

1. EVOLUCIÓN HISTÓRICA DEL DERECHO COMERCIAL

Actualmente, el Derecho Comercial se encuentra consolidado como una rama autónoma del Derecho, pero sus orígenes se encuentran dentro del Derecho Civil. El Derecho Comercial nace, como se verá, como una expresión del ramo mercantil y artesanal producto del surgimiento de las corporaciones.

EL DERECHO ROMANO.

En Roma no existió un Derecho Mercantil. Debido a su flexibilidad, el Derecho Romano logró adecuarse fácilmente a las necesidades de la sociedad donde surgió. Sin embargo, no regía propiamente las actividades comerciales, las cuales en su mayoría eran llevadas a cabo y desarrolladas por extranjeros.

El Pretor (en latín *Prætor*) era un magistrado cuya función principal era la de administrar justicia cuando surgían problemas entre los ciudadanos romanos. Sin embargo, no podía resolver conflictos cuando éstos se presentaban entre un romano y un extranjero, por lo que con posterioridad se creó otro magistrado para proteger a los peregrinos: el Pretor Peregrino (*Prætor Peregrinus*).

Así, el *Ius Civile* (Derecho Civil) regulaba el Derecho Romano, y este era aplicado por el Pretor solamente para los romanos, para los cuales fue creado. El *Ius Gentium* (Derecho de Gentes) regulaba las relaciones entre romanos y extranjeros. En lo sustancial no se diferencia del *Ius Civile*, pero es más sencillo, menos formalista y prescinde de complicados rituales. Fue con el *Ius Gentium* que el Derecho Romano reguló de alguna manera lo relacionado con la actividad comercial, derecho que era ejercido por el Pretor Peregrino.

1

LA EDAD MEDIA (S. V – S. XV).

El Derecho Comercial nace como consecuencia de la explosión comercial surgida en el siglo XII, periodo en el cual se afianza la nueva economía urbana y comercial, salida de la economía agraria y feudal de la Alta Edad Media.

Puede decirse, entonces, que el Derecho Comercial tiene su origen en la lucha que van dando los pequeños artesanos que viven de la necesidad de negociar sus productos. Debido a ello se empiezan a agrupar en Corporaciones de Comerciantes¹ todos aquellos dedicados al comercio de sus productos. Solo quienes estaban inscritos en ellas podían ejercer el comercio: El Registro Público de Comercio es una de las instituciones antiguas surgidas del Derecho mercantil consuetudinario como un mecanismo de agremiación en el cual los comerciantes debían inscribirse en el *Libre Mercatorum* (*Matrícula Mercatorum*), con esta formalidad se lograba dar cierta oficialidad a su calidad de comerciantes y por ende se sometían a la jurisdicción de los tribunales consulares (donde ejercía su oficio el cónsul, figura encargada de la solución de las diferencias que surgieran de las relaciones comerciales).

¹ En la baja Edad Media, cada ciudad se gobernaba a sí misma, faltando un poder unificante estatal o nacional. Dentro de las ciudades, con el desarrollo del comercio, se produjo el fenómeno corporativo o gremial. Dentro de cada ciudad, las personas que se dedicaban a una misma actividad se unieron. Los comerciantes y los artesanos se agremiaron. Se formaron corporaciones para defender los intereses comunes de los agremiados frente a un período de desintegración política, sin una autoridad central imperial fuerte. (<http://www.derechocomercial.edu.uy/ClaseEdadMedia.htm>).

Nace entonces, como un derecho corporativo. Al ser el *Ius Civile* demasiado formalista para las necesidades que presenta la actividad comercial, la cual requería de soluciones ágiles y rápidas a sus controversias, se crea el llamado *Ius Mercatorum* “basado en las costumbres o los usos de comercio, derecho basado en la forma en que se desarrollaban de hecho las relaciones comerciales entre los comerciantes inscritos en las corporaciones y que generalmente fue incorporado a los estatutos de las mismas corporaciones.”²

Consecuentemente, ese Derecho consuetudinario del *Ius Mercatorum* se recogió en Estatutos³. Nace así lo que se llegaría a conocer como “*Derecho comercial estatutario*”, con tres características muy claras:

- procedente de las costumbres,
- elaborado por comerciantes para los comerciantes agremiados, y
- aplicado por los comerciantes que integraban los tribunales especiales.

Estas normas forman la llamada *Lex Mercatoria*, Ley Mercante o Ley del Comerciante.

EL RENACIMIENTO (S. XV - S.XVI)

Es en el Renacimiento, a partir del siglo XVI, que el Derecho Mercantil evoluciona para dejar de ser un derecho subjetivo (que tiene como objeto de su regulación al comerciante), pasando a convertirse en un derecho objetivo cuyo objeto de interés será ahora el acto de comercio en sí mismo. Con este cambio decae la organización corporativa.

Es en este periodo de la historia que se da el descubrimiento de América, hecho significativo que implicará el traslado de la actividad económica de las ciudades estado italianas surgidas del feudalismo, a las grandes monarquías occidentales: España, Portugal, Inglaterra, Francia y Holanda.

“La orientación mercantilista de la economía impone una dirección y un control del tráfico mercantil. El Estado no sólo se reserva la valoración de las exigencias del tráfico y la disciplina de las relaciones comerciales, sino que mediante intervenciones directas, controla las iniciativas mismas.”⁴

Todo esto lleva a un cambio sustancial: la ley predomina sobre la costumbre, pasando a ser el Derecho Comercial un derecho estatal y nacional. “La afirmación de la soberanía del Estado, principalmente en las monarquías absolutas, inicia una tendencia hacia el *reforzamiento de la ley* como fuente del derecho. La norma escrita y de creación estatal va desplazando progresivamente a la

² Lic. Ana Lucía Espinoza Blanco, www.iusmercatorum.com

³ “Cuando un cónsul asumía el cargo, debía prestar juramento de administrar bien la corporación. Éste contenía, al principio, reglas administrativas o industriales, sobre métodos de trabajo pero, luego, se fueron incorporando normas recogidas de las costumbres. Los juramentos, las resoluciones de los Consejos y de las Asambleas se transcribían en volúmenes llamados Estatutos, en forma cronológica. Después, con el tiempo, se instituyó una Magistratura entre los comerciantes mejores, que comenzaron a poner orden sistemático en los Estatutos.” (http://www.derechocomercial.edu.uy/RespDerechoComEdadMedia.htm#_ftnref1)

⁴ Certad Maroto, Gastón, *Temas de Derecho Comercial*, Editorial Juritexto S.A., San José, Costa Rica, 3ª Edición, 2007, p.21.

consuetudinaria.”⁵ Igualmente, la jurisdicción mercantil (la habilidad para resolver conflictos) deja de ser una potestad de los mercaderes y se convierte en una actividad puramente estatal.

Es decir, los cambios se originan en dos cosas fundamentales:

- I. Las fuentes (ya no será la costumbre la principal fuente, sino la ley).
- II. La independencia con respecto a la jurisdicción (pasa de los mercaderes al Estado).

Es en esta época de la historia que surgen varios institutos: Los contratos de comercio marítimo, los títulos valores, las letras de cambio; también aparecen instrumentos jurídicos como las sociedades anónimas y las bolsas de comercio.

EDAD MODERNA (S. XV – S. XVIII) – A LA ACTUALIDAD.

En la etapa posterior al Renacimiento surgen dos instrumentos muy importantes:

- Las ordenanzas de comercio terrestre (1673).
- Una nueva versión de las ordenanzas marítimas (1681).

Ambas ordenanzas de origen francés, fueron promulgadas por el Rey Luis XIV. Su importancia radica en que reconocieron algunos actos objetivos de comercio (todo acto relacionado con la letra de cambio era un acto de comercio sujeto a la regulación de la ordenanza, sin hacer diferencia en si quien lo realizó era un comerciante o no).

Con la llegada de la Revolución Francesa (1789-1799) se llevan a la práctica los principios proclamados por aquella (libertad, igualdad y fraternidad) al Derecho Mercantil. La afirmación de la idea del libre acceso a las actividades económicas, llega al punto de suprimir mediante ley a los gremios y corporaciones profesionales⁶. Se da el surgimiento del Estado moderno, el cual interviene en las actividades mercantiles, desplazando paulatinamente a las corporaciones.

Esta realidad queda plasmada en el Código de Comercio Francés de 1807, el cual, si bien es cierto no establece un sistema de actos de comercio propiamente dicho, logra delimitar entre las competencias

⁵ Zegarra Mulánovich, Álvaro, Notas de Derecho Mercantil (Parte General), p. 4. Documento en formato PDF en la dirección web <http://es.scribd.com/doc/49868231/Notas-de-Derecho-Mercantil-I-Introduccion>

⁶ Es la ley conocida como Ley Le Chapelier (del nombre del abogado bretón Isaac le Chapelier, que había presidido la sesión del 4 de agosto de 1789 en la Asamblea Nacional en la que se decretó la abolición del feudalismo), promulgada en Francia el 14 de junio de 1791, en plena Revolución francesa, instaura la libertad de empresa y proscribire las asociaciones y corporaciones gremiales de todo tipo. Es reconocida por su efecto de prohibir la libertad de asociación. Esta ley fue aprobada en el contexto de la desaparición del Antiguo Régimen y de las corporaciones que lo constituían, tanto los órdenes privilegiados como los gremios, que impedían el libre ejercicio profesional. (Fuente: Wikipedia)

de los Tribunales resolver las diferencias relacionadas a los actos de comercio surgidos entre toda clase de personas⁷.

Es así como estos primeros códigos comerciales empiezan a darle forma a la idea de que comerciante es aquella persona que realiza actos de comercio como profesión habitual.

Ya en pleno siglo XX, con la llegada de Benito Mussolini y el ascenso al poder del Nacionalsocialismo en Italia, se cambia el término de comerciante por el de empresario. “El derecho comercial debía ser, así, el derecho de las empresas, el derecho que regulaba no actos aislados y ocasionales, sino el fenómeno de organización y de masa en que se había convertido el comercio”⁸.

El régimen fascista entronizado en Italia “propiciaba la formación de un Estado corporativo en el cual, a diferencia del sistema corporativo medioeval en que predominaba la autonomía de los gremios respecto del Estado, la organización de las diversas categorías profesionales sirviese de instrumento unitario de la política económica del Estado.”⁹ Todo este movimiento terminaría más adelante en la unificación legislativa del Código Civil y del Código de Comercio, proyecto que daría a luz el Código Civil Italiano de 1942.

2. EL DERECHO COMERCIAL EN COSTA RICA.

Con la llegada de la Independencia, nuestro país se encuentra en la situación lógica de no poseer un Derecho Privado propio, por lo cual sigue utilizando aquellas herramientas jurídicas creadas durante el periodo colonial.

Tendría que pasar algún tiempo hasta que nuestro primer Presidente, Juan Rafael Mora Porras, promulgara el primer Código de Comercio de Costa Rica, el 06 de junio de 1853. De este Código se dice que es –con las adaptaciones del caso– una copia del Código de Comercio español de 1829 que a su vez se basó en el Código de Comercio Francés (o de Napoleón).

El Código de Comercio de 1853, que muchos califican de subjetivista, se mantuvo vigente por más de cien años, hasta que en 1964 se promulgara el Código de Comercio que utilizamos actualmente, bajo la presidencia de Francisco J. Orlich (Ley No. 3284 de 30 de abril de 1964).

La promulgación de este nuevo Código no significó la derogación total del anterior, pues el Artículo I de las Disposiciones Generales y Transitorias, dejó vigente las regulaciones relativas a comercio marítimo contenidas en el Libro Tercero del Código de 1853 hasta “tanto no se dicte la legislación correspondiente...”, lo cual –a la fecha– no ha sucedido.

⁷ Lic. Ana Lucía Espinoza Blanco, www.iusmercatorum.com

⁸ Certad Maroto, Gastón, Op. Cit, p.28.

⁹ Kozolchyk, Boris y Torrealba, Octavio, Curso de Derecho Mercantil, Editorial Juritexto, San José, Costa Rica, segunda edición revisada y actualizada, 1997, p. 54.

Muchos estudiosos consideran al actual Código de Comercio costarricense como una mala copia del Código de Comercio de Honduras (aún vigente), el cual también se considera una copia literal de la legislación mercantil mexicana¹⁰.

En Costa Rica no existen Tribunales especializados en materia mercantil, pues tanto la materia mercantil como la civil es vista por un solo tribunal, el cual conoce ambas materias: el Juzgado Civil.

LA SUBJETIVIDAD Y LA OBJETIVIDAD EN EL DERECHO COMERCIAL.

A nivel teórico, el Derecho Comercial puede ser conceptuado de manera *subjetiva*, o de manera *objetiva*. Si lo consideramos un conjunto de reglas aplicables al comerciante, lo estaríamos viendo de la primera forma; si lo analizamos como un conjunto de reglas aplicables al acto de comercio en sí mismo, lo veríamos conforme a la segunda.

De manera que, acorde a la primera forma, la *subjetiva*, solamente los actos que realizaran los comerciantes serían los que tienen por objeto regular el Derecho Comercial. Se presenta aquí el conflicto de cómo determinar quién es comerciante, pues si lo definimos como comúnmente se hace, tendríamos que decir que es aquella persona que realiza actos de comercio. Esto equivaldría a caer en un círculo donde sería comerciante quien realizara actos de comercio y serían actos de comercio, los que realiza el comerciante. Debería entonces recurrirse a un criterio formal (por ejemplo, “será comerciante quien se inscriba como tal en el Registro Nacional de Comerciantes”), lo que nos lleva con otro inconveniente: la aplicación del Derecho Comercial estaría sujeta a la voluntad de los que cumplieran con dicha formalidad. Los que no lo hicieran, escaparían del campo de acción del Derecho en cuestión, restándole coercibilidad y eficacia a sus normas.

Conforme a la segunda manera de conceptuarlo, la *objetiva*, solamente ciertos negocios que tuvieran determinadas características que les permitiesen calificar como actos de comercio, serían objeto del Derecho Comercial, sin importar si la persona que los realiza es comerciante o no. Esta concepción, al prescindir de la noción de comerciante, plantea el problema de que, en la praxis, la variedad de los actos que necesitan ser reglados por el Derecho Comercial es tan grande que, solamente aplicándoles el calificativo de comerciales a aquellos que son realizados por un comerciante en el ejercicio de su profesión, sería posible identificarlos.

Esto hace prácticamente imposible la creación de un sistema de Derecho Comercial que sea puramente objetivo o puramente subjetivo. El Derecho Comercial deberá recurrir, por lo tanto, “para la calificación de las relaciones que son propias de su materia, a todos los elementos del acto jurídico – sujeto, objeto, causa y forma- y de ahí que ningún elemento en particular pueda servir, por sí solo, para abarcar el contenido total de esa rama del Derecho Privado.”¹¹

No podemos hablar, entonces, en términos absolutos, de si un sistema de Derecho Comercial es objetivo o subjetivo, sino más bien de que es más o menos objetivo, o más o menos subjetivo en

¹⁰ Para ampliar sobre el tema ver el artículo del Dr. Roberto Ramírez “La influencia de los mercantilistas y del Derecho Mercantil Mexicanos en los Códigos de Comercio de Centroamérica” en la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/facdermx/cont/121/pr/pr33.pdf>

¹¹ Kozolchyk, Boris y Torrealba, Octavio, Op. Cit., p. 48.

relación con otros. Es en este sentido que el Código de Comercio costarricense es considerado objetivo por la mayoría de los juristas, pues se basa en los actos de comercio. Sin embargo, otro grupo considera que más bien es subjetivo, basados en lo siguiente:

1. La abundante legislación comercial especial que se ha venido creando recientemente, “atiende a conceptos como el de empresa y regula los fenómenos mercantiles muchas veces tomando como base las regulaciones de ordenamientos europeos que se fundamentan en la figura de la empresa.”¹²
2. La ley 7472 de Promoción de la Competencia y Defensa Efectiva del Consumidor, nos habla de los agentes económicos (artículo 2).
3. La ley 7527 de arrendamiento urbanos y suburbanos la cual define el establecimiento comercial utilizando el perfil funcional de la empresa.
4. Las recientes modificaciones a la legislación bancaria, las cuales hacen mención a los grupos de poder económico.

Dice Certad Maroto “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. En efecto, así lo enuncia el artículo 1°...”, y más adelante agrega: “No creemos nosotros, contra el criterio expuesto por alguno, que nuestro actual código sigue la teoría de la empresa, no solo porque carecemos de una disciplina general de la empresa, de la hacienda y del empresario, sino porque en las pocas referencias que a ella se hacen en los artículos diseminados a todo lo largo y ancho del código, sin ningún criterio sistemático, se adoptan distintas e inconstantes nociones de empresa...”¹³

Efectivamente, esa posición de que nuestro actual código se basa en el concepto de empresa, es defendida por algunos juristas, encontrando en el Dr. Fernando Mora su principal exponente. El Dr. Mora basa su posición en un meticuloso estudio que hace del Código de Comercio buscando extraer de éste elementos propios que puedan situar nuestra legislación dentro de la corriente de la teoría de la empresa¹⁴.

Sin embargo, la crítica que se le hace a este planteamiento es que no podemos tomar en forma aislada los artículos donde se menciona la palabra empresa y extraerlos de la concepción general de dicho código.

Lo que sí debe quedar claro es que, indistintamente de que se considere a nuestro código objetivo o subjetivo, nuestro Derecho Comercial es “un sistema dualista puesto que tenemos un Código Civil y un Código de Comercio, además de varias leyes comerciales especiales.”¹⁵

¹² Lic. Ana Lucía Espinoza Blanco, www.iusmercatorum.com

¹³ Certad Maroto, Gastón, Op. Cit, p.187.

¹⁴ “...considero que un atento estudio de nuestro *Código de Comercio* nos puede enseñar que si bien la intención del legislador fue redactar una ley que regulara actos y contratos objetivamente ... comerciales, la sana intención de introducir posiciones más modernas en cuanto a ciertas instituciones del Derecho Comercial lo llevó a hacer, en forma involuntaria y quizá por desconocimiento de los sistemas de derecho mercantil, regulaciones que niegan la existencia de un Código de los actos objetivos de comercio....” Introducción al Derecho Comercial, pp. 35-47.

¹⁵ Lic. Ana Lucía Espinoza Blanco, www.iusmercatorum.com

Las legislaciones que siguen un sistema de Derecho Comercial mayoritariamente objetivo, caen en la trampa de hacer una lista de los actos de comercio, es decir, caen en la taxatividad. En nuestro código, si bien no aparece en ningún artículo una lista expresa de cuáles son considerados actos de comercio, bien se podría confeccionar una luego de un estudio completo del articulado contenido en él (en otras palabras, es taxativo).

Otras, en cambio, prefieren una lista ejemplificativa, lo que nos obligaría a recurrir a la analogía para poder integrar a las nuevas figuras contractuales que surjan, como parte de los actos y contratos regidos por el Código de Comercio.

El problema, sin embargo, se presenta a la hora de buscar un elemento común que pueda ser utilizado para servir de base a la analogía. Algunos estudiosos consideran que el lucro puede ser ese elemento común, pues éste es usado, generalmente, como criterio para diferenciar lo mercantil frente a lo civil.

Esta posición se cae fácilmente si consideramos que el lucro no es una exigencia en los diferentes actos de comercio, pues así no lo ha dispuesto el legislador. Además, como elemento subjetivo, resulta muy difícil de probar.

Por este motivo, algunos han propuesto otros criterios que puedan ser más útiles que el lucro, para ser utilizados como un elemento común para servir de base a la analogía: la intermediación, el de empresa, las condiciones de la actividad empresarial, el del maquinismo e industrialismo, etc.

3. DEFINICIÓN DE DERECHO COMERCIAL

No resulta sencillo hacer una definición de lo que es el Derecho Comercial. Para Certad Maroto “es una fórmula convencional con la que tradicionalmente se indica un conjunto orgánico de normas dirigidas a regular una cierta categoría de relaciones privadas individualizada convencionalmente: la de las relaciones comerciales.”¹⁶

Efectivamente, es una idea generalmente aceptada entre los juristas, que el Derecho Comercial es una “categoría histórica”, un concepto cuyo contenido y significado se ha ido configurando y ha venido evolucionando a través de la historia; donde ha estado sujeto a elementos de simple conveniencia de los comerciantes que le dieron origen, hasta ser utilizado como un instrumento por razones políticas y económicas, entre otras.

No existe duda, sin embargo, de que el Derecho Comercial “es parte del *Derecho privado*, aunque es cierto que, como se ha dicho, a lo interno del Estado está sujeto a la constitución económica”,...y que además “es un *derecho especial* frente al Derecho Civil, del cual surgió”, y de igual manera que éste

¹⁶ Certad Maroto, Gastón, Op. Cit, p.19.

derecho “es un derecho en *constante evolución*, rasgo éste que probablemente sea uno de los más definitorios dada la materia que regula.”¹⁷

Entendiendo todo lo anterior, podría ensayarse, para efectos didácticos y de estudio, la siguiente definición:

“Derecho Comercial es aquella rama de la ciencia jurídica que regula con precisión, desde el punto de vista normativo, el proceso económico de producción y cambio de bienes y servicios.”

Valga la oportunidad para señalar que *Comercial* y *Mercantil* son términos que se han venido utilizando a lo largo de la historia, para señalar un mismo objeto, por lo tanto son totalmente equivalentes entre sí. De manera que cuando se habla de Derecho Mercantil o de Derecho Comercial, hablamos de la misma materia de estudio.

Así las cosas, el Derecho Comercial puede ser caracterizado por los siguientes elementos:

1. Es una rama especial del Derecho Privado, independiente del Derecho Civil.
2. Es también objeto de normas de carácter internacional o supranacionales de organismos a los cuales nos hemos adherido (OMC, por ejemplo).
3. Tiene autonomía científica: es estudiado de manera independiente, tiene su propio campo de estudio.
4. Tiene autonomía didáctica: es enseñado de forma especializada en las universidades.
5. Tiene autonomía jurídica: existe un Código específico que regula la actividad comercial.

Asimismo, puede decirse que el Derecho Comercial tiene cinco grandes campos de estudio:

1. La intermediación en el intercambio de mercancías y servicios.
2. La producción de mercancías.
3. La actividad bancaria y de seguros.
4. El transporte de mercancías vía terrestre, marítima y aérea.
5. Todas aquellas actividades auxiliares al comercio (mediación, comisión, agencia, expedición, gestión de almacenes generales, etc.).

4. FUENTES DEL DERECHO COMERCIAL

La expresión fuentes del Derecho es utilizada en diversos sentidos, sin embargo, los dos sentidos más importantes en que se utiliza la expresión fuentes del Derecho, son el sentido *material* y el sentido *formal*. En el sentido **material**, las fuentes están compuestas por todos aquellos elementos o causas que contribuyen a su surgimiento dentro del grupo social en que son utilizadas y respetadas. En este

¹⁷ Lic. Ana Lucía Espinoza Blanco, www.iusmercatorum.com

caso, por ejemplo, la tradición mantenida entre los comerciantes, la opinión popular o incluso factores económicos, políticos o sociales.

En el sentido **formal**: las fuentes vienen a ser la forma como se exterioriza el derecho positivo, esto es, el proceso de creación de la norma jurídica.

“Las fuentes formales por excelencia del Derecho Comercial son la ley y la costumbre. La primera es expresión de los órganos competentes del Estado, en cumplimiento y ejercicio de sus potestades de imperio; y la segunda, por el contrario, es manifestación espontánea de los comerciantes, sin obviar ni minimizar la posible injerencia que los consumidores pueden llegar a tener en la formación de tales costumbres.”¹⁸

Resulta en este punto importante dejar por sentado que no existen fuentes del Derecho Comercial propiamente dichas. Recuérdese que éste Derecho es parte del Derecho Privado, cómo también lo es el Derecho Civil, del cual surgió.

Para el caso costarricense, la jerarquía de las fuentes del Derecho en general, y del Derecho Comercial en particular, están consignadas en su ordenamiento jurídico. Según establece el Código de Comercio¹⁹, la jerarquía sería la siguiente:

- I. Ley (Código de Comercio y leyes especiales en materia de comercio, Código Civil).
- II. Los usos y costumbres.
- III. Los principios generales del Derecho.

A esta jerarquía consignada en el Código Comercial se le ha señalado el defecto de anteponer el Código Civil a los usos y costumbres, pues se está con esto desconociendo la importancia histórica que ha tenido la costumbre en el desarrollo del Derecho Comercial.

De igual manera, se señala la contradicción que ésta jerarquía, consignada en el artículo segundo del Código de Comercio, presenta con la que aparece en el Código Civil, el cual prescribe claramente en su artículo 1206 que en materia mercantil se aplicarán las leyes mercantiles y los usos de comercio; solamente se aplicarán las disposiciones del Código Civil (en cuanto a sociedades civiles) en el tanto no se opondan a los anteriores.²⁰

La incongruencia es más grande si analizamos que existen en nuestro Código de Comercio disposiciones que remiten a la costumbre antes que a ley alguna, por ejemplo el artículo 278:

¹⁸ Lic. Ana Lucía Espinoza Blanco, www.iusmercatorum.com

¹⁹ **Artículo 2º.** Cuando no exista en este Código, ni en otras leyes mercantiles, disposición concreta que rijan determinada materia o caso, se aplicarán, por su orden y en lo pertinente, las del Código Civil, los usos y costumbres y los principios generales de derecho. En cuanto a la aplicación de los usos y costumbres, privarán los locales sobre los nacionales; los nacionales sobre los internacionales; y los especiales sobre los generales.

²⁰ **Artículo 1206** Las disposiciones de este título no son aplicables a las sociedades mercantiles, sino en cuanto no se opondan a las leyes y usos de comercio.

Artículo 278.

“Si para cumplir la comisión se requieren fondos, no estará obligado el comisionista a suplirlos, a menos que en el contrato respectivo, o según la costumbre del lugar, deba hacerlo. Si no se ha comprometido a anticipar fondos, no llevará a cabo la comisión en tanto el comitente no supla la suma necesaria. Lo mismo ocurrirá cuando se hayan agotado los fondos suplidos por el comitente. Si se ha obligado a anticipar fondos, así debe hacerlo, excepto en el caso de quiebra o notoria suspensión de pagos del comitente.”

Dejando de lado la discusión anterior, es importante señalar que a esta jerarquía de las fuentes del Derecho Mercantil costarricense es importante agregarle un renglón más: la de los Tratados o Convenios Internacionales de Comercio.

Un Tratado Internacional de Comercio es un acuerdo suscrito entre dos o más sujetos de Derecho Internacional y que se encuentra regido por éste. Lo más común es que sea entre Estados, o bien entre Estados y Organizaciones Internacionales. Según la Constitución Política de 1949, actualmente vigente, los tratados tienen “autoridad superior a las leyes”²¹. Costa Rica tiene, a la fecha, **diez** tratados o acuerdos comerciales debidamente ratificados, dos de carácter general, y ocho con algún Estado en particular, bien sea en forma individual, o como parte del Istmo Centroamericano (según página Web del Ministerio de Comercio Exterior de Costa Rica, <http://www.comex.go.cr/Paginas/inicio.aspx>).

Así las cosas, la jerarquía de las fuentes del Derecho Comercial costarricense sería entonces:

① Tratados internacionales de Comercio, ② La ley (entiéndase: Código de Comercio, leyes mercantiles especiales y Código Civil), ③ los usos y costumbres mercantiles, ④ Los principios generales del Derecho.

Con respecto a la costumbre, es importante señalar que está compuesta por dos elementos: uno objetivo, también llamado material; otro subjetivo, también conocido como psicológico. El objetivo o material consiste en una serie de actos repetidos de una forma constante y uniforme; es necesario entonces que el uso sea general, que no sea la práctica de algunos pocos individuos. El subjetivo o psicológico consiste en la convicción común de que se trata de una práctica obligatoria, de la cual surgen derechos y deberes; es cuando en su interior el individuo se concientiza en la necesidad de comportarse de cierta manera, para no recibir el reproche social.

Al respecto señala, sobre la costumbre, nuestro Código de Comercio lo siguiente:

²¹ **ARTÍCULO 7º.-** Los tratados públicos, los convenios internacionales y los concordatos, debidamente aprobados por la Asamblea Legislativa, tendrán desde su promulgación o desde el día que ellos designen, autoridad superior a las leyes. Los tratados públicos y los convenios internacionales referentes a la integridad territorial o la organización política del país, requerirán de la aprobación de la Asamblea Legislativa, por votación no menor de las tres cuartas partes de la totalidad de sus miembros, y la de los dos tercios de los miembros de una Asamblea Constituyente, convocada al efecto.

Artículo 3º. Para que la costumbre sea aplicable y supla el silencio de la ley, es necesario que haya sido admitida de modo general y por un largo tiempo, todo a juicio de los tribunales. El que invoque una costumbre debe probar su existencia, para lo cual toda clase de prueba es admisible.

Artículo 4º. Las costumbres mercantiles servirán no sólo para suplir el silencio de la ley, sino también como regla para apreciar el sentido de las palabras o términos técnicos del comercio usados en los actos o contratos mercantiles.

5. LOS ACTOS DE COMERCIO.

Según nuestro Código de Comercio, los actos de comercio serían actos de naturaleza objetiva, esto es, porque nuestro Código está “estancado”, por decirlo de alguna manera gráfica, en el sistema de actos de comercio. Esto resulta evidente al analizar lo que expresa el artículo 1º de dicha ley:

“Artículo 1º. 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.”

En realidad, “acto de comercio”, es un concepto de contenido variable, que se ha producido luego de un largo proceso histórico, el cual se inició delimitando lo “comercial” a la intermediación en el cambio de mercaderías, y continuó desarrollándose y ampliándose aún más hasta supuestos adicionales tan diversos que no es posible reducirlos en una fórmula única.

“Es un concepto estrictamente de derecho positivo...de contenido variable, respecto a los distintos ordenamientos jurídicos que se suceden en el tiempo y coexisten en el espacio, así como variable y mutable es, en las diversas épocas y lugares, el ámbito del derecho comercial”.²² Es decir, acto de comercio será todo aquello que el legislador y, consecuentemente, la legislación de un país, quieran definir como tal.

Para efectos de estudio, puede conceptuarse una definición derivada de las normas existentes en nuestra legislación en materia de comercio. Así, acto de comercio será *toda aquella operación de Derecho Privado, sometida por el legislador a las normas de la legislación comercial, aún cuando tal operación no sea propiamente de comercio.*

De esta manera, podemos hablar de actos de comercio de tres tipos:

- ① Actos de comercio subjetivos: todos aquellos actos de comercio que realizan los comerciantes (sujetos), incluidos los ilícitos, constituyen actividad comercial.

²² Certad Maroto, Gastón, Op. Cit, p.170.

② Actos de comercio objetivos: los actos de comercio lo son en razón de su individualidad, sin importar quién los ejecuta, sea o no comerciante.

③ Actos de comercio mixtos: son aquellos que son comerciales para una de las partes.

De igual manera, podemos clasificar los actos de comercio como absolutos y objetivamente relativos. Son absolutos los actos de comercio de acuerdo a las características constitutivas de los mismos y no siempre se insertan dentro de la actividad comercial. Ejemplo de ellos serían los siguientes:

- I. **Títulos valores:** Un Título Valor es un documento mercantil en el que está incorporado un derecho privado patrimonial, por lo que el ejercicio del derecho está vinculado jurídicamente a la posesión del documento, éstos siempre van a ser regulados por la materia comercial, nunca por la civil. Los de mayor uso en el tráfico mercantil son el cheque, la letra de cambio y el pagaré. En el Código de Comercio se encuentran regulados en los artículos 667 al 721.
- II. **Las prendas:** Se encuentran reguladas en los artículos que van del 530 al 560 del C. Comercio. Según éste cuerpo normativo “El contrato de prenda servirá para la garantía de toda clase de obligaciones con sujeción a las reglas de los artículos siguientes, excepción hecha de préstamos que hagan las casas de empeño y montepíos, así como los almacenes generales de depósito, que se rigen por disposiciones especiales” (artículo 530). Importante destacar que “No pueden ser objeto de prenda los bienes no susceptibles de embargo o de persecución judicial. Se exceptúan los indicados en los incisos 3), 4) y 5) del artículo 984 del Código Civil²³, en cuanto a la obligación que se contraiga por el precio de adquisición de los artículos que en esa disposición se expresen, siempre que la venta se efectúe a plazo” (Artículo 532).
- III. **Sociedades mercantiles:** son aquellas sociedades que tienen por objeto la realización de uno o más actos de comercio o, en general, de una actividad sujeta al derecho mercantil. Según el artículo 17 del Código de Comercio es mercantil, independientemente de su finalidad: a) La sociedad en nombre colectivo; b) La sociedad en comandita simple; c) La sociedad de responsabilidad limitada; y d) La sociedad anónima.
- IV. **Fideicomiso:** Es un negocio jurídico en donde se deja un bien o propiedad con un propósito determinado en beneficio a alguien y en el encargo de un sujeto ajeno quien se encargará de administrar y realizar los actos tendientes al cumplimiento de quien será el poseedor posterior los bienes. Es simplemente dejar en encargo unos bienes para que alguien (persona física o jurídica) los disfrute en un tiempo posterior. Se regulan en los artículos 633 al 662. Dice el artículo 633: “Por medio del fideicomiso el fideicomitente trasmite 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.”

Son actos de comercio objetivamente relativos aquellos que cumplen ciertos requisitos (ser parte de una actividad comercial, ser realizados por comerciantes y no comerciantes) sin los cuales se consideran actos civiles, lo que haría que se rijan por el Código Civil. Como ejemplos de actos de comercio objetivamente relativos tenemos los siguientes:

²³ Son: 3) El menaje de casa del deudor, artículos de uso doméstico y ropa necesarios para uso personal, de él de su cónyuge y de los hijos dependientes que con él vivan, 4) Los libros máquinas y útiles necesarios para la profesión u oficio del deudor, 5) Los útiles e instrumentos del artesano o agricultor, en cuanto sean necesarios para su trabajo individual y el de los hijos que mantiene.

- I. **Compraventa:** Artículo 438. Será compra-venta mercantil: a) La 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; 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 adquiera 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. / Artículo 439. Se presumirá mercantil la compra-venta que realice un comerciante, salvo que se pruebe que no corresponden a alguna de las indicadas en el artículo anterior.
- II. **Préstamo:** Artículo 495. El contrato de préstamo se reputará mercantil cuando sea otorgado a título oneroso, aunque sea a favor de personas no comerciantes.
- III. **Fianza:** Artículo 509. Para que la fianza se considere mercantil, basta que tenga por objeto asegurar el cumplimiento de un acto o contrato de comercio. La fianza mercantil será siempre solidaria, salvo reserva en contrario, y en consecuencia no podrá el fiador invocar el beneficio de excusión.
- IV. **Depósito:** Artículo 521. Se estima mercantil el depósito si las cosas depositadas son objeto de comercio, y se hace a consecuencia de una operación mercantil.

6. EL COMERCIANTE.

El Código de Comercio costarricense, al referirse por primera vez a los comerciantes, dice lo siguiente:

13

Artículo 5º. Son comerciantes:

- a) Las personas con capacidad jurídica que ejerzan en nombre propio actos de comercio, haciendo de ello su ocupación habitual;
- b) Las empresas individuales de responsabilidad limitada;
- c) Las sociedades que se constituyan de conformidad con disposiciones de este Código, cualquiera que sea el objeto o actividad que desarrollen;
- d) Las sociedades extranjeras y las sucursales y agencias de éstas, que ejerzan actos de comercio en el país, sólo cuando actúen como distribuidores de los productos fabricados por su compañía en Costa Rica; y
- e) Las disposiciones de centroamericanos que ejerzan el comercio en nuestro país.

La definición o caracterización de comerciante es importante, ya que el mismo Código establece una serie de presunciones con respecto a los actos de comercio, como la contenida en el artículo 439.²⁴ Igualmente, es importante dadas las obligaciones que deben cumplir quienes son llamados comerciantes (contenidas en los artículos 234 al 271 del mismo cuerpo normativo).

²⁴ "Artículo 439. Se presumirá mercantil la compra-venta que realice un comerciante, salvo que se pruebe que no corresponden a alguna de las indicadas en el artículo anterior". Igualmente, según el artículo 1º indica que "los contratos entre comerciantes se presumen actos de comercio, salvo prueba en contrario".

También, definir al comerciante es importante, por el hecho de que la factura por compraventa es un título ejecutivo, disposición que se hizo en beneficio del comerciante²⁵; la importancia de contar con este título ejecutivo radica en que se puede iniciar la ejecución, mediante un proceso monitorio²⁶ en contra del deudor, con posibilidades de embargo, retiro y posterior remate de los bienes del deudor para cancelar la deuda vigente.

Y no menos importante, es el hecho de que los comerciantes están sujetos a un procedimiento de quiebra –en caso de una cesación de pagos– con las rigurosas consecuencias jurídicas que ello implica; mientras que las personas físicas son sometidas a una administración por intervención judicial.

A continuación analizamos esa definición del Código de Comercio, inciso por inciso:

“ a) Las personas con capacidad jurídica que ejerzan en nombre propio actos de comercio, haciendo de ello su ocupación habitual;”

Según este inciso, deben darse cuatro presupuestos o elementos en forma simultánea: personas con capacidad jurídica, que ejerzan actos de comercio, que los ejerzan en nombre propio, que ese ejercicio de los actos de comercio sea su ocupación habitual. Analicemos brevemente cada uno de estos.

① Capacidad jurídica: El Código en ningún momento señala qué debe entenderse por capacidad jurídica. Vicente Torrealba y Certad Maroto consideran que esta frase corresponde a un error de redacción, y que por lo tanto, debería decir en su lugar “capacidad para actuar”. Pero si tomamos en cuenta que la capacidad para actuar se la dan las leyes solamente a los mayores de edad (18 años), esto dejaría por fuera a los menores de edad.

Según el Código Civil todos los seres humanos poseemos capacidad jurídica, al menos así se desprende del artículo 36 de dicho cuerpo normativo²⁷. *“Ahora bien, conforme el art. 37 C.c., es mayor de edad, y por consecuencia, con capacidad de actuar y de disponer libremente de los propios bienes, todo aquél que tiene 18 años o más. No obstante, esta norma se había entendido ligada con el art. 145 del Código de Familia, Ley No. 5476 de 21 de diciembre de 1973...En otras palabras, a los menores de edad, sin distinción, se les reconocía capacidad para “administrar y disponer como si fuera mayor de edad” de los bienes que hubiere adquirido con su propio trabajo. El artículo contempla, además, la administración de bienes heredados o recibidos por donación cuando el testador o donante,*

²⁵ **Artículo 460.** La factura será título ejecutivo contra el comprador por la suma en descubierto, si está firmada por éste, por su mandatario o por su encargado, debidamente autorizado por escrito y siempre que se le agregue timbre fiscal en el acto de presentarla al cobro judicial. El valor del timbre será el que correspondería a un pagaré y se cargará al deudor como gastos de cobro.

La suma consignada en una factura comercial, se presume cierta y las firmas que la cubren, auténticas.

²⁶ Es un procedimiento judicial creado con el objetivo de cobrar de manera rápida y sencilla obligaciones de carácter pecuniario. Se ubicaba como un proceso especial cobratorio en el actual Código Procesal Civil (arts. 502 al 506), hasta que fueron derogados por la Ley de Cobro Judicial (ley N° 8624). Se dice que es especial dado que se invierte el contradictorio, es decir, que sin haber escuchado aún al demandado, el Juez le ordena pagar desde la resolución inicial, dándole para tal efecto un plazo de diez días. En la actual ley de cobro judicial, dicho plazo se amplió a quince días.

²⁷ **Artículo 36:** La capacidad jurídica es inherente a las personas durante su existencia, de un modo absoluto y general. Respecto de las personas físicas, se modifica o se limita, según la ley, por su estado civil, su capacidad volitiva o cognoscitiva o su capacidad legal; en las personas jurídicas, por la ley que las regula. (Reformado por Ley 7640 de 14 de octubre de 1996)

*respectivamente, prescribieran que no fueran administrados por los padres en ejercicio de la patria potestad.*²⁸

Con la entrada de la ley N°7739 o Código de la Niñez y la adolescencia, el panorama cambia más; relacionando los artículos 10 y 86 de dicha ley, se entiende entonces que únicamente no poseen capacidad jurídica los menores de 15 años o con discapacidad (esto por el principio existente en el Derecho de que la norma específica o especial prima sobre la norma general).

Finalmente, la Sala Constitucional, en su voto n°7115 de 16:09 horas del 6 de octubre de 1998, reafirma lo anterior al indicar que “...*Los menores de edad son titulares de derechos y obligaciones; sin embargo, su capacidad jurídica no es plena, sino que debe ser entendida dentro de los límites de su especial condición de desarrollo y dentro del marco de protección reconocido por la Constitución Política. Se estima que (los menores)... son susceptibles de ser considerados activamente en los asuntos que les incumben, conforme a su madurez emocional. Se supera en el Código de la Niñez el presupuesto de la doctrina de la situación irregular en la que los menores eran concebidos como simples objetos de protección y se sustituye por la doctrina de los menores como sujetos activos de derechos y obligaciones...*”

Cerraremos el tema relativo a la capacidad jurídica, diciendo que es claro que a partir de los 15 años existe capacidad para actuar, y que antes de esa edad podría existir dicha capacidad si, como lo anota claramente la Sala en la resolución anteriormente citada, si tiene “madurez emocional” que se los permita.

② Que ejerzan en nombre propio: Actuar en nombre propio significa que uno sea el sujeto sobre cuyo patrimonio recaigan los efectos jurídicos de los actos realizados, en este caso, actos de comercio. Se *contrapone esta expresión a la de actuar “a nombre ajeno” que sintetiza la actividad característica del representante (representante directo) que, ostentando un poder suficiente, emite por otro una manifestación de voluntad cuyas consecuencias jurídicas (derechos y obligaciones) afectan sólo el patrimonio del representado, sin afectar su propio patrimonio.*²⁹ Pero no significa que los realice personalmente, pues bien podría hacerlo a través de un representante que actúa en su nombre.

Por tanto, lo que determina en este sentido que un individuo sea legalmente comerciante, es el hecho de que los efectos jurídicos de su actividad incidan directamente sobre su patrimonio.

Además, el hecho de actuar por cuenta propia implica hacerlo bajo un nombre comercial, como lo indica el Código de Comercio:

Artículo 242. Todo comerciante ejercerá el comercio y suscribirá los documentos relativos a su giro, con un nombre que constituirá su distintivo comercial. Ningún comerciante podrá, individualmente, usar como razón comercial nombre distintivo del suyo.

²⁸ Lic. Ana Lucía Espinoza Blanco, www.iusmercatorum.com

²⁹ Kozolchyk, Boris y Torrealba, Octavio, Op. Cit., p. 70.

Existe, dentro de dicho Código, una figura que se llama comisionista, definido como aquel “*que se dedica profesionalmente a desempeñar en nombre propio, pero por cuenta ajena, encargos para la realización de actos de comercio. Actuando a nombre propio, el comisionista asume personalmente la responsabilidad del negocio; y el que contrate con él no adquiere derecho alguno ni contrae obligación respecto al dueño del mismo.*”³⁰

③ Actos de comercio: Sobre los actos de comercio ya se habló suficiente en el apartado 5. Basta ahora agregar, que no va a ser propiamente el acto de comercio lo que pueda hacer o no del sujeto un comerciante, sino más bien la manera como se realice: únicamente aquellos actos de comercio de los cuales se puede hacer una profesión (por el ejercicio habitual de éstos), pueden darle la condición de comerciante a un individuo.

④ La ocupación habitual: Pero no basta con la habitualidad, también debe implicar que el ejercicio habitual de esos actos de comercio signifique la fuente de sustento de quien los ejerce.

*“Así, por ejemplo, el ama de casa y su tendero realizan habitualmente los mismos negocios todas las semanas; él le vende a ella comestibles. Pero solo él lo hace como actividad profesional porque la idea de profesión implica, además de la repetición constitutiva del hábito, el ejercicio público de una actividad estable como medio de ganarse la vida. No actúa profesionalmente quien no busca ningún provecho económico; tampoco lo hace quien solo actúa privadamente o en secreto o sin propósito de perduración.”*³¹

Efectivamente, así lo menciona el Código Civil:

Artículo 6º. 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.

b) Las empresas individuales de responsabilidad limitada;

Este es un esquema de organización comercial regulado por primera vez en el Código Civil del Principado de Liechtenstein de 1926. Nuestro país fue el segundo en el mundo –y el primero en el continente—en registrar a la empresa individual de responsabilidad limitada (E.I.R.L.) en su legislación: se encuentra regulada en el Capítulo II del Título I, Libro I del actual Código de Comercio, concretamente en los artículos que van del 9º al 16º.

³⁰ Artículo 273

³¹ Kozolchyk, Boris y Torrealba, Octavio, Op. Cit., p. 74.

Con esta figura se quiebra el dogma del patrimonio único, pues un individuo toma una parte de su patrimonio y lo dedica a una actividad específica siendo ésta parte la única que responda por la totalidad de las obligaciones que contraiga la EIRL.³²

“Tiene la ventaja de que, al poder ser constituida y continuar siendo de un solo titular, ayuda a evitar el uso fraudulento de las sociedades de capital, a saber la Sociedad de Responsabilidad Limitada y la Sociedad Anónima, e igualmente ayuda a evitar el uso de tales tipos de sociedades con un solo socio; pero tiene varias desventajas, por ejemplo, que es difícil diferenciar la titularidad de los bienes no registrales del patrimonio personal del titular, de los bienes no registrales del patrimonio de la EIRL, confusión que, como se comprenderá, podría operar en perjuicio de acreedores; cuestión esta última que se agrava al considerar que en el caso de la EIRL no hay dos voluntades diferentes, el titular de la EIRL y la propia EIRL solo tienen una misma y sola voluntad, obviamente sin conflicto ni contraposición de intereses.”³³

c) Las sociedades que se constituyan de conformidad con disposiciones de este Código, cualquiera que sea el objeto o actividad que desarrollen;

Nuestro Código se desentiende de la actividad que realizan las sociedades, para ponerle atención a la forma en que éstas se constituyen, es decir, que considera comerciante a la sociedad que se constituya ajustada a cualquiera de los tipos sociales previstos y regulados por él, y que son los siguientes:

Artículo 17. Es mercantil, independientemente de su finalidad:

- a) La sociedad en nombre colectivo;
- b) La sociedad en comandita simple;
- c) La sociedad de responsabilidad limitada; y
- d) La sociedad anónima.

Estos son los cuatro tipos de sociedades comerciales reguladas en nuestro Código de Comercio. Cualquiera de ellas, una vez inscritas como lo establece el Código, poseen personalidad jurídica propia (diferente de la de sus socios).³⁴

d) Las sociedades extranjeras y las sucursales y agencias de éstas, que ejerzan actos de comercio en el país, sólo cuando actúen como distribuidores de los productos fabricados por su compañía en Costa Rica;

Este es un criterio de hecho, más no de forma. Existe con esto un desafortunado problema de redacción, pues se dice en dicho inciso que las sociedades extranjeras (incluidas sus sucursales y agencias) se considerarán comerciantes cuando distribuyan los productos fabricados por su compañía en Costa Rica.

³² **Artículo 12.** Únicamente el patrimonio de la empresa responderá por las obligaciones de ésta, sin que al propietario le alcance responsabilidad alguna, pues su obligación se limita a aportar el capital.

³³ Lic. Ana Lucía Espinoza Blanco, www.iusmercatorum.com

³⁴ Para más detalles, ver artículos 18, 19 y 20 del Código de Comercio.

Así entendido, entonces, cuando estas compañías desarrollen actos de comercio diferentes al de distribuir los productos fabricados por su compañía en Costa Rica, no se considerarán comerciantes, por lo que no estarían sujetas a las obligaciones que tienen éstos, ni por supuestos, a la quiebra.

Y por último, el inciso **e) Las sociedades de centroamericanos que ejerzan el comercio en nuestro país.**

Este inciso, igualmente plantea otro problema: lo que interesa aquí es la nacionalidad de los socios de la compañía, o al menos así lo parece, produciendo ambigüedades y serias dudas sobre su contenido.

7. CONCEPTO DE PERSONA

Se designa con el nombre de persona a todo aquel ser capaz de adquirir derechos y de contraer obligaciones. En derecho se distinguen dos clases de personas:

- Las denominadas personas físicas, también conocidas como personas naturales³⁵,
- Las llamadas personas jurídicas, es decir, los sujetos de derechos y obligaciones que no son la **persona natural o física**; es decir, ni el hombre ni la mujer.

Las personas jurídicas son una ficción legal, jurídica, creada por disposición de la ley. Se les asignan características que las personas físicas ya poseen. Son entidades que no asumen los atributos de la personalidad sino por el reconocimiento o autoridad que la ley les imprime. Ejemplos de ellas serían las sociedades mercantiles, las municipalidades, las instituciones de beneficencia.

18

8. LAS COMPAÑÍAS O SOCIEDADES

Una sociedad o compañía es, en un sentido lato, cualquier organización de individuos unidos entre sí para un fin común que se proponen alcanzar a través de una acción conjunta.

Cuando ese fin perseguido consiste en la obtención de una ventaja de tipo económico —entiéndase lucro—esa sociedad o compañía entra en la esfera del derecho, y por lo tanto debe apegarse a disposiciones especiales.

Jurídicamente, la sociedad se define como aquel contrato por medio del cual dos o más personas acuerdan aportar en común alguna cosa con el objetivo de obtener de ello beneficios económicos que puedan repartir entre sí.

³⁵ El hombre o la mujer como sujeto jurídico, con capacidad para ejercer derechos y contraer y cumplir obligaciones. La calificación recalca su condición de ser **por naturaleza**, para contraponerla a la **persona abstracta...** Manuel Ossorio, **Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales.**

En la sociedad es posible distinguir dos momentos; uno, el acto de constitución, que gran parte de la legislación y doctrina comparada califican de contrato, y el otro, la sociedad como organización.

Con relación al primero, es decir al llamado pacto social, es necesario indicar que su naturaleza se ha discutido hasta el punto que llega a debatirse si nos hallamos ante un verdadero contrato, dada la multiplicidad de personas que pueden participar en la fundación de la sociedad y el hecho de que, como efecto de esa fundación, va a surgir una organización que va a dar lugar a relaciones jurídicas ya no directamente entre las personas que participaron en el acto constitutivo de la sociedad, sino entre ellas y la organización que alcanza una personificación jurídica.

Es por esta situación que parte de la doctrina se haya referido, desde el siglo pasado, a un "acto conjunto de creación", a un "acto colectivo", a un "acuerdo jurídico-social unilateral de fundación", etc. Sin embargo, la doctrina mayoritaria se inclina por indicar que, aun cuando el contrato de sociedad tiene aspectos que le son particularmente característicos, su naturaleza debe mantenerse dentro del campo contractual, que se caracteriza por ser un contrato de organización, dado que la finalidad principal del contrato es precisamente crear una organización que tiende a personificarse.

Enmarcado en esta tendencia se encuentra nuestro Código Civil, que en varios artículos hace mención al contrato de sociedad.

En términos generales, podemos decir que las sociedades pueden clasificarse en tres tipos:

- i. Sociedades irregulares: son aquellas sociedades a las cuales les falta uno de los requisitos para ser inscritas; ellas poseen, entonces, prueba documental de su existencia.
- ii. Sociedades de hecho: son sociedades que funcionan como tales, pero que en definitiva no cuentan con documentos que prueben su existencia, o que sirvan como requisitos para su inscripción. Para probar su existencia se recurre a todos los medio lícitos existentes, salvo a los testigos.
- iii. Sociedades de derecho: aquellas que han cumplido con todos los requisitos de ley, y se constituyeron ante notario público, por lo que se dice que "se encuentran a derecho".

8.1 ELEMENTOS CONSTITUTIVOS DE LA SOCIEDAD

Para constituir una sociedad como tal, es necesaria la existencia de una serie de elementos esenciales:

1. **DE CARÁCTER PATRIMONIAL.** Consiste en el aporte de los socios o accionistas. Nuestro Código Civil permite que el aporte de los socios pueda ser de distintos tipos de bienes y no necesariamente dinero en efectivo, puede ser también en conocimiento o trabajo³⁶. En todo caso, los aportes deben ser susceptibles de convertirse en bienes líquidos.

El aporte de cada accionista se reflejará en un porcentaje de participación del capital social, que es un monto simbólico que sirve para determinar el porcentaje de acciones de cada socio. Así, los aportes de los accionistas son representados por acciones liberadas que corresponden a su valor declarado en dicho título. No debe confundirse con el patrimonio social, el cual consiste en el valor real de la empresa o sociedad (es el resultado de tomar los activos y restarle los pasivos).

³⁶ Artículo 1196.

Esa participación del capital social determina la capacidad que tendrá el accionista para la toma de decisiones a lo interno de la sociedad. Debido a esto, en la praxis, no es conveniente que la participación sea muy equilibrada (50 y 50, por ejemplo) pues tendería a entorpecer la toma de decisiones.

2. **DE CARÁCTER PERSONAL.** Las sociedades se componen de personas. En esta composición, pueden existir únicamente personas físicas, personas jurídicas, o incluso la combinación de ambas (mixtas).
3. **ELEMENTO FORMAL.** Para su constitución, las sociedades requieren de una serie de requisitos que deben ser presentados ante un notario público, y que los recoge el Código de Comercio en el artículo 18. De estos elementos, los más importantes serían:

1) Lugar y fecha en que se celebra el contrato: Su importancia radica en el hecho de que es el momento del nacimiento de la Sociedad dentro de la esfera del Derecho, a no ser que señalen al efecto una fecha posterior.

2) Nombre y apellidos, nacionalidad, profesión, estado civil y domicilio de las personas físicas que la constituyan: para efectos jurídicos, pues existen disposiciones en nuestras leyes que reservan cierto tipo de explotaciones solo a las sociedades de nacionales (por ejemplo, todo lo relacionado con las concesiones en zona marítimo terrestre).

3) Razón social o denominación: este es el nombre por el cual se va a conocer la sociedad, y puede ser como denominación social (o nombre de fantasía, por ejemplo, Brisas del Campo S. A.), o como razón social, que consiste en tomar los nombres o los apellidos de los socios, una combinación de ambos, o las abreviaturas de los apellidos, para formar así el nombre (por ejemplo, Jiménez y Tanzi).

Básicamente, con relación a la razón social o denominación, existen reglas sobre qué puede y qué no puede hacerse en la inscripción:

NO PUEDE HACERSE	SÍ PUEDE HACERSE
Inscribirse con un nombre existente.	Usarse números o fecha como nombre.
Inscribirse con un nombre genérico	Usarse un nombre de fantasía o imaginario.
Inscribirse con un nombre denigrante, contrario a la moral y las buenas costumbres.	Usarse los apellidos, nombres personales, combinaciones de ambos.
Inscribirse con el nombre de un país.	

4) Duración y posibles prórrogas: éste es el plazo de constitución de la sociedad. Es muy importante, ya que al vencer el plazo, muere la sociedad. En la praxis se estila utilizar un máximo de 99 años, probablemente por hacer un símil entre la persona física y la jurídica, mas no existe en la legislación costarricense una disposición a éste respecto, por lo que cualquier plazo mayor a un año es perfectamente válido.

Sin embargo, si puede existir en ello un sentido práctico, ya que con un plazo tan alto se evita el estar convocando a los socios para la modificación del mismo. El plazo sí puede ser modificado hacia abajo, es decir, puede ser reducido, pero antes debe demostrarse que no se tienen deudas con los acreedores, para evitar una posible evasión de las mismas.

5) Domicilio de la sociedad: deberá ser una dirección actual y cierta dentro del territorio costarricense, en la que podrán entregarse válidamente notificaciones de procedimientos judiciales y administrativos, así como para efectos de declarar la quiebra de una sociedad (esta debe ser declarada por el juez competente del domicilio social, según el Artículo 856 del Código de Comercio).

6) Modo de elaborar los balances y de distribuir las utilidades o pérdidas entre los socios: la entrega de dividendos puede hacerse de diferentes maneras. Pueden repartirse en forma total entre los socios (de manera proporcional a su aporte al capital social); pueden retenerse por un periodo de tiempo

determinado para ser reinvertidos dentro de la empresa (generalmente por un periodo no mayor a cinco años); o bien puede determinarse una forma mixta: un porcentaje se invierte y otro se reparte entre los socios de manera proporcional a su aporte al capital social.

7) El objeto social: Éste se hace constar mediante la determinación precisa y sumaria de las actividades que la integran. Dicha actividad siempre va acompañada del ánimo de lucro y además legalmente será considerada como una actividad de comercio, por lo que debe ser lícito y posible. Puede ser específico (explotar madera) o genérico (comercio e industria en general).

8) Agente residente: era un requisito nombrar un abogado como agente residente para que recibiera las notificaciones. Sin embargo, con la nueva ley de notificaciones, éste ha caído en desuso, pues ya no es necesaria su presencia (actualmente se notifica en el domicilio de la sociedad, o en el lugar donde se desarrolla la actividad comercial de la misma).

9) Reserva legal: se pide una cláusula de reserva de ley, que consiste en una reserva económica que sea igual o superior al 20% del valor del capital social.

10) Fecha en que iniciará operaciones.

Es obligatorio publicar un edicto en el diario oficial, y llevar la escritura o acta de constitución a inscribir en la Sección Mercantil del Registro de Personas Jurídicas, lugar donde le asignarán el número de cédula jurídica. El número de cédula jurídica es lo único que no puede ser modificado en la escritura constitutiva de una sociedad mercantil.

8.2 LAS ACCIONES Y LOS SOCIOS (Arts. 120 al 147).

En cuanto a este punto, dice el Código de Comercio:

Artículo 120. La acción es el título mediante el cual se acredita y transmite la calidad de socio. Las acciones comunes también llamadas ordinarias otorgan idénticos derechos, representan partes iguales del capital social y deberán ser nominativas. Está prohibida la emisión de acciones sin valor. Tanto las acciones comunes como las preferentes u otros títulos patrimoniales, podrán ser emitidos en moneda nacional o extranjera.

Del artículo anterior podemos extraer dos aspectos fundamentales de la acción:

- a) Es el título que acredita el carácter de socio. En esencia el poseer una acción se constituye en requisito indispensable para adquirir la condición de socio de la sociedad anónima.
- b) Representa el capital de la sociedad, pues éste se encuentra dividido proporcionalmente en partes denominadas acciones, tal circunstancia es reconocida por la ley en el artículo 120 del Código de Comercio supra citado.

Por tanto, la cantidad de acciones que se poseen determinará la participación del socio en aspectos tales como la repartición de los beneficios de la sociedad (conocidos como dividendos) y la toma de decisiones que afectarán la vida de la sociedad (mediante el derecho a voto en las asambleas).

Los socios son los accionistas proporcionales a su aporte. Los aportes de los accionistas son representados por acciones liberadas que corresponden al valor declarado en dicho título.

Las acciones, aparte de acumular el capital social de una sociedad, le dan representación al socio y a su vez logran transmitir esa calidad de socio a un tercero de una manera sencilla y eficaz, lo que no se encuentra en los demás tipos sociales. La acción en sí es un título que faculta a su poseedor para

ejercitar derechos que le son inherentes a la acción de su propiedad y a la calidad de socio que ella otorga, por ejemplo:

- Derecho a recibir dividendos
- Derecho a asistir y votar en la asamblea
- Derecho a convocar y ser convocado
- Derecho a postularse o ser postulados a un cargo de administración

Estos son derechos a título personal. Igualmente existen derechos de naturaleza colectiva, que se ejercitan en el marco de la asamblea de socios, como se verá más adelante.

Debido a que la acción constituye una parte del capital social, representa asimismo una suma de dinero o un valor determinado. Se denomina "valor nominal" a aquel valor consignado en título y que indica la cuantía de la aportación inicial del accionista. Este es un valor de carácter fijo y determinado. Por otro lado, también existe el "valor real o efectivo", el cual experimenta constantes fluctuaciones y depende de la situación económica de la sociedad, siendo este un valor que aumenta o disminuye en proporción a la situación próspera o adversa de la sociedad y al patrimonio de la misma.

Finalmente existe también el "valor de cotización en bolsa", también llamado valor de mercado, el cual depende de la oferta y demanda que se genere en Bolsa sobre estos títulos cuando son transados allí.

Pueden existir varios tipos de acciones o clases. Estas clases están compuestas por un conjunto de acciones que le otorgan a su propietario idénticos derechos. Las acciones también pueden crearse con distinto contenido de derechos. Es por ello que suele distinguirse entre acciones comunes y acciones privilegiadas.

- a) Acciones comunes: son acciones comunes u ordinarias, aquellas que le ofrecen al socio el conjunto normal de derechos propios a su condición como accionista, por ejemplo, derecho al dividendo, derecho al voto, derecho a la suscripción preferente de acciones, etc.
- b) Acciones privilegiadas: conocidas también como especiales, se caracterizan por conceder algún derecho distinto a los propios de las acciones comunes, o bien, ofrecen el conjunto normal de derechos del socio más alguna ventaja adicional. Por ejemplo, la existencia de un dividendo adicional.

En nuestro país, la existencia de las acciones especiales se encuentran consignadas en el Código de Comercio:

Artículo 121. Además de las acciones comunes, la sociedad tendrá amplia facultad para autorizar y para emitir una o más clases de acciones y títulos-valores, con las designaciones, preferencias, privilegios, restricciones, limitaciones y otras modalidades que se estipulen en la escritura social y que podrán referirse a los beneficios, al activo social, a determinados negocios de la sociedad, a las utilidades, al voto, o a cualquier otro aspecto de la actividad social.

Asimismo, por la forma en que se encuentra designado su titular, las acciones se clasifican en: al portador y nominativas. Cuando se designa directamente a un sujeto determinado la acción será nominativa; en el caso contrario, si se trata de una persona no determinada serán al portador.

En Costa Rica únicamente está permitida la emisión de acciones nominativas y su transmisión se produce mediante el endoso nominativo más la inscripción en registro respectivo, mecanismo conocido como "doble legitimación".³⁷

9. LA ADMINISTRACIÓN DE LA SOCIEDAD

Una sociedad se administra mediante una serie de órganos, los cuales actúan a diferente nivel y en diferentes campos, dentro del desarrollo y desenvolvimiento de la sociedad como persona jurídica. Igualmente, al ser una persona jurídica (una abstracción del derecho), una sociedad no puede actuar por sí misma, sino que lo hace por medio de sus órganos.

Los órganos que componen a la sociedad conforman, por sí mismos, una división del poder muy similar a la planteada por Montesquieu para un Estado.

La sociedad anónima se compone por tres órganos, cuya creación y existencia es obligatoria: es exigida a través del Código de Comercio, que establece precisamente dicha estructura tripartita:

- i. La asamblea de socios
- ii. La Junta Directiva
- iii. La fiscalía

9.1 LA ASAMBLEA DE SOCIOS (Arts. 152 al 180 del C. Comercio).

El primero por su importancia y orden jerárquico es el órgano de la asamblea de socios u órgano deliberativo; éste es el ente supremo de la sociedad anónima, pudiendo decidir cualquier asunto relativo a la sociedad, inclusive su disolución, según lo señala el Código de Comercio Costarricense:

Artículo 152. Las asambleas de accionistas legalmente convocadas son el órgano supremo de la sociedad y expresan la voluntad colectiva en las materias de su competencia.

Las facultades que la ley o la escritura social no atribuyan a otro órgano de la sociedad, serán de la competencia de la asamblea.

Cuando hablamos de las acciones, dijimos que éstas autorizan a su poseedor al ejercicio de derechos que le son inherentes a la acción de su propiedad y a la calidad de socio que ésta le otorga, derechos de naturaleza o título personal. Pero hablamos también de la existencia de una serie de derechos para el accionista que son de naturaleza colectiva, y que pueden ser ejercidos únicamente en el marco de la asamblea de socios.

³⁷ **Artículo 687.** Son títulos nominativos los expedidos a favor de persona determinada, cuyo nombre ha de consignarse tanto en el texto del documento como en el registro que deberá llevar al efecto el emisor.

Ningún acto u operación referente a esta clase de títulos surtirá efecto contra el emisor o contra terceros, si no se inscribe en el título y en el registro.

Son aplicables al registro del emisor, en lo pertinente, las normas de los artículos 261 y 262. (Reformado por Ley Nº 7201 de 10 de octubre de 1990.)

La asamblea es un órgano típico y necesario, y se concibe como la reunión de accionistas, organizada obligatoriamente, por lo menos una vez al año³⁸, para su correcto funcionamiento en forma de colegio, de acuerdo con la ley y el estatuto de la sociedad, para conocer y resolver sobre los asuntos que tratará en el futuro la sociedad o para revisar las acciones y decisiones pasadas. Dicha asamblea debe ser realizada bajo el orden del día, y tiene efectos obligatorios para la sociedad y para los accionistas.

La asamblea tiene competencia para decidir sobre todos los asuntos que se refieran a la sociedad, excepto aquellos asuntos que por ley o por los estatutos hayan sido atribuidos a otros órganos.

Al estar conformada por los socios, es un requisito esencial que todos los socios tengan la posibilidad de poder asistir, sin importar si efectivamente asisten o no, lo que importa es la publicidad de la misma. Esto se garantiza a través de la debida convocatoria, la cual requiere el cumplimiento de ciertas formalidades que logran asegurar la reunión de los accionistas en la forma exigida por la ley o los estatutos, de modo que la voluntad expresada en dicha asamblea sea válida ante terceros, y se pueda externalizar³⁹.

Resumiendo, se puede afirmar que una asamblea es una reunión de socios que fueron legalmente convocados para expresar la voluntad social sobre los temas que se consideró discutir en el orden del día.

En cuanto a los tipos de asambleas, es importante decir que existen dos categorías, dependiendo de los motivos para ser celebradas:

- a) Asambleas generales
- b) Asambleas especiales

Las asambleas generales.

Las asambleas generales incluyen a todos los accionistas de la sociedad, indistintamente de las calidades y cantidades de sus acciones, y se clasifican en asambleas ordinarias y extraordinarias. Estos dos tipos de asambleas poseen propósitos muy diferentes.

Las asambleas ordinarias fueron creadas por el legislador como un medio de control por parte de los mismos accionistas de la gestión anual de la sociedad. Así lo deja entender el artículo 155 del Código de Comercio donde nos encontramos con el mandato legal de realizar este tipo de asambleas al menos una vez al año, con el fin de conocer los estados financieros de la sociedad.

Se celebrará una asamblea ordinaria por lo menos una vez al año, dentro de los tres meses siguientes a la clausura del ejercicio económico, es decir, al cierre del año fiscal, en la práctica se realizan entre setiembre y noviembre. Deberá ocuparse, además de los asuntos incluidos en el orden del día, de los siguientes:

- Discutir y aprobar o improbar el informe sobre los resultados del ejercicio anual que presenten los administradores, y tomar sobre él las medidas que juzgue oportunas;

³⁸ Artículo 155 del C. Comercio.

³⁹ Ver artículos 158, 164 y 165 del C. Comercio.

- Acordar en su caso la distribución de las utilidades conforme lo disponga la escritura social;
- En su caso, nombrar o revocar el nombramiento de administradores y de los funcionarios que ejerzan vigilancia; y
- Los demás de carácter ordinario que determine la escritura social.

En cuanto a las **asambleas extraordinarias**, los temas a tratar allí son más delicados y por lo tanto requieren de ciertas formalidades.

Artículo 156. Son asambleas extraordinarias las que se reúnan para:

- a) Modificar el pacto social;
- b) Autorizar acciones y títulos de clases no previstos en la escritura social; y
- c) Los demás asuntos que según la ley o la escritura social sean de su conocimiento.

Estas asambleas podrán reunirse en cualquier tiempo.

Para las asambleas extraordinarias no existe un mandato legal para realizarlas obligatoriamente en un periodo de tiempo dado, pues se enfocan en realizar cambios en la sociedad en cualquier momento. Esto le proporciona, a las asambleas especiales, una flexibilidad que no poseen las ordinarias, pues se pueden realizar en el momento que los accionistas estimen conveniente, o al contrario, no realizarlas en absoluto, a diferencia de las asambleas ordinarias que son obligatorias por requisito legal.

El elemento que marca la diferencia entre estos dos tipos de asamblea es el objeto, pues en ambas asambleas los temas a discutir son específicos para cada una de ellas, existe un orden del día mínimo para una asamblea ordinaria estipulado por ley, y el orden del día de una asamblea especial está regulado solo por el órgano que la convoque, lo que origina que los temas a discutir sean diferentes en ambas asambleas.

La convocatoria en las asambleas de socios.

La convocatoria a Asamblea de socios se encuentra regulada en el Código de Comercio:

Artículo 158. La asamblea deberá ser convocada en la forma y por el funcionario u organismo que indica en la escritura social, y a falta de disposición expresa, por aviso publicado en “La Gaceta”.

Se prescindirá de la convocatoria cuando, estando reunida la totalidad de los socios, acuerden celebrar asamblea y se conformen expresamente con que se prescinda de dicho trámite, lo que se hará constar en el acta que habrán de firmar todos.

Se puede convocar simultáneamente a una asamblea ordinaria y a una extraordinaria, pero no deben mezclarse las discusiones, los acuerdos o las actas de cada una. Esto es relativamente común cuando la asamblea es totalitaria, es decir, cuando se encuentra presente el 100% de las acciones, y en la asamblea ordinaria acuerdan dar por cerrada la asamblea ordinaria y continuar con una asamblea extraordinaria.

Para ser válida, la convocatoria debe cumplir con una serie de requisitos:

- Convocar a todos los socios.

- Se convocará según como se haya establecido en los estatutos (por notario, correo certificado, etc.). Si no se tuviera establecida la forma, el Código de Comercio establece que, en forma supletoria, se haga por medio de publicación en la Gaceta o en un diario de circulación nacional.
- Debe convocarse con una antelación de por lo menos 15 días naturales.
- El lugar de reunión debe indicarse claramente, y debe ser un lugar que pueda ser accesible en todo sentido para los accionistas.
- Debe hacerse la convocatoria por la persona indicada en los estatutos o, a falta de esta señalización, por el Presidente de la Junta Directiva.
- Debe contener la convocatoria: lugar, fecha, hora de reunión, temas a tratar (orden del día).
- En la hora, debe indicarse la de la primera convocatoria para efectos de quórum⁴⁰. Si éste no se consigue, se señala otra hora para segunda convocatoria. La primera y segunda convocatoria pueden hacerse simultáneamente, para momentos que estarán separados, cuando menos, por el lapso de una hora; y los acuerdos que se tomen en ella serán absolutamente válidos. La primera convocatoria busca proteger el derecho de decisión de las mayorías, mientras que la segunda lo que busca es proteger el derecho de las minorías.

El Código de Comercio autoriza a los socios convocados a revisar los libros o estados de la sociedad, para lo cual pueden hacerse acompañar por un asesor. Es por esto que los mismos deben estar a su disposición con suficiente tiempo antes de la asamblea, por lo general una semana antes.

Lo normal es que la convocatoria sea realizada por el presidente de la Junta Directiva, pero si por algún motivo el presidente no quiere convocar a la asamblea, la misma puede ser convocada por el fiscal, quien es el encargado de revisar la legalidad de lo decidido en la asamblea.⁴¹

Pero si aún el fiscal no quiere convocar a la asamblea, el accionista o grupo de accionistas que representen por lo menos el veinticinco por ciento del capital social podrán pedir por escrito ante un juez competente que haga la convocatoria, previo traslado de la petición a los administradores y siguiendo los trámites establecidos para los actos de jurisdicción voluntaria⁴².

Esta es una acción judicial no contenciosa. El juez hará el papel de presidente de la asamblea, convocará a los socios, y la asamblea se realizará en el día y hora convocados, y los actos que se sucedan en la misma deberán ser consignados en el libro de actas.

⁴⁰ El quórum para una asamblea de accionistas en la primera convocatoria es del 51% del Capital Social en la ordinaria; para una asamblea extraordinaria será de $\frac{3}{4}$ partes del capital social. Ambos tipos de asambleas se reunirán en segunda convocatoria con los socios que se encuentren presentes. El quórum solamente es necesario a la hora de iniciar la asamblea, no es necesario que se mantenga constante durante el resto de la misma, los acuerdos se toman normalmente y son igualmente vinculantes para todos.

⁴¹ Artículo 197. Son facultades y obligaciones de los fiscales: (...)

e) Convocar a asambleas ordinarias y extraordinarias de accionistas en caso de omisión de los administradores;

⁴² Artículo 159. El accionista o accionistas que representen por lo menos el veinticinco por ciento del capital social podrán pedir por escrito a los administradores en cualquier tiempo, la convocatoria de una asamblea de accionistas, para tratar de los asuntos que indiquen en su petición.

Artículo 160. La petición a que se refiere el artículo anterior podrá ser hecha por el titular de una sola acción, en los casos siguientes:

a) Cuando no se haya celebrado ninguna asamblea durante dos ejercicios consecutivos; y

b) Cuando las asambleas celebradas durante ese tiempo no se hayan ocupado de los asuntos que indica el artículo 155.

Vale la pena hacer un paréntesis para entrarle a un asunto que se las trae en este punto, el cual gira acerca de cuál es realmente el juez competente para hacer la convocatoria. A este respecto, debe decirse primero que el artículo 161 del Código de Comercio, donde se hace alusión a la situación señalada anteriormente no es claro en este punto. Se entiende, sin embargo, que se trata —eso sí—de competencia territorial.

De la competencia territorial habla nuestro Código Procesal Civil en los artículos que van del 23 al 39. Precisamente, en el artículo 30 puede leerse lo siguiente:

Artículo 30.- Interdictos, deslindes, divisiones de cosa común, concursos, sucesiones y actividades judiciales no contenciosas.

En los interdictos, deslindes y divisiones de cosa común, será competente el juez del lugar en donde esté situado el bien.

En el concurso de acreedores, el del domicilio del deudor.

En los procesos sucesorios, corresponde a los tribunales de primera instancia del último domicilio del causante; a falta de domicilio, al tribunal del lugar en que exista la mayor parte de los bienes inmuebles que formen la herencia; y a falta de domicilio y de bienes inmuebles, al tribunal del lugar en donde el causante hubiere fallecido.

Para dictar medidas provisionales en caso de ausencia, y para declarar ésta, es competente el juzgado del último domicilio conocido que tuvo el ausente en la República.

En las denuncias de impedimentos para el matrimonio, el del lugar donde se hubieren presentado los pretendientes.

Para la tutela y curatela, el del domicilio del menor o incapacitado.

Para los otros procedimientos no contenciosos, el tribunal del domicilio del promotor.

En las informaciones posesorias lo será el juzgado del lugar en donde esté situada la finca.

Entonces, siguiendo lo establecido por el Código Procesal, y siendo la solicitud judicial de convocatoria a asamblea de cuotistas de una sociedad un procedimiento no contencioso, el juez competente territorialmente para hacer la convocatoria sería el del domicilio del promotor. Así se desprende del análisis de la legislación señalada.

Sin embargo, repetidamente se ha indicado, por parte de algunos estudiosos de la legislación nacional, que el juez competente por territorio para este tipo de trámites es el del domicilio de la sociedad. El principal argumento que se esboza es que éste juez lo que hace es sustituir a los órganos de la empresa que debieron convocar a la asamblea, y que se presupone que éstos se ubican dentro del mismo domicilio social. Incluso se ha argumentado que dicho razonamiento “*presenta armonía con lo dispuesto incluso sobre competencia por territorio para conocer de las nulidades de las asambleas en que concede competencia al juez del domicilio de la sociedad —artículo 179 del Código de Comercio—*”⁴³. La duda queda pendiente...

Finalmente, sobre el libro de actas, únicamente debe agregarse que éste debe estar timbrado y legalizado por Tributación Directa.

La votación de los acuerdos.

Al inicio de la asamblea se verifica el quórum y se levanta la lista con la firma de los socios presentes. Si no fuera suficiente para la primera convocatoria, se debe indicar en el acta y se espera una hora para proceder con la segunda convocatoria.

⁴³ Sentencia 00410 del Tribunal Primero Civil, del 12 de mayo de 2010 (Expediente 08-001024-0164CI).

En los estatutos se indica quién dirige la sesión. Por lo general la dirige el presidente de la Junta Directiva, o en su defecto un presidente Ad Hoc, que puede ser el socio de mayor edad. El presidente de la Junta Directiva debe rendir el informe; si no fuera socio, no puede estar presente al inicio de la sesión, debe esperar fuera de la misma para ser llamado a rendir su informe y luego retirarse, salvo que sea invitado a quedarse.

El informe se somete a votación, y debe aprobarse o, en su defecto, improbarse, se aprueba por simple mayoría. La votación puede hacerse de forma secreta o nominal, esto es, indicándose los nombres de quienes votan y la forma en que lo hacen. Si es aprobado no puede ser revisado.

El secretario levanta el acta, la cual debe quedar consignada en el libro de actas que fue llevado a timbrar y legalizar a Tributación Directa. Allí, aparte de la hora y fecha, se deben indicar además el orden del día, el nombre del presidente, así como una síntesis de lo acordado y hacer constar cualquier otro detalle importante surgido durante la sesión, como las oposiciones y las solicitudes de los socios.

El acta debe ser firmada por todos los socios presentes al final de la asamblea; el que no aparezcan las firmas de quienes se hayan retirado durante el transcurso de la misma, no invalida la asamblea o sus acuerdos, los mismos siguen siendo vinculantes.

Por último, se acostumbra que en la próxima asamblea se lea el acta anterior, no para aprobarla como se acostumbra a decir erróneamente, sino para recordar lo sucedido en la asamblea anterior (recuérdese que los acuerdos ya fueron votados y aprobados).

9.2 LA JUNTA DIRECTIVA O CONSEJO DE ADMINISTRACIÓN (Arts. 181 al 192 del C. Comercio).

El segundo de los órganos de la sociedad es un órgano ejecutivo o administrativo: la Junta Directiva o Consejo de Administración, y se encarga de administrar a la sociedad y a dirigir sus negocios, así como de representarla. Así lo establece el Código de Comercio en el artículo 181 *“los negocios de la sociedad serán administrados y dirigidos por un consejo de administración o una junta directiva, que deberá estar formada por un mínimo de tres miembros, quienes podrán ser o no socios y ostentar las calidades de presidente, secretario y tesorero”*.

Pueden entrar en su conformación los accionistas, o bien ser personas designadas por ellos. Posee como mínimo tres miembros: un presidente, un secretario y un tesorero; aunque nada impide que pueda tener otros componentes, como uno o varios vicepresidentes, varios secretarios, y hasta vocales.

Los miembros son escogidos en la Asamblea Ordinaria en votación acumulativa⁴⁴ y se determina la forma de nombrarlos y la cantidad de puestos. Este voto acumulativo busca que la minoría de socios

⁴⁴ Salvo norma contraria en los estatutos, en la elección de consejeros, los accionistas ejercerán su voto por el sistema de voto acumulativo, así:

a) Cada accionista tendrá un mínimo de votos igual al que resulte de multiplicar los votos que normalmente le hubiesen correspondido, por el número de consejeros por elegirse.

alcance un puesto en la Junta Directiva de sociedades muy grandes. Podría acordarse que la elección se haga mediante votación nominal, pero si no se encuentra así establecido en los estatutos, el resultado de esa votación sería absolutamente nulo.

En la praxis, se busca que la Junta esté compuesta por una cantidad impar de miembros, para que se facilite la toma de decisiones. Pero, en todo caso, si existiera un empate en la votación de algún acuerdo, el voto del presidente de la Junta se contabiliza como doble. El presidente tiene el mismo poder de la Junta Directiva, pero ningún miembro de ésta puede tener más poder que el presidente. En caso de ausencia del presidente, puede delegarse la autoridad a algún miembro de la Junta Directiva, mediante poder⁴⁵.

Con respecto al poder o mandato, vale la pena decir lo siguiente:

- I. Los poderes deben ser inscritos en el Registro Nacional, Sección Personas.
- II. Los poderes generales pueden otorgarse limitando las actividades para las cuales se otorga. Por ejemplo, se da un poder general con el único fin de arrendar. Incluso puede limitarse aún más, por ejemplo, arrendar en un área determinada.
- III. El poder especialísimo se usa únicamente para actos determinados: donaciones o matrimonio, por ejemplo.
- IV. El poder más amplio reconocido en nuestra legislación es el poder generalísimo sin límite de suma, el cual permite administrar y disponer de la sociedad al antojo del apoderado.
- V. Es posible la existencia de un poder donde participen dos o más personas, actuando de manera conjunta.
- VI. El llamado poder general judicial, se le otorga a un abogado para que represente a una empresa en todos los juicios de la misma.
- VII. El poder judicial especial es otorgado a un abogado para que represente a la empresa en un juicio concreto; en este sentido, guarda similitud con el poder especialísimo. No es necesario inscribirlo en el Registro Nacional, pero sí debe cumplir con ciertas formalidades indicadas en el Código Procesal Civil⁴⁶, entre las que existe el pago de las especies fiscales correspondientes, pues de lo contrario puede hacerse merecedor a una multa. Además, sin la presencia de las especies fiscales necesarias, dicho poder no surte los efectos para los que se creó.
- VIII. **Poder y mandato** Es muy frecuente, que se hable de "poder" y de "mandato" como si se tratara de términos equivalentes, pero tal equivalencia no existe ni en la propia conformación del acto (poder, unilateral; mandato, bilateral); sin embargo, casi siempre donde hay un poder, hay un mandato.

b) Cada accionista podrá distribuir o acumular sus votos en un número de candidatos igual o inferior al número de vacantes por cubrir, en la forma que juzgue conveniente.

c) El resultado de la votación se computará por persona. (Art. 181 C. Comercio).

⁴⁵ El poder o mandato, se encuentra regulado por nuestro Código Civil en los Artículos 1251 al 1294 del Código Civil.

⁴⁶ Artículo 118.- Otorgamiento del poder.

No será necesario que el poder de quien represente a otro en proceso conste en testimonio de escritura pública, pues podrá hacerse en papel simple, con tal de que esté firmado por el otorgante, o si no supiere escribir o estuviere impedido para hacerlo, por una persona a ruego; en ambos casos debidamente autenticado por un abogado, que no sea aquel a quien se otorga el poder.

9.3 LA FISCALÍA (Arts. 193 al 200 Código de Comercio)

La vigilancia de las sociedades anónimas está a cargo de uno o varios fiscales que pueden ser o no socios, pero no puede ostentar otro cargo en la Junta; su nombramiento será de un año (salvo disposición en contrario).

El Código establece cuáles son las prohibiciones para ser fiscal:

Artículo 196. No podrán ser nombrados para el cargo de fiscales:

- a) Quienes conforme a la ley, estén inhabilitados para ejercer el comercio;
- b) Los que desempeñen otro cargo en la sociedad; y
- c) Los cónyuges de los administradores y sus parientes consanguíneos y afines hasta el segundo grado.

Así las cosas, para ser fiscal se requiere, entonces: no ser familia o cónyuge por afinidad con los otros miembros de la Junta Directiva, no ser miembro de la Junta Directiva, y no haber sido declarado en insolvencia o quiebra.

El fiscal responde a título personal y con su patrimonio en caso de quiebra de la sociedad⁴⁷, y la ley es clara en cuanto a cuáles son sus facultades y obligaciones⁴⁸.

10. EL DERECHO DE IMPUGNACIÓN Y LA NULIDAD DE LOS ACUERDOS

El derecho de impugnación es el derecho que poseen los socios de una sociedad anónima de recurrir todos los acuerdos de ésta, no importa si provienen de una asamblea de socios, o de la Junta Directiva o Consejo de Administración, en defensa de su patrimonio. Es un derecho subjetivo, pues busca la satisfacción de un interés propio del sujeto, y es de carácter personal, pues está sujeto a la condición de accionista.

El derecho de impugnación se ejerce mediante un procedimiento abreviado, pues los plazos son más cortos. Es un derecho plenario: permite la plena intervención de ambas partes. Posee la característica de que sus actos procesales precluyen, es decir, una vez pasado el tiempo para realizar el acto procesal, éste no puede ser realizado.

Cuando son decisiones que se tomaron en la Junta Directiva, en caso de nulidad, la responsabilidad es individual, nunca colegiada. Quien debe hacer la denuncia es el fiscal, pues dentro de sus funciones se encuentra la de velar porque no se tomen acuerdos nulos. Igualmente, está autorizado un tercero que se considere perjudicado por el acuerdo tomado; es el caso, por ejemplo de un acreedor.

Para ejercer el derecho de impugnación, son necesarios los siguientes requisitos:

1. *Legitimación activa* (la del titular del derecho supuestamente lesionado): esa legitimación viene dada de la siguiente forma

⁴⁷ Artículo 199 del C. Comercio.

⁴⁸ Artículo 197 del C. Comercio.

<i>Tipo de acuerdo</i>	<i>Sujetos legitimados activamente</i>
Acuerdo totalmente nulo	1. Todos los accionistas
Acuerdo anulable	1. Los socios que se vieron afectados 2. Los que no estuvieron presentes 3. Aquellos a los que se les negó el derecho de voto ilegítimamente.

Obviamente, los socios que se vieron afectados son aquellos mismos que votaron en contra del acuerdo que se pretende anular. El socio que se opone a un acuerdo debe solicitar que quede constando su oposición en el acta, para así poder ejercitar el derecho de impugnación.

2. *Legitimación pasiva* (la de quien está lesionando el derecho, es decir, la Junta Directiva o la Asamblea de Socios): la ostenta la sociedad anónima que adoptó el acuerdo que se impugna. La representa quien tenga un poder generalísimo sin límite de suma, o en su defecto, se le solicita al juez a cargo del proceso que nombre a alguien de entre los accionistas que votaron a favor del acuerdo. Igualmente, puede estar legitimado como interviniente en el proceso, algún accionista que tenga un particular interés en que dicho acuerdo se mantenga (y que por lo tanto, haya votado a favor del acuerdo), siempre y cuando lo haga bajo su propio patrocinio (que corra con sus propios costos).
Igualmente, cualquier tercero puede intervenir en el proceso, mientras tenga un interés jurídico en el proceso.

El plazo para ejercitar el derecho de anulación es de un mes, después de que fue tomado el acuerdo, si es relativamente nulo; o de un año, después de tomado el acuerdo, si éste es absolutamente nulo.

El juez competente para resolver este tipo de conflictos lo será el del domicilio registral de la sociedad anónima, y al de la cuantía respectiva (mayor o menor cuantía). Todos los procesos de anulabilidad deben ser resueltos en una sola sentencia, de allí la necesidad de la acumulación de procesos (los acuerdos impugnados pueden acumularse para el proceso, por causa o pretensión, o por identidad de las partes).

Si el juez anula el acuerdo, se retrotraen los efectos del mismo para todos los accionistas, no afectando los derechos de terceros de buena fe.

La nulidad de los acuerdos en la sociedad anónima.

Las resoluciones de la Asamblea de Socios realizadas conforme a la ley y el pacto constitutivo son obligatorias para los accionistas y de cumplimiento obligatorio para los directores (Junta Directiva o Consejo de Administración)⁴⁹. Por lo tanto, una futura impugnación de dichas resoluciones sólo se puede realizar si existió una violación a la ley o a los estatutos del pacto social, ofreciendo así la ley un instrumento adecuado para limitar a las asambleas a no sobrepasarse en su actuación ni a los límites de sus facultades legales.

⁴⁹ Artículo 175 del C. Comercio.

Dentro de este concepto de impugnación se debe entender anulable la decisión que por omisión o por acción voluntaria implique un alejamiento significativo del objeto social o cree una imposibilidad de cumplirlo. Las nulidades de acuerdos tomados por asambleas no son fáciles de lograr, pues se trata – en el fondo—de anular la voluntad de los socios mayoritarios, pero si se logra demostrar que hubo un vicio en el consentimiento o en la forma de otorgar el acuerdo, lo correcto es anularlo.

Para hacerlo, es necesario determinar en cada caso si se trata de una nulidad absoluta o una nulidad relativa, ya que dicha diferenciación cobra fuerza con respecto a los titulares que realizaron el acto.

Nulidad absoluta⁵⁰

Las nulidades absolutas se refieren a decisiones que contravengan disposiciones de orden público (las leyes), o afecten derechos inderogables de los accionistas. La nulidad absoluta se origina en un error o vicio que, por su gravedad, no puede ser subsanado.

La nulidad absoluta de lo acordado la decreta el Juez competente a petición de parte; será competente el juez del domicilio registral de la sociedad, y se hará mediante un proceso abreviado. El plazo para solicitar la declaratoria de un acto absolutamente nulo es de un año, contado a partir del momento en que se dio el acuerdo que se pide anular⁵¹. La declaración de nulidad retrotrae los efectos que haya provocado el acto anulado, salvo para los terceros de buena fe.

Nuestro Código de Comercio establece las siguientes causales de nulidad absoluta:

Artículo 176. Serán nulos los acuerdos de las asambleas:

- a) Cuando la sociedad no tuviere capacidad legal para adoptarlos;
- b) Cuando se tomaren con infracción de lo dispuesto en este capítulo; y
- c) Cuando fueren incompatibles con la naturaleza de la sociedad anónima, o violaren disposiciones dictadas para la protección de los acreedores de la sociedad o en atención al interés público.

Nulidad relativa (anulabilidad)

Se presenta cuando existe un vicio en el acuerdo, pero no es de un tipo tan grave como en la nulidad absoluta, tanto así que si nadie lo impugna, o si el órgano que tomó el acuerdo lo corrige, queda en firme.

El C. Comercio establece que el plazo para la caducidad de la declaración de nulidad es de un mes, a partir del momento en que se dio el acuerdo que se quiere impugnar⁵².

⁵⁰ “Con la expresión nulidad hacemos referencia a una valoración negativa de una situación que no integra el contenido previsto por la norma jurídica en hipótesis específica...Se habla, pues, de nulidad, cuando faltan elementos esenciales o constitutivos del negocio...” Vargas Pérez, Víctor. Derecho Privado, Litografía e imprenta LIL, tercera edición.1994, pág. 323

⁵¹ Artículo 177 C. Comercio.

⁵² Artículo 178 C. Comercio.

Aspectos procesales de interés en el proceso de anulación de los acuerdos

Para poder echar a andar un proceso de nulidad de los acuerdos de una sociedad, es importante acreditar ante el juez competente:

- La calidad de socio
- La legitimación activa

La legitimación es un requisito de fondo y de admisibilidad de todas las pretensiones de anulabilidad.

11. EL RÉGIMEN DE RESPONSABILIDAD DE LA SOCIEDAD ANÓNIMA

En el caso de las sociedades anónimas, puede existir responsabilidad civil, penal, administrativa, laboral; individualmente, o de varias de ellas al mismo tiempo (pérdida de patente, cierre de los negocios, etc.).

Frente a un caso de responsabilidad, responderán aquellos que tomaron la decisión o quienes la ejecutaron. El Código de comercio establece un régimen de responsabilidad a lo interno y otro a lo externo. A lo interno es de la Junta para con la Asamblea de Socios: los socios pueden reclamar o investigar si hay irregularidades. A lo externo, es una responsabilidad de la sociedad para con cualquiera, incluido el Estado (en materia tributaria, por ejemplo). La Junta Directiva, aparte de su función administrativa, tiene una función representativa; representa a la sociedad ante el mundo exterior, generalmente en la figura del Presidente.

La responsabilidad de los administradores de las sociedades.

En empresas muy grandes, la Junta Directiva no desarrolla todas las actividades de administración de la empresa. Poseen órganos delegados, representados por apoderados generales, pero la responsabilidad sigue siendo de ambos.

La administración de una sociedad se puede nombrar en cualquiera de tres momentos:

- 1º. Cuando se constituye la sociedad.
- 2º. En una asamblea general de socios.
- 3º. En una asamblea de socios para llenar vacantes.
- 4º. Por nombramiento judicial.

La responsabilidad civil de los administradores de las sociedades anónimas puede verse desde dos teorías diferentes: la teoría del órgano y la teoría de la representación.

De acuerdo con la teoría del órgano, quien actúa —ante terceros y a lo interno— en una sociedad, es la persona jurídica como tal. Ella y sus órganos constituyen una unidad indivisible. Considera esta teoría que las acciones del órgano de administración y sus titulares son imputables al órgano como tal.

La teoría de la representación, por su parte, considera que la persona jurídica actúa por medio de representantes, y tanto ella como sus representantes son personas jurídicas distintas. Según esta teoría, las acciones son imputables a los administradores en forma individual.

En nuestro país, la legislación establece que la administración de la sociedad es ejercida por la Junta, lo que tiene como fundamento que la responsabilidad del administrador o administradores, viene derivada del mandato (conocido comúnmente como poder). Éste se entrega por confianza, puede ser revocado o extinguirse por renuncia o muerte –de cualquiera de las partes—o por quiebra.

En la Junta Directiva existe una convivencia de figuras: la del contrato de mandato y la de la administración propiamente dicha (esto cuando los miembros de la Junta Directiva no son socios). La administración se refiere a la gestión interna de los negocios de las sociedades; la representación es la facultad de actuar frente a terceros y/o contraer obligaciones.

Para poder cumplir la función de la administración, el órgano es dotado de poderes y ámbitos competenciales. Entre los poderes, está la representación orgánica negocial; entre los ámbitos competenciales se encuentran las actividades de administración pura, que abarca aspectos técnicos, financieros y otros.

El régimen de responsabilidad de los administradores cumple, además de las funciones preventiva y reparadora del daño –además de la sancionadora de la conducta—una función de control de gestión.

El poder de representación, generalmente, es atribuido a un cargo en particular, casi siempre el de presidente de la sociedad anónima.

La administración tiene un campo de acción muy amplio, el cual es autónomo en relación a los otros órganos de la sociedad.

La responsabilidad de los administradores puede ser de dos tipos:

- 1) Responsabilidad civil: o derecho por daños de carácter indemnizatorio, es una responsabilidad frente a terceros y frente a la sociedad. Todas las legislaciones mercantiles someten a los administradores a un régimen específico de responsabilidad, dirigido a resarcir los daños patrimoniales que su actuación incorrecta le pueda causar a la sociedad o a terceros.
- 2) Responsabilidad punitiva o de índole sancionatoria: es específica por el incumplimiento igualmente específico.

La responsabilidad de los administradores surge, tanto en la relación de daños causados por ser contrarios a la ley o a los estatutos; pero también puede surgir por los perjuicios derivados de los actos realizados sin la debida diligencia correspondiente a su cargo. Se debe tomar en consideración lo siguiente:

1. Debe probarse la acción u omisión gravemente culposa y demostrarse el daño y su relación de causalidad con aquella (nexo causal).
2. Queda excluida la responsabilidad que se trata por daños causados por culpa leve o levísima.

3. Debe tenerse consideración cuando se trata de responsabilidad de los administradores evidentemente subjetiva, que se refiere a los hechos concretos.

La responsabilidad de los administradores es solidaria. Solamente es posible evitar esa solidaridad en la responsabilidad, si se ha votado en contra de un acuerdo y se ha hecho constar así en las actas. Esta situación debe hacérsela saber al fiscal. No existe responsabilidad, tampoco, cuando se está ejecutando un acuerdo de la sociedad, a menos de que sea abiertamente ilegal.

Cuando un Gerente o la Junta Directiva actúan extralimitando sus funciones u omitiendo las mismas, en atención a su mandato según lo establecido en los estatutos y el la ley y con su actuar ocasionen perjuicios dolosos o por culpa a la sociedad, a los socios o a terceros, el máximo órgano social (*Asamblea de Accionistas o Junta de Socios*) está en la potestad de iniciar las acciones legales contra dichos administradores irresponsables para que respondan solidaria e ilimitadamente por los perjuicios, dichas acciones se conocen como la Acción Social de Responsabilidad.

Esta figura está orientada a la protección o defensa del patrimonio o de los intereses de la sociedad anónima. El artículo 192 del Código de Comercio se refiere a aquellas acciones ejercidas contra los administradores por la propia sociedad, para reclamar a favor de ella la reparación del daño causado por los actos u omisiones de sus administrados:

Artículo 192. La responsabilidad de los administradores sólo podrá ser exigida por acuerdo de la asamblea general de accionistas, la cual designará a la persona que haya de ejercer la acción correspondiente.

Con la Acción Social de Responsabilidad, la que reclama es la sociedad anónima como tal, buscando la reintegración del patrimonio social dañado, por la negligencia o ilegalidad de los administradores.

De igual manera, en más de una ocasión los acreedores se encuentran ante la imposibilidad de recuperar el importe de las facturas pendientes, ante la insolvencia de la sociedad deudora. La separación entre los patrimonios social y personal de socios y administradores ayuda a que esta imposibilidad se haga realidad.

Afortunadamente el derecho crea los mecanismos que permiten saltar esta separación y poder derivar la responsabilidad de la sociedad a sus administradores. Este mecanismo es la *acción individual de responsabilidad de los administradores sociales*.

La figura conocida como Acción Individual de Responsabilidad es aquella que pueden ejercer los accionistas –a título personal—directamente contra los administradores, para buscar la reparación al daño sufrido en sus intereses individuales y patrimoniales.

La responsabilidad del accionista

Ser parte de la sociedad implica que se puede ser responsable por las actuaciones de la misma, por lo que resulta necesario aclarar que tan amplia puede ser dicha responsabilidad.

Nuestra legislación establece que la responsabilidad del socio en la sociedad anónima se encuentra limitada al aporte que proporcionó para formar el capital social, por lo que las sociedades anónimas tienen tanto auge en nuestro medio, para incentivar a las personas a invertir en proyectos comerciales, pero sin arriesgar todo su patrimonio personal en el negocio. Dicha definición se respalda en el Código de Comercio que dice:

“En la sociedad anónima, el capital social estará dividido en acciones y los socios sólo se obligan al pago de sus aportaciones.”⁵³

Es claro entonces que la regla general en las sociedades anónimas es que la responsabilidad de los socios se limita exclusivamente a su aporte en el capital social de la sociedad. Ahora, como es bien sabido, las reglas poseen sus excepciones, lo que nos obliga a exponer las siguientes dos:

1.) La limitación de la responsabilidad del socio se elimina si al momento de constituir la sociedad anónima se declara que el avalúo de los bienes aportados fue mayor al valor real que se aportó, sin importar si se incurrió en ese error por culpa o dolo. Esto porque se está engañando a terceras personas a pensar que el capital social de la sociedad es mayor al verdadero. Este caso es excepcionalmente grave, ya que puede prestarse para que la sociedad se endeude ante terceros por un monto mayor al que puede soportar su capital social, lo que generaría un perjuicio para las terceras personas que prestaron el dinero.

Si este caso se materializa, los socios no tendrán la protección legal de la limitación de la responsabilidad y serán solidariamente responsables con su patrimonio personal con la sociedad para pagar a las terceras personas por los daños y perjuicios que este valor irreal del aporte cause a estas personas. Asimismo, será también aplicable esta ampliación de la responsabilidad a los socios que consignen en la constitución de la sociedad que sus aportaciones las realizaron en dinero en efectivo, pero en realidad no lo entregaron para formar en capital social de la sociedad con que podrá trabajar. Esta excepción se encuentra regulada en el artículo 18 inciso 9 del Código de Comercio:

“La escritura constitutiva de toda sociedad mercantil deberá contener:

(...)

9) Expresión del aporte de cada socio en dinero, en bienes o en otros valores. Cuando se aporten valores que no sean dinero, deberá dárseles y consignarse la estimación correspondiente. Si por culpa o dolo se fijare un avalúo superior al verdadero, los socios responderán solidariamente en favor de terceros por el exceso de valor asignado y por los daños y perjuicios que resultaren.

Igual responsabilidad cabrá a los socios por cuya culpa o dolo no se hicieron reales las aportaciones consignadas como hechas en efectivo,”⁵⁴

2.) La responsabilidad del socio puede ampliarse a su propio patrimonio cuando el socio posee acciones suscritas y no pagadas, entonces se establece la posibilidad legal de accionar contra el suscriptor para exigirle judicialmente el cumplimiento, que sería una ejecución forzosa, o en su defecto, pedirle al juez que tenga las acciones no pagadas como acciones no suscritas, lo cual generaría una situación donde se puede pedir una indemnización de daños y perjuicios en contra del accionista, dando así una situación donde el socio tiene que responder con su patrimonio social y no sólo con el aporte que se obligó dentro de la sociedad. Este caso se encuentra tutelado cuando se relacionan los artículos 126 y 127 del Código de Comercio.

Relacionado con la responsabilidad de los accionistas se encuentra con una situación jurídica muy particular de la legislación costarricense. La ley protege a los accionistas que logren poseer el cien por ciento del capital social de la sociedad anónima y no los obliga a transformar la naturaleza de esta figura societario, ni tampoco los obliga a liquidar la sociedad anónima. La única restricción en cuando al accionista totalitario es que no se puede constituir una sociedad solo con la comparecencia de una persona, pero si se puede que posteriormente a la constitución se transfieran todas las acciones a favor de una sola persona.

⁵³ Artículo 102 del C. Comercio.

⁵⁴ Artículo 18 del C. Comercio.

Por esta razón, se podría afirmar que la legislación de Costa Rica exime de responsabilidad al accionista que posea la totalidad del capital social y no lo obliga a tomar ninguna acción para rectificar la naturaleza real de la sociedad anónima. Esto es particular, ya que en buena teoría las sociedades se constituyen por un grupo de personas y se mantienen en la vida jurídica con un grupo de personas realizando las decisiones, pero este esquema se rompe con este caso en particular. Dicha exención que otorga la ley se encuentra en el Código de Comercio que estipula lo siguiente:

“El hecho de que todas las acciones de una sociedad anónima lleguen a pertenecer a una sola persona, no es causa de disolución de la sociedad.”(C. Comercio).

Responsabilidad de los administradores

El tema de la responsabilidad del administrador se encuentra concebido en los artículos 189, 190, 191 y 192 del Código de Comercio.

En estos artículos la legislación menciona la responsabilidad de los consejeros, no así del consejo de administración, lo que da pie a afirmar que nuestro sistema legal está basado en una responsabilidad individual del consejero, es decir, responden los consejeros y no el consejo de administración como un todo. Por lo tanto, si tal responsabilidad es individual, habrá que conocer cuál ha sido la intervención de cada uno de los miembros del Consejo en el acuerdo del que surge la responsabilidad. Esto genera que se hagan las averiguaciones si tal acuerdo fue tomado por unanimidad o por mayoría, y de esta manera, excluir de responsabilidad a la persona o personas que hayan estado ausentes o que hayan manifestado su negativa con el acto en el momento de la toma de decisiones. Esta regla es establecida en el Código de Comercio que establece que:

“No será responsable el consejero que haya estado ausente o hecho constar su disconformidad con el acto en el momento mismo de la deliberación y resolución.”⁵⁵

Ahora, el quiénes pueden exigir la responsabilidad de los accionistas está regulado en el artículo 192 del Código de Comercio, que en lo pertinente expone que “la responsabilidad de los administradores solo podrá ser exigida por acuerdo de la asamblea general de accionistas...”. Lo que da a entender que la responsabilidad puede ser exigida exclusivamente por una asamblea general, que por lo general es por la disminución dolosa del capital social de la compañía lo que afecta directamente a los accionistas.

En nuestra legislación no se establece como personas autorizadas a solicitar la responsabilidad a los socios individuales, tienen que ser respaldados por la mayoría de los accionistas que voten por solicitar la responsabilidad de los administradores en una asamblea general debidamente convocada. Esto limita las facultades individuales de los accionistas, que solo pueden pedir responsabilidad si la asamblea se reúne y determina que tiene razón. Ahora si la asamblea determina que si existe una responsabilidad, entonces, debe de autorizar a una persona para que ejerza las acciones correspondientes contra el administrador responsable. Ahora, existen posibilidades de que un individuo exija la responsabilidad, como se expondrá en este trabajo.

Según nuestra legislación la responsabilidad de los administradores es solidaria, excepto en dos casos concretos: ①En los casos de delegación, siempre que por parte de los administradores no exista dolo o culpa grave, ②Cuando se trate de actos propios de determinados accionistas confiados a ellos por la escritura social o asamblea de accionistas.

Dichas excepciones se encuentran contenidas en el artículo 189 que versa:

⁵⁵ Artículo 190 del C. Comercio.

“Artículo 189.

Los consejeros y demás administradores deben cumplir los deberes que les imponen la ley y los estatutos con la diligencia del mandatario, y son solidariamente responsables frente a la sociedad de los daños derivados por la inobservancia de tales deberes, a menos que se trate de atribuciones propias de uno o varios consejeros o administradores.

Los consejeros o administradores son solidariamente responsables si no hubieren vigilado la marcha general de la gestión o si, estando en conocimiento de actos perjudiciales, no han hecho lo posible por impedir su realización o para eliminar o atenuar sus consecuencias.

Sin embargo, no habrá responsabilidad cuando el consejero o administrador hubiere procedido en ejecución de acuerdo de la asamblea de accionistas, siempre que no fueren notoriamente ilegales o contrarios a normas estatutarias o reglamentarias de la sociedad.

La responsabilidad por los actos o las acciones de los consejeros o administradores no se extiende a aquél que, estando inmune de culpa, haya hecho anotar, por escrito, sin retardo, un disenso, y dé inmediata noticia de ello, también por escrito, al fiscal; así como tampoco será responsable aquel consejero que haya estado ausente en el acto de deliberación.

Los consejeros y demás administradores serán solidariamente responsables, conjuntamente con sus inmediatos antecesores, por las irregularidades en que éstos hubieren incurrido en una gestión, si en el momento de conocerlas no las denuncia por escrito al fiscal.”⁵⁶

Asimismo, si hacemos una lectura detallada del artículo anterior se nota que la solidaridad de los administradores se extingue si uno de los administradores se opuso desde el principio a la decisión que generó la responsabilidad, como también el administrador que estuvo ausente en el acto que se otorgó la decisión que generó el daño a la sociedad.

La acción para solicitar la responsabilidad de los administradores se extingue por los siguientes casos:

1) Por la aprobación del balance, pero únicamente en cuanto a las operaciones incluidas en él o en sus anexos. Sin embargo, si la operación estaba incluida en el balance, pero la aprobación fue lograda mediante datos no verídicos, la acción no se extingue pues en este caso el acuerdo fue logrado dolosamente y a nadie le es lícito aprovecharse de su propio dolo. Tampoco se extinguirá la acción de responsabilidad contra los administradores cuando, en el momento de aprobar el balance, los miembros de la asamblea general hicieren reservas expresas, pues en este caso, la aprobación queda sujeta a condición suspensiva. Por último, tampoco extingue la acción de responsabilidad la aprobación que la asamblea general haga del balance, si en el momento del acuerdo, se resuelve ejercer tal acción.

2) Por aprobación del negocio o por la renuncia acordada expresamente por la asamblea general. La asamblea general, como órgano supremo, manifestadora de la voluntad colectiva y como órgano supremo de vigilancia de las actuaciones de los administradores es el más indicado para decidir sobre la marcha de los negocios y decidir, en su caso, sobre si exige o no la responsabilidad de los administradores. Las asambleas generales están compuestas por la reunión de los dueños del capital de la sociedad y en ellos repercute indirectamente los daños que se produzcan en el patrimonio social por la actuación dolosa o culposa de los administradores. Sólo a la asamblea le compete la decisión en cuanto al ejercicio o no de la acción de responsabilidad pudiendo en consecuencia hacer renuncia de ella o aprobar las gestiones y así la extinción de la responsabilidad de los administradores frente a la sociedad.

⁵⁶ Artículo 189 del C. Comercio.

3) Cuando los administradores actuaron en cumplimiento o en ejecución de un acuerdo de la propia asamblea general, tampoco existe acción de responsabilidad contra los administradores pues en este caso, la única responsable es la propia asamblea general. Sin embargo, los administradores si son responsables de la ejecución de aquellos acuerdos que fueren evidentemente ilegales.

Todas estas eximentes se encuentran plasmadas en el artículo 191 del Código de Comercio, lo que hace que no pueden ser modificadas por el pacto social ni por un acuerdo de asamblea, ya que son eximentes de ley.

Responsabilidad de los fiscales

La responsabilidad de los fiscales abarca el fiel cumplimiento de las obligaciones que la ley y los estatutos les impongan y serán individualmente responsables de ejercer a cabalidad dichas obligaciones. Dicha disposición se encuentra fundamentada en el artículo 199 del Código de Comercio al establecer:

“Artículo 199.-

Las personas que ejerzan la vigilancia de las sociedades anónimas serán individualmente responsables por el cumplimiento de las obligaciones que la ley, el pacto social y los estatutos les impongan.”⁵⁷

Asimismo, son responsables por los daños y perjuicios que ocasionaren a la sociedad cuando no cumplan con la obligación de abstenerse de toda intervención en un negocio en que tengan interés opuesto al de la sociedad, según lo dispone el artículo 200 del Código de Comercio.

“Artículo 200.-

Las personas encargadas de la vigilancia de las sociedades anónimas que en cualquier negocio tuvieran un interés opuesto al de la sociedad, deberán abstenerse de toda intervención en él, so pena de responder de los daños y perjuicios que ocasionaren a la sociedad.”⁵⁸

Debido a esto último, se establece la responsabilidad de los fiscales de intervenir en el manejo de la sociedad cuando sea evidente que existe un perjuicio a la misma o a los accionistas por acciones que se realizan en ese momento.

EXTRAÍDO ÍNTEGRAMENTE DE LA TESIS:

“DEFICIENCIAS DEL SISTEMA SOCIETARIO COSTARRICENSE: EL DERECHO DE INFORMACIÓN DENTRO DE LAS SOCIEDADES ANÓNIMAS”

**TESIS PARA OPTAR POR EL GRADO DE LICENCIATURA EN DERECHO
DIEGO ALONSO PACHECO GUERRERO Y GUSTAVO ADOLFO TELLINI MORA**

**UNIVERSIDAD DE COSTA RICA
FACULTAD DE DERECHO
AÑO 2008**

⁵⁷ Artículo 199 del C. Comercio.

⁵⁸ Artículo 200 del C. Comercio.

12. LA DISOLUCIÓN DE LA SOCIEDAD (Arts. 201 al 208)

La sociedad cuando quiebra, en la práctica, no se disuelve. Según nuestro Código de Comercio, las sociedades se disuelven únicamente por cualquiera de los siguientes motivos:

- a) El vencimiento del plazo señalado en la escritura social;
- b) La imposibilidad de realizar el objeto que persigue la sociedad, o la consumación del mismo;
- c) La pérdida definitiva del cincuenta por ciento del capital social, salvo que los socios repongan dicho capital o convengan en disminuirlo proporcionalmente; y
- d) El acuerdo de los socios.

Cuando se disuelve una sociedad, debe comunicarse a todos los socios de la misma. Nuestra legislación exige que se publique por una sola vez el aviso en “La Gaceta”. Cualquier persona interesada puede oponerse judicialmente a la disolución, dentro de los treinta días siguientes a la publicación, siempre y cuando dicha oposición no tenga como base en una causa legal o pactada.

En la práctica habitual, lo más común es la muerte accidental de las sociedades, y no su disolución y liquidación.

13. LA LIQUIDACIÓN DE LA SOCIEDAD (Arts. 209 al 219)

LA LIQUIDACIÓN DE LA SOCIEDAD (Arts. 209 al 219)

Una vez que la sociedad se ha disuelto, se procede al paso siguiente que sería la liquidación de la misma, conservando su personalidad jurídica para los efectos de ésta.

Se da cuando los socios deciden repartir las ganancias, las deudas y los bienes; liquidación que realiza el juez competente, que es aquel el del domicilio social. Lo primero que se hace es cancelar las deudas, así:

- 1) La Municipalidad del lugar⁵⁹
- 2) El Estado (Caja Costarricense del Seguro Social, Tributación Directa, etc.).
- 3) Otros acreedores privados.

Lo anterior se da por cuanto prima el interés social sobre el interés particular.

⁵⁹ “Las deudas por tributos municipales constituirán hipoteca legal preferente sobre los respectivos inmuebles.” Artículo 70 del Código Municipal.

14. GRUPOS DE INTERÉS ECONÓMICO⁶⁰

La finalidad de los llamados grupos de interés económico, es la explotación eficiente de los inmuebles que poseen, la diversificación en diversos sectores, así como su fortalecimiento y expansión, permitiéndoles que la unión de un grupo de sociedades pueda expandirse en el extranjero, acentuando su participación en el comercio internacional.

Pero también pueden volverse un instrumento para cometer fraudes fiscales y atropellos e injusticias en lo laboral, la evitación de impuestos puede ser legal, ilegal e incluso punible. En algunos casos, la imposición de contribuciones queda por debajo de lo que se hubiera querido obtener, de manera que llegan a pagar poco o pueden llegar a tener una exención.

Es frecuente también, que violen los derechos de los trabajadores, aprovechándose del hecho de que un trabajador no está en el deber de saber quién es su patrono. Así, mediante toda una maraña de personas físicas o jurídicas, tratan de esconder quién tiene la responsabilidad patronal con los empleados, o tratan de que la misma se diluya.

Estos grupos tienen una afectación en la economía y la política nacional; el mercado de capitales es el primer afectado, al liberar estos grupos la intervención de las empresas en los bancos, esto es, haciendo ellos sus propias compañías de inversión y dejando de utilizar los bancos. Igual sucede cuando constituyen monopolios de hecho, como es el caso de la Cervecería de Costa Rica.

La identidad del grupo es un problema difícil de solucionar, pues son una serie de personas físicas o jurídicas que se interrelacionan entre sí (relaciones de negocios, de capitales, de administración o de parentesco), pero dentro de las cuales —a su vez— se destaca una que ejerce una influencia significativa en las decisiones de las demás.

Igualmente, se puede determinar la existencia de un grupo de interés económico, con la presencia de las mismas personas en puestos directivos dentro de las diferentes empresas antes mencionadas.

La teoría de la unidad de la empresa, con la cual se analizan este tipo de situaciones, tiene como efecto jurídico mirar al grupo como un todo, superando la existencia de distintas personas jurídicas, para entenderla así como un solo sujeto de derecho.

Nuestra legislación comercial no posee ninguna norma jurídica que disponga, que dos o más personas jurídicas —que en principio son independientes— se puedan tomar como una sola e idéntica persona. Este vacío legal ha sido suplido con la Jurisprudencia generada por nuestros tribunales cuando se han juzgado este tipo de situaciones.

⁶⁰ Conjunto de dos o más personas físicas o jurídicas o una combinación de ambas, entre las cuales se den vinculaciones o relaciones de negocios, de capitales, de administración o de parentesco, que permitan a una o más de esas personas ejercer una influencia significativa en las decisiones de las demás, de conformidad con los términos establecidos en los artículos 3 y 4 del "Reglamento para el otorgamiento de crédito a grupos de interés económico".

Tomado de la página web de la Superintendencia General de Entidades Financieras de Costa Rica (<http://www.sugef.fi.cr/servicios/documentos/normativa/glosario/glosarioh.html#Grupo de interés económico>)

15. LIMITACIONES AL EJERCICIO DEL COMERCIO.

El artículo 8° del Código de Comercio, nos indica las limitaciones o incompatibilidades al ejercicio del comercio:

Artículo 8°. No podrán ejercer el comercio, aunque tengan capacidad conforme al derecho común:

- a) Los privados de ese derecho por sentencia judicial;
- b) Los quebrados o insolventes no rehabilitados; y
- c) Los funcionarios públicos a quienes la ley prohíba tal ejercicio.

Los extranjeros podrán ejercer el comercio en el territorio nacional, siempre que se hayan establecido permanentemente en el país, con residencia no menor de 10 años, sometidos al régimen jurídico y a la jurisdicción de los tribunales de la República, salvo lo que sobre el particular consignen los tratados o convenios internacionales.

En cuanto a sociedades extranjeras, se estará a lo que dispone este Código. (Reformado por Ley N° 4625 de 30 de julio de 1970)

Estas limitaciones, sin embargo, las restricciones que establece este artículo, relacionadas con el ejercicio del comercio por parte de los extranjeros, perdió su fuerza con la promulgación de la Ley 7472 de Promoción de la Competencia y Defensa Efectiva del Consumidor.

Dicha ley, en el primer párrafo del artículo 6° indica que *“Se eliminan las licencias y toda otra autorización para el ejercicio del comercio, así como las restricciones para ejercer actividades comerciales, en virtud de la nacionalidad y sin perjuicio de la normativa particular en materia laboral y migratoria.”* Con la promulgación de esta ley, entonces, se reforma implícitamente el artículo 8° del Código Civil (al menos en este punto), y el ejercicio del comercio por parte de extranjeros ya no se limita a aquellos que tienen diez o más años de residencia.

La ley 7472 también nos da, en su artículo 2°, una definición de comerciante, que resulta interesante contrastar con la que nos da el Código de Comercio en su artículo 5°:

CÓDIGO DE COMERCIO Artículo 5°	LEY DE PROMOCIÓN DE LA COMPETENCIA Y DEFENSA EFECTIVA DEL CONSUMIDOR Artículo 2°
Son comerciantes: a) Las personas con capacidad jurídica que ejerzan en nombre propio actos de comercio, haciendo de ello su ocupación habitual; b) Las empresas individuales de responsabilidad limitada; c) Las sociedades que se constituyan de conformidad con disposiciones de este Código, cualquiera que sea el objeto o actividad que desarrollen; d) Las sociedades extranjeras y las sucursales y agencias de éstas, que ejerzan actos de comercio en el país, sólo cuando actúen como distribuidores de los productos fabricados por su compañía en Costa Rica; y	Comerciante o proveedor Toda persona física, entidad de hecho o de derecho, privada o pública que, en nombre propio o por cuenta ajena , se dedica en forma habitual a ofrecer, distribuir, vender, arrendar, conceder el uso o el disfrute de bienes o a prestar servicios, sin que necesariamente esta sea su actividad principal .

e) Las disposiciones de centroamericanos que ejerzan el comercio en nuestro país. (Reformado por Ley N° 4625 de 30 de julio de 1970.)	
---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	--

Como puede verse, la Ley 7472

- ya no se hace referencia alguna a la capacidad jurídica de las personas,
- no se mencionan “actos de comercio”, sino “actividades”,
- la persona ya no debe necesariamente estar ejerciendo actividades en nombre propio, puede ser en nombre ajeno,
- las actividades de comercio ejercidas ya no deben ser necesariamente la actividad principal,
- considera por primera vez a las entidades de hecho (esto es, sociedades no inscritas como tales) y a las entidades públicas.

Igualmente, en esta ley se habla mucho del productor y el proveedor de bienes y servicios, indicando claramente que están obligados con el consumidor a respetarle sus derechos y sus intereses; el artículo 5° del Código de Comercio los deja por fuera.

16. LAS OBLIGACIONES DEL COMERCIANTE ⁶¹

Las obligaciones del comerciante serían las siguientes:

1. Respetar las condiciones de la contratación.
2. Informar suficientemente al consumidor, en español y de manera clara y veraz, acerca de los elementos que incidan en forma directa sobre su decisión de consumo. Debe enterarlo de la naturaleza, la composición, el contenido, el peso, cuando corresponda, las características de los bienes y servicios, el precio de contado en el empaque, el recipiente, el envase o la etiqueta del producto y la góndola o el anaquel del establecimiento comercial, así como de cualquier otro dato determinante. Si se trata de productos orgánicos, esta condición deberá indicarse en un lugar visible. Además, la etiqueta del producto deberá indicar cuál es el ente certificador.
3. Suministrar, a los consumidores, las instrucciones para utilizar adecuadamente los artículos e informar sobre los riesgos que entrañen el uso al que se destinan o el normalmente previsible para su salud, su seguridad y el medio ambiente.
4. Informar al consumidor si las partes o los repuestos utilizados en reparaciones son usados. Si no existe advertencia sobre el particular, tales bienes se consideran nuevos.
5. Informar cuando no existan en el país servicios técnicos de reparación o repuestos para un bien determinado.
6. Garantizar todo bien o servicio que se ofrezca al consumidor.
7. Abstenerse de acaparar, especular, condicionar la venta y discriminar el consumo.
8. Fijar plazos prudenciales para formular reclamos.
9. Cumplir con lo dispuesto en las normas de calidad y las reglamentaciones técnicas de acatamiento obligatorio.

⁶¹ Según los artículos 34 y el 67 de la ley 7472.

10. Mantener en buenas condiciones de funcionamiento y debidamente calibradas las pesas, las medidas, las registradoras, las básculas y los demás instrumentos de medición, que utilicen en sus negocios.
11. Extender la factura o el comprobante de compra, donde conste, en forma clara, la identificación de los bienes o servicios, así como el precio efectivamente cobrado.
12. Apegarse a la equidad, los buenos usos mercantiles y a la ley, en su trato con los consumidores. Toda información, publicidad u oferta al público de bienes ofrecidos o servicios por prestar, transmitida por cualquier medio o forma de comunicación, vincula al productor que la transmite, la utiliza o la ordena y forma parte del contrato. El incumplimiento de alguna de las obligaciones enumeradas en este artículo, faculta al interesado para acudir a la Comisión nacional del consumidor creada en esta Ley, o a los órganos jurisdiccionales competentes y para hacer valer sus derechos, en los términos que señala el artículo 46 de la presente Ley⁶².
13. Entregar, con carácter de declaración jurada, los informes y los documentos que se consideren necesarios para garantizar el ejercicio de sus funciones. La información suministrada es confidencial y el funcionario que viole el secreto de los datos confidenciales incurre en falta grave en el ejercicio de sus funciones.

17. LA EMPRESA

Aún y cuando se dice que la teoría de los actos de comercio se encuentra prácticamente en desuso, nuestro Código de Comercio sigue aferrado a ésta. Muy pocos se han atrevido a decir, contra la opinión de la mayoría, que nuestro sistema de derecho comercial tiene su fundamento en el concepto de empresa. La opinión más destacada en este sentido la ha manifestado el Dr. Fernando Mora.

El Dr. Mora, en su obra "Introducción al Derecho Comercial", ha dicho que un estudio atento del Código de Comercio enseña que el legislador, en forma involuntaria, hizo regulaciones que niegan la existencia de un Código de los actos objetivos de comercio, quizá por desconocimiento de los sistemas de derecho mercantil.

"El Dr. Mora analiza las regulaciones en el Código de Comercio de las figuras de la EIRL, las sociedades comerciales por la forma, los auxiliares de comercio, la compraventa mercantil, el transporte y otros casos que, en su concepto, fueron regulados en el Código siguiendo lineamientos de un código de empresa, antes que de un código de actos de comercio; de allí concluye la posibilidad de tener al actual Código de Comercio como un código de empresa."⁶³

⁶² **ARTÍCULO 46.- Acceso a la vía judicial.**

Para hacer valer sus derechos, el consumidor puede acudir a la vía administrativa o a la judicial, sin que estas se excluyan entre sí, excepto si se opta por la vía judicial.

En la vía judicial debe seguirse el proceso sumario establecido en los artículos 432 y siguientes del Código Procesal Civil. El juez, en los procesos por demandas de los consumidores para hacer valer sus derechos, una vez contestada la demanda y siempre que se trate de intereses exclusivamente patrimoniales, realizará una audiencia de conciliación con el fin de procurar avenir a las partes a un acuerdo. De no lograrse, se continuará con el trámite del proceso.

Los procesos que se entablen para reclamar la anulación de contratos de adhesión o el resarcimiento de daños y perjuicios en virtud de violaciones a esta Ley, para los cuales la Comisión nacional del consumidor no tiene competencia, serán conocidos solo por los órganos jurisdiccionales competentes, de conformidad con este artículo.

⁶³ Lic. Ana Lucía Espinoza Blanco, www.iusmercatorum.com

Esa posición del Dr. Fernando Mora ha contado con la desaprobación de la gran mayoría de quienes se han dedicado al estudio del tema. Difícilmente alguien podría interpretar nuestro actual Código como un código de empresa, pues como nos dice la Lic. Ana Lucía Espinoza Blanco “...sobre todo por el tenor literal de su artículo 1, que sin ninguna duda lo ubica como un Código de Actos de Comercio; pero sobre todo porque no hay una disciplina general de la empresa, del empresario ni de la hacienda que le dé sustento y marco a tal supuesta regulación de la empresa.”⁶⁴

El Código Civil Italiano de 1942, nacido de la unificación legislativa del Código Civil y del proyecto del Código de Comercio de 1940, fue el primero en el mundo en incorporar el concepto de empresa, convirtiéndose así en una importante fuente de estudio sobre el tema de la empresa.

Del Derecho Privado italiano podemos extraer las siguientes ideas:

- 1) Al concebirse al empresario como aquel que “ejerce profesionalmente una actividad económica organizada para la producción o el intercambio de bienes o servicios”⁶⁵, se entiende que no puede concebirla a la empresa sin la existencia del empresario.
- 2) La adquisición de la condición de empresario es fruto del inicio (de hecho) del ejercicio de la actividad.
- 3) La condición de empresario no es incompatible con el ejercicio de otra actividad distinta por parte del sujeto.

Podemos decir que, como tal, la empresa tiene dos elementos constitutivos: trabajo y capital. El elemento trabajo requiere una mínima organización de la fuerza laboral, y el capital requiere la organización de bienes. La empresa produce bienes y servicios para satisfacer una demanda del mercado.

La empresa debe reunir varios requisitos:

1. La profesionalidad: entendida como la habitualidad, una serie de actos de producción constantes y habituales. De manera que cualquier empresa que ocasionalmente produce bienes no puede considerarse una empresa como tal, pero si lo fuera de carácter estacional sí (al menos eso indica la jurisprudencia).
2. Economicidad: debe de realizar una actividad económica, asociada al concepto de eficiencia en la producción de bienes y servicios.

No debe confundirse la economicidad con el lucro (economicidad ≠ lucro), pues hay actividades económicas que tienen una función de carácter social. Existe una discusión en la doctrina de si la empresa se caracteriza o no por el lucro. Quienes piensan que no, dicen que la empresa no se caracteriza por tener como fin el lucro, sino por conseguir el objeto por la cual fue creada, por la eficiencia en la producción de bienes y servicios; lo que extiende la esfera de acción del derecho desde las actividades privadas hasta incluir las más importantes actividades públicas que son organizadas según las formas de la empresa económica.⁶⁶ Un buen ejemplo serían las cooperativas, que son consideradas empresas sin fines de lucro.

⁶⁴ *Ibidem*.

⁶⁵ Artículo 2082 del Código Civil Italiano.

⁶⁶ Certad Maroto, Gastón. *Op.Cit*, págs. 41 y 42.

3. Organicidad: debe de tener un mínimo de organización en la producción, el trabajo y el capital. La organicidad *conciérne a sujetos (colaboradores, subordinados, o autónomos del empresario) y a objetos (los bienes organizados para el ejercicio de la empresa)*⁶⁷.

Requisitos subjetivos de un empresario:

1. Profesionalidad (estabilidad en la producción de bienes y servicios).
2. Capacidad (de actuar y jurídica).
3. Imputabilidad (la posibilidad de que él pueda hacerse responsable).

Riesgos de la empresa:

1. Que los trabajadores se vayan a huelga
2. Fallas en los procesos (capital o bienes)
3. Derivados de relaciones contractuales y extracontractuales (obligaciones).

Desde un punto de vista objetivo, a la empresa lo que le interesa es la regulación de la hacienda, entendida ésta como el conjunto de bienes organizados por el empresario para la realización de los objetivos de la empresa. De manera que, cuando se traspasa la hacienda, se traspasa el elemento tecnológico, la unidad productiva.

La profesión liberal no es una empresa, pues no hay una organización de la producción, es una cuestión puramente personal, de subsistencia.

La empresa nace cuando se comienzan a organizar los elementos para la producción (trabajo, capital) y termina cuando deja de desarrollar la actividad para la cual fue creada.

Las empresas de naturaleza mercantil se dedican a la producción de bienes y servicios. A diferencia del empresario agrícola, el empresario mercantil no tiene necesariamente que ser el propietario de la hacienda.

La empresa agrícola trabaja directamente sobre el fundo, sobre la tierra. Por lo tanto, la intermediación no constituye una empresa agrícola (no tienen organización, economicidad ni profesionalidad).

“En caso de la actividad empresarial se desarrolle en un solo establecimiento, se podría decir que hacienda y establecimiento han llegado a coincidir. Sin embargo, una hacienda puede estar formada por uno o varios establecimientos, toda vez que estos sean destinados a la actividad empresarial. En otras palabras, la actividad empresarial puede ser realizada en diversas sedes geográficas, todas unidas entonces por su funcionalidad.

En el caso anterior se podría hablar de un establecimiento principal y uno o más secundarios, o bien de principal o matriz, y agencias o sucursales.

Ahora bien, todo establecimiento ha de estar ubicado en algún lugar físico. A ese lugar generalmente se le llama local. El local puede ser pequeño o grande, podría ser incluso un edificio o varios edificios, además, el local puede o no ser del empresario, o tenerlo este en arriendo, por ejemplo. Así entonces,

⁶⁷ Certad Maroto, Gastón. Op.Cit, pág. 242.

todo establecimiento implica la existencia de uno o varios locales, pero el establecimiento obviamente es algo más que el solo local, o los locales, en que se ubique y funcione.

El concepto de establecimiento no implica la necesidad de que el o los locales en que esté ubicado estén abiertos al público, piénsese por ejemplo, en los establecimientos industriales. La distinción entre local y establecimiento es importante por diversas razones, para nosotros la más importante es que el arrendamiento de un local comercial está regido por la Ley de Arrendamientos Urbanos y Suburbanos y el de un establecimiento o incluso de una hacienda, por el Código Civil.”⁶⁸

En lo relativo al traspaso de la hacienda, existe una triple ley de circulación:

- Código de Comercio (Art. 479 al 489): según el artículo 479, existe un principio de publicidad: La transmisión deberá necesariamente anunciarse en el periódico oficial por aviso que se publicará tres veces consecutivas, en el que se citará a los acreedores e interesados para que se presenten dentro del término de quince días a partir de la primera publicación, a hacer valer sus derechos. Lo que se busca con ello es evitar el fraude a los acreedores.
- Ley General de Arrendamientos Urbanos y Suburbanos (Art. 75): según este artículo *“Si por cualquier causa se traspasa el bien arrendado, la propiedad plena o el derecho de usufructo del bien arrendado, el contrato de arrendamiento continuará vigente”*.
- La regla correspondiente a cada objeto: esto es, que cada objeto individualmente considerado que se traspase de la hacienda, debe seguir la regla de circulación correspondiente a ese objeto.

La legislación mercantil señala que las sociedades constituidas a la luz del Código de Comercio son comerciales indistintamente que se dediquen o no al comercio (inciso c del Artículo 5 C. Com.). Algunos autores señalan que la falta de actividad comercial impide que se realice su objeto, por lo que no podrían considerarse como comerciales aquellas sociedades que se encuentren sin actividad.

La forma en que un comerciante demuestra que es un comerciante social, es con una certificación expedida por el registro, donde se acredite que la sociedad está inscrita y vigente.

Existen varias diferencias entre comerciante y empresario.

- Para empezar, comerciantes es cualquier persona con capacidad jurídica que ejerza actos de comercio en nombre propio o por cuenta ajena en forma habitual, pero por lo general nunca los realiza en masa; por su parte, el empresario tiene una organización y una estructura que sí le permite realizar una actividad en un volumen mayor.
- El comerciante social lo es por el simple hecho de estar constituido como tal en el registro respectivo, sin que necesariamente realice su actividad de manera continuada; el empresario, se considera como tal, por realizar su actividad en forma continua.

Con respecto a ser consumidor, existe un pronunciamiento de la Procuraduría General de la República que indica cuándo un comerciante puede ser considerado como consumidor y cuando no:

- Cuando adquiere bienes y servicios para su consumo personal, sí debe considerarse consumidor,

⁶⁸ Lic. Ana Lucía Espinoza Blanco, www.iusmercatorum.com

- Cuando adquiere productos para su hacienda productiva, no es considerado consumidor,
- Cuando adquiere bienes y servicios para reinsertarlos en el mercado, no debe ser considerado consumidor, porque el destinatario final no es él.

18. LOS AUXILIARES DEL COMERCIO

Resulta indiscutible que tanto el comerciante social como el individual, para realizar los distintos negocios que forman el objeto de su actividad económica, necesita la colaboración de otras personas. El, por sí mismo, no podría llevar a cabo los muchos y muy variados negocios que se plantean diariamente a un establecimiento comercial moderno.

“Todas esas intervenciones de otras personas en los negocios del comerciante, crean relaciones jurídicas que se desenvuelven en tres planos: a) relaciones entre el comerciante y su colaborador; b) relaciones entre el colaborador y los terceros con quienes contrata en ejecución del encargo recibido; c) relaciones entre esos terceros y el comerciante.”⁶⁹

Al ser el comercio tan vasto, los casos de cooperación y celebración de contratos ajenos pueden llegar a ser muchos, y producir relaciones jurídicas muy variadas. Es por esto que el Derecho mercantil ha recogido los casos más frecuentes, con el objetivo de poder regularlos bajo figuras determinadas.

Nuestro Código de Comercio lo hace en el artículo 272 bajo el nombre de auxiliares del comercio:

Artículo 272. Están sujetos a las leyes mercantiles en su condición de agentes auxiliares del comercio y con respecto a las operaciones que les correspondan en esta calidad:

- a) Los comisionistas;
- b) Los corredores jurados;
- c) Los factores;
- d) Los porteadores;
- e) Los agentes viajeros;
- f) Los representantes de casas extranjeras;
- g) Los dependientes; y
- h) Los agentes o corredores de Aduanas.

Para Certad Maroto⁷⁰, esta nomenclatura es incorrecta, pues en dicho artículo se encuentran mezclados tanto auxiliares del comercio como auxiliares del comerciante.

Los auxiliares del comercio pueden clasificarse de diversas maneras. Pueden ser permanentes u ocasionales; dependientes e independientes; internos o externos; comerciantes y no comerciantes; empresarios y no empresarios.

⁶⁹ Kozolchyk, Boris y Torrealba, Octavio, Op. Cit., p. 311.

⁷⁰ Certad Maroto, Gastón. Op. Cit, pág. 89.

- Permanentes: aquellos que relación de colaboración caracterizada por la permanencia y la subordinación: agentes viajeros, contabilistas, dependientes.
- Ocasionales: no existe una relación de subordinación y su relación con el comerciante no es cotidiana: el corredor jurado, el comisionista, el porteador, el agente aduanero.
- Dependientes: la subordinación los caracteriza y están vinculados con el comerciante o empresario por un contrato de trabajo. No toman decisiones, solo las ejecutan. En los artículos que van del 369 al 374 del Código se regula todo lo relacionado con los auxiliares dependientes.
- Independientes: no tienen relación laboral.
- Internos: si se encuentran a lo interno de la organización del comerciante; externos si es al contrario.
- Comerciantes: pues poseen capacidad jurídica, ejercen en nombre propio actos de comercio y hacen de ello su ocupación habitual, como el comisionista, el corredor jurado, el porteador, los agentes viajeros independientes, los representantes de casas extranjeras, los agentes de bolsa, y los agentes de aduana independientes.
- Empresarios: aquellos que poseen una estructura organizativa empresarial, básicamente los mismos que se podrían calificar de comerciantes.

En cuanto al factor, este también es conocido como gerente o administrador. Depende del comerciante o empresario, pero a diferencia de otras figuras, como el dependiente y del contabilista, puede tomar algunas decisiones para las cuales necesariamente debe estar facultado mediante un mandato⁷¹ o poder. Este poder puede ser general, lo que le permite administrar los bienes, o generalísimo, donde no solo los administra sino que puede también disponer de ellos. Cualquiera de estos poderes o mandatos deben estar inscritos en el Registro Público de la Propiedad, Sección Personas.

Nuestro Código de Comercio establece, en su artículo 315 que “Los contratos hechos por el factor en un establecimiento que notoriamente pertenezca a persona o sociedad conocida, se tienen por celebrados por cuenta del propietario del establecimiento, aun cuando el factor no lo declare al tiempo

⁷¹ En Derecho Civil, contrato que tiene lugar cuando una parte da a otra el poder, que ésta acepta, para representarla al efecto de ejecutar en su nombre y por su cuenta un acto jurídico o una serie de actos de esa naturaleza. El *mandato* puede ser *gratuito u oneroso*, según que el mandatario sea retribuido económicamente o no. Se presume que es *gratuito* cuando no se ha convenido cosa distinta, y se presume que es *oneroso* cuando consiste en atribuciones o funciones conferidas por la ley al mandatario, en trabajos propios de la profesión lucrativa del mandatario o de su modo de vivir. Puede ser *tácito y expreso*, según que resulte de los hechos positivos del mandante, de su inacción, de su silencio, o de haberse hecho constar en instrumento público o privado, en cartas o verbalmente. Asimismo puede ser general, si comprende todos los negocios del mandante, y *especial*, si se refiere a negocios determinados. OSSORIO, Manuel. Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales. 1ª Edición electrónica Realizada por Datascan, S.A. Guatemala, C.A.

de celebrarlos, siempre que tales contratos recaigan sobre objetos comprendidos en el giro o tráfico del establecimiento; o si, aun cuando sean de otra naturaleza, resulta que el factor obró con órdenes del comitente, o que éste aprobó su gestión en términos expresos, o por hechos positivos que induzcan a presunción legal.”

Igualmente, de los artículos 296 al 313 se regula todo lo relacionado con los corredores jurados. Este debe cumplir con los requisitos que se señalan en el artículo 297, es un perito mercantil y por ese motivo debe estar inscrito en el Ministerio de Economía Industria y Comercio, pues requiere para el ejercicio de su profesión de una patente. Su función principal es la de velar por los intereses de ambas partes. Su remuneración se llama “el corretaje”, que es distinto a la comisión, sin embargo nuestro Código no hace diferencia alguna.

El comisionista, otra figura auxiliar del comercio, tiene la ventaja de realizar una doble función: puede realizar actos a nombre ajeno y por cuenta ajena; o actuar a nombre propio pero por cuenta ajena. En el primer caso, las consecuencias jurídicas y económicas recaerán en el comitente; en el segundo, él asume las consecuencias jurídicas y el comitente las económicas.

Los agentes viajeros (Arts. 349-358) son de dos tipos: los dependientes, que viajan como empleados, y los independientes, que viajan por cuenta y riesgo propio. Con ellos el comerciante extiende su actividad económica. Generalmente, los dependientes no pueden representar a más de un producto, mientras que los independientes habitualmente representan a varias casa comerciales.

Considerada por algunos la máxima expresión de la empresa, la Empresa Individual de Responsabilidad Limitada (EIRL) surge con el claro objetivo de regular al comerciante individual y de proporcionarle un marco legal que incluye el beneficio de la división patrimonial, otorgado anteriormente, solo a las sociedades anónimas, a las sociedades de responsabilidad limitada y a unos de los socios de la sociedad en comandita.

Para el comerciante individual, el poder tener acceso a la figura de una empresa de responsabilidad limitada, al tiempo que mantiene su autonomía e independencia, significa no solamente seguridad, sino además el ser reconocido como “empresa” y con ello, la posibilidad de mejorar su desarrollo, como sucede bajo la figura de pequeña o mediana empresa, las cuales pueden en nuestro país, disfrutar de planes de inversión promovidos por el sector bancario nacional.

El surgimiento de la EIRL está asociado a la necesidad de encontrar una solución al problema económico que significa la responsabilidad del empresario individual. Esto generó en algunos países un movimiento doctrinario bastante importante, enfocado a solucionar dicha problemática y con ello eliminar el uso –muy extendido– de formas o medios indebidos unos (por ejemplo, sociedades ficticias o simuladas), y contrarios a la función típica de una institución los otros (como el caso de las sociedades de un solo accionista)⁷². Y la solución al problema creyeron encontrarla en la EIRL.

“Su origen y regulación está relacionado con el deseo de permitir o facilitar que una persona física limite su responsabilidad a ciertos bienes especificados de su patrimonio, con lo cual se quiebra, o se

⁷² Certad Maroto, Gastón, Temas de Derecho Comercial, Editorial Juritexto S.A., San José, Costa Rica, 3ª Edición, 2007, p.77.

*supera, según se vea, el dogma del principio unitario del patrimonio, al que, en principio, se considera una unidad indivisible, inescindible y “prenda común” de los acreedores.”*⁷³ Efectivamente, gracias a esta figura, el titular de la empresa no pone en riesgo la totalidad de su patrimonio personal, sino solamente la parte destinada al ejercicio de la actividad de la empresa.

Aunque existieron muchos estudios sobre el tema, y proyectos de ley para incorporar las EIRL a la legislación de varios países, no fue sino hasta el año de 1926 cuando el Principado de Liechtenstein incorporó dicha figura en el Código Civil, pasando con este acto a ser la primera legislación en el mundo que admite la limitación de responsabilidad del comerciante individual.

Nuestro país vendría a ser el primer país americano (y el segundo en el mundo) en incorporar a su legislación la figura del EIRL, al incluir ocho artículos sobre el tema en el Código de Comercio que entró en vigencia en el año 1964.

La Empresa Individual de Responsabilidad Limitada es una persona jurídica de derecho privado constituida por voluntad unipersonal, con patrimonio propio distinto al de su Titular, que se constituye para el desarrollo exclusivo de actividades económicas de la Pequeña Empresa.

Así se desprende del artículo 9° del Código de Comercio: *“La empresa individual de responsabilidad limitada es una entidad que tiene su propia autonomía como persona jurídica, independiente y separada de la persona física a quien pertenezca. Las personas jurídicas no podrán constituir ni adquirir empresas de esta índole.”*

Se encuentra regulada en el Código de Comercio, en el Libro I, Título I, Capítulo II, en los artículos 9° al 16°.

Para constituir una Empresa Individual de Responsabilidad Limitada, es necesario seguir una serie de requisitos, los cuales pueden encontrarse tanto en el Código de Comercio, como en el Código Notarial⁷⁴:

A) Requisitos Formales	B) Requisitos Específicos
1. Escritura Pública a) Comparecencia del dueño de la empresa Artículo 9. Código de Comercio.- b) Calidades y domicilio completos del compareciente Artículo 83, 84 y 85 del Código Notarial y Artículo 3 de Ley 6575 de 20/05/81. c) Demás requisitos. Artículo 10 Código de Comercio.	1. Denominación a. Es prohibido el uso del nombre de una persona física o parte de él en el nombre de la empresa. A la denominación se le antepondrá o se le agregará el aditamento “Empresa Individual de Responsabilidad Limitada” o su abreviatura “E.I.R.L.”. Además, deberá ser distinto al de cualquier otra empresa o sociedad mercantil previamente inscrita y podrá expresarse en cualquier idioma, siempre que se haga constar en la traducción al español o se indique que no tiene. Artículos 10 inciso a y 103 del Código de Comercio, Voto de la Sala Constitucional

⁷³ Lic. Ana Lucía Espinoza Blanco, www.iusmercatorum.com

⁷⁴ BADILLA LIZANO, Carolina. *La Empresa Individual de Responsabilidad Limitada y su Reforma en el Código de Comercio de Costa Rica*. Tesis para optar por el grado de licenciada en Derecho, Facultad de Derecho, Universidad de Costa Rica, San José, Costa Rica, 2009.

A) Requisitos Formales	B) Requisitos Específicos
	Nº 4764-99 de las 11:45 horas del 18 de junio de 1999 y Circular Nº 017-99.
<p>2. Publicación</p> <p>a) Publicación de un extracto en el Diario Oficial La Gaceta. El Notario dará fe de tal circunstancia indicando la fecha de publicación del edicto. Artículo. 13 Código de Comercio.</p>	<p>2. Domicilio</p> <p>a. Dirección exacta, con indicación de la provincia y el cantón, de manera que puedan entregarse válidamente notificaciones administrativas y judiciales. Artículo 10 inciso b y 18 inciso 10 del Código de Comercio.</p> <p>3. Objeto.</p> <p>a. Debe ser específico, toda vez que la empresa no podrá dedicarse a otra actividad que no sea la consignada en la escritura Artículo 10 inciso d del Código de Comercio.</p> <p>4. Plazo</p> <p>a. Debe ser determinado y podrá expresarse en años, meses y/o días, con indicación de la fecha de inicio. Artículo 10 inciso e, Código de Comercio.</p> <p>5. Capital</p> <p>a. Monto del capital de la empresa, el cual deberá necesariamente pactarse en moneda nacional, expresándose además el aporte del dueño (dinero efectivo, créditos, bienes muebles o inmuebles, títulos valores, etc.) Artículo 10 inciso c, 18 inciso 9 y 32 inciso c del Código de Comercio. Artículo 460 Código Civil Artículo 6 de la Ley de la Moneda, 88, 174 y transitorio X del Código Notarial.</p>
	<p>6. Administración</p> <p>a) Deber ser administrada por un Gerente, quien podrá ser o no el dueño de la empresa, y tendrá las facultades de apoderado generalísimo. De no ser el dueño, aceptación expresa del cargo. Durará en su cargo el plazo establecido en la escritura constitutiva. Artículos 10 inciso f y párrafo in fine Código de Comercio. 1253 y 1254 del Código Civil.</p>

Pros y contras de la EIRL

Según se vea, la EIRL puede presentar elementos que la pueden hacer merecedora del favor de quien desea iniciar una empresa, o bien presentar limitaciones, sobre todo si se le compara con a sociedad anónima.

Para quienes la consideran una figura útil, las limitaciones se superan fácilmente, sobre todo cuando estemos en presencia de sociedades unipersonales. Para sus detractores, quienes parecen ser la mayoría, ésta presenta dificultades insuperables, sobre todo en lo relativo a la legislación existente.

Para **Certad Maroto**⁷⁵, el articulado relativo a la EIRL contiene lagunas, entre las que enumera:

- i. Todo lo relativo a libros,
- ii. Causas de disolución,
- iii. Nulidad del negocio jurídico unilateral mediante el cual se constituye,
- iv. Régimen de los aportes,
- v. Fusión
- vi. Transformación, etc.

Agrega además que el código presenta graves contradicciones, como las que existen entre el artículo 12°, donde se establece que únicamente el patrimonio de la empresa responderá por las obligaciones de ésta, sin que al propietario le alcance responsabilidad alguna; y el artículo 16°, que indica que si el gerente fuere condenado por el delito de quiebra fraudulenta o culpable, el Juez decretará, de oficio, embargo general sobre los bienes del propietario, en los términos del artículo 960 del Código. Lo anterior, según Certad Maroto, pone en entredicho “*no solo la responsabilidad limitada del propietario, sino la misma autonomía patrimonial que tan pomposamente enuncia el artículo 12.*”⁷⁶

En la actualidad, se tiene prácticamente en desuso este instituto en Costa Rica, al vérselo como una figura que expone al empresario individual, en vez de protegerle, ya que comporta una confusión patrimonial entre las diferentes empresas de un mismo titular.

Algunos consideran que con lo dispuesto en el Código de Normas y Procedimientos Tributarios, en su artículo 25, la EIRL perdió la ventaja que podía tener de ser una alternativa frente a las formas societarias, concretamente sobre la sociedad anónima:

“Artículo 25.- Responsabilidad del propietario de la empresa individual de responsabilidad limitada. No obstante el régimen especial establecido en el Código de Comercio y únicamente para los efectos de la responsabilidad en el cumplimiento de todas las obligaciones concernientes a los tributos reglados por este Código, el patrimonio de la empresa individual de responsabilidad limitada y el de su propietario se consideran uno solo.”

Esta deficiente regulación, llena de lagunas y de importantes contradicciones, ha condenado a la EIRL prácticamente al olvido.

Las críticas formuladas por la doctrina se fundamentan principalmente en la limitación de la responsabilidad que presenta esta figura, pues consideran que no posee ningún fundamento jurídico, ni se justifica por necesidad económica alguna, a la vez que carece de toda ventaja práctica, siendo probable que solo sirva para la defraudación de quienes contraten de buena fe.

⁷⁵ Certad Maroto, Gastón. Op. Cit, pág. 81.

⁷⁶ *Ibíd.*

Igualmente, la doctrina ha señalado que la EIRL atenta contra el principio de la unidad e indivisibilidad del patrimonio, protegido en nuestro Código Civil⁷⁷, dado que al reconocer dos personas distintas (la empresa y el titular) produce una confusión de patrimonios respecto de los bienes no registrables (cuáles pertenecen a la empresa y cuáles a su titular), lo que claramente facilita la comisión de fraudes; igualmente, al sustraer los bienes de su patrimonio personal de la persecución de los acreedores, pueden evadir el cumplimiento de sus obligaciones mediante una declaración unilateral, creando con ello una situación de privilegio con su sola y propia voluntad.

Para quienes la apoyan, la EIRL es una sociedad que operativamente es más sencilla que la Sociedad Anónima, lo que le permite ser la perfecta opción para personas que quieren desarrollar un negocio en de forma independiente (sin otros socios) en ella se encuentran ventajas que la hacen atractiva para empresas unipersonales, como las siguientes:

1. No tiene Junta Directiva ni Fiscal.
2. Opera con Gerentes que se pueden nombrar según vaya creciendo la sociedad. Puede operar con un solo Gerente.
3. Tiene solo dos “libros legales” el de “Acta de Asamblea de Cuotistas” y el “libro de Registro de cuotas”, ambos en poder del Gerente.
4. Las cuotas (las acciones) son nominativas y no se traspasan por endoso. Y en todos los casos requiere la aprobación previa y expresa de los demás socios.
5. Su Capital solo puede ser constituido en colones, nunca en otra moneda.-
6. La asamblea de socios tiene la función adicional de fiscalización, se auto fiscaliza no así en las Sociedades Anónimas, que existe el fiscal, independiente de los socios y de los administradores.

⁷⁷ **Artículo 981** Todos los bienes que constituyen el patrimonio de una persona responden al pago de sus deudas. Sin embargo, las cláusulas de inembargabilidad son válidas cuando hubieren sido impuestas en los términos y condiciones del artículo 292. (Reformado por artículo 1 Ley N° 2112 de 5 de abril de 1957).

ANEXO: FUENTES DEL DERECHO COMERCIAL COSTARRICENSE

FUENTE	ARTÍCULO
1. CONSTITUCIÓN POLÍTICA	ARTÍCULO 129.- Las leyes son obligatorias y surten efectos desde el día que ellas designen; a falta de este requisito, diez días después de su publicación en el Diario Oficial./ Nadie puede alegar ignorancia de la ley, salvo en los casos que la misma autorice./ No tiene eficacia la renuncia de las leyes en general, ni la especial de las de interés público./ Los actos y convenios contra las leyes prohibitivas serán nulos, si las mismas leyes no disponen otra cosa./ La ley no queda abrogada ni derogada sino por otra posterior; contra su observancia no podrá alegarse desuso, costumbre ni práctica en contrario. Por vía de referéndum, el pueblo podrá abrogarla o derogarla, de conformidad con el artículo 105 de esta Constitución.

FUENTE	Tratados firmados y ratificados en materia Comercial
2. LOS TRATADOS INTERNACIONALES	<ol style="list-style-type: none"> 1. Con la Organización Mundial de Comercio (OMC) 2. Tratado General de Integración Centroamericana 3. CAFTA – Tratado de libre comercio entre República Dominicana, Centroamérica y los Estados Unidos 4. CANADA – Tratado de libre comercio entre el Gobierno de la República de Costa Rica y el Gobierno de Canadá 5. CARICOM – Tratado de libre comercio entre los Gobiernos de la República de Costa Rica y la Comunidad del Caribe 6. CHILE – Tratado de libre comercio entre los Gobiernos de Centroamérica y el Gobierno de la República de Chile 7. CHINA – Tratado de libre comercio entre el Gobierno de la República de Costa Rica y La República Popular China 8. MEXICO – Tratado de libre comercio entre el Gobierno de la República de Costa Rica y el Gobierno de los Estados Unidos Mexicanos 9. REPÚBLICA DOMINICANA – Tratado de libre comercio entre Centroamérica y República Dominicana. 10. PANAMÁ – Tratado de libre comercio entre Centroamérica y Panamá y Protocolo Bilateral entre Costa Rica y Panamá al Tratado de Libre Comercio.

FUENTE	PRINCIPALES ARTÍCULOS
3. LA LEY	
<ol style="list-style-type: none"> I. <i>Ley 3284 (Código de Comercio)</i> 	<p>Artículo 2º. Cuando no exista en este Código, ni en otras leyes mercantiles, disposición concreta que rija determinada materia o caso, se aplicarán, por su orden y en lo pertinente, las del Código Civil, los usos y costumbres y los principios generales de derecho. En cuanto a la aplicación de los usos y costumbres, privarán los locales sobre los nacionales; los nacionales sobre los internacionales; y los especiales sobre los generales.</p> <p>Artículo 3º. Para que la costumbre sea aplicable y supla el silencio de la ley, es necesario que haya sido admitida de modo general y por un largo tiempo, todo a juicio de los tribunales. El que invoque una costumbre debe probar su existencia, para lo cual toda clase de prueba es admisible.</p> <p>Artículo 4º. Las costumbres mercantiles servirán no sólo para suplir el silencio de la ley, sino también como regla para apreciar el sentido de las palabras o términos técnicos del comercio usados en los actos o contratos mercantiles.</p>
<ol style="list-style-type: none"> II. <i>Ley n° XXX del 19/04/1888 (Código Civil)</i> 	<p>Artículo 1º Las fuentes escritas del ordenamiento jurídico privado costarricense son la Constitución, los tratados internacionales debidamente aprobados, ratificados y</p>

FUENTE	PRINCIPALES ARTÍCULOS
<p>III. Ley 7333 (Ley orgánica del Poder Judicial)</p> <p>IV. Ley 7727 (Ley</p>	<p>publicados, y la ley. La costumbre, los usos y los principios generales de Derecho son fuentes no escritas del ordenamiento jurídico privado y servirán para interpretar, delimitar e integrar las buenas fuentes escritas del ordenamiento jurídico.</p> <p>Artículo 2º Carecerán de validez las disposiciones que contradigan a otra de rango superior.</p> <p>Artículo 3º El uso y la costumbre sólo regirán en defecto de ley aplicable, siempre que su existencia haya sido demostrada y no resulten contrarios a la moral o al orden público o a una norma de carácter prohibitivo.</p> <p>Artículo 4º Los principios generales del Derecho se aplicarán en defecto de norma escrita, uso o costumbre, sin perjuicio de su carácter informador del ordenamiento jurídico.</p> <p>Artículo 5º Las normas jurídicas contenidas en los tratados y convenios internacionales no serán de aplicación directa en Costa Rica, en tanto no hayan pasado a formar parte del ordenamiento interno mediante su aprobación por la Asamblea Legislativa y publicación íntegra en el diario oficial “La Gaceta”.</p> <p>Artículo 6º Los Tribunales tienen el deber inexcusable de resolver, en todo caso, los asuntos que conozcan, para lo que se atenderán al sistema de fuentes establecido.</p> <p>Artículo 7º Las leyes entrarán en vigor diez días después de su completa y correcta publicación en el diario oficial “La Gaceta”, si en ellas no se dispone de otra cosa. Sin embargo si el error o defecto comprendiere sólo alguna o algunas de las normas de una ley y las demás disposiciones de ésta tendrán plena validez, independientemente de la posterior publicación que se haga, siempre que se trate de normas con valor propio que se hubieren aplicado de esa manera.</p> <p>Artículo 8º Las leyes sólo se derogan por otras posteriores y contra su observancia no puede alegarse desuso ni costumbre o práctica en contrario. La derogatoria tendrá el alcance que expresamente se disponga y se extenderá también a todo aquello que en la ley nueva, sobre la misma materia, sea incompatible con la anterior. Por la simple derogatoria de una ley no recobran vigencia las que ésta hubiere derogado.</p> <p>Artículo 14 Las disposiciones de este Código se aplicarán como supletorias de las materias regidas por otras leyes.</p> <p>Artículo 5.- Los tribunales no podrán ejercer su ministerio sino a petición de parte, a no ser en los casos exceptuados por la ley; pero, una vez requerida legalmente su intervención, deberán actuar de oficio y con la mayor celeridad, sin que puedan retardar el procedimiento valiéndose de la inercia de las partes, salvo cuando la actividad de éstas sea legalmente indispensable. <u>Los tribunales no podrán excusarse de ejercer su autoridad o de fallar en los asuntos de su competencia por falta de norma que aplicar y deberán hacerlo de conformidad con las normas escritas y no escritas del ordenamiento, según la escala jerárquica de sus fuentes.</u> <u>Los principios generales del Derecho y la Jurisprudencia servirán para interpretar, integrar y delimitar el campo de aplicación del ordenamiento escrito y tendrán el rango de la norma que interpreten, integren o delimiten. Cuando se</u></p>

FUENTE	PRINCIPALES ARTÍCULOS
<p><i>sobre resolución alterna de conflictos y promoción de la paz social).</i></p> <p>V. <i>Ley 7472 (Ley promoción de la competencia y defensa efectiva del consumidor).</i></p>	<p><u>trate de suplir la ausencia y no la insuficiencia de las disposiciones que regulen una materia, dichas fuentes tendrán rango de ley.</u> <u>Los usos y costumbres tendrán carácter supletorio del Derecho escrito.</u></p> <p style="text-align: center;">~</p> <p>ARTÍCULO 22.- Aplicación de ley El tribunal arbitral aplicará la ley sustantiva que las partes hayan seleccionado. Si las partes no lo hubieren hecho, el tribunal arbitral aplicará la ley costarricense, incluyendo las normas sobre conflicto de leyes. En todos los casos, el tribunal arbitral decidirá con arreglo a las estipulaciones del acuerdo arbitral y tendrá en cuenta, además, los usos y las costumbres aplicables al caso, aun sobre normas escritas, si fuere procedente.</p> <p style="text-align: center;">~</p> <p>ARTICULO 32.- Derechos del consumidor. <u>Sin perjuicio de lo establecido en tratados, convenciones internacionales de las que Costa Rica sea parte, legislación interna ordinaria, reglamentos, principios generales de derecho, usos y costumbres, son derechos fundamentales e irrenunciables del consumidor, los siguientes:</u></p> <ul style="list-style-type: none"> a) La protección contra los riesgos que puedan afectar su salud, su seguridad y el medio ambiente. b) La protección de sus legítimos intereses económicos y sociales. c) El acceso a una información, veraz y oportuna, sobre los diferentes bienes y servicios, con especificación correcta de cantidad, características, composición, calidad y precio. d) La educación y la divulgación sobre el consumo adecuado de bienes o servicios, que aseguren la libertad de escogencia y la igualdad en la contratación. e) La protección administrativa y judicial contra la publicidad engañosa, las prácticas y las cláusulas abusivas, así como los métodos comerciales desleales o que restrinjan la libre elección. f) Mecanismos efectivos de acceso para la tutela administrativa y judicial de sus derechos e intereses legítimos, que conduzcan a prevenir adecuadamente, sancionar y reparar con prontitud la lesión de estos, según corresponda. g) Recibir el apoyo del Estado para formar grupos y organizaciones de consumidores y la oportunidad de que sus opiniones sean escuchadas en los procesos de decisión que les afecten.
<p>VI. <i>Ley 6683 (Ley sobre derechos de autor y derechos conexos).</i></p>	<p>ARTÍCULO 72.- Alcance. Esta Ley es de orden público; sus disposiciones son irrenunciables por las partes y de aplicación sobre cualesquiera costumbres, prácticas, usos o estipulaciones contractuales en contrario, especiales o generales. Asimismo, son nulos los actos realizados como fraude en contra de esta Ley, de conformidad con el artículo 20 del Código Civil.</p> <p>La presente Ley no será aplicable a las municipalidades, tanto en su régimen interno, como en sus relaciones con terceros.</p> <p style="text-align: center;">~</p> <p>Artículo 30°.- El editor fijará el precio de venta de cada ejemplar, dentro de los usos y costumbres comerciales.</p> <p>Artículo 33°.- El editor está obligado a realizar el comercio permanente y continuo de la obra, así como su difusión conforme a los usos y costumbres.</p>

FUENTE	PRINCIPALES ARTÍCULOS
<p>4. REGLAMENTOS</p> <p>I. Reglamento a la Ley de Promoción de la Competencia y Defensa Efectiva del Consumidor (Decreto 25237-MEIC)</p>	<p>ARTÍCULO 40.- Carácter compulsivo Los consumidores son beneficiarios de las normas de este capítulo, cuyas disposiciones son irrenunciables por las partes y de aplicación sobre cualesquiera costumbres, prácticas, usos o estipulaciones contractuales en contrario, especiales o generales. Los productores, proveedores de servicios y los comerciantes, tanto del sector público como del privado, quedan obligados a cumplirlas. Para estos efectos, el término "cliente" y todas sus expresiones equivalentes, empleadas en cualquier rama comercial, técnica o profesional, se considerará equivalente a "consumidor" en cuanto califique como tal conforme a la definición dada para el mismo en este reglamento.</p> <p>ARTÍCULO 41.- Derechos del consumidor Sin perjuicio de lo establecido en tratados, convenciones internacionales de las que Costa Rica sea parte, legislación interna ordinaria, reglamentos, principios generales de derecho, los usos y costumbres complementarios, son derechos fundamentales e irrenunciables del consumidor, los siguientes: La protección contra los riesgos que puedan afectar su salud, su seguridad y el medio ambiente. La protección de sus legítimos intereses económicos y sociales. El acceso a una información, veraz y oportuna, sobre los diferentes bienes y servicios, con especificación correcta de cantidad, características, composición, calidad y precio. La educación y la divulgación sobre el consumo adecuado de bienes o servicios, que aseguren la libertad de escogencia y la igualdad en la contratación. La protección administrativa y judicial contra la publicidad engañosa o abusiva, las prácticas y las cláusulas abusivas, así como los métodos comerciales desleales o que restrinjan la libre elección. Mecanismos efectivos de acceso para la tutela administrativa y judicial de sus derechos e intereses legítimos, que conduzcan a prevenir adecuadamente, sancionar y reparar con prontitud la lesión de estos, según corresponda. Recibir el apoyo del Estado para formar grupos y organizaciones de consumidores y la oportunidad de que sus opiniones sean escuchadas en los procesos de decisión que les afecten.</p>