

LA ACTIVIDAD AGRICOLA Y EL DERECHO MERCANTIL

*Trabajo presentado al Profesor Carlos Gómez
Cátedra de Derecho Comercial I
por Maris Stella Fernández, Luis Daniel González, Javier Chaves,
Víctor Dobles y Luis Clarence Ibarra.
IV año 1985*

INTRODUCCION

El análisis de la sentencia 131 de la Sala de Casación, nos enfrenta al discutido problema de quien debe ser considerado un comerciante y quién no. Es nuestro criterio que la delimitación que sobre el tema hace nuestra legislación, así como parte de la misma doctrina, es parcial y por lo tanto requiere de complemento.

En efecto, el Código de Comercio costarricense hace ver que son comerciantes aquellos que realicen "actos de comercio"; (art. 5 inc. a) siendo este último concepto vacío y por consiguiente, también lo es la definición de comerciante. Debemos aclarar aquí que el mismo código también señala como comerciantes a las sociedades y a quienes realicen determinados actos, como los corredores jurados y otros. Obviamente el problema definitorio no está en ellos, sino en quienes se definen genéricamente por su participación en los llamados actos de comercio.

Por su parte también la doctrina estudiada es floja en definir a los comerciantes y basa su criterio, muchas veces, en razones de carácter histórico, que carece, en nuestro juicio, del rigor científico que buscamos como estudiantes del derecho.

Ante esta carencia de respuesta a lo que parece ser un problema sencillo, nos hemos inclinado por buscar nuestras propias definiciones sobre el tema, a fin de explicar, con lo que es nuestro parecer, quién debe ser considerado un comerciante. Nuestro punto de vista pretende responder a lo que consideramos una necesidad social, por tratarse de un concepto indispensable para la vida económica.

No se trata, sin embargo, de una simple posición caprichosa, sino del resultado de nuestra investigación, que nos ha permitido construir, con base en procedimientos lógicos, una concepción que supone comerciante a quien realiza una determinada función economi-

ca, con relevancia para el campo jurídico en la esfera del derecho comercial, según lo definiremos en el transcurso del informe que presentamos en las próximas páginas.

Por efectos de orden, hemos dividido este trabajo en dos secciones. En la primera, presentamos una recopilación de los datos seleccionados, referidos al comerciante como tal y a los actos de comercio. Con la explicación de ambos puntos se puede comenzar a obtener conclusiones sobre los criterios empleados en la definición de tan importante tema. En la segunda parte, nos referimos al desarrollo de nuestra propia posición frente al problema, en lo que pretende ser un aporte a nuestra ciencia.

Para la elaboración de la primera sección utilizamos el método del análisis bibliográfico y de entrevistas a distinguidos juristas. Debemos mencionar aquí que varios de ellos se negaron a opinar sobre el tema, por considerarlo controversial. Para la segunda sección, únicamente formulamos nuestras ideas, sin recurrir a otros estudios, por no haber encontrado aportes similares. (1)

Por último, queremos decir que con este trabajo esperamos poder contribuir con la evolución de las ideas del derecho en nuestra facultad, ya la discusión abierta de un tema tan controversial e importante para nuestro ordenamiento jurídico.

TITULO I

LOS ACTOS DE COMERCIO Y EL COMERCIANTE

CAPITULO I

LOS ACTOS DE COMERCIO

Existen dos sistemas principales para la determinación de los actos de comercio: el sistema objetivo y el sistema subjetivo.

De conformidad con el sistema subjetivo, un acto será mercantil, cuando lo ejecute un comerciante. Así, la calidad mercantil del sujeto que lo realiza otorga a los actos el carácter comercial.

De acuerdo con el sistema objetivo, los actos son calificados de mercantiles en virtud de sus caracteres intrínsecos, cualquiera que sea el sujeto que los realice.

Hecha esta necesaria precisión corresponde que analicemos el origen y desarrollo histórico evolutivo de estos sistemas.

SECCION I

TEORIA SUBJETIVA

No obstante la existencia de relaciones comerciales más o menos intensas entre los pueblos, la antigüedad no conoció un derecho mercantil. Tanto el código de Hammurabi como los escasos documentos hallados relativos al derecho Griego, y aun los propios textos jurídicos romanos, revelan que, si bien ciertas actividades mercantiles fueron objeto de leyes especiales, faltó una disciplina jurídica general y sistemática de las relaciones comerciales. Esta disciplina se insinúa en la Edad Media, como resultado de la necesidad de someter a una regulación específica los litigios surgidos entre comerciantes a consecuencia del notable florecimiento de las ciudades italianas (Amalfi, Pisa, Florencia, Génova, etc.).

(1) Para efectos de publicación suprimimos el resumen de la sentencia No. 131 de la Sala de Casación de las 10 horas del 16 de noviembre de 1972.

El incremento de las actividades comerciales, la organización de ferias y mercados interestatales, la constitución de Ligas y Hermandades, la implantación del régimen de las corporaciones y la práctica reiterada de actos que dieron nacimiento a determinados usos y costumbres, trajeron consigo la necesidad de una reglamentación especial para las operaciones realizadas por los comerciantes. Consecuentemente, fueron instituidos jueces, también especiales, encargados de conocer en los litigios conocidos de los actos mercantiles, jueces que debían juzgar sumariamente, "según los buenos y antiguos usos, a verdad sabida y buena fé guardada", para suplir la insuficiencia del derecho privado y judicial común, apareció entonces, la legislación estatutaria y surgió la jurisdicción consular. En ese momento nació pues, el derecho comercial como rama jurídica distinta del derecho común.

Pero toda esa legislación, tanto en su aspecto sustancial como jurisdiccional, se aplicó, al principio, solo a la clase de los comerciantes, es decir, tuvo un carácter esencialmente profesional. La disciplina de los estatutos —y la competencia de los jueces— se extendía sólo a quienes formaban parte de las corporaciones mercantiles.

Así, en su origen, el derecho mercantil fue subjetivo y profesional, en cuanto regulaba, en sus primitivas manifestaciones, al comerciante en el ejercicio de su actividad. Kozolchyk expresa que "... la organización política de las ciudades italianas del medioevo, donde las corporaciones o gremios de los que ejercían profesionalmente la industria o el comercio, jugaban un papel económico primordial, determinó que el incipiente derecho mercantil de la época fuese predominantemente subjetivo". (2)

Fue un sistema predominante subjetivo, pero no subjetivo en su totalidad, "... porque los mismos tratadistas de la época insisten en que los tribunales de comercio, creados por los comerciantes, conocerán de los problemas de los comerciantes por causa de comercio, o sea, "mercaturae causam". En consecuencia no son todos los actos de los comerciantes los que son resueltos por estos tribunales, sino solamente aquellos actos que sean de comercio". (3) hallase, pues, en él un elemento objetivo de importancia.

SECCION II

TEORIA OBJETIVA

Poco a poco, debido a las exigencias del tráfico, esa concepción esencialmente subjetiva del derecho mercantil, fue concebida como el derecho profesional de los comerciantes, y los tribunales consulares comenzaron a entender en los asuntos en que intervenían personas que, por motivos circunstanciales, habían contraído vinculaciones con comerciantes.

Finalmente, las legislaciones atendieron más a la naturaleza objetivamente comercial de ciertos actos que a la calidad mercantil de las personas que los realizaban con posterioridad, a partir del código de comercio francés de 1807, el derecho mercantil adoptó un criterio predominantemente objetivo, para regular los actos de comercio sin consideración a la persona que los lleva a cabo, es decir, este código determinó una serie de actos que la ley considera mercantiles, prescindiendo de la calidad de los sujetos que los realizan.

Sobre esta base, los códigos inspirados en el francés suelen definir al comerciante como al individuo que, con suficiente capacidad, realiza habitual y profesionalmente, en nombre propio actos de comercio. Tal ocurre verbigracia, en los códigos italiano de 1882 (art. 8), mexicano de 1887 (art. 3) y argentino (art. 1), entre otros.

En otros términos; en los códigos de filiación francesa, la noción básica de la materia de comercio (y, como consecuencia del derecho mercantil) está dada por el concepto del ac-

(2) Kozolchyk, B. y Torrealba, O., Curso de Derecho Mercantil, Imprenta y Litografía Lehmann. San José. 1974. p. 32.

(3) Mora, F. Introducción al Estudio del Derecho Comercial. Editorial Juricentro. San José. pp. 84-85.

Actualmente es notoria la tendencia de la doctrina y de la legislación para configurar nuevamente al derecho mercantil como un derecho profesional y subjetivo, regulador de la profesión de los comerciante (empresarios)

Ahora bien, conviene señalar, como acertadamente sostiene Garriguez, que "Las expresiones —sistema subjetivo— y —sistema objetivo— tienen solo un valor relativo y sirven para designar el enfoque preferentemente personal o predominantemente real que sucesivamente ha tenido el derecho mercantil en la historia". (4)

Escribe al respecto Kozolchyk: "En la práctica no hay ni ha habido en ningún derecho ni en ninguna época, un sistema puro objetivo o puro subjetivo, sino que todos los sistemas de calificación de actos mercantiles, desde las disposiciones estatutarias hasta los códigos más modernos han sido siempre mixtos. De lo que si puede hablarse es de sistemas predominantemente subjetivos o predominantemente objetivos, según pongan en primera fila el concepto de acto de comercio subjetivo (Alemania) o el concepto de actos objetivos (España), aunque, repetimos, ambos sean mixtos como también lo son el derecho italiano, el derecho francés y el mexicano". (5)

En resumen: en un sistema subjetivo los actos derivan su mercantilidad del sujeto que los realiza, así, son objeto del derecho mercantil, solo aquellos actos que realizan los comerciantes. En un sistema objetivo, los actos derivan su mercantilidad de elementos objetivos del acto mismo, sin tomar en cuenta si la persona que los realiza es comerciante o no. Entonces: "¿qué es el derecho comercial en un sistema subjetivo? Es un conjunto de normas que regulan la actividad de ciertos sujetos llamados comerciantes. En un sistema objetivo, ¿qué es el derecho comercial? Es un conjunto de normas que regulan una cantidad de actos objetivamente considerados comerciales", sin consideraciones ajenas al sujeto que los realiza. (6).

Finalmente, ha de decirse que dentro de la constelación pluridimensional que integra el conjunto de los actos de comercio, no se ha logrado hallar un elemento común, definitivo de todos ellos, "... de ahí que la teoría del acto objetivo de comercio, esté prácticamente falseada por su base, desde que no ha sido capaz de dar una definición unitaria de lo que es un acto objetivo de comercio" (7)

A. DEFINICION DE ACTO DE COMERCIO:

Habíamos dicho ya que la teoría objetiva del acto de comercio se había visto imposibilitada de dar una definición unitaria de lo que es acto objetivo de comercio.

En efecto, la doctrina ha sido fecunda en definiciones del acto de comercio; también lo ha sido en la crítica a las definiciones formuladas. Puede afirmarse con seguridad que ninguna definición del acto de comercio es aceptada unánimemente.

En realidad, la noción de acto de comercio, por sus múltiples facetas, casi ilimitadas, parece haber escapado hasta ahora, a pesar de los arduos esfuerzos de los mercantilistas, a los límites estrechos y precisos de una definición, los autores en su mayoría, consideran inalcanzable, imposible, la formulación de una definición total del acto de comercio, por todas estas dificultades nuestro código de comercio tampoco define al acto de comercio.

Podría decirse, en una tentativa de aproximación definitoria, que por demás no pretende ser comprensiva de toda la realidad que constituye la esencia del acto de comercio, que acto de comercio es aquella expresión de la voluntad humana susceptible de producir efectos

(4) Garriguez: Curso de Derecho Mercantil. V. Ed. p. 127.

(5) Kozolchyk: Curso de Derecho Mercantil. Editorial Lehmann, San José, 1974, p. 32.

(6) Mora, F.: Introducción al Estudio del Derecho Comercial. Editorial Juricentro. San José, p. 87.

(7) Mora, F.: Introducción al Estudio del Derecho Comercial. Editorial Juricentro. San José. p. 88.

jurídicos dentro del ámbito de la realidad reservada a la regulación de la legislación mercantil

Consideramos que esta sería, en un primer nivel de acercamiento, una tentativa o esbozo de definición, susceptible de acercarse a lo que es acto de comercio dentro de la sistemática legislativa de nuestro código, como luego analizaremos.

Por de pronto, adelantamos que acto de comercio será tal en relación con cada y particular sistemática legislativa; de donde se sigue la imposibilidad de esbozar una definición universal y totalizadora de acto de comercio.

Así, por ejemplo, el código alemán de 1897, si bien exige, como los códigos de estirpe latina, el ejercicio profesional para la adquisición de la calidad de comerciante, especifica luego, cuales son los actos que constituyen una "profesión mercantil" (Handelsgewerbe, art. 1), es decir actos que son comerciales solo cuando son ejercidos como constitutivos de una profesión.

No hay pues, según este código, actos objetivos, sino profesionales, esto es, determinados en cuanto a su calidad por un factor subjetivo que actúa decisivamente en su definición.

Fuera de esta categoría de comerciantes profesionales, el derecho alemán, al igual que el suizo, admite una clase de comerciantes cuya calidad se determina por el hecho de su inscripción en el registro mercantil, con independencia del género de negocios realizados (V. Gr. explotación agrícola).

El código italiano, por su parte, ha abandonado la concepción de los actos objetivos de comercio para volver a una posición subjetiva, partiendo de la base de los actos profesionales del empresario, por lo que podríamos definir al derecho mercantil como aquel que se ocupa de los actos tanto de las organizaciones como de los empresarios.

En cuanto al Código mexicano la materia mercantil esta delimitada en razón de los actos de comercio, sin que estos constituyan su único contenido. Este código adopta un sistema mixto, aunque predominantemente objetivo. En efecto, algunos de los actos de comercio que regula derivan su mercantilidad de sus propias características, lo son en sí y por sí, sin importar la calidad de la persona que los lleve a cabo; otros actos, en cambio, tienen el carácter de mercantiles precisamente por la circunstancia de ser realizados por un comerciante, esto es, por la consideración de la calidad de la persona que los realiza. (8)

Ahora bien, por cuanto concierne a nuestra legislación patria, al tenor del artículo primero de nuestro código mercantil, podría desprenderse que en forma absoluta el contenido de nuestro derecho mercantil lo constituyen los actos de comercio, ahora bien, independientemente de la exactitud o no de la anterior afirmación, si puede sostenerse que la noción de acto de comercio es fundamental para nuestro derecho mercantil, estando como esta, la materia mercantil, delimitada, en el sistema de nuestro código, en razón de los actos de comercio (art. 1º del código de comercio).

1—No es posible obtener una definición general omnicomprensiva de la realidad en sí de acto de comercio, sino definiciones específicas de acto de comercio, propias a cada legislación en particular; pues acto de comercio será tal en relación con una determinada sistemática legislativa. En otras palabras, el sistema propio a cada código de comercio, infunde particulares características específico-diferenciadoras, y por ende, definitorias, al acto de comercio que regula.

2—Al tenor de lo dispuesto en el artículo primero de nuestro código de comercio, es posible elaborar una definición aproximada del contenido del acto de comercio, en nuestro sistema legislativo. Así, para nuestro sistema, y al tenor del art. 1º, acto de comercio es toda aquella expresión de la voluntad humana susceptible de producir efectos jurídicos dentro de

(8) Para un mayor estudio de la realidad del acto de comercio dentro del sistema del código de comercio mexicano, puede consultarse, entre otros, Mantilla Moline, R: *Derecho Mercantil*, XX Ed. Editorial Porrúa, México, 1980. pp. 51-76.

la esfera de la realidad reservada a la regulación de la legislación mercantil; ya sea porque los mismos estén regulados por la ley o bien porque sean comerciantes quienes los ejecuten u otros sujetos asimilables a ellos.

B. CRITERIOS DE DETERMINACION DE LOS ACTOS DE COMERCIO

Desde el punto de vista de la teoría de los actos objetivos si bien es cierto los actos jurídicos son comerciales por su naturaleza (actos cuyo fin es la compra-venta con ánimo de lucro, empresas diversas, operaciones de banco, de cambio y corretaje, operaciones en asuntos marítimos); o por su forma (sociedad anónima); en virtud de la teoría llamada de la adquisición, (obligación extracontractual que se produce con ocasión de la actividad mercantil), (9) no menos cierto es el hecho que no son estos los únicos criterios para determinar cuando nos hallamos frente a un acto de comercio. En efecto, la doctrina, haciendo uso de las listas de actos de comercio de ciertas legislaciones, ha establecido determinados criterios, en razón de los cuales se puede determinar si un acto es o no de comercio, ellos son: a) La especulación o persecución de lucro, b) La intermediación y c) La empresa.

a) La especulación o persecución de lucro:

Un primer criterio para establecer por vía de la analogía, si un acto es o no mercantil, es el criterio del lucro.

En efecto, los actos civiles, generalmente, no se encaminan, ni tienen por finalidad, la obtención de lucro, en tanto que los actos mercantiles, generalmente, sí tienen por finalidad la obtención de lucro.

Por tanto, el problema con este criterio de analogía, cifra en el orden de establecer cuando lo perseguido es efectivamente lucro, dado que la determinación de ello aborda y reside en la dimensión de lo interno, de lo psicológico; de modo tal que se hace sumamente difícil determinar cuando el motivo o la finalidad determinante del acto era realmente la obtención de lucro.

b) La intermediación:

El criterio de la intermediación no es sino otro que el criterio de la circulación, mediante el cual, por analogía, podemos determinar si un acto de comercio es tal, dado que en tanto que, generalmente, los actos civiles no son actos de intermediación, por lo contrario, los mercantiles sí lo son, siéndolo entre un mercado de la oferta y un mercado de la demanda. Por tanto, si el acto es un acto de intermediación en el cambio, es decir, entre un mercado de la oferta y un mercado de la demanda, presumimos, por analogía, que el acto es un acto de comercio. Según Mora, "Por eso el acto de producción agrícola no es un acto de comercio en términos generales, porque falta el mercado de la oferta, propio del cambio" (10)

El problema con este criterio de analogía es el hecho que no siempre el acto comercial consiste en un acto de intermediación; por ejemplo, la actividad de los auxiliares de comercio, son actos de comercio, y sin embargo no hay allí ninguna intermediación en el mercado de cambio.

c) Criterio de la empresa:

(9) Para un estudio pormenorizado sobre los criterios de clasificación y determinación de los actos de comercio, véanse: Mora, F., pp. 93-102, Kozolchyk, pp. 42 a 46 y Mantilla Molina, pp. 51-76.

(10) Mora, F.: Introducción al estudio del derecho mercantil. p. 101.

Con la promulgación del código italiano de 1942, que considera la empresa como criterio fundamental de lo comercial, se ha considerado que cuando los actos son realizados por una empresa, por analogía, pueden ser tenidos por comerciales.

Para ser tenido el acto por comercial ha de ser masivamente realizado por la empresa, o bien ha de estar el establecimiento que lo realiza organizado empresarialmente. Podrá, entonces decirse, por analogía, que el acto es comercial.

No obstante, no toda actividad que tenga una "especie" de organización empresarial se puede definir como empresa mercantil. Debe cumplir con una serie de requisitos, (11) de donde es dable que actos civiles, sean realizados también por establecimientos civiles, que no obstante poseen toda la estructura organizativa de una empresa. Por tanto, resultaría que no siempre que un acto sea realizado con criterio empresarial estaríamos ante la presencia de un acto mercantil.

CAPITULO II

EL COMERCIANTE

SECCION I

CONCEPTO

A. VULGAR

El concepto vulgar o económico se funda en el dato social de la profesión como medio de vida de una persona. "Son comerciantes en este sentido las personas que hacen del comercio su profesión sea dirigiendo por ellas mismas una industria mercantil, sea colaborando en ellas como empleado" (12).

B. JURIDICO

El concepto jurídico se refiere específica y directamente a los efectos jurídicos de la actividad mercantil, siendo comerciante solamente quien personalmente adquiere derechos y obligaciones que se producen en la actividad mercantil.

C. CONCEPTO DE COMERCIANTE INDIVIDUAL EN LOS SISTEMAS LOCALES

a-*En España*: "Son comerciantes los que, teniendo capacidad legal para ejercer el comercio, se dedican a él habitualmente.

2º Las compañías mercantiles o industriales que se constituyen con arreglo a este código" (Art. 1 del C. de C.) Garríguez.

b- *En México*: "El artículo 3, Fracción I, del C. de C. mexicano, da la definición legal de comerciante individual, al decir que se reputan en derecho comerciantes a las personas que teniendo capacidad legal para ejercer el comercio, hacen de él su ocupación ordinaria". Rodríguez.

c- *En Costa Rica*: son comerciantes: "Las personas con capacidad jurídica que ejerzan en nombre propio actos de comercio, haciendo de ello su ocupación habitual" Art. 5. del C. de C.

(11) Ver Sección III Capítulo V Título II de este trabajo.

(12) Garríguez, Curso de Derecho Mercantil, Ed. Porrúa S.A. Mex., 1979, 288

SECCION II

ELEMENTOS:

A. CAPACIDAD JURIDICA

El artículo quinto de nuestro Código de Comercio dice: "Son comerciantes las personas con capacidad jurídica..." (13) Sin embargo, existen dos capacidades: una de ejercicio y otra de goce. Esta última se refiere a la capacidad general de la persona jurídica, "la posibilidad de adquirir derechos y contraer obligaciones, que se extiende en nuestro ordenamiento, hasta trescientos días antes del nacimiento para todo aquello que beneficie al naciente (...)" en el fondo es esa capacidad de adquirir derechos y contraer obligaciones.

La capacidad de ejercicio en cambio, la hemos visto como la posibilidad de hecho en que se encuentra el individuo de proteger sus propios intereses" (14).

Al respecto nos dice Garríguez "Es comerciante en suma, quien ejerce una industria mercantil, sea personalmente, cuando la capacidad jurídica se une a la capacidad de obrar, sea por medio de otras personas cuando falta la capacidad de obrar". (15).

De la anterior posición doctrinal se apartan Kozolchyk y Torrealba, al decir que tanto la legislación española, mexicana, como la costarricense exigen una "capacidad legal" para ser comerciante y no para actuar como comerciante. Siendo así que, es la capacidad de ejercicio la que caracteriza al sujeto comerciante de las otras personas que, por el sólo hecho de serlo, poseen la capacidad de goce.

El artículo 7 del Código de nuestro Comercio dice: "Cuando un menor de edad o incapaz adquiera por cualquier título un negocio o empresa comercial, el juez civil del lugar, en información incoada por el representante legal, el Patronato (...), siguiendo los trámites correspondientes a los actos de jurisdicción voluntaria, lo autorizará para ejercer el comercio, bajo la custodia y dirección de su representante legal" (16). El subrayado es nuestro.

Consideramos que el legislador fue claro al no admitir como presupuesto necesario para adquirir la cualidad de comerciante, la capacidad de obrar; porque el menor o incapaz no necesita explotar por sí mismo una industria mercantil, sino que la ley permite que otra persona actuando en nombre de aquel, le sujete a los efectos jurídicos de su propio obrar. Por tanto cuando el legislador habla de capacidad jurídica, se refiere pues, a la capacidad de goce.

B. HABITUALIDAD

Otro de los elementos del concepto en estudio, es el que se refiere a la "habitualidad", o sea, a la repetición de actos. Sin embargo Garríguez nos habla que el concepto de profesión es más amplio pues incluye tres elementos: una explotación planificada, un propósito de lucro como medio de vida principal o único, y una exteriorización es decir, un darse a conocer públicamente.

C. EJERCICIO EN INTERES PROPIO

Es necesario a parte de esa habitualidad, que el comercio se realice por cuenta de quien lo efectúa. Se puede ser comerciante a través de los actos que otra persona realiza a nombre

(13) Código de Comercio de C.R., Ediciones El Porvenir S.A., San José, 1983, p. 5.

(14) Mora, Introducción al Derecho Comercial, Juricentro S.A. S.J., 1982, p. 155.

(15) Garríguez, op. cit., p. 265.

(16) Código de Comercio de C.R. Ed. Porvenir S. A. 1983, San José, p. 6-7

de uno, sin que por ello le sea atribuida la calidad de comerciante, a dicho representante, dado que los actos fueron realizados en nombre ajeno.

Ejercer el comercio en nombre propio quiere decir, adquirir derechos y obligaciones por consecuencia del ejercicio del comercio. Aunque, económicamente el representante ejerce el comercio, en el campo jurídico quien se reputa comerciante es el representado, ya que es la persona que adquiere los derechos y obligaciones jurídicas. (17)

D. ACTOS DE COMERCIO

Existen actos de comercio absolutos y actos de comercio relativos actos que son comerciales por el sujeto, por el objeto, o por su finalidad. Sin embargo, Torrealba nos dice que no es el objeto, la finalidad, o el acto lo que puede hacer de un sujeto un comerciante; sino que es, la manera profesional como se ejecuta el acto que califica a tal persona dentro del concepto jurídico de "comerciante".

SECCION III

PRUEBA, ADQUISICION Y PERDIDA DEL ESTADO DE COMERCIANTE

A. PRUEBA:

Dado la gran importancia jurídica de la calificación de comerciante, se reclama un medio externo y fácil de comprobación de este estado jurídico (por ej.: a la inscripción en un Registro Público de comerciantes dando a la inscripción carácter constitutivo). Sin embargo, es a veces difícil determinar cuándo una persona es comerciante dado la imprecisión de los conceptos de comercio y de acto de comercio.

B. ADQUISICION

La cualidad del comerciante sólo se puede adquirir de un modo originario. No puede transmitirse por sucesión (adquisición derivada). "Esto significa que el nuevo titular de una industria mercantil adquirida por acto inter vivos o mortis causa, se hace comerciante no por el simple hecho de la adquisición del negocio mercantil, sino por el hecho de ejercer o hacer ejercer en su nombre el comercio". (18).

C. PERDIDA:

Los motivos de pérdida de la cualidad de comerciante, pueden afectar a la persona en sí (motivos subjetivos) o a la industria misma (motivos objetivos).

1) Motivos subjetivos:

a- Si se pierde la capacidad de goce la cual está íntimamente ligada a la pérdida de la personalidad jurídica.

b- En caso de transmisión del negocio, deja de ser comerciante si abandona el ejercicio del comercio, siendo continuado por otra persona que no lo ejerce en nombre de aquél. "En los casos de enajenación, prenda o usufructo del estable-

(17) Garríguez, op. cit., p. 298.

(18) Garríguez, op. cit., 298.

cimiento, el elemento legal del ejercicio del comercio deja de existir en el transigente”.

2) Motivos objetivos:

El motivo principal de pérdida objetiva se refiere a la realización del objeto de la industria, no a la simple interrupción transitoria o suspensión. La quiebra no implica necesariamente ni la extinción de la cualidad de comerciante, ni la extinción de la industria mercantil.

TITULO II

LA ACTIVIDAD AGRICOLA Y EL DERECHO MERCANTIL

La actividad agrícola desde el inicio del Derecho Mercantil ha estado fuera de su regulación, y esta separación se ha mantenido hasta nuestros días. Los argumentos que se utilizan para justificar la permanencia en esta posición son de tipo histórico “que cada vez se justifica menos” (19), dado que el Derecho Comercial es uno de los derechos más flexibles y variables, puesto que debe cambiar con las necesidades de cada sociedad particular.

“Los criterios para atribuirle mercantilidad a los diversos actos o contratos varían no solo en país a país (...), sino también, en un mismo país de una época a otra. Lo que en un lugar es acto de comercio hoy, no lo fue ayer o no lo será mañana. Esto se debe a que el contenido del Derecho Mercantil está determinado por razones históricas y no lógicas.” (20)

El aporte principal de este trabajo es, pues, el análisis de la actividad agrícola para comprobar si actualmente se justifica o no que esa materia no sea absorbida por el Derecho Mercantil.

El estudio requiere importancia cuando hay que determinar si un sujeto, que reúne todos los requisitos para aplicarle el régimen de los comerciantes, se le puede calificar como tal, o se le pueden aplicar los efectos de los destinatarios de este derecho, si realiza una actividad agrícola.

Veamos el caso del empresario agrícola. Aún cuando se le pueda atribuir el calificativo de empresario por reunir su actividad “una organización de los factores de producción tendiente a la producción de bienes o servicios o tendiente al cambio mismo de los bienes y servicios” (21), tradicionalmente no se le podría aplicar el régimen del Derecho Mercantil, como es la normalidad cuando estamos frente a una empresa. (ya que el concepto de empresario presupone la existencia de una empresa).

CAPITULO I

HISTORIA

En Roma el Derecho Comercial no tuvo mucho desarrollo, pero desde esa época existía una separación de la actividad agrícola de la comercial. Este fenómeno se presentó respondiendo simplemente a una razón social:

(19) Mora, Fernando. Introducción al estudio del Derecho Comercial. Editorial Juricentro, 1982, San José, pág. 140.

(20) Kozolschyk, Boris, Torrealba Octavio, Curso de Derecho Mercantil, 1a. Reimpresión, Editorial Juricentro, San José Costa Rica, 1983, pág. 29.

(21) Mora, Fernando, op. cit., pág. 121.

"Los romanos fueron un pueblo eminentemente agricultor, nacido en el agro, para el agro. Podemos recordar aquellos pasajes tan repetidos de los civiles dirigiéndose al campo donde estaba Tizio arando, sacándolo de ahí, y diciéndole: tú eres el dictador, porque aquí hay que solucionar el problema; o cuando Tizio solucionaba el problema en el gobierno suyo, en su dictadura, liaba sus petates y se largaba a su campo otra vez a cultivarlo. Era un pueblo eminentemente agricultor, y los ciudadanos romanos, los quirites, despreciaban el comercio y la industria. Esas cosas no eran actividades ni siquiera del plebeyo, sino de esclavos y extranjeros. De modo que, curiosamente, ese derecho honorario, empieza a resolver problemas que hoy llamaríamos de derecho comercial básicamente en relación con los extranjeros. En esa etapa los extranjeros que más ejercen el comercio son los italos, (que no son los latinos ni son los romanos) y los griegos. De modo que las primeras normas de derecho comercial empiezan a nacer en el derecho honorario y en el derecho de gentes, que regula las relaciones de extranjeros fundamentalmente". (22)

Posteriormente con la invasión de los bárbaros, todas las incipientes normas de derecho comercial que podía haber aportado el derecho Romano desaparecen.

"Junto con la vida y la actividad ciudadana el comercio prácticamente desapareció, aunque no del todo. Henri Pirenne en su interesante libro "Historia Económica de la Edad Media", insiste en que la vida urbana desapareció totalmente. Según él en los siglos VII y VIII ya no habían ciudadanos, era solo vida en el agro, el castillo, el señor feudal con todos sus siervos de la gleba a quienes el protegía de los otros señores feudales, que imponía todos los cánones, los impuestos, la justicia; él era el poder legislativo, el ejecutivo y el judicial, el depositario de todos los poderes públicos"...

..."En esta época, evidentemente, las pocas normas o las normas que existieran de derecho comercial, de lo que hoy sería derecho comercial desaparecen. Se vuelve a una economía consuntiva, se produce lo que es necesario consumir, no se consume más que lo que se produce, y no se produce más que para consumir, (economía consuntiva)." (23)

"Se vive en los siglos IX y X un período en el cual en Europa lo único que hay es vida agrícola, de subsistencia y una economía consuntiva, no existiendo el comercio, y es evidente que si no hay actividad económica, no hay derecho comercial ni diferenciando ni indiferenciado". (24)

Vemos pues que la actividad agrícola es de mera subsistencia, se cultiva para el consumo del propio feudo. Pero las necesidades de los señores feudales no se limitaban al abastecimiento alimenticio. Conjuntamente se demandaban otro tipo de servicios que no se daban en el mismo feudo (sastrerías, zapaterías, etc.) Estas actividades no las realizaban los siervos de la gleba, sino sujetos independientes, que se fueron localizando en los burgos. Ellos, como no vivían dentro del feudo, realizaban estas funciones para poder intercambiarlas por dinero, es decir, comerciaban. Poco a poco se fue desarrollando todo un gremio que no solo brindaba servicios, sino que fungían como intermediarios entre las personas que producían ciertos productos y aquellas que no los producían y los necesitaban. La actividad creció tanto, que fue imperativo empezar a establecer una serie de normas que regularan la actividad comercial, regulación que nunca llegó a abarcar la actividad agrícola porque ésta era de carácter consuntivo (para el consumo del propio feudo).

Con la evolución de las relaciones económicas en la sociedad, la aparición del principio de división del trabajo, y el resquebrajamiento del sistema feudal, la actividad agrícola también pasó a ser elemento determinante del comercio. Empezaron a existir sujetos que producían más de lo que consumían, y lo que hacían con el sobrante era comerciarlo.

Pero las normas comerciales se siguieron aplicando únicamente a los individuos que

(22) Mora, Fernando. op. cit., pág. 49.

(23) Mora, Fernando. op. cit., pág. 51.

(24) Mora, Fernando. op. cit., págs. 51, 52.

realizaban la labor de intermediarios entre los que producían y los que consumían. Es decir se les aplicaban a los comerciantes propiamente dichos

Con el tiempo hemos ido notando que el Derecho Mercantil se fue aplicando a sujetos que no eran comerciantes en el sentido estricto de la palabra, pero a pesar de esta aplicación, el fenómeno agrícola nunca ha sido absorbido por esta normativa.

El problema está precisamente aquí: ¿Se justifica actualmente la exclusión de la actividad agrícola del régimen del Derecho Mercantil?

Antes de responder hemos de analizar ciertos conceptos técnicos y ciertos criterios para determinar que es "agrícola" y que es "mercantil".

CAPITULO II

LA ACTIVIDAD MERCANTIL

La actividad *comercial* propiamente dicha es únicamente la función de intermediación entre productores y consumidores, pero la actividad mercantil no se agota en los actos de comercio (25) sino que existen otros actos, que llamaremos mercantiles, que están bajo la regulación del derecho mercantil.

Según Mora la actividad mercantil agrupa aquellas que se dedican a

- a) La producción de bienes y servicios.
- b) La interposición en el cambio (empresas estrictamente comerciales)
- c) Transporte acuático, terrestre o aéreo.
- d) La actividad bancaria y de seguros.
- e) Todas aquellas otras actividades auxiliares a las anteriores.

CAPITULO III

LA ACTIVIDAD AGRICOLA

Agrícola es una derivación del término agrario que proviene del latín *agrarius*, de *agar*, *agrí*, o sea relativo al campo.

Podemos concluir, entonces, que la actividad agrícola es toda aquella relativa al campo. Como es obvio, en primer lugar dentro de las actividades relativas al campo está la agricultura y la silvicultura (cultivo de bosques). Pero hay una serie de actividades que de alguna manera se consideran relacionadas con el campo, y aunque no se desarrollen propiamente en la tierra, son consideradas agrícolas. Es el caso de la avicultura y la ganadería. Al respecto dice Mora:

"El producto de la actividad agrícola nace del trabajo sobre el fundo sea directamente a través de la alimentación y crianza de los animales, por medio del producto del fundo o dentro del fundo agrícola". (26)

Por analogía podríamos decir que todas las actividades relacionadas con la cría de animales, también estarían dentro de la actividad agrícola tal es el caso de la avicultura (cría de aves de corral), la apicultura (cultivo de abejas) y la piscicultura (cría de peces) ya que este úl-

(25) Nótese que estamos utilizando el concepto comercial en sentido estricto: comercio como intermediación. Con esta posición nos vemos obligados a cambiar la nomenclatura de ciertos conceptos para una mejor sistematización de estos, sin que con ello se cambie el contenido sustancial. Advertimos que en todo este estudio utilizaremos el concepto "comercio" en sentido estricto, contraponiéndolo al concepto de producción.

(26) Mora, Fernando. Op. cit., pág. 139.

timo caso no se diferencia de la cría de otros animales, a no ser por el medio en que se desarrollan.

Parece ser que el elemento definitorio de la actividad agrícola es la consecución de *frutos* directamente del fundo. Por esto la actividad minera no puede ser agrícola a pesar de provenir del fundo, pues se trata de un producto, no de un fruto (posteriormente veremos más detalladamente esta diferencia).

CAPITULO IV

EL CRITERIO DE LA FUNCION

Como hemos visto la actividad agrícola quedó fuera de la regulación del Derecho Mercantil porque ésta era primordialmente consuntiva, no se comerciaba con ella. Pero desde que esta dejó de ser tal, o sea actividad de mera subsistencia, hasta ahora han pasado muchos años. Entonces, ¿por qué es que se ha mantenido aún fuera de la regulación mercantil?

Ningún tratadista de Derecho Comercial se refiere al asunto, pero la lógica nos hace concluir que esta separación de los campos se ha mantenido por un criterio de la función que cada una de estas actividades representa en el sistema económico.

Una cosa es producir y otra bien distinta es comerciar (27), y en un inicio el Derecho Mercantil regulaba solamente a los comerciantes en sentido estricto, por tanto los productores, que eran en su mayoría los que realizaban una actividad agrícola, no se veían afectados por esta normativa.

La función de producción se puede definir como "dar origen a una cosa sacándola de sí con actividad a la acción vital". En economía política es "la parte de la actividad humana que tiene por objeto la creación de los valores, en oposición a su distribución y consumo". (28).

"Son medios directos de producción la TIERRA (suelo cultivado, ríos y arroyos, bosques, minas), el CAPITAL (mercancías, máquinas, invenciones, edificios, ganados, numerario) y el TRABAJO (manual o intelectual)." (29)

La actividad comercial, *en sentido estricto*, o meramente económico, se refiere a la función de intermediación que realizan unos sujetos entre los que producen y los que consumen. El comercio es el canal de comunicación entre estos dos momentos en la vida de un bien: el ser producido y el ser consumido.

Mientras estas dos funciones se mantengan separadas, no hay ningún problema: Las normas de Derecho Comercial se aplicarán solo a los que realicen la segunda actividad.

El problema que se presenta actualmente, es que el número de casos en que esas dos funciones son realizadas por la misma persona es cada vez mayor, y se cae en el error de querer excluirlo de la regulación comercial, —argumentando simplistamente—, con el criterio de la tradición histórica, razonamiento que en donde menos cabe es en el Derecho Mercantil.

Entonces, ¿Cómo hacer para saber si un sujeto debe estar regulado o no por las normas del Derecho en estudio? Para poder resolver este problema tenemos que ir por partes. Refirámonos por el momento simplemente al agricultor individual, para analizar posteriormente el caso de los empresarios agrícolas.

(27) El término "producción" abarca tanto la actividad agrícola como la industrial que se diferencia de la comercial en sentido estricto.

(28) Diccionario Salvat Enciclopédico Popular Ilustrado. Tomo VII. Salvat y C. S. en C., Editores pág. 1009.

(29) Diccionario Salvat, Tomo VII, pág. 1009. Op. cit

SECCION I

EL AGRICULTOR INDIVIDUAL

El agricultor es el individuo que saca los frutos de un fundo y que los vende sin necesidad de ninguna elaboración más que la indispensable para poder colocar ese fruto. Identifiquemos al agricultor con aquel sujeto que saca su producción de fuentes naturales, o como decíamos anteriormente, de la tierra. El agricultor es el que produce frutos. (Siguiendo la definición de Brenes Córdoba, diríamos que es el que produce frutos industriales). (30)

—Es conveniente en este momento recordar la distinción que Brenes Córdoba hace entre lo que es un fruto y lo que es un producto:

“Todo lo que una cosa da de sí y rinde alguna utilidad, se denomina producto. Los productos que dan las cosas a intervalos regulares sin disminución o modificación esencial de su propia sustancia, reciben el nombre de frutos. Entre los productos y frutos existe la misma diferencia que entre el género y la especie: todo fruto es producto pero no todo producto es fruto, en el sentido legal”. (31)

“El fruto es una derivación de la cosa, de la cual puede separarse sin que ésta sufra menoscabo en la sustancia que la constituye, quedando apta para futuros rendimientos de la misma especie.” (32)

“Producto, al contrario, es parte integrante de la cosa: a medida que se separa, disminuye la materia que la compone, de modo que el aprovechamiento total da por resultado la desaparición, como individualidad, de la cosa de donde se originan los productos.” (33)

Para justificar por qué el que realiza una actividad agrícola está fuera de la regulación del Derecho Mercantil, Fernando Mora acude al siguiente razonamiento:

“Hemos dicho que la empresa agrícola está fuera de las consideraciones del derecho comercial, porque no constituye una intermediación entre un mercado de la oferta y un mercado de la demanda. Esto porque no se parte de un mercado de la oferta, sino del fundo. (34)

Nosotros no compartimos este criterio para deslindar el campo agrícola del comercial. Es lógico que el productor agrícola tenga necesidad de adquirir ciertos bienes o materia prima para poder sacar los frutos. Pero el realizar esas compras no lo convierte en comerciante. Lo que diferencia la actividad netamente agrícola de la comercial no es que se parte de un fundo y no de una oferta. Esto es una falacia, pues el agricultor siempre se ve compelido a comprar ciertos materiales para su producción. En otras palabras, se parte de un mercado de oferta de ciertos bienes, los transforma —por medio absolutamente naturales—, y los vende.

La diferencia, pues no puede estar en ese criterio, sino en el concepto mismo de producir y comerciar. El que comercia no transforma de ninguna manera el producto, no lo afecta. (Esto lo decimos de manera genérica, porque en economía se considera transformación al simple traslado del bien de un lugar a otro, o a la labor que realiza el comerciante al

(30) Los frutos suelen clasificarse en tres grupos: Naturales: que son los que espontáneamente produce la naturaleza, verbigracia, los pastos naturales, las resinas y gomas que fluyen de los árboles... Industriales: los que produce la tierra merced de su cultivo, cual ocurre con los cereales. Civiles: las sumas de dinero o prestaciones debidas... Brenes Córdoba.

(31) Brenes Córdoba, Alberto. Tratado de los bienes, Ed. Juricentro, V Edición 1981, San José, Costa Rica. Pág. 38.

(32) Brenes Córdoba, op. cit., pág. 38.

(33) Brenes Córdoba, op. cit. pág. 38.

(34) Mora, op. cit., pág. 139.

poner a la disposición del consumidor la mercadería al detalle). En cambio el productor individual, como su nombre lo dice, produce (Sea agricultor o industrial)

Por tanto, es lógico que las normas de derecho comercial se le apliquen solo a aquellos sujetos que realizan una labor de intermediación, y los que producen queden fuera de este régimen.

SECCION II

EL PRODUCTOR INDUSTRIAL INDIVIDUAL

Analicemos ahora el caso del productor industrial individual. Es obvio que este sujeto también produce aunque por medios diferentes. El productor industrial es un individuo que le agrega un valor a los frutos o a bienes no terminados, por medio del proceso de transformación que realiza sobre los mismos.

Además de la conceptualización que hace Brenes Córdoba, podemos decir que un producto, en sentido estricto, es aquel que ha sido elaborado y transformado de su condición original. El productor industrial es el que realiza específicamente su trabajo sobre productos.

Entonces siguiendo la misma línea de razonamiento, y aplicando por analogía todo lo que hemos dicho del productor agrícola, o agricultor individual, debemos concluir que al productor industrial individual tampoco se le puede aplicar el régimen del Derecho Comercial, porque su función se queda simplemente en la de producir. El industrial es empresario comercial.

SECCION III

EL CANAL DE COMERCIALIZACION DE UN BIEN

Podemos esquematizar las funciones antes analizadas de la siguiente manera:

- 1- Etapa de producción de frutos (agricultores)
- 2- Etapa de transformación de frutos o bienes no terminados.
(Productores industriales).
- 3- Etapa de comercialización de los frutos o productos (comerciantes)

La primera y segunda etapa están dentro del proceso de producción de los bienes terminados.

Cuando para poder vender el fruto, el agricultor debe realizar necesariamente un proceso, relativamente precario de elaboración, industrialización o transformación, esto no debe considerarse como parte de la segunda etapa, es decir industrial. Por ejemplo el hecho de envasar la miel, en algún recipiente es parte de la elaboración imprescindible que debe realizar un agricultor para poder vender su producto.

Mientras las tres funciones enumeradas estén desempeñadas por personas diferentes no existe problema. Este se presenta cuando dos o más de estas actividades son ejercidas, a la vez, por una misma persona. Más concretamente el problema está cuando un mismo sujeto realiza la función productora, —en cualquiera de sus dos manifestaciones—, y la función comercial.

Analicemos el siguiente caso: Si los frutos de un agricultor pueden ser puestos al detalle a disposición del consumidor, sin necesidad de ninguna elaboración más —es decir, produce bienes terminados o de consumo final— y efectivamente el sujeto realiza esta función, se le puede aplicar perfectamente el régimen del derecho comercial (si además cumple con todos los demás requisitos exigidos por el código) Sería agricultor en relación con su función

de cultivación del fundo y comerciante al vender esos productos.

Para saber cuando el agricultor está realizando función comercial o no, debemos acudir al criterio de la cuantía: Si el agricultor vende a los mayoristas habitualmente, su actividad será exclusivamente agrícola. Este tipo de venta es una actividad conexas a la agrícola:

“Se considera actividad conexas la que el agricultor o la empresa realiza con el fin de vender su producto”. (35) En este caso la actividad de vender es connatural a la de producir.

Pero otro es el caso sí este agricultor, —además—, vende a un número significativo de consumidores directos, o les vende exclusivamente a ellos, pues aquí evidentemente está ejerciendo el comercio. Recordemos una práctica generalizada en el comercio, que incluso podría tomarse como uso normativo: Siempre que se vende “al por mayor”, se cotiza el bien más barato, pues hay que tomar en consideración el valor agregado que le sumará el intermediario por su labor distributiva. O visto desde otro punto de vista: Los productores siempre venden más caro cuando lo hacen al detalle, porque ellos están retribuyéndose la función de comerciante que ellos mismos están realizando. Es decir, por la labor de intermediación se le da al bien un valor agregado en el proceso de comercialización de un bien.

En estos casos, como son comerciantes, además de agricultores, se les debe aplicar el régimen del derecho mercantil.

Lo mismo se podría decir de un productor industrial individual, si realizara actividades similares.

Estos criterios son los que deberían utilizarse para no acudir a argumentaciones relativamente simples, como lo son los de tipo histórico: Esto es así, porque siempre ha sido así.

Podríamos decir que lo anterior, aún cuando sea innovativo, es un desarrollo de la tradicional tesis de separar la materia agrícola de la mercantil. A nuestro juicio esto es aplicable cuando se trata de productores individuales o de empresas pequeñas de incipiente organización. Pero a la hora de analizar las empresas productoras otro debe ser el criterio que se utilice.

CAPITULO V

EL CRITERIO DE LA ORGANIZACION EMPRESARIAL

¿Se le puede aplicar a la empresa netamente agrícola el régimen del Derecho Comercial? Haciendo eco de la teoría tradicional diríamos que no, porque la actividad agrícola está fuera del ámbito del derecho mercantil.

Pero no nos apresuremos a contestar, y hagamos el siguiente análisis. Antes que nada nos plantearemos la siguiente interrogante: ¿Por qué a las empresas netamente industriales, es decir aquellas que se dedican exclusivamente a producir sus productos —y venden su producción como actividad meramente conexas de su función productora—, sí se les aplica el régimen del derecho comercial? ¿Por qué a las empresas agrícolas, simplemente por realizar este tipo de producción, se les descarta —a priori— de esta regulación, si están realizando también una función productora?

Contestemos la primera pregunta. Pero para esto haremos primero un breve análisis de lo que es la empresa.

(35) Mora, op. cit., pág. 139.

SECCION I

LA EMPRESA

"Los autores saben y reconocen que la empresa es la unidad básica de la economía y, que seguir hablando de actos objetivos de comercio o de actos subjetivos de comercio no tiene sentido, por cuanto lo que interesa al derecho comercial es regular el fenómeno económico, y este tiene como célula básica la empresa y esta es la que hay que regular". (36) Es por esta razón que entramos a analizar este concepto.

Parece entonces concluirse que si a una determinada actividad se le puede calificar de empresa, es porque también se le puede aplicar el régimen del derecho mercantil, ya que es su célula. (37)

"La empresa es la organización de los factores de la producción tendiente a la producción tendiente a la producción de bienes o de servicios o tendiente al cambio mismo de bienes y servicios. Con lo primero queda comprendida toda la actividad industrial, con lo segundo queda comprendida toda la actividad comercial en sentido estricto." (38) (Queda evidente que la actividad agrícola, aparentemente, no está comprendida dentro de esta definición) Puede concluirse, entonces, que las empresas industriales, a pesar de tener una función de producción, quedan incluidas en el ámbito del derecho mercantil, obedeciendo a un criterio de organización.

Tratemos de contestar ahora la segunda incógnita:

¿Por qué las empresas agrícolas, simplemente por realizar este tipo de producción, se les descarta, a priori, de la regulación mercantil, si está realizando una función productora al igual que las empresas industriales?

Para esto debemos analizar que se entiende por empresa agraria.

SECCION II

LA EMPRESA AGRARIA

Oscar Salas y Rodrigo Barahona en su libro de Derecho Agrario la conceptualizan de la siguiente manera: "...la noción de empresa procede del Derecho Mercantil, que a su vez lo toma de la Economía y adquiere, en el Derecho Agrario, particulares características. El concepto vulgar de empresa le da una connotación mercantil o industrial y de organización de importancia.

Así el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española lo define como 'casa o sociedad mercantil o industrial para emprender o llevar a cabo construcciones, negocios o proyectos de importancia'. Esto último no es cierto de la empresa agraria, puesto que no persigue fines mercantiles ni industriales (...), y puede ser grande, mediana o pequeña. En sentido agrario son empresarios tanto los latifundistas que directamente ponen su tierra en producción (es decir, sin transferir el goce y disfrute de su tierra a otros que la exploten también directamente), como los arrendatarios y ocupantes precarios que dirigen o reali-

(36) Mora, op. cit. pág. 113.

(37) Reiteramos que este estudio plantea una reconceptualización, o por decirlo mejor, una variación en la terminología habitualmente utilizada. Sabemos que existen las "empresas artesanales" y las "empresas agrícolas" que tradicionalmente están excluidas del D. Mercantil, pero somos de la opinión de que esta exclusión se justifica por el criterio de la función (Ver Capítulo IV de este título), y que siempre que a una actividad se pueda calificar de empresa. Se le debe aplicar esta normativa.

(38) Mora, op. cit. pág. 121.

zan por sí mismos una actividad agraria productiva, con o sin el auxilio de familiares o trabajadores asalariados o jornaleros' (39)

"Se entiende por empresa el organismo económico y social que aglutina factores humanos (el jefe de la empresa y el personal) y factores materiales (los que integran la hacienda o explotación) para llevar a cabo una actividad dirigida a la producción de bienes o servicios." (40)

Esta definición es demasiado amplia, pues tanto los grandes productores como el pequeño agricultor serían empresarios. Todos ellos realizan una organización de los factores tendiente a la producción de bienes. Un concepto tan vago de empresario no tiene utilidad práctica. Para delimitarlo un poco haremos un análisis de los factores de producción.

Los principales factores de producción son tierra (41), mano de obra y capital (para efectos de nuestro análisis no incluiremos ni la capacidad empresarial, ni el empresario).

Con relación al factor mano de obra, se dice que es necesario un mínimo de hetero organización del trabajo para que exista una empresa. Debe haber un mínimo de trabajo ajeno organizado pues la sola organización del propio trabajo de quien podría ser el empresario no basta. Es por esto que el concepto dado de empresa agraria es demasiado general.

Después de este análisis y si excluimos a los agricultores individuales de la noción de empresa, podríamos decir que todos los demás empresarios agrícolas pueden estar regidos por el Derecho Mercantil, pues cumplen con todas las condiciones necesarias que este derecho establece, máxime si consideramos "que las empresas pueden no ser ninguna cosa grandiosa (cualquier pulpería es una empresa)". (42)

SECCION III

ADECUACION DE LA EMPRESA AGRARIA A LOS REQUISITOS DE LA EMPRESA MERCANTIL (NO COMERCIAL) (43)

Hemos dicho que la empresa es la célula del derecho comercial. El concepto empresa lleva implícito un fuerte carácter de organización de la actividad: Entonces si a una actividad se le puede catalogar como empresa, y reúne otros requisitos exigidos, no se encuentra justificación para que no sea regida por el derecho común de las empresas.

A continuación haremos un análisis para comprobar que la empresa agrícola cumple con todas las condiciones y requisitos como cualquier otra empresa regulada por el Derecho Mercantil. Nótese como las definiciones calzan perfectamente con este tipo de empresa.

Para que exista una empresa es indispensable que la actividad reúna dos requisitos: uno objetivo y otro teleológico.

A. ELEMENTO OBJETIVO: LA ORGANIZACION DE LOS FACTORES DE PRODUCCION

Habíamos dicho que los factores de producción son tierra, mano de obra y capital.

Analicémoslos por este orden. El factor tierra: Es precisamente en la empresa agrícola en donde se da una mayor organización de este factor, más que en cualquier otra empresa.

La mano de obra se organiza por medio de la distribución del trabajo de los jornaleros.

(39) Salas Marrero, Oscar —Barahona Israel Rodrigo. *Derecho Agrario*, UCR, 1980, pág. 23, 24.

(40) Salas, op. cit., pág. 24.

(41) Aunque algunos autores de Derecho no lo incluyen.

(42) Mora, op. cit., pág. 122.

(43) Recordamos que estamos considerando el término comercial en el sentido estricto de intermediación.

La organización del factor capital se hace presente en las disposiciones encaminadas a un mejor aprovechamiento de los recursos económicos, así como el de todo el stock de capital (instrumentos como las palas, picos, azadones, baldes, etc., o bien maquinaria pesada como tractores, trailers o bien instalaciones de cualquier tipo)

B. ELEMENTOS TELEOLOGICOS: LA PRODUCCION DE BIENES Y SERVICIOS PARA EL CAMBIO

Una empresa agrícola tiene como finalidad producir frutos de la tierra, con un excedente del propio consumo para intercambiar.

Es por esto que no compartimos la tesis de Salas y Barahona de considerar como empresa aún a aquellas actividades organizadas que son para el consumo propio. (44)

La mera organización de una hacienda agrícola en la cual se cultiva el fundo nada más que para el consumo de sus propietarios, —aún cuando cumpla con el requisito de la organización de los factores de producción, y aún cuando cumpla con parte de la finalidad de la empresa, (como lo es la producción de bienes y servicios),— no se le puede considerar como empresa en el técnico sentido de la palabra, pues le falta la segunda condición del elemento teleológico, que interesa tanto al Derecho como a la economía: La organización para el mercado. (La primera condición del elemento teleológico es la producción de bienes y servicios.

C. OTROS REQUISITOS

Hemos establecido cuando una actividad se puede considerar como empresa. Pero hemos de dejar claro que, aún cuando esta sea el sujeto principal del derecho comercial, no por ello quiere decir que toda empresa cumpla con las condiciones que exige este cuerpo de normas para regularla. Además de ser una actividad con características de empresa se requiere que esta sea ejercida con profesionalidad, que ejerza una actividad económica y, para algunos autores, que persiga el lucro.

Todos estos requisitos también son cumplidos por la empresa agrícola.

1. Profesionalidad:

Al hablar de este requisito Fernando Mora dice que la actividad productiva está conducida “a una profunda división del trabajo y especialización del trabajo, que van luego a implicar una producción en masa”. (45)

Y continúa diciendo: “Pues bien, esta producción masiva origina por definición una repetición constante y habitual de ciertos actos, y esto es lo que significa profesionalidad. La empresa es entonces, una entidad profesional, ya que en ella se da una repetición masiva y habitual de determinados actos”. (46)

“Al derecho comercial le interesa la organización de los factores de producción que tienen una producción masiva durable en el tiempo y con habitualidad”. (47) Basta un superficial análisis de la actividad agrícola para percatarse de que todos estos requisitos encuentran un buen cumplimiento en la empresa agraria.

(44) Salas, op. cit., pág. 24.

(45) Mora, op. cit., pág. 126.

(46) Mora, op. cit., pág. 126.

(47) Mora, op. cit., pág. 126.

“La empresa conlleva el ejercicio profesional de una actividad no la realización de uno o varios actos aislados, no coordinados. sino de una actividad. Esto nos da la idea de una realización de un fin determinado, por lo que debe haber una funcionalidad en los actos de la empresa, es decir, todos deben asumir una determinada función dentro de la organización de la empresa, tendiente a la obtención, a la consecución de determinados fines.

Actividad económica, entonces, es la realización de una serie coordinada de actos que en conjunto se refieren a un fenómeno económico, representado por la producción de bienes o servicios y, en consecuencia, estos bienes o servicios, deben tener una significación económica. El subrayado es nuestro. No se trata de la organización de los factores de la producción para la producción de cualquier bien o servicio, sino de bienes o servicios que tienen una significación económica”. (48) No sería empresa la organización de los estudiantes para la realización de un trabajo de investigación, o con fines meramente benéficos, o la fabricación de agua de mar a orillas del mar.

Este requisito también se cumple en la empresa agrícola. Obsérvese bien que la definición transcrita de actividad económica, bien puede abarcar la actividad agrícola.

3. El lucro:

Generalmente se ha dicho que para que exista una empresa es necesario que existe el lucro, y una de las argumentaciones que se dan para excluir la actividad agrícola de la regulación mercantil es que esta, no persigue el lucro.

Esta afirmación no tiene sentido. Lucro es el provecho o utilidad que se saca de una cosa.

La actividad agrícola no es una actividad de beneficencia, por tanto persigue el lucro, y si esto no fuera así, no se explica la existencia de grandes empresas agrícolas.

Pero por otro lado, existe otra tendencia que pone en tela de juicio la esencialidad de este requisito, al comprobar la existencia de verdaderas empresas gubernamentales que son tales pero que no persiguen el lucro pues lo que buscan es mantener su activo y pasivo en equilibrio con el fin de brindar el servicio más barato a los administrados.

Se dice entonces que el lucro es un elemento natural pero no necesario de la empresa.

Sea cual sea la tesis que se adopte, podemos comprobar que la empresa agrícola cumple con todos los requisitos y elementos necesarios para ser regulada por el derecho mercantil.

CAPITULO VI

CONCLUSIONES PRELIMINARES

¿Cuál es entonces la razón para que el derecho mercantil no regule a la empresa agrícola? La única respuesta que cabe es que como este derecho no cubrió, en un inicio, el fenómeno agrícola por ser puramente consuntivo, se ha dejado siempre fuera de su regulación atendiendo simplemente a razones históricas.

Esto actualmente no tiene sentido. El Derecho Mercantil es un derecho cambiante, y si la injerencia de la actividad agrícola dentro de la vida comercial ha cambiado —y desde hace mucho tiempo—, no se justifica que la valoración jurídica de esta actividad no cambie

(48) Mora, op. cit., pág. 135.

también acudiendo simplistamente a argumentaciones históricas que en este momento no tienen vigencia.

No es que pretendemos que la actividad agrícola sea regulada enteramente por el derecho mercantil, pues se observa que son materias diferentes: tanto la meramente agrícola como la meramente industrial son de índole productiva, no comercial, (en el sentido de intermediación entre la producción de bienes terminados y el consumo directo de los mismos).

No se justifica que se restrinja la regulación del Derecho Comercial a una empresa que reúne las mismas condiciones que la empresa industrial en cuanto a organización y función en el sistema económico, simple y sencillamente porque realiza una actividad que históricamente, sin cuestionarse más, ha estado fuera de su ámbito.

Se nos puede argumentar que esta concepción no está diferenciando bien lo que es la producción de lo que es el comercio, y que con ella pretendemos regular la primera actividad con la normativa de la segunda. Pero hemos de recordar que el derecho que queremos aplicar, desde hace mucho tiempo dejó de ser normativa exclusiva para los comerciantes, en sentido estricto. De ahí que ya no se habla tanto de derecho Comercial sino de Derecho Mercantil que es más general.

La palabra mercantil proviene de mercado. Por tanto se puede concluir que es un derecho que regula las relaciones de mercado, en las cuales son necesarias unas exigencias diferentes a las otras relaciones porque el tráfico jurídico, la cantidad, los intereses que están en juego, y la rapidez con que se realizan estas transacciones demandan una buena dosis de confianza, la cual debe ser tutelada para proteger la seguridad jurídica.

Y es obvio que actualmente la actividad agrícola participa en ese mercado, y en tal magnitud, que no se explica como anteriormente no se ha introducido dentro del ámbito del derecho mercantil.

Anteriormente habíamos dicho que la actividad tanto del agricultor como la del industrial no estaba dentro del ámbito del derecho comercial porque se trataba de actividades que tenían una función de producción no de mercadeo. Pero esta separación de funciones solo se aplica para individuos particulares o empresas incipientes. No se justifica el hecho de que ciertas empresas queden fuera del derecho mercantil simplemente porque realicen una actividad productiva. El criterio que debe prevalecer en estos casos no es el de la función, sino el de la organización.

En conclusión, para determinar si estamos frente a un sujeto del Derecho Mercantil, debemos aplicar primero el criterio de la organización empresarial y posteriormente del de la función realizada en el sistema económico.

CONCLUSIONES

1. Nuestra legislación mercantil en consideración a todo lo anterior, practica un sistema de derecho mixto, que considera sujetos del derecho comercial tanto por lo que señale la legislación, como por el tipo de acciones que realiza.

2. No es posible dar una definición universal única de actos de comercio pues estos siempre serán tales, en relación a una determinada comunidad y ordenamiento jurídico.

3. Al faltar una definición sobre lo que es un acto de comercio y definirse al comerciante en función de esto, basta el criterio de nuestros jueces para definir quien es y quien no es un comerciante, con lo cual le estamos dando a nuestros tribunales, funciones integrativa. El juez debe de interpretar e integrar la ley.

4. Considerando lo anterior sugerimos una definición aproximada del contenido del acto de comercio, en nuestro sistema legislativo, al tenor del art. 1. del Código de Comercio:

Acto de comercio será toda aquella expresión de la voluntad susceptible de producir efectos jurídicos dentro de la esfera de la realidad reservada a la regulación de la legislación

mercantil; ya sea porque los mismos están regulados por la ley, o bien porque sean comerciantes quienes los ejecuten (o sujetos asimilables a ellos)

5. Existe una relación dialéctica entre el concepto de comerciante y de actos de comercio. Poco a poco con la evolución histórica ambos conceptos han ido determinando el contenido del otro recíprocamente. Por eso, a estas alturas de la evolución del derecho mercantil, es imposible definir estos dos términos sin tener que recurrir a su correlativo. Por esta misma razón es que se puede decir que no existe un sistema, ni objetivo ni subjetivo, totalmente puros.

6. El derecho comercial se caracteriza precisamente por ser una rama que evoluciona con gran rapidez, por lo cual no parece serio defender ninguna tesis dentro de este campo por razones históricas, ya que la característica es precisamente su poco apego a los argumentos históricos.

7. Al tenor de lo anterior y para una mejor sistematización del Derecho Mercantil proponemos que se readecúe la terminología utilizada para describir los conceptos, sin que por ello se tergiverse el contenido sustancial de cada uno.

8. Por ello proponemos que el término comercial se utilice siempre en sentido estricto, es decir en el sentido económico, cual es el de describir el fenómeno de intermediación.

Para enunciar todas las otras circunstancias que el derecho en estudio abarca, y que no sean de intermediación, proponemos que se utilice el término "mercantil", ya que la característica que los une a todos ellos para ser titulados por la misma normativa, no es otra que el hecho de ser situaciones que se dan en las relaciones de mercado.

9. Proponemos, además, que el término empresa en sentido legal se utilice solo para aquellas actividades que además de cumplir con los elementos objetivos y teleológicos, satisfagan el requisito de profesionalidad y habitualidad en la realización de una actividad económica. Con esto lograremos una correspondencia biunívoca entre las empresas y la legislación mercantil.

Con esto no queremos obviar la existencia de ciertas actividades que pueden cumplir con algunos requisitos de la organización empresarial pero que no cumplen con otros elementos. A este tipo de actividades no se les aplicaría el régimen de Derecho Mercantil.

10. No compartimos la exclusión de la actividad agrícola, ni la inclusión de la industrial dentro del Derecho Mercantil, por consideraciones apriorísticas de carácter marcadamente histórico; sino hasta después de un estudio de la función que estas actividades desempeñan en las relaciones económicas, en cada caso concreto.

11. Los criterios para determinar la aplicación de esta normativa especial a determinados sujetos son, por su orden, el formal y el material. Este último se manifiesta, a su vez, en el criterio de organización (de tipo empresarial) y el de la función (comercio vs producción).

12. El criterio formal es el de la calificación de comerciantes a algunos sujetos por el simple hecho de cumplir con un requisito formal, por ejemplo inscripción de una sociedad en el registro (art. 5).

13. El criterio de organización es el que confiere la calidad de comerciantes a aquellos individuos que realizan su actividad económica, habitual y profesionalmente, con base en una organización de tipo empresarial.

14. El criterio de la función económica es aquel que califica como comerciante al sujeto que, como parte importante de su actividad, está la de intermediación de bienes y servicios en las relaciones de mercado, en contra posición de aquellos que solamente producen.

15. Solo si la actividad de un sujeto no encuadra dentro de ninguno de los criterios anteriores, se justificará su exclusión de la regulación mercantil.

16. No aceptar los criterios económicos que defendemos, sería, dejar sin protección a quienes contratan con un agricultor "no comerciante" (en el caso de la sentencia estudiada). Ello, en un país como Costa Rica, es especialmente grave, ya que nuestra actividad se desarrolla primordialmente en el agro de donde se deduce que es probable que con ese crite

no se dejaría por fuera a mucha gente que debería ser sujeto del derecho comercial directamente, en razón de la importancia económica de la actividad que realizan.

17. Con base en los dos puntos anteriores, es evidente que el derecho mercantil debe cambiar para aceptar nuevos criterios, que sirvan para definir mejor la realidad a la que puede ser aplicada el derecho. En esto nos apegamos a la definición dada por el gran autor: "El derecho es vida humana objetivada". Así que, ¿qué importancia tienen razones históricas, si nuestra vida de hoy requiere de nuevos criterios para poder cumplir con la función social del derecho?

BIBLIOGRAFIA

1. Brenes Córdoba Alberto Tratado de los bienes. Ed. Juricentro V Edición. 1981 San José, C. R.
2. Diccionario Salvat Enciclopédico popular ilustrado. Tomo VII Salvat y C, S., editores.
3. Garrigues, Joaquín, Curso de Derecho Mercantil. Editorial Porrúa, S. A. Tomo 1. México 1979.
4. Kozolschyk, Boris, Torrealba Octavio. Curso de Derecho Mercantil. 1ra. reimpresión Editorial Juricentro. San José, 1983.
5. Montilla Medina R. Derecho Mercantil XX. Editorial Porrúa, México 1980.
6. Mora, Fernando Introducción al Estudio del Derecho Comercial, Editorial Juricentro, 1982, San José, C. R.
7. Salas Marrero, Oscar; Barahona Israel, Rodrigo. Derecho Agrario U. C. R. 1980.