



[Ver aviso legal al final del documento](#)

## INFORME DE INVESTIGACIÓN CIJUL

**TEMA: FUENTES DEL DERECHO COMERCIAL**

### ÍNDICE:

1. CONCEPTO GENERAL DE FUENTES EN EL DERECHO
  
2. CONSIDERACIONES ETIMOLOGICAS DEL DERECHO MERCANTIL
  - a) Derecho mercantil y Derecho Comercial
  
3. LAS FUENTES EN EL DERECHO COMERCIAL
  - a) Las leyes
  
  - b) Los Usos y las Costumbres
  
  - c) La Jurisprudencia



## DESARROLLO

### 1. CONCEPTO GENERAL DE FUENTES EN EL DERECHO

"Fuente del Derecho es, en general, el origen, o (en sentido traslaticio) el manantial de donde nace el derecho objetivo. Pero por fuente propiamente, pueden entenderse dos cosas diversas entre sí.

Deben distinguirse las fuentes de conocimiento, es decir, los medios materiales, de los que resultan, y con los cuales se ponen de manifiesto, las fuentes jurídicas, de las fuentes de producción, que son los poderes (o las fuerzas sociales), que crean y forjan las normas, estatuyéndolas ("poniéndolas y de ahí, derecho positivo, esto es, estatuido), o sea determinando su contenido y confiriéndoles carácter de obligatoriedad, y además de carácter de certeza."<sup>1</sup>

"Generalmente, al hablarse de fuentes del derecho se alude bien al modo o forma en que se exterioriza una regla jurídica, por ejemplo por medio de una constitución, un código, un reglamento etc. (fuente formal) o a las causas generadores de esas reglas, elementos o factores que contribuyen al nacimiento y al contenido de las normas tales como la tradición social, necesidad económica, u otros factores políticos o religiosos (fuente material).

El Código de Comercio de Costa Rica, en su artículo 2, enumera jerárquicamente las fuentes formales del derecho mercantil: El Código de Comercio y las otras leyes mercantiles, el Código Civil, los usos y las costumbres y los principios generales del Derecho. Ausentes en la enumeración del codificador costarricense se encuentra una fuente de derecho positivo a la cual los legisladores históricamente han tendido a ignorar - la jurisprudencia - y otra de tipo secundario pues no obliga sino que asesora y orienta al interprete - la doctrina mercantil."<sup>2</sup>

"En todos los ordenamientos jurídicos las principales fuentes del derecho (en sus diversas ramas) son las leyes (en sentido amplio) y la jurisprudencia que las interpreta y aplica.

Las fuentes indirectas son: la costumbre, que es obligatoria cuando la ley se refiere a ella o en situaciones no regladas legalmente (art. 17 del Cód. Civil) y la doctrina, es decir, las obras de los juristas que estudian, comentan y critican las leyes y las decisiones judiciales. Fontanarrosa extiende las fuentes a los tratados internacionales, equidad y principios generales del Derecho mercantil."<sup>3</sup>



## 2. CONSIDERACIONES ETIMOLOGICAS DEL DERECHO MERCANTIL

### a) Derecho mercantil y Derecho Comercial

"El término *mercantil*, que califica la rama jurídica objeto de nuestro estudio, tiene el valor de una forma adjetivada del sustantivo *comercio*; por lo que la denominación Derecho mercantil es absolutamente equivalente a Derecho de comercio o Derecho Comercial, que prevalece en la mayor parte de las literaturas jurídicas, así latinas (*droit comercial*) como no latinas (*handelsrecht, Prado handlowe*) y señaladamente en la de los países latinoamericanos de lengua española. De suerte que la expresión "mercantil" es utilizada, casi exclusivamente (en inglés hallamos la expresión *Mercantile Law*, al lado de la equivalente *Trade Law*) por la literatura jurídica española. No obstante lo cual, las sucesivas ordenanzas y códigos españoles dictados para regular la materia calificada de mercantil, han llevado siempre la apelación de comercio."<sup>4</sup>

## 3. LAS FUENTES EN EL DERECHO COMERCIAL

### a) Las leyes

"El Código de Comercio y las leyes complementarias son las normas centrales de Derecho comercial. El Código Civil, las leyes civiles y demás leyes, se aplican subsidiariamente, aunque los autores discuten sobre cual es la prelación debida.

(...)

Cuando un asunto se rige por la ley mercantil y ella lo resuelve, no hay dificultad, se la aplica directamente. Si no lo trata expresamente ni el Código ni la ley comercial hay que acudir al Derecho Civil."<sup>5</sup>

"El derecho civil es el derecho común y por lo tanto debe ser aplicado siempre que no sea derogado por una disposición expresa. El Código Civil declara, a veces, que las leyes civiles son aplicables a las transacciones comerciales y el Código de Comercio remite también, en algunas ocasiones, a las reglas del Código Civil.

(...)

La única dificultad estriba en el conflicto posible entre la ley civil y la ley comercial. A veces el Código Civil hace expresa reserva de las leyes y usos del comercio. Pero incluso cuando el



Código guarda silencio, debe admitirse que la ley comercial debe aplicarse con preferencia a la ley civil como excepción de la regla general. No debe pues, tenerse en cuenta la fecha respectiva de las leyes en conflicto.

Sin embargo, las leyes no siempre se califican por su objeto civil o comercial. Por consiguiente, una ley de carácter general puede modificar una ley comercial anterior, por ejemplo, una ley que impusiera en todos los contratos de préstamo una limitación al tanto por ciento de interés, suprimiría la libertad en la fijación del interés en materia comercial, si no contuviera alguna reserva a ese respecto.”<sup>6</sup>

“Por ley mercantil no debe entenderse únicamente el Código de Comercio, hay otros cuerpos normativos, que aunque no estén codificados, como lo son las leyes especiales, forman parte de la legislación mercantil. Precisamente, la naturaleza del objeto de la ley le da el carácter de mercantil.

El artículo 2 del citado Código de Comercio instituye como fuente, la ley mercantil, la que debe emitirse con sentido práctico a fin de que regule de manera rápida, segura y eficiente las relaciones mercantiles.”<sup>7</sup>

## **b) Los Usos y las Costumbres**

“Son las prácticas habitualmente seguidas en una profesión o tarea, al ser repetidos se incorporan al uso escrito (contratos-tipo) o al uso oral (costumbres). Cuando el uso o la costumbre tienen connotación jurídica, son fuente del Derecho Comercial.”<sup>8</sup>

“Los usos mercantiles son normas de derecho constituidas mediante la observancia uniforme y constante de los comerciantes, en esa observancia está la razón de su legitimidad. Cuando una regla de derecho se aplica en virtud de su necesidad, no se debe buscar en el uso la razón de la fuera legislativa, sino en la naturaleza de las cosas y debe aplicarse sin esperar otra prueba. Así la regla según la cual, en los contratos entre comerciantes, la cosa debe ser de cualidad mercantil, o aquella otra que otorga al comprador la propiedad de los recipientes (por ejemplo, de las botellas necesarias para la reventa) son reglas impuestas por la naturaleza de las cosas, que valen como derecho positivo vigente desde el primer día en que son necesarias. (*manifesta haud indigent probatione*)”<sup>9</sup>

“Los usos de distinguen, respecto de la amplitud del territorio



donde ejercen su autoridad, en usos generales y locales. Los primeros rigen en todo el territorio del Reino, así como fuera de sus confines, es más, alcanzan fácilmente un carácter universal cuando la materia que regulan es uniforme en todas partes. Los usos locales tienen una esfera de acción más limitada, circunscribiéndose a una región, una plaza, una fuera, una bolsa, una aduana.

Habida cuenta de la materia sobre la que los usos ejercen su autoridad, se distinguen en generales y especiales. Los primeros sirven para cualquier rama del comercio, los segundos varían según el género de comercio o la clase de los comerciantes; de donde resulta que hay, por ejemplo, usos de empresas teatrales de vendedores ambulantes, de negociantes al por mayor o al detalle. Tenemos pues, que un uso puede ser contemporáneamente general respecto al territorio y especial respecto de la materia, o al revés, general en cuanto a la materia y local o especial en cuanto al territorio.

Los usos sirven como fuente subsidiaria de las leyes mercantiles, no solo en lo concerniente a los actos de comercio, sino también respecto de las personas y las cosas.; forman pues una fuente general del Derecho mercantil, mientras que en las relaciones civiles los usos sólo tienen valor cuando el Código les cita expresamente."<sup>10</sup>

"El derecho comercial ha sido durante largo tiempo un derecho puramente consuetudinario, sin que existiera ninguna redacción de las costumbres comerciales. Incluso cuando fue codificada la costumbre, ha continuado teniendo una gran importancia, pues la reglamentación legal era insuficiente, especialmente en un lugar delimitado o en un medio social restringido. Por esta razón hay pocos usos en materia civil. La formación y la conservación de los usos son más fáciles en materia comercial. Sin embargo, estos usos tienden a desaparecer porque el comercio ya no está confinado en una localidad determinada y también por la extensión del imperio de la ley escrita a todas las cuestiones."<sup>11</sup>

"La cuestión relativa al concepto de los usos del comercio se halla marcada, como se ha advertido, por el rango de fuente del ordenamiento, y por ende, de norma jurídica consuetudinaria, atribuido a los usos del comercio por el artículo 2º1 CCom. Ya a este respecto la práctica generalidad de la doctrina sostiene que dichos usos poseen el valor de genuina costumbre mercantil.

En su formulación más radica se entiende por uso la práctica efectiva y repetida de una determinada conducta. Esta práctica ha de responder a la idea de que se sigue de una determinada norma de



conducta en el tráfico mercantil. Pero la vinculación a esa norma, concluye esta postura, no ha de derivar de la libertad individual, sino de la existencia objetiva de esa norma del tráfico.

De forma más sutil y próxima a la realidad, advirtiendo que la estimación de los usos del comercio como fuente del Derecho mercantil responde al más puro ideario liberal, conforme al cual lo que es decidido por la sociedad de mercado es justo y eficiente, se ha señalado que el legislador en el artículo 2º del CCom se ha propuesto ampliar el ámbito del Derecho dispositivo, atribuyendo tal carácter a los usos. Si el derecho dispositivo vale como voluntad presunta de las partes, de igual modo como voluntad sobreentendida de las partes, han de ser considerados los usos. Autonomía privada, usos del comercio y Derecho dispositivo son de esta suerte distintos segmentos de una misma secuencia."<sup>12</sup>

"En la determinación de fuentes del derecho mercantil se debe aclarar en primer término que se trata de fuentes formales y no materiales, tendientes a la forma externa de manifestarse el derecho positivo y no a los elementos que contribuyen a la creación de ese derecho. Y aún así, y como lo observa Garrigues, no hay diversidad de fuentes sino de normas y que aquellas constituyen una expresión equívoca, impuesta por la doctrina tradicional. El problema de las fuentes se resuelve con la determinación del contenido de las normas jurídico-mercantiles. No se discute la aplicación primordial de la legislación comercial, en su letra y espíritu, y subsidiariamente la civil. Lo que se discute es la determinación del significado de los usos y costumbres mercantiles y su aplicación es anterior o posterior a la subsidiaria del derecho civil.

Por precepto expreso, los usos y costumbres pueden derogar aun la ley mercantil, cuando ésta no impone un principio de orden público. En ninguna parte del Código se pospone el uso o costumbre mercantil a la aplicación de la legislación civil. Por el contrario y como hemos visto, interpretando la aplicación subsidiaria de la legislación civil sólo procede en los casos materias y negocios comerciales no regidos especialmente por la legislación mercantil. Como se ha señalado, la formación del derecho mercantil como una desviación especial del derecho civil, explica la importancia del uso. Cuando la ley civil no se adaptaba a las peculiares exigencias del tráfico mercantil, los comerciantes no se cruzaban de brazos esperando una ordenanza legal adecuada, sino que se separaban enseguida de la aplicación de la ley por medio de usos *extra legem*, adecuados a sus especiales finalidades económicas. El derecho mercantil no nace legislativamente, sino por la fuerza del uso. El rápido curso del



comercio exigía un derecho preferentemente elástico que se amoldase a los más ligeros matices de necesidades siempre cambiantes. Un derecho dinámico, vivo en la práctica, no un derecho estático, muerto en los códigos. El uso mercantil se manifiesta, pues, como una reacción de los comerciantes contra la aplicación del derecho civil en aquellos contratos mercantiles, que tenían también su correspondiente regulación civil."<sup>13</sup>

"Los usos y costumbres mercantiles son reglas de contratación que se convierten en verdaderas prácticas comerciales, sin tener el carácter de ley formal.

Tres fases se pueden distinguir para que el uso o la costumbre se consideren aplicables a la actividad mercantil:

I Fase: La repetición de una misma disposición o cláusula en un mismo tipo de contrato:

II Fase: Se sobreentiende que en un mismo tipo de contrato se conviene en una determinada cláusula aunque no se haya consignado.

III Fase: Una vez generalizada la práctica entre un grupo de contratantes se sobreentiende por la generalidad aunque no se pertenezca a ese grupo específico."<sup>14</sup>

"En la primera etapa, como se dijo, no hay uso en sentido técnico sino una simple repetición de una cláusula en sucesivos contratos, cuyo valor jurídico descansa en la cláusula misma, que está expresamente pactada. En la segunda fase, eliminada la cláusula a fuerza de repetirla (precisamente por considerarse obvia), se convierte la regla en una práctica individual, que concurre de modo tácito en la formación del contrato, como estipulación sobreentendida. La voluntad existe entre los contratantes, lo que se ha eliminado (por innecesaria) es la manifestación expresa de esa voluntad. Por eso es que, al resolver las dudas que pudieran presentarse al interpretar el contrato, lo lógico es remitirse a lo que, en circunstancias similares, ha sido usual entre los contratantes, como medio de desentrañar el verdadero significado de sus obligaciones. No solo en lo que ha sido dicho, sino particularmente en lo que ha sido omitido.

Estos usos o prácticas profesionales de los comerciantes, por lo mismo que constituyen normas jurídicas de contratación y sirven para interpretar la voluntad presunta de los contratantes, reciben el nombre de usos interpretativos.

El uso finalmente, alcanza la condición de uso normativo, o costumbre, o sea que se convierte en una verdadera norma de derecho consuetudinario, cuando en la tercera fase, deja de ser una práctica individual para convertirse en práctica social. Es decir, cuando se aplica de modo uniforme, general y duradero entre



todos los que se dedican al mismo tipo de negocios y, fundamentalmente, cuando en el consenso popular se respeta como norma absolutamente obligatoria, en el sentido de que puede ser exigida y no depende del mero arbitrio subjetivo. En breve, cuando surge el elemento psicológico-social de la *opinio iuris necessitatis*."<sup>15</sup>

## c) La Jurisprudencia

"Como es sabido, las repetidas y constantes soluciones judiciales forman corrientes que, cuando son pacíficas, pueden invocarse con fuerza parecida a la de la ley misma. En temas de fondo, la Corte Suprema de Justicia de la Nación, y la Suprema Corte de cada provincia tienen poderes unificatorios de interpretación casi similares a los de una verdadera casación; y no es que el juez se vea compelido coactivamente a seguir esas interpretaciones adecuadoras a la Constitución, sino que es un deber moral y responde al respeto a la Justicia, a las partes y al principio de economía procesal, que el juzgador siga esas orientaciones.

Las decisiones judiciales cumplen la misma función en Derecho Civil y en Derecho Comercial, ya que por medio de ellas se interpreta la ley y se completa a la luz de los hechos expuestos y probados. El juez emite verdaderas reglas de derecho en cada caso que le es sometido, pudiendo usar diversos métodos de interpretación judicial. (Exegético, dogmático, científico, libre, hermenéutico, etc.)"<sup>16</sup>

"Las resoluciones que dictan los Tribunales interpretando la ley, constituyen la jurisprudencia.

La jurisprudencia no sólo da una interpretación determinada a la norma específica sino también en su ausencia constituye fuente supletoria.

La jurisprudencia adquiere cada día más importancia como fuente del Derecho mercantil y así también pasa a formar parte del ordenamiento jurídico. Fuente que no obliga por cuanto en Costa Rica la jurisprudencia no es de aplicación obligatoria."<sup>17</sup>

"Que la jurisprudencia costarricense sea cada día una más importante fuente del derecho mercantil, lejos de causar desasosiego debe ser motivo de gran satisfacción para el foro, los estudiantes de derecho y la sociedad costarricense. Ya que en primer término contribuye la creatividad de normas jurisprudencial (sic) así luzca paradójico, una mayor certidumbre jurídica. Esto se debe a que a pesar de la aparente claridad y facilidad de aplicación de las reglas codificadas o compiladas muy





frecuentemente quien litiga, adjudica, estudia o investiga el derecho, se da cuenta de cuan cierto es el aforismo del insigne Magistrado de la Corte Suprema Norteamericana O.W Colmes Jr. "principios o reglas generales no resuelven los casos concretos". En otras palabras entre la regla general y el caso concreto se interpone la norma y el razonamiento intermedio y por ello, la labor de determinar que regla se le aplicará a determina transacción o controversia mercantil depende del conocimiento que se tenga del procedimiento de aplicación e interpretación por los tribunales del código y de la legislación, y de la doctrina. Con ese conocimiento el derecho aplicable se hace más predecible, y cierto.

En segundo término la jurisprudencia no tiene una función muy señalada en el proceso de desarrollo jurídico y económico de la sociedad en que opere. Le corresponde a la jurisprudencia el ayudar a ajustar ciertas fallas sobre todo de índole técnico jurídico en el funcionamiento de instituciones claves (por ejemplo la sociedad anónima en el proceso de integración o formación de capital de inversión, o el pagaré o la letra de cambio en el proceso de facilitación del crédito) a las necesidades normativas del desarrollo sin tener que recurrir periódicamente al engorroso mecanismo legislativo. Por ello y por el incalculable valor didáctico, es necesario que el lector tome muy en serio el estudio de esta fuente, del derecho mercantil."<sup>18</sup>

## FUENTES CONSULTADAS

- <sup>1</sup> MESSINEO, (Francesco). Manual de Derecho Civil y Comercial. Buenos Aires, Argentina. Ediciones Jurídicas Europa-América. 1971. Pág. 64. (Localización Biblioteca de Derecho Universidad de Costa Rica. Signatura 346 m585m)
- <sup>2</sup> KOZOLCHYK, (Boris) y TORREALBA, (Octavio). Curso de Derecho Mercantil Texto y material de estudio. San Pedro de Montes de Oca, Costa Rica. Universidad de Costa Rica. Facultad de Derecho. 1969. Pág. 72 (Localización Biblioteca de Derecho Universidad de Costa Rica. Signatura 347.07 k88c)
- <sup>3</sup> ETCHEVERRY, (Raúl). Manual de Derecho Comercial. Buenos Aires, Argentina. Editorial Astrea. II Edición. 1983. Pág. 96. (Localización Biblioteca de Derecho Universidad de Costa Rica. Signatura 347 E83m)
- <sup>4</sup> DE EIZAGUIRRE, (José María). Derecho Mercantil. Madrid, España. Editorial Civitas. II edición. 1999. (Localización Biblioteca de Derecho Universidad de Costa Rica. Signatura 347.946 E36d2)
- <sup>5</sup> ETCHEVERRY, Op. Cit. Pág. 99-100.
- <sup>6</sup> RIPERT, (Georges). Tratado Elemental de Derecho Comercial. Buenos



- Aires, Argentina. Tipográfica Editora Argentina. Tomo I. 1954. Pág. 35-36. (Localización Biblioteca de Derecho Universidad de Costa Rica. Signatura 347 R588t)
- <sup>7</sup> CORRALES SOLANO, (Carlos). Nociones de Derecho mercantil. San José, Costa Rica. Editorial Universidad Estatal a Distancia. (Localización Biblioteca de Derecho Universidad de Costa Rica. Signatura 347 C823n)
- <sup>8</sup> ETCHEVERRY, Op. Cit. Pág. 102.
- <sup>9</sup> VIVANTE, (Cesare). Tratado de Derecho mercantil. Madrid, España. Editorial REUS S.A. 1932. Pág. 75-76. (Localización Biblioteca de Derecho Universidad de Costa Rica. Signatura 347 V855t)
- <sup>10</sup> Ibidem. Pág. 79
- <sup>11</sup> RIPERT, Op. Cit. Pág. 36-37.
- <sup>12</sup> DE EIZAGUIRRE, Op. Cit. 160-161.
- <sup>13</sup> SATANOWSKY, (Marcos). Tratado de Derecho Comercial I. Buenos Aires, Argentina. Tipográfica Editora Argentina S.A. 1957. Pág. 143-145. (Localización Biblioteca de Derecho Universidad de Costa Rica. Signatura 347.982 S 253t)
- <sup>14</sup> CORRALES, Op. Cit. Pág. 19-20.
- <sup>15</sup> KOZOLCHYK, Op. Cit. Pág. 84-85.
- <sup>16</sup> ETCHEVERRY, Op. Cit. Pág. 100-101.
- <sup>17</sup> CORRALES, Op. Cit. Pág. 21.
- <sup>18</sup> KOZOLCHYK, Op. Cit. Pág. 95-96.

#### **AVISO LEGAL**

*El Centro de Información Jurídica en Línea es un centro de carácter académico con fines didácticos, dentro del marco normativo de los usos honrados realiza citas de obras jurídicas de acuerdo con el artículo 70 de la Ley de Derechos de Autor y Conexos número 6683, reproduce libremente las constituciones, leyes, decretos, acuerdos municipales, reglamentos y demás actos públicos de conformidad con el artículo 75 de la Ley de Derechos de Autor y Conexos número 6683. Elabora compendios de obras literarias o de artículos de revistas científicas o técnicos con fines didácticos dentro de los límites estipulados en el artículo 58 de la Ley de Procedimientos de Observancia de los Derechos de Propiedad Intelectual número 8039.*