220-81635, 18 de diciembre de 2003

Ref. De calidad de comerciante y los actos, operaciones o empresas mercantiles

Me refiero a su comunicación radicada con el No. 2003-01-178844, mediante la cual tuvo a bien someter a consideración de este Despacho, la conclusión que en su opinión surge a partir de la interpretación de las disposiciones contenidas en los artículos 10 y 20 del Código de Comercio, que respectivamente definen la calidad de comerciante y enuncian los actos que se reputan mercantiles, particularmente del numeral 5º, a cuyo tenor, "La intervención como asociado en la constitución de sociedades comerciales, los actos de administración de las mismas o la negociación a título oneroso de las partes de interés, cuotas o acciones..."son mercantiles.

El criterio que se esboza tiene en cuenta que si de conformidad con el artículo 10 del referido código, "son comerciantes las personas que **profesionalmente** se ocupan de algunas de las actividades que la ley considera mercantiles" se ha de entender que esa condición de profesionalismo, equivale a una exigencia de la ley, entendida como una forma vida con el consiguiente conocimiento y dominio de las habilidades necesarias para desarrollar las actividades mercantiles.

Siendo así, es dable en su sentir concluir que en el caso de los actos descritos en el numeral 5º transcrito, la participación de una persona natural en la constitución de una sociedad o, el hecho de mantener la calidad de socio o accionista, no es razón para considerar que la misma sea calificada como comerciante, aun cuando la compra, venta y constitución de sociedades, sean actos de comercio, puesto que no se verifican en esos eventos los elementos que exige la ley, como la ocupación profesional, la vinculación de la persona a actos objetivos, la dedicación a una actividad mercantil ejercida en nombre propio, con el fin de excluir a todos aquellos que de manera no profesional o no habitual o sin dedicación, realicen una o varias de las actividades que sean consideradas mercantiles.

Con fundamento en ese criterio de interpretación, solicita el concepto de este Despacho frente al siguiente interrogante:

"El accionista o socio (persona natural) de una sociedad que participa en la constitución de la misma como socio y que mantiene dicha calidad es o no un comerciante?"

Las inquietudes planteadas podrían resolverse simplemente, interpretando de modo literal el alcance de los preceptos que fueron invocados, en armonía con el artículo 11 ídem, de acuerdo con el cual, las personas que ejecuten ocasionalmente operaciones mercantiles no se considerarán comerciantes, para colegir que evidentemente, las disposiciones legales mencionadas, incluyen un elemento causal del cual depende que la persona natural o jurídica, ostente o no la calidad de comerciante (la actuación profesional) independientemente de que una u otra realice alguno de los actos u operaciones calificadas como mercantiles, de la misma manera que considera como causa, aunque para negar dicha calidad, la ausencia de habitualidad. No obstante, se advierte también que esa circunstancia no excluye la aplicación de la ley comercial respecto de esos actos u operaciones "objetivamente" calificados como mercantiles, como quiera que en los términos del artículo 1º del Código citado, que señala el ámbito de su aplicación, están comprendidos en él los comerciantes y los **asuntos mercantiles**, carácter que para todos los efectos se predica de los actos, operaciones y empresas que enuncia el artículo 20 ídem, abstracción hecha del sujeto que los realice.

Sin embargo, considerando que la cuestión de fondo, la cual trasciende más allá de la definición legal de comerciante, ha sido suficientemente estudiada por la doctrina nacional, resulta oportuno sin entrar en las razones de tipo histórico que condujeron a la llamada "objetivación" del derecho comercial del tipo europeo y que sirvió de base para las disquisiciones sobre la teoría de los actos de comercio, destacar que en el Código de Comercio vigente se ha consagrado un criterio de determinación de su campo de aplicación y, simultáneamente de especialización respecto del derecho civil común, precisamente basado en la calificación legal de ciertos actos como mercantiles, independientemente de cual sea la condición de la persona que los realice o ejecute, como se advierte entre otros en los artículos 20, 21, 22, 10 y 1 del mismo código, criterio característico del Código Francés de 1807 y del Español de 1829 que en su momento fueron los modelos legislativos predominantes en la materia.

A ese propósito es pertinente efectuar una somera ilustración sobre la orientación adoptada por el derecho colombiano vigente, para definir la noción de los comerciantes y los actos de comercio, como sujetos de la ley comercial, para lo cual viene al caso traer a colación algunos apartes de las anotaciones efectuadas por el profesor José Ignacio Narváez, con ocasión de la expedición del actual Código de Comercio, las cuales datan del 25 de mayo de 1971.

"A partir del Código de Comercio de Napoleón tradicionalmente se ha considerado el acto de comercio como la substancia del Derecho Mercantil, hasta el punto que en función del mismo acto surge la figura del comerciante. En la hora presente también está en boga un moderno sistema que pretende hacer girar a la rama jurídica mercantil alrededor de la existencia de la empresa comercial y de la realización de actos en serie.

Pues bien: frente a los mencionados sistemas, en el nuevo estatuto mercantil de Colombia subsiste el acto de comercio pero con un sentido más comprensivo y dinámico que el conocido desde antaño. Ciertamente no se define al acto ni se identifican sus características específicas que permitan suplir la ausencia de definición, quizás por las dificultades de interpretación que se suscitarían en el devenir de la constante evolución de la vida económica. Sin embargo, la expresión **acto de comercio** rara vez se identificará con la noción de acto jurídico aislado y ha de entenderse referida a una actividad económica, unas veces simple, otras compleja, que se exterioriza siempre en operaciones o hechos coetáneos o sucesivos. Es decir, un acto mercantil puede integrarse con varios actos o hechos jurídicamente independientes y autónomos, pero vinculados desde el punto de vista económico y jurídico. (...) Al respecto afirma el insigne maestro de mercantilistas Tulio Ascarelli, que el término "**acto**" debe ser entendido, al menos para las personas físicas, como equivalente de "**negocio**", a su vez resultante de uno o varios actos jurídicos. La pluralidad de negocios, en cuanto se presente coordinada, forma una "**actividad**".

(...)

"Esta idea fue acogida como una directriz en el reciente ordenamiento mercantil de Colombia, cuyo punto de mira es la **actividad**, a la cual alude desde la definición de comerciantes: son las personas que se ocupan profesionalmente en algunas de las actividades que la ley considera mercantiles, calidad que se adquiere aunque la **actividad mercantil** se ejerza a través de otra persona (art. 10). En otros preceptos el legislador utilizó expresiones como "**ejercer el comercio**" (artículos 12, 13, 14, 15, 16, 17 etc.), "**operaciones mercantiles**" (art. 11), "**actividad económica**" (art. 25), "**actividades o empresas de comercio**" (art. 21), para reemplazar la vetusta expresión "**acto de comercio**". Y en el epígrafe del mentado Título Segundo del Libro Primero se empleó la palabra "**operaciones**" porque éstas no siempre equivalen a "actividad".

...

(30 AÑOS DEL CODIGO DE COMERCIO, Reimpresión de las Revistas 3 y 4 de la Cámara de Comercio de Bogotá. Noviembre de 2001, Pág. 125 ss)

En este orden de ideas, es claro que la determinación del campo de aplicación del Código de Comercio, depende de consideraciones de carácter objetivo, y de ahí que sean calificados como comerciantes, quienes **profesionalmente** se ocupan en alguna de las actividades que la ley considera mercantiles, atendiendo a la vez que no se considerarán como tales, las personas que ejecuten **ocasionalmente** dichas operaciones. En tal virtud, frente al interrogante planteado, no sería dable en concepto de este Despacho, atribuir la calidad de comerciante a quien es "accionista o socio (persona natural) de una sociedad que participa en la constitución de la misma como socio y que mantiene dicha calidad.", puesto que en ese preciso supuesto, se estaría frente a un acto -de carácter mercantil sí-pero, carente de los elementos que determinan respecto del sujeto la condición mencionada, como son la habitualidad y consiguiente ejecución profesional .

En los anteriores términos se espera haber absuelto su inquietud, advirtiéndole que los alcances del concepto expresado se sujeta al artículo 25 del C.C.A.