

INTRODUCCIÓN.

En el trabajo que hoy presentamos vamos a plantear un punto de mucha importancia como lo es El Comerciante y vamos a tratar de hacer un pequeño análisis de todo el régimen jurídico que acompaña al mismo, definiremos comerciante, el criterio de calificación del comerciante individual, los elementos de la noción legal de comerciante individual aquí nos referimos principalmente a la capacidad, el ejercicio del comercio, la habitualidad, profesionalidad además de la importancia de ser comerciante, la adquisición, prueba y pérdida de la cualidad de comerciante, pérdida de la cualidad de comerciante, casos especiales regulados por el código de comercio.

Es importante anexar a este trabajo todo el régimen de ejercicio del comercio por el menor de edad, ya sea emancipado o no emancipado, además todo sobre la mujer casada comerciante en donde vamos a establecer el comercio ejercido por ella misma, ejercido conjunto a su marido y cuando ambos conforman la sociedad mercantil entre cónyuge.

Son muy importante los puntos a tratar en este trabajo ya que en la actualidad existen muchas posiciones doctrinarias sobre lo relacionado al comerciante y a los actos de comercio todo lo cual están regulados en el Código de Comercio y es importante conocer este punto ya que constantemente vemos como se desenvuelve el comercio en nuestra sociedad y a forma como se desarrolla la vida del comerciante.

Estamos en una sociedad de consumo en donde las actividades comerciales juegan un papel primordial para su desarrollo, el intercambio de artículos e implementos son constante y son los que hacen crecer y desarrollar las economías.

EL COMERCIANTE.

En nuestro Código de Comercio se establecen dos categorías de comerciantes:

- 1. EL INDIVIDUAL.**
- 2. EL SOCIAL O SOCIEDADES MERCANTILES.**

Ambas están preceptuados en los Art.10 y 200, conviene advertir que los criterios conforme a los cuales se califica de comerciante a un sujeto individual no son los mismos criterios para calificar de comerciante a una sociedad. Respecto del comerciante individual han de tomarse en consideración, supuestos de: Capacidad. habitualidad, profesionalidad, de realización de actos objetivos de comercio, de titularidad de las relaciones jurídicas en las cuales se produce estos actos de comercio como profesión habitual y según algunos autores, es también requisito, que quien realice la actividad lo haga con la finalidad de obtener un beneficio económico o patrimonial.

Respecto a las sociedades, los criterios para calificarlas como comerciantes están relacionadas con los aspectos siguientes:

- 1. El objeto social, es decir, la actividad que aparece como objetivo común ha realizar por los asociados en vista de los cuales se ha creado la sociedad, cuando el objeto es realizar uno o más actos de comercio, la sociedad es mercantil; puede darse el caso incluso de que en la práctica no realice ninguno, lo cual no puede ocurrir con el comerciante individual.**

2. La forma de organización que adopte, es decir, el tipo societario que se tome. Cuando el tipo es de Sociedad Anónima o de Responsabilidad Limitada, esa sociedad es sujeto de comercio, salvo que tenga por objeto una actividad agrícola o pecuaria o que exista alguna disposición de leyes especiales en virtud de las cuales, aún adoptando una de las formas (C.A o S.R.L), dicha disposición especial declara que el sujeto no es comerciante, ejemplo: Ley de Minas, donde se encuentran disposiciones que declara civil la actividad de explotación de la riqueza minera, y en consecuencia, aún cuando la sociedad minera sea anónima, no es comerciante. Conviene advertir que es necesario distinguir la Sociedad Mercantil como sujeto comerciante de los tipos de sociedades no comerciantes no reguladas por el Código de Comercio: que regula la manera de organizar la relación societaria internamente y frente a los terceros que entran en la relación con ella, de manera que aún cuando se formaron históricamente en el Derecho Mercantil, razón por la cual está allí, si embargo, esto no determina que todas las sociedades que se organicen con las normas del Código de Comercio son necesariamente un sujeto comerciante, ya que esos tipos de organización societarias pueden ser adoptados por las sociedades que son civiles, es decir, que no son sujetos comerciantes.

CRITERIO DE CALIFICACIÓN DE COMERCIANTE INDIVIDUAL.

El Art. 10 del Código de Comercio, establece que son comerciantes los que teniendo capacidad para contratar hacen del comercio su profesión habitual, y las sociedades mercantiles. Esa disposición ha sido objeto de numerosas críticas, y se le hace las observaciones siguientes:

1. Que el concepto legal de comerciante es único e indivisible, es decir, que se es o no se es comerciante y que tampoco se distinguen comerciantes mayores o menores. En realidad, ese estatus no es incompatible con el ejercicio paralelo con otras actividades socioeconómicas, es decir, que un mismo sujeto puede tener distintas calificaciones profesionales. Para los efectos de calificarlo como comerciante, basta solamente que realice actos de comercio como profesión habitual.
2. Que el concepto de comerciante, es un objeto real que deriva de una situación de hecho, realizar actos objetivos de comercio, es decir, profesión habitual; lo que no implica que deba cumplir con la formalidad alguna para lograr la calificación de comerciante, aun cuando el C.Com., obliga a éste a inscribir la firma en el Registro de Comercio; el hecho de que se cumpla esta formalidad o no, no incide a los efectos de atribuir el estatus del comerciante.
3. Se sostiene, que está muy mal logrado el concepto de comerciante desde el punto de vista de la técnica legislativa por impreciso y por incompleto, por ejemplo: se habla de profesión habitual, lo que crea dudas porque el mismo Código prevé el ejercicio de comercio por los capaces.
4. La disposición no contiene exigencia de la titularidad jurídica de las relaciones en las cuales se ejerza el comercio para atribuir el estatus de comerciante y estatus, una consecuencia jurídica que recibe el titular de esas relaciones. Hay una serie de casos en los cuales se actúa a título de representante, en este caso los actos jurídicos se producen en el

representado y de acuerdo con una interpretación literal del C.Com, no se sabe si el comerciante es el representante o representado. Técnicamente es el representado.

IMPORTANCIA DE DEFINIR A EL COMERCIANTE.

Aún cuando en un sistema de delimitación objetiva, la definición de comerciante es trascendente en el ámbito de nuestro Derecho Mercantil, ya que están en esas normas se constituye un verdadero estatus jurídico de comerciante, es decir, que cuando se reúne éstos, comienzan a producirse con respecto a ella una serie de consecuencias jurídicas, entre otras: La de llevar un registro de su movimiento patrimonial, es decir, la contabilidad, de dar a conocer determinados actos de su vida, es decir, la obligación de publicidad, igualmente encontramos normas relativas a las pruebas de las obligaciones y de las modalidades de esos vínculos jurídicos. También existen normas relativas no ya al comerciante sino a la actividad que este realiza, por ejemplo, existen la presunción de comerciante en las obligaciones realizadas por el comerciante, siendo el supuesto de esa presunción la cualidad de comerciante, por lo que adquirir esa cualidad produce los efectos jurídicos y mencionados.

ELEMENTOS DE LA NOCIÓN LEGAL DE COMERCIANTE.

1. **CAPACIDAD:** Este elemento ha sido criticado por la doctrina. Parte de ella ha sostenido que la formulación del Código de Comercio es incorrecta porque el elemento capacidad, entendida como capacidad de ejercicio, procede en la hipótesis de que el comerciante actúe por si mismo, en su

propio nombre, directa i personalmente, pero no es un elemento común a todas las hipótesis en las cuales se puede llegar a ser comerciante, porque hay casos previstos en el mismo C.Com en los cuales se puede ser comerciante sin tener capacidad para obrar directa y personalmente. El mismo C.Com contiene disposiciones relativas a los menores, que regula la hipótesis del menor emancipado, el cual puede ser autorizado para ejercer el comercio. El Art. 13, que regula la hipótesis del menor no emancipado sometido a tutela o a la patria potestad, situación en la cual su padre o representante legal puede ser autorizado para ejercer el comercio en nombre e interés del menor. También ha señalado la doctrina que hay casos en los cuales se tiene capacidad y no se puede ser comerciante. Esta es la hipótesis de la persona que ha sido declarada fallido y que no puede ejercer el comercio hasta tanto no sea rehabilitado, es decir, no se puede conservar ni reasumir la profesión de comerciantes. Así esta establecido en el Art. 941 del C.Com.

La quiebra no acarrea una inhabilitación ni menos interdicción, el sujeto fallido sigue siendo capaz jurídicamente, sin embargo, en virtud de la disposición anteriormente citada no se le permite continuar ejerciendo ni reasumir la profesión comerciante si no es rehabilitado.

En razón de lo expuesto, la doctrina ha sostenido que la exigencia de la capacidad para contratar está mal formulada y que debería incluso eliminarse, ya que no es un elemento de la definición del comerciante. Algunos proyectos de reforma del C.Com, han eliminado este elemento.

Otra parte de la doctrina considera que el anterior planteamiento no es correcto, que en realidad la norma general es la que debe ser capaz, capacidad de ejercicio para obtener la condición de comerciante y que la definición esta bien configurada, que las normas existentes relativas al menor y al fallido son excepcionales a la regla, que no ponen en crisis su vigencia, sino que la confirman. Siendo excepciones a la regla deben ser tratadas como tales, no susceptibles de interpretación extensiva ni analógica según este criterio debe dejarse este elemento capacidad como constitutivo de la noción legal de comerciante.

2. EJERCICIO DEL COMERCIO: En nuestra legislación el concepto de comerciante es real y no formal, el estatus del comerciante deriva de que en la práctica, en los hechos, en la vida diaria, que se ejerza o no la actividad calificable de mercantil y por lo tanto, la inscripción o no en el Registro Mercantil no tiene consecuencia sobre el estatus ni con respecto al comerciante individual reviste ninguna peculiaridad constitutiva del estatus. A los fines de este elemento para calificar a una actividad como comercial hay que acudir a la categoría del acto objetivo de comercio, por lo tanto, es necesario ejercer reiteradamente actos objetivos de comercio para obtener el estatus de comerciante.

3. HABITUALIDAD: Es reiteración, es por lo tanto repetición en el tiempo. En consecuencia, es necesario afirmar que no se puede atribuir la cualidad de comerciante, sino después de transcurrido cierto tiempo de estar practicando actos objetivos de comercio, es decir, que la calificación de comerciante, no se puede otorgar desde el inicio, desde el momento en que se realiza el primer acto objetivo de comercio, aun cuando se tenga la

intención de continuar realizándolos en el futuro, sino que para adquirir la condición de comerciante, es necesario que dichos actos se hayan realizado reiteradamente en el tiempo.

4. PROFESIONALIDAD: Este elemento es más amplio y complejo que la habitualidad. La profesionalidad supone la habitualidad, se considera que se puede presumir la habitualidad que esta comprenda en la noción de profesión, lo que facilitaría estas interpretaciones. La nota profesionalidad se considera por A) Por una explotación conforme a un plan. B) Por un propósito de lucro, es decirse pretende derivar medio de vida, sustento económico de la realización de actos objetivos de comercio. C) Exteriorización de ese acto, o que sea que los terceros puedan conocer que allí existe una explotación conforme a un plan para obtener un medio de vida D) Exige también habitualidad, reiteración. Hay un quinto elemento que no está expreso en el Art. 10 y que la doctrina ha sostenido que es uno de los elementos fundamentales, esto es, el ejercicio en nombre propio.

El planteamiento es, que existiendo una noción económica y una jurídica del comerciante, donde el enfoque económico define al comerciante como toda persona que del comercio deriva su medio de vida, realizando en nombre propio o en representación de otros, actos de comercio. Desde el punto de vista jurídico la noción implica determinar sobre quien se produce la consecuencia jurídica de la realización de los actos objetivos de comercio. En esta hipótesis se producirán en el representado y no en el representante. En consecuencia, desde este punto de vista, el comerciante es quien recibe la consecuencia jurídica de la actividad mercantil, porque el ser comerciante es

un estatus jurídico. Por ello suele añadir a la definición legal, la exigencia de que el ejercicio profesional sea hecho en nombre propio.

ADQUISICIÓN, PRUEBA Y PERDIDA DE LA CUALIDAD DE COMERCIANTE.

Respecto de la adquisición de la cualidad de comerciante debemos tener en cuenta la configuración del concepto de comerciante en nuestro sistema de derecho, que la cualidad de comerciante se trata de un estatus personal con base real. Se puede transmitir un fondo de comercio por sucesión pero no se transfiere la cualidad de comerciante, al cual solo se adquirirá cuando el causahabiente realiza actos objetivos de comercio. En cuanto a la prueba de la cualidad de comerciante y estando como ya dijimos frente a un concepto real de comerciante y estando como ya dijimos frente a un concepto real de comerciante, no es posible valerse sino de la demostración de hecho que configuren el estatus de comerciante, no basta la manifestación de voluntad para adquirir dicho estatus.

PERDIDA DE LA CUALIDAD DE COMERCIANTE.

Se pierde dicho estatus al dejarse producir uno de los requisitos que lo configuran, es decir, capacidad, profesionalidad, habitualidad y ejercicio en nombre propio.

CASOS ESPECIALES REGULADOS POR EL CÓDIGO DE COMERCIO.

1. El ejercicio del comercio por el menor de edad.
2. El ejercicio de comercio por la mujer casada.
3. El ejercicio del comercio por entidades públicas.

EL EJERCICIO DEL COMERCIO POR EL MENOR DE EDAD: El Código de Comercio regula el ejercicio del comercio por el menor de edad en dos situaciones:

1. **EL MENOS EMANCIPADO: (ART 11).** El Artículo establece que el menor emancipado, de uno u otro sexo puede ejercer el comercio y ejecutar eventualmente actos de comercio, siempre que para ello fuere autorizado por un curados, con la aprobación del Juez de Primera Instancia en lo Civil de su domicilio, cuando el curador no fuera el padre o la madre. Es necesario determinar que es un menor emancipado; un menor emancipado es aquel que no tiene la mayoría de edad y al contraer matrimonio, por tal hecho se produce de derecho la emancipación y ella confiere al menor la capacidad de realizar por si solo actos que no excedan de la simple administración, ya que si exceden de ella deberá tener autorización del Juez de Primera Instancia en lo Civil de su domicilio, esto quiere decir, que el menor emancipado puede ejercer el comercio y eventualmente actos de comercio en forma limitada.

El matrimonio produce el derecho de emancipación , la misma confiere al menor la capacidad de realizar por si solo actos de administración, requerirá autorización del Juez competente. El régimen de emancipación vigente nos

coloca desde el punto de vista del menor comerciante, en la situación siguiente: A) La mujer puede ser comerciante desde los 14 años en razón de contraer matrimonio. B) El hombre puede ser comerciante desde los 16 años, también en consecuencia del matrimonio C) Los menores de 18 años no emancipados no pueden adquirir la condición de comerciante.

El Art. 12 del C.Com, establece que los menores autorizados para comerciar se reputan mayores en el uso que hagan de esa autorización, y pueden aparecer en juicio por sí y enajenar sus bienes inmuebles, debe entenderse que el menor emancipado comerciante, puede por si solo ejecutar actos de simple administración, realizar actos que excedan de la misma y además puedan comparecer en juicios por si mismo cuando se trate del uso que hagan de la autorización de comerciar.

Como conclusión podemos decir que el menor emancipado ejerce el comercio en su propio nombre, compromete su propia responsabilidad, esta sometido al régimen de quiebra, pero no es sujeto de ser sometido a condena penal.

2. EL MENOR EN CUYO BENEFICIO SE EJERZA EL COMERCIO.

El C.Com establece que el representante legal ejerce el comercio en nombre del menor, de lo cual resulta que el comerciante es el menor y no el representante, planteándose igualmente el problema de determinar a quien se le aplicaría eventualmente una sanción en caso de una quiebra culpable o fraudulenta.

LA MUJER CASADA COMERCIANTE: El ejercicio del comercio por parte de la mujer casada puede ser de dos tipos:

1. EJERCICIO POR SI MISMA: Los bienes propios de la mujer casada quedan afectados a la responsabilidad de su actividad mercantil, los bienes de la comunidad conyugal cuya administración le corresponde a la mujer también quedan afectados a la responsabilidad de su actividad mercantil, los bienes de la comunidad conyugal en general también quedan afectados a la responsabilidad previo consentimiento expreso del marido. La autorización expresa del marido a los efectos de comprometer la responsabilidad de los bienes de la comunidad conyugal debe registrarse en el Registro Mercantil, esta autorización debe ser general a la responsabilidad de los demás bienes comunes.

2. EJERCICIO JUNTO AL MARIDO: La mujer puede adquirir la cualidad de comerciante separadamente del marido e independientemente de él, pero también se da el caso de los cónyuges que ejercen conjuntamente el comercio y surge el problema de determinar si la mujer o el marido son auxiliares el uno del otro y quien es el comerciante. Esta es una cuestión de hecho y no es fácil determinar siempre, algunos sectores de la doctrina sostiene que por la vía de presunción ambos son comerciantes, a menos que exista elementos de hecho que demuestren que dicho carácter corresponde a uno solo de los cónyuges como dependiente en sentido laboral de otro

3. SOCIEDAD MERCANTIL ENTRE CÓNYUGES: Antes de la reforma del Código Civil de 1982 se debatió acerca de la validez de las sociedades

entre cónyuges por consideraciones en torno a cuatro puntos que pertenecen al régimen patrimonial del matrimonio a saber: A) La existencia de la potestad marital. B) El principio de la inmutabilidad del régimen patrimonial en el matrimonio. C) Prohibición de ventas entre cónyuges. D) Revocación de las donaciones entre cónyuges.

⇒ **La Potestad Marital:** Se considero que la sociedad familiar tenia como una de sus características jurídicas una desigualdad jurídica entre el marido y mujer, en virtud del cual el marido es titular de una potestad jurídica que es la potestad marital, que le da supremacía jurídica sobre la mujer. El contrato de sociedad tiene como requisito el de la igualdad jurídica de los socios que es uno de los elementos constitutivos de la sociedad. En consecuencia parece encontrarse una contradicción en una sociedad entre cónyuges por cuanto como consecuencia del régimen jurídico del matrimonio son desigualdades jurídicamente, sin embargo con las últimas reformas del régimen de comunidad conyugal la potestad marital se ha visto reducida a un simple poder de dirección del marido, reduciéndose igualmente la desigualdad entre ambos cónyuges.

⇒ **Inmutabilidad del Régimen Patrimonial:** El régimen patrimonial del matrimonio es inmutable después de celebrado el matrimonio; de ese principio de inmutabilidad del régimen patrimonial se ha querido derivar una contradicción con la posibilidad de realizar una sociedad entre cónyuges, porque si se admite un contrato de sociedad se puede dar inicio a modificaciones del régimen patrimonial del matrimonio, pero algunos autores han sostenido que el solo hecho de celebrar una sociedad entre cónyuges no produce una modificación ya que los bienes siguen

permaneciendo dentro de la comunidad conyugal, de allí que no se produce ningún tipo de ilícitud con el aporte a la sociedad.

⇒ **Prohibición de Venta entre Cónyuges:** Con motivo de esta prohibición se ha dado fundamentalmente dos argumentos para negar las posibilidades de sociedades entre cónyuges a saber: A) Se puede simular venta de bienes bajo la forma de sociedad B) Que si el Código Civil ha prohibido la venta entre cónyuges para evitar el aprovechamiento ilegítimo de uno de los cónyuges sobre el otro, también en virtud de la aplicación analógica debe extenderse la prohibición de la elaboración del contrato de sociedad donde se puede dar la misma situación.

⇒ **Revocabilidad de las Donaciones Entre Cónyuges:** El Art. 1.451 C.C establece un régimen excepcional que es el de la revocabilidad de las donaciones entre cónyuges por la sola voluntad del donante, sin que exista causa de revocatoria, ahora bien mediante el contrato de sociedad se puede simular donaciones y de allí derivar el que la celebración del contrato de sociedad sea ilegal.

⇒ **El Ejercicio del Comercio por las Entidades Públicas:** El Art. 7 del Código de Comercio establece que La Nación, Los Estados, El Distrito Federal, Los Distritos y los Municipios, no pueden asumir la cualidad de comerciantes, pero pueden ejecutar actos de comercio; y en cuanto a estos quedan sujetos a la ley mercantil. Esta norma responde a un criterio jurídico inobjetable los entes público territoriales no pueden admitir calificación jurídica a título accesorio lo que quiere decir que no la pueda ser aplicado al régimen jurídico determinado estatuto. No puede recibir la

calificación jurídica de comerciante pero no quiere decir que el derecho típico de los comerciantes no se le puede aplicar, se le aplica en el medida que realizan actos de comercio, este principio responde a que la sola relación jurídica concreta es la que da origen al régimen jurídico aplicable y no al sujeto. Por el solo hecho de que una entidad pública intervenga en una relación no necesariamente esa relación es pública.

No hay sujetos ni objetos que por si determinen el régimen aplicable, sin embargo los entes públicos están sometidos a un régimen especial cuando se trata la jurisdicción competente a conocer de las acciones contra ellos.

Compleja se torna la situación cuando se trata de empresas del estado, de economía mixta o de empresas con participación accionaria del estado, las cuales están sometidas a un régimen de concurrencia de normas de derecho público y privado, sin embargo en esos casos cuando las empresas adoptan la forma de sociedad mercantil, adquieren la cualidad de comerciantes, de conformidad con el Art. 200 del Código de Comercio salvo las excepciones establecidas en la ley.

CONCLUSIÓN.

Una vez finalizado este trabajo podemos concluir puntualizando los siguiente: tenemos que saber que la definición de derecho mercantil trasciende

en al ámbito de nuestro derecho, ya que si se reúne los supuestos de hechos que están en esas normas se constituyen un verdadero estatus jurídico de comerciante, es decir, que cuando se reúnen éstos, comienza a producirse una serie de consecuencias jurídicas.

Entre otro punto que podemos analizar tenemos que el menor emancipado ejerce el comercio en su propio nombre, compromete su propia responsabilidad, esta sometido al régimen de quiebra, pero no es sujeto de ser sometido a condena penal.

También en Venezuela donde no hay norma expresa sobre el punto de las donaciones la conclusión sería que las sociedades entre cónyuges son admisibles, pero que tales sociedades podrían ser impugnadas cuando se demuestren que se haya infringido la ley que tal constitución da origen a un fraude que afecte a tercero. El anteproyecto de la ley de sociedades mercantiles consagra expresamente la validez de las sociedades entre cónyuges

Son muy importante los actos de comercio para el desarrollo económico de la nación y los mismos se materializan en el comerciante que es el sujeto que hace posible la realización de estos actos estipulados en el Código de Comercio.

BIBLIOGRAFÍA.

Curso de Derecho Mercantil, Roberto Goldsmith.

Derecho Mercantil, Administración y Contaduría, Universidad Abierta
Caracas-Venezuela 1987, Gustavo Urdaneta / Omar Reyes.

Código de Comercio.

Código Civil.

