



**ERREPAR, DSE, NRO 270, TOMO XXII, JUNIO 2010, PAG.565**

## **LA CAPACIDAD PARA EJERCER EL COMERCIO Y PARA ACTOS COMERCIALES DESPUES DE LA LEY 26.579 DE MAYORIA DE EDAD A LOS 18 AÑOS.**

**POR EDUARDO M. FAVIER DUBOIS (P) Y EDUARDO M. FAVIER DUBOIS (H)**

1.-LA LEY 26.579 Y LA MAYORIA DE EDAD A LOS 18 AÑOS.

La ley 26.579 (B.O. 22-12-09), con vigencia a partir del 31 de diciembre de 2009, modifica al código civil y al código de comercio en materia de capacidad reduciendo la mayoría de edad de 21 a 18 años y, a tales fines, establece fundamentalmente lo siguiente:

### 1.1.-La adquisición de la capacidad de hecho a los 18 años.

La ley declara menores a las personas que no hubieren cumplido 18 años de edad (art.126), menores impúberes a los menores de 14, menores adultos a los que tengan entre 14 y 18 años (art.127), y establece que la mayoría de edad se adquiere a las cero hora del mismo día del cumpleaños de 18 (art. 128).

### 1.2.-Casos de capacidad de los menores de 18 años.

La ley prevé dos casos. Uno con fundamento en el "título habilitante para el ejercicio de una profesión", en cuyo caso les reconoce capacidad para ejercerla sin necesidad de autorización, pudiendo administrar y disponer libremente de los bienes así adquiridos, y estar en juicio civil y penal por acciones vinculadas a ello (art. 128, segunda parte).



El otro sistema de capacidad de menores es por matrimonio, ya que si bien la edad mínima exigida para casarse es de 18 años (art.166 inc.5°), existe una dispensa judicial excepcional (art.167 reformado por ley 23.515) para los menores de esa edad. En tal caso, el matrimonio da la emancipación y la capacidad civil, pero si se hubieran casado sin autorización, no tienen la administración y disposición de los bienes adquiridos a título gratuito (art.131).

### 1.3.-Alimentos para los mayores de edad.

Aún cuando la patria potestad cesa a los 18 años por la mayoría de edad (art. 306 inc.3°), se extiende la obligación de los padres a prestar alimentos a sus hijos hasta los 21 años<sup>1</sup>, salvo que el hijo mayor de edad o el padre, en su caso, acrediten que cuenta con recursos suficientes para proveérselos por sí mismo (agregado al art.265).

### 1.4.-Derogación por abstracta de la autorización comercial.

En cuanto al código de comercio, en forma coherente con la mayoría de edad a los 18 años, la reforma deroga expresamente a los arts. 10, 11 y 12 de dicho cuerpo legal, relativos a la autorización, expresa o tácita, para ejercer el comercio para los mayores de 18 años.

### 1.5.-Cláusula interpretativa y derechos provisionales y sociales.

Finalmente, la reforma incorpora una norma interpretativa o "cláusula válvula"<sup>2</sup> por la cual toda referencia legal a la "mayoría de edad" debe entenderse relativa a la edad de 18 años, excepto en materia de previsión y seguridad social, y a menos que la ley expresamente haga la salvedad (art.5° de la ley 26.579).

## 2.-LAS RAZONES DE LA REDUCCIÓN DE LA MAYORIA DE EDAD.

El tema de la reducción de la mayoría de edad hace tiempo que se debate en la doctrina nacional, con posiciones a favor y en contra<sup>3</sup>, habiéndose incluido tal reducción en diversos y sucesivos proyectos de unificación civil y comercial.<sup>4</sup>

1 Se ha sostenido que la norma consagra una nueva fuente legal de la obligación alimentaria: el "vínculo filial", ver Solari, Nestor E. "Alimentos debidos a los hijos entre los 18 y 21 años. La nueva ley 26.579", La Ley, tomo 2010-B, diario del 20-4-10, pag.1.

2 Solari, Nestor "La nueva mayoría de edad", La ley On line.

3 Moisset de Espanés, Luis "¿Beneficia a los jóvenes que la mayoría de edad se fije a los 18 años?, E.D. t.111, p.843.

4 Proyectos de los 1985, 1991, 1992 (dos), 1998 y 2005. Ver Córdoba, Marcos M. "Anticipación de la mayoría de edad. Modificación de la pauta objetiva para determinar la absoluta capacidad de las personas", LL 17-10-06, p.1.



A favor de la reducción se ha sostenido que se corresponde con un rumbo mundial<sup>5</sup> y con la legislación de países como España, Alemania, Canadá, Francia, Italia y Perú, varios estados de Estados Unidos y países que integran el MERCOSUR, por lo que existiría también una exigencia de uniformidad.

También se ha sostenido que desde la reforma constitucional de 1994, debería cumplirse la Convención de los Derechos del Niño, aprobada por nuestro país (ley 23.849), donde el límite temporal para considerar a una persona como un niño son los 18 años, por lo que la nueva ley armoniza la normativa vigente.<sup>6</sup>

Hay además una invocación al principio de coherencia. Si a una persona de 18 años se le permite manejar un vehículo, trabajar sin autorización de sus padres, hacer testamento, donar órganos, reconocer hijos extramatrimoniales y ejercer derechos de voto, y si se la obliga a armarse en defensa de la patria y se le asigna responsabilidad penal, parece un contrasentido no otorgarle la mayoría de edad permitiéndole, entre otras cosas, viajar al exterior o ser titular de cuentas bancarias.

A ello se agrega que la reducción permite a los jóvenes incorporarse más tempranamente a la vida activa.

En contra de la reducción se ha alegado: que los menores ya tenían razonable capacidad en ciertos casos; que la adolescencia se ha extendido hasta los 25 años conforme informes médicos, científicos y psicológicos<sup>7</sup>; que los jóvenes son uno de los sectores más agredidos de nuestra sociedad y la medida podría implicar mayor desprotección y abandono; que se alienta a los jóvenes a irse del país profundizando la desculturización; y que se pasa de la niñez a la adultez sin las necesarias etapas intermedias.<sup>8</sup>

En nuestra opinión la reforma entraña un riesgo importante en materia de desprotección de los menores, fundamentalmente en dos áreas.

5 Saux, Edgardo I. "Mayoría de edad a los 18 años", LL tomo 2010-B, 24-2-10, pag.1.

6 Burgués, Marisol "La modificación legal de la mayoría de edad. Alcance e impacto en la actividad jurídica de las personas menores de edad", JA 2010-I, fasc.10, 10-3-10, pag.3.

7 Borda, Guillermo A. "La mayoría de edad a los 18 años", LL 1992-D-1096.

8 Mascheroni, Ricardo Luis "Mayoría de edad a los 18 años. Cuando el remedio puede ser peor que la enfermedad", ponencia a las "Jornadas Nacionales sobre Unificación y Reforma el código civil y comercial", en Rev.del Colegio de Abogados de Santa Fe, diciembre 2000.



Una es la de la patria potestad porque al haberse derogado para los menores de 18 a 21 años, se priva a los padres del poder sobre los hijos y de actos compulsivos para sustraer a éstos de situaciones de violencia, explotación sexual, drogas o extremismo ideológico.

Otra se refiere al ámbito comercial, porque la adquisición temprana de tal capacidad pone en riesgo el patrimonio del menor quien podrá, sin límite alguno, asumir obligaciones propias y ajenas y/o embarcar su patrimonio en operaciones de alto riesgo.

En consecuencia, entendemos que si bien resultaba acorde con los compromisos internacionales reducir la mayoría de edad, ello no impedía haber mantenido algunas atribuciones de los padres para controlar y proteger a sus hijos, como así haber excluido el campo comercial de la capacitación automática por edad.

### 3.-EL REGIMEN GENERAL DE LA CAPACIDAD COMERCIAL ACTUAL.

El art. 9º del código de comercio, no alterado por la reforma, establece que "Es hábil para ejercer el comercio toda persona que, según las leyes comunes, tiene la libre administración de sus bienes. Los que según estas 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".

Conforme a lo establecido en dicha norma corresponde distinguir:

- a) la capacidad para realizar actos aislados de comercio, que es la capacidad civil (segundo párrafo) de
- b) la capacidad para ejercer actos de comercio en forma habitual, que es la capacidad comercial propiamente dicha (primer párrafo del art.9º).

Si bien la primera se rige por las normas civiles, a las que nos remitimos, la segunda tiene reglas específicas en los arts. 9 a 24 del código de comercio.

En general, todas las incapacidades y capacidades especiales previstas para las mujeres y para los menores de 18 años en el código de comercio original, han quedado sin efecto como consecuencia de diversas y sucesivas leyes capacitantes, como la 11.357 y la 17.711, siendo la última la comentada ley 26.579 que, como ya se señaló, dispuso la mayoría de edad a los 18 años con plenos efectos civiles y comerciales.



En su mérito, han sido derogados expresamente los arts. 10, 11 y 12 y han perdido aplicación las reglas de los arts. 13 a 21 del código de comercio.

Subsisten las prohibiciones por “incompatibilidad de estado” de órdenes religiosas, clérigos y magistrados y funcionarios (art. 22), pero debe tenerse en cuenta que los actos aislados de ellos valen como tales, lo que resulta de la aclaración del art. 23 en materia de préstamos y de accionistas, y conforme doctrina mayoritaria<sup>9</sup>.

También deben considerarse incluidos en este artículo los entes con personalidad jurídica que no tengan objeto comercial sino de bien público, como las asociaciones o fundaciones, y los profesionales a los que expresamente se les prohíbe comerciar<sup>10</sup>.

Finalmente, el art. 24 declara la incapacidad legal de los interdictos penales (art. 12 código penal) y de los fallidos que no hayan sido rehabilitados (art. 238 ley 24.522). También esta norma se refiere a la actividad habitual sin afectar la validez de los actos aislados. No obstante, en el caso del fallido, los actos aislados serán ineficaces respecto de la masa de acreedores hasta tanto esté rehabilitado (art.109 LCQ).

Los efectos de la invalidez del ejercicio del comercio por parte de los incompatibles y de los incapacitados deben consistir en impedirles matricularse o invocar la calidad de comerciante, en medidas administrativas o judiciales para el cese compulsivo de la actividad y en la prohibición de que aquellos invoquen ante terceros la calidad de comerciantes en su propio beneficio (vgr. Prueba de libros a su favor).

#### 4.-EL COMERCIANTE Y SU ESTATUTO LEGAL.

##### 4.1.-El concepto legal de comerciante.

Establece el art. 1º del código de comercio “La ley declara comerciante a todos los individuos que, teniendo capacidad legal para contratar, ejercen de cuenta propia actos de comercio, haciendo de ello profesión habitual”.

##### 4.2.-Análisis de la definición legal.<sup>11</sup>

<sup>9</sup> Halperín, Isaac y Butty, Enrique M. “Curso de Derecho Comercial”, Vol.1, Ed. Depalma, Bs.As. 2000, pag. 202.

<sup>10</sup> Como es el caso de los escribanos de la Ciudad de Buenos Aires.

<sup>11</sup> Los autores citados entre paréntesis en este capítulo y en el siguiente corresponden a las obras que se enumeran a continuación: Anaya, Jaime “Código de Comercio y Leyes complementarias comentados y concordados. Ed Omeba, tomo I, Arts. 1 a 42, Bs.As., 1965; Etcheverry, Raul “Derecho Comercial y Económico”, Parte General, Ed. Astrea, Bs.As., 2008; Fontanarrosa, Rodolfo A. “Derecho Comercial Argentino”, Parte General, Ed. Zavalía, Bs.As., 1997; Rouillon, Adolfo A.N.



**a) Individuos:** Se discute si el término “individuos” equivale a “personas” (Halperín-Butty; Anaya; en contra Rouillón) y si, por ende, abarca tanto a las personas físicas como a las personas jurídicas o entes ideales, en tanto se trataría en ambos casos de “individuos” de una especie. En la postura afirmativa, las sociedades u otros entes que presenten los elementos legales del art.1º serían comerciantes, como es el caso de las sociedades de hecho. Ello sin perjuicio de los supuestos de comercialidad por la forma, como es el caso de las sociedades tipificadas por la ley 19.550.

El tema plantea la cuestión de cuando el Estado ejerce actividades comerciales. La doctrina sostiene que siendo tales actividades “un medio” y no “un fin”, no le atribuyen tal calidad (Arecha citado por Anaya). Sin embargo, no cabe dudar del carácter de comerciantes de las Sociedades del Estado, Sociedades de Economía Mixta y demas sujetos de origen público con personalidad jurídica diferenciada.

**b.-Por cuenta propia:** La doctrina sostiene que debió decir “en nombre propio” ya que cabe distinguir entre la “representatividad” y el “interés” y que lo que interesa al contratante es el sujeto que asume las obligaciones (Anaya). Cuando tales calidades van unidas en el que actúa, no hay dudas de que se trata de un comerciante.

Cuando se actúa en nombre y por cuenta ajena, tampoco cabe dudar que no se adquiere la calidad de comerciante, como es el caso de los factores, mandatarios, administradores, etc.. El problema es cuanto tales calidades no van unidas, como es el caso del “comisionista” o del “testaferro”, supuestos donde la doctrina discute si son o no comerciantes.

Pensamos que todas las situaciones, tanto la del comisionista como la del comitente, como así el “testaferro” y el “principal”, deben calificarse como comerciantes y sujetarse a las responsabilidades debidas, en tanto la ley comercial busca sancionar tanto al sujeto

---

(director), “Código de Comercio, comentado y anotado”, Ed. La Ley, tomo I, Bs.As., 2005; Zavala Rodríguez, Carlos Juan “Código de Comercio y leyes complementarias”, Ed Depalma, Bs.As., 1964; Meincke, Horacio E. “Comerciante. Estatuto del comerciante”, Ed. Astrea, serie “Elementos de Derecho Comercial”, nro.7, Bs.As., 1987; Vítolo, Daniel Roque “Iniciación en el Estudio del Derecho Mercantil y de la Empresa”, Ed. Ad Hoc, Bs.As., 2005; Gomez Leo, Osvaldo R. y Gomez Buquerín, Gastón “Código de Comercio” Análisis jurisprudencial, ed. Depalma, Bs.As., 1993, volumen I; Halperín, Isaac y Butty, Enrique M. “Curso de derecho comercial”, Volumen I, Parte General. Sociedades en General, Ed.Depalma, Bs.As., 2000; Le Pera, Sergio “Cuestiones de Derecho Comercial Moderno”, Ed. Astrea, Bs.As., 1979; Fernandez, Raymundo y Gomez Leo, O. “De los comerciantes en general”, RDCO 1982 p.647; Favier Dubois (h), E.M.“La actuación de “testaferros” en el derecho societario. El socio aparente y el socio oculto”, Errepar, DSE, nro.254, Enero 2008, T. XXI, pag.5, en co-autoría con E.M.Favier Dubois (pater)



“aparente” como al “real” (arg. art.34 ley 19.550 y art. 161 inc.1º ley 24.522) (Halperín-Butty; Favier Dubois).

Como regla, son comerciantes independientes todos los que intervienen en la cadena de comercialización: agente, distribuidor, concesionario, franquiciado, etc. También el locatario de un fondo de comercio que lo explota para sí (Zavala Rodriguez).

En materia de administradores o socios de sociedad comercial, la doctrina coincide en la actualidad en negarles la calidad de comerciantes en tanto es la sociedad, cualquiera sea su tipo, y no ellos, la que ejerce el comercio (Anaya).

**c.-Actos de comercio:** Resulta fundamental precisar aquí que no cualquier clase de acto de comercio confiere la calidad de comerciante sino, en principio, los denominados actos “naturales”, o sea los que coinciden con el concepto de comercio de las ciencias económicas: el de interposición en el cambio, a lo que pueden sumarse algunos actos comerciales por conexidad (Fontanarrosa).

O sea que la habitualidad en la realización de otra clase de actos de comercio, como el libramiento de pagarés, no confiere calidad de comerciante (GOMEZ LEO).

A su vez, si bien el ánimo de lucro no aparece en la definición de comerciante, cabe inferirlo de la realización de actos de comercio (que implican ánimo de lucro, art.8 inc.1º) y también de la regla de que los actos de los comerciantes no se presumen gratuitos (art. 218 inc.5º).

**d.-Profesión habitual:** Sea o no redundante la expresión legal, lo que se exige es tanto la “actitud para el ejercicio” (profesión), como la “reiteración permanente” (habitualidad) de los actos de comercio.

A su vez la profesionalidad tiene como efecto mayores consecuencias en caso de incumplimiento contractual (art. 902 del código civil), y equipara las nociones de “comerciante” y “empresario” (Halperín-Butty). El punto también refuerza el ánimo de lucro del comerciante ya que lo “profesional” implica un medio de vida (Vitolo), o un oficio ejercido con fin de lucro (Meincke), o al menos una actividad que tiende a proveer ganancias o recursos para la subsistencia, por oposición a actividades sin fines de lucro o “amateurs”.



Sin embargo, la exigencia legal no excluye el desempeño simultáneo de otra actividad (Zavala Rodriguez) o de una paralela relación de dependencia (Gomez Leo).

f.-**Relevancia de la calidad de comerciante:** La calificación de un sujeto como “comerciante” o como “no comerciante” no es solo académica sino que tiene gran importancia práctica ya que del estatuto y calidades del primero surgirán consecuencias a favor y en contra del sujeto calificado.

En general, atribuir a alguien la calidad de comerciante servirá para endilgarle determinados deberes, cargas o responsabilidades, como las que nacen de la prueba de libros (art. 63 cod.com.) y de los efectos del silencio (arts.73 y 474), la rendición de cuentas (art. 68 cod.com.), la publicidad de ciertos actos (vgr. Revocatoria de poderes; art.36), cierta responsabilidad contractual agravada (art.902 del código civil) y los diversos hechos imponibles, categorías y escalas de los distintos impuestos, cargas y contribuciones. También para tipificar al único sujeto que puede ser autor de los delitos de quiebra fraudulenta y culpable (arts. 176 y 177 cod. Penal).

Por otro lado, el carácter de comerciante o no comerciante será útil para resolver la existencia o no de una relación de dependencia (laboral) o de una relación de subordinación económica (agencia, distribución) o de consumo.

Sin embargo, en muchos casos el propio comerciante invocará su condición, como cuando demande reclamando por determinados ilícitos (competencia desleal, habeas data) o los mayores daños por un incumplimiento (lucro cesante, pérdida de chance) o quiera invocar alguna capacidad específica (vgr. para integrar una UTE, presentarse a una licitación, etc.).

En materia concursal, si bien tanto comerciantes como no comerciantes pueden acceder a los procedimientos previstos por la ley 24.522, corresponde exigir a los primeros un mayor rigorismo informativo, documental y contable, aún cuando no estuvieren inscriptos como tales.

f.-**El Estatuto del Comerciante:** Quien resulte ser, conforme a las reglas del código, comerciante o empresario, está sujeto a un estatuto especial que le da ventajas (art. 26: fe de sus libros, etc.) y que le impone ciertas obligaciones y responsabilidades (art.33: inscripción, contabilidad, conservación de documentación y rendición de cuentas).



Esta última norma reafirma el principio de que el ejercicio de comercio es una actividad de interés público que, con fundamento en la tutela del crédito, exige a los profesionales, estén o no matriculados, el cumplimiento de ciertas conductas.

O sea que el comerciante además de ventajas tiene obligaciones, lo que se verifica en materia de libros por las sanciones explícitas o implícitas en materia concursal ante su incumplimiento<sup>12</sup>.

**g.-Interés público en la actividad mercantil:** Adviértase que el citado art.33 contiene la bases de dos grandes sistemas comerciales. Uno es el sistema de “registro mercantil”, que procura el control de probidad, de legalidad y la publicidad de los sujetos y de los actos que se inscriben en el Registro Público de Comercio, el que ha dado lugar al desarrollo del denominado “Derecho Registral Mercantil”<sup>13</sup>. El otro sistema es el de “contabilidad legal” que, mediante ciertas reglas obligatorias en materia de reconocimiento, valuación, registro y exposición de los hechos económicos, procura dar transparencia a las operaciones y determinar las responsabilidades, formando parte de una reciente disciplina creada en nuestro país denominada “Derecho Contable” (Favier Dubois –p)<sup>14</sup>. A tales sistemas se suma el carácter irrenunciable de la rendición de cuentas en materia comercial y las obligaciones de conservar correspondencia y documentación, las que hoy incluyen todas las comunicaciones informáticas. Finalmente, la norma también reitera el sometimiento de los comerciantes a las soluciones especiales del derecho comercial como, por ejemplo, el valor del silencio ante una manifestación de la otra parte, el que en nuestra materia implica consentimiento (arts.73 y 474) a diferencia de la regulación civil (art.919 cod.civil).

12 Vigente la ley 11.719 un Plenario de la Cámara Comercial resolvió que la falta de libros comerciales determinaba la calificación de la quiebra como fraudulenta, con la sola excepción del art. 180 (“García, Rogelio”, del 16-9-38, LL 11-1042). Si bien dicha calificación no existe en sede comercial, evidencia la importancia de la contabilidad para el comercio en general.

13 Se trata de una nueva rama del Derecho Registral, sujeta a particularidades derivadas principalmente de la dinámica de los negocios comerciales. Ver Favier Dubois (h), Eduardo M. “El registro público de comercio y las inscripciones societarias”, Ed. Ad Hoc, Bs.As., 1998; Favier Dubois (h), E.M. “Derecho Societario Registral”, Ed. Ad Hoc, Bs.As., 1994; Benseñor, Norberto “El registro mercantil: seguridad jurídica y publicidad” en Derecho Societario y de la Empresa, T.II, Córdoba, 1992. bibliografía del artículo siguiente.

14 El Derecho Contable tiene por objeto el estudio de las relaciones entre el Derecho y la Contabilidad y sus recíprocas influencias, con especial aplicación en los ámbitos procesal, societario y concursal. Ver Garreta Such, Jose María “Introducción al Derecho Contable”, Ed. Marcial Pons, Madrid, 1994; Favier Dubois (p), E.M.(y otros) “El Derecho y la Contabilidad. Relaciones Interdisciplinarias”, Ed. Universidad de Morón, Ftad. De C.E.y Empresariales, Morón, 2008; “Primera Jornada Nacional de Derecho Contable”, Ed.Universidad de Morón, Morón, 2008; Carlino, Bernardo P. (Director)“Segunda Jornada Nacional de Derecho Contable”, Ed. Universidad Nacional de Tucumán, Tucumán 2009. Favier Dubois (p), E.M. “¿Qué es el derecho contable?” en Errepar, DSE, nro.250, Septiembre 2008, T.XX, pag.833.



## 5.-LA SITUACION DEL EMPRESARIO MERCANTIL.

Si bien en su origen el derecho comercial giró en torno al comerciante (criterio subjetivo), figura que fue luego desplazada por otros ejes, la importancia del primero ha quedado también opacada por la aparición del concepto de “empresario”, introducido legalmente por el código civil italiano de 1942 (arts. 2082 y 2195) y seguido por diversas legislaciones posteriores del derecho comparado.

Desde el punto de vista conceptual, “comerciante” es quien realiza una actividad de intermediación en el cambio de bienes. El “empresario”, por su lado, es el titular de una empresa, entendiendo por tal la actividad organizada de los factores de producción para producir bienes y servicios destinados al mercado.

O sea que los conceptos no son idénticos.

Para algunos autores hay una relación de género (empresario) y especie (comerciante) (Galgano citado por Rouillón).

A nuestro juicio, si bien todo empresario cumple alguna función de interposición y todo comerciante organiza de algún modo los factores de producción, lo cierto es que ni todo comerciante es titular de una “empresa”, lo que exige la existencia de una “hacienda”, de “capital” propio y de “trabajo subordinado”, ni todo empresario intermedia en “bienes”, por lo que los conceptos tienen una zona común y otras diferenciadas.

Ahora bien, el concepto de “empresario” permite distinguir diversas categorías o roles que pueden o no coincidir en una misma persona: a) el empresario “de título”, que es el sujeto titular de la empresa y responsable por sus obligaciones; b) el empresario “de gestión” que es quien dirige la empresa<sup>15</sup>; y c) el empresario “de riesgo” que es el accionista o socio de la sociedad. Además, debe tenerse presente la existencia de un empresario “indirecto”, como es el caso de la persona física controlante de la sociedad titular de la empresa, sujeto a las responsabilidades societarias (art.54 ley 19.550) y concursales (art.161 inc.2º ley 24.522) pertinentes.-

<sup>15</sup> Es el concepto de “empresario”, del art. 5º, segunda parte, de la Ley de Contrato de Trabajo.



De todas maneras, para la ley argentina los conceptos de comerciante y de empresario (de título) son equivalentes ya que siendo comerciante quien realiza habitual y profesionalmente actos de comercio (art.1º) y toda vez que la empresa, como regla, es un acto objetivo de comercio (art.8º inc.5º), corresponde concluir que el “empresario” es un “comerciante” del art.1º al que se le aplican las normas respectivas.

Ello echa luz sobre las alusiones legales a los “empresarios individuales”, como la de los arts.367 y 377 de la ley 19.550, y exige para el empresario mercantil la misma capacidad que para el comerciante.

## **6.-CAPACIDAD DE LOS MENORES DE EDAD PARA SER COMERCIANTE O EMPRESARIO MERCANTIL.**

Como ya se ha señalado, la ley exige para ser considerado comerciante tener la “capacidad legal para contratar” (nro.4.1.).

Ahora bien, ¿la norma se refiere a la capacidad de hecho o a la de derecho?.

En otros términos, ¿podría un menor de edad (supongamos de siete años) ejercer el comercio por intermedio de sus representantes legales y, por ende, ser considerado comerciante?.

¿O tiene una incapacidad de derecho para tal titularidad, fundada en las exigencias de profesionalidad, en las obligaciones que impone el estatuto, y en el interés público comprometido?.

La doctrina da una respuesta poco satisfactoria frente a una normativa atrasada y confusa<sup>16</sup>.

Por un lado, sostiene pacíficamente que el menor no puede iniciar una actividad mercantil. Pero, por el otro, admite la posibilidad de que un menor reciba, por vía de transmisión a título universal (herencia) o particular (donación o legado) un establecimiento mercantil en funcionamiento que constituya una explotación productiva, en beneficio propio.<sup>17</sup>

<sup>16</sup> Etcheverry, Raul Anibal “Derecho Comercial y Económico. Parte General”, Ed. Astrea, Bs.As., 2008, pag. 383.

<sup>17</sup> Vítolo, Daniel Roque “Capacidad de los menores para ejercer el comercio” en D’antonio, Daniel Hugo “La ley 26.579 – mayoría de edad- y la capacidad de los menores”, Ed.Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2010, pag.323.



Es así que los arts. 443 inciso 12 y 475 del código civil admiten que el tutor o el curador de un incapaz obtenga autorización judicial para “continuar” los establecimientos de comercio o industria que éste hubiere heredado, o en los que tuviera una parte.

También podrían continuarse las actividades por el padre en caso de un establecimiento donado al menor respecto del cual tiene el usufructo, aun cuando se trata de materia discutida en cuanto a sus alcances.<sup>18</sup>

Igualmente el menor es titular de una hacienda en caso de continuación de una explotación con herederos menores por el plazo de indivisión de los arts. 51 y 53 de la ley 14.394.

Sin embargo también se sostiene que en éstos casos el menor no sería “comerciante” a todos los efectos ya que algunas responsabilidades o sanciones no podrían serle aplicables (vgr. Condena por quiebra fraudulenta).<sup>19</sup>

De ello se sigue que el menor tiene incapacidad de derecho para ser comerciante originario pero no la tiene para ser comerciante derivado, aún cuando en éste último caso su calidad mercantil va a sufrir algunas restricciones en su propia protección.

## 7.-LA SITUACION ACTUAL DE LOS MENORES CASADOS Y TITULADOS.

Conforme a lo señalado precedentemente, y a partir de la ley 26.579, tiene capacidad comercial toda persona mayor de 18 años.

Ahora bien, ¿cuál es la situación de algunos menores que, según la nueva ley, tienen ciertas capacidades como son los casados y los titulados?

Cabe recordar que los menores de menos de 18 años, que están emancipados por matrimonio, celebrado bajo normas de excepción (dispensa del art. 167 código civil, ley 23.515), tienen capacidad civil y, por ende, pueden realizar actos aislados de comercio.

Por su parte, el menor con título profesional habilitante para el ejercicio de profesión que administra y dispone los bienes que adquiere con su trabajo también tiene capacidad civil para tales actos y, por ende, puede ejercer actos de comercio aislados con dichos bienes.

<sup>18</sup> Anaya, Jaime L. “Código de Comercio y leyes complementarias”. Ed. Ameba, Bs.As., 1965, tomo I, pag. 364, nro.11.

<sup>19</sup> Anaya, Jaime L. , op.cít., pag. 364, nro.10.



Entre tales actos de comercio aislados se cuenta la constitución de sociedades comerciales, en tanto el socio no asume la calidad de comerciante dada la diversa personalidad jurídica con la sociedad comercial (art. 2º ley 19.550), por lo que la ley expresamente prevé el ingreso de menores como socios, sin límite de edad, exigiendo solo que lo sean en sociedades con responsabilidad limitada cuando se trate de casos legislados por los arts. 51 y 53 de la ley 14.394 (art.28 L.S.) .

En cambio, consideramos que ninguno de los menores antes referidos puede ejercer el comercio como actividad.

Los emancipados por matrimonio, en orden a las restricciones legales establecidas por el art. 134 del código civil que los limitan, en tanto la prohibición de ser “fiadores” implica inhabilidad para el crédito, componente esencial de la actividad mercantil.

Y tampoco los profesionales con título habilitante porque no existe título habilitante para la profesión de comerciante.

Y si bien en las profesiones de martillero y de corredor existen títulos universitarios habilitantes (arts.1º inc.b y 32 inc. b, ambos de la ley 20.266 reformada por ley 25.028), los mismos son necesarios pero no suficientes para la matriculación, que exige, además, “ser mayor de edad” (arts.1º inc. a y 32 inc. a de la misma ley), la que no puede sino referir a los 18 años cumplidos conforme con el art. 5º de la ley 26.579.

En definitiva, y más allá de los fundamentos dados en cada caso, consideramos que la actividad comercial es de tanta importancia que no puede quedar en manos de menores de 18 años que actúen bajo su propia cuenta, riesgo y discernimiento.

En consecuencia, ninguno de ellos puede realizar las actividades que requieren capacidad comercial, a saber, actuar como: a) comerciantes (art.1º cod.com.); b) factores o administradores de una hacienda comercial (art.132, inc.2º del cod.com.); c) directores o gerentes de sociedad comercial (art.157, 264 y 270 ley 19.550); y d) martillero y/o corredor (ley 20.266).

## 8.-CONSECUENCIAS DEL ACTO OBRADO POR EL INCAPAZ MERCANTIL.



Si la incapacidad comercial es de derecho, como la del menor o las corporaciones eclesiásticas para iniciar el ejercicio del comercio, el acto es nulo e insubsanable (art. 1043 del código civil).

En cambio, cuando se trate de una incapacidad de hecho, el acto posee una eficacia provisoria por depender de la impugnación que formule la persona legitimada.<sup>20</sup>

Ello por cuanto los actos de los incapaces de hecho son nulos (arts. 1041 y 1042 del código civil) pero de nulidad relativa al no contraria el orden público ni las buenas costumbres.

En consecuencia la nulidad no puede declararse de oficio, no puede invocarse por el ministerio fiscal y solo puede alegarse por la persona en cuyo beneficio se estableció la sanción<sup>21</sup>: ella corresponde, en primer lugar, a los padres en ejercicio de la patria potestad (arts. 54, 57 inc.2º y 274 del código civil). A falta de padres, el representante designado e, igualmente, el ministerio de menores (art.1164 c.c.). También el menor al llegar a la mayoría de edad. y no por la otra parte (art. 1049 del código civil).

Además, existe la posibilidad de confirmación, en forma expresa o tácita al llegar el menor a la mayoría de edad (arts.1058, 1059, 1060 y 1061 c.c.) y de prescripción si transcurren dos años desde la mayoría de edad (art. 4031 c.c.).

Por su parte, declarada la nulidad el menor queda liberado de la obligación de restituir lo recibido, salvo que se probase su existencia o un provecho manifiesto por el incapaz (art. 1165 del c.c.).

## 9.-CONCLUSIONES.

a.-A partir de la ley 26.579, que derogó expresamente el sistema de autorización para ejercer el comercio de los arts. 10 a 12 del código de comercio, y como consecuencia de las derogaciones anteriores de las limitaciones a las mujeres casadas, cualquier mayor de 18 años está habilitado para ejercer el comercio, con las únicas restricciones de los arts. 22 a 24 del código respectivo.

<sup>20</sup> D'antonio, Daniel Hugo "La ley 26.579 -mayoría de edad- y la capacidad de los menores", Ed.Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2010, pag.25.

<sup>21</sup> Llambías, Jorge J. "Tratado de Derecho Civil. Parte General", Ed.Abeledo Perrot, Bs.As., 1967, tomo II pag.602.



- b.-Los menores de edad tienen incapacidad de derecho para iniciar, ni aún por medio de sus representantes, el ejercicio del comercio, pero pueden continuar el comercio que hubieren recibido por herencia, legado o donación sin que ello los convierta en comerciantes plenos.
- c.-Los menores de edad, aunque estén emancipados por matrimonio con dispensa, o sean poseedores de título profesional, no pueden ser comerciantes, factores, administradores de hacienda comercial, directores o gerentes de sociedades comerciales, ni martilleros ni corredores.
- d.-Tales menores pueden, por sus representantes o por sí según el caso, realizar actos aislados de comercio para los que solo se requiere la capacidad civil, como es la constitución o integración de sociedades comerciales, las que deben ser con responsabilidad limitada si se trata del caso del art. 28 de la ley 19.550.
- e.-La incapacidad comercial de derecho anula de nulidad absoluta el acto, pero la incapacidad comercial de hecho no puede declararse de oficio, el acto puede ser confirmado y la acción de nulidad está sujeta a prescripción.

FINIS CORONAT OPUS.