitos, con los constitutivos de la competencia desleal y hechos jurídicos como la prescripción. Todos ellos pueden ser considerados actos de comercio”, **Kozolchyk, Boris y Torrealba, Octavio**, *op. cit.*, pp. 40-41. El subrayado lo pusimos nosotros para resaltar los conceptos incluidos en la cita.

(129) “En la literatura jurídica italiana, el más destacado seguidor de la solución positiva fue Alfredo Rocco, quien sostuvo, utilizando ingeniosos argumentos, que, a la base de la noción de acto de comercio, estaba el concepto de interposición (en el intercambio de bienes: comercio en sentido estricto; en el intercambio de trabajo: empresas industriales; en el intercambio del dinero presente con el dinero futuro: actividad bancaria, en la concentración de riesgos: actividad aseguradora).

Pero tan refinado intento dogmático no nos parece que pueda decirse logrado, en cuanto resulta no confirmado después de un minucioso examen del derecho positivo, tal y como emergía del sistema del Código de Comercio italiano de 1882.” **Certad, Gastón**, *IX. El Acto de Comercio*, *op. cit.*, pp. 183-184.

(130) Incluso podríamos agregar también la consideración de que algunos de estos actos sean regulados por el Derecho Comercial en lugar de otros derechos como el de Familia, Laboral y

INTRODUCCIÓN AL DERECHO COMERCIAL

CLASE NO. 3: EL ACTO DE COMERCIO

contratos y hechos, para someterlos a la regulación especial del Derecho mercantil.” (131)

§19.- EL SISTEMA COSTARRICENSE DE “ACTO DE COMERCIO”.

Nuestro sistema ha sido calificado de objetivo por la presencia del art. 1 C.com., y el hecho de que el Código de Comercio también contenga regulación sobre “comerciante” no desmerece tal hecho, toda vez que los sistemas objetivos no prescindan de tal regulación, es solo que la misma no es la base de la regulación.

Sobre esta tema del sistema costarricense, el Dr. Certad Maroto (132) acota:

“En cuanto a nuestro Código de Comercio del '64 es difícil establecer qué sistema sigue, si bien nosotros nos inclinamos por admitir que sigue un sistema ligeramente objetivo.”

§20.- CLASIFICACIÓN DE LOS “ACTOS DE COMERCIO”.

La tradicional clasificación de los actos de comercio, en subjetivos y objetivos ha sido muy criticada por imprecisa y sobre todo porque al fin de cuentas acaba convirtiéndose en un círculo vicioso.

En términos sencillos se dice que los actos de comercio subjetivos son los realizados por comerciantes y los objetivos, son los que el legislador considera tales sin importar si quien los realiza es comerciante o no.

Pero tal afirmación lleva al círculo vicioso anticipado en cuanto se analizan los actos subjetivos y se pregunta, como es lógico, ¿Quién es un comerciante?, y se contesta, como es necesario, que es quien realiza actos de comercio. Ulterior pregunta sería, ¿Qué son actos de comercio?, pregunta que lleva a contestar que muchas veces son los realizados por los comerciantes. (133)

No es otra cosa que un círculo vicioso que se exprese de esta forma un conocido autor italiano

Agrario, en ciertos puntos. Por ejemplo, el tema de la sociedad de hecho y la familia de hecho; el tema de los agentes y los empleados; y el tema de la empresa agraria frente a la mercantil.

(131) **Kozolchyk, Boris y Torrealba, Octavio**, *op. cit.*, p. 42.

(132) *IX. El Acto de Comercio*, *op. cit.*, p. 187.

(133) En sentido similar, véase **Kozolchyk, Boris y Torrealba, Octavio**, *op. cit.*, p. 47.

INTRODUCCIÓN AL DERECHO COMERCIAL

CLASE NO. 3: EL ACTO DE COMERCIO

refiriéndose a los actos de comercio subjetivos:

“Se distinguen esencialmente de los actos objetivos en que éstos atribuyen a quien los realiza profesionalmente la cualidad de comerciante, mientras que aquéllos presuponen en quien los ejecuta la profesión de comerciante.” (134)

No obstante lo expresado, corresponde profundizar en la clasificación dicha, o sea, en la que distingue los actos de comercio en “subjetivos”, por una parte, y “objetivos” por la otra.

A.- LOS ACTOS DE COMERCIO SUBJETIVOS.

Los llamados “actos de comercio subjetivos” son aquellos a los cuales el legislador les da tal carácter en virtud de que son realizados por comerciantes (135) y que constituyen actividad profesional.

No obstante, en nuestro sistema, no basta la sola presencia de uno o más comerciantes, se exige, además, algún grado de “objetividad” en el acto, requiriendo el cumplimiento de ciertos requisitos.

Así tenemos como ejemplos de este tipo de actos, los siguientes:

a) El contrato de compraventa que realice una empresa mercantil, individual o colectiva en la explotación normal de su negocio ya sea de objetos comprados para revenderlos en el mismo estado o después de elaborados. (Art. 438, inc. a) C.com.).

Desde luego nuestro legislador en sus característica falta de técnica no se refirió expresamente a la exigencia de que quien realice estas compraventas sea un comerciante y en su lugar se refirió más bien a la figura de la “empresa mercantil, individual o colectiva”. En este caso habría que entender que se refirió al comerciante individual o persona física o bien a las personas jurídicas que el propio código califica de comerciantes en su art. 5.

Por otra parte y como quedó dicho, no basta la presencia de esta “empresa” o “comerciante”, sino que además es necesario que se trate de la explotación normal del negocio y de objetos que van a ser revendidos.

b) El contrato de transporte conforme es regulado en el art. 323 C.com., exige la presencia de un

(134) **Vivante, César**, *op. cit.*, p. 30.

(135) *Idem.* Son “...actos que son calificados como de comercio en cuanto constituyen una actividad profesional, y en los cuales al menos una de las partes es comerciante;...” **Certad, Gastón**, *IX. El Acto de Comercio*, *op. cit.*, p. 179.

INTRODUCCIÓN AL DERECHO COMERCIAL

CLASE NO. 3: EL ACTO DE COMERCIO

porteador, que puede ser una empresa pública o privada según las define el propio artículo, y que no cabe duda para nosotros, será un comerciante, por las mismas razones expuestas en relación con el anteriormente analizado contrato de compraventa.

“Por el contrato de transporte el porteador se obliga a transportar personas, cosas o noticias de un lugar a otro a cambio de un precio. El transporte puede ser realizado por empresas públicas o privadas. Son empresas públicas las que anuncian y abren al público establecimiento de esa índole, comprometiéndose a transportar por precios, condiciones y períodos determinados, siempre que se requieran sus servicios de acuerdo con las bases de sus prospectos, itinerarios y tarifas. Son empresas privadas las que prestan esos servicios en forma discrecional, bajo condiciones y por ajustes convencionales.”

- c) **El contrato de cuenta corriente bancaria** será también un ejemplo de acto de comercio subjetivo en el tanto los bancos se organicen como sociedades anónimas (art. 141 de la Ley Orgánica del Sistema Bancario Nacional, Ley No. 1644 de 26 de setiembre de 1953) y en ese tanto, tengan condición de comerciantes (art. 5, inc. c) C.com.). El art. 612 C.com. lo regula de esta manera:

“La cuenta corriente bancaria es un contrato por medio del cual un Banco recibe de una persona dinero u otros valores acreditables de inmediato en calidad de depósito o le otorga un crédito para girar contra él, de acuerdo con las disposiciones contenidas en este Capítulo...”

B.- LOS ACTOS DE COMERCIO OBJETIVOS.

Los llamados “actos de comercio objetivos” son aquellos que el legislador regula como actos de comercio atendiendo a su propia individualidad y naturaleza y no a la persona o sujeto que los realiza; “...en otros términos, porque conservan su carácter comercial aún cuando sean realizados por quien no fuere comerciante.” (136)

Estos actos se subdividen, a su vez, en dos: Los absolutos y los relativos y a ellos nos dedicamos de seguido.

B-1) LOS ACTOS DE COMERCIO OBJETIVOS ABSOLUTOS.

Son actos de comercio en atención a sus “características constitutivas” y que general, más no

(136) **Vivante, César**, *op. cit.*, p. 28.

INTRODUCCIÓN AL DERECHO COMERCIAL

CLASE NO. 3: EL ACTO DE COMERCIO

necesariamente, se insertan en la actividad comercial, por lo que solo están regulados en el Código de Comercio, es decir, generalmente no tienen regulación en el Código Civil y por ello "...quedan sometidos siempre al Derecho mercantil sin importar cuál sea la causa o el objeto que tenga, o la calidad de los sujetos que los celebren." (137)

Debido a lo anteriormente expresado, su repetido cumplimiento no le otorga a su ejecutante la calidad de comerciante.

Ejemplos de este tipo de actos son los siguientes:

B-1-1) Los actos relacionados con títulos valores. Anterior a su reforma en el año 1990, el art. 667 C.com. prescribía:

“Los títulos valores son documentos indispensables para ejecutar el derecho literal y autónomo que en ellos se consigna. La creación, emisión, traspaso por cesión o endoso, aval, afectación, garantía, pago y demás operaciones que se hagan en los títulos valores, son siempre actos de comercio.” (El subrayado lo agregamos nosotros para resaltar el concepto de “actos de comercio” de las operaciones referidas).

Dicho artículo fue reformado y esta disposición no aparece más con ese contenido dispositivo, pero eso no hace diferencia en cuanto a que los actos dichos siempre sean actos de comercio, ni siquiera hay disciplina civil para ellos. En otras palabras, la disposición se eliminó por innecesaria y no porque fuera errónea o ya no fuera “correcta” dentro del sistema.

B-1-2) El contrato de prenda, conforme es regulado en los arts. 530 y 531 C.com., los cuales prescriben, respectivamente, que: “El contrato de prenda servirá para la garantía de toda clase de obligaciones con sujeción a las reglas de los artículos siguientes...”, y “Todo préstamo que se efectúe con arreglo a las disposiciones de este Capítulo será reputado como una operación comercial, independientemente de las calidades de las partes contratantes, pero no dará lugar a la quiebra si el deudor no fuere realmente comerciante.”

B-1-3) El contrato de fideicomiso, conforme es regulado en el art. 633 C.com.: “Por medio del fideicomiso el fideicomitente transmite al fiduciario la propiedad de bienes o derechos; el fiduciario queda obligado a emplearlos para la realización de fines lícitos y predeterminados en el acto constitutivo.”

B-1-4) El contrato societario, conforme es regulado en los arts. 5, inc. c) y 17 y siguientes del Código de Comercio.

(137) **Kozolchyk, Boris y Torrealba, Octavio, *op. cit.*, p. 61.**

INTRODUCCIÓN AL DERECHO COMERCIAL

CLASE NO. 3: EL ACTO DE COMERCIO

Cabe señalar que en el Código Civil sí existe regulación de la llamada “sociedad civil”; pero que se acostumbra considerar como acto de comercio al contrato societario relacionado con la constitución de sociedades mercantiles dado que independientemente de la finalidad perseguida, comercial o no, las sociedades mercantiles están reguladas por el Derecho Comercial.

Lo que no podemos compartir es el criterio de que al tener su origen en un acto de comercio, la sociedad mercantil solo puede realizar “actos de comercio”. Ese criterio lo expone el Profesor Fernando Mora en los siguientes términos: (138)

“En síntesis, cualesquiera actos realizados por una sociedad comercial por la forma (son sociedades por la forma, las enumeradas en el artículo 17 del Código de Comercio) independientemente de su naturaleza intrínseca, son actos de comercio y, entonces, los actos no comerciales realizados por las sociedades comerciales son actos de comercio para todos los efectos legales...”

...Esto ha sido sostenido desde hace un siglo, por la jurisprudencia francesa”

No existe ninguna norma que así lo determine y no podría interpretarse de esa manera so riesgo de modificar todo el sistema para calificar a la sociedad mercantil prácticamente como un “super comerciante” que solo realiza actos de comercio a pesar de que tal afirmación no tenga sustento jurídico positivo.

B-2) LOS ACTOS DE COMERCIO OBJETIVOS RELATIVOS.

Son actos de comercio objetivos relativos aquellos que cumplen ciertos requisitos, faltando los cuales pasan a estar regidos por el Derecho Civil. Pueden ser parte de una actividad comercial, con lo cual atribuyen a su ejecutor la condición de comerciante, o bien, pueden ser actos aislados y ser cumplidos por no comerciantes pero aún así, estar regidos por el Derecho Comercial.

Así tenemos como ejemplos de este tipo de actos, los siguientes:

B-2-1) La compraventa mercantil, conforme es regulada en el art. 438 C.com.

“Será compraventa mercantil:

- a) La que realice una empresa mercantil, individual o colectiva en la explotación normal de su negocio ya sea de objetos comprados para

(138) *Op. cit.*, pp. 153-154.

INTRODUCCIÓN AL DERECHO COMERCIAL CLASE NO. 3: EL ACTO DE COMERCIO

revenderlos en el mismo estado o después de elaborados; (139)

- b) La de inmuebles adquiridos para revenderlos con ánimo de lucro, transformados o no. También será mercantil la compra-venta de un inmueble cuando se adquiriera con el propósito de arrendarlo, o para instalar en él un establecimiento mercantil;
- c) La de naves aéreas y marítimas, la de efectos de comercio, títulos, valores de cualquier naturaleza y la de acciones de sociedades mercantiles.”

B-2-2) El préstamo, conforme es regulado en el art. 495 C.com.: “El contrato de préstamo se reputará mercantil cuando sea otorgado a título oneroso, aunque sea a favor de personas no comerciantes”.

B-2-3) La fianza, conforme es regulada en el art. 509 C.com.: “Para que la fianza se considere mercantil, basta que tenga por objeto asegurar el cumplimiento de un acto o contrato de comercio...”

B-2-4) El depósito, conforme es regulado en el art. 521 C.com.: “Se estima mercantil el depósito si las cosas depositadas son objeto de comercio, y se hace a consecuencia de una operación mercantil.”

§21.- LOS LLAMADOS “ACTOS DE COMERCIO ACCESORIOS”; Y EL CASO PARTICULAR DE LA PRESCRIPCIÓN DE LA HIPOTECA CUANDO ES ACCESORIA A UN ACTO DE COMERCIO.

A veces se habla de actos de comercio accesorios y se da tal categoría, por ejemplo, a la prenda y a la fianza. Para nosotros, siguiendo en esto al Profesor Mora (140), no hay “actos de comercio accesorios”, hay actos de comercio como la prenda y la fianza que resultan accesorios de otros, pero no son una categoría independiente con características o regulaciones propias.

Lo que aquí sí es conveniente reseñar es la particular situación que se ha presentado en Costa Rica en relación con la prescripción de la hipoteca utilizada para garantizar el cumplimiento de obligaciones

(139) Nótese que si bien la compraventa regulada en este inciso fue calificada de acto de comercio subjetivo, tenemos que incluirla también en este aparte, resaltándose así el círculo vicioso ya referido y la poca tecnicidad de la clasificación.

(140) *Op. cit.*, pp. 155 y ss.

INTRODUCCIÓN AL DERECHO COMERCIAL

CLASE NO. 3: EL ACTO DE COMERCIO

de carácter comercial.

El asunto es bien sencillo: Las acciones que se deriven de actos y contratos comerciales prescriben, a regla general, a los cuatro años (arts. 968 y siguientes del C.com.).

La hipoteca es un derecho real que sirve para garantizar el cumplimiento de obligaciones, es pues un “accesorio” a la obligación principal que justamente garantiza. Es una figura regulada en el Código Civil y el derecho para cobrarla prescribe en un plazo de diez años (art. 868 C.c.). No es un título valor y por tanto no es un derecho cartular de modo que la hipoteca no es independiente de la obligación cuyo cumplimiento garantiza.

Ahora bien, una vez promulgado el actual Código de Comercio surgió la inquietud, al parecer en el seno de los abogados de los bancos estatales de entonces, de no permitir que se interpretara que las hipotecas y cédulas hipotecarias cuya función era garantizar obligaciones de carácter mercantil tuvieran un plazo de prescripción de cuatro años. Por ello impulsaron la interpretación auténtica del art. 968 C.com. y lo consiguieron mediante la promulgación de la Ley No. 3416 de 3 de octubre de 1964, en cuya virtud:

“la prescripción de las acciones que se deriven de actos y contratos mercantiles, se regirá por las disposiciones del capítulo a que ese artículo se refiere, salvo en cuanto a las hipotecas comunes o de cédulas, que continúan rigiéndose por la prescripción de diez años.”

Esta interpretación auténtica es interesante, por cuanto supone que en el caso de que lo garantizado sea el cumplimiento de una obligación mercantil sujeta a la prescripción de cuatro años, aún cuando el principal pudiere haber prescrito, el accesorio continúe plenamente vigente, lo cual contraría el principio de que lo accesorio sigue a lo principal.

Para nosotros, entre las partes no habría problema: Si ha prescrito la obligación principal, aunque la hipoteca no haya prescrito, pues ya no tendría causa justa y tampoco razón de ser. El punto es cuando hay terceros de buena fe de por medio a los que eventualmente les hubieren sido cedidos los derechos de la hipoteca.

Es interesante tener presente que la Sala Constitucional, en su resolución 7552 de 10:12 horas del 23 de octubre de 1998, estableció que en realidad esta Ley No. 3416 no es una interpretación auténtica, porque no aclaró ningún aspecto oscuro del art. 968 C.com., sino una verdadera reforma que rige, entonces, a partir de su publicación, lo cual se hizo en La Gaceta No. 229 de 8 de octubre de 1964, y no en forma retroactiva con el art. 968 C.com. Siendo ya tan lejanas ambas fechas y siendo difícil que aún haya hipotecas cuya constitución se haya dado en aquellas épocas, no parece que este punto tenga gran relevancia actualmente.

En otra resolución de la misma Sala Constitucional, la número 826 de 14:45 horas del 24 de enero de

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. 3: EL ACTO DE COMERCIO

2007, se advirtió que está dentro de las posibilidades del legislador establecer los plazos de prescripción para los derechos y sus correspondientes acciones. No obstante, se agregó: “si bien el accionante aduce que la norma es contraria a los principios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad, no indica las razones por las cuales los mismos resultan vulnerados” y este agregado nos permite especular sobre si presentada una nueva acción de inconstitucionalidad contra esta Ley No. 3416, con una buena fundamentación sobre este último punto, la Sala podría entrar a reconsiderar su voto. Dejamos planteado el asunto.

Por su parte, el punto ha tenido un importante desarrollo en la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, la cual ha resuelto sobre él en al menos seis ocasiones, de la forma que se resume de seguido:

“**III.-** El punto debatido se limita a definir la naturaleza jurídica del plazo prescriptivo de un crédito garantizado con hipoteca común. Sobre el tema es posible identificar tres etapas: 1) la tesis tradicional que pregonaba la prescripción ordinaria o decenal, sin distinguir entre la relación causal y el título que la garantiza. Su apoyo jurídico lo fue la interpretación auténtica al artículo 968 del Código de Comercio. 2) Esta posición se mantuvo invariable hasta el voto número 40 de las 15 horas del 3 de junio de 1994, cuando esta Sala por mayoría y, con otra integración, se inclinó por establecer el plazo según el negocio subyacente. Este nuevo criterio se aferra a la accesoriedad de la hipoteca respecto al negocio principal, de suerte que prescrito éste debe suceder lo mismo con lo accesorio. 3) se retorna a la tesis legal de los 10 años sin que tenga relevancia el origen del crédito garantizado.” (141)

No queda más que concluir que este tema es importante y de plena actualidad y que está sujeto bien a una reforma legal o, conforme lo dicho, a una nueva acción de inconstitucionalidad.

§22.- LA POSIBILIDAD DE APLICAR LA ANALOGÍA A LOS ACTOS DE COMERCIO NO CONTEMPLADOS EN EL ARTÍCULO 1 DEL CÓDIGO DE COMERCIO.-

Lo característico de los sistemas legales que adhieren el sistema de actos de comercio es dar una lista de los que son tales actos de comercio o bien, como hace el nuestro en el ya referido art. 1 C.com., no dar una lista pero sí hacer referencia a los actos y contratos regulados en el propio código.

Lo que ha sido motivo de mucho análisis es la función que han de cumplir tales listas, es decir, si son taxativas o si son enunciativas, de modo que, en este último caso, exista la posibilidad de utilizar la

(141) Resolución No. 481-F de la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, de las 16:15 horas del 19 de junio de 2002. Proceso hipotecario establecido en el Juzgado Contencioso Administrativo y Civil de Hacienda por el Banco Nacional de Costa Rica contra OJI S.A.

INTRODUCCIÓN AL DERECHO COMERCIAL

CLASE NO. 3: EL ACTO DE COMERCIO

analogía para tener como acto de comercio a aquellos actos que si bien no están en la lista se asemejan a uno o varios de los que sí están.

Si el legislador admite expresamente la posibilidad de la analogía, no hay mayor discusión. El problema surge cuando el legislador no lo hace, como en el caso costarricense.

En palabras de los autores Kozolchyk y Torrealba: (142)

“El Código vigente en Costa Rica no contiene, como otros Códigos tradicionales, una lista de actos que la ley reputa comerciales. Guardando alguna lejana semejanza con el Código español de 1885, declara 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” (artículo 1°); pero, a diferencia del Código español, omite la consabida frase que autoriza la interpretación analógica (“...y cualesquiera otro de naturaleza análoga”), esto plantea la duda, no resuelta aún por los tribunales costarricenses, de si este Código permite o no que sus normas se apliquen a situaciones no contempladas expresamente en él, pero semejantes a otras sí reguladas en sus disposiciones.”

Es interesante indicar que el Profesor Fernando Mora (143) rememora que en la Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica, los Profesores Napoleón Valle, Francisco Morelli y Octavio Torrealba se pronunciaban en contra de la posibilidad de utilizar la analogía.

No obstante, hay que opinar en contrario a los Profesores Valle, Morelli y Torrealba, al considerar, como lo hace el Profesor Mora (144) que entonces no tendría mayor sentido lo regulado en la parte final del párrafo primero del art. 1 C.com. ni en el art. 2 ejúsdem.

En efecto, si solo son actos de comercio los contenidos expresamente en el Código de Comercio, no se entiende por qué el legislador incluyó la disposición según la cual “Los contratos entre comerciantes se presumen actos de comercio, salvo prueba en contrario”.

Además, tampoco se entendería por qué el art. 2 C.com. permite que la costumbre sea una fuente formal del Derecho Comercial, o al menos por qué no la limita a no poder crear o darle rango de acto de comercio a nuevos actos o contratos.

(142) *Op. cit.*, pp. 59-60.

(143) *Op. cit.*, p. 146.

144) *Op. cit.*, p. 147.

INTRODUCCIÓN AL DERECHO COMERCIAL

CLASE NO. 3: EL ACTO DE COMERCIO

A mayor abundamiento, el mismo art. 968 C.com., al regular la prescripción de “Las acciones que se deriven de actos y contratos comerciales” en general y no referidos a los actos y contratos regulados por el propio Código de Comercio, estaría posibilitando la interpretación de que el legislador no pensó en prohibir tácitamente la analogía.

Por si la anterior fundamentación no fuera suficiente, el art. 12 del Código Civil, ubicado en el Capítulo II, sobre la “Interpretación y aplicación de las normas jurídicas”, del Título Preliminar del Código Civil, permite expresamente la analogía bajo la premisa de que “a igual razón, igual solución”; de modo que la discusión planteada en Costa Rica sobre la aplicación de la analogía para aplicar el Derecho Comercial a actos no incluidos en el Código de Comercio, debe llevar a la respuesta afirmativa.

Así las cosas por lo menos para nosotros es viable legalmente sostener que en Costa Rica la aplicación de la analogía es permitida para someter al Derecho Comercial a actos y contratos no incluidos inicialmente ni en el Código de Comercio ni en las leyes comerciales especiales.

Otra cosa, diferente aunque relacionada, es que obviamente la finalidad de la analogía lleva a integrar como parte de los actos y contratos regidos por el Código de Comercio a las nuevas figuras contractuales que surjan con ocasión de las nuevas formas de relacionarse en la sociedad de la información.

De alguna manera es aceptado que esta expansión del Derecho Comercial es una consecuencia natural de su dinamismo y particularidades, y que va aparejado a la necesidad cuando no la conveniencia de la unificación del derecho privado, al menos en cuanto a obligaciones y contratos se refiere, lo cual ocurre generalmente a favor del Derecho Comercial y en detrimento del Derecho Civil. (145)

§23.- EL LUCRO COMO CRITERIO PARA UTILIZAR LA ANALOGÍA.

Recuérdese lo dicho en punto a que un acto de comercio es tal si así lo decidió el legislador y en los términos en que lo haya decidido el legislador. Fácil es ver de los diferentes actos de comercio analizados en esta clase, que en ellos el lucro no es generalmente una exigencia. (146) Ello se debe a que la persecución del lucro no deja de ser un elemento subjetivo, difícil de probar (147) y al hecho,

(145) Sobre este punto recomendamos leer a **De Eizaguirre, José María**, *op. cit.*, pp. 58 y ss.

(146) Lo es por ejemplo, en el contrato de depósito conforme lo prescrito en el art. 495 C.com., el cual expresamente regula: “El contrato de préstamo se reputará mercantil cuando se otorgado a título oneroso, aunque sea a favor de personas no comerciantes”.

(147) Véase en igual sentido, **Mora, Fernando**, *op. cit.*, p. 162.

INTRODUCCIÓN AL DERECHO COMERCIAL

CLASE NO. 3: EL ACTO DE COMERCIO

así lo creemos, que tampoco es un resultado necesario, de modo que si luego de ejecutado un acto de comercio, aunque se haya buscado el lucro, si este no se produjo efectivamente, no por ello deja de ser acto de comercio, aún cuando fuere de aquellos casos en que el legislador exigió el lucro como elemento constitutivo del acto.

No obstante, cabe señalar que el lucro es generalmente usado como criterio para definir lo mercantil frente a lo civil.

Existen otros criterios como el de la intermediación, el de empresa, el del maquinismo e industrialismo (por la producción en masa y el consumo consecuente) y las condiciones de la actividad empresarial. (148)

V.- SOBRE LOS ACTOS MIXTOS (Y LOS ACTOS DE CONSUMO).

§24.- SOBRE LOS ACTOS MIXTOS (Y LOS ACTOS DE CONSUMO).

El llamado “acto mixto” es aquél que es de comercio para una de las partes, pero no para la otra. En consecuencia, es un fenómeno que solo es dable en los actos de comercio subjetivos y en los actos objetivos relativos.

El ejemplo clásico de acto mixto es el de la persona que compra un libro en una librería, con el fin de estudiarlo. Para la librería esa compraventa es una compraventa mercantil de las reguladas en el inc. a) del art. 438 C.com., pero no lo es para la compradora.

La situación de que un contrato sea acto comercio para una de las partes pero no para la otra hace surgir la lógica pregunta de cuáles normas aplicar a ese acto, en nuestro caso, esa compraventa de un libro para ser estudiado, si las comerciales o las civiles.

Nuestro Código de Comercio resuelve el punto en el párrafo 2 del art. 1:

“Los actos que solo fueren mercantiles para una de las partes, se regirán por las disposiciones de este Código”

El así llamado acto mixto no es, entonces, una nueva categoría de “acto de comercio”: Se trata de una relación contractual que en principio es comercial para una de las partes y no para la otra, pero que el legislador toma la decisión de declarar “objetivamente comercial”, de modo que somete al derecho comercial no solo la prestación de la parte para la cual la relación es comercial per se, sino

(148) Al respecto véase **Mora, Fernando**, *op. cit.*, pp. 162-188.

INTRODUCCIÓN AL DERECHO COMERCIAL

CLASE NO. 3: EL ACTO DE COMERCIO

también, la contraprestación que en principio no lo era. (149)

Así, personas que no son comerciantes y que no realizan actos de comercio propiamente dichos, acaban siendo reguladas por el Derecho Comercial, con sus principios que muchas veces son más rigurosos que los del Derecho Civil. (150)

Esta consideración plantea la necesidad de valorar si es justificado regular el fenómeno de esa manera. El autor español José María De Eizaguirre comenta:

“Esta preocupación por evitar a la parte no comercial el empeoramiento de su posición contractual, en virtud del sometimiento a un régimen legal desventajoso para la misma, se inscribe en la línea de la moderna protección del consumidor, que inspira, tanto al Derecho europeo, como al nuestro.”
(151)

Lo que en esta materia conviene tener presente es que estos actos mixtos se dan sobre todo, cuando no exclusivamente, en presencia de consumidores. (152) En efecto, en los actos y contratos regulados por el Código de Comercio, y aún en las leyes comerciales especiales, en que participen solo comerciantes, no habría posibilidad de que se verifiquen actos mixtos. Se producen más bien como “actos de consumo” y dentro de “relaciones de consumo”.

Ahora bien, como las relaciones de consumo están más bien reguladas por la Ley de Promoción de la Competencia y Defensa Efectiva del Consumidor, Ley No. 7472 de 20 de diciembre de 1994, se ha considerado que el Derecho Comercial prácticamente se ha vaciado de contenido y que la teoría de los “actos mixtos” lleva más bien a regulaciones del Derecho del Consumidor.

Para nosotros no es pensable que las relaciones de consumo no sean parte del Derecho Comercial, sobre todo de un Derecho Comercial entendido como un derecho que regula el mercado y las relaciones entre empresarios y entre estos y los consumidores.

(149) **Bolaffio, León**, Derecho Comercial, Volumen I, Leyes y Usos Comerciales. Actos de Comercio, Biblioteca Clásicos de Derecho Mercantil, Primera Serie, Oxford University Press México S.A. de C.V., México, 2003, 633 pp.

(150) Solo para ejemplificar, piénsese que las obligaciones civiles no son solidarias, sino subsidiarias, salvo pacto en contrario, cuestión que en materia mercantil es a la inversa.

(151) Op. cit., p. 61.

(152) Podría decirse que aún en los que aquí hemos llamado “actos de comercio objetivos absolutos”, se podría hablar de “actos de consumo” cuando una de las partes sea un “consumidor”.

INTRODUCCIÓN AL DERECHO COMERCIAL CLASE NO. 3: EL ACTO DE COMERCIO

BIBLIOGRAFÍA.

DOCTRINA.

- BOLAFFIO, LEÓN**, Derecho Comercial, Volumen I, Leyes y Usos Comerciales. Actos de Comercio, Biblioteca Clásicos de Derecho Mercantil, Primera Serie, Oxford University Press México S.A. de C.V., México, 2003, 633 pp.
- CERTAD MAROTO, GASTÓN**, Temas de Derecho Comercial, Editorial Juritexto, San José, 3 Edición, 2007, 258 pp.
- 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.
- 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.
- Ley de Promoción de la Competencia y Defensa Efectiva del Consumidor**, Ley No. 7472 de 20 de diciembre de 1994.
- Ley Orgánica del Sistema Bancario Nacional**, Ley No. 1644 de 26 de setiembre de 1953.

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. 3: EL ACTO DE COMERCIO

RESOLUCIONES JUDICIALES.

Resolución No. 7552 de la Sala Constitucional, de las 10:12 horas del 23 de octubre de 1998.

Acción de inconstitucionalidad de Julieta Arredondo Calderón contra el artículo 968 del Código de Comercio y el artículo único de la Ley número 3416 de 3 de octubre de 1964.

Resolución No. 826 de la Sala Constitucional, de las 14:45 horas del 24 de enero de 2007.

Acción de inconstitucionalidad de Jorge Antonio Muñoz Corea contra el artículo único de la Ley 3416 del 3 de octubre de 1964 que reforma al Código de Comercio.

Resolución No. 481-F de la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, de las 16:15 horas del 19 de junio de 2002. Proceso hipotecario establecido en el Juzgado Contencioso Administrativo y Civil de Hacienda por el Banco Nacional de Costa Rica contra OJI S.A.