

14/9/17

## LA SIMPLE SOCIEDAD ENTRE CÓNYUGES

Efraín Hugo RICHARD

**Publicado en libro colectivo del Instituto Argentino de Derecho Comercial –IADC- *Las sociedades de la Sección IV en la Ley General de Sociedades Ley 19550*, Buenos Aires 2017, Ed. D&D, pág. 13.**

I – EL HOMENAJE. II – LAS DE LA SECCIÓN IV ¿SON SOCIEDADES RESIDUALES? III - LA SOCIEDAD ENTRE O CON CÓNYUGES. 1. LUCES Y SOMBRAS SOBRE LAS SOCIEDADES ENTRE CÓNYUGES. 2. EL ANTERIOR SISTEMA. IV – LA NORMATIVA ACTUAL. V – NUESTRO PUNTO DE VISTA. VI – CUESTIONES PERIFÉRICAS. VII – CONCLUIMOS-

### I – EL HOMENAJE.

Laura Filippi y Martín Arecha, juristas con una trayectoria institucional ligada a un compromiso de honestidad intelectual y empuje grupal, convocan desde la Revista que dirigen en el IADC, no sólo a enfrentar una temática desafiante en torno a lo que llaman “la sociedad residual”, que impone revisar todos los pensamientos ultraconservadores, sino también a rendir homenaje a quién iluminó con sus ideas y su presencia los últimos 60 años del jusprivatismo: el inolvidable Maestro del Derecho Julio César OTAEGUI.

Reacio Julio César a recibir honores, venciendo su pudor fue homenajeado hace un quinquenio y en vida, en abril del 2012 en el “Décimo Seminario Anual sobre actualización, análisis crítico de jurisprudencia, doctrina y estrategias Societarias, y Duodécimo Seminario Anual sobre Actualización, análisis crítico de jurisprudencia, doctrina y estrategias concursales”, realizado en Mar del Plata, nuevamente en el Hotel Costa Galana donde compartíamos habitualmente, con el distinguido amigo almuerzos y cenas, donde con fino humor analizaba el devenir de la construcción jurídica en nuestro país frente a sí misma y al derecho comparado. En la misma nos tocó ser elegido para expresar nuestro reconocimiento y admiración por la profundidad de las reflexiones en el ámbito del disenso que campea en esos Seminarios, su respeto a los tiempos y la construcción sistémica que siempre presentaba con notable sencillez y humildad.

El Académico Otaegui era y es reconocido públicamente como uno de los máximos exponentes del pensamiento jusprivatista, cuyos antecedentes son de relevancia manifiesta y de público y notorio. Miembro Honorario del Instituto de la Empresa de la Academia Nacional de Derecho y Cs. Sociales de Córdoba –que dirigimos-, su calidad de Profesor Emérito, Miembro de Número y ex Presidente de la Académica homónima de Buenos Aires, son reconocimientos eficientes. También lo hicimos en el Prólogo del n° 5 de la Revista electrónica ESTUDIOS DE DERECHO EMPRESARIO, del portal de la Universidad Nacional de Córdoba.

Por fortuna le habíamos realizado en vida aquel reconocimiento, un homenaje a su labor académica ininterrumpida.

Ha iluminado Otaegui en muchísimos aspectos, desde sus libros, artículos y con la serena y precisa participación constante en los debates en Congresos y Jornadas.

Julio César Otaegui, nació un 17 de octubre de 1923, mucho antes que esa fecha se significara como Día de la Lealtad. Julio ha hecho gala de su lealtad constante con su vocación por el derecho, con sus convicciones, con su integración a la comunidad académica y profesional.

En esos Seminarios como en todos los Congresos de las especialidades guiaba con su palabra y metodología. Palabra desapasionada en su léxico, pero apasionada por desentrañar los alcances de las normas y su aplicación a las conductas.

Siempre en primera fila cuando no ocupaba la tribuna misma. Siempre atento, tomando notas. Siempre primero en adelantar tu opinión comprometida.

Comprometida en expresar los antecedentes que iluminaban cada cuestión y su inserción sistemática en el plexo normativo.

Nos conocimos antes del Congreso de Derecho Societario de La Cumbre del año 1977. Fue una docena de años antes... en Córdoba en el año 1965 en las Jornadas sobre Letra de Cambio, Pagaré y Cheque, donde trabajó sobre Cheque Certificado. Claro que ya había escrito artículos en el año 61 sobre fusión, iniciando la catarata de doctrina que produjo, incluso sus importantes libros y la posteriormente la actualización del clásico libro de Halperin. Treinta años después del Congreso del 77 en el Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa, de La Falda del 2007, el día antes se organizó en la Universidad Nacional de Córdoba, en su salón Velez Sarsfield una Jornada Internacional de Juristas donde Otaegui era el único argentino en el panel. Claro que teníamos una intención ya preparada que no quisimos exponerle: ante la lógica demora en la iniciación de las exposiciones y los habituales desbordes en el tiempo acordado a varios participantes nos llevaron a proponerle que cerrara el Congreso Iberoamericano con su exposición, lo que aceptó para salvar la Jornada. Tres días después cerraba magistralmente ese Congreso, donde pudimos señalar al presentarle que la designación para cerrar el Congreso había sido una forma de homenajearle y proyectar su sapiencia en beneficio de las 1000 personas que le escucharon en el tiempo que fijó –siempre con ajuste cronométrico- para ceñir su apreciación crítica del sistema.

Su labor ha sido reconocida por el Instituto Max Planck, la Fundación Konex, pero lo más importante es la de toda la comunidad académica. No hay nadie que no lo aceptara como referente.

Le señalamos públicamente nuestro pesar por que hubiera abandonado la Comisión de Reformas del año 2002 de la Ley de Sociedades, que motivó el anteproyecto que se analizara en el año 2005 en los mismos Seminarios en el que le rendimos homenaje.

Su sobriedad en lo académico fué tradicional, sin adjetivos describía el derecho con precisión matemática, y ajustado siempre a los tiempos que le otorgaban o que el mismos se imponía -como no recordar esa pequeña calculadora reloj que usó tantos años-. Inimitable en su estilo, particularmente por el cúmulo de conocimientos que desgranaba en cada intervención de los antecedentes nacionales o del derecho comparado. Y como si esas virtudes que le adornan fueran pocas, era un hombre humilde, alejado de toda actitud de egolatría.

Por eso, y mucho más, nuestro agradecimiento, nuestro reconocimiento por su labor, pensando que aún podemos disfrutar como de un diálogo siempre abierto, en su inmortalidad de ideas, por lo que le dedicamos las que van de seguido en un tema que se ha vuelto conflictivo. Nuevamente Julio, como

si siguiéramos hablando contigo, muchas gracias por todo lo que nos diste, por lo que forjaste en la interpretación del derecho nacional con tu labor doctrinal.

## II –LAS DE LA SECCIÓN IV ¿SON SOCIEDADES RESIDUALES?

La invitación del IADC hace referencia a la “sociedad residual de la sección IV de la Ley General de Sociedades” –LGS-. La palabra “residual” es calificada en el Diccionario de la Real Academia como “Perteneiente o relativo al residuo” que es definido en diversas formas, dentro de las que pueden interesarnos “Parte o porción que queda de un todo. Aquello que resulta de la descomposición o destrucción de algo. Material que queda como inservible después de haber realizado un trabajo u operación”.

Y una sociedad de la Sección IV de la LGS lejos de ser un residuo –o algo inservible. es un germen, es aceptar la realidad subyacente en una relación jurídica de organización asociativa, que no guardó las formas, que no se inscribió, incluso frente a la nulidad de una sociedad mirar lo que sirve para mantener su existencia como persona jurídica desde su constitución, entre las partes y los terceros. A su vez las normas del Código Civil y Comercial –CCC- sobre las personas jurídicas privadas, entre las que incluye a las sociedades, reconoce personalidad desde la constitución –art. 142 CCC-.

**Anteriormente nos habíamos planteado preguntas que hacen a esta cuestión<sup>1</sup>: “3. Otro interrogante es para que sirve la inscripción en el Registro Público del estatuto societario si se reconoce personalidad desde su constitución? La registración del contrato constitutivo de la sociedad no guarda relación con el goce de la personalidad jurídica<sup>2</sup>, sino tan sólo permite a los integrantes de aquélla ampararse en los beneficios que irroga el tipo social de que se trate y, al considerarse regularmente constituida la compañía, podrán oponer a los acreedores sociales la limitación de la responsabilidad de acuerdo con la estructura social escogida<sup>3</sup>. La generación o no de un sujeto de derecho estará determinada por la evidencia exteriorizada de una separación patrimonial (que en algunas legislaciones se exige que sea de publicidad formal) y la generación de un débito social, o sea la actuación externa de la sociedad como tal por sus órganos. No todo el derecho comparado es así.<sup>4</sup> El centro imputativo alcanzaría a generar al sujeto cuando se advirtieran en el mundo externo bienes atribuido a la sociedad, en relación a la cual existan acreedores que puedan ejercitar derechos. De allí la exigencia de registro, publicidad o**

<sup>1</sup> Nto. “INTEGRACIÓN DE LA LEY GENERAL DE SOCIEDADES CON EL CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL”, publicado en *Revista de las sociedades y Concursos*, Director Ricardo A. Nissen, año 17, 2016-3 pág. 3 a 42, Buenos Aires.

<sup>2</sup> NISSEN, Ricardo A. *Curso de derecho societario* pág. 62 y ss.

<sup>3</sup> Sin embargo cabe remarcar que la limitación de la responsabilidad no es un atributo de la personalidad jurídica, ya que como bien es sabido existen tipos sociales donde los socios responden ilimitada y solidariamente con la sociedad que integran, por las obligaciones contraídas por ésta, sea, como bien lo destaca Nissen, en forma subsidiaria como lo es en las colectivas o no, como acontece en las irregulares. Ver NISSEN, Ricardo A. Ob. cit. pág. 62.

<sup>4</sup> “La inscripción de la sociedad en el registro de las empresas...a consecuencia de orden del tribunal, produce el efecto constitutivo de la creación de la sociedad como persona jurídica (art.2331 C.C.I)... En las sociedades por acciones, antes del registro, el ente sociedad no existe ni para los socios ni para los terceros (art.2331)”. Esa posición extrema va cediendo: cfr.Cass., 28 de noviembre de 1958 n.3808 - publicado en “Società per azioni.Casi e materiali di diritto commerciale” Milán 1974. G.Bonelli y otros, por el cual en el caso Cipolla Pres. De Biasi Est., el Tribunal refiere sobre la posición doctrinaria que sostiene la imposibilidad de obligar a la sociedad anónima antes de la inscripción, con referencia a G. de Ferra “Nullità degli atti compiuti in nome della società per azioni prima dell’iscrizione nel registro delle imprese” -en Rivista del Diritto Commerciali, año 1957 II p.355 y ss.-, señalando que de reciente se afirma una dirección jurisprudencial y doctrinaria que considera que el negocio representativo en examen es un negocio que no es ni inválido ni ineficaz, sino simplemente “in itinere” o sea hecho en suspenso, que a juicio del Tribunal es más convincente y por tanto el acto pasa a ser ratificable por la Sociedad.

manifestación notarial en los anteproyectos, superado ahora en el CCC, a la que debe acomodarse la LGS. Si los bienes no trascienden como de la sociedad no se genera el efecto de posibilitar la atribución de propiedad de los mismos a un nuevo ente distinto de las personas que mantienen la actividad en común.”

Dilucidando la cuestión, seguimos: **“Una segunda pregunta es como se reconoce la personalidad de las sociedades.** El CCC viene en ratificar el criterio de la legislación argentina sobre el reconocimiento de personalidad sin necesidad de autorización, control o registro. Así se sostenía la opinable personalidad de la sociedad de hecho. El art. 141 CCC lo ha venido a ratificar: La existencia de la persona jurídica privada comienza desde su constitución. No la restringe a la registración, y solo en el caso de necesitar autorización, como un Banco, podrá estar constituida y actuar como persona jurídica, pero no podrá operar como Banco antes de obtenerla. Todo esto, verificable en esa fecha pero puesto en cuestión, ha sido reforzado por el Código Civil y Comercial y la Ley General de Sociedades, pese a sus poquísimas reformas. ...**El principio de división patrimonial, base de la personalidad, se estructura en resguardo no de los socios sino del nuevo sujeto de derecho y de sus acreedores, distintos al de los socios. La limitación de responsabilidad es un privilegio de esos socios, que no altera el principio de división patrimonial. La “sociedad es una persona jurídica, porque tiene patrimonio propio y un sistema de imputabilidad de derechos y obligaciones al mismo, con medios destinados a conseguir el fin propio...”<sup>5</sup>, un centro imputativo autogestante. Bajo ese criterio, son personas jurídicas las que así sean determinadas por el respectivo ordenamiento positivo. Se constituye así en una herramienta de la ciencia del derecho otorgada al legislador, conforme al medio y contexto social y doctrinario, para que éste atribuya esas normativas. Lo hará reconociendo la existencia de una persona jurídica como centro de imputación diferenciada, sea por medio de un acto público o de las relaciones contractuales funcionalmente exteriorizadas<sup>6</sup>”.**

Y cerrábamos la cuestión fijando las diferencias: **“Pero la sociedad inscrita en el Registro Público tiene personalidad “erga omnes”, no es necesaria su prueba. En cambio, en las sociedades no inscritas, si bien la personalidad es reconocida desde la constitución, ello acaece en la realidad cuando genera relaciones jurídicas en el exterior, obligando al representante orgánico a probar la existencia de la sociedad y de su representación frente a terceros, exhibiendo el contrato por rudimentario que fuere, o a los terceros a usar cualquier medio de prueba –art. 24 LGS- si intenta reclamos sobre el patrimonio social y eventualmente responsabilizar a socios.”**

El efecto de la personalidad es lo que caracteriza a las sociedades de la sección IV, por eso si le queremos dar una denominación, preferimos el de simple, pues “la sociedad para ser considerada persona jurídica deberá tener un patrimonio (arts. 143 y 154 CCC) y como atributos (Sección 3ª Parágrafo 1 CCC) nombre (art. 151) y domicilio (art. 152) y objeto (art. 156). Será el mínimo que le exigirá la Administración y Fiscalización de Ingresos Públicos para otorgar la CUIT o Cédula única de identificación tributaria, para operar legalmente.”<sup>7</sup>

Y en estas últimas referencias la integración indubitable del CCC con la LGS. O sea que las sociedades de esta Sección IV deben ser probadas para reconocer su personalidad jurídica, por los propios socios entre sí o frente a terceros, y de los terceros cuando intentan reclamar a estas

<sup>5</sup> VIVANTE, César *Tratado de derecho mercantil*. Versión española de la quinta edición italiana corregida, aumentada y reimpressa- Volumen II, Edit. Reus, Madrid, año 1932, págs. 6 y ss.

<sup>6</sup> Nto. “En torno a la llamada inoponibilidad de la personalidad jurídica” en *Doctrina societaria y concursal* de Errepar t. II p. 541.

<sup>7</sup> Del ensayo citado en la nota anterior.

sociedades. La prueba puede ser muy sencilla, por de público y notorio, o bien intrincada en ciertos supuestos. Por eso se habilita cualquier medio de prueba, manteniendo el antecedente de las sociedades irregulares o de hecho –art. 23 LGS-, aunque condicionando la oponibilidad del contrato social a terceros a probar su conocimiento. Son dos temas distintos la prueba de la sociedad y la oponibilidad del estatuto que podría regirla, condicionada a “que los terceros la conocieron efectivamente al tiempo del nacimiento de la relación jurídica” –arts. 22 y 23 LGS-.

**Obviamente que adquirida la personalidad jurídica, la misma sólo puede desaparecer por la liquidación de las relaciones jurídicas generadas en torno al centro de imputación autogestante.**

### III - LA SOCIEDAD ENTRE O CON CÓNYUGES.

Dentro de la temática propuesta, decidimos trabajar sobre la “sociedad entre o con cónyuges”, haciendo referencia al nuevo artículo 27 de la Ley General de Sociedades (LGS) que reza: “Sustitúyese el artículo 27 de la ley 19.550, T.O. 1984, por el siguiente: Artículo 27.- Sociedad entre cónyuges. Los cónyuges pueden integrar entre sí sociedades de cualquier tipo y las reguladas en la Sección IV.”. A su vez se eliminó la sanción prevista en el art. 29 LSC si los cónyuges constituían sociedades distintas a las por acciones o SRL.

O sea que el nuevo sistema autoriza a los cónyuges a gestar o intervenir en cualquier forma de sociedad, con referencia expresa a las de la Sección IV, sin otra denominación.

Adviértase las posibilidades de los conyuges a sostener la existencia entre ellos de una sociedad simple. Bastaría su exteriorización en declaraciones ante la AFIP.

#### 1. LUCES Y SOMBRAS SOBRE LAS SOCIEDADES ENTRE CÓNYUGES.

La luz permisiva, amplísima que resulta del referido art. 27 LGS –que tiene coherencia en el nuevo sistema-, fue enfrentada con la incorporación sorpresiva del inciso d) al ARTÍCULO 1002 CCC, determinando inhabilidades especiales a la contratación entre cónyuges, conforme el régimen de sociedad conyugal elegido, señalando: “INHABILIDADES ESPECIALES. No pueden contratar en interés propio: ... d. los cónyuges, bajo el régimen de comunidad, entre sí”.

Ello impone un análisis del sistema normativo ante el ensombreado interpretativo que genera la aparente colisión de previsiones. Eso intentaremos

#### 2. EL ANTERIOR SISTEMA.

Empecemos recordando la regulación anterior de la ley 19550 (LSC), en su conexidad con el Código Civil Argentino (CCA).

Lo hacemos transcribiendo lo que con Muiño expresábamos<sup>8</sup>: “§ 82. *SOCIEDADES ENTRE ESPOSOS.* - La normativa societaria ha fijado en sus arts. 27 y 29 las limitaciones<sup>9</sup> a la posibilidad de los esposos para constituir sociedades entre sí, aunque intervengan terceros. Dispone el art. 27 que “*los esposos pueden integrar entre sí sociedades por acciones y de responsabilidad limitada*”. Es estos

<sup>8</sup> RICHARD, Efraín Hugo – MUIÑO, Orlando Manuel, *Derecho Societario*, Tomo I, pág. 222, Editorial Astrea, Buenos Aires, 2007.

<sup>9</sup> Para un sector de la doctrina nos encontramos ante una situación de inhabilidad, la que ocurre cuando una persona, en virtud del vínculo que tiene con otra, no puede celebrar con ésta determinados actos jurídicos. Tal el caso de los cónyuges, que no pueden constituir entre sí sociedades comerciales, excepto sociedades de responsabilidad limitada y sociedades por acciones.

casos al aporte de cada uno debe consistir en bienes propios o gananciales cuya administración les corresponda (art. 1276, Cód. Civil). Debe también tenerse en cuenta que el aporte de dominio o uso y goce de bienes gananciales “cuyo registro han impuesto las leyes en forma obligatoria” queda sujeto al consentimiento (asentimiento) de ambos cónyuges, con la alternativa que para el caso contiene el art. 1277 del Código Civil, cuando uno de ellos le negare sin justa causa.

Si bien esta limitación -expresa Nissen- es explicada por la Exposición de motivos, entendiendo incompatible la coexistencia de dos regímenes económicos entre esposos, cuando uno de ellos era el resultante de la constitución de sociedades mercantiles de tipo personalista, en las que la responsabilidad de los socios luce ilimitada y solidaria, lo cierto es que la real intención del legislador ha sido evitar que, mediante un tipo societario que traiga aparejada responsabilidad tan amplia, se viole el principio de orden público que consagra la irresponsabilidad de uno de los cónyuges por las deudas contraídas por el otro<sup>10</sup>.

Enseña Barbero, que no se trata de una "incapacidad de derecho" pues no le falta al sujeto la aptitud para ser titular de ese tipo de relación jurídica, sino sólo respecto de esa determinada persona. Por estas razones nos parece preferible hablar de **inhabilidad jurídica determinada (o especial)**, "ya que se refiere a supuestos individualizados por la ley"<sup>11</sup>

Lamentablemente, la redacción del art. 27 lejos se encuentra de concretar esa finalidad, pues, al haber reparado en función de la especie societaria y no en función de la responsabilidad del socio, ha incluido a las sociedades en comandita por acciones sin efectuar reserva o salvedad alguna, como hubiese correspondido para el supuesto en que los cónyuges revistieran la calidad de socios comanditados<sup>12</sup>.

La ley también prevé el caso en que uno de los cónyuges adquiera por cualquier título la calidad de socio del otro en sociedades de otro tipo que las permitidas. La solución legal permite tres variantes: a) transformar la sociedad en el plazo de seis meses; b) ceder cualquiera de los cónyuges en infracción su parte a otro socio, y c) ceder su parte a un tercero.

La violación a tal regla se ve sancionada con la nulidad de la sociedad (art. 29). En cuanto a la sanción que corresponde por violación de esta disposición, se entiende que tal infracción se sancionaría con la anulabilidad del acto (arts. 1045 y 1046, Cód. Civil), debiendo tenerse en cuenta la disposición del art. 1051, y la doctrina que traduce: inoponibilidad de la nulidad al tercero de buena fe (la sociedad, en el caso), sin perjuicio del derecho a indemnización que acuerda el art. 1057.

Sin embargo, la nulidad -no anulabilidad- impuesta por la ley es absoluta y, por tanto, inconfirmable e imprescriptible, apartándose de la legislación comparada, donde se adoptan diversos sistemas: ella juega como causal de disolución<sup>13</sup>.

El art. 16, párr. 1º, de la LSC asienta la regla general sobre nulidad societaria: "La nulidad o anulación que afecte el vínculo de alguno de los socios no producirá la nulidad, anulación o resolución del contrato, salvo que la participación o la prestación de ese socio deba considerarse esencial, habida cuenta de las circunstancias"... Es decir, el vicio que puede infectar uno de los vínculos sociales carece de repercusión sobre la sociedad, no provocará su nulidad, salvo que la participación del socio

<sup>10</sup> Ver AZPIRI, "Sociedades de familia", *LL*, 1979-C-1129, citado por NISSEN, *Ley de sociedades comerciales*, t. I, p. 297.

<sup>11</sup> ver BARBERO, *Sistema del derecho privado*, p. 198, citado por Fariña, *Tratado*, t. I, p. 232.

<sup>12</sup> En la Exposición de motivos (secc. IV, "De los socios", ap. 1) se expresa: "El art. 27 soluciona, por supuesto que sólo para el ámbito mercantil, el problema de las sociedades entre esposos permitiendo entre ellos solamente la constitución de sociedades de responsabilidad limitada y por acciones. No escapa a la Comisión lo delicado del problema y de la solución adoptada.

<sup>13</sup> Cámara, *Derecho societario*, p. 131.

cuyo nexo se anula sea esencial según las circunstancias, del monto del aporte, personalidad del socio, sociedad de dos socios, etcétera.

En la presente hipótesis, la imposibilidad que pesa sobre uno de los cónyuges no puede llevar a la liquidación de la sociedad, bastando con desatar ese vínculo y mantener la empresa; por ende, lo que corresponde es la rescisión parcial del contrato social.

No se alcanza a comprender cabalmente por qué el criterio del legislador se ha inclinado a declarar nula la sociedad en el caso que estudiamos (nulidad que a su vez sería absoluta -ello es, inconfirmable, imprescriptible, etc.-) contrariando el principio general del art. 16, párr. 1º. Y lamentablemente cualquier digresión en torno de la posible aplicación de ese principio general chocará de manera inevitable con la norma especial del art. 29; la sociedad será declarada nula y, por tanto, se liquidará. Indudablemente el remedio no guarda coherencia con los medios disponibles para preservar el fin buscado: la *ratio legis*<sup>14</sup>.

Además, desde nuestro punto de vista, en la hipótesis de sociedad nula (de nulidad absoluta) no existe un régimen de nulidad distinto (*ex nunc* -hacia el futuro-) del que rige para los actos jurídicos -contratos- en general (*ex tunc* -desde siempre-). Nuevamente es preciso enfatizar que aquí la nulidad no es de la relación personificada -que, si existió, no puede ser borrada-, sino de la atribución del tipo, y los efectos del tipo se afectan *ex tunc*, con motivo de la nulidad absoluta, sin perjuicio de constituirse como causal de disolución (*ex nunc*) de la relación asociativa. Así, de no aceptarse la resolución parcial por aplicación del art. 16 de la LSC (norma para el negocio constitutivo), corresponde la disolución que impone, por aplicación de la nulidad, considerar de hecho a la sociedad en cuanto a sus efectos ("como si fuera devenida de hecho"), con responsabilidad solidaria de los cónyuges<sup>15</sup>." Hasta aquí la transcripción.

Se advertirá en nuestra posición la defensa de la integridad de la sociedad y de su actuación frente a terceros. Nos hemos pronunciado sobre el alcance de la nulidad absoluta en las sociedades, pues las previsiones son de los actos<sup>16</sup> y no de las personas jurídicas, posición que mantenemos frente a la reforma. Obviamente entendíamos que los cónyuges podían constituir sociedades civiles entre sí.

#### IV – LA NORMATIVA ACTUAL.

1. La solución del art. 27 LGS, como la del 24 LGS sobre mancomunación, se corresponde con la decisión de política legislativa de recibir a la sociedad civil dentro del régimen previsto en la Sección IV. del Título I de la ley especial. Así lo entiende Palmero, inclinándose por la interpretación amplia de la norma, atento al carácter de ley especial<sup>17</sup>, y es la que aconsejamos cuando se preparó el Anteproyecto<sup>18</sup>, receptada luego en la reforma a la LGS.

<sup>14</sup> Zannoni, *Sociedad entre cónyuges*, p. 48.

<sup>15</sup> Comp. CÁMARA, *Derecho societario*, p. 79 a 134.

<sup>16</sup> "En torno a la nulidad absoluta de sociedades y el sistema jurídico de las relaciones de organización" Revista Cuadernos de Derecho, n° 14 Axpilcueta, 13, 1-242, Fonodis, 1999 págs. 95-111, ISBN 1138-8552. Con abstracta en inglés, español y vasco; "La nulidad absoluta de actos societarios y el caso Aerolíneas Argentinas" en AAVV "XV Jornadas de Institutos de Derecho Comercial de la República Argentina – Temas Societarios y Concursales" Edición de la Fundación para la Investigación y Desarrollo de las Ciencias Jurídicas, Buenos Aires 2008, pág. 159; "¿Nulidad absoluta de sociedad?" tomo 1 pág. 645. Ponencias al II Congreso Iberoamericano de Derecho Societario; "EN TORNO DE LA NULIDAD ABSOLUTA DE SOCIEDADES", pág. 901 y ss.. En libro colectivo DERECHO EMPRESARIO ACTUAL, Depalma 1996, Cuadernos de la Universidad Austral n° 1; "NULIDAD ABSOLUTA DE SOCIEDAD" para la Revista de Derecho Privado y Comunitario n° 8 "NULIDADES", a pág. 267.

<sup>17</sup> PALMERO, Juan Carlos "¿La sanción del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación (ley 26994) ha introducido un nuevo derecho societario? En Revista de las Sociedades y Concursos, año 17, 2016-1 pag. 3, especialmente pág. 30.

<sup>18</sup> Rafael Manóvil, Horacio Roitman y nosotros.

Las referencias a contratación entre los cónyuges, definida como inhabilidad en el art. 1002 d. Código Civil y Comercial (CCC), impone referirse a esa norma agregada en el trámite de sanción de la ley 29994 que dio vigencia al CCC.

2.Reiteramos que la cuestión es totalmente ajena a las sociedades civiles constituídas entre esposos con anterioridad a la vigencia del CCC, debiendo sólo centrarse el tema en la limitación futura a constituir sociedad entre cónyuges o con la participación de ambos si estuvieran en régimen matrimonial de comunidad de bienes.<sup>19</sup>

En el Anteproyecto original y luego recogida legislativamente –repetimos- se dispuso en torno a la ley general de sociedades (LGS): 2.14.- Sustitúyese el artículo 27 de la ley 19.550, T.O. 1984, por el siguiente: Artículo 27.- Sociedad entre cónyuges. Los cónyuges pueden integrar entre sí sociedades de cualquier tipo y las reguladas en la Sección IV. Esta solución mantenía la posibilidad de continuar constituyendo sociedades similares a las que autorizaba el CCA, incluso usando ese nombre. Y la ampliaba a todo tipo de sociedad, no sólo por acciones, SRL o civil.

3.Enfrentando esa amplitud, justificada precedentemente, se incorporó sorpresivamente el inciso d) al ARTÍCULO 1002 CCC. Determina Inhabilidades especiales. “No pueden contratar en interés propio: d. los cónyuges, bajo el régimen de comunidad, entre sí”. Este inciso fue agregado en el trámite legislativo, sin explicación alguna, al igual que se modificó el régimen previsto en el Anteproyecto sobre la constitución de sociedad por declaración unilateral de voluntad, también concebido con sentido amplio y en la idea que la personificación para cumplir ciertas actividades específicas es para favorecer el desarrollo de la misma y el interés de los terceros.

La expresión “inhabilidades especiales” es congruente con lo que relatabamos con Orlando Manuel Muñio, que hemos transcripto.

Adviértase que la “inhabilidad especial” lo es sólo para el caso que los cónyuges se mantuvieran en el régimen de comunidad de bienes. O sea que de haber optado por el régimen de administración separada no existiría tal restricción.

4.Repetimos: queda así en claro que, de todos modos, aún en la interpretación restrictiva podrían constituir sociedad entre sí los cónyuges bajo el régimen de separación de bienes, eligiendo para su organización operativa societaria incluso a las de la Sección IV LGS.<sup>20</sup> La inhabilidad sólo alcanzaría a los cónyuges que se rigieran por la comunidad de bienes.

---

<sup>19</sup> MERCADO de SALA, María Cristina – SONZINI ASTUDILLO, Sixto José “Sociedad civil: alcance de la aplicabilidad de las disposiciones del Código Civil respecto de las sociedades civiles constituídas previamente a la entrada en vigor de la Ley 26.994”, en *El Derecho Societario y de la Empresa en el Nuevo Sistema del Derecho Privado*. Tomo II Ed. XIII Congreso Argentino de Derecho Societario, IV Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa, Universidad de Mendoza – Universidad Nacional de Cuyo, Editorial Advocatus, Córdoba, agosto 2016, pág. 1061.

<sup>20</sup> SILVA, Cristina “Contratos entre cónyuges. El artículo 1002, inciso d), del Código Civil y Comercial y su incidencia en el régimen patrimonial matrimonial”, en *Thomson Reuters En 20 octubre, 2015*: “La redacción del 1002, inc. d) colisionaría con el sistema de coherencia que el Código Civil y Comercial propone en el art. 2º y con los valores de autonomía de la voluntad e igualdad que sustentan toda su filosofía del nuevo ordenamiento. Implicando, además, un notable retroceso legislativo que impide realizar aquellos contratos que el Código Civil permitió efectuar a los cónyuges a lo largo de más de cien años tales como el contrato de depósito, comodato, mutuo, fianza, entre otros. Además, la solución legal es contradictoria con la reforma en materia societaria. El art. 459 del Código Civil y Comercial de la Nación dispone expresamente que “Uno de los cónyuges puede dar poder al otro para representarlo en el ejercicio de las facultades que el régimen matrimonial le atribuye, pero no para darse a sí mismo el asentimiento en los casos en que se aplica el art. 456. La facultad de revocar el poder no puede ser objeto de limitaciones. Excepto convención en contrario, el apoderado no está obligado a rendir cuentas de los frutos y rentas percibidos”. De la redacción se desprende que el mandato es un contrato permitido entre cónyuges. ....Si bien durante más de cien años esto se mantuvo indemne, lo cierto fue que el desarrollo profesional y personal de la mujer fue



No coincidimos con esa interpretación restrictiva de la actuación de los cónyuges en régimen de comunidad de bienes.

5. En un reciente Congreso se enfrentaron ambas posiciones, con luces y sombras argumentales. Allí sostuvimos que, a nuestro entender, los cónyuges pueden constituir entre sí o con terceros cualquier tipo de sociedad, cualquiera sea el régimen de bienes adoptado<sup>21</sup>. En los trabajos presentados y en el debate suscitado se advirtieron posiciones controvertidas que trataremos de acotar, sin perjuicio de recomendar su lectura completa, para concluir fundando nuestra posición.<sup>22</sup>

Se hizo hincapié desde el art. 150 CCC. que regula las Leyes aplicables a las personas jurídicas “Las personas jurídicas privadas que se constituyen en la República, se rigen: a. por las normas imperativas de la ley especial o, en su defecto, de este Código.....”<sup>23</sup>

Y de allí las posiciones favorables a interpretar el art. 27 LGS, por su especialidad que los cónyuges pueden constituir sociedades entre sí bajo cualquier régimen patrimonial. Si bien no es centro de este ensayo, parece importante coincidir que no existe restricción alguna para generar contratos asociativos, que no son sociedades ni personas jurídicas.

Muchos análisis versaron sobre esa prelación de normas también enfrentadas por el art. 150 CCC.

5. Debemos convenir con Balonas<sup>24</sup> -en interpretación restrictiva- que la norma del art. 27 LGS, incorporada a la ley especial es permisiva, y la del art. 1002 d. CCC desde el régimen general es

---

evolucionado y, de hecho en la vida cotidiana se fueron presentando situaciones en las cuales los cónyuges pactaban entre sí, tanto en la esfera personal como en la patrimonial. Pero, subrayamos, en lo referido a este segundo aspecto, la normativa les vedaba expresamente la realización de determinados contratos. Las prohibiciones en realidad, se enfocaban a las donaciones o liberalidades, pero luego se extendió a todo contrato oneroso que involucrara un desplazamiento de bienes, como una medida preventiva que evitara actos que simuladamente pudieran encubrir una liberalidad o se persiguiera un fraude a terceros. ...Se esbozaron como argumentos la idea del codificador de proteger a la esposa, que sin lugar a dudas en épocas de la redacción del Código era la parte contratante más débil. Y, en pos de protegerla y evitar que el marido obtenga beneficios económicos indebidos en perjuicio de aquella se establecieron las prohibiciones. Otro argumento con menos rigor jurídico pero realista desde el punto de vista cotidiano tuvo en miras la de evitar conflictos económicos y de intereses entre los cónyuges, coadyuvando a la paz familiar. Tal vez la explicación más sólida y jurídica se hallaría respecto a la finalidad que perseguían estas interdicciones, evitando modificaciones o alteraciones al régimen patrimonial imperativo que indirectamente o directamente provocarían indebidos cambios en la calificación de bienes y su régimen de administración en desmedro de terceros acreedores efectuando transmisiones con el fin de despatrimoniar el cónyuge deudor o, realizar acciones en perjuicio de alguno de los cónyuges o de los herederos de alguno de éstos cuando por ejemplo mediante una transmisión de un bien por parte de un cónyuge al otro, se afectase la porción legítima de los descendientes del mismo matrimonio o sólo del cónyuge disponente. - Del juego de las normas quedaba claro que la figura contractual del mandato era un contrato permitido entre cónyuges dado que en el art. 1276 párrafo tercero impone que “...Uno de los cónyuges no podrá administrar los bienes propios o los gananciales cuya administración le está reservada al otro, sin mandato expreso o tácito conferido por éste. El mandatario no tendrá obligación de rendir cuentas”. Pero el artículo, a pesar de su meridiana claridad a lo largo de las décadas tuvo sus discusiones tanto doctrinariamente como jurisprudencialmente respecto a dos cuestiones a) los poderes amplios que podían otorgarse los cónyuges o los poderes especiales con facultades de disposición sobre todos los bienes y, b) si cabía la posibilidad de obligar al cónyuge mandatario a rendir cuentas. ...Por su parte, es de destacar que tanto el Anteproyecto del Código Civil y Comercial de la Nación como en su redacción final se prevé una importante innovación en cuanto permite a los contrayentes antes o en el acto de celebración del matrimonio la opción por dos Regímenes Patrimoniales: el de Comunidad de ganancias o el de Separación de bienes. Ante la falta de opción, funcionará por vía supletoria el Régimen de comunidad de ganancias.” La autora no registra la modificación del art. 27 LGS.

<sup>21</sup> Publicado en *El Derecho Societario y de la Empresa en el Nuevo Sistema del Derecho Privado*. Tomo III Ed. XIII Congreso Argentino de Derecho Societario, IV Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa, Universidad de Mendoza – Universidad Nacional de Cuyo, Editorial Advocatus, Córdoba, agosto 2016, pág. 1507.

<sup>22</sup> Nto. “¿PUEDEN LOS CÓNYUGES MANTENER O CONSTITUIR SOCIEDAD ENTRE SÍ O CON TERCEROS?”, en eDial.com express Nexsletter Jurídico del Martes 18 de octubre de 2016, año XVIII.

<sup>23</sup> Que se expresa también sobre las normas de contratación “Art. 962. Carácter de las normas legales. Las normas legales relativas a los contratos son supletorias de la voluntad de las partes, a menos que de su modo de expresión, de su contenido, o de su conexto resulta su carácter indisponible”, continuando con el Art- 963. “Prelación normativa. Cuando concurren disposiciones de este Código y de alguna ley especial, las normas se aplican con el siguiente orden de prelación: a. Normas indisponibles de la ley especial y de este Código. B. Normas particulares del contrato. C. Normas supletorias de la ley especial, d. Normas supletorias de este Código.”

prohibitiva imperativa, en cuanto hace a la inhabilidad de contratar entre los cónyuges en régimen de comunidad de bienes.

Pero frente a la norma prohibitiva, debe determinarse indubitablemente su alcance, pues la autonomía de la voluntad es la regla y la prohibición, como las inhabilitaciones, deben entenderse en su marco preciso.

5.1. Daniel Roque VITOLO resumió las posiciones<sup>25</sup>, sosteniendo ese criterio sobre la especialidad “i) Tratándose -el art. 27 de la ley 19.550, bajo la redacción asignada por la ley 26.994- de una norma especial que genera una *excepción particular* al régimen general dispuesto por el art. 1002, inciso d) del Código Civil y Comercial de la Nación, sancionado justamente por la misma ley 26.994, debe entenderse que la capacidad de los cónyuges -sin distinción de regímenes patrimoniales aplicables al matrimonio- para constituir o integrar sociedades de todo tipo, incluidas las de la Sección IV, del Capítulo I, de la ley 19.550, importa una *norma de excepción al régimen general de incapacidad -inhabilidades-* de contratación que tienen los cónyuges entre sí bajo el Código, para hacerlo en interés propio”. ... Sin embargo, más allá de estas disquisiciones, lo cierto es que sobre esta controvertida contradicción normativa -arts. 1002, inciso d) del Código y 27 de la ley 19.550- existen **dos miradas posibles**: i) La primera es considerar que tratándose la norma contenida en el art. 1002, inciso d) del Código de una norma indisponible, no revistiendo tal carácter la norma contenida en el art. 27 de la ley 19.550, debe prevalecer la primera sobre la segunda y que los cónyuges que se encuentran bajo un régimen patrimonial de comunidad de ganancias no pueden constituir ni participar entre sí en sociedades -bajo ningún tipo social, y tampoco bajo el régimen de la Sección IV del Capítulo I, de la ley 19.550; mientras que están habilitados para hacerlo aquellos cónyuges que hubieran optado por el sistema de separación de bienes<sup>26</sup>; ii) La segunda es considerar que tratándose -el art. 27 de la ley 19.550, bajo la redacción asignada por la ley 26.994- de una norma especial que genera una *excepción particular* al régimen general dispuesto por el art. 1002, inciso d) del Código Civil y Comercial de la Nación, sancionado justamente por la misma ley 26.994, debe entenderse que la capacidad de los cónyuges -sin distinción de regímenes patrimoniales del matrimonio- para constituir o integrar sociedades de todo tipo, incluidas las de la Sección IV, del Capítulo I, de la ley 19.550, importa una norma de excepción al régimen general de incapacidad -inhabilidades- de contratación que tienen los cónyuges entre sí bajo el Código.... Claramente nos inclinamos por la segunda posición de modo que entendemos que tratándose -el art. 27 de la ley 19.550, bajo la redacción asignada por la ley 26.994- de una norma especial que genera una *excepción particular* al régimen general dispuesto por el art. 1002, inciso d) del Código Civil y Comercial de la Nación, sancionado justamente por la misma ley 26.994, debe entenderse que la capacidad de los cónyuges -sin distinción de regímenes patrimoniales del matrimonio- para constituir o integrar sociedades de todo tipo, incluidas las de la Sección IV, del

<sup>24</sup> BALONAS, E. Daniel “Sociedades entre cónyuges”, en *El Derecho Societario y de la Empresa en el Nuevo Sistema del Derecho Privado*. Tomo III Ed. XIII Congreso Argentino de Derecho Societario, IV Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa, Universidad de Mendoza – Universidad Nacional de Cuyo, Editorial Advocatus, Córdoba, agosto 2016, pág. 1489, por lo que sostiene que sólo los cónyuges en régimen de separación de bienes podrán contratar sociedad.

<sup>25</sup> “Capacidad de los cónyuges para constituir o integrar sociedades en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación” en *El Derecho Societario y de la Empresa en el Nuevo Sistema del Derecho Privado*. Tomo III Ed. XIII Congreso Argentino de Derecho Societario, IV Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa, Universidad de Mendoza – Universidad Nacional de Cuyo, Editorial Advocatus, Córdoba, agosto 2016, pág. 1515.

<sup>26</sup> Posición sostenida por Balonas, Daniel, La sociedad entre cónyuges, en *Cuestiones Mercantiles en el Código Civil y Comercial de la Nación*, Fidas, Buenos Aires, 2016, p. 169; Ponencia presentada al Tercer Congreso sobre las cuestiones mercantiles en el Código Civil y Comercial de la Nación, Mar del Plata, 10, 11, 12 y 13 de abril de 2016, organizado por la Fundación para la Investigación y Desarrollo de las Ciencias Jurídicas.

Capítulo I, de la ley 19.550, importa una norma de excepción al régimen general de restricción a la capacidad -inhabilidades- de contratación que tienen los cónyuges entre sí bajo el nuevo Código”.<sup>27</sup>

5.2. En similar sentido Natalia Picciafuoco<sup>28</sup> da preminencia a la norma permisiva del art. 27 LGS, y entiende que “I) La vigencia del Código Civil y Comercial de la Nación y las reformas al artículo 27 L.G.S., genera una excepción al régimen de la capacidad para contratar entre los Cónyuges, II) Actualmente los Cónyuges pueden constituir cualquier tipo de sociedades que se encuentren contempladas en la Ley General de Sociedades. III) Los Cónyuges, bajo ciertas condiciones pueden celebrar los denominados “Contratos de Colaboración”. IV) Es factible el concursamiento de la Sociedad Conyugal y la extensión de la Quiebra de sus integrantes”. Dicha autora coincide con Vítolo, citando un anterior artículo de su autoría<sup>29</sup>.

5.3. En el mismo Congreso *María del Rosario Valdez*<sup>30</sup> sostuvo que “El Código Civil y Comercial prohíbe en forma general los contratos entre cónyuges bajo el régimen de comunidad patrimonial del matrimonio, sin embargo en una aparente contradicción, la Ley General de Sociedades permite a los cónyuges la participación en cualquier tipo de sociedad y las reguladas en la Sección IV (art. 27 LGS). Sin embargo, conforme explicaré a continuación, considero que el art. 27 de la Ley General de Sociedades no especifica concretamente a qué régimen patrimonial del matrimonio se refiere, es decir, si el matrimonio adopta el régimen de comunidad de bienes o bien, bajo el régimen de separación de bienes, por lo que debe interpretarse que la norma referida contempla ambas posibilidades normativas. La solución vendría de la mano de una interpretación armónica de ambos regímenes, tanto de la prohibición del Código Civil y Comercial, como el de la Ley General de Sociedades, o quizá en el futuro, de una eventual reforma al art. 27 LGS. He ahí el conflicto -en mi opinión- aparente, entre la disposición del art. 1002 inc. d del CCCN y el art. 27 LGS. Y digo aparente porque considero que tal conflicto, a la luz de la realidad actual de nuestro sistema jurídico, en realidad carece de tal entidad. En términos generales, todo el articulado del nuevo Código ha ampliado –en relación al Código de Vélez), el principio de la autonomía de la voluntad, y el régimen patrimonial del matrimonio no es la excepción a la regla. ... sostengo la especialidad por encima de la generalidad. Se aplica la ley especial (art. 27 LGS), es decir, la permisión, aún tratándose de matrimonio sometido a régimen de comunidad patrimonial, y en forma supletoria las normas del Código Civil y Comercial, que en una interpretación armónica de los preceptos involucrados, me lleva a concluir que el art. 1002

<sup>27</sup> Frente a una situación de duda en materia comercial, no debe buscarse la norma que permita, sino la norma que proscriba; la normativa que permite a los esposos integrar entre sí sociedades por acciones y de responsabilidad limitada (art. 27, LSC.) se contraponen con la que establece que cuando uno de los cónyuges adquiera por cualquier título la calidad de socio del otro en sociedades de distinto tipo, la sociedad deberá

transformarse en el plazo de seis meses ó cualquiera de los esposos deberá ceder su parte al otro socio ó a un tercero en el mismo plazo, con el fin de impedir que los socios integren entre sí sociedades de responsabilidad ilimitadas y solidaria, siendo nula la sociedad que viole el art. 27. CCCFT. Marcos Juárez, - “Gobbato, Santiago A. y otro c/ Ávila, Daniel A. y otra”, 21/11/2008, - Abeledo-Perrot on line. -Fallo dictado bajo el régimen anterior a la ley 26.994.

<sup>28</sup> PICCIAFUOCO, Natalia “Sociedades entre cónyuges: Una excepción neurálgica implantada por el Código Civil y Comercial al régimen de la capacidad para contratar”, en Publicado en *El Derecho Societario y de la Empresa en el Nuevo Sistema del Derecho Privado*. Tomo III Ed. XIII Congreso Argentino de Derecho Societario, IV Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa, Universidad de Mendoza – Universidad Nacional de Cuyo, Editorial Advocatus, Córdoba, agosto 2016, pág. 1491.

<sup>29</sup>VITOLLO, Roque Daniel; “Dos miradas sobre la capacidad de los Cónyuges para constituir o integrar Sociedades”; *El Derecho Comercial. A 200 años de la Declaración de la Independencia.*; Ed. Lerner Creativos; ps. 274/284. Jornadas de Instituto de Derecho Comercial-Tucumán Mayo 2016-.

<sup>30</sup> “La prohibición de contratar entre cónyuges del Código Civil y Comercial frente a la autorización del art. 27 de la Ley General de Sociedades” en *El Derecho Societario y de la Empresa en el Nuevo Sistema del Derecho Privado*. Tomo III Ed. XIII Congreso Argentino de Derecho Societario, IV Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa, Universidad de Mendoza – Universidad Nacional de Cuyo, Editorial Advocatus, Córdoba, agosto 2016, pág. 1509.

en realidad hace referencia, por descarte de la ley especial, a todos los demás contratos que no fueren sociedades. O sea postula una interpretación amplia de la inhabilidad.

5.4.Favier Dubois<sup>31</sup>, en relación a la reforma apuntada al art. 27, señala que “el nuevo Código supera a la limitación de la ley anterior, que solo permitía a los cónyuges ser socios de sociedades en las que tengan responsabilidad limitada, y los autoriza a integrar cualquier tipo de sociedad, incluyendo a las informales de la Sección IV recién referidas (nuevo art. 27 L.S.). Vale decir, desaparece la actual contingencia de que a una sociedad “comercial de hecho” entre marido y mujer, o con hijos y nueras, se la reputa como nula y se le exija la liquidación y/o se le impida la “regularización”.

5.5.Interpretando las normas en conflicto, Ricardo Nissen<sup>32</sup> se expresa en sentido contrario a los citados precedentemente, pronunciándose por la solución restrictiva, manifestando: “...no existe hoy la menor limitación de los cónyuges para formar sociedad de cualquier tipo... Ello constituye un grave desacierto, pues tal solución podría ser entendida cuando el matrimonio está sometido al régimen de separación de bienes...Una interpretación literal de la norma ...podría autorizar la conclusión de que la actual y amplia permisión del art. 27 ...supera cualquier discusión al respecto, comprendiendo ambos regímenes patrimoniales del matrimonio... pero ...esa manera de pensar traiciona claramente la voluntad de quienes han redactado el nuevo régimen patrimonial del matrimonio, siendo no menos evidente que este sistema, de evidente orden público, debe prevalecer sobre cualquier norma que, sobre el tema esté previsto en la Ley General de Sociedades, que en principio, sólo comprende cuestiones patrimoniales”...”esta incoherencia sólo puede ser superada mediante una interpretación finalista de la ley, esto es, aquella que atienda a las intenciones del legislador, así como a los principios y valores jurídicos en juego...de allí que entendamos que el art. 27 de la ley 19550 sólo se refiere a aquellos esposos que se encuentren sometidos al régimen de separación de bienes...”

Hasta aquí luces y sombras.

La preocupación sobre conflictos entre cónyuges, para atender la interpretación de la inhabilidad, impone advertir que la conflictividad existió con la anterior regulación y siempre podrá existir ante actitudes ilegales o psicológicas, derivadas no sólo de la relación societaria sino de la relación marital o en su disolución.

## V – NUESTRO PUNTO DE VISTA.

Nos enrolamos con la tesis amplia señalada precedentemente, pero agregamos razones específicas.

Con la no informada reforma se advertirá que la inhabilitación, que como tal debe interpretarse restrictivamente, refiere a “contratación en interés propio”. Crear una nueva persona jurídica, en el caso sociedad, importa el interés en generar el nuevo centro imputativo. La causa del vínculo es el advenimiento de una persona jurídica para desarrollar determinadas actividades. Se refiere a una nueva categoría de contratos, no de cambio, sino de organización, donde las partes no tienen intereses contrapuestos sino que están en la misma posición jurídica y con un mismo interés: constituir la persona jurídica sociedad, aunque puedan tener diferentes derechos.

<sup>31</sup> FAVIER DUBOIS h., Eduardo “Panorama del Derecho Comercial En El Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación”, publicado en [www.favierduboisSpagnolo.com/trabajos-dedoctrina/](http://www.favierduboisSpagnolo.com/trabajos-dedoctrina/) panorama-del-derecho-comercial-en-el-nuevo-codigo-civil-y-comercialde- lanacion/

<sup>32</sup> NISSEN, Ricardo A., *Incidencias del Código Civil y Comercial. Derecho Societario*, Hammurabi, José Luis Depalma, Buenos Aires, año 2015, N° 34, ps. 166-170.

1. Encontramos en similar posición a *Gladys Josefina Puliafito*<sup>33</sup> que apunta a que “No resulta de aplicación el inc. d) del art. 1002 del Código Civil y Comercial de la Nación a las sociedades entre cónyuges”, destacando entre otros argumentos –que recomendamos leer– “La prohibición refiere en particular a la contratación de los cónyuges “entre sí”, aludiendo más específicamente a prestaciones efectuadas entre cónyuges para sí y en su *propio interés* (vgr. compraventa, permuta, cesión de derechos, etc) donde el desplazamiento patrimonial de un esposo a otro, podría prestarse al fraude que la norma pretendería evitar. Finalmente, en la sociedad los cónyuges celebran un contrato plurilateral de organización del que nace una persona jurídica distinta con finalidad e interés social propio (art. 159 CCCN), distinto de los constituyentes y respecto de la cual las partes entablan vínculos contractuales independientes; por lo que no existe desplazamiento patrimonial entre los esposos, sino contribución a la formación de un patrimonio ajeno.- Además y conforme lo dicho anteriormente, la prohibición carecería aún mas de sentido, si los cónyuges pretenden aportar bienes propios”.

2. En el mismo Congreso, Susana Monzó<sup>34</sup>, refiriéndose a otra problemática apunta coincidentemente “La reforma acentúa la interrelación entre causa fin de la sociedad: riesgo en común asumido por los socios con vocación a percibir ganancias; interés social: directriz que marca el carril del objeto social y el parámetro de conducta de administradores y socios, que a su vez protege la esencia de la sociedad y principio de conservación de la empresa: cuya ratio es hallable en la subsistencia de la causa fin a lo largo de toda la vida de la sociedad y en el respeto hacia el interés social como única forma de creación de valor y por tanto de viabilidad económica y social de la empresa. ...Betti<sup>35</sup> expresa: “Es fácil concluir que la causa o razón del negocio se identifica con la *función económico-social* del negocio entero, en la *síntesis* de sus elementos esenciales. Los elementos necesarios para la existencia del negocio son también elementos indispensables de la función típica que es su característica. ...El nuevo Código Civil y Comercial de la Nación, dentro de la Sección 2ª referida al “Acto Jurídico” en los arts. 281 a 283, define la “causa” como: “*El fin inmediato autorizado por el ordenamiento jurídico que ha sido determinante de la voluntad. También integran la causa los motivos exteriorizados cuando sean lícitos y hayan sido incorporados al acto en forma expresa, o tácitamente si son esenciales para ambas partes*”. 1) La *causa objetiva*, que identifica la finalidad perseguida por el negocio jurídico que es unitaria para las partes, uniforme en la misma especie de actos jurídicos y sirve para tipificarlos (en concordancia con Betti) y; 2) La *causa subjetiva*, que se refiere a la finalidad perseguida por los contratantes al celebrar el acto, por lo que resulta individual y variable en cada negocio jurídico a diferencia de la causa objetiva.

3. Por otra parte, se agrega como típico que el contrato plurilateral sea de organización, cada socio está obligado a la formación de un nuevo patrimonio que pertenece al ente jurídico constituido.<sup>36</sup> La causa del negocio constitutivo es ese advenimiento de un centro de imputación personificado, con patrimonio propio, para la actuación en común conforme a un objeto y fin. Se trata de referirse a que el

<sup>33</sup> Sociedades entre cónyuges y el art. 1002 inc. d) del Código Civil y Comercial de la Nación” Publicado en *El Derecho Societario y de la Empresa en el Nuevo Sistema del Derecho Privado*. Tomo III Ed. XIII Congreso Argentino de Derecho Societario, IV Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa, Universidad de Mendoza – Universidad Nacional de Cuyo, Editorial Advocatus, Córdoba, agosto 2016, pág. 1501.

<sup>34</sup> “Causa fin, interés social y principio de conservación de la empresa en el nuevo sistema societario. Arts. 281 a 283, arts. 1012 a 1014 y art. 159 CCyCN. Art. 100 LGS modificado por la Ley 26.994”, Publicado en *El Derecho Societario y de la Empresa en el Nuevo Sistema del Derecho Privado*. Tomo I Ed. XIII Congreso Argentino de Derecho Societario, IV Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa, Universidad de Mendoza – Universidad Nacional de Cuyo, Editorial Advocatus, Córdoba, agosto 2016, pág. 115.

<sup>35</sup> BETTI, Emilio, *Teoría General del Negocio Jurídico*, ob. cit., ps. 141 a 144.

<sup>36</sup> BARBOZA, Ely. “Personalidad jurídica de las sociedades irregulares en el derecho venezolano”. En *Jornadas de derecho mercantil*. Universidad Católica Andrés Bello. Caracas: Julio-1978, p. 410.

negocio constitutivo de sociedad tiene un interés o causa común: el advenimiento del nuevo sujeto de derecho para un emprendimiento en común<sup>37</sup>.

Por eso nos pronunciamos por una interpretación que excluye de la inhabiliación la constitución de sociedades entre cónyuges en cualquier caso.

Ahondemos en torno a las relaciones de organización. Joaquín Garriguez se refería a la Sociedad Anónima como un capital con personalidad? Como un centro de imputación autogestante a partir de un patrimonio afectado. Para generar centros imputativos los sistemas jurídicos disponen de soluciones para sus cuerpos normativos a fin de reglar ciertas relaciones con y entre los terceros.

En ese sentido parece indispensable atender a las relaciones de organización<sup>38</sup>.

El principio de división patrimonial, base de la personalidad, se estructura en resguardo no de los socios sino del nuevo sujeto de derecho y de sus acreedores, distintos al de los socios. La limitación de responsabilidad es un privilegio de esos socios, que no altera el principio de división patrimonial.

La “sociedad es una persona jurídica, porque tiene patrimonio propio y un sistema de imputabilidad de derechos y obligaciones al mismo, con medios destinados a conseguir el fin propio...”<sup>39</sup>. Bajo ese criterio, son personas jurídicas las que así sean determinadas por el respectivo ordenamiento positivo, y se constituyen y operan conforme su estatuto e interés de los socios.

Se constituye así en una herramienta de la ciencia del derecho otorgada al legislador, conforme al medio y contexto social y doctrinario, para que éste atribuya esas normativas. Lo hará reconociendo la existencia de una persona jurídica como centro de imputación diferenciada, sea por medio de un acto público o de las relaciones contractuales funcionalmente exteriorizadas<sup>40</sup>.

4. Pensando en la eventual ilegalidad de la sociedad constituída por cónyuges en régimen de comunidad de bienes, ya ha desaparecido la sanción de nulidad y liquidación prevista en el art. 29 LSC<sup>41</sup>, por lo que debería tramitar un juicio declarativo sobre la interpretación restrictiva y, declarada ella en firme, procedería la liquidación de la sociedad o de la parte de los inhabilitados de derecho.

Claro que la duda actuará como disuasoria de la constitución de sociedades entre o con cónyuges que no se encuentren en régimen de separación de bienes. Pero alienta a la posición permisiva lo terminante de la previsión de la ley especial, otorgando capacidad para constituir sociedad, y la correcta interpretación de la inhabilitación relativa de contratar a los negocios en interés propio, cuando la constitución de la persona jurídica lo es en interés común, constituyendo la causa del negocio, raatificando nuestro criterio de permisión de constituir sociedad entre cónyuges cualquiera sea el régimen de administración, de cualquier tipo incluso generando relaciones de organización con contratos asociativos.

En la reforma italiana por el Código Civil de 1942, surgió la Teoría del Contrato Plurilateral, formulada por Ascarelli, según la cual la sociedad está incluida en la subcategoría de los contratos plurilaterales, no se contraponen en partes enfrentadas *-contra partes-*, sino que, por el contrario,

<sup>37</sup> Sobre el punto puede verse todo nuestro pensamiento en libros y artículos sobre las “relaciones de organización” con finalidad común, personificadas o no.

<sup>38</sup> A las 4as. JORNADAS DE INSTITUTOS DE DERECHO COMERCIAL, CORRIENTES, 5/7 de septiembre de 1996, intitulada: "DERECHO DE LA ORGANIZACION Y ESTABLECIMIENTO EMPRESARIAL" (PROPUESTA PARA UN TRABAJO COLECTIVO).

<sup>39</sup> VIVANTE, César *Tratado de derecho mercantil*. Versión española de la quinta edición italiana corregida, aumentada y reimpressa- Volumen II, Edit. Reus, Madrid, año 1932, págs. 6 y ss.

<sup>40</sup> Nto. *En torno a la llamada inoponibilidad de la personalidad jurídica* en "Doctrina societaria y concursal" de Errepar t. II p. 541.

<sup>41</sup> Art. 29 LSC “SANCION. Es nula la sociedad que viole el artículo 27. Se liquidará de acuerdo con la sección 13...” Previsión eliminada en la LGS. De todos modos constituía una causal de disolución, sin desconocer lo actuado por la persona jurídica.

convergen como *co-partes* en un mismo proyecto y fin económico.<sup>42</sup> Cada parte contratante tiene frente a sí, simultáneamente tantas partes como socios, sin alterar su subsistencia permitiendo la adhesión de nuevos socios y la salida de los existentes. No hay interés contrario sino interés común. Son las relaciones de organización con finalidad común a las que nos venimos refiriendo.<sup>43</sup>

## VI – CUESTIONES PERIFÉRICAS.

Algunas consideraciones sobre tópicos que no ahondaremos.

Anticipamos nuestro criterio sobre la nulidad de personas jurídicas, hoy subsanado por las referencias introducidas en la Sección IV LGS. El mismo efecto resulta en la aplicación de las normas en el tiempo conforme el art. 7 CCC.

El art. 7 CCC dispone que “Eficacia temporal. A partir de su entrada en vigencia, las leyes se aplican a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes... Las nuevas leyes supletorias no son aplicables a los contratos en curso de ejecución, con excepción de las normas más favorables al consumidor en las relaciones de consumo”.

Nada se dispone en torno a las personas jurídicas, o sea que aún en la interpretación restrictiva, si los cónyuges hubieran generado una SRL o SA a tenor del anterior sistema de la LSA, estando y manteniéndose en régimen de comunidad de bienes, la sociedad no se vería afectada.

En cualquier caso, ante la interpretación restrictiva que actuará como disuasoria de buenas ideas para encauzar emprendimientos familiares a largo plazo, incluso aún ante la separación de los cónyuges, se advertirá que ante la nulidad siempre cabría la subsanación<sup>44</sup>. Incluso si se pensara estar en los supuestos de los arts. 16 o 17 LGS: 2.6.- Sustitúyese el artículo 16 de la ley 19.550, T.O. 1984, por el siguiente: Artículo 16.- Principio general. La nulidad o anulación que afecte el vínculo de alguno de los socios no producirá la nulidad, anulación o resolución del contrato, excepto que la participación o la prestación de ese socio deba considerarse esencial, habida cuenta de las circunstancias o que se trate de socio único...”. De todos modos por los principios que venimos desarrollando, aun en las situaciones indicadas en la norma sólo cabría entenderla como una causal de disolución, pues la personalidad jurídica sólo se extinguirá cuando no existan relaciones jurídicas con terceros.

No tenemos dudas de las ventajas de la sociedad entre cónyuges en ciertas planificaciones familiares, incluso para resguardar el patrimonio familiar. Así la admisión del pacto sobre herencia futura cuando se trata de una empresa familiar, que engloba a sociedades. Esta es a nuestro juicio la modificación más trascendente para la empresa familiar en tanto permitirá la mejor programación de la sucesión en la propiedad de la empresa. El art. 1010 CCC, en su segundo párrafo y como excepción a la prohibición general de pactos sobre herencias futuras,

42 FONT, Juan y PINO, Manuel. “La relevante causa negocial de la sociedad. Una relectura (sólo) jurídica del concepto de sociedad”. ob. cit., p. 541-607.

43 Nto. *Las relaciones de organización. El sistema jurídico del Derecho Privado*, 2ª. Edición, Córdoba 2002.

44 2.12.- Sustitúyese el art. 25 de la ley 19.550, T.O. 1984, por el siguiente: Art. 25.- Subsanación. En el caso de sociedades incluidas en esta Sección, la omisión de requisitos esenciales, tipificantes o no tipificantes, la existencia de elementos incompatibles con el tipo elegido o la omisión de cumplimiento de requisitos formales, pueden subsanarse a iniciativa de la sociedad o de los socios en cualquier tiempo durante el plazo de la duración previsto en el contrato. A falta de acuerdo unánime de los socios, la subsanación puede ser ordenada judicialmente en procedimiento sumarísimo. En caso necesario, el juez puede suplir la falta de acuerdo, sin imponer mayor responsabilidad a los socios que no lo consientan. El socio disconforme podrá ejercer el derecho de receso dentro de los diez (10) días de quedar firme la decisión judicial, en los términos del artículo 92. *Disolución. Liquidación.* Cualquiera de los socios puede provocar la disolución de la sociedad cuando no media estipulación escrita del pacto de duración, notificando fehacientemente tal decisión a todos los socios. Sus efectos se producirán de pleno derecho entre los socios a los 90 días de la última notificación. Los socios que deseen permanecer en la sociedad, deben pagar a los salientes su parte social. La liquidación se rige por las normas del contrato y de esta ley.

establece: “*Los pactos relativos a una explotación productiva o a participaciones societarias de cualquier tipo, con miras a la conservación de la unidad de gestión empresarial o a la prevención o solución de conflictos, pueden incluir disposiciones referidas a futuros derechos hereditarios y establecer compensaciones en favor de otros legitimarios. Estos pactos son válidos, sean o no parte el futuro causante y su cónyuge, si no afectan la legítima hereditaria, los derechos del cónyuge, ni los derechos de terceros*”.

También se advierte en otras normas esa posibilidad: ARTÍCULO 2330.- **Indivisión impuesta** por el testador. El testador puede imponer a sus herederos, aun legitimarios, la indivisión de la herencia por un plazo no mayor de diez años. Puede también disponer que se mantenga indiviso por ese plazo o, en caso de haber herederos menores de edad, hasta que todos ellos lleguen a la mayoría de edad:

a. un bien determinado; b. un establecimiento comercial, industrial, agrícola, ganadero, minero, o cualquier otro que constituye una unidad económica; c. **las partes sociales, cuotas o acciones de la sociedad de la cual es principal socio o accionista.** En todos los casos, cualquier plazo superior al máximo permitido se entiende reducido a éste. El juez puede autorizar la división total o parcial antes de vencer el plazo, a pedido de un coheredero, cuando concurren **circunstancias graves o razones de manifiesta utilidad.**”

También se manifiesta en la división hereditaria en varias normas esa tutela a la sociedad como instrumento de actividad productiva en común: ARTÍCULO 2332.- Oposición del cónyuge. **Si en el acervo hereditario existe un establecimiento comercial, industrial, agrícola, ganadero, minero o de otra índole que constituye una unidad económica, o partes sociales, cuotas o acciones de una sociedad, el cónyuge supérstite que ha adquirido o constituido en todo o en parte el establecimiento o que es el principal socio o accionista de la sociedad**, puede oponerse a que se incluyan en la partición, excepto que puedan serle adjudicados en su lote. Tiene el mismo derecho el cónyuge que no adquirió ni constituyó el establecimiento **pero que participa activamente en su explotación**. En estos casos, la indivisión se mantiene hasta diez años a partir de la muerte del causante, pero puede ser **prorrogada judicialmente a pedido del cónyuge sobreviviente** hasta su fallecimiento. Durante la indivisión, la administración del establecimiento, de las partes sociales, cuotas o acciones corresponde al cónyuge sobreviviente. - A instancia de cualquiera de los herederos, el juez puede autorizar el cese de la indivisión antes del plazo fijado, **si concurren causas graves o de manifiesta utilidad económica** que justifican la decisión.

ARTÍCULO 2333.- Oposición de un heredero. En las mismas circunstancias que las establecidas en el artículo 2332, **un heredero puede oponerse a la inclusión en la partición del establecimiento que constituye una unidad económica si, antes de la muerte del causante, ha participado activamente en la explotación de la empresa**”. Llama la atención muchas veces el léxico del CCC, en este caso con una objetivación de la empresa.

El CCC ha tenido en cuenta la posibilidad de participación de cónyuges en sociedades, como en los arts. 491 (...Si la participación de carácter propio de uno de los cónyuges en una sociedad adquiere un mayor valor a causa de la **capitalización de utilidades** durante la comunidad, el cónyuge socio debe recompensa a la comunidad. Esta solución es aplicable a los fondos de comercio.

Otras previsiones del CCC hacen referencia a relaciones societarias que pueden también ser compatibles con la existencia de una sociedad entre los cónyuges: ATRIBUCIÓN PREFERENCIAL DEL ESTABLECIMIENTO: ARTÍCULO 2380.- Atribución preferencial de establecimiento. El **cónyuge sobreviviente o un heredero** pueden pedir la **atribución preferencial** en la partición, con cargo de pagar el saldo si lo hay, del **establecimiento agrícola, comercial, industrial, artesanal o de servicios** que constituye **una unidad económica, en cuya formación participó**. En caso de **explotación en forma social**, puede pedirse la **atribución preferencial de los derechos sociales**, si ello no afecta las disposiciones legales o las cláusulas estatutarias **sobre la continuación de una**



**sociedad con el cónyuge sobreviviente o con uno o varios herederos.** El saldo debe ser pagado al contado, excepto acuerdo en contrario.

VII – CONCLUIMOS este cúmulo de expresiones en torno a la necesidad de estimular y preservar las modalidades societarias para las actividades negociales, que permiten incrementar y sostener en el tiempo los negocios conyugales, en beneficio de sus integrantes y de sus herederos, en una planificación familiar que da continuidad a una actividad más allá de la vida de las que lo gestaron.

Sin duda seguiremos meditando sobre estos aspectos, mucho más complejos que las supuestas limitaciones a cónyuges en sistema de comunidad para constituir sociedades, que se entrelazan con las relaciones de organización, la función de la personificación y su permanencia.