¿CUÁNDO UN ACTO ES DE COMERCIO Y CUÁNDO NO LO ES?

Abog. Andrés Sarellano Martínez[1]

Los tecnólogos del Derecho han creado un sinfín de definiciones sobre el comercio y acto de comercio, algunas circulares en su sentido lógico, otras más sin sentido -semánticamente hablando-. Sin embargo, el consenso general entorno al acto de comercio en la disciplina mercantil es que está incluido en el acto jurídico y que la Legislación y jurisprudencia son la que otorga las propiedades específicas que habrá de tener un acto para ser considerado de comercio. En este artículo de opinión se buscara dar unas pautas para poder identificar en la práctica cuándo un acto es de comercio y cuándo no lo es.

Recordando rápidamente lo que se entiende generalmente por acto, desde una postura finalista es una acción voluntaria que busca un fin. El fin de un acto puede ser muy diverso, desde la comisión de un delito hasta realizar una compra o venta de algún bien o servicio. Entonces, el acto como acción que conlleva una voluntad consciente en búsqueda de un fin amerita ser regulada jurídicamente para poder distinguir no sólo con base en el fin y la voluntad, sino mediante otros elementos, qué normatividad del sistema del Derecho habrá de aplicarse para determinar ciertas relaciones jurídicas así como solucionar algún posible conflicto. Es decir, si el fin de una conducta es cometer un delito, entonces no podrá sancionarse con la legislación civil, sino la penal. De igual manera, podría pensarse en relación al derecho mercantil. Pero, ¿cómo saber cuándo se está ante un acto de comercio o un acto que no es de comercio? Es importante tener en cuenta que el Derecho es una sociotécnica, y como tal exige investigación y metodología para responder este tipo de preguntas. No obstante, la gran mayoría apela al criterio de conformidad con la autoridad, recurriendo a citas de autores para establecer la existencia de un acto de comercio, olvidando con ello la realidad. Me aparto de esta postura y apelo a la realidad y la lógica.

---

[1] Abogado postulante y docente universitario.

En efecto, para entrar a la discusión entorno al Acto de Comercio se tendrá en cuenta el análisis semántico del consenso de la Sistemática conceptual y de la Ley y a esto se hará la aplicación de la teoría de conjuntos. Es decir, de lógica matemática, con el fin de crear una representación conceptual exacta y disminuir la vaguedad. Para esto resulta relevante proporcionar una serie de reglas semánticas que ayuden a interpretar los cálculos.

Reglas de correspondencia semántica.

A *designa el conjunto de Actos jurídicos.*

Z *designa el conjunto de Actos de Comercio.*

$Z \subset A$ *designa la hipótesis todo acto de comercio es un acto jurídico.*

$A \not\subset Z$ *designa la hipótesis no todo acto jurídico es un acto de comercio.*

En primer término, del lenguaje jurídico que surge del texto lingüístico del Libro segundo, título primero, Capítulo primero del Código de Comercio, al decir "*De los actos de comercio",* semánticamente se entiende que se hablará de actos jurídicos ya que lo expuesto deviene del contexto de una normatividad: Código de Comercio.

Además, jurídicamente permite identificar dentro del conjunto de actos jurídicos a los actos que conllevan comercio. El comercio es un término discutido ampliamente en el sector jurídico, pero para efectos de este artículo se entenderá que designa el concepto de *"intercambio de bienes o servicios*".

La conclusión, es que en a nivel conceptual y jurídico el Acto de Comercio está incluido de manera propia en el Acto Jurídico General porque todos los elementos *x* que pertenecen a Z también pertenecen a A. Esto sostiene la afirmación de que el *acto de comercio* es un tipo de *acto jurídico.*

Formalmente:

$$Z \subset A \leftrightarrow \forall x \mid x \in Z \nrightarrow x \in A$$

Por último, en la teoría general del acto jurídico se suele mezclar como uno de sus elementos a los llamados “vicios de la voluntad” o “ausencia de vicios de la voluntad”. Sin embargo, eso conlleva a una falta de coherencia (falta de mutua adecuación conceptual) lo que no permite entender el significado común. Por un lado, porque se habla de un conjunto vacío. Por otro, porque se da a entender que los “vicios de la voluntad” o “ausencia de vicios de la voluntad” *forman* al acto jurídico. Por ejemplo, tenemos una manifestación de la voluntad libre y voluntaria, pero ante la existencia lógica de los “vicios de la voluntad” esa voluntad libre y voluntaria a su vez tiene un error o coacción y sin ellas el acto no existiría porque se toma como elemento estructural del acto. E ahí, la falta de coherencia.

Por ello, la “Ausencia de vicios de la voluntad” es una propiedad del acto jurídico más que un elemento del mismo. En efecto, si existe un vicio de la voluntad tal como el error, dolo o mala fe, podría dar lugar a alguna nulidad absoluta del acto y por tanto a la inexistencia del acto jurídico.

Todo lo anterior, se ilustra de la siguiente manera:

I. Estructura del Acto Jurídico

A = {{B} {G}}

Donde:

A= Acto jurídico

B = Elementos Esenciales

$B_1 =$ = Manifestación de la Voluntad

$B_2 =$ = Objeto o consecuencias de la Manifestación de la Voluntad

$B_2^1 =$ Motivo, Fin o Condición

B_2^2 =Físicamente posible

B_2^3 =Jurídicamente posible

B_2^4= Solemnidad

G = Elementos de Validez

G_1= Capacidad

g_1^1= Goce

g_1^2= Ejercicio

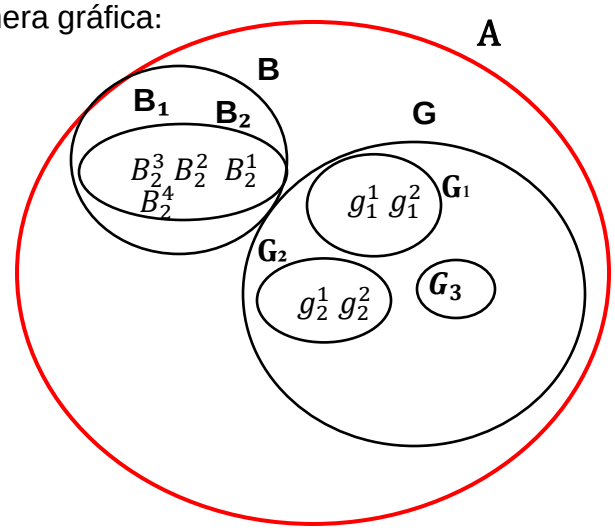
G_2 Forma

g_2^1 = Por escrito

g_2^2 = Tácito

G_3 = Licitud en el Objeto, Motivo, Fin o Condición

De manera gráfica:



Propiedades:

Ausencia de Vicios de la Voluntad

Dolo

Error

Mala Fe

II. Estructura del Acto de Comercio

Z= Acto de Comercio

B = Elementos Esenciales

$B_1 =$ Manifestación de la Voluntad

$B_2 =$ Objeto o consecuencias de la Manifestación de la Voluntad

$B_2^1 =$ Motivo, Fin o Condición

$B_2^2 =$Físicamente posible

$B_2^3 =$Jurídicamente posible

G = Elementos de Validez

G_1= Capacidad

g_1^1= Goce

g_1^2= Ejercicio

G_2 Forma

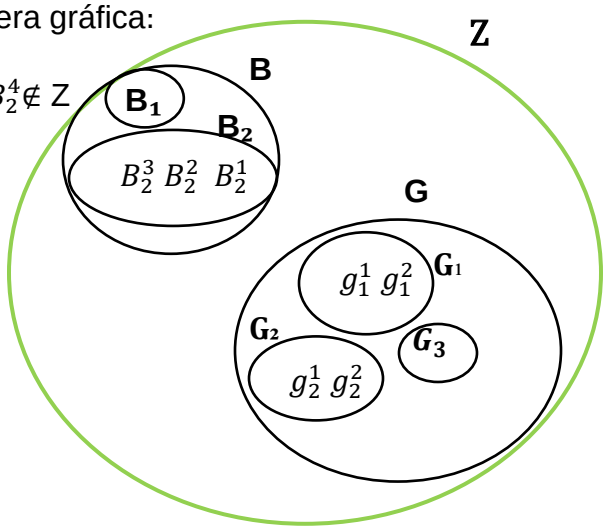
g_2^1 = Por escrito

g_2^2 = Tácito

G_3 = Licitud en el Objeto, Motivo, Fin o Condición

De manera gráfica:

Nótese como $B_2^4 \notin$ Z



Propiedades:

1. **Ausencia de Vicios de la Voluntad**

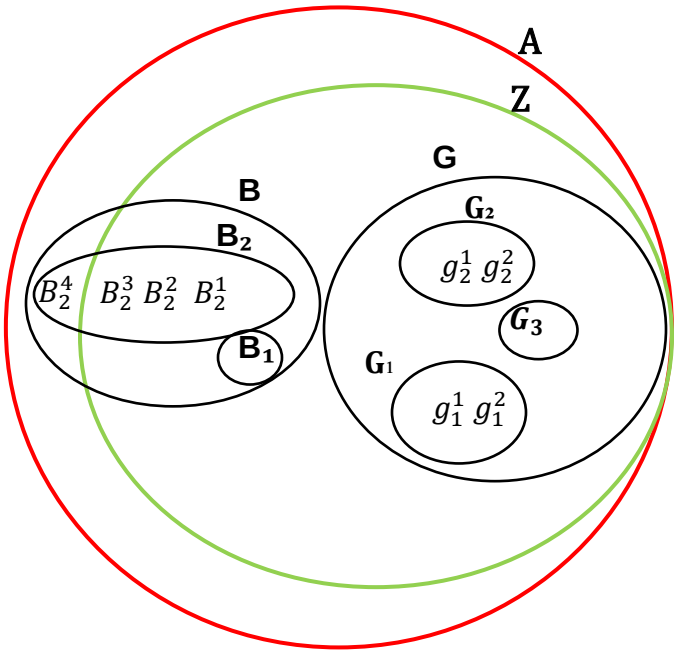
Dolo

Error

Mala Fe

2. **Lucro**

De todo lo expuesto se tiene la siguiente representación gráfica:



Nótese como $B_2^4 \notin$ Z pero $B_2^4 \in$ A.

Así pues, se partió de la Teoría del Acto Jurídico, de ahí se formuló en términos conjuntistas para identificar su estructura. Luego, dado el lenguaje de la Sistemática conceptual y normativo se tiene que el acto de comercio es una particularidad del Acto Jurídico General. Es decir, el acto de comercio es un subconjunto o aplicación específica del acto jurídico, el cual representa algún caso concreto que cumpla con la característica de ser de comercio en el cual se pretenda obtener un lucro. Por ejemplo, la venta de flores o la compraventa de frijol entre un agricultor y el Estado o algún particular.

Ahora bien, sabemos que $Z \subset A \leftrightarrow \forall x \mid x \in Z \rightarrow x \in A$; Luego, $Z \subset A \wedge A \not\subset Z \rightarrow A \neq Z$. Esto se demuestra por vía de contradicción. De entrada, $Z \subset A$ y $A \not\subset Z$ son las hipótesis, de ahí que tenga que demostrar que $Z \subset A$ y $A \not\subset Z$ implican a $A \neq Z$. Por definición, $Z \subset A \leftrightarrow \forall x \mid x \in Z \rightarrow x \in A$. De manera semejante, $A \not\subset Z \leftrightarrow \exists x \mid x \in A \wedge x \notin Z$. Si suponemos que A=Z, entonces todo elemento de A tiene que estar en Z. Sin embargo, esto contradice la hipótesis de que $A \not\subset Z$, pues existe un elemento que está en A pero no en Z. En efecto, la suposición de que A=Z lleva a una contradicción con la hipótesis $A \not\subset Z$, de ahí que $A \neq Z$. En conclusión, $Z \subset A \wedge A \not\subset Z \rightarrow A \neq Z$.

La conclusión anterior conlleva a reflexionar sobre lo siguiente: Todo acto de comercio es un acto jurídico, pero no todo acto jurídico es un acto de comercio. El acto jurídico y el acto de comercio no son idénticos o “lo mismo”; Recuérdese que el acto jurídico es *general,* o sea, da las bases conceptuales para entender los *actos de comercio,* los cuales son una *particularidad* de el acto jurídico general.

Por ejemplo, se realiza una donación o un matrimonio. El primero es un acto jurídico unilateral que no busca un lucro. O sea, no tiene una de las propiedades o rasgos objetivos señalados. El segundo es un acto jurídico bilateral igualmente sin

fines de lucro. Ahora bien, si la teoría del acto jurídico señala los elementos para la existencia y validez de un acto y entre los elementos de existencia se encuentra como parte del Objeto o consecuencias de la Manifestación de la Voluntad, el Motivo, Fin o Condición ¿es este elemento el que habrá de diferenciar a los actos de comercio de los que no lo son? En los ejemplos anteriores, no era motivo el intercambio de bienes o servicios buscando un fin económico (lucro). Por lo tanto, la donación y el matrimonio son actos jurídicos que no son de comercio.

En contraste, una persona compra 10 pacas de ropa a otra para revenderla al mayoreo en su tienda. Este acto tiene un objeto, manifestación de voluntad, fin y la propiedad de lucro y encuentra sus bases de regulación en el Código de Comercio y demás leyes afínes. De ahí, que realiza un acto de comercio.

Nótese cómo se tiene en cuenta el Objeto o consecuencias de la Manifestación de la Voluntad, el Motivo, Fin o Condición para determinar si se está o no ante un acto de comercio. Sin embargo, hay quienes no coinciden con dicha postura de tomar en consideración el Motivo, Fin o Condición para determinar si se está o no ante un acto de comercio. Al respecto, se someten estrictamente a lo que señale la Legislación aplicable. Por ejemplo, el Código de Comercio o bien, el Código Civil, entre otras. Entonces, habrá actos jurídicos cuyo Motivo, Fin o Condición sea diferente al comercio. No obstante, una solución es tener en cuenta tanto la Ley como la Manifestación de la Voluntad, el Motivo, Fin o Condición para determinar si se está o no ante un acto de comercio. Una visión limitada a solamente una de las anteriores condiciones es reduccionista, por lo tanto una combinación de ambas permite tener un mayor alcance.

Ahora bien, retomando el problema señalado párrafos arriba, para intentar orientar la respuesta bajo una óptica normativa, (que cabe recalcar que no hay un consenso en la respuesta a dicha pregunta) es necesario remitirnos al Código de Comercio, en su artículo 75 el cual señala actos con trascendencia jurídica en los que se ve involucrado el comercio:

> ***Artículo 75.***- *La ley reputa actos de comercio:*

I.- *Todas las adquisiciones, enajenaciones y alquileres verificados con propósito de especulación comercial, de mantenimientos, artículos, muebles o mercaderías, sea en estado natural, sea después de trabajados o labrados;*

II.- *Las compras y ventas de bienes inmuebles, cuando se hagan con dicho propósito de especulación comercial;*

III.- *Las compras y ventas de porciones, acciones y obligaciones de las sociedades mercantiles;*

IV.- *Los contratos relativos y obligaciones del Estado ú otros títulos de crédito corrientes en el comercio;*

V.- *Las empresas de abastecimientos y suministros;*

VI.- *Las empresas de construcciones, y trabajos públicos y privados;*

VII.- *Las empresas de fábricas y manufacturas;*

VIII.- *Las empresas de trasportes de personas o cosas, por tierra o por agua; y las empresas de turismo.*

IX.- *Las librerías, y las empresas editoriales y tipográficas;*

X. *Las empresas de comisiones, de agencias, de oficinas de negocios comerciales, casas de empeño y establecimientos de ventas en pública almoneda;*

XI.- *Las empresas de espectáculos públicos;*

XII.- *Las operaciones de comisión mercantil;*

XIII.- *Las operaciones de mediación de negocios mercantiles;*

XIV.- *Las operaciones de bancos;*

XV.- *Todos los contratos relativos al comercio marítimo y a la navegación interior y exterior;*

XVI.- *Los contratos de seguros de toda especie;*

XVII.- *Los depósitos por causa de comercio;*

XVIII.- *Los depósitos en los almacenes generales y todas las operaciones hechas sobre los certificados de depósito y bonos de prenda librados por los mismos;*

XIX.- *Los cheques, letras de cambio o remesas de dinero de una plaza a otra, entre toda clase de personas;*

> ***XX.-*** *Los vales ú otros títulos a la orden o al portador, y las obligaciones de los comerciantes, a no ser que se pruebe que se derivan de una causa extraña al comercio;*
>
> ***XXI.-*** *Las obligaciones entre comerciantes y banqueros, si no son de naturaleza esencialmente civil;*
>
> ***XXII.-*** *Los contratos y obligaciones de los empleados de los comerciantes en lo que concierne al comercio del negociante que los tiene a su servicio;*
>
> ***XXIII.-*** *La enajenación que el propietario o el cultivador hagan de los productos de su finca o de su cultivo;*
>
> ***XXIV.*** *Las operaciones contenidas en la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito;*
>
> ***XXV.-*** *Cualesquiera otros actos de naturaleza análoga a los expresados en este código.*
>
> *En caso de duda, la naturaleza comercial del acto será fijada por arbitrio judicial.*
>
> ***Artículo 76.-*** *No son actos de comercio la compra de artículos o mercaderías que para su uso o consumo, o los de su familia, hagan los comerciantes: ni las reventas hechas por obreros, cuando ellas fueren consecuencia natural de la práctica de su oficio.*

Esto es más una *lista* la cual debe observarse no de manera limitada, sino como una lista que enuncia, que nos dice qué tipos de actos de comercio hay regulados en el Código de Comercio y que son propiamente actos de comercio, los sujetos que en ellos intervienen y algunos de los muchos objetos que pueden comerciarse. Por lo tanto, es una lista abierta, pues es necesario prestar atención a la fracción XXV en cuanto a la naturaleza análoga de cualquier otro acto. Esto significa que si en la realidad se realiza un acto jurídico se requiere identificar su grado de similitud con uno o más de los actos enunciados en la *lista* del artículo citado. Es ahí, en ese análisis de similitud o *analogía* en el que se podrá identificar si realmente se está frente a un acto jurídico de comercio o no. Es decir, ese propio análisis permitirá identificar la naturaleza del acto, pues en vez de ser mercantil podría ser civil, penal o de otra índole.

Ahora bien, es necesario que lo anterior lo tomen igualmente de manera enunciativa, es decir, como una *pauta* limitada solamente al Código de Comercio, pues no se olvide que hay otras Leyes, como el caso de la Ley de Títulos y Operaciones de Crédito la cual en su artículo 1º señala otro tipo de actos de comercio.

Por su parte, sencillo resulta entender el artículo 76 del Código de Comercio:

> ***Artículo 76.-*** *No son actos de comercio la compra de artículos o mercaderías que para su uso o consumo, o los de su familia, hagan los comerciantes: ni las reventas hechas por obreros, cuando ellas fueren consecuencia natural de la práctica de su oficio.*

Es decir, se atiende al fin buscado por el sujeto entorno a las mercaderías y al origen y fin de las reventas. Pero señala una calidad concreta para el sujeto: ser comerciante o ser obrero.

Así pues, para saber cuándo un acto es de comercio o no, se requerirá un análisis metodológico del caso de estudio tomando en consideración la Teoría del Acto Jurídico y su aplicación particular. Por ello, resulta relevante la comprensión de dicha teoría. También, es necesario el desarrollo de los aspectos conceptuales del Derecho. Como pautas prácticas enunciativas para saber cuándo un acto es de comercio o no, como abogado estimo se tiene que:

a) Identificar y desentrañar las relaciones conceptuales de cada fracción del artículo 75 del Código de Comercio, las de la Ley de Títulos y Operaciones de Crédito y cualquier otro ordenamiento jurídico que tenga al menos 1 norma que hable de actos análogos al comercio. Lo anterior, bien puede realizarse mediante una interpretación gramatical y sistemática. También, mediante una interpretación analógica (de similitudes) o teleológica (o sea encaminada a encontrar con qué fin se redactó esa norma jurídica).
b) Analizar el caso de estudio bajo los conceptos de la Teoría del Acto Jurídico, y prestar especial atención a:
    I. El objeto del acto jurídico

II. La intencionalidad de los sujetos
III. La calidad de comerciante o no de los sujetos
IV. El lucro es una propiedad o característica que envuelve o distingue al comercio y no es un elemento de la propia teoría del acto jurídico.

c) Realizar un análisis teórico para identificar si la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha hecho una clasificación de ese acto que se estudia, y si determinó si es o no acto de comercio.
d) Utiliza herramientas lógicas, como la teoría de conjuntos o al menos los principios básicos de la lógica: Identidad, No Contradicción, Tercero Excluso.
e) Desarrollar la habilidad de redactar argumentos que permitan persuadir sobre el por qué tu interpretación permite concluir que se está o no se está ante un acto jurídico de comercio. Para esto, es necesario utilizar reglas lógicas, tal como la deducción: silogismo hipotético; silogismo disyuntivo; dilema; Modus Tollendo Tollens; Modus Ponens, etc.

En suma, todo acto de comercio es un acto jurídico, pero no todo acto jurídico es un acto de comercio. En efecto, no existe una especificación general para colocar a todos los actos como actos de comercio, sino que tiene que existir un análisis de caso por caso en atención a las características específicas de este, el contexto en el que se da y el avance teórico o conceptual jurídico del momento en que el acto se da. De ahí, que el análisis bajo pautas teóricas sólidas, lógicas y sumando la experiencia que el abogado tenga y el afán de contrastabilidad podrán lograr establecer con argumentos sólidos si el acto es o no de comercio, y con ello tratar de evadir el dogmatismo y apelación al argumento de autoridad para su establecimiento.