

Por el Profesor de Derecho Mercantil en la
Universidad Central, _____

X Sr. Dr. Dn. Miguel A. del Pozo V. _____

X Programa Analítico de De-
recho Mercantil. _____



_____ (Continuación)
ÁREA HISTÓRICA
DEL CENTRO DE INFORMACIÓN INTEGRAL

PROGRAMA

ARTICULO 7º.

71. La incompatibilidad. 72. Confusión de incapacidades con incompatibilidades en que incurre el Código. 73. Incompatibilidades no comprendidas en el artículo 7º. 74. La incompatibilidad fundada en el estado religioso. 75. La incompatibilidad originada en el ejercicio de funciones políticas o administrativas. 76. Las incompatibilidades especiales. 77. Extensión que debe darse a la prohibición que implica la incompatibilidad. 78. Efectos jurídicos del ejercicio habitual o accidental del comercio por personas en estado de incompatibilidad.

ARTICULO 8º.

79. La incapacidad mercantil y la civil. 80. Crítica del artículo.

LIBRO PRIMERO

De los Comerciantes y Agentes de Comercio

TITULO I

DE LOS COMERCIANTES

SECCION I

De las personas capaces para ejercer el comercio

ARTICULO 7º.

ÁREA HISTÓRICA
DEL CENTRO DE INFORMACIÓN INTEGRAL

Sin embargo de lo dispuesto en el articulo anterior, no pueden comerciar:

1º. Las corporaciones eclesiásticas, los religiosos y los clérigos;

2º. Los funcionarios públicos a quienes está prohibido ejercer el comercio por el art. 230 del Código Penal, salvo las excepciones establecidas en el mismo articulo; y

3º. Los quebrados que no hayan obtenido rehabilitación.

REFERENCIAS

Código de Comercio. Arts. 62, 76, 78, 79, 272, 273, 274, 640, 950, 952, 1.070.

Código Civil. Arts. 9º., 1.437, 1.452, 1.456, 1.672, 1.673, 2.324.

Código Penal. Art. 230.

CONCORDANCIAS

Código de 1882. Art. 7º. Sin embargo de lo dispuesto en el artículo anterior no pueden comerciar:

1º. Las corporaciones eclesiásticas, los religiosos y los clérigos:

2º. Los funcionarios públicos a quienes está prohibido ejercer el comercio por el artículo 263 del Código Penal, salvo las excepciones establecidas en el mismo artículo:

3º. Los quebrados que no hayan obtenido rehabilitación.

Código español. Art. 8º. Se prohíbe el ejercicio de la profesión mercantil por incompatibilidad de estado a

1º. Las corporaciones eclesiásticas.

2º. Los clérigos, aunque no tengan más que la tonsura, mientras vistan el traje clerical, y gocen de fuero eclesiástico.

3º. Los magistrados civiles y jueces en el territorio donde ejercen su autoridad o jurisdicción.

4º. Los empleados en la recaudación y administración de las rentas reales en los pueblos, partidos o provincias a donde se extiende el ejercicio de sus funciones, a menos que obtengan una autorización particular.

Art. 9º. Tampoco pueden ejercerla por tacha legal:

1º. Los infames que están declarados tales por la ley o por sentencia judicial ejecutoriada.

2º. Los quebrados que no hayan obtenido rehabilitación.

Código argentino. Art. 22. Están prohibidos de ejercer el comercio por incompatibilidad de estado:

1º. Las corporaciones eclesiásticas;

2º. Los clérigos de cualquier orden mientras vistan el traje clerical;

3º. Los Magistrados civiles y Jueces en el territorio donde ejercen su autoridad y jurisdicción con título permanente.

Art. 23. En la prohibición del artículo precedente, no se comprende la facultad de dar dinero a interés, con tal que las personas en él mencionadas, no hagan del ejercicio de esa facultad profesión habitual de comercio, ni tampoco la de

ser accionistas en cualquier compañía mercantil, desde que no tomen parte en la gerencia administrativa.

Art. 24. Están prohibidos por incapacidad legal:

1º. Los que se hallen en estado de interdicción;

2º. Los quebrados que no hayan obtenido rehabilitación, salvo las limitaciones del artículo 1.575.

COMENTARIO

71.—*La incompatibilidad.* La aptitud jurídica de una persona para realizar actos permitidos por la ley, está limitada o condicionada por las reglas concernientes al estado de incapacidad y al de incompatibilidad. Hemos estudiado ya lo referente al primero, y sabemos que las incapacidades legales se justifican por razones de diverso orden, fisiológicas unas, y otras de interés familiar o social. La incompatibilidad es el estado de inhabilidad legal, para realizar actos jurídicos de determinada clase, en que se hallan ciertas personas, no en razón de circunstancias individuales, sino por conveniencias exclusivamente sociales. Se prohíbe el ejercicio del tráfico a éstas o aquellas personas, porque así conviene al libre juego de los factores de la actividad mercantil, y también por motivos que dicen garantía de corrección y eficiencia en el desempeño de ciertas profesiones o empleos a cargo de esas personas. Fácil es, pues, percibir y sintetizar las diferencias que existen entre incapacidad e incompatibilidad. La primera es consecuencia del *estado individual* del sujeto de la actuación; la segunda proviene del *interés social* en la actuación del sujeto colocado en determinadas circunstancias. Dicho de más breve manera, la incapacidad es institución que atiende al *sujeto*, la incompatibilidad a la actuación. El concepto de incompatibilidad entraña la idea de dos o más funciones que no pueden ser desempeñadas simultáneamente por un mismo individuo, porque así lo exige el bien del Estado o de la sociedad.

No era éste el concepto que de la incompatibilidad se tenía en los tiempos antiguos. En ellos los motivos de la prohibición de ciertas actuaciones a determinados sujetos, nacían de la relación entre la dignidad de las altas clases sociales a que éstos pertenecían, y el menosprecio con que se miraba a numerosas

actividades consideradas como denigrantes. Así en Grecia como en Roma, y luego en los Estados feudales del medioevo, y aún en los primeros siglos de la edad moderna, la ciudadanía patricia o el señorío, por apreciar incompatible, con su abolengo o situación social, se abstendían de realizar trabajos agrícolas, fabriles, mecánicos, etc., trabajos que juzgaban propios tan sólo de esclavos, extranjeros, plebeyos o siervos. Rectificado en la edad contemporánea tan absurdo concepto del trabajo, y considerado éste, cualquiera que fuere, como siempre ennoblecedor y jamás denigrante, excepto el carente de fondo ético, era preciso dar con los verdaderos fundamentos justificativos de la incompatibilidad, que no son otros que los que antes quedan expuestos.

72. *Confusión de incapacidades e incompatibilidades en que incurre el Código.* A pesar de las notables y claras diferencias que hay entre incapacidades e incompatibilidades, nuestro legislador no supo distinguirlas, y confundió unas con otras en las disposiciones del Código de Comercio. Tal confusión se manifiesta, primeramente, por la frase inicial del artículo 7º., que vincula a éste con el 6º en la relación de la regla exceptiva a la general. Ello es un desacierto, ya que el contenido de este último artículo es la capacidad e incapacidad legales, y el del 7º. debió ser sólo y exclusivamente la incompatibilidad, que si con aquellas guarda algunas semejanzas, no son éstas de naturaleza que permita identificar esas dos instituciones. Aún más censurable es el artículo 7º. si se advierte que en él se ha hecho constar como estados de incompatibilidad el del religioso y el del quebrado, siendo así que uno y otro están comprendidos en la incapacidad y, por lo mismo, regidos por las disposiciones del artículo 6º. Error y redundancia son, por tanto, los defectos del artículo que estudiamos. El Código venezolano, modelo del nuestro, carece de disposiciones referentes a la incompatibilidad, lo que hace pensar que no ha sido aceptada esta institución en las leyes mercantiles de la República de Venezuela.

73. *Incompatibilidades no comprendidas en el artículo 7º.* Las exigencias de sistema requerían que el artículo 7º., cuyo contenido se pretendió fueran las incompatibilidades, contuviera a todas éstas. Por desgracia, no se satisficieron esas exigencias. En otros artículos del Código se encuentran in-

compatibilidades, a las que ni se refiere el artículo 7º. «Se prohíbe a los corredores, dice el numeral 1º. del artículo 78: Ejecutar operaciones de comercio por su cuenta, o tomar interés en ellas bajo nombre propio o ajeno, directa o indirectamente». Entre las reglas que rigen a las compañías en nombre colectivo, se encuentra la del artículo 273: «Los socios no pueden hacer operaciones por su propia cuenta ni por la de un tercero en la misma especie de comercio que hace la compañía». Y el numeral 1º. del artículo 640, dispone: «El capitán que navegare por cuenta de participación en las utilidades, no podrá hacer tráfico alguno por su cuenta particular». De las disposiciones legales transcritas se infiere que hay dos clases de prohibiciones para ejercer el comercio, éstas parciales, aquéllas totales; pero unas y otras, indudablemente, responden al concepto de incompatibilidad.

74.—*La incompatibilidad fundada en el estado religioso.*— No pueden comerciar, por incompatibilidad de estado, las corporaciones eclesiásticas, los religiosos y los clérigos, según lo dispone el numeral 1º. del artículo 7º. De los religiosos podemos prescindir, una vez que con ellos rige la incapacidad, que no la incompatibilidad. La prohibición de comerciar, impuesta a las corporaciones eclesiásticas y a los clérigos, justifican algunos autores por las finalidades exclusivamente religiosas y espirituales que son propias de las actividades de aquéllas y de la profesión de éstos, finalidades que, según el decir de esos autores, se desnaturalizarían si tales corporaciones eclesiásticas y clérigos se dedicaran al ejercicio habitual del comercio. A nuestro parecer, toda finalidad, por espiritual que sea, puede requerir de medios materiales para realizarse; razón por la que no apreciamos muy aceptable la justificación antedicha. Intereses sociales o conveniencias del comercio, son los verdaderos motivos de aquella prohibición. En efecto, muy conocidas son la reverencia, la sumisión y, en ocasiones, la incondicional obediencia que los fieles tienen para la Iglesia y sus ministros. Prevalidos de semejante situación, las corporaciones eclesiásticas y los clérigos, si estuvieran permitidos para comerciar, bien podrían hacer de manera que para ellos desapareciesen los factores o circunstancias de eventualidad propias del tráfico, ya monopolizando clientela o anulando la competencia, ya imponiendo precios, o ya, en suma, dirigiendo en su exclusivo provecho la actividad mer-

cantil. Todo lo cual, claro está, trascendería en graves perjuicios económicos para los consumidores y para el comercio en general.

La prohibición contenida en el numeral 1º. del artículo 7º., ¿se refiere tan sólo a las corporaciones eclesiásticas y clérigos pertenecientes a la Iglesia Católica? ¿Podrán comerciar las corporaciones religiosas y los ministros o sacerdotes de otros cultos? Las palabras empleadas en la redacción del susodicho numeral, peculiares al vocabulario con que se designa a las personas y cosas de la religión católica, y el hecho de ser insignificante el número de adeptos a otras religiones en nuestra República —lo que hace, para el caso, que desaparezcan las razones que basan la incompatibilidad que nos ocupa—, nos autorizan para afirmar que la mentada prohibición rige solamente para las corporaciones religiosas y clérigos católicos.

75.—*La incompatibilidad originada en el ejercicio de funciones políticas o administrativas.*—Dispone el artículo 230 del Código Penal: «Los Jueces Letrados, Tesoreros, Administradores y demás empleados de Aduana y del Resguardo, que ejercieren el comercio por sí mismos, dentro del distrito donde respectivamente desempeñen sus funciones, sea abiertamente o por actos simulados, serán castigados con la pérdida de lo que se les aprehenda pertenecientes a este comercio ilícito».

«La misma pena se impondrá al Presidente de la República, Secretarios de Estado, Gobernadores, Comandantes Generales y Magistrados de los Tribunales, si ejercieren el comercio».

«La disposición de este artículo no comprende la venta de los productos de las haciendas propias de los empleados, o que las manejen como arrendatarios, usufructuarios o usuarios, ni de los productos de los ramos de industria propia en que se ocupen sus familias o sus agentes».

«Tampoco es aplicable esta disposición a los que pusieren sus fondos en acciones de Banco o de cualquiera empresa o compañía, con tal que no ejerzan en ellas cargo ni tengan intervención directa, administrativa o económica, ni a los que dan en mutuo sus capitales».

Este artículo del Código Penal, al que se refiere el numeral 2º. del artículo 7º. del Código de Comercio, nos dá a conocer a los funcionarios y empleados públicos a quienes

se ha prohibido ejercer el comercio. La completa dedicación de energías y de tiempo de que los servidores del Estado deben hacer al desempeño de los cargos a ellos encomendados, tiempo y energías que no pueden distraerlos en otras ocupaciones, sobre todo en las comerciales que tanta atención absorben, sino a riesgo de que los servicios públicos sufran de ineficacia e incorrección, y la posibilidad del abuso que empleados y funcionarios pudieran hacer de su situación oficial en provecho de sus negocios mercantiles y en perjuicio de los intereses de particulares y del comercio, son las razones que justifican la incompatibilidad establecida por el citado numeral 2º. del artículo que comentamos.

76. *Las incompatibilidades especiales.* Prescindamos del numeral 3º. del artículo 7º., por cuanto, como ya hemos observado, no es por incompatibilidad, sino por incapacidad, que los quebrados no pueden ejercer el comercio, y pasemos a justificar las incompatibilidades que nos permitimos calificar de especiales, no por otra razón sino por no estar comprendidas en el artículo 7º.

Los corredores son agentes de comercio, cuyas funciones consisten en prestar ayuda y mediación a los comerciantes, para la más pronta y fácil verificación de las operaciones mercantiles. El carácter y las finalidades mismas de la correduría, se oponen a que quienes la ejerzan puedan a la vez comerciar. En efecto, si los corredores no estuvieran prohibidos de ejercer el tráfico, descuidarían las obligaciones propias de su cargo, y muy posiblemente se aprovecharían de él en beneficio de sus negocios y en perjuicio de los de sus mandantes, todo lo cual redundaría en grave daño de las finalidades sociales del comercio.

Los martilladores tienen caracteres y funciones muy similares a los de los corredores, y, sin embargo, no se halla, con respecto a ellos, disposición legal alguna en el Código que les prohíba, como era de rigor, el ejercicio del comercio; omisión por demás reprochable en que ha incurrido nuestro legislador. Los numerales 2º. y 3º. del artículo 105, no hacen otra cosa que prohibir a los martilladores la adquisición de los objetos que se venden en los remates en que ellos intervienen.

La prohibición de ejercer éste o aquél género de comercio, impuesta a los socios obligados *in solidum* de las compañías en nombre colectivo, y a los capitanes de buques que nave-

guen por cuenta de participación en las utilidades, es fácilmente justificable con sólo atender a las vinculaciones ético-jurídicas que unen a aquellas personas unas con otras, vinculaciones que se oponen a que éstas se hagan recíproca competencia.

77. *Extensión que debe darse a la prohibición que implica la incompatibilidad.* El ejercicio del comercio puede ser habitual o accidental, ¿cuál de éstos se prohíbe a las personas en estado de incompatibilidad? Ni en el artículo 7º. del Código de Comercio, ni en el artículo 230 del Código Penal, se encuentran expresiones legales claras que resuelvan de un modo inmediato la cuestión, en uno u otro sentido. De manera que es preciso acudir a medios interpretativos para fijar la verdadera inteligencia de las prohibiciones propias de la incompatibilidad. Las frases «no pueden comerciar» y «que ejercieren el comercio», empleadas por los antedichos artículos, parecen que deben ser comprendidas como enunciatoras del ejercicio habitual o profesional del comercio, ya por el significado que las mentadas frases tienen en el lenguaje ordinario o usual, ya también, y principalmente, por la contraposición que se establece en los artículos 9, 12 y 15 del Código de Comercio, entre las expresiones «ejercer el comercio» y «ejecutar eventualmente actos de comercio», contraposición de la que se infiere que el legislador emplea la primera expresión para designar el ejercicio habitual del comercio. Esta exégesis gramatical de las palabras de que sirve la ley, parece fuera suficiente para sostener que es el ejercicio habitual, y no el accidental, el prohibido a las personas en estado de incompatibilidad. Pero se oponen a ello las razones que conocemos son el fundamento de dicha institución. En atención a tales razones, y en conformidad con el que debemos suponer verdadero espíritu de los artículos 7º. y 230 de los Códigos de Comercio y Penal, respectivamente, debemos afirmar que la incompatibilidad se refiere, en primer lugar, y de un modo indudable, al ejercicio habitual del comercio, y, en segundo, también al ejercicio accidental *si en el agente hay ánimo mercantil*. Para la fácil comprensión de lo dicho, es basta recordar la clasificación de los actos de comercio en *subjetivos y objetivos*, y la naturaleza jurídica propia de cada uno de ellos. En los primeros, *el ánimo de comerciar* en el sujeto, es indispensable para caracterizarlos de mercantiles; en los segundos, nada importa la existencia o no de ese ánimo,

ya que tales actos son comerciales *per se*. Ahora bien, si se tiene en consideración las razones justificativas de la incompatibilidad, se ve muy claro que las personas por ella afectadas no podrá realizar ningún acto subjetivo mercantil. En cuanto a los objetivos, es preciso distinguir: si en dichas personas, al practicarlos, hay intenciones y finalidades comerciales, surtirá la prohibición; si no hay tales intenciones ni finalidades, las mencionadas personas serán perfectamente hábiles para la práctica accidental válida de actos objetivos mercantiles. De consiguiente, las personas en estado de incompatibilidad, no podrán, por ejemplo, intervenir en una compra, venta o permuta de las que trata el numeral 1º. del artículo 3º. del Código; pero bien pueden, pongamos por caso, adquirir una letra de cambio, siempre que no traten de especular con ella, sino que la adquisición la hagan para satisfacer necesidades económicas puramente civiles. Así mismo, será perfectamente legal y válida la compra de acciones de sociedades mercantiles, si la intención de dichas personas es únicamente gozar de los dividendos que produzcan esas acciones. En síntesis, lo que se prohíbe a las personas que se hallan en estado de incompatibilidad, es *el comerciar*, habitual o accidentalmente, pero no el servirse de ciertos actos de comercio que suelen utilizarse en las actividades civiles.

En los incisos 3º. y 4º. del artículo 230 del Código Penal, se ve que nuestro legislador intentó determinar las lindes de la prohibición que corresponde a la incompatibilidad de los funcionarios y empleados públicos. Pero anduvo en ello muy poco feliz. Si en el artículo 3º. del Código de Comercio se dió la calidad mercantil, acertadamente, por cierto, a las ventas agrícolas, bien estuvo que excluyera a éstas de la prohibición del artículo 230 del Código Penal. Más, el haber excluido también de ella las ventas «de los productos de los ramos de industria propia de los empleados en que se ocupen sus familias o agentes», fue volver completamente nugatoria dicha prohibición. En efecto, de acuerdo con esa regla exceptiva, es basta que un empleado a quien se le prohíbe el ejercicio del comercio, se sirva de un factor, por ejemplo, para que, por sólo este hecho, pueda *eludir legalmente* la prohibición legal. Un comerciante no deja de ser tal por ejercer el tráfico por medio de mandatarios, y lo que la doctrina exige es que la persona en estado de incompatibilidad, no pueda, en ningún modo, tener la profesión de comerciante,

dentro de las limitaciones que luego estudiaremos. Parece que nuestro legislador, al dictar el artículo 230 del Código Penal, no tuvo en mientes sino una parte de las razones que justifican la incompatibilidad de los empleados y funcionarios, o sea aquellas que se refieren a la eficiencia o buen desempeño de los cargos públicos. Pero la incompatibilidad se funda también, y de manera principal, en el interés que tiene la sociedad de que se abstengan de ejercer el comercio las personas que se hallen colocadas en especiales situaciones políticas o administrativas, para evitar que abusen de éstas en provecho propio y en perjuicio del libre comercio. La posibilidad de este abuso no desaparece con sólo exigir que los empleados públicos no ejerzan por sí mismos el tráfico, sino con prohibirles en absoluto el ejercicio de dicha industria, por sí o por medio de agentes. Aquel que actualmente es comerciante, y es designado para desempeñar alguno de los cargos públicos a que se refiere el artículo 230 del Código Penal, por el hecho de aceptar tales cargos, debe dejar necesariamente de ser comerciante, opinión que ya la manifestamos en la proposición número 20, salvo las excepciones que analizaremos en el párrafo que sigue. Los efectos de la incompatibilidad superveniente, en este caso, son en todo iguales a las que produce la incapacidad así mismo superveniente. El inciso 4º. del mentado artículo del Código Penal, tampoco acierta en la excepción. Los empleados públicos pueden colocar sus fondos en acciones de empresas o compañías mercantiles, no precisa ni únicamente con la condición de abstenerse de intervenir de modo directo en la administración y funcionamiento de ellas, sino también con la de no especular mercantilmente con tales acciones.

La incompatibilidad de los empleados y funcionarios públicos, en relación a las circunscripciones territoriales administrativas, puede ser *parcial* o *total*. Ello se induce claramente de los incisos primero y segundo del artículo 230 del Código Penal. Esa división se explica por una parte de los fundamentos de la incompatibilidad. El posible abuso de autoridad, en beneficio de los negocios mercantiles de quien disponga de ésta, no cabe sino dentro del territorio en que el empleado tenga mando o jurisdicción. De ahí que el inciso primero del artículo citado del Código Penal, limite la prohibición de comerciar impuesta a los Jueces Letrados, Tesoreros, Administradores y demás empleados de Aduana y Resguardo, man-

dando que surta esa prohibición únicamente en la circunscripción territorial en la cual desempeñen sus funciones. De donde se infiere que dichos empleados y funcionarios, pueden ser comerciantes; pero, claro está, no podrán ejercer su profesión sino en los lugares a donde no alcancen sus actividades administrativas. Como las leyes fijan la localidad en que deben residir empleados y funcionarios, se comprende que éstos no tienen la posibilidad de ejercer el comercio personalmente, sino por medio de agentes o mandatarios. La prohibición parcial de ejercer el tráfico, con respecto al territorio, implica, pues, una excepción a la regla general de que las personas en estado de incompatibilidad no pueden ser comerciantes. Según el inciso segundo del tantas veces citado artículo 230 del Código Penal, es absoluta o total, en referencia al territorio, la incompatibilidad del Presidente de la República, Secretarios de Estado, Comandantes Generales, Magistrados de los Tribunales y Gobernadores. Tratándose de los tres primeros se explica fácilmente el carácter total de la incompatibilidad, puesto que la autoridad de dichos funcionarios se extiende a todo el territorio de la República, así como también la jurisdicción de los Magistrados de la Corte Suprema. Pero no sucede lo mismo con los Ministros de las Cortes Superiores y Gobernadores. Es sabido que la jurisdicción de los primeros no abarca sino al territorio del respectivo distrito judicial, y la autoridad de los segundos al de la correspondiente provincia. De haber procedido lógicamente el legislador, estos funcionarios deberían estar afectados tan sólo de incompatibilidad parcial. El análisis que hemos hecho del artículo 230 del Código Penal, pone muy de manifiesto el criterio incierto, contradictorio y falto de uniformidad que tuvo el legislador al instituir la incompatibilidad de los funcionarios públicos, y sus limitaciones. A veces atiende a una parte de las razones justificativas de dicha institución, en otras parece referirse a los demás motivos que fundamentan la misma, y siempre se nos muestra como desconocedor del verdadero concepto de la incompatibilidad y de los principios jurídico-mercantiles que la rigen.

78. *Efectos jurídicos del ejercicio habitual o accidental del comercio por personas en estado de incompatibilidad.* Hay autores que afirman que la incompatibilidad absoluta no es óbice para que una persona adquiera o mantenga la calidad de co-

merciante. Justifican esta afirmación razonando en el sentido de que tal calidad no es sino la consecuencia de la práctica habitual de actos de comercio. Conviene analizar esta cuestión desde el punto de vista legal. El artículo 2º. de nuestro Código exige dos condiciones para que una persona sea comerciante: capacidad para contratar y ejercicio profesional (a nombre propio) del comercio. La frase legal «capacidad para contratar» ¿tendrá implícita en su significado a la compatibilidad? Aunque el legislador, en el artículo 7º., confunde incapacidad con incompatibilidad, no es posible admitir una interpretación tan forzada de esa frase legal, y contradictoria, además, de la realidad de las situaciones jurídicas. Es indudable que la persona que se halla en estado de incompatibilidad, no carece de capacidad para *contratar*. De lo que está afectada es de *prohibición legal para efectuar contratos de determinada naturaleza jurídica*. De modo que, de la primera parte del artículo 2º., no podemos obtener argumento alguno para refutar la afirmación de quienes no encuentran contradictorias la calidad de comerciante y la incompatibilidad. La práctica habitual de actos de comercio, es el otro de los requisitos constitutivos esenciales de dicha calidad. Requisito que podemos, y debemos, comprenderlo y enunciarlo en la siguiente forma: práctica habitual de actos de comercio *legalmente válidos*. Porque quien realiza actos legalmente nulos, es como si no los realizara; y una actuación negativa nunca puede originar una calidad que nace precisamente de una actuación positiva. Por tanto, consideramos inaceptable la opinión de quienes aseveran que la incompatibilidad absoluta no se opone a la calidad de comerciante. Lo que sí admitimos, por ser incuestionable, pero sólo para la determinación de los efectos y sanciones legales, es la *existencia de hecho*, pero no de derecho, de la calidad de comerciantes en aquellos que, en estado de incompatibilidad total, ejercen habitualmente el comercio. Es de razón y justicia que quien viola una prohibición legal, no pueda aprovecharse de la nulidad producida por esa violación, así como también que ésta no perjudique a quienes en ella no han tomado parte. De consiguiente, ninguna persona podrá alegar la incompatibilidad para que se la declare exenta de las obligaciones que, en atención y en guarda de los intereses de la sociedad, ha impuesto la ley a todos los que ejercen el comercio. Así pues, los deberes concernientes a la matrícula, al registro de documentos, a los libros de contabilidad,

etc., es claro que los tienen aquellos que, en estado de incompatibilidad, ejercen el tráfico; y es claro también que contra los mismos se puede y debe hacer valer las sanciones impuestas al incumplimiento de dichos deberes. Por las mismas razones referentes a los intereses del público, un comerciante *de hecho* puede ser declarado en quiebra, sin que valga contra ella la incompatibilidad. En suma, las personas que, en estado de incompatibilidad, ejercen habitualmente el comercio, están sujetas a todas las obligaciones que impone la ley a las que lo ejercen legalmente, pero no pueden gozar de ninguna de las ventajas o privilegios establecidos por la ley para los comerciantes.

Estudiados los efectos de la incompatibilidad con respecto a la calidad misma de comerciante en una persona, pasemos a tratar los que aquélla produce en los actos mercantiles. Según el artículo 230 del Código Penal, la práctica de actos de comercio, por empleados o funcionarios en estado de incompatibilidad, constituye un delito que es castigado con el comiso de las cosas objeto de esos actos. Aspecto penal es éste que no nos interesa, por ser ajeno a la índole jurídica de nuestra materia, y nos basta con anotarlo. Sin embargo, no queremos pasar por alto lo que, a nuestro parecer, es descuido o incongruencia del legislador. Si los daños producidos a la sociedad por el ejercicio del comercio de parte de empleados y funcionarios, se estimaron como suficientes para constituir un delito de ese ejercicio, ¿no existen, acaso, las mismas razones para apreciar como infracción penal el ejercicio del tráfico por las otras personas en estado de incompatibilidad? ¿Por qué sólo los empleados y funcionarios cometen delito, al ejercer el comercio, y no cometen ni contravención los clérigos y corredores? Y nótese que estos últimos tienen también el carácter de funcionarios públicos, por lo cual no valdría argüir afirmando que no es el tráfico en incompatibilidad, sino éste íntimamente unido al desempeño de un cargo público, lo que constituye el delito.

«Los actos que prohíbe la ley son nulos y de ningún valor; salvo en cuanto designe expresamente otro efecto que el de nulidad para el caso de contravención», dice el artículo 9º. del Código Civil. Sirviéndonos de esta disposición, es posible determinar las consecuencias jurídicas de los actos mercantiles realizados por personas en estado de incompatibilidad. Los artículos 274 y 640 del Código de Comercio, designan expresamente otros efectos que los de nulidad para los actos

de comercio que, en contravención de las respectivas prohibiciones, efectúen los socios de compañías en nombre colectivo y los capitanes de buques. Por tanto, dichos actos no serán nulos; pero cualquier interesado podrá solicitar que el autor de ellos sea condenado a las sanciones establecidas por los mentados artículos. Dada la naturaleza y las razones especiales que explican la incompatibilidad de los susodichos socios y capitanes, sólo podrán considerarse como interesados, para el efecto de las correspondientes reclamaciones, a la compañía de que aquéllos formen parte o a sus consocios, y a los participantes, en el caso de los capitanes de buques.

Refiriéndose a la incompatibilidad en que se hallan los corredores para el ejercicio del tráfico, dispone el artículo 79 del Código de Comercio: «La infracción de las prescripciones y prohibiciones contenidas en los artículos anteriores, además de la responsabilidad por los daños y perjuicios que ocasionare, será penada con multa de veinte a doscientos sucres, con la suspensión o con la prohibición absoluta del ejercicio de la correduría». ¿Diremos que este artículo señala otros efectos que el de nulidad para los actos de comercio ejecutados por los corredores? La incompatibilidad en que se encuentran estos intermediarios, ha sido establecida, como ya queda dicho, en guarda de las conveniencias sociales del comercio. Por tanto, la prohibición que a esa incompatibilidad corresponde, se relaciona con el orden público. Principio jurídico indiscutible es el de que los actos violatorios de las leyes de orden público, son nulos de modo necesario e inevitable. El artículo 79 del Código de Comercio, no establece otros efectos que el de nulidad para los actos mercantiles practicados por los corredores, sino que añade, al de nulidad, otros efectos punitivos.

Y no es menester de análisis ni razonamiento alguno para afirmar que son nulos los actos de comercio realizados por las demás personas en estado de incompatibilidad, como las corporaciones eclesiásticas, los clérigos y los funcionarios públicos designados por el artículo 230 del Código Penal. Pero, ¿qué clase de nulidad afecta a dichos actos, absoluta o relativa?

Dice el artículo 1.672 del Código Civil: «La nulidad producida por un objeto o causa ilícita, y la nulidad producida por la omisión de algún requisito o formalidad que las leyes prescriben para el valor de ciertos actos o contratos, en con-

sideración a la naturaleza de ellos, y no a la calidad o estado de las personas que los ejecutan o acuerdan, son *nulidades absolutas*».

«Hay asimismo *nulidad absoluta* en los actos y contratos de personas absolutamente incapaces».

«Cualquiera otra especie de vicio produce *nulidad relativa*, y da derecho a la rescisión del acto o contrato».

Y para mayor facilidad en el estudio de la cuestión propuesta transcribamos también el artículo 1.452 del mismo Código: «Hay objeto ilícito en todo lo que contraviene al Derecho Público ecuatoriano. Así, la promesa de someterse en el Ecuador a una jurisdicción no reconocida por las leyes ecuatorianas, es nula por vicio de objeto».

Axioma jurídico, que no admite duda ni discusión, como anteriormente decíamos, es aquel que sostiene que los actos violatorios de las leyes que atienden al interés u orden público, están viciados de nulidad absoluta, que no puede sanearse en modo alguno, dados los antecedentes de que ella es consecuencia. En efecto, si las nulidades relativas pueden sanearse, es porque ellas se han establecido en beneficio particular de ciertas personas, y son precisamente éstas las únicas que pueden sanear esas nulidades (no tomamos en cuenta la prescripción, porque corresponde a otro orden de motivos). Mas, las que se refieren a los actos violatorios de las leyes de orden público, se han establecido en interés y beneficio de la sociedad, y ésta solamente, de ser observable el principio enunciado, tendría facultad suficiente para sanear, por medio de la ratificación, dichas nulidades. A cualquiera se le alcanza que semejante ratificación es imposible. De ahí que las leyes dispongan que hay objeto ilícito en todo lo que contravenga al Derecho público, y que sea absoluta la nulidad producida por un objeto ilícito. La incompatibilidad de las corporaciones eclesiásticas, clérigos y funcionarios, se debe a conveniencias de la sociedad; por tanto, las leyes que a esa institución se refieren, son de Derecho público. Los actos violatorios de estas leyes están, en consecuencia, viciados de nulidad absoluta.

ARTICULO 8º.

Las personas que por las leyes comunes no tienen capacidad para contratar, tampoco la tienen para ejecutar actos de comercio, salvo las modificaciones que establecen los artículos siguientes.

JURISPRUDENCIA

Quito, mayo 27 de 1896, las dos.

VISTOS: La sentencia que habilita al demente para la administración de sus bienes, así como cualquiera otra sentencia, no produce sus efectos sino desde que se ejecutoria con arreglo al Art. 338 del Código de enjuiciamiento en materia civil, ya que, respecto de dicha sentencia, no hay ninguna disposición legal en contrario; y, por lo mismo, mientras ella no cause ejecutoria, tiene de considerarse subsistente el estado de interdicción. *Siguiese de aquí, que el contrato de mutuo que José Aguirre celebró con su hermano Jacinto el 16 de Enero de 1891, esto es, antes de que se ejecutoriara la sentencia sobre rehabilitación de aquél para administrar sus bienes, se encuentra en el caso del Art. 454 del Código civil. Tocante al punto relativo a las cuentas, se observa: que el documento fs. 101 no hace fe contra José Aguirre, por haberlo impugnado éste oportunamente, redarguyéndolo de falso, como consta de fs. 88, y porque no aparece que el reconocimiento que obra a fs. 102 vuelta, se refiere a dicho documento, desde luego que ni en esa diligencia, ni en el escrito en que se la pidió, ni en el decreto mandándola practicar, hay algo que haga conocer cuál fué, verdaderamente, el documento reconocido, pudiendo haber sido otro diverso del de fs. 101; de donde resulta no hallarse comprobada la excepción que, acerca de este punto, propuso el demandado. Por estos fundamentos, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, se revoca la sentencia de la Corte Superior, en la parte que ha venido en grado, y se resuelve:*

1º. Que es nulo el contrato de mutuo arriba indicado; y 2º. Que Jacinto Aguirre está en el deber de rendir las cuentas que se le exigen en la demanda. Devuélvanse.—LEÓN ESPINOSA DE LOS MONTEROS.—VICENTE NIETO.—B. ALBÁN MESTANZA.—JULIO CASTRO.—JOSÉ M. BUSTAMANTE. (Gaceta Judicial, Primera serie, Número 38).

Quito, Setiembre 22 de 1900, las tres y media de la tarde.—VISTOS: De acuerdo con lo dispuesto en los artículos 436 del Código civil y 815 del de Enjuiciamientos en la misma materia, el auto sobre interdicción provisional del disipador no puede surtir efecto alguno sino desde que se inscribe y publica en la forma en los propios artículos determinados; y como no consta que el auto que declaró en interdicción a Alfonso Vega hubiese sido publicado en la indicada forma, ya que no puede apreciarse la copia de fs. 24-26 por haber sido presentada después del término probatorio, resulta que no está justificado que el expresado Vega hubiese otorgado la obligación de fs. 2 cuando el auto surtía efectos legales, y, por lo mismo, no aparece que la citada obligación fuese nula. Por tanto, y considerando que el documento que lo contiene, se halla reconocido por el demandado, *administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley*, se revoca la sentencia de que se ha recurrido, y se condena al antedicho Alfonso Vega al pago de la cantidad de dinero demandada, cuyos intereses deben liquidarse en juicio verbal sumario. Sin costas. Devuélvase.—LEÓN ESPINOSA DE LOS MONTEROS.—MANUEL MONTALVO.—B. ALBÁN MESTANZA.—LEOPOLDO PINO.—ADOLFO PÁEZ. (Gaceta Judicial, Primera Serie, Número 90).

Quito, Octubre 18 de 1904, a las tres de la tarde.—VISTOS: El contrato de compraventa, objeto de la demanda, según de él aparece, se ha otorgado antes de que se ponga al vendedor en interdicción por causa de demancia, y, por lo mismo, atento el inciso 2º. del Art. 454 del Código civil, para que pudiera declararse la nulidad de ese contrato, debería constar necesariamente que el expresado vendedor estuvo demente al tiempo del otorgamiento. Mas, el actor no ha rendido prueba alguna a este respecto, y, por el contrario, la testimonial rendida por el demandado, concurre a manifestar que no lo estuvo en ese momento. En esta virtud, y porque,

en lo demás, se considera legales y arreglados a los méritos del proceso los fundamentos de la sentencia de segunda instancia, *administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley*, se confirma, con costas, dicha sentencia. Devuélvanse.—B. ALBAN MESTANZA.—MANUEL B. CUEVA.—ADOLFO PÁEZ.—PABLO A. VÁSCONEZ.—A. CÁRDENAS. (Gaceta Judicial, Segunda Serie, Número 15).

REFERENCIAS

Código de Comercio. Arts. 6º., 950.

Código Civil. Arts. 92, 131, 247, 380, 429, 431, 445, 458, 534, 1.437.

Código de Enjuiciamiento Civil. Art. 598.

Código Penal. Art. 43.

CONCORDANCIAS

Código de 1882. Art. 8º. Las personas que por las leyes comunes no tienen capacidad para contratar tampoco la tiene igualmente para ejecutar actos de comercio, salvo las modificaciones que establecen los artículos siguientes.

Código Venezolano. Art. 7º. Toda persona que, según las disposiciones del Código Civil, tiene capacidad para contratar, la tiene igualmente para ejercer el comercio. Las que, con arreglo a las mismas disposiciones, no tienen capacidad para contratar, tampoco la tienen para ejecutar actos de comercio, salvas las modificaciones que establecen los artículos siguientes.

Código Español. Art. 3º. Toda persona que, según las leyes comunes, tiene capacidad para contratar y obligarse, la tiene igualmente para ejercer el comercio. Las que, con arreglo a las mismas leyes, no quedan obligadas en sus pactos y contratos, son inhábiles para celebrar actos comerciales, salvas las modificaciones que establecen los dos artículos siguientes.

Código Argentino. Art. 9°. Es hábil para ejercer el comercio toda persona que, según las leyes comunes, tiene la libre administración de sus bienes.

Los que según esas mismas leyes no se obligan por sus pactos o contratos, son igualmente incapaces para celebrar actos de comercio, salvo las modificaciones de los artículos siguientes.

COMENTARIO

79. *La incapacidad mercantil y la civil.* En nuestro derecho mercantil no se han establecido instituciones especiales sobre la capacidad o incapacidad para la práctica de actos jurídicos de naturaleza comercial. Salvo en algunos aspectos, que luego estudiaremos, aspectos que no constituyen características diferenciales sino simples variaciones de forma y de efectos, la capacidad o incapacidad mercantiles son en todo iguales a las civiles. Tal igualdad está consagrada por las reglas contenidas en los artículos 6°. y 8°. del Código de Comercio. Al comentar el primero de estos artículos, estudiamos tanto lo referente a la capacidad como a la incapacidad; de manera que estaría por demás insistir sobre ellas al tratar el artículo 8°.

ÁREA HISTÓRICA
DEL CENTRO DE INFORMACIÓN INTEGRAL

80. *Crítica del artículo.* Si a la regla del artículo 6°. se la contempla como a una proposición lógica, se advierte que ella es tan verdadera en su significado directo como en el inverso, o, dicho en términos jurídicos, que su virtud preceptiva es valedera tanto en lo positivo como en lo negativo de su sentido. De modo que, en la comprensión de cualquiera está que dicho artículo 6° dispone también que «toda persona que, según las leyes del Código Civil, no tiene capacidad para contratar, tampoco la tiene para ejercer el comercio». Siendo esto así, ¿para qué el artículo 8°. que no hace otra cosa que reglar en forma negativa lo mismo que el artículo 6°. legisló en forma positiva? La dificultad de creer que el legislador haya integrado el Código con un artículo completamente inútil, nos ha hecho meditar y cabilar por sí de un detenido análisis de dicho artículo, en relación a las situaciones que regla, viniéramos en conocimiento de su verdadero contenido, que por lo dicho anteriormente, debería ser diferente del que in-

forma el artículo 6°. Este se remite al Código Civil, el 8°. a las leyes comunes; pero es demasiado sabido que son precisamente las leyes civiles las calificadas de comunes. El artículo 6°. emplea la frase «ejercer el comercio», y el 8°. «ejecutar actos de comercio». ¿Será que el primero se refiere al ejercicio habitual, y el segundo al ejercicio accidental del comercio? Tal sería de existir en nuestro Derecho positivo la diferencia que existe en el argentino, por ejemplo, entre la capacidad —relacionada con la edad— para ejercer habitualmente el tráfico, y la que se requiere para la práctica eventual de actos de comercio. Pero nuestra legislación no establese semejante diferencia. Por otra parte, los mismos artículos a los que se refiere el 8°, como modificativos, obstan a esa diferencia, ya que esos artículos versan tanto sobre el ejercicio habitual del comercio como sobre el accidental. En los Códigos venezolano y español, según puede verse en las Concordancias, constituía un solo artículo lo que en el nuestro es el contenido del 6°. y del 8°. Si en dichos Códigos se reglaron la capacidad e incapacidad mercantiles en la forma en que ellas se encuentran, se explica quizá por la mayor claridad que los legisladores venezolano y español quisieron para la disposición correspondiente. Pero dividir ésta en dos artículos, y desvinculados uno del otro, como lo hizo nuestro legislador, nos parece completamente desacertado. El artículo 8°. de nuestro Código es, pues, inútil, ya que basta y sobra el 6°. para el propósito legislativo que en ellos se manifiesta.

(Continuará)