

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

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

X Programa Analítico de De-
recho Mercantil. _____



_____ (Continuación)

ÁREA HISTÓRICA
DEL CENTRO DE INFORMACIÓN INTEGRAL

PROGRAMA

ARTICULO 6º.

64. La capacidad para contratar. 65. Las incapacidades legales. 66. Incapacidades absolutas. 67. Incapacidades relativas. 68. Incapacidades particulares. 69. Personas que pueden ejercer el comercio. 70. ¿Pueden los incapaces ejercer el comercio por medio de sus representantes?

ARTICULO 7º.

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

ARTICULO 8º.

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

LIBRO PRIMERO

De los Comerciantes y Agentes de Comercio



TÍTULO I DE LOS COMERCIANTES

SECCION I

De las personas capaces para ejercer el comercio

ARTICULO 6º.

Toda persona que, según las disposiciones del Código Civil, tiene capacidad para contratar, la tiene igualmente para ejercer el comercio.

REFERENCIAS

Código de Comercio.—Arts. 2º, 7º, 8º, 9º, 10, 12, 14, 18, 19, 76, 115, 268, 950, 952, 1.070.

Código Civil.—Arts. 92, 131, 154, 240, 380, 428, 429, 431, 445, 458, 534, 1.435, 1.436, 1.437.

Código de Enjuiciamiento Civil.—Art. 598.

Código Penal.—Art. 43.

CONCORDANCIAS

Código de 1882.—Art. 6°. Toda persona que según las disposiciones del Código Civil tiene capacidad para contratar, la tiene igualmente para ejercer el comercio.

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

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

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

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

COMENTARIO

64.—*La capacidad para contratar.* Las relaciones jurídicas derivadas de un contrato se concretan en la obligación de dar, hacer o no hacer algo, obligación contraída por una persona a favor de otra, o contraída por las dos en beneficio recíproco. De donde se sigue que un contrato significa

vinculación de dos o más personas, o sujeción mutua de ellas, a lo acordado y dispuesto en la norma constituida por la estipulación. Es de sentido común que una persona no ha de limitar con ese vínculo o sujeción la libertad de sus acciones, sino luego de meditar y prever el provecho o conveniencia que con ello ha de obtener. Si esto es así, hay exigencia de equidad de que las personas que realicen un contrato se hallen en iguales condiciones de discernimiento. No ha menester expresar razones para afirmar que la relación jurídica contractual, debe nacer de la libre voluntad de las partes y del justo y no errado aprecio que éstas hagan del objeto de aquélla y de sus consecuencias. De todo lo cual se obtiene como conclusión la regla de que un contrato no es jurídicamente válido si en los sujetos no ha habido libertad, voluntad y conocimiento. El concurso de estos elementos en una persona, relacionados con la edad o estado fisiológico, produce, en dicha persona, la llamada capacidad jurídica para contratar.

65.—*Las incapacidades legales.* En una de las anteriores proposiciones de este Programa, afirmamos que la ley, en su función de tutela individual, y convirtiendo en norma obligatoria las exigencias de equidad que antes recordábamos, manda que no tengan valor los actos jurídicos realizados por personas faltas de capacidad. Era preciso, por necesidad de sistema, y para mayor claridad de las normas legales, que la ley puntualizara o determinara qué personas eran capaces y cuáles incapaces. Y es efectivamente lo que ella ha hecho en los artículos 1.436 y 1.437 del Código Civil, a los que se refiere el artículo 6º. del Código de Comercio.

La regla general, establecida por el Derecho Civil, es la de que toda persona tiene capacidad, excepto las que la ley declara incapaces. La igualdad ante el Derecho y la ausencia de privilegios individuales, características de las modernas instituciones jurídicas, son el fundamento de esa regla general, que no requiere de mayor estudio para comprenderla. De él necesitan las excepciones, ya para justificar su existencia, ya para conocer sus efectos en las relaciones jurídicas.

66.—*Incapacidades absolutas.* Tres son las clases de incapacidad establecidas por el artículo 1.437 del Código Civil: absolutas, relativas y particulares. La primera clase comprende a los dementes, los impúberes y los sordo-mudos que no pueden darse a entender por escrito.

Los dementes, en razón del estado anormal de sus facultades psíquicas, no disponen de ninguno de los elementos subjetivos que son necesarios para que una declaración de voluntad produzcan obligaciones y, por tanto, es por demás justificada la incapacidad legal que a ellos se refiere. Los actos jurídicos realizados por una persona en estado de demencia, son nulos, con nulidad absoluta, según lo dispone el inciso segundo del artículo 1.672 del Código Civil. Pero es preciso distinguir los casos. Por las disposiciones del artículo 454 de dicho Código, todos los actos del demente están afectados de nulidad absoluta si han sido practicados con posterioridad a la sentencia de interdicción, pero los realizados con anterioridad a ésta son válidos, excepto si se demuestra que los verificó cuando estuvo en estado de demencia.

La incapacidad de los impúberes se basa en que sus facultades intelectuales no han alcanzado aún el suficiente grado de desarrollo que demanda el conocimiento y aprecio de la situación en que una persona se coloca al vincularse jurídicamente a otra. Los actos de los impúberes adolecen, también, de nulidad absoluta.

La presunción, demasiado verosímil, de que no pueden entender, por la anormalidad de sus órganos auditivos, y el hecho de que no es posible entenderles, por su carencia de la facultad de emitir la palabra hablada, son los fundamentos de la incapacidad de los sordo-mudos que no pueden expresar sus ideas por escrito. Es, así mismo, absoluta la nulidad de los actos de esta clase de incapaces. Según el artículo 1.673 del Código Civil, la nulidad absoluta no puede sanearse por la ratificación de las partes, ni por un lapso que sea inferior a treinta años. En lo que respecta a la nulidad de los actos de los dementes e impúberes, dadas las razones que justifican la incapacidad de éstos, no hay observación que hacer a las disposiciones del citado artículo. Pero en el caso de los sordo-mudos, creemos que ellas deberían haber hecho una distinción. Si un sordo-mudo, mayor de edad, sirviéndose de la mímica, interviene en un contrato, y, con posterioridad a la celebración de éste, aprende a escribir, ¿por qué no puede entonces ratificar y validar ese contrato? La nulidad de los actos de los absolutamente incapaces, se ha establecido en consideración y en beneficio de de éstos, y en atención a la falta de los elementos subjetivos necesarios a la validez jurídica de tales actos. Si desapare-

sen estas razones en algún caso dado, como en el propuesto, no hallamos motivos por los cuales no se pueda sanear la nulidad por medio de la ratificación.

67.—*Incapacidades relativas.* Las incapacidades relativas encuéntranse establecidas en el inciso tercero del mencionado artículo 1.437 del Código Civil. Cinco son estas incapacidades: la de los menores adultos, de los disipadores que se hallan bajo interdicción de administrar lo suyo, de las mujeres casadas, de los religiosos y de las personas jurídicas.

Son incapaces los menores adultos porque, atendiendo a su corta edad, se estima que su discernimiento no tiene el pleno desarrollo requerido para una beneficiosa actuación en derecho. A cualquiera se le alcanza que las razones que justifican esta incapacidad, son meramente circunstanciales y que, por lo mismo, pueden desaparecer en muchos casos. La fijación de veintiún años como la edad en que un individuo ha alcanzado la plenitud en el desenvolvimiento de sus facultades intelectuales, si bien se basa en cálculos fisiológicos, más o menos aceptables, debida a procedimientos inductivos, no es ello razón para afirmar que solamente a esa edad se produce aquella plenitud en todos los individuos. Dicha fijación se debe, pues, más la imposibilidad de una determinación particular en cada caso, que a certidumbres axiomáticas al respecto. De donde se sigue que la incapacidad que afecta a los menores adultos, puede modificarse cuando éstos han dado claras muestras de aptitud para los negocios. Mas, esto es materia del estudio de otros artículos del Código de Comercio, y de ellas nos ocuparemos cuando nos corresponda tratar de tales artículos. Los actos de los menores adultos son nulos, pero sólo con nulidad relativa, que puede sanearse con la ratificación.

Los motivos en que se funda la incapacidad de los que están en interdicción por disipación, son bastante claros. La prodigalidad, la dilapidación, el derroche, etc., son signos más que suficientes que demuestran que quien los practica es inhábil para una administración correcta y provechosa de sus bienes, y que, por tanto, necesita de otra persona que tome a su cargo esta administración.

Por conveniencia de la sociedad conyugal, y habiendo atribuido al marido la administración de la misma, la ley ha creído bien establecer sujeción de la mujer al marido. La incapacidad de la mujer casada se debe, por consiguiente, a

su falta de independencia. Las razones que explican esta clase de incapacidad son también circunstanciales, y derivadas del aprecio, hasta cierto punto arbitrario, de la situación de los cónyuges en el hogar. Motivos son éstos por los cuales las legislaciones tienden, cada vez más, a atenuar la rigidez de las reglas referentes a la incapacidad de la mujer casada. Hoy mismo, entre nosotros, ella puede fácilmente readquirir su capacidad jurídica, ya por medio de la separación, ya por medio de la exclusión de bienes.

Los religiosos están afectados de incapacidad por ser muertos civilmente. Sabido es que la «muerte civil» consiste en la terminación de la personalidad con referencia a la administración y disposición de bienes, y que es consecuencia de la profesión religiosa hecha con las solemnidades legales en instituto monástico católico. Hay quienes afirman, entre ellos Víctor Manuel Peñaherrera en sus «Lecciones de Derecho Práctico Civil y Penal» (Tomo Segundo, prop. 247), que la institución de la muerte civil hállese derogada tácitamente. Muy atendibles son los argumentos que sostienen esa afirmación, pero la muerte civil sigue en nuestro Derecho positivo, y sobre todo en la práctica, produciendo todos sus efectos jurídicos. De admitirse la subsistencia de esta institución, creemos que la incapacidad establecida por ella para los religiosos, más tiene los caracteres de absoluta que de relativa, o, mejor dicho, más puede asimilarse a aquélla que a ésta. En efecto, para lo concerniente a los elementos necesarios a la validez de los actos jurídicos, y en referencia especial al sujeto de la relación, ¿no es más apreciable la personalidad *incompleta* del impúber que la personalidad *desaparecida* del religioso? Sin embargo, la legislación civil clasifica la incapacidad del religioso entre las relativas, y, de acuerdo con lo dispuesto por el inciso tercero del artículo 1.437 del Código Civil, los actos de aquél «pueden tener valor en ciertas circunstancias y bajo ciertos respectos determinados por las leyes». No sabemos cuáles sean esas circunstancias ni cuáles esos respectos, pues no se los encuentra en parte alguna del Código.

Si en un acto o contrato hay pluralidad de sujetos activos o pasivos, se producen tantas relaciones jurídicas cuantos sean los sujetos activos o pasivos que intervengan. La nulidad de alguna de ellas, por causa de alguno de los sujetos, en nada afecta a la validez de las demás. De lo que se

desprende que esas relaciones jurídicas son independientes unas de otras, aunque formen parte de un mismo contrato. La persona jurídica, entidad colectiva y no individual, no puede, por sí misma, ser sujeto *único* de un contrato. Si en éste intervienen los miembros que la componen, habrá tantos sujetos cuantos sean esos miembros, con un número igual de relaciones, y, lo que es más, el contrato no podría considerarse como celebrado por la persona jurídica, sino por dichos miembros, ya que es sabido que ella es distinta de los individuos que la componen. Hay, pues, verdadera imposibilidad físico-jurídica, por así decirlo, de que una entidad colectiva, como sujeto *único*, pueda hacer declaraciones de voluntad. Es en esa imposibilidad en que se funda la incapacidad de las personas jurídicas para actuar en derecho directamente. Sólo pueden hacerlo por medio de sus representantes.

68.—*Incapacidades particulares.* «Además de estas incapacidades, dice el inciso cuarto del artículo 1.437 del Código Civil, hay otras particulares, que consisten en la prohibición que la ley ha impuesto a ciertas personas para ejecutar ciertos actos». De donde se infiere que el concepto de incapacidad es tan amplio en el Código, que quizá él se confunde con la situación en que se hallan todas las personas con respecto a las leyes llamadas prohibitivas. De ser esto así, podría formularse el siguiente principio: Toda persona es incapaz para realizar los actos prohibidos por la ley. No creemos que ello sea el contenido propio de la institución de la incapacidad, ya que el mismo Código, en el último inciso del artículo 1.435, nos da la verdadera noción de ella: «La capacidad legal de una persona consiste en poderse obligar por sí misma, y sin el ministerio o la autorización de otra». De modo que será incapaz todo aquel que no pueda obligarse por sí mismo, sino con el ministerio o la autorización de otra persona. La nulidad de los actos prohibidos por la ley, no proviene de la incapacidad del sujeto, derivada de la prohibición, sino de lo ilícito de la causa o del objeto de dichos actos. Lo cual es tan verdadero que el mentado artículo 1.435 del propio Código, distingue muy bien, en sus numerales primero, tercero y cuarto, los elementos necesarios para la validez de las declaraciones de voluntad, diferenciando la capacidad legal de lo ilícito de la causa y del objeto. De atenernos a las disposiciones del inciso cuarto del artículo 1.437 del susodicho Código, deberíamos aseverar que son incapaces

el marido para disponer de los bienes de su mujer, el padre para enajenar o hipotecar libremente los bienes de sus hijos, el curador para casarse con su pupila sin previa aprobación judicial de la administración de la curaduría, y otras muchas personas en muchos otros casos en que la ley prohíbe a *ciertos individuos* ejecutar *ciertos actos*. A nuestro entender, las incapacidades particulares deben referirse a las del fallido, del quebrado y de los condenados a penas criminales, incapacidades establecidas por los Códigos de Enjuiciamiento Civil, de Comercio y Penal, en los artículos que a continuación transcribimos.

Artículo 598 del Código de Enjuiciamiento Civil: «Por el hecho de declararse formado el concurso, queda el fallido inhabilitado para la administración de todos sus bienes, para disponer de ellos, y para contraer, sobre los mismos, nuevas obligaciones. Dicha administración pasa de derecho a la masa de acreedores, representada por el síndico, con quien se seguirá todo juicio civil relativo a los bienes del fallido; sin perjuicio de que éste sea oído, cuando el juez o tribunal lo crean conveniente».

«Pero el fallido puede ejercer, por sí mismo, todas las acciones que se refieran exclusivamente a su persona, o que tenga por objeto derechos inherentes a ella».

Artículo 950 del Código de Comercio: «Por el hecho de ser declarado un comerciante en estado de quiebra, queda inhabilitado para la administración de todos sus bienes, para disponer de ellos y para contraer sobre ellos nuevas obligaciones».

«El deshacimeinto de los bienes futuros adquiridos a título gratuito, no perjudica a la responsabilidad que los afecte por las cargas y condiciones con que hayan sido transmitidos al fallido, ni tampoco a los acreedores hereditarios».

«La administración de los bienes que el fallido adquiera a título oneroso, podrá ser sometida a la intervención de los síndicos, pero los acreedores sólo tendrán derecho a los beneficios líquidos, dejando al fallido lo preciso para sus alimentos».

«Los frutos que pertenezcan al padre, de los bienes de los hijos, y los de la mujer no separada de bienes, corresponden a la masa concursada, después de deducir los gastos de producción y el monto de las cargas legales o convencionales que los graven».

Artículo 951: «La administración de que es privado el fallido pasa de derecho a la masa de acreedores, representada por los síndicos. Con éstos se seguirá todo juicio civil relativo a los bienes del fallido, sin perjuicio de que éste sea oído, cuando el juez o tribunal lo creyere conveniente».

«Pero el fallido puede ejercitar por sí mismo todas las acciones que exclusivamente se refieran a su persona, o que tengan por objeto derechos inherentes a ella».

Artículo 43 del Código Penal: «Toda condena a reclusión mayor ordinaria o extraordinaria, o a reclusión menor extraordinaria, lleva consigo la interdicción del reo, mientras dure la pena; interdicción que surte efecto desde que la sentencia cause ejecutoria. La interdicción priva al condenado de la capacidad de disponer de sus bienes, a no ser por acto testamentario».

«Los condenados a reclusión menor ordinaria, en el caso de reincidencia, o en el de concurrencia de varios crímenes, quedarán también sujetos a interdicción».

Si bien se mira, las incapacidades establecidas por estos artículos, deberían estar, en el Código Civil, comprendidas en las calificadas de relativas, con las que no tienen diferencias fundamentales, y sí, más bien, guardan con ellos notables similitudes, sobre todo con la que concierne a los disipadores que se hallan bajo interdicción de administrar lo suyo.

La naturaleza misma del concurso y de la quiebra justifica sobradamente las incapacidades referentes a los fallidos y a los quebrados. Si todos los bienes de éstos, para el efecto del pago a sus acreedores, dejan de estar a su disposición y pasan a la del juez, es claro que ya no tienen sobre qué ejercitar la capacidad jurídica administrativa. Y si con tales bienes no han podido cumplir con las obligaciones contraídas, menos han de cumplir con otras nuevas; con más que éstas, si se las permitiera, significarían perjuicios tanto para los acreedores de las primeras como para los de las últimas. Tienen de particular estas incapacidades que son establecidas, no como las absolutas y relativas en beneficio y en consideración de los incapaces, sino en guarda de los intereses de terceros. En cuanto a la incapacidad de los condenados a alguna de las penas criminales contempladas por el artículo 43 del Código Penal, podría darse varias razones explicativas. O se estima que ella forma parte integrante de la pena misma, o responde a las ideas dominantes en el Derecho romano sobre

la disminución o pérdida de los atributos jurídicos propios de la personalidad. La máxima, la media y la mínima disminución de cabeza, producían entre los romanos el desaparecimiento, en un individuo, de los derechos de la libertad, de la ciudad y de la familia. La pérdida de los primeros comprendía por modo necesario la de los últimos. Así, podríamos decir que aquél que es condenado a pena de reclusión, pierde la libertad, con ella la ciudadanía y, además, los derechos de actuar por sí mismo en las relaciones económicas y de familia.

69.—*Personas que pueden ejercer el comercio.* Toda persona que tiene capacidad para contratar, tiene capacidad para ejercer el comercio. Es la regla general establecida por la ley en lo que respecta a la habilidad jurídica de los sujetos para el ejercicio del comercio. Dijimos en una de las proposiciones anteriores, que el significado de «comerciar» se confundía, en cierto aspecto, con el de «contratar»; porque la actividad comercial implica la mediación y el cambio, y éstos, por modo necesario, llevan en sí la contratación. Estas razones explican perfectamente los términos en que está concebido el artículo 6º. del Código de Comercio. Si la regla general es de que toda persona capaz para contratar, lo es para ejercer el comercio, la inversa es la regla de las excepciones: no puede ejercer el comercio la persona que no tiene capacidad para contratar. Y como el Código de Comercio se refiere al Civil en todo lo relativo a la capacidad, tenemos que concluir que toda persona afectada de incapacidad absoluta, relativa o particular, es inhábil para ser sujeto de las relaciones jurídico-mercantiles, salvo las modificaciones establecidas por los artículos 8º. y siguientes del Código de Comercio.

70.—*¿Pueden los incapaces ejercer el comercio por medio de sus representantes?* Si los incapaces, por sí mismos, no pueden ejercer el tráfico, ¿podrán hacerlo por medio de sus representantes legales, o, mejor dicho, éstos, en virtud de la administración de bienes que les corresponde, podrán ejercer el comercio a nombre de sus representados? Para una acertada respuesta a esta compleja interrogación, es preciso dividir y distinguir los casos. Ante todo, es necesario advertir que el ejercicio del comercio puede ser eventual y habitual. En lo que respecta al primero, no hay problema, ya que nada se opone a que el padre, marido o curador, en la administración de bienes de sus representados, realicen ocasionalmente actos

mercantiles, sean subjetivos u objetivos. Cuando el problema reviste complicaciones, dificultades y dudas, es al considerar el ejercicio habitual del comercio por parte de los representantes de los incapaces. Para un mejor y más sistemático estudio de tal problema, vamos a seguir el orden que el Código Civil emplea en la clasificación de las incapacidades.

Incapacidades absolutas. Los absolutamente incapaces, en observancia de las leyes respectivas, deben encontrarse necesariamente en una de estas tres situaciones: o bajo patria potestad, o potestad marital, o tutela o curaduría.

Tres son, por lo común, los derechos que constituyen la patria potestad: los de representación, de administración y de usufructo. El término «administración» tiene por significado el conjunto de actos o gestiones inteligentes y ordenadas, cuyo objeto es la conservación y acrecentamiento de un patrimonio. Cuando la ley no especifica los actos y gestiones que debe realizar el administrador en la administración de bienes ajenos, se comprende que deja el arbitrio de éste la elección y empleo de los medios que le parezcan los más adecuados y mejores para la obtención de las finalidades propias de la administración. Es lo que acontece con la que corresponde a los que ejercen la patria potestad. Dicha administración no está limitada por la ley a determinados actos. Y siendo esto así, parece que no hay razón alguna para que el padre, o la madre, en su caso, concreten en el ejercicio del comercio habitual la administración de los bienes pertenecientes al peculio adventicio ordinario de sus hijos. Opónense a esto quienes afirman que el régimen de previsión y seguridad a que están sujetos los bienes de los incapaces, según el Código Civil, no es compatible con lo aleatorio, lo incierto y aventurado del éxito, características de los negocios del comercio. Para nuestro criterio, en todas las industrias el éxito tiene mucho de incierto y aventurado, lo que se atenúa con la sagacidad y cuidado de los que las ejercen. De admitirse sin reservas el referido argumento, tendríamos que afirmar, por fuerza de lógica, que el padre o la madre no pueden emplear los bienes de sus hijos en ninguna industria ni en inversión alguna sujeta a riesgos, con lo cual la administración de la patria potestad quedaría reducida a mera custodia o conservación improductiva de dichos bienes. Los sentimientos afectivos de los padres a los hijos, y aún el propio interés de aquellos por el usufructo de que gozan

en los bienes que forman el peculio adventicio ordinario de éstos, hace presumir fundadamente que los tales padres han de poner toda su habilidad y diligencia para evitar los riesgos a que estén expuestos los bienes de sus hijos, y procurar el acrecentamiento de ellos, cualquiera que sea el empleo al que los destinen. No habiendo, como no hay, ni en el Código Civil, ni en el de Comercio, disposición legal que prohíba a los padres dedicar al comercio habitual los bienes de sus hijos, y no siendo muy aceptables, para nosotros, y para este caso, las razones en contrario, creemos que las personas afectadas de incapacidad absoluta, bien pueden ejercer habitualmente el comercio representadas por sus padres. Lo que sí hay es que, como los padres no pueden disponer libremente de todos los bienes de sus hijos, y en virtud de sus derechos de usufructo están obligados a conservar la forma y la substancia de las cosas no fungibles para restituir las en especie a sus dueños (art. 751 del Código Civil), y como el comercio implica necesariamente disposición de los bienes sobre los que él recae, no podrán dichos padres dedicar al tráfico sino las cosas fungibles pertenecientes a sus hijos, o las no fungibles, pero convertidas antes en fungibles, por medio de la venta de esas cosas, previa autorización judicial con conocimiento de causa. Demás estará advertir que los padres podrán ejercer el comercio habitual a nombre de sus hijos, sólo cuando se hallen en goce de los derechos de representación y administración de la patria potestad. Tampoco será menester razonar para comprender que ciertas consecuencias del ejercicio habitual del comercio, como las sanciones penales en caso de quiebra culpable o fraudulenta, en ningún caso tendrían que sufrirlas los hijos sino los padres, no sólo en virtud de sencillas y claras reglas doctrinarias al respecto sino por mandato del artículo 5º. del Decreto reformativo al Código de Comercio promulgado en noviembre de 1909, que dice: «Por los fraudes, abusos o vías de hecho que se cometan a nombre de Compañías u otras personas naturales o jurídicas, serán personal y solidariamente responsables: 1º. Quienes los ordenaren o ejecutaren, sin perjuicio de la responsabilidad que a las dichas personas pueda afectar».

Personas absolutamente incapaces que se hallen bajo potestad marital, no pueden encontrarse otras que las mujeres casadas enfermas de demencia después del matrimonio, y las

mujeres casadas sordo-mudas que no pueden darse a entender por escrito. Aunque el inciso segundo del artículo 1.437 del Código Civil, dispone que los actos de los absolutamente incapaces no surtan ni aun obligaciones naturales, creemos que los sordo-mudos pueden contraer matrimonio, ya que no están comprendidos en la enumeración que, el artículo 3º. de la Ley de Matrimonio Civil, hace de las personas a quienes es prohibido contraerlo. La demencia y la sordo-mudez de la mujer casada, alteran los derechos de la potestad marital. Dice el artículo 328 del Código Civil, que deben estar bajo tutela o curatela tan sólo los que no se hallen bajo potestad de padre, madre o marido. A pesar de esta disposición, los artículos 451 y 459 del mismo Código dan a entender claramente que la mujer casada demente o sordo-muda, deben estar bajo curatela. ¿Es una contradicción del Código? No; porque el contenido del artículo 328 forma una regla general, pero no absoluta, que no obsta a la existencia de excepciones. En consideración al estado fisiológico anormal de la mujer casada demente o sordo muda, quiso el legislador, seguramente, que sus bienes estuvieran mejor garantizados, haciendo que el marido tomara el carácter de curador y, por lo mismo, adquiriera todas las obligaciones y responsabilidades propias de tal cargo. De modo que el marido de mujer demente o sordo-muda, no tiene la representación de su mujer ni la administración de los bienes de ésta en virtud de los derechos de la potestad marital, sino debido a su cargo de curador. A continuación estudiamos el problema del ejercicio habitual del tráfico en referencia a los curadores; por tanto, remitimos la solución del caso materia de este párrafo, al que es cuestión del párrafo siguiente.

Acentúanse las dificultades y dudas en la investigación por saber si los incapaces absolutos pueden ejercer el comercio habitual representados por sus curadores. En este caso, la argumentación que sostiene la negativa, fundada en el régimen de seguridad y previsión a que están sujetos los bienes pupílares, como contrapuesto al carácter aventurado del comercio, toma mayor energía convincente, y se debilitan las razones que sustentan la afirmativa. El artículo 381 del Código Civil, especifica los actos que deben practicarse en la administración de la guarda: «El tutor o curador administran los bienes del pupilo, y están obligados a la conservación de éstos bienes y a su reparación y cultivo.—Su responsabilidad

se extiende hasta la culpa leve inclusive». Podría creerse que a la palabra «cultivo» debiera darse el significado de «incremento». Pero ni las acepciones etimológicas ni las figuradas de dicha palabra corresponden a tal significación. Hay, pues, que entenderla como referida a las actividades agrícolas. Por tanto, será obligación del curador laborar los predios agrarios y conservar y reparar los demás bienes del pupilo. Con todo, es claro que, por extenderse su responsabilidad hasta la culpa leve inclusive, estará también obligado a ejecutar todos aquellos actos que signifiquen esa usual actividad productiva, ordinaria e intrascendente, como es la de dar en arriendo, por ejemplo, los edificios que el pupilo no los requiera para habitarlos. Además del artículo transcrito, se encuentra en el Código Civil el 396, que dice: «El tutor o curador deberán prestar el dinero ocioso del pupilo con las mejores seguridades, al interés corriente que se obtenga con ellas en la plaza.—Pero si lo estimaren preferible, podrán emplearlo en la adquisición de bienes raíces». Y aunque bien pudiera decirse que el dinero empleado en una industria no sería dinero ocioso, parece mejor y más de acuerdo con el espíritu que informa la institución legal de la curaduría, la interpretación de que el legislador quiso que los capitales monetarios del pupilo no se emplearan en otra cosa que en darlos a interés con las mejores seguridades, o en invertirlos en la compra de bienes raíces. Si, pues, la ley limita la administración de la curaduría a los actos de conservación, reparación y cultivo, ninguno de los cuales guarda identidad ni similitud con los que son propios del tráfico, es preciso convenir en que el tutor o curador no pueden ejercer habitualmente el comercio en representación de sus pupilos. Pero puede suceder que los bienes de éstos consistan en establecimientos de comercio, o exista uno de éstos entre aquéllos. En este caso, según opinión generalmente aceptada por los tratadistas, los tutores o curadores no sólo pueden, sino deben ejercer el comercio a nombre de sus pupilos, en virtud de su obligación de *conservar* los bienes de éstos. Así, pues, lo que no pueden los tutores o curadores es *iniciar* el giro mercantil, pero deben *continuarlo* cuando ha preexistido al discernimiento de la tutela o curaduría.

Incapacidades relativas.—Los menores adultos deben hallarse bajo patria potestad o curatela. No tratamos, por el momento, de indagar su aptitud para ejercer la profesión de

comerciantes valiéndose de la autorización de sus padres o curadores, que esto es materia del estudio de los artículos 9, 10 y 11 del Código de Comercio, sino de saber si sus representantes pueden ejercer, a su nombre, dicha profesión. En los párrafos anteriores, al analizar el problema en referencia a las personas afectadas de incapacidad absoluta, manifestamos nuestra opinión, que es la misma que tenemos para el presente caso, ya que éste con los anteriores no difiere en nada. Por tanto, y sintetizando esa opinión, diremos que, a nuestro juicio, el padre o la madre, en uso de los derechos de la patria potestad, pueden ejercer habitualmente el comercio en representación de sus hijos, pero no los curadores en representación de sus pupilos, a menos que los bienes de éstos consistan en establecimientos de comercio.

Los disipadores que se hallan bajo interdicción de administrar lo suyo, deben estar bajo curatela. De consiguiente, la solución de este caso es la misma que la propuesta para todos los casos de curaduría.

Los artículos 129 y 1.739 del Código Civil, confieren al marido la libre administración de los bienes de su mujer. Consecuentes con los razonamientos que dejamos expuestos sobre lo que debe entenderse, y hasta donde debe extenderse la administración, cuando la ley no la limita a determinados actos, juzgamos que el marido puede muy bien ejercer el tráfico a nombre de su mujer, siempre que ésta no se halle separada o excluida de bienes.

Los religiosos, en virtud del renunciamiento de todos los derechos de propiedad que implica su profesión solemne en instituto monásto católico, y dada la terminación de su personalidad respecto a la actividad jurídico-económica, consecuencia canónica y legal de la llamada muerte civil, los religiosos, decimos, no pueden, ni por sí, ni por representación o autorización de persona alguna, celebrar ningún contrato. En consecuencia, los religiosos carecen totalmente de la facultad de ejercer el comercio, accidental o habitual, directa o mediatamente.

Las personas jurídicas, entidades capaces de ejercer derechos y contraer obligaciones por medio de sus respectivos representantes, son de dos especies, según el Código Civil: corporaciones y fundaciones de beneficencia pública. Las finalidades filantrópicas de estas últimas están muy de manifiesto, por la misma frase que las califica. Las de las prime-

ras, no es posible englobarlas, por su número y variedad, en una sintética clasificación: pueden ser ellas políticas, artísticas, culturales, deportivas, etc. Es indudable que una fundación o corporación, al tomar como finalidad el ejercicio de alguna industria, dejaría de ser de las personas jurídicas de que trata el Título XXXII del Libro I del Código Civil, y se convertiría en sociedad industrial. El problema radica en saber si dichas personas pueden dedicarse al comercio habitual, sin perder sus características de fundaciones o corporaciones, y si la solución es afirmativa, averiguar si toman o no la calidad de comerciantes. La incapacidad relativa de las personas jurídicas, se basa, no en inhabilidad motivada por causas fisiológicas ni por deficiencias volitivas, sino en el hecho de ser entidades colectivas cuyos atributos jurídicos son independientes y diversos de los de las personas individuales que las constituyen. Por tanto, dichas personas jurídicas, pueden muy bien, por medio de sus representantes, ser sujetos de toda clase de actuaciones en derecho. Y siendo esto así, no hay razones legales ni doctrinarias que se opongan a que una persona jurídica, debidamente representada, se dedique al ejercicio habitual del comercio. Ahora bien, si tal hace ¿pierde su calidad de fundación o corporación y adquiere la de comerciante? La finalidad es el elemento determinante que fija el carácter de una colectividad. Si una persona jurídica tiene por fin la realización de actos de beneficencia o de cultura, es claro que poco importa, para su caracterización, la clase de medios de que se sirva para el conseguimiento de ese fin. Y si entre esos medios está el del ejercicio habitual del comercio, no por esto perderá su calidad de fundación de beneficencia o de corporación cultural. Mas, como para terceros, en relaciones mercantiles con aquella persona jurídica, nada significan las finalidades últimas de ésta, sino la actual actuación de comercio de que ella es sujeto, hay que admitir, para el efecto de todos los derechos y obligaciones establecidos por la ley mercantil, de que la tal persona jurídica toma la calidad de comerciante. Idéntico sería el caso de una persona individual que tenga varias profesiones, ligadas entre sí en relación de medio a fin en lo que respecta a las determinaciones de su fuero interno, como por ejemplo, el de aquel que ejerce el comercio con el objeto de obtener utilidades que le permitan dedicarse a investigaciones arqueológicas. No porque la una profesión esté supeditada a la otra, se ha de decir de esa perso-

na que no tiene la calidad de comerciante o la de arqueólogo: tendrá las dos calidades a la vez. Así también las personas jurídicas que se dedican al ejercicio profesional del comercio, como medio para la consecución de sus finalidades estatutarias, adquieren la calidad de comerciantes, sin que por esto se pueda afirmar que pierden su calidad de corporaciones o fundaciones.

El problema reviste mayor interés cuando se refiere a personas jurídicas de derecho público; v. gr., el Estado. ¿Puede éste ejercer el comercio y tomar la calidad de comerciante? Que el Estado pueda ejercer el comercio, es algo que no se puede poner en duda, ya que él es persona con todos los atributos requeridos para proceder en cualquier forma de derecho. De ser consecuentes con el razonamiento constante en el párrafo anterior, deberíamos decir que el Estado, cuando ejerce habitualmente el comercio, adquiere la calidad de comerciante. Mas, a ello se oponen las características peculiares del Estado. Repugna que éste pueda estar sujeto a algunas consecuencias propias de aquella calidad, como es la quiebra, por ejemplo. Y, sobre todo, la naturaleza del Estado es de tal género, que no se compadecen con ella los elementos constitutivos de una profesión cualquiera. A poco que el Estado tome el papel de sujeto activo de una industria, pierde ésta el rol ordinario que desempeña en la fenomenología económica social, y adquiere el carácter de servicio público. De modo que las personas jurídicas de derecho público, pueden ejercer de manera habitual el comercio, pero no es posible admitir que tomen la calidad de comerciantes. El Código italiano, en su artículo 7º., dispone: «El Estado, la Provincia y los Municipios no pueden adquirir la calidad de comerciantes, pero podrán ejecutar actos de comercio, y por ellos quedarán sujetos a las leyes y a los usos comerciales». Nuestro Código no tiene disposiciones legales sobre esta materia.

Incapacidades particulares. La administración de los bienes de los fallidos y quebrados, según los artículos anteriormente transcritos del Código de Enjuiciamiento Civil y del de Comercio, pasa de derecho a la masa de acreedores representada por los síndicos. De modo que éstos tienen una doble representación: la de los fallidos o quebrados y la de los acreedores.

La finalidad del concurso, tanto del voluntario como del necesario, es la liquidación del monto de bienes del deudor, y la solución de sus obligaciones en la parte correspondiente al valor de ese monto. Liquidar, para el caso presente, significa determinar cuantitativamente, obtener con claridad y certeza, mediante gestiones administrativas y operaciones matemáticas, el valor efectivo o, si se quiere, monetario, del patrimonio del fallido, para lo cual es necesario proceder a finalizar todos sus negocios. El ejercicio del comercio, por implicar la creación, y no la finalización, de relaciones contractuales, y la tendencia al aumento siempre creciente de las mismas, se opone a la naturaleza y a las finalidades propias de la liquidación en el concurso de acreedores. Por tanto, opinamos que los síndicos de un concurso no pueden ejercer el comercio habitual en representación de los fallidos.

Distinto es el caso de los síndicos de una quiebra. En éste no se trata, como en el anterior, de *iniciar* el giro mercantil, sino de *continuarlo*. La quiebra es declarada en consideración a los intereses de los acreedores, quienes pueden estimar beneficiosa a sus intereses la continuación del giro mercantil del quebrado. *Apreciando* esta situación, el artículo 971 del Código de Comercio, *reconoce* en los acreedores, reunidos en junta general, el derecho de resolver «sobre si se autoriza o no a los síndicos para *continuar* el giro del fallido». Por manera que está muy claro que los síndicos de una quiebra, cuando son autorizados por la junta general de acreedores, pueden ejercer habitualmente el comercio en representación del quebrado.

En virtud de las disposiciones del artículo 43 del Código Penal, el condenado a reclusión mayor ordinaria o extraordinaria, o a reclusión menor extraordinaria, cae en interdicción de administrar y disponer de sus bienes, o, lo que es lo mismo, adquiere una incapacidad de las llamadas particulares por el Código Civil. Pero si el condenado a una de las susodichas penas, es un mayor de dieciseis y menor de veintiún años o a una mujer casada, ¿influirá en algo la incapacidad particular sobreveniente sobre la incapacidad relativa en que aquéllos se encontraban? ¿Se alterarán los derechos de la patria potestad o los de la potestad marital por ser condenadas las personas sobre las que ellos se ejercen a alguna de las penas contempladas por el artículo 43 del Código Penal? Creemos que no, ya que ni en éste ni

en el Civil hay disposición legal al respecto. En el Código Penal de 1889 se disponía expresamente que a los reos interdictos se debía nombrarles curador, disposición que no se la encuentra en el Código actual. En tiempos de vigencia de esa disposición, por la generalidad de su contenido, la patria potestad o potestad marital debían legalmente transformarse en curatela, cuando el condenado era un hijo de familia o una mujer casada. Es probable que se haya eliminado en el actual Código la mentada disposición, precisamente en consideración a esas consecuencias. Lo cual, de ser verdadero, nos confirmaría en nuestra opinión de que la patria potestad o potestad marital, en nada se alteran por la condena del hijo no emancipado o de la mujer casada. Y como la incapacidad particular que éstos adquieren por la condena, *no es más incapacidad* que la relativa en la que se encontraban, nuestro problema se resuelve con sólo referirnos a lo que ya hemos dicho al respecto de las facultades del padre o del marido para ejercer el comercio habitualmente a nombre de sus representados. Y en lo que corresponde a los que, habiendo sido capaces, se vuelven incapaces por ser condenados a una de las consabidas penas, hay que afirmar que es preciso proveerles de curador para la administración de sus bienes, aunque no lo digan el Código Civil ni el Penal, que ello se desprende del espíritu mismo de la institución de la curatela. Y como ya hemos opinado que los curadores, sean de personas o ya solamente de bienes, no pueden iniciar el giro mercantil en representación de sus pupilos, el problema en referencia a los interdictos por pena criminal, hállese también resuelto.

(Continuará)