

## CONSIDERACIONES SOBRE LA CAPACIDAD EN DERECHO COMERCIAL

El presente estudio corresponde a la segunda parte de la tesis de grado presentada por el Dr. JAVIER GOMEZ RESTREPO, actual Secretario de la Facultad, a la consideración del Jurado calificador integrado por los doctores David Córdoba Medina (Presidente), Eudoro González Gómez, Antonio J. Pardo y Lucrecio Jaramillo Vélez. El Jurado elogió de manera especial esta parte de la bien lograda tesis de grado del joven abogado.

### SEGUNDA PARTE CONSIDERACIONES SOBRE LA CAPACIDAD EN DERECHO COMERCIAL.

154 - Cómo está regulada esta materia; 155 - Carácter de la legislación civil a este respecto; 156 - Plan de estudio.

#### CAPITULO V DE LA CAPACIDAD PARA SER COMERCIANTE SECCION PRIMERA GENERALIDADES

157 - Quiénes son comerciantes; 158 - Capacidad para ejercer el comercio; 159 - El comercio no se puede ejercer por medio de representantes legales; doctrina extranjera y nacional al respecto; 160 - Argumento legal; 161 - Argumento analógico; 162 - Costumbre nacional y extranjera; 163 - Menores que heredan un establecimiento de comercio; 164 - Opinión del profesor Antonio Rocha; 165 - Refutación; 166 - Proyecto de la comisión revisora del C. de C.; alcances de la reforma; 167 - Capacidad para ejecutar actos de comercio; 168 - Comentarios de Palma Rogers a lo dispuesto en esta parte por el C. Chileno; 169 - Otras opiniones.

### SECCION SEGUNDA

#### CAPACIDAD DE LA MUJER CASADA PARA SER COMERCIANTE.

170 - Régimen que disponía el C. de Comercio; 171 - Opinión de A. Rocha, Luis F. Latorre, Gabino Pinzón, y otros sobre este punto y ya vigente la ley 28 de 1932; 172 - Tesis de A. Zuleta Angel; 173 - Argumento legal en contra del anterior; 174 - Situación favorable de la mujer comerciante desde antes de 1932, en cuanto a la hipoteca; 175 - Qué se concluye una vez rigiendo la ley 28; 176 - Consecuencias de la interpretación de Zuleta Angel; 177 - Teoría de W. Villa Uribe; 178 - Refutación; 179 - Legislación extranjera sobre este tema; 180 - Proyecto de la Comisión Revisora del C. de Comercio.

### SECCION TERCERA

#### CAPACIDAD DE LOS HABILITADOS PARA SER COMERCIANTES.

181 - El art. 15 del C. C. se refiere únicamente a los habilitados de edad; 182 - No se pueden incorporar en la citada disposición ni a los hijos de familia, ni a los emancipados en lo que atañe a su peculio profesional; 183 - Observación definitiva respecto al art. 294 del C. C.; 184 - En el ejercicio del comercio, los habilitados pueden libremente gravar de cualquier manera sus bienes; 185 - Comentario del profesor A. Rocha; 186 - Régimen que pretende la Comisión Revisora del C. de Co.; 187 - Crítica; 188 - Disposiciones del proyecto.

### SECCION CUARTA

#### INHABILES PARA COMERCIAR.

189 - Quiénes son inhábiles; 190 - Diferencias entre los incapaces y los inhábiles; 191 - Concepto de A. Zuleta Angel; 192 - Efectos que produce la violación a la prohibición del ejercicio del comercio por los inhábiles; 193 - Qué ocurre cuando el inhábil obra de mala fe; 194 - Fundamento del art. 17 del C. de C.; 195 - Los inhábiles tampoco pueden celebrar actos de comercio individuales.

### SEGUNDA PARTE

#### CONSIDERACIONES SOBRE LA CAPACIDAD EN DERECHO COMERCIAL

154 - En la primera parte, hemos examinado algunos temas sobre la capacidad en Derecho Civil. Propongámonos hacer lo mismo en el Derecho Comercial.

La materia mercantil está reglada entre nosotros por el Código de Comercio que rigió en el extinguido estado de Panamá y fue sancionado el 12 de octubre de 1869, y adoptado para toda la nación por la ley 57 de 1887.

Este código no trae un capítulo especial sobre el asunto que tratamos; ni siquiera regula a espacio la situación de los capaces e incapaces. Se limita a dar, de cuando en cuando, normas en cuestiones determinadas, sin establecer por su propia cuenta disposiciones generales sobre la materia. En este aspecto se remite a la legislación civil, y sólo en ciertos casos, repetimos, sienta normas especiales que cambian y modifican el estatuto general civil sobre capacidad.

155 - Obrando conforme a lo dispuesto en la ley mercantil, la solución a los puntos que trataremos será dada utilizando preferencialmente el código de comercio, y en los casos que no puedan ser decididos por analogía de sus disposiciones, aplicando las pertinentes del C. Civil (Art. 1º del C. de C.).

Ocurre pues, que la legislación civil es supletoria en la materia que abocamos, y aunque el criterio civil es por su naturaleza distinto al criterio comercial, en una gran cantidad de puntos necesariamente habremos de ocurrir a la legislación civil.

156 - Sin pretender agotar la materia sobre capacidad en el Derecho Comercial, nos hemos trazado el siguiente plan, que cumpliremos separando dicho estudio en dos capítulos diferentes, y cada capítulo en secciones distintas.

El capítulo primero, que corresponde al V en el orden que llevamos, tratará de la capacidad para ser comerciante. En su sección primera hará consideraciones generales; en la segunda se referirá a las mujeres casadas; en la tercera a los habilitados de edad; y en la cuarta y última, a los inhábiles para comerciar.

El otro capítulo estudiará la capacidad para celebrar el contrato de sociedad. En la sección primera se harán también consideraciones generales; y en las secciones segunda, tercera y cuarta se estudiará la capacidad para el contrato de sociedad colectiva, de sociedad anónima y de sociedad de responsabilidad limitada respectivamente.

## CAPITULO V

## DE LA INCAPACIDAD PARA SER COMERCIANTE

## SECCION PRIMERA

## GENERALIDADES

157 - Dice el código de comercio en el artículo 9º: "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 que corresponden a esta industria, y de que trata el presente Código".

De lo anterior se infiere que fuera de la habitualidad en la celebración de operaciones mercantiles, para ser comerciante se necesita también ser capaz legalmente de ejercer el comercio. En desarrollo de lo expuesto, el art. 11 del mismo código agrega: "Toda persona que, según las leyes comunes, tiene capacidad para contratar y obligarse, la tiene igualmente para ejercer el comercio. Los que, con arreglo a las leyes, no quedan obligados en sus pactos y contratos, son inhábiles para celebrar actos comerciales". Como los dos apartes del artículo transcrito, consideran situaciones diversas, nos referimos inicialmente a la primera, para luego seguir con la segunda.

158 - La expresión "leyes comunes" que utiliza el primer inciso de la disposición, equivale a leyes civiles, porque éstas son generales y nacieron con anterioridad a las leyes especiales; así, lo que en la actualidad muchos códigos particulares tratan, en viejos tiempos era regulado por el C. Civil. Eliminando términos, tenemos entonces que el Código de Comercio sienta como norma general, que los capaces civilmente son capaces para ejercer el comercio. Ya sabemos que son capaces civilmente todos aquellos que la ley no declara incapaces; y el art. 1504 del C. C. nos enumera a los incapaces. Luego se concluye que los incapaces civiles, tanto absolutos como relativos, porque el art. 11 del C. de C. no distingue, son incapaces para ejercer el comercio, y consecuentemente, nunca se pueden reputar comerciantes. (Art. 9º *ibidem*).

159 - Se colige de lo dicho, que para ser comerciante no solamente se requiere la capacidad de goce sino también la capacidad de

ejercicio, además claro está, de la ejecución profesional de actos comerciales.

Tratadistas extranjeros como Bolaffio, Vivante, Garrigez, Palma Rogers, y muchos otros, han concluído que los representantes legales no pueden ejercer el comercio en nombre y por cuenta de sus representados, salvo un caso excepcional que más adelante estudiaremos. Lo que quiere decir que ni el padre ni el guardador pueden, en representación del hijo de familia y pupilo respectivamente, actuar como comerciantes.

Juristas nacionales especializados en esta materia, como los doctores Antonio Rocha, Emilio Robledo U., William Villa U., y Alberto Zuleta Angel, llegan a igual conclusión, a pesar de no contener nuestra legislación disposiciones tan rotundas como las traídas por las legislaciones italiana, española y chilena, y que han servido para fundamentar los razonamientos de los mercantilistas de estos países.

160 - Sin embargo, no parece equivocada la tesis a que adhieren los nuestros, no solamente en consideración a los comentarios de los arts. 9º y 11º del C. de C., sino también por cuanto el comercio es esencialmente una actividad peligrosa, en que el áleas juega papel preponderante y que se sale por lo mismo de las facultades administrativas que tienen los representantes legales. Por otra parte, se ha entendido que el ejercicio del comercio de que habla el art. 9º del C. de C., supone una actividad personal, una actuación directa que sólo pueden tener quienes son capaces de ejercicio.

161 - Y aceptando de mal modo la vaguedad de las disposiciones del código de comercio sobre el problema presentado, hay un recurso que ya mencionamos y que en estos momentos nos es de una utilidad máxima: es el principio de la analogía. Para aplicarlo, recordemos que el art. 533 del C. de C. prohíbe a los menores de dieciocho años, a los dementes, y demás incapaces, aun por medio de sus representantes legales, ser socios de compañías colectivas de comercio. Y en el caso de muerte de un socio colectivo que deje herederos incapaces, la sociedad tiene que liquidarse y no se permite siquiera que los respectivos representantes obren por ellos. El problema planteado en este artículo, no deja de tener similitudes con el de la representación legal para ejercer el comercio el representante legal del incapaz. Y si la ley lo solucionó

de esa manera, no es ilógico que en el caso presente la decisión sea idéntica.

162 - Si lo anterior no fuere bastante, tengamos entonces en cuenta el peso que tiene en el Derecho Comercial la costumbre, que según el artículo 2º del C. de C., tiene la misma autoridad que la ley siempre que no vaya contra ella. Y ha sido costumbre ininterrumpida en nuestro país, el no facultar el ejercicio del comercio a padres de familia y guardadores cuando lo hacen en nombre de sus representados. Agregándole a este argumento una fuerza que no necesita, digamos también que esta costumbre local está de acuerdo con la extranjera de los pueblos más adelantados, y el art. 3º del C. de C. da gran valor a los usos de esos países extraños.

163 - Dijimos atrás que los autores extranjeros en su gran mayoría, traen una excepción a la norma general que prohíbe el ejercicio del comercio por medio de los representantes legales. Es el caso de menores que heredan un establecimiento mercantil. En realidad una gran mayoría de legislaciones extranjeras expresamente consagran esta hipótesis, teniendo en cuenta que la continuación de un negocio mercantil no conlleva los peligros que trae la iniciación de ese mismo negocio, y antes bien, si muerto el causante, hubiese necesidad de liquidar el establecimiento por incapacidad de los herederos, el perjuicio que a éstos podría resultar sería irreparable. Por tales motivos, esas legislaciones han permitido que los representantes legales de los incapaces ejerzan el comercio por sus representados, en el negocio en que actuaba su causante, excepcionando con ello la regla general ya comentada.

Como entre nosotros no está previsto tal evento, la norma se mantiene en todo su vigor, y las soluciones que se presenten, tienen que ser distintas a la permisión para los representantes legales de ejercer el comercio en nombre de los incapaces que representan.

164 - No obstante el Dr. Antonio Rocha expone un criterio distinto: Dice en efecto:

«... Cosa distinta de ejercer la profesión de comerciante es ser dueño de una empresa; el ejercicio del comercio 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 además de ser más favorable al incapaz (incapacidad que no puede perjudicarle), 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 de derecho 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.

Para el Dr. Villa Uribe la capacidad de goce no puede separarse de la capacidad de ejercicio, ya que lo uno conduce a lo otro, y ya que la ley vigente no permite al menor la capacidad de ejercicio, pues se haría entonces comerciante.

El anterior argumento, continúa el profesor Rocha, 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 ord. 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 otro lado, según el artículo 9º lo que hace al comerciante son sus actividades, no su patrimonio.

En la obra de *Derecho Mercantil Comparado* del crítico colombiano Pablo J. Bustillo, jurista que en su época gozó de alta reputa-

ción científica (edición de 1909, Barcelona), leemos en la página 27 y 28, comentando el ord. 11 del art. 20.

“Pero cuándo el propietario de un establecimiento mercantil no es comerciante? Esto sucederá en nuestro concepto cuando el establecimiento se adquiere por quien no tiene capacidad personal para ejercer el comercio, o cuando se adquiere el establecimiento por una persona no dedicada al comercio, sin el propósito de conservarlo más allá del tiempo necesario para su realización” (el subrayado es nuestro).

Bustillo pues, como se ve, admite también que la incapacidad de ejercicio no es incompatible con la titularidad o goce.

Si esto fuere así, si el menor puede conservar en su patrimonio un establecimiento o empresa mercantil sin hacerse por ello comerciante, habría que determinar la incidencia o repercusión en su patrimonio total de los negocios comerciales de la administración de esa empresa.

La opinión del Dr. Alberto Zuleta que su colega Villa Uribe transcribe, es una afirmación de principios generales que nosotros también suscribimos, pero no incide en el punto concreto en que estamos. En efecto, Zuleta Angel afirma que las personas incapaces no pueden ejercer el comercio ni directamente ni por medio de sus representantes legales. Así es. Lo que hemos afirmado y concluido es precisamente que el menor *no se hace comerciante* por el hecho de ser titular de un establecimiento mercantil, ya que el ord. 11 del art. 20 permite divorciar la titularidad del ejercicio de un derecho. Es el ejercicio y no la titularidad lo que hace al comerciante, según el 9 del C. de Co.» (*Conferencias de Derecho Comercial* por Antonio Rocha, págs. 89 y ss.).

165 - El contraargumento del Dr. Rocha, no funciona sin embargo como él piensa. Miremos en efecto el problema desde un ángulo distinto, cuidando de no adherirnos a las conclusiones del Dr. Villa Uribe. Es cierto que el numeral 11 del art. 20 del C. de C., deslinda la administración de un establecimiento mercantil, de la propiedad del mismo. Pero, el autor, cuyas tesis transcribimos, estima que la única aplicación práctica de este inciso, es el caso de un incapaz que personalmente no puede actuar como comerciante.

Nosotros creemos, en cambio, que allí se está regulando la situación de un individuo que teniendo capacidad legal para ejercer el comercio, no es sin embargo comerciante por faltarle el otro requisito, por no ocuparse ordinaria y profesionalmente en actividades mercan-

tiles. Sería el caso v. gr. de una persona capaz, que entre sus muchos negocios, suponiendo que éstos sean civiles, compra un establecimiento de comercio y celebra un contrato de administración con un tercero. O el de un profesional, médico o abogado por ejemplo, que se ocupa en su profesión de manera constante, y accidentalmente adquiere un establecimiento de comercio dándoselo a otro para que lo administre. Como se aprecia en los ejemplos propuestos, el propietario no es comerciante porque no ejecuta habitualmente actos de comercio, pero se parte de la base de que tiene capacidad para serlo. Situaciones como las previstas, son las que a nuestro juicio regula el numeral 11 del art. 20 del C. de C.; en otras palabras, allí se permite la representación voluntaria pero no la legal.

Además, no se advierte lógico el razonamiento del Dr. Rocha, al querer ver prevista en nuestro código una situación que expresamente traen legislaciones foráneas, pero que la nuestra no menciona. Porque si él adapta el numeral 11 al caso de incapaces que heredan una empresa o establecimiento de comercio, no se ve por qué no pueda referirse también a un establecimiento de comercio adquirido por otro título, v. gr. permuta, donación, e inclusive compraventa, siendo en tales hipótesis administrador el representante legal del incapaz propietario. Por lo tanto, si aceptamos los conceptos del ilustre profesor, la tesis general que él mismo sostiene, según la cual no se puede ejercer el comercio por medio de los representantes legales, caería por su base.

En virtud de las consideraciones que anteceden, es por lo que creemos que el establecimiento mercantil heredado por incapaces, si no se liquida una vez muerto el de cuius, su supervivencia dentro de nuestra legislación tiene que solucionarse de manera distinta a la de continuar el comercio el respectivo representante en nombre de los herederos incapaces.

166 - La comisión revisora del Código de Comercio de Colombia, ha resuelto en el proyecto por ella presentado, eliminar este problema, consagrando en el inciso 2º del art. 8º, un principio que hasta el momento no ha sido acogido ni en las legislaciones más avanzadas, y con el cual se quiebra el régimen imperante sobre representación legal en materia comercial. Dice así:

Artículo 2º. "...La profesión del comercio puede ejercerse personalmente o por medio de apoderado, representante o cualquiera otra

clase de intermediarios". Más adelante agrega el proyecto en el art. 15: "Podrá el Juez del Circuito respectivo, con conocimiento de causa, autorizar la continuación por un menor, cualquiera que sea su edad, por medio de sus representantes legales, del comercio que hubieren ejercido sus padres u otros causantes. Si éstos carecieren de capacidad suficiente deberán nombrar uno o más factores para que continúen el comercio en nombre y por cuenta del menor".

Con la reforma buscada se logra un notorio avance en materia comercial, pues no obstante el peligro que la permisión pretendida trae y que contraría una larga tradición jurídica, es lo cierto que en la época actual el comercio como profesión y medio de subsistencia ha alcanzado un auge nunca imaginado, y no encierra a veces tantos riesgos como en otros tiempos tenía.

Hasta aquí, hemos tratado de la capacidad para ser comerciante. Aunque luego volveremos sobre el tema al estudiar situaciones y reglas especiales, para no dejar trunco el análisis del art. 11 del C. de C. que venimos haciendo, continuemos su estudio, pero ya en su parte segunda.

167 - Dice a continuación el artículo citado: "Los que con arreglo a las leyes no quedan obligados en sus pactos y contratos, son inhábiles para celebrar actos comerciales". Inicialmente el artículo había dicho: Los incapaces no pueden ejercer el comercio. Ahora, entre otras cosas agrega: los incapaces no pueden celebrar actos comerciales. Y fijemos la atención, en que si el primer inciso prohibía a los incapaces ejercer el comercio por medio de sus representantes legales, el segundo lógicamente está prohibiendo también a esos representantes celebrar actos de comercio por sus representados.

Muchos discutirán empero esta aseveración, mas ante el examen de los textos legales citados, nos parece, no cabe otra alternativa. Si se acepta la primera conclusión hay que aceptar la segunda, porque los argumentos que fluyen del art. 11 del C. de C., son idénticos para ambas situaciones.

168 - En legislaciones extranjeras no existe una disposición como la traída por el segundo colon del art. 11. Por tal motivo, es muy preciso lo dicho por el autor chileno Gabriel Palma Rogers en su obra *Derecho Comercial*: "...El Código de Comercio da reglas sobre la capacidad no para ejecutar actos de comercio aislados, sino sobre la capacidad para el ejercicio de la profesión de comerciante. La capacidad

para ejecutar ocasionalmente actos de comercio se rige exclusivamente por las reglas del Código Civil aun respecto de los menores habilitados de edad, mujeres casadas, etc. Sólo cuando se trata de adquirir la profesión de comerciantes habrá que examinar la capacidad con arreglo a las disposiciones del Código de Comercio...» (Obra citada, tomo I, pág. 92).

169 - En igual sentido Vivante, Garrigues y otros más. En la doctrina colombiana esta distinción no puede hacerse por obra y gracia de la última parte del art. 11 del C. de C.

Con todo, algunos autores nacionales, confundidos por los expositores extranjeros y desconociendo lo dicho en el artículo citado, han querido equivocadamente injertar entre nosotros igual diferencia.

## SECCION SEGUNDA

## CAPACIDAD DE LA MUJER CASADA PARA SER COMERCIANTE

170 - Motivo de grandes discusiones ha sido el de la capacidad de la mujer casada mayor de edad para ejercer el comercio. Los arts. 12, 13 y 14 del C. de Comercio han exigido, para que la mujer casada sea comerciante, autorización marital por escritura pública.

171 - Reconocidos juristas colombianos como los doctores Antonio Rocha, Luis Felipe Latorre, Félix Cortés, José J. Gómez, y Gabino Pinzón, han sostenido que los artículos referidos fueron derogados por la ley 28 de 1932, y que hoy por hoy la mujer casada mayor de edad puede libremente dedicarse a actividades mercantiles. Esta ha sido también la tesis de la Corte Suprema de Justicia en jurisprudencia cuyo aparte citamos en la pág. 89.

172 - El Dr. A. Zuleta Angel opina por el contrario: «...A este respecto debe evitarse una confusión en lo que se refiere a la potestad marital; según el art. 117 del C. C. "La potestad marital es el conjunto de derechos que las leyes conceden al marido sobre la persona y bienes de la mujer". Agrega además el Código: "El marido debe protección a la mujer, y la mujer obediencia al marido". (artículo 176 C. C.), y que "El marido tiene derecho para obligar a la mujer a vivir con él y a seguirle a donde quiera que traslade su residencia". Existe, por consiguiente una autoridad del marido sobre la persona de su mu-

jer, que no debe confundirse con el derecho que el mismo Código reconocía sobre su patrimonio; la ley 28 al derogar estas últimas disposiciones, dejó plenamente vigentes las que reconocen la autoridad sobre la persona de su mujer.

Ahora bien, la necesidad de la autorización del marido para que la mujer casada pueda ejercer una profesión, se desprende, no de la incapacidad de la mujer casada, sino de la autoridad del marido sobre la persona de la mujer. Y es que, el ejercicio de una profesión por parte de la mujer no tiene únicamente consecuencias patrimoniales, sino que tiene otras que pueden presentar peligros e inconvenientes para la mujer y para la familia: peligros de orden social, e inconvenientes relacionados con los hijos, cuya educación puede fácilmente descuidarse, y aun para el mismo manejo de la casa...»

De la misma manera se expresa el autor argentino Aquiles Yorio al comentar nuestra ley 28 de 1932.

173 - Sin desconocer las razones poderosas del Dr. Zuleta Angel, nosotros terciamos en favor de la opinión de los primeros. Porque es indudable que la autorización marital para ejercer el comercio que exigía el Código Mercantil, era consecuencia de la incapacidad que sufría la mujer casada antes de la ley 28, y no de la autoridad que tiene el marido sobre la persona de su mujer. La prueba de ello está en el artículo 12 del mismo Código que dice: "La autorización del marido que según el artículo 150 del Código Civil debe obtener la mujer casada, no separada de bienes, *para contratar y obligarse*, debe darse por escritura pública cuando sea para ejercer el comercio". (El subrayado es nuestro). De allí se concluye que la ley mercantil parte de la base de la incapacidad general de la mujer casada para contratar y obligarse que existía en el C. Civil, y en concordancia con este régimen, exigía para que la mujer casada pudiese ejercer el comercio, autorización marital por escritura pública. Los requisitos eran pues, corolario de la incapacidad de la mujer y no de la potestad marital. En nuestro sentir, estas meras consideraciones son definitivas para desconocer la subsistencia legal de los arts. 12, 13 y 14 del C. de C.

174 - Además, se nos ocurre otra observación: el Código de Comercio favoreciendo a la mujer, había dispuesto en los arts. 13 y 14, que una vez autorizada la mujer comerciante, podía hipotecar para seguridad de las obligaciones contraídas, quedando afectos a las resultas

de las operaciones mercantiles sus bienes propios y los pertenecientes a la sociedad conyugal. Como se aprecia, no se requeriría para la hipoteca ninguna formalidad especial.

La legislación civil era por el contrario, en este aspecto, distinta a la comercial, porque el art. 189 del C. C. haciendo relación al art. 1810 ib., exigía para la hipoteca de bienes raíces de la mujer, decreto judicial con conocimiento de causa, y los motivos que justificaban dicha hipoteca no podían ser otros que la facultad concedida para ello en las capitulaciones matrimoniales, o la necesidad o utilidad manifiesta para la mujer.

175 - De lo anterior se deduce que la legislación mercantil en cuanto a la capacidad de la mujer casada, era más ágil y avanzada que la civil, y al abolir tanto requisito y formalidad, favorecía enormemente a la mujer en sus actividades comerciales. De manera que concediendo la vieja legislación más garantías a la mujer casada comerciante que a la mujer que no lo era, resulta ilógico que después de expedida la ley 28, quede más favorecida la que se ocupa en actividades civiles que la que se dedica al ejercicio del comercio.

176 - Por otro aspecto, las razones que expone el Dr. Zuleta Angel, para afirmar que la potestad marital pugna con el ejercicio del comercio por parte de la mujer casada por cuanto descuida sus obligaciones domésticas, serviría idénticamente para exigir también autorización marital a la mujer casada mayor de edad cuando ejerce profesiones civiles como la abogacía, la medicina etc., etc. Es claro, que si la actividad de la mujer casada, ya sea civil o mercantil, distrae el cumplimiento de sus obligaciones conyugales, el marido puede ejercitar los derechos que le consagra la ley en los arts. 176 y ss. del C. C. Pero son cosas muy distintas y conceptos muy diversos, los derechos que por el matrimonio se le conceden al marido en virtud de la potestad marital, a la incapacidad de la mujer casada, abolida hoy por la ley 28 de 1932.

177 - El Dr. William Villa Uribe en un estudio publicado en la *Revista Trimestral de Derecho Comercial* adopta una posición intermedia consistente en «...aceptar y reconocer la plena capacidad de la mujer casada mayor de edad para ejercer el comercio, siempre y cuando lo haga por medio de un representante; pero cuando haya de ejercerlo personalmente, no por medio de un mandatario, debe solicitar la

autorización del marido, por razón de la potestad marital que no derogó la ley 28 de 1932...»

178 - Por los mismos motivos que ya expresamos, rechazamos la tesis que precede. Por otra parte la conclusión del Dr. Villa Uribe rompe todo el sistema imperante sobre representación voluntaria, porque supone que el mandatario puede libremente otorgar facultades que personalmente no puede ejercer de la misma manera.

179 - La potestad marital que como lo anotamos, no pesó en el ánimo del legislador colombiano al dictar los arts. 12, 13 y 14 del C. de C., si fue en cambio considerado en otras legislaciones, que a pesar de reconocer la capacidad plena de la mujer casada mayor de edad, han exigido, haciendo mención expresa de esa capacidad, el consentimiento del marido en las actividades mercantiles de su cónyuge. Tales son los casos de Alemania, Suiza y la ley francesa de 1938.

180 - El avance doctrinario alcanzado entre nosotros sobre este aspecto, ha querido ser sin embargo desconocido por la Comisión Revisora del C. de Comercio, que en el art. 11 de su proyecto expresa: «La capacidad de la mujer casada para celebrar actos de comercio se rige por las normas generales del Código Civil. Pero no podrá ejercer personalmente la profesión de comerciante, sin el permiso expreso o tácito de su marido. Se presume que la mujer tiene permiso de su marido, cuando viviendo en común, ejerce públicamente el comercio. Cuando sin justo motivo el marido negare o revocare el permiso, el juez con conocimiento de causa, podrá concederlo».

#### SECCION TERCERA

#### CAPACIDAD DE LOS HABILITADOS DE EDAD PARA SER COMERCIANTES

181 - El art. 15 del C. de C. dice en su primera parte: «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».

Naturalmente se comprende que la ley comercial está haciendo referencia en esta disposición a los menores habilitados de edad. En este punto nos remitimos a las consideraciones que hicimos en la sec-

ción primera de este capítulo, donde demostramos cómo los menores no habilitados no pueden ser comerciantes ni aun asistidos por sus representantes legales.

Investigándose la redacción del artículo citado, hay motivos para pensar que si allí sólo se comprendiese a los habilitados de edad, la ley expresamente lo hubiese dicho y no habría empleado la frase "Los menores y los hijos de familia... ", que supone la existencia, en el evento considerado, de personas distintas a los menores habilitados. Si aceptamos tal consideración, tendremos entonces comerciantes apenas púberes, que no han alcanzado en muchos casos los dieciocho años que es la edad requerida para la habilitación de edad. Los impúberes quedan descartados porque, ya lo dijimos, éstos no se obligan de ninguna manera.

Se dirá con razón, si se acoge la hipótesis referida, que los menores no llenan las condiciones del art. 15 del C. de C., puesto que si son hijos de familia están bajo patria potestad y si son emancipados están bajo curatela. Así pues, es indiscutible que el artículo sólo comprende al habilitado de edad, y las dudas que al respecto puedan surgir, únicamente son debidas a la pésima redacción y poca claridad de la disposición.

No es exacta tampoco la condición que el precepto supone, consistente en que los menores tengan la libre administración de sus bienes, puesto que esta administración sólo es completamente libre en los mayores de edad no incapacitados, y el habilitado tiene, en la administración que se le otorga, restricciones importantes como son las señaladas en el art. 345 del C. C. y que a espacio vimos a su debido tiempo.

182 - Que sepamos, entre nosotros no ha sido motivo de estudio una cuestión que se suscita al leer el art. 15 del Código de Comercio, y compararlo con el 294 del C. C., que manda mirar al hijo de familia como emancipado y habilitado de edad para la administración y goce de su peculio profesional o industrial. Podrá el artículo 15 del C. de C. cobijar a los hijos de familia, o a los emancipados no habilitados de edad, en lo que atañe a su peculio profesional?

Hay que tener en cuenta, que aunque en el caso propuesto los menores están bajo patria potestad y curatela, estas instituciones paralizan sus efectos al surgir el peculio profesional del menor. Sostener

empero la tesis afirmativa, es quizá demasiado avanzado y rompería todas las reglas generales sobre el ejercicio del comercio por menores.

183 - Para dilucidar la cuestión, conviene recordar una observación hecha cuando estudiamos el art. 294 del C. C. Anotamos allá, que era distinto decir, como lo expresa esa disposición, que el hijo de familia *se mirará* como emancipado, a expresar que el hijo de familia *es* emancipado. Lo primero equivale a otorgar consecuencias iguales a situaciones distintas, es ampliar los efectos de una cosa en otra. Lo segundo constituye en cambio, un estado, una calidad particular que naturalmente trae consecuencias especiales. Y si ante esta distinción el art. 15 del C. de C. se nos viene diciendo que los menores pueden ejercer el comercio cuando *son* emancipados, obviamente no podremos comprender en esta disposición a los menores bajo patria potestad o a los emancipados no habilitados, por mucho peculio profesional que tengan.

184 - En su segunda parte, expresa el art. 15 del C. de C., continuando ya el estudio de dicha disposición, que los habilitados de edad puesto que a éstos es a los que se refiere, pueden en el ejercicio del comercio gravar de cualquier modo sus bienes propios y los de su mujer no separada. Como la ley no distingue, la permisión necesariamente se refiere tanto a bienes muebles como a raíces. Con esto se está quebrantando la prohibición que impone el Código Civil a los habilitados de edad, para hipotecar sus bienes raíces sin la autorización judicial otorgada con conocimiento de causa, aunque se conserva la prohibición de enajenar esos bienes libremente. Se favorece así la actividad mercantil del menor, pues ya podrá fácilmente servirse del crédito hipotecario sin las trabas de la legislación civil.

185 - El Dr. Antonio Rocha no encuentra explicable que se permita la hipoteca y se prohíba el contrato de venta, pues la primera puede inclusive considerarse más grave y peligrosa que la segunda; opina además que la distinción es ineficaz, porque si se quiere vender basta simular la venta con una hipoteca, y luego en acción ejecutiva, obtener la venta de la cosa hipotecada. El sistema, como que supone un juicio, es engorroso, y por consiguiente la prohibición a pesar de las críticas hechas, cumple el fin propuesto.

186 - La comisión Revisora del Código de Comercio, ante la ambigüedad del artículo 15 del Código actual, ha decidido que los mayo-

res de dieciocho años, nunca los menores, puedan ejercer personalmente el comercio con facultad inclusive de enajenar sus bienes raíces. Distingue la comisión tres casos distintos:

a) El menor habilitado de edad que tiene las facultades anteriormente dichas.

b) El hijo de familia mayor de dieciocho años que administra su peculio profesional y que hasta concurrencia de él, se le conceden las mismas facultades del habilitado.

c) El hijo de familia mayor de dieciocho años que no está en la situación prevista en el ordinal anterior, por no tener peculio profesional, pero al que se permite el ejercicio del comercio con autorización de su representante legal. Sus atribuciones son muy recortadas, ya que no puede enajenar ni gravar sus bienes inmuebles sino con autorización paterna para cada caso, y cumpliendo los requisitos que establece el art. 303 del Código Civil. Este evento fue considerado en virtud de observaciones muy realistas hechas por la Federación Nacional de Comerciantes, que expresó su deseo de que se abriera el campo de la actividad comercial a los bachilleres que no quisieren continuar estudios profesionales, y que por lo general terminan bachillerato a los dieciocho años, sin que por otra parte tengan que someterse a un proceso más o menos largo de habilitación, o esperar a cumplir los veintiún años de edad. La comisión expresa en su exposición de motivos, que para la defensa del patrimonio inmueble, no quedan los menores en este caso, con un poder omnímodo de enajenar y gravar sus bienes raíces, pues no solamente requieren autorización paterna, sino que es necesario cumplan los requisitos establecidos por las leyes comunes, como por ejemplo la enajenación en pública subasta.

187 - Sin la petulancia de pretender hacer críticas a la reforma intentada, nos asalta sin embargo una duda en cuanto a la situación que puedan tener en un juicio de quiebra, los hijos de familia que hemos comprendido en los ordinales b y c.

Supongamos que ellos sobresean en el pago de sus obligaciones mercantiles. Sabemos que la quiebra por su naturaleza, es un juicio universal que comprende todos los bienes del fallido; pero si en el primer caso el menor sólo ejerce el comercio y garantiza sus deudas hasta concurrencia de su peculio profesional, y en el segundo no puede disponer de sus bienes raíces sin llenar determinados requisitos, la ope-

rancia de la quiebra tal como entre nosotros existe, va a resultar imposible. A menos que, y suponemos que así se hará, se excepcione en este sentido el estatuto de quiebras. Pero aun así, los problemas por la facultad de delimitar en cada momento los bienes que responden a las obligaciones mercantiles de los que no responden, van a ser numerosos y de arriesgada solución.

188 - Por considerar de mucha novedad e importancia, las disposiciones del proyecto, nos permitimos transcribirlas en su tenor literal:

Artículo 12. - Los menores habilitados de edad pueden ejercer el comercio, con facultad de hipotecar y enajenar libremente sus bienes raíces para atender a necesidades concernientes al comercio que ejercen.

Artículo 13. - El hijo de familia mayor de dieciocho años que administre su peculio profesional de conformidad con el Código Civil, puede ejercer el comercio con las mismas facultades del menor comerciante habilitado, hasta concurrencia de su peculio.

Artículo 14. - El hijo de familia mayor de dieciocho años puede ejercer el comercio, previa autorización escrita de su padre registrada en la correspondiente Cámara de Comercio. En este caso el menor comerciante no podrá enajenar ni gravar sus bienes raíces sino con especial autorización del padre para cada caso y en cumplimiento de los requisitos que las leyes comunes establecen.

#### SECCION CUARTA

#### INHABILES PARA COMERCIAR

189 - Nuestro Código de Comercio en el artículo 16, prohíbe el ejercicio de la profesión mercantil a los empleados y funcionarios públicos y a los quebrados que no hayan obtenido rehabilitación. Esta disposición al prohibir el comercio a los empleados públicos, hace referencia a los que se hallaban en el caso del art. 287 del C. Penal de Panamá, que no permitía comerciar a los funcionarios que devengaban un sueldo mayor de 600.00, pero esta norma no se incorporó en el estatuto penal colombiano.

190 - Hay una gran diferencia entre los incapaces para comerciar que estudiamos en las secciones precedentes, y los inhábiles que

menciona el art. 16 del C. C. La inhabilidad supone capacidad. La Ley colombiana aunque se informa del principio de la libertad para escoger profesión u oficio, dentro del cual está la opción para comerciar, no puede ser ajena a ciertos motivos que determinan la prohibición para el ejercicio del comercio. El fenómeno es muy semejante al que acontece entre las incapacidades generales del art. 1504 del C. C., y las incapacidades particulares que tratamos en el capítulo IV. La incapacidad tanto en Derecho Civil como en Mercantil, es una medida de protección para los mismos incapaces; las inhabilidades en cambio, han sido creadas por la ley por razones muy diferentes cuales son incompatibilidades morales para el ejercicio del comercio y protección a los intereses de terceros. Por otra parte, la sanción a las actividades comerciales del incapaz, son muy distintas a las de los inhábiles: aquéllas serán nulas absoluta o relativamente, según sean obra de un incapaz absoluto o relativo; éstas en cambio se sancionan de acuerdo con lo dispuesto en el art. 17 del C. de C. que en seguida veremos.

191 - Observa muy exactamente el Dr. Alberto Zuleta Angel que, «...Es necesario no confundir estos dos conceptos de incapacidad e inhabilidad 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 el 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 la de cualquier otro comerciante...» (*Conferencias de D. Mercantil* por A. Zuleta Angel, pág. 8).

192 - El artículo 17 del C. de C. inicialmente dice: «Los contratos mercantiles celebrados por personas inhábiles para comerciar, cuya incapacidad fuere notoria por razón de la calidad o empleo, serán nulos para todos los contrayentes...» Pasemos por alto la terminología antitécnica de la disposición transcrita, cuando involucra la incapacidad hablando de los inhábiles, y consideremos sólo los efectos de los actos que éstos ejecutan, que es lo único que se propone regular la disposición. Hasta ahora, el artículo ha seguido las normas del Código Civil, según las cuales hay objeto ilícito en todo contrato prohibido por las leyes y el objeto ilícito produce nulidad absoluta; declarada la nu-

lidad, es claro que tras ella vendrán las consecuencias que la ley establece en los artículos 1748, 961 y ss. del C. Civil.

193 - Esto que ocurre cuando la inhabilidad fuere notoria, de manera que las partes contratantes presumiblemente la conocieron, es esencialmente distinto a lo que pasa cuando esa inhabilidad sin ser notoria se ha ocultado por parte del inhábil, pues en este evento la ley mercantil, separándose de la civil, dispone en la última parte del art. 17, que el inhábil quedará obligado, sin adquirir derecho para compeler en juicio al otro contratante en el cumplimiento de las obligaciones por éste contraídas. La sanción es sumamente grave, porque muy grave fue también la falta cometida por el inhábil. Se establece prácticamente un enriquecimiento sin causa, aceptando la teoría clásica de la causa, según la cual la obligación de una parte es la causa de la obligación de la otra, ya que mientras el inhábil queda plenamente obligado, el otro contratante puede, sin que haya medio de coaccionarlo, dejar de cumplir lo pactado. Como corolario de esto, el inhábil no puede hacer funcionar a su favor el principio de la "exceptio non ad impleti contractus".

Se supone que quien comercia con el inhábil, desconoce la calidad de éste en el momento de contratar, pues el artículo 17 del C. de C. exige no sólo que la inhabilidad no sea notoria, sino asimismo que ésta se ocultare al otro contratante. Si no fuere así, se estaría dando acción y favorecimiento la mala fe de individuos inescrupulosos, cuando esta circunstancia ninguna ventaja puede traerles.

194 - Todas estas consecuencias, sólo tienen como mira la defensa a los intereses de terceros, que es el motivo fundamental para la prohibición del comercio a los inhábiles.

195 - Para terminar esta sección, es conveniente agregar que a los inhábiles además de prohibírseles el ejercicio del comercio, es decir, el ser comerciantes, también se les impide el celebrar actos de comercio individuales. Lo primero lo dice en el art. 16 el C. de Comercio, y aunque allí no se hace alusión a lo segundo, acto seguido en el art. 17 ibidem ya analizado, se sancionan los actos mercantiles ejecutados por personas inhábiles y se señalan los efectos que produce la transgresión mencionada.

CAPITULO VI

CAPACIDAD PARA CELEBRAR EL CONTRATO DE SOCIEDAD

SECCION PRIMERA

GENERALIDADES

196 - Requisitos de fondo que requiere el contrato de sociedad; 197 - Qué ocurre en las sociedades civiles; 198 - Qué en las mercantiles.

SECCION SEGUNDA

CAPACIDAD PARA SER SOCIO COLECTIVO

199 - Quiénes son capaces para celebrar este contrato; 200 - La especial habilitación que se exige para el contrato de sociedad al habilitado de edad, debe ser judicial; 201 - El art. 464 del C. de C., sólo se aplica a las compañías colectivas de comercio; 202 - Aporte de inmuebles por el habilitado de edad; 203 - Todo socio colectivo es comerciante? 204 - Conceptos de A. Rocha y Emilio Robledo; 205 - De William Villa U.; 206 - Doctrina extranjera; 207 - Por qué es injurídica la tesis afirmativa; 208 - Opinión de C. Vivante; 209 - Los incapaces no pueden, ni aun por medio de sus representantes, constituir sociedades colectivas; 210 - Conceptos del Dr. Eloy Zea Rocha; 211 - Tampoco pueden entrar a las ya formadas; 212 - Reglas que da el C. de Comercio a este respecto; 213 - Comentarios del Dr. Gabino Pinzón; 214 - Aclaración importante a los conceptos anteriores; 215 - Las normas que protegen a los incapaces no se aplican a los inhábiles.

SECCION TERCERA

CAPACIDAD PARA SER ACCIONISTA

216 - Disposiciones legales sobre este punto; 217 - Por qué es inútil el art. 3º del Decreto 2521 de 1950; 218 - Las reglas que rigen la capacidad para ser accionista, son las mismas generales del C. Civil; 219 - Al accionista es impropio exigirle la capacidad que se requiere para ser comerciante; 220 - También la que se necesita para celebrar actos de comercio; 221 - Naturaleza de la acción en las sociedades anónimas; 222 - Concepto del Dr. W. Villa U. y doctrina de la Superintendencia; 223 - Conclusión; 224 - La capacidad para ser socio colectivo, es distinta a la que se exige para el accionista. Opinión en contrario del Dr. Moreno Jaramillo; 225 - Refutación; 226 - Ninguna de las normas sobre capacidad que trae el C. de Comercio se aplican a las sociedades anónimas.

SECCION CUARTA

CAPACIDAD PARA SER SOCIO DE COMPAÑIAS

DE RESPONSABILIDAD LIMITADA.

227 - Disposiciones legales y doctrinas contrarias en este respecto; 228 - Argumentos en favor de la primera tesis; 229 - Segunda

teoría; 230 - Para constituir una sociedad de responsabilidad limitada se necesita la misma capacidad que para formar una colectiva de comercio; 231 - La capacidad no puede estar reglamentada en los estatutos de la compañía; 232 - La ley 124 de 1937, identifica la capacidad en las sociedades de responsabilidad limitada y en las colectivas de comercio; 233 - Capacidad para entrar a una compañía de responsabilidad limitada ya formada; 234 - Interpretación del art. 9º de la ley 124; 235 - Opinión de Alfonso Restrepo Moreno; 236 - Tercera teoría; 237 - Los representantes legales no pueden en nombre de sus representados, ser socios de Compañías de responsabilidad limitada; 238 - A este resultado se llega aun prescindiendo del art. 11 de la ley 124 de 1937; 239 - Conclusiones.

CAPITULO IV

CAPACIDAD PARA CELEBRAR EL CONTRATO DE SOCIEDAD

SECCION PRIMERA

GENERALIDADES

196 - La sociedad como contrato que es, necesita de todos los requisitos de fondo que se exigen para la validez de cualquier acto o declaración de voluntad: capacidad, consentimiento, objeto y causa lícitos. Al estudio del primero de los elementos nombrados se encauzarán las presentes notas.

197 - La capacidad para celebrar el contrato de sociedad puede referirse tanto a las sociedades civiles como a las mercantiles. Nuestro estudio sólo tocará con éstas, pues las normas generales sobre capacidad que se dieron en la parte inicial, tienen completa aplicación en el contrato de sociedad civil. El Código Civil no establece normas especiales al tratar de la sociedad, distintas a las generales de todo contrato. Por consiguiente las personas capaces pueden celebrarlo personalmente o por medio de representantes voluntarios, y las incapaces por medio de sus representantes legales.

198 - No pasa lo mismo en las sociedades comerciales, donde sí existen disposiciones que reglamentan especialmente la capacidad para ser socio. Pero como es distinta la aptitud para formar sociedades mercantiles, según el tipo que se pretenda, las consideraciones respectivas las haremos en secciones separadas empezando por la sociedad colectiva mercantil, siguiendo con la anónima y terminando con la de res-

ponsabilidad limitada. En las en comandita hay que tener en cuenta la calidad de cada socio: si es comanditario se le aplican las reglas de los accionistas de las anónimas; si es gestor las de los socios colectivos. Esta es la norma general y por ello la situación de los socios de las compañías en comanditas no será motivo de estudio separado.

## SECCION SEGUNDA

## CAPACIDAD PARA SER SOCIO COLECTIVO

199 - El art. 464 del C. de C. dice textualmente: "Toda persona capaz de comerciar es hábil también para celebrar el contrato de sociedad. El menor y la mujer casada, divorciada o separada de bienes, aunque habilitados para comerciar, necesitan serlo especialmente para celebrar una sociedad".

Consecuentes con la interpretación que hasta ahora hemos hecho a la ley 28 de 1932, consideramos que la disposición transcrita está derogada en cuanto concierne a la mujer casada.

En el primer inciso del artículo citado se establece como norma general, que la capacidad para ser comerciante y para ser socio es una misma. Por lo tanto, las explicaciones dadas en el capítulo anterior se extienden a la presente sección; tendremos entonces que los incapaces no podrán entrar a formar sociedades colectivas, ni aun por medio de sus representantes legales. La prohibición en este sentido es absoluta. En páginas posteriores trataremos a espacio este punto.

200 - En el segundo inciso se exige al menor, que como veremos después sólo puede ser el habilitado de edad, fuera de la habilitación que como tal tiene, una especialísima para celebrar el contrato de sociedad.

Aunque el artículo no dice que esta particularísima habilitación tenga que ser judicial, no hay duda de que así lo sea, pues ella no puede provenir ni del padre, ni del curador, puesto que quien la necesita ya ha dejado, por el hecho de ser habilitado, de estar sometido a patria potestad o a curatela.

El motivo para que la ley demande dos habilitaciones para celebrar el contrato de sociedad, radica en la responsabilidad solidaria con que cargan los socios colectivos. Tamaño compromiso exige ponderada

meditación, y por eso está bien que la ley pida al menor, aunque habilitado de edad lógicamente inexperto, una autorización que se otorga después de cuidadoso análisis.

201 - Antes de proseguir y para despejar equívocos, digamos que la reglamentación que estamos tratando sólo se predica de las sociedades colectivas mercantiles, y por extensión legal a los socios gestores de las sociedades en comanditas. Esto es así, no sólo por cuanto la responsabilidad solidaria que es el fundamento de la excepcional reglamentación del art. 464 del C. de C., es atributo de las sociedades colectivas, sino también porque el precepto citado está colocado e inicia la Sección Primera del Capítulo I del C. de C., que se titula *De la formación y prueba de las sociedades colectivas*. Es erróneo por consiguiente querer extender los requisitos y formalidades del artículo 464 del C. C., a otros tipos de sociedad distintas a las colectivas de comercio.

202 - Como el menor habilitado, no tiene ni aun en el Derecho Mercantil libertad para enajenar sus bienes raíces, es claro que al constituir una sociedad, si su aporte ha de consistir en inmuebles, previamente deben llenarse los requisitos del art. 345 del C. de C. sobre autorización judicial con conocimiento de causa. De acuerdo con los comentarios hechos en el N° 87 sobre esta disposición, creemos que el aporte que de bienes raíces hace el habilitado a la sociedad, no urge de la pública subasta. En este caso el tipo de enajenación es incompatible con tal procedimiento; de afirmar lo contrario prácticamente se haría imposible que los habilitados pudieran formar sociedades cuando el objeto de su aporte consistiera en bienes inmuebles.

203 - La responsabilidad solidaria que asume todo socio colectivo, y el hecho de que la capacidad para comerciar y la para celebrar el contrato de sociedad sean iguales, ha inducido a muchos, entre ellos a los autores nacionales de Derecho Mercantil, para afirmar que el socio colectivo por el mero hecho de serlo se convierte en comerciante. Y que precisamente, por convertirse en comerciante, es por lo que la ley ha exigido a dicho socio la capacidad que deben tener quienes se dedican a actividades mercantiles.

204 - Así por ejemplo el profesor A. Rocha, al considerar las razones para que el art. 464 sea de tanto rigor con los menores, y que para nosotros no tiene más fundamento que la solidaridad que encierra la sociedad colectiva, explica que los socios gestores por el hecho de

entrar en sociedades de este tipo, colectivas o comanditarias, se hacen comerciantes. Igual afirmación hace Emilio Robledo Uribe en un artículo insertado en el número 3º de la *Revista Trimestral de Derecho Comercial*.

205 - También William Villa U. en la misma publicación expresa: «...La razón por la cual el socio de la compañía colectiva se hace comerciante, radica en el hecho de que ellos responden solidariamente ante terceros por las obligaciones que contraiga la sociedad; esta solidaridad implica el hecho de que en todos y cada uno de los actos que celebre la sociedad comercial convertirá a los socios que responden personal y solidariamente con ella por el cumplimiento de dichos actos, en comerciantes, ya que de acuerdo con el artículo 9º del Código de Comercio se reputan en derecho comerciantes, todas las personas que se ocupan ordinaria y profesionalmente en operaciones que corresponden a esa industria...» (Publicación citada, N° 24-25, pág. 140).

206 - Los expositores extranjeros, al explicar una disposición que existe en algunos países, según la cual la quiebra de la sociedad implica la de los socios colectivos, han ideado la tesis que unánimemente han acogido los tratadistas nacionales. Véanse al efecto los conceptos del francés M. Hamel en su *Curso de Derecho Comercial* pág. 108, y de Eduard Escarra y Jean Raulp en su obra *Principios de Derecho Comercial*. En el mismo sentido se pronuncia el connotado mercantilista italiano León Bolaffio.

207 - Si la tesis, como lo demostraremos, es por sí injurídica, entre nosotros lo es más todavía, ya que nuestra legislación no reporta de ella ninguna utilidad, porque expresamente ha consagrado que la quiebra de la sociedad no implica la de los socios. Y es que la persona de los socios es completamente distinta de la persona social. Y si ésta es comerciante porque se dedica a actividades mercantiles, puede ocurrir que los socios no tengan igual profesión, no sean comerciantes, por no ejercer habitualmente el comercio. Es claro que ellos verifican un acto de comercio al formar una sociedad colectiva, pero el ejecutar accidentalmente una operación comercial no convierte a quien lo hace en comerciante.

Ni siquiera puede argumentarse que los socios colectivos al tener derecho a administrar la sociedad y ejecutar actos mercantiles de manera habitual, se convierten en comerciantes, porque en nuestro de-

recho la representación opera de tal manera, que los actos que ejecutan los socios administradores se radican en el representado, que es la sociedad.

De acoger semejante doctrina, caeríamos en absurdos tales como el exigir a un socio que no administra la sociedad, que se dedica a operaciones civiles, v. gr. la agricultura, el llevar libros mercantiles, el inscribirse en la Cámara de Comercio, y el cumplir las demás obligaciones de los comerciantes.

Supongámonos el caso de un profesional que ejerce su oficio de manera permanente. Ese individuo constituye una sociedad colectiva con otros compañeros. Como él vive de su profesión y con ello copa toda su actividad, no puede administrar la compañía y entonces permite que sus consocios la gobiernen. Ante tales hechos, podremos acaso decir que ese profesional es legalmente comerciante? Se ocupa él ordinaria y profesionalmente en actividades mercantiles? Creemos que de ninguna parte pueden sacarse argumentos valederos para sostener semejante tesis. Allí solamente se están garantizando, en virtud de la solidaridad, las operaciones sociales. Pero esto no basta para que un individuo se repute comerciante según la ley mercantil.

208 - Muy bien ha dicho Vivante: «Si el socio fuera comerciante, sólo por ser socio, adquiriría dicha calidad antes de haber realizado ningún acto de comercio en nombre de la sociedad y en consecuencia tendríamos, a despecho de la definición del Código, comerciantes que serían tales aun no habiendo ejercicio, ni directamente ni por medio de la sociedad, profesión mercantil alguna...»

Y antes, de manera muy precisa había dicho el mismo autor: «...El socio no hace más que responder solidariamente de las operaciones sociales, y el garantizar las obligaciones de un comerciante, no convierte a nadie en comerciante...» (*Tratado de Derecho Mercantil*, tomo II, pág. 172).

Nuestra doctrina ha caído en este punto en un error ya repetido. Tratar de introducir a toda costa prácticas foráneas que no se compatibilizan con nuestros textos legales.

209 - En líneas precedentes dijimos que el artículo 464 del C. de C., al hacer especiales exigencias al menor para celebrar el contrato de sociedad, se está refiriendo a los habilitados de edad y no comprende bajo ningún pretexto a los menores de dieciocho años, porque éstos no

pueden obtener el beneficio de la habilitación y su condición es tal, que ni aun por medio de sus representantes pueden llegar a ser socios colectivos.

210 - Continuando lo anterior, opina el Dr. Eloy Zea Rocha, en transcripción reproducida en la obra del Dr. Miguel Moreno Jaramillo y de la que hemos creído oportuno extractar algunas ideas fundamentales: «...En la sociedad colectiva, dadas las circunstancias en que obra, como la no publicidad de sus balances, los terceros que contratan con ello lo hacen generalmente no en consideración al capital social sino al capital particular de cada uno de los socios y a las aptitudes de los socios administradores. La confianza de los terceros que contratan con la sociedad reposa no solamente en el haber de la sociedad sino en el patrimonio de todos los socios. Quién le da esa confianza a los terceros contratantes? La Ley. Es decir, cada uno de los socios ha convenido desde el momento en que entró a formar parte de la sociedad, en que esta persona distinta a cada uno de los socios puede, cada vez que haga una operación comercial, comprometer todos y cada uno de sus bienes particulares. Puede decirse que el consentimiento existe virtualmente, puesto que cada vez que la sociedad contrae una obligación, constituye una manera de prenda general con todo el patrimonio de todos y cada uno de los socios; se empeñan la palabra y los bienes todos. Decimos que en ese caso hay un consentimiento anticipado y se confiere al acreedor o demandante presunto el derecho de proceder judicialmente contra los bienes de uno o de todos los socios. En una palabra, se hace una enajenación anticipada por ministerio de la ley».

Ahora preguntamos: el tutor o curador al hacer a su pupilo socio de una sociedad colectiva de comercio aportando solamente los bienes muebles que integran su patrimonio de él, no viola con ello la terminante prohibición que le hace el legislador en el artículo 483 del Código Civil? La afirmativa es incuestionable por cuanto dejamos demostrado que cada uno de los socios compromete todo su patrimonio en las resultas de las operaciones de la sociedad, en virtud de la solidaridad que les impone el artículo 487 del código de comercio, de cuya solidaridad no pueden eximirse en ningún caso. Repetimos, hay una enajenación anticipada de todos los bienes, lo que no puede hacer el guardador, por sí y ante sí, porque al hacerlo violaría la prohibición que le hace la ley de enajenar o gravar, sin previo decreto judicial, los bienes

raíces del pupilo. Enajenación que sólo puede hacer por motivos de necesidad o utilidad manifiesta. Consecuencialmente hay que concluir que una sociedad colectiva de comercio, formada en esas condiciones, es nula en todo lo que se relaciona con los intereses del menor...»

«Podría argüirse en contra de nuestra tesis que en una sociedad colectiva de comercio, tal como la suponemos, no se trata de una enajenación actual de los bienes raíces que integran el patrimonio de los menores, que tal enajenación es remota, y que la sociedad puede ser fuente de utilidades para los menores».

«A esto contestamos con el siguiente razonamiento: el guardador no puede exponer a su pupilo, ni en el presente ni en el futuro, a situaciones precarias, ni hacer promesas que comprometan su patrimonio. Las facultades administrativas del guardador sólo se refieren a la conservación de los bienes y a su reparación y cultivo. Su responsabilidad en ese sentido se extiende hasta la culpa leve inclusive (artículo 481 del C. C.). Debe restituir a quien por derecho corresponda, que generalmente es al pupilo, al ser habilitado o al llegar a la mayor edad, los bienes que se encomendaron a su cuidado y pericia, tan luego como termine su administración. Esta entrega debe hacerla junto con la exhibición de sus cuentas de administración (artículos 504 del C. C.). Bien se ve, en las disposiciones citadas, que el pensamiento del legislador no es otro sino el de que el guardador se limite a custodiar los bienes del pupilo, a salvaguardarlos de todo peligro, de todo lo que pueda causarles menoscabo».

«Confirma estas afirmaciones el texto del artículo 495 ibidem, cuyo tenor literal es como sigue: "El tutor o curador deberá prestar el dinero ocioso del pupilo con las mejores seguridades, al interés corriente que se obtenga en la plaza".

"Podrá, si lo estima preferible, emplearlo en la adquisición de bienes raíces".

"Por la omisión en esta materia será responsable del lucro cesante, en cuanto aparezca que el dinero ocioso del pupilo puede emplearse con utilidad manifiesta y sin peligro".»

«La limitación impuesta al guardador en el artículo transcrito, limitación que se refiere al dinero ocioso del pupilo, se impone con mayor razón tratándose de los demás bienes muebles y raíces, pues si el

legislador no permite que se expongan a peligro los dineros ociosos, por qué iba a permitir que sí quedaran expuestos los demás bienes?»

«Donde hay la misma razón, debe existir la misma disposición».

«...De todo lo anterior deducimos, que en ningún caso puede el guardador hacer a su pupilo socio de una sociedad colectiva de comercio, ni aun obteniendo licencia judicial para ello, bien sea que se contemple desde el punto de vista del aporte de bienes muebles, o del aporte de inmuebles...» (*Sociedades* por Miguel Moreno Jaramillo, tomo I, pág. 211 y s. s.).

211 - Si la conclusión anterior se acredita en cuanto a la constitución de sociedades colectivas por parte de menores no habilitados, con mayor razón podremos llegar al mismo resultado, cuando lo que se trata es ya de continuar el menor como socio de compañías colectivas existentes, pues en tal caso es la misma ley la que ha regulado expresamente esta situación.

Basta, en efecto, examinar las causas que dan motivo a la disolución de la sociedad colectiva mercantil y que son las mismas que determina el C. Civil. En éste se ha dicho en los artículos 2129 y 2131 que la sociedad se disuelve por la muerte de cualquiera de los socios, menos cuando por disposición legal o por el acto constitutivo haya de continuar entre los socios sobrevivientes, con los herederos del difunto o sin ellos. Si la sociedad ha de continuar con los herederos tendrán derecho para entrar en ella, exceptuando solamente a aquellos que por su edad o sexo, o por otra calidad, hayan sido expresamente excluidos en la ley o en el contrato. Fuera de este caso los que no tengan la administración de sus bienes concurrirán a los actos sociales por medio de sus representantes legales.

212 - Estas reglas dadas por el C. Civil, han sido esencialmente cambiadas por el C. de Comercio, teniendo en cuenta la tantas veces mentada solidaridad, que existe en las sociedades colectivas de comercio. Por esta razón, por lo peligroso que sería permitir que los representantes legales arriesgaran el patrimonio de los incapaces, continuando en su nombre sociedades colectivas de que era socio el *cujus*, es por lo que el C. de Comercio ha expresado en el art. 533 que: «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 ha-

bilitación respectiva. No pudiéndola obtener por defecto de edad, demencia o cualquiera otra causa, el contrato se tendrá por no celebrado. Las mismas reglas se aplicarán al caso en que el heredero fuere una mujer casada, mayor o menor». Se rechaza pues legalmente toda idea de que menores de dieciocho años puedan continuar en sociedades colectivas, porque para ellos no puede existir la habilitación y al mismo tiempo se prohíbe que los representantes legales continúen la compañía en nombre de los incapaces que representan.

213 - Muy exacto se muestra el Dr. Gabino Pinzón cuando dice: «...El Código no exige simplemente (art. 533) la "habilitación de la edad", sino la "habilitación respectiva", esto es, la especialmente requerida para ser socio colectivo, ya que para esto no basta la capacidad para ser comerciante, pues se ha exigido expresamente una habilitación especial y adicional. (Art. 464) ...»

El mismo autor ha afirmado, al estudiar las consecuencias que tiene la muerte de un socio en compañías colectivas que, «...La estipulación de continuar la sociedad con los herederos del difunto no produce, sin embargo, efecto alguno contra la regla general de que la sociedad se disuelve por la muerte de un socio, si sus herederos no son hábiles o legalmente capaces y no pueden obtener "*inmediatamente la habilitación respectiva*"; porque si no pueden obtener esa habilitación "por defecto de edad, demencia o cualquiera otra causa, el convenio se tendrá por no celebrado" (art. 533 del C. de Com.) ...» (*Conferencias de Derecho Comercial* por el Dr. José Gabino Pinzón, pág. 35).

214 - En realidad, ha habido en las frases inmediatamente anteriores, una imprecisión que puede dar motivo a malas interpretaciones. No es exacto el afirmar que si los herederos del socio no son legalmente capaces o no pueden obtener la habilitación respectiva, la estipulación de continuar la sociedad con los sucesores del difunto no produce efecto alguno. Porque las reglas son en este caso distintas en el Derecho Civil y en el Derecho Mercantil. No produce ningún efecto si la sociedad es comercial; pero si la sociedad es civil el efecto es pleno, por regla general, porque allí los representantes legales de los incapaces sean éstos menores, dementes, sordomudos, o pródigos, sí puede continuar la sociedad como lo dice claramente el art. 2131 del C. de C. en su último inciso. En este precepto se dispone que los herederos que no tengan la administración de sus bienes concurrirán a los actos sociales por me-

dio de sus representantes legales. Y el art. 2132 *ibidem*, agrega que cuando ocurran incapacidades sobrevinientes, la sociedad puede continuar con el incapaz representado por el curador respectivo, quien ejercerá sus derechos en las operaciones sociales. Es indispensable tener muy presente esta distinción, porque el régimen de representación de los socios es muy diverso en las sociedades colectivas mercantiles y civiles; y porque resultaría improcedente que el legislador tuviera iguales cuidados, protegiera de idéntica manera, al incapaz que asume una responsabilidad solidaria en las primeras, que a quien sólo se obliga a prorrata en las segundas.

215 - Estas medidas de defensa que tiene la ley con el incapaz, es natural que no las tenga con el inhábil. Por tal motivo las disposiciones que con él tocan, son distintas en el Código de Comercio. Al efecto se dispone en el art. 534 que el mero hecho de la quiebra de uno de los socios, no disuelve la sociedad; y en consecuencia los demás podrán continuarla o disolverla, admitiendo en el primer caso la intervención de los representantes de la masa concursada. Es lo mismo que se previene en el C. Civil con el consiguiente cambio de términos que la técnica impone, no hablándose de socios quebrados sino de socios insolventes.

### SECCION TERCERA

#### CAPACIDAD PARA SER ACCIONISTA

216 - El C. de Comercio Colombiano no regula lo referente a la capacidad para ser accionista en las sociedades anónimas. Sólo el decreto 2521 de 1950, aunque es apenas un decreto reglamentario, dice en el art. 3º que, «La capacidad tanto para intervenir en la constitución de una sociedad anónima, como para celebrar el contrato de suscripción de acciones, se rige por las normas generales contenidas en los Códigos de Comercio y Civil en su orden».

217 - No podemos sostener con base en la disposición transcrita, que la capacidad en las sociedades anónimas está especialmente reglamentada en la ley colombiana. Porque el decreto no hace otra cosa que confirmarnos que es una misma la capacidad para constituir una sociedad anónima, que la requerida para celebrar el contrato de suscripción de

acciones, y nos lleva en definitiva a las disposiciones generales del Código Civil, particularmente al artículo 1.504. Y es una norma inútil porque sin añadir nada nuevo, repite principios que naturalmente se desprenden del C. de Comercio.

Veamos los motivos para tales afirmaciones: Se dice que la capacidad para ser accionista se rige por las normas generales contenidas en los Códigos de Comercio y Civil en su orden. Pero acaso el Código de Comercio da reglas generales sobre capacidad, que podamos aplicar a la sociedad anónima? Indudablemente no. El Código Mercantil reglamenta la capacidad para ser comerciante, para celebrar actos de comercio y para formar sociedades colectivas. Pero esas normas precisamente establecen excepciones a los principios comunes sobre capacidad, son especiales porque no tienen aplicación sino en los casos taxativamente señalados. Es que el C. de Comercio no trata los principios globales sobre capacidad; en este aspecto se remite al C. Civil que es ley supletoria, y que sí consagra en los artículos 1.503 y 1.504 preceptos generales que no es del caso repetir, porque en la parte inicial de nuestro estudio ya las comentamos.

218 - De manera pues, que ni el artículo 11, ni el 464 del C. de C. pueden aplicarse a las sociedades anónimas. La capacidad en esta materia es la misma general que regula el Código Civil al tratar de los actos y declaraciones de voluntad. Por consiguiente las personas capaces legalmente pueden obligarse como accionistas, y las incapaces no pudiéndolo hacer por sí mismas, lo hacen por intermedio de sus representantes legales.

Las consideraciones precedentes que han surgido del análisis del art. 3º del decreto 2521 de 1950, tienen idéntica aplicación haciendo caso omiso del referido decreto, y teniendo sólo en cuenta el C. de Comercio; porque si éste en el capítulo II, del título 7º del libro 2º, que se titula *De las sociedades anónimas* no menciona el punto sobre la capacidad para ser accionista, es porque en tal caso se aplican las disposiciones sobre capaces e incapaces del C. Civil, ya que el principio de analogía, que como se sabe en casos no previstos tiene preferencia a las disposiciones del C. Civil, no desempeña aquí ningún papel, pues las situaciones que en materia de capacidad preceptúa el Código de Comercio en los Arts. 11 y 464, son por su naturaleza muy diferentes, co-



mo para pretender hacerlas regir en las sociedades anónimas. Pasemos a demostrarlo:

219 - Es impropio exigir al accionista la misma capacidad que se ordena a quien va a ser comerciante, porque el ser comerciante implica una profesión, una responsabilidad particular a la que acompañan también derechos y obligaciones también particulares, que no tiene el accionista. Por otra parte si de los socios colectivos pregonamos que no eran comerciantes, con mayor razón hay que decirlo de los accionistas que no arriesgan más que el valor de su acción. Es tan meridiana la situación y diferencias entre el uno y el otro que, sin ahondar más en el tema, damos por evidente como la primera parte del art. 11 del C. de C., que trata de la capacidad para ser comerciante, no rige para los accionistas.

220 - Creemos que tampoco la segunda, que hace relación a la capacidad para celebrar actos mercantiles, tiene aplicación en las sociedades anónimas, porque el ser accionista no es un acto de comercio. Sí puede llegar a serlo si se compran acciones, que son cosas muebles, con el ánimo de venderlas y especular con ellas (art. 20 Nº 1); inclusive si el movimiento de acciones es la profesión habitual de quien lo hace, éste se convierte en comerciante y entonces requiere la capacidad de tal. Pero esas son situaciones a las que se puede llegar y que son posibles, mas no obligatorias. Pero de un individuo que supongamos con sus ahorros compra una acción, con el fin de que la sociedad le pague dividendos y esta inversión le vaya creando paulatinamente una renta, no podemos decir que ejecuta un acto de comercio.

221 - Las acciones en las grandes sociedades anónimas actuales, son ante todo un medio cómodo y práctico de colocar capitales. Del accionista no podemos decir categóricamente que tiene "affectio societatis", porque él desconoce en la mayoría de las veces sus coasociados, e inclusive los reglamentos de la empresa; muy pocos de ellos concurren a las asambleas generales y sus voluntades no están demarcadas en los rigurosos moldes del clásico contrato; a ellos en definitiva sólo les importan las ventajas que pueden derivar de sus inversiones. De aquí ha nacido precisamente la tesis anticontractualista de la sociedad anónima, que considera a ésta como un organismo, como una institución, y la intermedia que afirma que del contrato nace un organismo.

222 - El Dr. W. Villa Uribe en uno de sus ensayos, acoge una doctrina de la Superintendencia de Sociedades Anónimas sobre la capacidad para ser accionista, y refuta una afirmación que la Superintendencia hace de paso en la misma doctrina, según la cual el acto de constitución de una sociedad anónima es un acto de comercio.

Dice así el profesor Villa Uribe: «...Celebrar el contrato de sociedad anónima en un acto de comercio, y en esta aseveración discrepo de la doctrina de la Superintendencia según la cual "el acto de constitución de una sociedad anónima no es un acto de comercio, sino un medio para celebrar posteriormente actos de comercio". En su afán de aceptar la posibilidad de que un menor puede formar una sociedad anónima, la Superintendencia se basa en una tesis errónea al decir que la celebración del contrato de sociedad anónima no es un acto de comercio, como si para celebrar un solo acto de comercio, fuera indispensable la capacidad legal de ejercicio que solamente se exige para las personas que en forma ordinaria y profesional se ocupan en la celebración de actos mercantiles (art. 9º). Finalmente, la Superintendencia olvida que la ejecución accidental de un negocio mercantil no convierte en comerciante a la persona que lo verifica (art. 10), lo cual implica necesariamente que tal persona no requiera en la celebración de ese acto aislado de comercio, la capacidad legal exigida para el comerciante profesional...» (*Revista Trimestral de Derecho Comercial* Nº 26-27, pág. 142).

223 - Nosotros, como ya lo hemos dicho, estamos de parte de la Superintendencia. Las consideraciones del profesor Villa Uribe en realidad no sobran; pero él ha pasado por alto un detalle que la Superintendencia ha tenido muy presente: es la última parte del art. 11 del C. de C. según el cual «Los que, con arreglo a las leyes, no quedan obligados en sus pactos y contratos, son inhábiles para celebrar actos comerciales». Cuando estudiamos esta disposición, hicimos notar cómo ella no ha sido analizada como por su importancia lo merece y dimos sobre tal precepto una cabal interpretación que no es del caso volver a traer y a cuyos apartes nos sujetamos.

224 - Mayores razones que las expuestas en las páginas anteriores, nos asisten ahora para inaplicar al accionista el art. 464 del C. de C. según el cual la capacidad para ser socio colectivo es la misma que se requiere para ser comerciante y el habilitado para comerciar necesita

serlo especialmente para celebrar el contrato de sociedad. Bástenos considerar cuán distinta es la posición del socio colectivo a la del accionista, para rechazar la pretensión de que la capacidad de ambos sea igual.

El Dr. Miguel Moreno Jaramillo en su obra *Sociedades* trae un concepto que no compartimos y asevera que: «Aun cuando el art. 551 del Código de Comercio no alude al 464 citado, creemos que éste se aplica también a compañías anónimas...» (Obra citada, tomo II, pág. 551).

225 - Las características propias de las sociedades colectivas y de las sociedades anónimas, rechazan semejante criterio. El legislador mismo lo ha comprendido, cuando en el art. 551 del C. de C. expresa que, «las disposiciones de los artículos 465, 468, 472, 473, 475, 476, 477, y 479, son aplicables a la sociedad anónima, en cuanto sean compatibles con la naturaleza de este contrato».

Aunque el ilustre profesor no ve inconveniente en agregar a la anterior enumeración de preceptos legales, el art. 464, para nosotros la omisión que de él hace, es índice inequívoco de la intención del código de inaplicar a las sociedades anónimas la citada disposición. Es que proyectar las reglas de las sociedades colectivas en las sociedades anónimas, es restarle importancia a las diferencias específicas entre las sociedades de personas y las sociedades de capital.

226 - Por todo lo dicho hasta aquí, hemos de concluir que las reglas que trae el Código de Comercio sobre la capacidad para ser comerciante, para ejecutar actos de comercio y para ser socio colectivo, por ser normas que sólo regulan casos especiales, no tienen efecto sobre quien constituye o entra después a formar parte como accionista en las compañías anónimas. Plena aplicación tienen en cambio los principios generales que da el Código Civil sobre capaces e incapaces. Aquellos podrán ser accionistas por sí mismos o por medio de mandatarios voluntarios, y éstos por intermedio de sus representantes legales. El estatuto sobre capacidad no sufre pues, en esta parte, alteración alguna.

Hay un hecho más, que no puede pasar inadvertido, concurdante con la conclusión a que hemos llegado, y es la costumbre que en el país ha existido sobre este asunto. Y no podemos olvidar que en el Derecho Comercial las costumbres tendrán la misma autoridad que la ley, siempre que no la contraríen expresa o tácitamente.

## SECCION CUARTA

## CAPACIDAD PARA SER SOCIO DE COMPAÑÍAS DE RESPONSABILIDAD LIMITADA

227 - Este ha sido uno de los puntos que más controversias ha suscitado entre los juristas nacionales. Para comprender mejor la cuestión empecemos por transcribir los artículos pertinentes de nuestra ley comercial.

Dice el art. 11 de la Ley 124 de 1937: «En lo no previsto en esta ley y en lo que guarden silencio los estatutos, las sociedades de responsabilidad limitada se regirán por las reglas establecidas para las sociedades colectivas de comercio». Y el art. 9º de la misma ley, expresa: «En las compañías de responsabilidad limitada se subentiende la estipulación de continuar con los herederos del socio difunto».

De los dos artículos transcritos y de la incidencia de los arts. 464 y 533 del C. de C. en el régimen de las sociedades de responsabilidad limitada, han surgido en el país dos grandes corrientes que sostienen tesis contrarias y cuyos argumentos expondremos en seguida.

228 - La primera, afirma, que los incapaces actuando por medio de sus representantes legales, pueden pertenecer a compañías de responsabilidad limitada. Sus argumentos son los siguientes:

a) El artículo 9º de la ley 124 al no distinguir entre herederos capaces e incapaces, los está comprendiendo a todos y por consiguiente a estos últimos no los puede excluir el intérprete.

b) Dentro de las facultades administrativas del padre de familia o del tutor o curador está la de formar parte de una sociedad de responsabilidad limitada a nombre de su hijo o pupilo, pues en tal acto el capital afectado es cierto y determinado. Resultaría además inconveniente para los intereses de los incapaces, el prohibirles en determinadas circunstancias ser socios en compañías de esta naturaleza.

Todos los anteriores considerando están extensamente tratados por los doctores: William Villa Uribe y Emilio Robledo Uribe en sendos artículos publicados en la *Revista Trimestral de Derecho Comercial*. Prohijan también estas tesis los profesores A. Zuleta Angel y José Gabino Pinzón.

229 - A pesar de la solidez de los argumentos precedentes, y del mérito incuestionable de quienes los exponen, nosotros nos arrimamos a la corriente contraria, que sostiene que los incapaces no pueden por medio de sus representantes legales ser socios en compañías de responsabilidad limitada, y que en este aspecto tienen plena vigencia los preceptos que regulan la capacidad en las sociedades colectivas de comercio, sin tener que distinguir en la calidad de los aportes de los socios incapaces, según sean muebles o inmuebles, como pretenden algunos.

Para un mejor orden en la exposición, consideramos primeramente la capacidad para constituir una sociedad de responsabilidad limitada, y a continuación la requerida para entrar a una ya formada.

230 - Regula la ley 124 de 1937 la capacidad para constituir una sociedad de responsabilidad limitada? De ninguna manera. Si esto pasa, y el art. 11 de la citada ley dice que en lo no previsto en ella regirán las reglas de las sociedades colectivas, es indudable entonces que para la constitución de una compañía de esta clase, es de imperiosa necesidad cumplir el art. 464 del C. de C., que dispone que sólo los capaces de comerciar son aptos para formar sociedades, que el habilitado de edad necesita de una segunda habilitación para hacerlo, y que los representantes legales no pueden formar sociedades colectivas por medio de sus representantes legales.

Se dirá que con esta interpretación se rompe el espíritu de la ley y la tradición legislativa de países extranjeros. No creemos lo primero y lo segundo poco importa; porque de la exposición de motivos de la ley 124 no se deduce que estas compañías se crearon con el ánimo de agrupar en ciertos casos intereses de incapaces. Allí solamente se dice "intereses de hijos", no hijos de familia, ni hijos menores. Bien pudo referirse, y esta es para nosotros la interpretación correcta, a hijos capaces o habilitados. En cuanto a lo segundo, aceptamos lo expresado de acuerdo con las citas numerosas que de autores extranjeros trae el Dr. Robledo Uribe en el artículo citado; mas es ingenuo pretender adaptar doctrinas y legislaciones foráneas cuando ellas van en detrimento de textos legales expresos. Tal procedimiento pugna contra una sana aplicación de la ley.

231 - Como de acuerdo con el art. 11 de la ley 124, en los casos no previstos en ella, antes de acudir al sistema de sociedades colectivas es necesario que sobre el punto guarden silencio los estatutos, algunos

podrán observar que el régimen de capacidad puede ser reglado por los estatutos de la compañía, diciéndose en ellos, por ejemplo, que los incapaces pueden entrar a la sociedad asistidos por sus representantes legales. A éstos, nosotros les argüimos que las normas de capacidad son de orden público y en ellas no juega ningún papel la voluntad de los contratantes. Los estatutos sólo pueden establecer reglas sobre otros puntos pero jamás pugnar contra aquellas. Si esto se aceptara, tendríamos entonces que una compañía podría disponer, v. gr. que los incapaces, menores, dementes, etc., comparecieran personalmente, sin representación alguna, lo que a todas luces sería aberrante.

232 - Una disposición que no ha sido estudiada por nuestros autores con el suficiente detenimiento, y que puede ser definitiva en el estudio actual, es el art. 2º de la ley 124. Dice en efecto este artículo: «Las sociedades de responsabilidad limitada, sean civiles o comerciales, se constituirán por escritura pública y con los demás requisitos indicados en el Código de Comercio para las sociedades colectivas...» En este precepto no se quiere decir solamente que las sociedades de responsabilidad limitada, civiles o mercantiles, están sujetas a idéntico régimen. Allí se expresa también, que deben llenarse todos los requisitos señalados en el Código de Comercio para las sociedades colectivas. Y al no distinguir entre las clases de requisitos, se entiende, además de los de forma, los de fondo de todo contrato, siendo la capacidad uno de ellos. Está pues claro que la misma ley 124 de 1937, está diciendo que en la formación de las sociedades de responsabilidad limitada, la capacidad se rige por las normas de la sociedad colectiva de comercio.

235 - Analizada la capacidad que se debe tener para constituir una sociedad de responsabilidad limitada, veamos la necesaria para entrar a una compañía ya formada. En este aspecto nuestra ley nos trae una observación, que no obstante su importancia, es de alguna oscuridad y se presta a muchas controversias.

234 - Qué quiso decir la ley al expresar que en las compañías de responsabilidad limitada, se subentiende la estipulación de continuar con los herederos del socio difunto? Para nosotros, es indudable que el legislador sólo tuvo en miras diferenciar lo que en este evento ocurre, entre las sociedades colectivas y las de responsabilidad limitada. Porque en las primeras en silencio de los estatutos y acaecida la muerte de uno de los socios, la sociedad se disuelve; en las segundas en cambio,

la ley presume la voluntad de continuar con los herederos del socio difunto.

Creemos que es ampliar demasiado las consecuencias de la ley 124 de 1937, decir que al no distinguirse en el art. 9º entre herederos mayores y menores, es porque se han de comprender a todos, siendo los últimos en tal caso asistidos por sus representantes legales. Se ha de continuar con los herederos del socio difunto cumpliendo el art. 11 de la ley 124 y consiguientemente el 533 del C. de C., siempre que los herederos sean capaces, o si no siéndolo, puedan ser habilitados; de otra manera la sociedad se disuelve. Dando otra interpretación al citado precepto, se patentiza el peligro de estudiar las disposiciones legales, sustrayéndolas, separándolas completamente del estatuto general del que hacen parte. Ellas tienen que ser entendidas relacionándolas unas con otras, de modo que formen un todo armónico.

235 - Con razón, ha dicho el Dr. Alfonso Restrepo Moreno: «... Si el art. 9º no contempla, como creemos nosotros, un caso general sometido a otras disposiciones especiales de la ley 124 y a las normas de la sociedad colectiva de comercio, habría que llegar a la conclusión inadmisibles de que si los herederos de un socio con los cuales habrá de continuar la sociedad, fueran muy numerosos, esta podría existir con más de veinte socios, a pesar de la prohibición del art. 5º....» (*Código de Sociedades y Comentarios*, tomo I, pág. 220).

236 - De todo esto algunos, formulando una tercera teoría, han querido diferenciar en las compañías de responsabilidad limitada la capacidad para constituirlas, de la capacidad para entrar a formar posteriormente parte de ellas como herederos de uno de los socios; dicen que en el primer caso sí rigen las disposiciones de la sociedad colectiva y en el segundo no, en atención a que el art. 9º no distingue entre herederos mayores y menores. Por idénticas razones a las ya sostenidas y a las que expondremos luego, no compartimos tales ideas.

237 - Hasta aquí hemos visto cómo las normas de las sociedades colectivas de comercio, imperan en la constitución de sociedades de responsabilidad limitada; cómo esas mismas reglas impiden en estas compañías la entrada de herederos incapaces. Toca ahora estudiar cómo sus mandatos se extienden al caso de personas incapaces que entran a sociedades ya constituídas, cuando no es el caso de muerte de uno de los socios.

Como la ley 124 tampoco ha previsto el caso, el art. 11 de la misma nos conduce inexorablemente a la capacidad para ser socio colectivo, al art. 464 del C. de C. Es que en éste, como en los casos de constitución y muerte de uno de los socios que deja herederos, la habilidad para celebrar sociedades de responsabilidad limitada se mide por la capacidad para comerciar. Los incapaces estarán entonces excluidos por más que actúen por intermedio de sus representantes legales, y los menores entre dieciocho y los veintiún años, aunque habilitados para comerciar, necesitan serlo especialmente para celebrar una sociedad.

238 - Pero es que todavía se nos ocurre otra cuestión: Si el art. 11 de la ley 124 no existiera, los incapaces podrían llegar a formar parte de sociedades de responsabilidad limitada? Aún así, creemos que no, por lo que a continuación exponemos:

Si del socio colectivo comprobamos, por los argumentos traídos a su debido tiempo, que no era comerciante por el solo hecho de ser socio, con mayor razón diremos lo mismo del socio de compañías de responsabilidad limitada mercantiles, que no responde solidariamente de las obligaciones sociales. Por este motivo, sería impropio exigir al socio de estas compañías la misma capacidad que necesita quien va a ser comerciante. Pero si es verdad que por este hecho no alcanza a ser un profesional del comercio, no es menos cierto que al constituir o al entrar después a sociedades de este género, sí ejecuta un acto de comercio, porque en este caso no operan las observaciones que hicimos cuando estudiamos las sociedades anónimas. Consiguientemente, al ejecutar un acto de comercio, habrá de todas maneras que cumplir con lo dispuesto en la última parte del art. 11 del C. de C., que interpretado fielmente prohíbe a los incapaces celebrar actos comerciales aun por intermedio de sus representantes legales (Ver. Nº 167).

239 - Teniendo en cuenta las determinaciones a que hemos llegado a la luz de las disposiciones de nuestras leyes mercantiles, y según las cuales la capacidad en las sociedades de responsabilidad limitada se rige por lo dispuesto para las colectivas de comercio, resulta inoficioso tratar si dentro de las facultades administrativas del padre de familia, tutor o curador, que se encuentran en el Código Civil, está la de formar parte de una sociedad de responsabilidad limitada a nombre de su hijo o pupilo. Muy terminante es a este respecto el artículo 1º del

C. de C. que expresa de manera definitiva que las disposiciones de este Código, rigen de preferencia en los asuntos mercantiles y se aplicarán exclusivamente siempre que resuelvan con claridad las cuestiones de comercio que se promuevan.

No encontrando más obstáculo que las rígidas disposiciones legales, para que los incapaces debidamente asistidos entren en sociedades de responsabilidad limitada, abogamos por que en el proyecto del Código de Comercio que se estudia, se rompan las barreras hasta ahora establecidas y se permita a los incapaces esta forma de asociación que tan pocos peligros conlleva, y que por el contrario, muchos beneficios les puede traer.

#### BIBLIOGRAFIA

- ALESSANDRI RODRIGUEZ ARTURO - *Derecho Civil*.  
 ARAMBURU MARIANO - *La Capacidad Civil*.  
 BARROS ERRAZURIZ ALFREDO - *Curso de Derecho Civil*.  
 BOLAFFIO LEON - *Curso General de Derecho Mercantil*.  
 COLIN A. y CAPITANT H. - *Curso elemental de Derecho Civil Chileno y Comparado*.  
 CHAMPEAU EDMOND y URIBE ANTONIO - *Tratado de Derecho Civil Colombiano*.  
 COMISION REVISORA - *Proyecto de Código de Comercio*.  
 DE DIEGO CLEMENTE - *Instituciones de Derecho Civil Español*.  
 ENNECERUS, KIPP, WOLF - *Tratado de Derecho Civil*.  
 ESCARRA EDUARD y RAULP JEAN - *Principios de Derecho Comercial*.  
 GARRIGES JOAQUIN - *Tratado de Derecho Mercantil*.  
 GAY DE MONTELLA R. - *Tratado Práctico de Sociedades Mercantiles*.  
 GOMEZ JOSE J. - *El nuevo Régimen de Bienes en el matrimonio*.  
 GONZALEZ GOMEZ EUDORO - *Las obligaciones en el Derecho Civil Colombiano*.  
 HAMEL M. - *Curso de Derecho Comercial*.  
 HURTADO AVELINO L. - *Voluntad Juridica y Capacidad*.  
 JOSSERAND LUIS - *Derecho Civil*.  
 LATORRE LUIS FELIPE - *El Estatuto de la Mujer casada*.  
 MORENO JARAMILLO MIGUEL - *Sociedades*.  
 PEREZ VIVES ALVARO - *Compraventa y Permuta en Derecho Colombiano*.  
 PALMA ROGERS GABRIEL - *Derecho Comercial*.

- PINZON JOSE G. - *Conferencias de Derecho Comercial*.  
 RESTREPO MORENO ALFONSO - *Código de Sociedades y Comentarios*.  
 ROCHA ANTONIO - *Conferencias de Derecho Comercial*.  
 SUPERINTENDENCIA DE S. A. - *Revista de la Superintendencia de S. A.*  
 VALENCIA ZEA ARTURO - *Curso de Derecho Civil Colombiano*.  
 VELEZ FERNANDO - *Estudio sobre el Derecho Civil Colombiano*.  
 VIVANTE CESAR - *Tratado de Derecho Mercantil*.  
 VILLA URIBE WILLIAM - *Revista Trimestral de Derecho Comercial*.  
 ZULETA ANGEL ALBERTO - *Conferencias de Derecho Mercantil*.  
 CORTE SUPREMA DE JUSTICIA - *Gaceta Judicial*.

