

La mayoría de edad y la capacidad para la constitución de sociedades comerciales

Por Micaela Palomo. Trabajo final del Premaster semipresencial CUDES-Universidad Austral. Edición 2012.

Sumario: 1.Introducción. 2. Régimen anterior a la reforma de la ley 26.579. 3.Modificación de la ley 26.579. 4.Conclusiones.

1.Introducción

La capacidad es uno de los elementos generales del contrato de sociedad, junto con el consentimiento, el objeto y la causa. Son generales –también llamados elementos esenciales no tipificantes– porque la ley 19.550 (LS) los exige para cualquier tipo social. Algunos autores sostienen que se trata de un presupuesto básico que precede al acto formal de constitución más que de un elemento del contrato social¹.

El primer inciso del artículo 11 LS exige que el instrumento constitutivo contenga la individualización de los otorgantes: nombre, edad, estado civil, nacionalidad, profesión, domicilio y número de documento de identidad de los socios. Ello permitirá comprobar si existe algún tipo de incapacidad para constituir la sociedad. En principio, se aplican a la capacidad para constituir sociedades las reglas generales del derecho común. Sin embargo, existen algunos supuestos especiales. Además, en diciembre de 2009 la ley 26.579 modificó el régimen de mayoría de edad, disminuyéndola de veintiún (21) a dieciocho (18) años. Dicha ley no solo modifica la edad con la que se adquiere la plena capacidad civil, sino que también proyecta sus efectos sobre otros institutos que tienen como presupuesto

¹ Verón, Alberto Víctor, *Ley de Sociedades Comerciales: comentada y anotada*, La Ley, Buenos Aires, 2010, p. 14.

la mayoría de edad². Entonces, ¿quiénes pueden constituir sociedad a partir de su sanción?

2. Régimen anterior a la reforma de la ley 26.579

Es menester realizar un breve repaso del régimen anterior a la sanción de la ley 26.579. Antes de la reforma, la regla general era que los mayores de veintiún (21) años podían constituir sociedades, a menos que se encontraran incapacitados o inhabilitados.

A los inhabilitados del artículo 152 bis del Código Civil, al tener una capacidad general atenuada, se les exigía –y aún se les exige pues la reforma no ha modificado este punto– la conformidad de su curador para constituir sociedad.

En cuanto a los menores bajo patria potestad –varias de las consideraciones expuestas a continuación tienen también validez para el régimen posterior a la reforma–, la regla es que los padres pueden realizar cualquier contrato en nombre de sus hijos (artículo 274 del Código Civil), con los límites que impone el artículo 297 del mismo Código, según el cual: “Los padres no pueden, ni aun con autorización judicial, comprar por sí, ni por interpuesta persona, bienes de sus hijos aunque sea en remate público; ni constituirse cesionario de créditos, derechos o acciones contra sus hijos; ni hacer partición privada con sus hijos de la herencia del progenitor prefallecido, ni de la herencia, en que sean con ellos coherederos o colegatarios; ni obligar a sus hijos como fiadores de ellos o de terceros (el subrayado me pertenece). Necesitan autorización judicial para enajenar bienes de cualquier clase de sus hijos, constituir sobre ellos derechos reales o transferir derechos reales que pertenezcan a sus hijos sobre bienes de terceros”.

En doctrina encontramos autores que sostienen que para constituir sociedades en nombre de los hijos la autorización judicial no es necesaria³, otros para quienes

² Gálvez, Hernán Gonzalo, *Efectos de la anticipación de la mayoría de edad sobre diversas instituciones del Derecho Privado*, Ponencia en las XXIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil 2011.

³ Garro, F. J., *Sociedades comerciales*, Ed. La Facultad, Buenos Aires, 1949, p. 188.

ella debe ser solicitada en todos los casos y, finalmente, una tercera corriente para la cual los padres deben solicitar autorización judicial para constituir en representación de sus hijos únicamente sociedades en las cuales la responsabilidad esté limitada y adquirir acciones de sociedades anónimas, pero no fundar éstas atento a las responsabilidades establecidas por el artículo 183 LS⁴, justificando la discriminación en razón de la distinta responsabilidad del socio y de los efectos de la quiebra en caso de socios con responsabilidad solidaria. El juez debería, por lo tanto, negar la autorización para constituir otro tipo de sociedades comerciales.

STRATTA opina que la ley 19.550 no ha variado la regulación del Código Civil y que el artículo 297 nombrado por la mayoría de los autores como norma limitativa de la posibilidad del padre de contratar sociedad, aunque con distinto alcance según cada uno, no prohíbe este contrato ni lo somete a la autorización del juez del domicilio⁵. Sostiene que la limitación surgiría más del espíritu que de la letra de la ley dada la naturaleza de los actos prohibidos en el citado artículo.

HALPERÍN⁶ propone analizar la capacidad desde dos aspectos: 1) en función de la responsabilidad que en el tipo se determina; 2) en función de los bienes que se van a aportar.

ROITMAN, AGUIRRE y CHIAVASSA son de la opinión de que constituir una sociedad en la que los socios respondan ilimitadamente por las obligaciones sociales puede significar un perjuicio futuro para el incapaz pues se compromete su patrimonio en los negocios sociales. En cambio, en las sociedades de responsabilidad limitada y por acciones, los socios no se obligan con su patrimonio respecto de las deudas sociales, pero existe una responsabilidad ilimitada en el período de formación

⁴ ARTICULO 183 LS. — Los directores sólo tienen facultades para obligar a la sociedad respecto de los actos necesarios para su constitución y los relativos al objeto social cuya ejecución durante el período fundacional haya sido expresamente autorizada en el acto constitutivo. Los directores, los fundadores y la sociedad en formación son solidaria e ilimitadamente responsables por estos actos mientras la sociedad no esté inscripta.

Por los demás actos cumplidos antes de la inscripción serán responsables ilimitada y solidariamente las personas que los hubieran realizado y los directores y fundadores que los hubieren consentido.

⁵ Stratta, Alicia Josefina, *La capacidad para formar sociedad*, LA LEY1982-A, 729.

⁶ Halperin, Isaac, *Curso de Derecho Comercial*, vol. I, 3ª ed., Ed. Depalma, Buenos Aires, 1972, p. 237.

hasta su inscripción definitiva⁷. Esta limitación surge de la aplicación analógica del artículo 28 LS, según el cual: "Cuando los casos legislados por los artículos 51 y 53 de la ley número 14.394, existan herederos menores de edad, éstos deberán ser socios con responsabilidad limitada. El contrato constitutivo deberá ser aprobado por el juez de la sucesión". Es decir que los menores sujetos a patria potestad sólo podrían ser accionistas de una sociedad anónima, asumir el carácter de socios de una sociedad de responsabilidad limitada, o comanditarios de una sociedad en comandita.

Al tratarse de un acto de disposición que implica aportes patrimoniales, para constituir sociedad a nombre del menor, el representante deberá pedir la correspondiente autorización judicial.

VERÓN, por su parte, sostiene que los representantes legales de los menores de edad sujetos a patria potestad o tutela de los dementes y sordomudos sujetos a curatela, pueden actuar en su representación para continuar la sociedad en que sus representados hubieran heredado una participación, mediante autorización judicial (salvo en el caso de que se hereden acciones)⁸. Esta solución que el Código Civil aplica a los tutores y a los curadores, es extendida por parte de la doctrina a los padres.

STRATTA, en cambio, diferencia la situación del tutor de la de los padres. La situación del tutor varía del supuesto anterior por cuanto prevé soluciones en el artículo 443, el que en el inciso 12 requiere expresa autorización judicial para "hacer continuar o cesar los establecimientos de comercio o industria que el menor hubiese heredado o en el que tuviese alguna parte", aclarando el artículo 444 que "si el establecimiento fuese social, el tutor debe informar al juez si conviene o no continuar o disolver la sociedad", no aplicándose estas normas cuando se tratase de sociedades anónimas o en comandita por acciones (artículo 447). Y agrega que si bien en ningún caso aparece autorizado el tutor para formar sociedades en representación de su pupilo, sino sólo para continuarlas, nada se opone a que adquiera, judicialmente autorizado acciones de sociedades cuyo capital esté

⁷ Roitman, Horacio Aguirre, Hugo A. Chiavassa, Eduardo N, *Manual de sociedades comerciales*, La Ley, Buenos Aires, 2010, p. 42.

⁸ Verón, Alberto Víctor, *op. cit.*, p. 15.

representado en esta forma si se entendiera que hay un manifiesto provecho para el incapaz.

“En definitiva, hay cierta uniformidad en la idea de que no existe imposibilidad de que el menor de edad sea accionista o socio con responsabilidad limitada, pero en cambio, produce preocupación el hecho que pueda verse comprometido el patrimonio por su responsabilidad solidaria en sociedades de otro tipo”⁹.

Los dementes y sordomudos que no puedan darse a entender por escrito también deberán actuar a través de sus representantes que deberán contar con autorización judicial.

En cuanto a los emancipados (ya sea por matrimonio o por habilitación de edad), gozan de una capacidad general limitada y pueden actuar por sí solos con las limitaciones de los artículos 131,134 y 135 del Código Civil. ROITMAN, AGUIRRE y CHIAVASSA señalan que sólo podían constituir sociedades en las que limiten su responsabilidad por las deudas sociales. No podían, en cambio, participar de sociedades en las que su responsabilidad por las deudas sociales sea ilimitada ya que el artículo 134, inciso 3 Cód. Civ. prohíbe a los menores emancipados afianzar obligaciones. La limitación legal busca evitar el compromiso del patrimonio personal por deudas de terceros, situación análoga a la del socio de una sociedad sin limitación de responsabilidad.

En cuanto a los aportes que podrían realizar, en el caso de emancipación por matrimonio, si se hubieran casado sin autorización no tendrán hasta la mayoría de edad la administración y disposición de los bienes recibidos o que recibieren a título gratuito, continuando respecto a ellos el régimen legal vigente de los menores (artículo 131 Cód. Civ.). Los emancipados adquieren capacidad de administración y disposición de sus bienes, pero respecto de los adquiridos por título gratuito antes o después de la emancipación, sólo tendrán la administración; para disponer de ellos deberán solicitar autorización judicial, salvo que mediare acuerdo de ambos cónyuges y uno de éstos fuere mayor de edad (artículo 135 Cód. Civ.).

⁹ Stratta, Alicia Josefina, *op. cit.*

Los menores autorizados para ejercer el comercio, conforme a los artículos 10 a 12 del Código de Comercio, podían formar parte de una sociedad; al igual que los menores asociados al comercio del padre, de la madre o de ambos.

El menor de dieciocho años que trabajaba, o el que obtuvo título habilitante para el ejercicio de una profesión, disponía y administraba los bienes adquiridos con el producto de su trabajo, con los cuales podía entre otras cosas formar parte de una sociedad (artículo 128 Cód. Civ.).

Sin embargo, la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil (sala M) tiene dicho que: “Si bien los menores que trabajan gozan de una capacidad especial y limitada para los actos relativos a sus bienes específicos, o sea a los adquiridos con su trabajo, no son capaces para otorgar fianzas, constituyendo esto una obligación personal no relativa a sus bienes, aplicándose para el caso las restricciones establecidas para los menores emancipados en los arts. 134, inc. 3 y 2011, inc. 1º, de Código Civil”¹⁰.

Si entendemos que la obligación del artículo 150 LS¹¹ de garantizar la integración de los aportes es una fianza, no podrían constituir ni siquiera sociedades de responsabilidad limitada, ni tampoco ser promotores o fundadores de una S.A. en función de lo determinado por el art. 183 de la misma ley. STRATTA señala que sólo podrían ser socios industriales en una sociedad de capital e industria, socios comanditarios de una sociedad en comandita simple, accionistas de una sociedad en comandita por acciones o una sociedad anónima o socios de una sociedad de responsabilidad limitada cuando los aportes estuvieran totalmente efectivizados y pasados los cinco años del artículo 51 LS.

Los interdictos, inhabilitados por el tiempo que durase su condena (artículo 12 Código Penal) y sujetos al régimen de curatela, podían formar parte de una sociedad si contaban con debida actuación de su representante, el curador y la venia judicial para el acto.

¹⁰ Rabellino, Armino I. y otro c/ Udasso, Sergio s/ cobro de sumas de dinero, Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Capital Federal, Sala M, 07/12/1995.

¹¹ ARTICULO 150. — Los socios garantizan solidaria e ilimitadamente a los terceros la integración de los aportes.

3.Modificación de la ley 26.579.

El nuevo artículo 126 del Código Civil dispone: "Son menores las personas que no hubieren cumplido la edad de dieciocho (18) años". Es decir que luego de la reforma las personas adquieren su plena capacidad a partir de los dieciocho (18) años, pudiendo realizar por sí todos los actos jurídicos.

Para ROITMAN, AGUIRRE y CHIAVASSA, la reforma que efectúa la ley 26.579 no altera en sustancia el régimen de capacidad para la constitución de sociedades comerciales. Por ello, muchas de las consideraciones efectuadas *supra* son válidas también para el régimen vigente.

Por lo tanto, la regla general actual es que los mayores de dieciocho años pueden formar parte de una sociedad, a menos que se encuentren incapacitados, inhabilitados o su situación sea incompatible con la participación en la sociedad en cuestión (artículos 128 y 129 CC).

Los menores de 18 años, dementes y sordomudos que no pueden darse a entender por escrito están incapacitados para obrar. La ley sólo les permite actuar a través de su representante necesario, que será el padre o la madre, o ambos, el tutor o el curador, según el caso.

Como ya señalamos, constituir una sociedad en la que los socios responden ilimitadamente por las obligaciones sociales puede significar un perjuicio futuro para el incapaz, en mérito de que se compromete su patrimonio en los negocios sociales.

Un cambio sustancial en relación al régimen anterior es la supresión del instituto de la emancipación dativa o por habilitación, por lo que sólo subsiste la emancipación por matrimonio. La ley también derogó los artículos 10, 11 y 12 del Código de Comercio. En consecuencia, desaparecieron los supuestos de menores autorizados para ejercer el comercio y de menores asociados al comercio del padre, de la madre o de ambos. Ello así por cuanto ambos institutos hallaban como presupuesto que el menor contara con 18 años para su emancipación¹².

¹² Gálvez, Hernán Gonzalo, *Efectos de la anticipación de la mayoría de edad sobre diversas instituciones del Derecho Privado*, Ponencia en las XXIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil 2011.

RICHARD y MUIÑO opinan que la prohibición de afianzar obligaciones veda la posibilidad de que los menores emancipados puedan constituir sociedades de responsabilidad solidaria e ilimitada ya que se asimila a ésta con el carácter de una fianza¹³. Por otro lado, HALPERÍN sostiene que tal responsabilidad no se puede considerar jurídica ni comercialmente una fianza, por lo que pueden formar parte de sociedades de cualquier tipo¹⁴. ROITMAN, AGUIRRE y CHIAVASSA, en cambio, opinan que no es posible que los emancipados constituyan sociedades de tipos que establecen la responsabilidad solidaria e ilimitada por las deudas sociales, con fundamento en el espíritu del art. 134, inc. 3 CC, ya que independientemente de la discusión sobre si la garantía es a título de fianza o de otro carácter, el hecho es que, en definitiva, el socio de una sociedad con responsabilidad solidaria e ilimitada responde por deuda ajena (de la sociedad)¹⁵.

Se mantiene el supuesto del menor que trabaja o que obtuvo título habilitante para el ejercicio de una profesión, quien puede disponer y administrar los bienes adquiridos con el producido de su trabajo o profesión. Conforme a los artículos 128 y 283 CC, con dichos bienes puede, entre otras cosas, formar parte de una sociedad. Sin embargo, cabe señalar que una minoría equipara su régimen al de los emancipados y entiende que también les está vedado prestar fianza por lo que sólo podrían ser socios industriales en una sociedad de capital e industria, socios comanditarios de una sociedad en comandita simple, accionistas de una sociedad en comandita por acciones o una sociedad anónima o socios de una sociedad de responsabilidad limitada cuando los aportes estuvieran totalmente efectivizados y pasados los cinco años del artículo 51 LS.

Los interdictos están inhabilitados por el tiempo que dura su condena (artículo 12 del Código Penal), pero quedan sujetos al régimen de curatela. Podrán formar parte de una sociedad si cuentan con debida actuación de su representante, el curador, y la venia judicial para el acto.

Para el caso de los inhabilitados (artículo 152 bis CC), la situación sigue siendo la misma: pueden constituir sociedad con la conformidad de su curador. En caso de

¹³ Richard, Efraín H. y Muiño, Orlando M., *op. cit.*, p. 114.

¹⁴ Halperin, Isaac, *op. cit.*, p. 240.

¹⁵ Roitman, Horacio Aguirre, Hugo A. Chiavassa, Eduardo N., *op. cit.*

desacuerdo entre el inhabilitado y el curador, la cuestión deberá ser resuelta por el juez que dispuso la inhabilitación. El juez deberá tener en cuenta: i) la responsabilidad del tipo social que se pretende constituir y los aportes a realizar; ii) los motivos puntuales por los que fuera dispuesta la inhabilitación, su subsistencia y actual incidencia en la participación societaria que pretende; iii) las restricciones especiales que la decisión judicial de inhabilitación pueda haber dispuesto. Podría vedar al inhabilitado la realización de ciertos actos¹⁶.

4. Conclusiones.

No existe consenso sobre la capacidad para constituir sociedades de los menores sujetos a patria potestad aunque la mayoría de la doctrina considera que ello es posible a través de la representación de los padres siempre que se trate de sociedades de responsabilidad limitada y el juez lo autorice.

Lo mismo sucede con los menores emancipados (en la actualidad sólo por matrimonio) y la duda acerca de qué tipos de sociedades pueden constituir surge de la limitación del artículo 134, inc. 3° y las diferentes interpretaciones sobre los artículos 150 y 183 LS.

Es nuestra opinión que, teniendo en cuenta el espíritu de la LS y el artículo 28, los menores sólo podrían, con la representación de sus padres, constituir sociedades en las que no se comprometa la totalidad de su patrimonio, previa autorización judicial.

En el caso de los emancipados nos inclinamos por la opinión de que podrían constituir cualquier tipo de sociedad aunque para disponer de los bienes adquiridos a título gratuito deberían contar con autorización judicial.

¹⁶ Roitman, Horacio Aguirre, Hugo A. Chiavassa, Eduardo N., *op. cit.*