

"SUJETOS DEL DERECHO MERCANTIL: LOS COMERCIANTES"

(Capítulo de la tesis de grado del Dr. Guillermo Peña, intitulada "Quiebra de los comerciantes")

TEMARIO: - Noción del comerciante. 14. - Condición de habitualidad. 15. - Capacidad legal. 16. - De cómo las mujeres casadas pueden ser comerciantes. 17. - Régimen para los menores. Cómo pueden éstos tener calidad de comerciantes. 18. - Incapacidad especial de los quebrados.

13) - La Ley de Quiebras, cuya apreciación ocupará el motivo central de esta tesis, es una institución netamente mercantil. Para formar elementos de juicio que me despejen su entendimiento he programado un orden ascendente, recabando sobre la teoría general de las obligaciones, continuando por el ser de los actos mercantiles y las obligaciones de este género hasta llegar a la noción del comerciante como factor personal indispensable a la estructuración del estudio que me propongo.

En la formación conceptual de lo que constituye y distingue al comerciante se presentan tantas dificultades como en la fundamentación del acto mercantil, obedece ello no sólo a la mutua correspondencia de los dos conceptos, además a las complejidades de la economía contemporánea tan distintas de la elementalidad y sencillez de las relaciones artesanales en los primeros breves del intercambio económico antiguo.

Si del acto comercial sólo se ofrecen en el Código ejemplos y pautas para determinarlo, al comerciante se le presenta definiéndole legalmente:

"Se reputan en derecho comerciantes, todas las personas que,

teniendo capacidad legal para ejercer el comercio, se ocupan ordinaria y profesionalmente en alguna o algunas de las operaciones correspondientes a esa industria, y de que trata el presente código". (art. 9°).

En esta manera de ver al comerciante encuentro tres elementos específicos que analizaré:

1° - Verificación de operaciones mercantiles.

2° - Habitualidad en quien las verifica.

3° - Capacidad legal para verificarlas.

La primera condición fue ya representada aunque fugazmente.

14) - El segundo elemento transparenta el carácter profesional de la actividad mercantil. Ejercitar un acto con habitualidad es realizarlo no solamente con reincidencias o repeticiones, sino también en forma sistemática, existiendo conexidad y relación de medio a fin entre unos y otros actos. Esa columbración del hábito profesional entraña en veces, como está observado, dificultades de precisión. Situaciones se presentan en muchas personas en las que a pesar de la insistencia en la ejecución de actos mercantiles no les comunican la calidad de comerciantes porque no tienen el sello de la habitualidad. A guisa de ejemplo cito el caso, muy frecuente en nuestro medio, del productor cafetero que vende la cosecha próxima, determinándola cuantitativamente, con anticipación a la colección del grano. Suceden imprevistos (prolongados inviernos y carencia de mano de obra, etc.) que menguan notablemente el volumen de su industria y el agricultor se ve abocado a efectuar compras sucesivas para la adquisición del faltante con el fin de no incumplir sus compromisos. Estas operaciones posteriores resultan típicamente mercantiles (art. 20 numeral 1° C. de Co.) pero, aun cuando repetidas, no obedecen a la actividad propia del granjero cuya profesión está jurisdiccionada a la agricultura y de aquí que no lo consagren comerciante. Pero también acontece, que, en no escasas ocasiones, los actos mercantiles se verifican reiterada y habitualmente con el designio de provocar un provecho ajeno, por espíritu de generosidad o altruismo, muchas veces formando organizaciones permanentes con fines esencialmente distintos del propósito lucrativo característico en

la fría arquitectura comercial (asilos, orfanatos, centros de beneficencia, corporaciones, etc.). De aquí que algunos agreguen a la profesionalidad el factor **lucración personal**, porque según ellos si el beneficio es buscado para un tercero o por cuenta de éste, como el empleado que trabaja para su patrón comerciante, ese que así obra no toma este apelativo.

Otras situaciones aparecen en las que determinar al comerciante es tarea complicada, cítanse los casos en que hay paralelismo de profesión o concentración de ellas, como cuando una misma persona desempeña negocios civiles y comerciales que se complementan recíprocamente, entrando en juego la teoría del acto comercial accesorio, que tiene en cuenta lo principal para determinar la naturaleza de lo secundario y, secuela lógica, la calidad de quien los ejecuta.

A todo esto viene el caso de citar aquí la acertada concepción del expositor alemán Karl Heinsheimer que, en sus comentarios al código de su país argumenta:

“La noción **comerciante** forma el fundamento del derecho mercantil, ya que **negocios comerciales** son solamente negocios de un comerciante (art. 343). Este término es, sin embargo, empleado en el lenguaje corriente con distintas acepciones, y por ello debemos delimitar, de una manera precisa y asequible, los elementos característicos que determinan la noción jurídica”.

“Comerciante, en el sentido del Código de Comercio, es quien explota una industria mercantil. Con ello queda asignada, en primer término, una idea general: debe existir una explotación en la cual, a través de los negocios aislados, resalte la unidad económica y la idea de continuidad que encadena unos con otros. El especulador privado, el mercader ocasional, no tienen la condición de comerciantes. Esta explotación debe ser una explotación industrial, y, por eso, la adquisición o lucro ha de ser el fin de la empresa; el trabajo ha de orientarse en este sentido; los rendimientos no han de ser tales que se limiten a una reconstitución de los capitales invertidos en el negocio; una asociación para fines puramente sociales no es una explotación industrial. Además, esta idea, como noción deducida por la ley de la vida misma, debe determinarse, precisarse con relación a los demás conceptos vulgares a ella cercanos; no son explotaciones

industriales las operaciones que pertenecen a otro sector de actividades, especialmente al arte o a las profesiones propiamente científicas, como, por ejemplo, la clínica particular de un médico, en cuanto sólo constituye el marco dentro del cual desarrolla su actividad" (opus cit. págs. 15 y 16).

15) - Refiriéndome ahora al tercer elemento atributivo de la investidura comercial, empiezo por decir que la capacidad aludida en el código de comercio se remite a la de ejercicio y no a la de goce como lo denota la letra del artículo. Naturalmente es obvio que, aun dentro del mismo sistema civil, la segunda supone la primera. La capacidad en función del goce de derechos se comprende como la idoneidad legal para desarrollar determinadas actividades en la esfera jurídica, los comerciantes, pues, para ser considerados tales deben estar dotados en esa actitud consagrada en la norma.

La capacidad de ejercicio suficiente para realizar actos de administración y de disposición se asienta sobre un principio general del derecho civil, el de que todas las personas son titulares de ella con exclusión de las que la ley expresamente ha declarado incapaces (1.053 C.C.). Aplicando esta regla a nuestro estatuto mercantil, luego de hacer extensivas las incapacidades civiles a sus especiales ordenamientos (Art. 11), formula preceptos singulares respectivos a las mujeres casadas, a los menores e hijos de familia, a empleados y funcionarios públicos y a los quebrados. (Arts. 12 y siguientes del C. de Co.).

16) - Para el año de 1932 corrientes democráticas infundían sus principios igualitarios en la mentalidad de nuestros juristas; el feminismo, como doctrina vindicadora de la personalidad jurídica sin cortapisas para la mujer, clavó su primera bandera de triunfo en el predio clásicamente vedado de la potestad marital. Fue entonces cuando la ley 28 de dicho año cortó de un tajo las riendas con que el marido manejaba los bienes de su cónyuge, dándole a ésta completa emancipación económica, siempre que hubiese adquirido la mayor edad. Sin embargo, es sistemático de todos los países, cuando una gran reforma es acordada se presentan dos fuerzas en pugna: la tradición que se resiste a perder todos sus baluartes, y el progreso que puja por llevar al último extremo sus conquistas. Al entrar en vigencia esa ley renovadora se sucedieron y siguen presentándose

se encendidas disputas acerca de su ensamblamiento con el mecanismo de normas afines. En la confrontación de sus disposiciones con las pertinentes del código de comercio a la aptitud de la mujer casada para ejercer el comercio, los hermeneutas han tomado disposiciones en dos bandos contrarios. Quienes lo niegan esa capacidad. (E. Zuleta A., José Gabriel de la Vega, Aquiles Yorio) enfrentados a los que la afirman (Emilio Robledo, Antonio Rocha, Luis F. Latorre, Gavino Pinzón, José J. Gómez).

Se dice que la potestad marital, en su concepción anterior, funcionaba en dos sentidos inconfundibles: la que se ejercía sobre los bienes de la mujer (potestad patrimonial) y la que concedía autoridad sobre la persona misma de ella (potestad personal), que con fundamento en esta última "El marido tiene derecho para obligar a su mujer a vivir con él y a seguirlo a donde quiera que traslade su residencia" (art. 178 del C.C.); y como el ejercicio de la actividad comercial o de profesión cualquiera, implica, además de los resultados económicos, una desvinculación así sea parcial de los deberes hogareños, es lógico que para esos menesteres deba proceder la autorización del jefe de la casa, o lo que es idéntico: aún continúa la mujer impedida para el libre ejercicio del comercio conforme a las imposiciones especiales del código mercantil no derogadas, toda vez que la Ley 28 dejó intacta la potestad marital en su aspecto personal, sobre la cual se asienta esa limitación. Asimismo se hace cita de legislaciones extranjeras muy avanzadas como las de Alemania, Suiza, Italia e Inglaterra donde se requiere el consentimiento expreso o tácito del marido para ejercicios comerciales por parte de su mujer, aunque en esas mismas legislaciones impere a la vez el principio de la capacidad civil en las casadas. En Francia la Ley del 22 de septiembre de 1942 en su art. 4º dispuso: "La mujer puede ser comerciante a menos que su marido se oponga". Con ello reviró el artículo 4º del C. de Co. de 1807 que estatuyó: "La mujer puede ser comerciante sin el consentimiento de su esposo".

De ser verdadero este criterio tendríamos que en Colombia se necesitaría la autorización marital consignada en escritura pública para que las mujeres casadas, no separadas de bienes, tuvieran oportunidad de ser comerciantes. (Art. 12 del C. de Co.). Mas esta solución no parece sensata si se enfoca desde la realidad social y espe-

cialmente de acuerdo con el engranaje legal existente.

Abstracción hecha de la innovación del 32 se tenía que lo concerniente a la profesión u oficio de la mujer, en el campo civil, el libro 1º. Tit. 9º, cap. II del C. C.; señalaba en reglas especiales una aquiescencia tácita del marido, con facultad de oponerse en cualquier tiempo, cuando la mujer actuaba en cualquier industria de manera notoria (art. 195). De esta manera, todavía vigentes los rígidos poderes maritales, se establecía una especie de excepción a esa potestad, no porque esas actividades dejaren de embarazar los deberes de esposa y madre se admitió esa limitación bien se infiere que tal medida acude a la protección de terceros quienes, por darse el ejercicio de esa profesión públicamente, contratan convencidos de las facultades de la mujer muy a pesar de que el código exigía autorización escrita del marido.

Por referencia expresa del Código Civil (art. 196) la mujer casada mercadera se sometía a las reglas especiales de la ley mercantil que, armónica con los principios antiguos, solicitaba también la voluntad del marido y no expresada de cualquier forma sino solemnemente, por escritura pública. Pero no olvidó el código aquel sabio principio de la experiencia: *erroris communis facit jus*, y por eso dispuso: "si el contrayente inhábil ocultare su incapacidad al otro contrayente, y ésta no fuere notoria, quedará obligado en su favor, sin adquirir derecho para compelerle en juicio al cumplimiento de las obligaciones que éste contrajere" (art. 17). A reserva de lo que más adelante se dirá, advierte que una vez que en este texto se establecen tratamientos completamente diferentes a los que para el caso designa el Código Civil. Cualquiera que tenga un poco de experiencia se dará cuenta que, por relaciones no distintas a la comercial, es imposible saber si una mujer es casada o soltera para efectos de exigirle presentación del documento escriturario prescrito. La notoriedad entonces resultaría en pequeños grupos sociales o cuando determinadas circunstancias así lo pregonaren. Por ello puede concluirse el especial interés de la ley en no perjudicar a terceros y, como se deduce del art. 13 del C. de Co. exigir la autorización del marido para que los bienes de éste como los de la sociedad conyugal quedaran afectados a las responsabilidades que contrajera la mujer.

Es pues, fácil entenderlo. Todo ese núcleo de disposiciones sincronizaba en acoplamiento perfecto con el antiguo régimen de sociedad conyugal que fue abolido. Dentro del nuevo orden están divorciados los patrimonios de cada cónyuge para que cada cual los administre con independencia y relativa libertad; el marido no tiene que temer por los negocios arriesgados de su mujer puesto que sólo ella responderá de las consecuencias económicas. No digo que la potestad marital haya periclitado, ella subsiste como elemento de orden conyugal pero sólo en las relaciones internas de los esposos, los terceros son extraños a ella porque en nada les interesa para sus vinculaciones económicas, éstos pueden contratar libremente con la mujer casada sea en el orden civil o en el comercial sin que tengan de solicitar permiso al marido, allá éste que si prevé la ruina de su hogar ejercite sus recursos legales evitando, por virtud de sus poderes maritales, la dedicación de su esposa en actividades inconvenientes. Mas es claro que si ella desoye sus órdenes y actúa en el comercio, quienes contraten con ella podrán exigir sus derechos responsabilizándola judicial o extrajudicialmente porque "La mujer casada, mayor de edad, como tal puede comparecer libremente en juicio, y para la administración y disposición de sus bienes no necesita autorización marital, ni licencia del juez, ni tampoco el marido será su representante legal" (art. 5º, Ley 28/32).

17) - En las legislaciones francesa, italiana y Argentina admiten que el menor de 21 años y mayor de 18 pueden ejercer el comercio con autorización de sus padres o guardadores. Diferentes prescripciones se establecen en nuestro régimen legal como se aprecia en la lectura del Código del Comercio:

"Los menores y los hijos de familia pueden ejercer el comercio en todos los casos en que, conforme al código civil salen de curatela, o son emancipados, y obtienen la libre administración de sus bienes. Asimismo pueden, en el ejercicio del comercio, gravar de cualquier modo sus bienes propios, y los de su mujer no separada" (art. 15 C. de Co.).

Primeramente cabe advertir, con respecto al texto transcrito, que no es muy preciso en su terminología y da lugar a serias dificultades interpretativas. No hay una armonía perfecta en sus expresiones y las del Código Civil debido a la dualidad de redactores.

Bien se sabe que después de la centralización política, operada en el país, se dio recibo, por la Ley 57/87, al Código de Comercio que regía en el Estado Soberano de Panamá sancionado el 12 de Octubre de 1869, y al Código Civil de la Nación sancionado el 26 de Mayo de 1873, producto de la mentalidad inconmensurable de Don Andrés Bello.

Porque de acuerdo con el C. C. son menores los que no han cumplido 21 años (art. 34), y se consideran hijos de familia, los de cualquiera edad no emancipados (art. 208 subrogado por el 13 de la Ley 45/36). Además las curatelas del menor se sujetan únicamente al adulto emancipado (art. 524 idem), en tal forma que no se comprende cómo pueda un menor o un hijo de familia ser tales estando emancipados o habiendo salido de curatela. Salvando la contradicción que el artículo presenta en su mismo tenor literal, tal vez pueda presumirse que él quiso preceptuar: "Los menores e hijos de familia para ejercer el comercio tienen que dejar de serlo por haber salido de curatela o ser emancipados". Sin embargo, así concebida la disposición, daríamos de bruces con otro galimatías: La emancipación por sí sola no confiere la libre administración de bienes, ella es tan sólo un hecho que pone fin a la patria potestad (art. 312 C. C.) es decir, al "... conjunto de derechos que la ley reconoce a los padres sobre sus hijos no emancipados". (Art. 13 L. 45/36). Con la emancipación tan sólo se quitan al padre (o a la madre) los poderes de administración sobre los bienes del hijo, mas para que esa facultad pase a éste se necesita que sobrevenga la habilitación de edad, esto es "... un privilegio concedido a un menor para que pueda ejecutar todos los actos y contraer todas las obligaciones de que son capaces los mayores de veintiún años..." (art. 339 C. C.). En mi concepto es a esta situación legal de la habilitación de edad a la que quiso o debe referirse el art. 15 comentado. Máxime si se tiene en cuenta el art. 345 del Código Civil (y los arts. 464 y 533 del Código de Comercio) por el cual la habilitación de edad pone fin a la curaduría del menor. Admitida esta tesis la redacción de dicho artículo debería entenderse así en su segundo enunciado: "Los menores habilitados de edad pueden ejercer el comercio y en este ejercicio pueden gravar de cualquier modo sus bienes propios". Estas autorizaciones para gravar bienes sí constituyen excepción a la

reglamentación civil donde aún al mismo habilitado se le prohíbe, en lo tocante a bienes raíces, la ejecución de tales actos (art. 345). La facultad de gravar bienes de su mujer se suprime por las consabidas modificaciones que introdujo la Ley 28/32. Además téngase muy en cuenta que, según el art. 464 del C. de Co., el menor aunque habilitado para comerciar necesita autorización especial para celebrar contratos de sociedad colectiva.

De tal manera que, para mi comprensión de las cosas, un menor de diociocho años, por ejemplo, así sea emancipado no tiene capacidad legal para ser comerciante puesto que no le es dable obtener habilitación de edad (art. 341 C.C.).

El artículo 16 del C. de Co. contiene dos prohibiciones para ejercer el comercio: "1º) A los empleados y funcionarios públicos que se hallen en el caso del art. 287 del Código Penal".

Alude a la legislación Penal de Panamá. Entre nosotros las disposiciones sobre incompatibilidad están determinadas en la Constitución Nacional, en el Código de Régimen P. y M., como también en otras leyes y decretos reformadores.

"2º) A los Quebrados que no hayan obtenido rehabilitación".

Es un caso legal de muerte jurídica del comerciante del que me ocuparé luego.

En síntesis, toda persona, individual o colectiva, puede ser comerciante exceptuando: a) A los incapaces absolutos: dementes, im-púberes y sordomudos que no puedan darse a entender por escrito (art. 1504 C.C.). b) A los incapaces relativos: menores, adultos que no han obtenido habilitación de edad; disipadores que se hallen bajo interdicción de administrar lo suyo. c) A los empleados y funcionarios públicos que determine la Ley. d) A los quebrados no rehabilitados.

Es indispensable advertir que las personas comprendidas en la nomenclatura anterior, excepto los quebrados, aun cuando por sí mismas no puedan actuar en la vida jurídica, si tienen capacidad de goce para ser comerciantes en la medida que sus legítimos representantes verifiquen por ellas "ordinaria y profesionalmente" operaciones mercantiles, porque "Lo que una persona ejecuta a nombre de otra, estando facultada por ella o por la Ley para representarla, pro-

duce respecto del representado iguales efectos que si hubiese contratado él mismo” (art. 1503 del C. C.).

La ley por razones de protección y orden público impone a determinadas personas la necesidad de un acudiente que realice en su nombre determinadas actividades, impidiéndoles efectuarlas directamente, pero esa tutela no puede interpretarse en el sentido de que les recorte el goce de sus derechos en alguna de sus formas. Vistas en este sentido las situaciones de derecho, yo afirmo que es comerciante el infante de seis años propietario de un establecimiento comercial y no el tutor que lo maneja en representación de aquél.

A distinta conclusión se arriman algunos autores. M. Hamel, catedrático de la facultad de derecho de la Universidad de París, sostiene: “El menor no emancipado puede obrar por sí mismo, es su tutor quien obra en su nombre y el tutor no puede llevar a cabo actos de comercio por su pupilo. Entre los actos consentidos al tutor, con o sin restricciones, por el código civil, no figuran los actos de comercio. El menor no emancipado, encuéntrase, pues, excluido de la profesión y de la actividad comercial. . . . El afectado de interdicción civil no puede ejercer el comercio y su tutor no puede reemplazarlo. No hay caso alguno en que sea útil que un individuo en estado de interdicción civil asuma actividades comerciales. La solución es, pues, que la persona sujeta a dicha interdicción no pueda realizar actos de comercio ni por sí mismo ni representado por su tutor”. (“Curso de Derecho Comercial”). Publicaciones mimeográficas págs. 191, 192 y 200).

Cabría preguntar al profesor citado: Si ni guardador ni pupilo toman la calidad de comerciante en la explotación de una industria comercial, quién entonces soporta las obligaciones impuestas por la ley para la armónica marcha de los negocios? A quién corresponde llevar uniforme y rigurosamente los libros de contabilidad comercial en esta industria? Sobre quién pesa el deber de atender la correspondencia que tenga relación con su giro? Quién debe aparecer en el Registro Público de Comercio como propietario y gestor de tal establecimiento? No puede responderse que en dicho caso se está exento de tales obligaciones porque éstas son dispuestas en interés de terceros con miras a propiciar el orden en el tráfico mercantil.

Resultaría por lo menos un contrasentido que por el hecho de

ser un incapaz quien se está lucrando de una actividad comercial no resulten para los terceros que con él contratan los beneficios derivados de los libros mercantiles especialmente en lo que pueda predicarse del valor probatorio. La lógica de las reglas jurídicas nos está diciendo que es imposible permitir a un guardador ejercer para su pupilo una industria desarrollada en operaciones de comercio, sin llevar la estadística de estos actos, o autorizarle para que elabore los libros contables de cualquier manera, sin que se haga merecedor a las sanciones establecidas en el respectivo código para su negligencia o mala fe. No. La misma naturaleza del comercio por su estrecha interdependencia económica repugnaría tan notoria desigualdad.

Aquello de que “entre los actos consentidos al tutor, con o sin restricciones, por el Código Civil, no figuran los actos de comercio”, no tiene validez alguna como argumento probatorio. La circunstancia de que el estatuto civil no faculte expresamente al tutor para realizar actos de comercio no equivale a manifestar su prohibición, ello obedece al criterio de especialización legislativa, mal podría la ley civil ocuparse de las cuestiones comerciales. Por lo que respecta a la legislación colombiana está suficientemente claro que los guardadores no solamente pueden sino que deben verificar toda clase de operaciones —civiles o mercantiles— cuando así lo requieran las necesidades patrimoniales de su administrado; “toca al tutor o curador representar o autorizar al pupilo en todos los actos judiciales o extrajudiciales que le conciernan y puedan menoscabar sus derechos o imponerle obligaciones” (art. 480 C.C.). En el código de comercio español (art. 5º) se autoriza el ejercicio del comercio, por medio de guardadores, a los incapaces para continuar el que hubieran ejercido sus padres o sus causantes.

El profesor Antonio Rocha cuya versación en materias jurídicas y especialmente en derecho mercantil, es incuestionable, alude a una tesis que llamo intermedia dentro de la exposición que vengo elaborando. Dice el connotado tratadista, después de admitir enfáticamente la imposibilidad del incapaz para ser comerciante en ninguna forma, que el menor sí puede ser propietario de establecimientos mercantiles en razón de su capacidad de goce aunque no pase, desde luego, a la calidad de comerciante por defecto de la capacidad de

ejercicio. La lectura de sus razonamientos ilustrará, mejor que cualquier síntesis, sobre lo planteado.

“En consecuencia, los menores de edad bajo patria potestad, bajo tutela o curaduría, y las personas puestas en interdicción para administrar sus bienes, no pueden ser comerciantes, según los artículos 9º y 15 del Código de Comercio. La incapacidad es medida de protección del incapaz, lo que no debe olvidarse en la interpretación de las sanciones de los actos jurídicos que cubren”.

“Si el menor carece de la capacidad de ejercicio del comercio, preguntamos: puede ser titular de derechos mercantiles, puede ser propietario por ejemplo de un establecimiento, industria, empresa, o fondo de comercio?”.

Esta cuestión no la resuelve expresamente la ley. Ella contempla sólo algunos, v.g., si puede ser socio de compañías mercantiles: al respecto se presentan tres casos.

“Primero: Según el art. 464, el menor, aunque habilitado para comerciar necesita ser especialmente autorizado para celebrar una sociedad colectiva”.

“Segundo: el menor hereda al socio colectivo. Entonces, conforme al art. 553, cuando en la escritura social se estipulare que la sociedad ha de continuar con los herederos del socio difunto, se llevará a efecto el convenio, aunque éstos sean menores de edad, con tal que obtengan inmediatamente la habilitación respectiva. No pudiéndose obtener por defecto de edad, el convenio se tendrá por no celebrado, y la sociedad entra en liquidación”.

“Tercero: Si nada se estipuló, la sociedad necesariamente se disuelve. Y si quieren renovarla los socios sobrevivientes con el heredero menor del socio fallecido, volvemos a la primera hipótesis, la del art. 464, es decir, que previa la habilitación de edad, necesita autorización especial para entrar en sociedad. En consecuencia, el menor de 18 años, como no puede obtener habilitación, no puede ser socio de compañías colectivas, socio que, por serlo, se haría comerciante”.

“Veremos al tratar de las compañías anónimas que en cambio un menor y en general cualquier incapaz, sí puede ser accionista puesto que ello no implica un acto de comercio, sino simplemen-

te una colocación de capitales. También puede el menor ser socio comanditario”.

“Cosa distinta de ejercer la profesión de comerciante es ser dueño de una empresa; el ejercicio del comerciante se refiere a una capacidad de actuar, mientras que la titularidad es capacidad pasiva, es preciso distinguir entre la propiedad y la explotación”.

“La distinción es importante, porque un incapaz puede adquirir, por herencia v. gr., un establecimiento de comercio, naturalmente con beneficio de inventario. Y como en su explotación tiene interés el menor, para que no se destruya esa riqueza, lo que sería antieconómico, hay que concluir que recibe la titularidad o goce, y que la explotación la hará el curador por cuenta del menor, a menos que sea mayor de 18 años y pueda obtener la habilitación de edad”.

“Esta solución es aceptable porque además de ser la más favorable al incapaz (incapacidad que no puede perjudicarlo), evita la destrucción o disminución de la riqueza creada que recibe en herencia”.

“En contra de esta tesis está la de los doctores William Villa Uribe y Alberto Zuleta Angel, uno y otro muy distinguidos profesores en esta facultad de jurisprudencia. El profesor Villa Uribe no admite la distinción que nosotros hacemos de que una cosa es ejercer la profesión de comerciante y otra ser dueño de una empresa comercial, porque, dice:

“El hecho es que lo uno conduce a lo otro, el dueño de una empresa comercial se hace comerciante; y se hace comerciante porque tendrá que celebrar actos de comercio en forma continua, habitual, profesional y en nombre propio; no importa que en representación suya los celebre otra persona”.

El profesor Villa Uribe admite, como es obvio, que la capacidad de goce o titularidad es distinta de la de ejercicio de un derecho, pero no le parece que,

“Para ser propietario de un establecimiento comercial basta la simple capacidad de goce, de titularidad, pues por el contrario, dice, la explotación de dicha propiedad por el incapaz, implica necesariamente el ejercicio del comercio, que para poder ejercerlo requiere estar capacitado legalmente”.

“Sugiere la conveniencia de modificar a ese respecto la ley, co-

mo se ha hecho en otros países, en Italia, por ejemplo que, excepcionalmente permite "continuar un comercio" al incapaz, con ciertas autorizaciones del tribunal de menores y de familia, y termina así el profesor Villa Uribe:

"Pero no existiendo en la ley colombiana una norma semejante es preciso concluir que, con fundamento en el estado actual de nuestra legislación, un incapaz no puede ser propietario de un establecimiento comercial en ningún caso". (Villa Uribe, Conferencias de Cátedra).

"El anterior argumento queda desvirtuado, nos parece por el ordinal 11 del art. 20 del Código, que separa para el comerciante la capacidad de titularidad o goce, de la capacidad de ejercicio; que permite a una persona ser propietaria de un establecimiento o empresa mercantil sin ser a un mismo tiempo comerciante. El ordinal dice así: al enumerar los actos de comercio:

"11. La administración de un establecimiento o empresa mercantil aunque el propietario no sea comerciante".

"No es pues injurídico concluir por interpretación lo que el código mismo parece establecer directamente, o sea que, para no destruir la riqueza creada que, por continuidad, de herencia por ejemplo, debe conservarse para el menor, éste se ve autorizado por el ordinal 11 del art. 20 a ser propietario (capacidad de goce) de una empresa mercantil sin necesidad de convertirse en comerciante. Lo cual es precisamente lo que por reforma legal, inútil para nosotros, ha hecho la Ley Italiana".

De no admitirse la teoría que propugno sobre la posibilidad de los incapaces para convertirse en comerciante a través de la representación, acogería in integrum los conceptos del Dr. Rocha frente a los catedráticos Zuleta y Villa Uribe. Pero yo persisto en mi idea e igualmente afirmo que ella daría explicación más satisfactoria acerca de la idoneidad en los incapaces para ser titulares de industrias comerciales. . . .

Nadie, que yo sepa, ha osado asegurar que los guardadores no pueden celebrar ningún acto mercantil en nombre y provecho de sus pupilos; si esto es así no será válido afirmar entonces que la segunda parte del art. 11 C. de Co. "los que con arreglo a las leyes no quedan obligados en sus pactos y contratos, son inhábiles pa-

ra celebrar actos comerciales”, está negando todo efecto obligatorio a las operaciones que realizan los representantes por sus representados inhábiles. De igual manera la primera parte del mismo texto: “Toda persona que, según las leyes comunes, tienen capacidad para contratar y obligarse, la tiene igualmente para ejercer el comercio”, se está refiriendo a una capacidad de ejercicio, que debe poseer el comerciante cada vez que quiera intervenir por sí mismo en la gestión de los negocios, cuando se determine a obrar con su voluntad plena, sin intermediarios que la suplan, en la vida jurídica. La ley mercantil, por idénticos motivos a la civil, no quiere que personas inexpertas, faltas de aptitud técnica, hagan del comercio su profesión habitual, porque con ese obrar insensato podrían perjudicarse no sólo ellos mismos sino también los terceros dada la confluencia de patrimonios anudados en la vinculación comercial. Negar esta interpretación y la sustentada por el Dr. Rocha, es echar por tierra los principios rectores de las incapacidades y abrir brechas profundas en el sistema legal de la representación. Sería, para utilizar la demostración por el absurdo, como desarticular del código civil el texto 1.502 y, después de su lectura aislada, conceptuar que quien no es legalmente capaz no puede ser obligado en manera alguna.

El temor de que a los menores e incapaces en general, se les sitúe dentro de los albures y riesgos adyacentes a la actividad comercial, es que ha inclinado la mentalidad de quienes sostienen la tesis contraria, olvidando que lo arriesgado de la actividad mercantil supone también mejores ganancias y que, dadas las exigencias de la ley, los guardadores deben ceñirse a buscar los mejores lucros sometiéndose a rigurosas normas preservativas del bienestar pecuniario en los patrimonios sujetos a su administración. O como acertadamente lo dilucida el mismo doctrinante Rocha:

“Que se corran riesgos para el patrimonio del menor es argumento contra una tesis que la ley autoriza. . . . Actuar en la vida es la ley del hombre, que tiene, desde luego, sus riesgos. Suelen ser mayores esos riesgos en el campo comercial que en el civil, y previstos por la ley, pero también es cierto que en los negocios mercantiles la ganancia es compañera más fiel y más constante de la pérdida. Y lo que en ningún caso el código ordena es que una em-

presa creada, al llegar al patrimonio del menor, haya precisamente de extinguirse por ser del menor”.

De los artículos 464 del C. de Co. han inferido todos que la ley siempre busca la manera de que el menor no sea comerciante y asegurar que es por la falta de esta calidad por la cual se prohíbe a los habilitados a ser parte de sociedades colectivas. Yo que sostengo el verdadero derecho de los incapaces para ser comerciantes mediante la gestión de sus acudientes no admito el espíritu que se les concede a los textos apuntados y los analizo adjudicándoles otro sentido:

La sociedad colectiva trae aparejada para sus socios una grave responsabilidad, la solidaria, allí aparece cada uno de los integrantes personales garantizando con su propio patrimonio deudas ajenas, las de la persona jurídica que formaron. Si se permitiera al incapaz hacer parte de tales sociedades sus bienes se verían comprometidos en esa solidaridad con posibilidad de efectos contraproducentes. La ley civil, por razones de seguridad, prohíbe a los guardadores obligar a sus pupilos como fiadores sin previo decreto judicial y el juez sólo puede autorizar la fianza en beneficio de parientes determinados cuando un motivo urgente y grave lo aconseje (art. 493 C.C.); la fianza produce una obligación subsidiaria y es diferente en muchos puntos a la solidaridad, pero cuando a ésta se llega con miras de garantía para obligación ajena, tiene muchos puntos de contacto con aquellas y siendo aún más grave tendrá las mismas limitaciones. Ahora el art. 15 del C. de Co., siempre desarrollando el principio tutelar del patrimonio de los menores, sólo permite a éstos la concesión de garantías sobre sus bienes mientras puedan ejercer por sí mismos el comercio, esto es, cuando obtengan la habilitación de edad. Esta sería una hipotética explicación al art. 464 del Co. de Co., que a pesar de la habilitación de edad exige autorización especial para que los menores puedan celebrar el contrato de sociedad colectiva.

No es pues porque el incapaz no pueda ser comerciante que se le margina en la formación de tales entes colectivos, si así fuera el 464 no exigiría más requisito que el de ser habilitado ya que, según se observó, éste es suficiente para poder ejercer el comercio.

Impúgnese el anterior argumento y aún me quedan reservas:

Las sociedades de personas están fundadas, primordialmente, sobre la confianza y conocimiento recíproco de sus socios. En ellas desempeña importantísimo papel lo que los tratadistas denominan *AFECTIO SOCIETATIS*, como factor fisonómico de esas agrupaciones colectivas. Sociedades de esa naturaleza no se forman entre desconocidos, son, digamos, reuniones de amigos que se guardan lealtad mutua y no desean que en sus actividades se inmiscuyan personajes extraños. Si estipulan que el giro de sus negocios comunes haya de continuar con los herederos de uno de los socios en caso de muerte, es precisamente por esa misma razón de efecto, suponen y prevén que los continuadores tendrán las mismas cualidades y afinidades que poseía el de *cujus*. Sin embargo, como el heredero incapaz no puede por sí mismo hacerse cargo del ejercicio de sus derechos tendría que ser acudido por un guardador en el movimiento de las operaciones sociales y esto es lo que podría traer desarmonías, quizás los socios no tolerarían la intromisión de un extraño en la administración. Así me explico el art. 533 que exige la habilitación o supresión de incapacidad, para dar vigencia a la estipulación de continuar la sociedad con los herederos del socio difunto. Más claro, agua.

Por esas razones los incapaces, todos los admiten, pueden ser socios comanditarios y anónimos, pues que con esas calidades no tienen responsabilidad solidaria, ni intervienen en la administración de manera directa.

18)- Siendo la quiebra especialmente una sanción o estado al que relega la ley a quienes no han cumplido exactamente con sus obligaciones de comerciante, resultaría ilógico que ella pudiera prevaler a los sujetos que la padecen para realizar actos anulables en su propio beneficio y que, violando prohibiciones, se dedicaran nuevamente al comercio sin riesgos de una nueva declaración de quiebra por ausencia de la calidad de comerciante.

El Dr. Zuleta Angel recurre a un expediente diferenciativo hermenéuticamente (no legalmente) para resolver esta crisis paradójica que resulta de la sola lectura en los arts. 9, 16 y 17 del C. de Co. El dice que debe distinguirse la incapacidad como principio establecido en favor del mismo incapaz, de la inhabilidad o prohibición destinada a la protección de terceros y no a la tutela del mis-

mo inhabilitado: "Es necesario no confundir estos dos conceptos porque las consecuencias son fundamentalmente distintas; si por ejemplo un incapaz se dedica al ejercicio del comercio, no tendrá la profesión comercial, ni podrá ser declarado en quiebra llegando al caso; por el contrario, si una persona a quien le esté prohibido el comercio se dedica a él, tendrá el carácter de comerciante y en caso necesario podrán aplicársele las disposiciones sobre quiebra, porque la violación de la prohibición no puede traer como consecuencia el de colocarlo en condiciones mejores a las de cualquier otro comerciante" (Conferencias citadas, págs. 8 y 9).

Por diversos razonamientos yo adhiero a la misma conclusión en lo pertinente al quebrado. El art. 36 del Dto. 750/40 considera: "Son anulables: a) Todo acto de disposición y administración que ejecute el quebrado sobre cualquier especie y porción de sus bienes, después de la declaración de quiebra..." Y en el artículo siguiente se estatuye: "Las nulidades de que trata el artículo anterior se establecen en relación con la masa de los acreedores y sólo por ella pueden ejercerse pero no pasan contra terceros de buena fe... Dicho contratante, si hubiera obrado de buena fe, tendrá derecho a participar en la quiebra, sujeto a la Ley de dividendo..."

Se estudiará después como aquí participa la teoría de la inoponibilidad figura definida "como la ineficacia respecto de terceros de un derecho nacido como consecuencia de la celebración o la nulidad de un acto jurídico" (conferencia sobre obligaciones Eudoro González Gómez). Se trata de una inoponibilidad de fondo, así el acto celebrado entre quebrado y tercero, distinto a los acreedores concursantes en el juicio de quiebra es perfectamente válido entre los contratantes pero queda recortado en su eficacia jurídica respecto de los que intervinieron en la bancarrota como acreedores quienes pueden sustraerse de sus efectos normales. Sanción muy diferente a la de nulidad que produce una total disolución rompiendo el vínculo contractual entre las partes.