

# El concepto de acto de comercio como materia delimitadora de nuestro derecho comercial

Fabio Alberto Arias-Córdoba •

El problema actual de las reformas a nuestro ordenamiento jurídico se ubica en la práctica legislativa usual de reformar y derogar en forma tácita, esto es, dejar sin efecto cualquier texto legal anterior que se oponga a la nueva legislación. Consecuencia de esa técnica legislativa es la creciente incertidumbre sobre la vigencia de las leyes y códigos, que en la mayoría de los casos permite distintas opiniones en los juristas y estudiosos del derecho, siendo que los abogados litigantes defenderán el criterio que mejor sirva a los intereses de sus clientes y, en definitiva, son los jueces quienes deben resolver sobre cuál texto legal está vigente, o al contrario, si fue derogado o reformado tácitamente por una ley posterior especial. Al efecto sucede con la Ley No. 7472 de la Promoción de la Competencia y Defensa Efectiva del Consumidor que, al regular la intermediación en la compra-venta de bienes y servicios, necesariamente modifica aspectos de los temas generales del derecho comercial, tal como sucede con el acto de comercio, el comerciante o la intervención de algunos auxiliares del comercio.

En cuanto al concepto de acto de comercio, éste tiene dos funciones claramente establecidas en nuestro sistema jurídico, a saber, por un lado, delimita la materia objeto del derecho comercial y, por otro, es fuente de obligaciones que son mercantiles por emanar de un acto de comercio. Empero, realmente es una misma función, pues de los actos de comercio emanan obligaciones, por lo cual, como dice GARRIGUES, el derecho mercantil es predominantemente un derecho de obligaciones.

Entendemos por actos de comercio -dice CERTAD- las operaciones que el ordenamiento jurídico somete, más que a las normas del derecho privado común, a las normas especiales del derecho comercial (CERTAD MAROTO, Gastón. *Temas de derecho comercial*, San José, Editorial Alma Mater, 1988, p. 136). Por supuesto que ese concepto es estrictamente de derecho positivo y, por tanto, de contenido variable, respecto a los distintos ordenamientos jurídicos, así como en las diversas épocas y lugares.

Al efecto se pueden dividir los ordenamientos jurídicos en aquellos que presentan una lista enunciativa de los actos de comercio; aquellos que se refieren a ellos sin ejemplificar; y, por otro lado, aquellos sistemas que evitan el concepto de acto de comercio, remitiéndose a un criterio profesional.

Al efecto nuestro sistema se ubica en el segundo grupo de sistemas jurídicos, esto es, aquellos en que no se enumeran los actos de comercio en forma taxativa; no obstante, existe una mención explícita de ellos y, podría afirmarse, son actos de comercio los que aparecen regulados en el Código de Comercio y demás leyes mercantiles, como resulta del artículo primero que literalmente reza:

Las disposiciones contenidas en el presente Código rigen los actos y contratos en él determinados, aunque no sean comerciantes las personas que los ejecuten. Los contratos entre comerciantes se presumen actos de comercio, salvo prueba en contrario.

- Licenciado en Derecho con honores (Universidad de Costa Rica). Maestro en el Collegium Academicum de la Universidad Autónoma de Centro América. Abogado en ejercicio, asociado al Bufete Meléndez, Pochet, Filloy y Asociados. Ha publicado diversos artículos en Derecho Civil y Comercial.

Los actos que sólo fueran mercantiles para una de las partes, se regirán por las disposiciones de este Código".

El Código de Comercio regula, por tanto, los llamados actos de comercio objetivos, incluyendo los actos objetivos propiamente tales y los actos de comercio por accesoriedad; o bien podemos decir, siguiendo otra clasificación, actos absolutos de comercio y actos relativos de comercio. Los primeros, aquellos que siempre son considerados mercantiles y no existe una disciplina civil, en razón de que el legislador consideró "su normal inserción en una actividad comercial sin que el calificativo dependa, sin embargo, de la efectiva inserción en tal actividad" *Ibid*, p. 145). Los actos relativos de comercio son aquellos que objetivamente son actos civiles, pero resulta que son realizados accesoriamente a una actividad comercial. Para que sea un acto de comercio por accesoriedad, debe reunir determinadas características; tal sería el caso de ser realizado por un comerciante, o ser accesorio a un acto o actividad considerada comercial, como sería el caso de la fianza y el depósito (Véase MORA, Fernando. *Introducción al estudio del derecho comercial (Teoría de la empresa en el derecho comercial costarricense)*, San José, Editorial Juricentro S.A., 1982, p. 96). Al efecto se podría considerar que la prenda es un acto de comercio por accesoriedad, al tratarse de un derecho real de garantía y, como tal, accesorio al contrato principal garantizado; sin embargo, en realidad es un acto absoluto de comercio, pues para el Código de Comercio siempre es mercantil, sin importar la actividad en la cual está inserto o el contrato garantizado; incluso podría ser civil p.e. una compra-venta civil.

En segundo lugar, el Código considera como actos de comercio los contratos entre comerciantes que se presumen actos de comercio, salvo prueba en contrario, que sería lo que se conoce como acto subjetivo de comercio. Agrega la norma la posibilidad del acto mixto de comercio, esto es aquel que es mercantil para una de las partes, de modo tal que se regirá por las disposiciones del Código, aunque para la otra parte no fuere mercantil.

Consecuentemente, el concepto de empresa entendida como actividad económica organizada para la producción e intercambio de bienes y servicios, no tiene mayor relevancia en derecho comercial costarricense, salvo algunos supuestos aislados en que el Código hace mención a contratos de empresa para calificarlos como actos de comercio (compra-venta mercantil, art. 438.1; y contrato de transporte, art. 323). Significa que el acto es de comercio, ello sin necesidad del ejercicio de una actividad en forma de empresa, con las salvedades indicadas.

El anterior sistema de actos de comercio fue modificado tácitamente por la Ley de la Promoción de la Competencia y Defensa Efectiva del Consumidor –en adelante Ley de la Promoción-, que a lo largo de su articulado regula todos aquellos actos de ofrecimiento, distribución, venta, arrendamiento, concesión del uso o disfrute de bienes o prestación de servicios, como resulta de la noción de comerciante que contempla el artículo segundo párrafo cuarto. Igualmente, el párrafo segundo define agente económico como toda aquella persona que "participe de cualquier forma de actividad económica, como comprador, vendedor, oferente o demandante de bienes y servicios"; y en el mismo sentido, el párrafo tercero define consumidor como aquella persona "que, como destinataria final, adquiere, disfruta o utiliza los bienes y servicios, o bien, recibe información o propuestas para ello".

La Ley de la Promoción regula todos aquellos actos de intermediación en el mercado, en cuanto al consumo de bienes y servicios, con la intención de proteger efectivamente los derechos y los intereses legítimos del consumidor, según reza su artículo primero. A pesar de ello, es el capítulo quinto el que viene a desarrollar esos derechos, artículos 28 y siguientes, donde establece los derechos irrenunciables del consumidor y las obligaciones de todo comerciante y proveedor, estableciendo un régimen de responsabilidad solidaria entre productor, proveedor y comerciante cuando el consumidor resulte perjudicado por razón del bien o del servicio, de informaciones inadecuadas o insuficientes sobre ellos o de su utilización y riesgos. Con esa finalidad, el Poder Ejecutivo tiene, entre otras, la función de velar por que los bienes y servicios que se vendan y se presten en el mercado cumplan las normas de salud, seguridad, medio ambiente y los estándares de calidad (artículo 30 inciso a), y se crea la Comisión Nacional del Consumidor, como órgano de máxima desconcentración, adscrita al Ministerio Economía, Industria y Comercio, a quien corresponde velar por el cumplimiento de las normas que garanticen la defensa efectiva del consumidor. En tal sentido, el artículo 40 -en relación con el artículo 31 inciso g)- de la Ley de la Promoción, regula la garantía tanto de calidad, como de buen funcionamiento y de vicios ocultos de los bienes y servicios ofrecidos al consumidor.

Lo anterior significa que la Ley de la Promoción regula el acto de intermediación, esto es, la oferta y venta de bienes y servicios. Puede afirmarse, entonces, como consecuencia de dicha legislación especial, que nuestro derecho comercial regula dos clases de actos de comercio, a saber: el acto de comercio objetivo, que incluye tanto el propiamente dicho y el acto de comercio por accesoriedad, como fue explicado y a

tenor del Código de Comercio; y, por otra parte, el acto de comercio por naturaleza, pero entendido como aquel acto que es de comercio en razón de su objeto, esto es un *acto de intermediación entre el mercado de oferta y un mercado de demanda de bienes y servicios*, de conformidad con la ley de la Promoción.

Debemos subrayar que no creemos que sea necesario, ni antes ni después de la Ley de la Promoción, que esa actividad sea desarrollada a través de una organización empresarial, de modo que no podemos sostener la teoría de la empresa en derecho comercial costarricense.

El anterior concepto de acto de comercio por naturaleza no es muy distinto a aquél enunciado por Alfredo Rocco, según el cual es acto mercantil todo el que realiza o facilita la interposición en el cambio, si bien debemos agregar que a diferencia del autor italiano nosotros no consideramos que el anterior sea un concepto unitario de acto de comercio, sino, como se señaló, únicamente aplicable al denominado acto de comercio por naturaleza. Lo anterior por las mismas críticas que originó la obra de Rocco, pues autores como BOLAFFIO y FONTANARROSA, entre otros, señalan cómo hay actos que no realizan ni facilitan la interposición en el cambio, pero que han sido declarados mercantiles por la ley a causa de su conexidad con el comercio p.e. títulos-valores en general.

El concepto de acto de comercio por naturaleza, antes mencionado, no es extraño a nuestro ordenamiento, siendo que la *Sala Primera de la Corte*, en resolución No. 50 de las 15,30 horas del 9 de setiembre de 1983, ya aplicó el concepto de acto de comercio por naturaleza a efectos de distinguir entre una sociedad de hecho civil y comercial, considerando que:

"Para determinar la naturaleza y régimen legal a que se encuentran sometidas las sociedades no constituidas de acuerdo con las disposiciones de la legislación comercial, debe acudirse al análisis de la actividad que despliegan, a fin de comprobar si la índole de la misma es comercial o no, así, la actividad económica regulada por el Derecho Comercial, abarca lo que es comercio en sentido económico estricto, pero va más allá, para comprender la producción industrial; *esa actividad económica regulada por esta rama del derecho es la actividad de intermediación entre el mercado de oferta y un mercado de demanda de bienes y servicios*, que transforma materia prima o producto semielaborado en producto semielaborado o final, o que simplemente especula, -en sentido técnico económico-, con bienes y servicios dentro de un mercado... (el *itálico* es nuestro)".

Debemos agregar, en cuanto al acto de comercio por naturaleza, que no sólo se refiere al comercio propiamente; por el contrario, incluye los actos propios de las siguientes actividades:

a) La actividad comercial propiamente tal de intermediación entre un mercado de oferta y demanda de mercaderías con un fin especulativo.

b) La actividad industrial que transforma materia prima o producto semielaborado en producto semielaborado o final como fue aclarado por resolución citada de la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia.

c) La actividad financiera y bancaria que, a tenor del artículo 116 de la Ley No. 7558 Ley Orgánica del Banco Central de Costa Rica, se entiende como aquella actividad de "captación de recursos financieros del público, en forma habitual, con el fin de destinarlos, por cuenta y riesgo del intermediario, a cualquier forma de crédito o inversión en valores, independientemente de la figura contractual o jurídica que se utilice y del tipo de documento, registro electrónico u otro análogo en el que se formalicen las transacciones". Tal es el caso de la actividad de los bancos -incluidos los Bancos del Estado, Bancos Privados, Bancos Cooperativos, Banco Solidarista-, instituciones financieras públicas no bancarias, empresas financieras no bancarias, organizaciones cooperativas, mutuales, con lo cual contempla tanto el Sistema Bancario Nacional, el Sistema Financiero Nacional para la Vivienda y toda entidad financiera no bancaria, los cuales son regulados por leyes especiales.

d) La actividad bursátil entendida como el establecimiento de locales, instalaciones, medios de difusión y organización de servicios para facilitar la negociación de títulos-valores o mercaderías, incluyendo las Bolsas de Comercio así como los intermediarios bursátiles propiamente tales, a saber los puestos de bolsa y sus agentes de bolsa, y demás sujetos intervinientes como son las sociedades de inversión, sociedades operadoras de sociedades de inversión y sociedades anónimas de capital abierto, todas reguladas en la Ley No. 7201 Ley Reguladora del Mercado de Valores y Reformas al Código de Comercio, así como artículos 398 y siguientes del Código de Comercio.

e) la actividad de las agencias de viaje, entendida como aquellas personas que se "dediquen profesional-mente al ejercicio de actividades mercantiles, dirigidas a servir de intermediarios entre los viajeros y los prestatarios de los servicios utilizados por los mismos, poniendo los bienes y servicios turísticos a disposición de quienes deseen utilizarlos", según indica el artículo primero de la Ley No. 5339 Reguladora de las Agencias de Viaje, reformada precisamente por la Ley de la Promoción, que deroga la necesidad del "título-licencia" para esas agencias.

f) Por último, la actividad aseguradora dedicada a la adquisición de riesgos mediante el pago de un precio o prima, esto es, la entidad aseguradora, por el hecho de recibir este precio, asume sobre su propio patrimonio el riesgo que preocupaba al asegurado, de modo que, en caso de realizarse el siniestro temido, el asegurado recibirá el sustitutivo económico o valor de reemplazo o sustitución.

Debemos recordar que conforme con el artículo primero de la Ley No. 12 del 30 de octubre de 1924, Ley de Monopolios y del Instituto Nacional de Seguros, "el contrato de seguro sobre riesgos de cualquier género será en lo sucesivo monopolio del Estado", salvo las excepciones que permite la propia ley. Igualmente, por Ley No. 7356 de 24 de agosto de 1993 se reafirma el monopolio en favor del Estado para la importación, refinación y distribución en mayoreo de petróleo crudo, sus combustibles derivados, asfaltos y naftas. Estos monopolios son admitidos expresamente por la Ley de la Promoción, artículos 9 inciso b) y 10, que además agrega la destilación de alcohol, servicios telefónicos, de telecomunicaciones, de distribución eléctrica y de agua, y los depósitos bancarios en cuenta corriente o a la vista, estos últimos reformados luego por Ley No. 7558, Ley Orgánica del Banco Central de Costa Rica, artículo 169, que reforma la Ley Orgánica del Sistema Bancario Nacional.

En conclusión, consideramos que la Ley de Promoción de la Competencia y Defensa Efectiva del Consumidor viene a modificar tácitamente el numeral primero del Código de Comercio y sobre todo el ámbito de aplicación de nuestro derecho comercial, siendo que en adelante regula claramente dos clases de actos: a) los actos y contratos determinados en el Código y otra legislación comercial, aunque no sean comerciantes las personas que los ejecuten; y b) los actos de comercio por naturaleza, considerando como tales aquellos actos insertos en la actividad de intermediación o cambio que, como defina la misma ley de la Promoción, serían actos de ofrecimiento, distribución, venta, arrendamiento, concesión del uso o disfrute de bienes o prestación de servicios.

Debemos agregar que el enunciado del artículo primero del Código de Comercio, según el cual los actos entre comerciantes se presumen de comercio, no permite afirmar que basta que un acto sea realizado por comerciantes para ser materia mercantil. Como dice el enunciado de la norma, se trata de una presunción que admite prueba en contrario, pero para ser mercantil debe tratarse de un acto regulado en el Código de Comercio, o bien un acto de cambio o comercial por naturaleza.

Lo anterior es conforme con el artículo 6 del Código de Comercio, según el cual "los que ocasionalmente lleven a cabo actos de comercio no serán considerados comerciantes, pero quedan sometidos, en cuanto a esos actos, a las leyes y reglamentos que rigen los actos de comercio". Igualmente, el artículo 439 *ibídem* insiste en la presunción del artículo primero y dispone que "se presumirá mercantil la compra-venta que realice un comerciante, salvo que se pruebe que no corresponde a alguna de las indicadas en el artículo anterior".

No pretendemos agotar una discusión sobre la relación entre una ley especial de orden público y el Código de Comercio, pero podemos estar seguros de que nuestro Derecho Mercantil ha sufrido modificaciones en razón de la Ley de la Promoción de la Competencia y Defensa Efectiva del Consumidor, como sucede en cuanto al acto de comercio que en adelante no podemos sostener es aquél acto o contrato determinado en el Código, aunque no sean comerciantes las personas que los ejecuten, según reza su artículo primero. En realidad, la Ley de la Promoción regula el acto de comercio por naturaleza, que obviamente es aquél que también confiere la calidad de comerciante al sujeto.