

CONTRATOS ASOCIATIVOS PARASOCIETARIOS ENTRE CÓNYUGES

Gladys Josefina Puliafito y Gladys Delia Marsala

SUMARIO:

El art. 1002 inc. d) del CCCN no resulta aplicable a los contratos asociativos parasocietarios, regulados en los art. 1442 al 1447 del CCCN.



1. Fundamentos

1.1. Introducción

Si bien el formato de las Sociedades por Acciones Simplificadas (SAS) creada por la ley 27.349, permite estructurar adecuadamente la empresa familiar, en tanto facilita a los constituyentes la inclusión de principios y normas, propios de los llamados protocolos familiares (vgr. la conformación de órganos consultivos y otras estipulaciones), ello no descarta la celebración de aquéllos, que por razones de diversa índole no fueron previstos al constituir la sociedad.

Así las cosas, el protocolo de familia es un instrumento indispensable para preservar, resolver, y gestionar los conflictos entre los familiares socios y que puede conceptualizarse como un “documento en que una familia propietaria de una empresa, por medio del consenso pone por escrito, las reglas que van a regir la relación entre la familia, la empresa y la propiedad, en el presente y en el futuro”.¹ De esta definición se desprende que el protocolo no debe ser sólo considerado como una reunión de cláusulas programáticas, sino una adecuada reglamentación de la dinámica empresarial familiar, por lo cual puede señalarse

¹ Sosa de Irigoyen, María Susana: “Problemas y resistencias en los procesos de elaboración del protocolo familiar”, en “El protocolo de la empresa familiar”, Director Favier Dubois, Eduardo, (Ed. Ad-Hoc, 2011), pág. 159,

que constituye un auténtico contrato. Su importancia, destacada en el derecho comparado, incluye la necesidad de regular integralmente el fenómeno de la empresa familiar, en razón del impacto negativo que se produciría si ésta debe interrumpir su actividad por los conflictos generados en la sucesión y en el traspaso generacional, trayendo como consecuencia el cierre de la empresa, en perjuicio de la economía en general.

De lo que se sigue que atento a su importancia, accede a una sociedad de familia ya constituida que permite ubicarlo de acuerdo con lo expuesto, en el ámbito del contrato asociativo atípico, parasocietario, regido por los arts. 1442 al 1447 CCCN. En efecto, cada integrante de la familia societaria asume una obligación que no es contraria a las obligaciones de los demás, sino que se aproxima, se acerca a la de ellos. La causa de esas obligaciones que asumen cada miembro radica en los resultados que pretenden obtener de la gestión de todas las prestaciones asociadas, teniendo como finalidad común el adecuado equilibrio entre la familia y la empresa.

Ahora bien, al amparo de los contratos asociativos, y la normativa que los regula, impondría a los cónyuges contratantes, bajo el régimen de comunidad de ganancias, separar sus patrimonios para poder celebrarlos, de conformidad con lo previsto por el art. 1002 inc. d) del CCCN.

La separación de patrimonios puede no resultar conveniente en tanto significa la disolución y liquidación del régimen patrimonial de comunidad y ello puede constituir una verdadera fuente de conflictos innecesarios y contrarios al espíritu que rige la empresa familiar, que precisamente requiere de estas herramientas para prevenirlos, “en aras al mantenimiento de la participación familiar en la empresa y que ésta sea el sustento de la primera”².

Valga agregar que gran parte de la doctrina se ha expedido en contra de la citada disposición, no prevista en el Anteproyecto del Código Civil y Comercial de la Nación³, siendo propuesta su derogación en el Anteproyecto de Reforma del Código Civil y Comercial⁴.

El tema, por su parte, fue motivo de debate en el Congreso anterior realizado en Mendoza, si bien referido principalmente a la sociedad, y no específicamente

² Favier Dubois (h), Eduardo: La financiación de la empresa familiar y sus resultados contables frente a la liquidación de la sociedad conyugal, en L.L. 2010-C, 1225 - AR/DOC/4597/2010.

³ Redactado por la Comisión integrada por los Dres. Ricardo Lorenzetti, Elena H. de No-lasco y Aída K. de Carlucci, designada por Decreto N° 191/2011.

⁴ Redactado por la Comisión integrada por los Dres. Julio César Rivera, Ramón Daniel Pizarro, Diego Botana, designada por Decreto 182/2018.

a los contratos asociativos, salvo una posición que sostenía la separación de bienes para poder celebrarlos, aunque referidos a los contratos de colaboración empresarial (U.T., A.C., Consorcios de cooperación)⁵ en los términos de la anterior ley de sociedades (ley 19.550 modificada por ley 22.903).

En cuanto a la materia societaria, algunos autores admitieron la constitución de sociedades sin recurrir a la separación de bienes, sosteniendo como primer argumento la aplicación del orden de prelación normativo impuesto por el art. 150 CCCN, el cual remite en primer término a las normas imperativas de la ley especial, y sólo en su defecto, las del Código Civil y Comercial. Por lo que, por aplicación del art. 27 LGS, concluían en que los cónyuges pueden constituir sociedades cualquiera sea el régimen patrimonial adoptado⁶. Otros en cambio, sostenían que el art. 1002 inc. d) CCCN en tanto norma prohibitiva, y de orden público, debía prevalecer sobre una norma permisiva como la prevista en el art. 27 LGS⁷, por lo que no era posible la constitución de sociedades entre cónyuges sin optar por el régimen de separación de bienes.

Nuestra posición, en cambio, sostuvo la no aplicación del art. 1002 inc. d) del CCCN no sólo por aplicación del art. 150 CCCN, sino por la naturaleza del contrato plurilateral de organización que constituye una sociedad, sujeto de derecho diverso de los contrayentes, que según interpretábamos, no

⁵ Picciafuoco, Natalia: “Sociedades entre cónyuges: una excepción neurálgica implantada por el Código Civil y Comercial, al régimen de la capacidad para contratar” en *“El Derecho Societario y de la Empresa en el nuevo sistema del Derecho Privado”*, XIII Congreso de Derecho Societario y IX Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa, Ed. Advocatus, Córdoba, 2016, T.III, p. 1494

⁶ Vitolo, Daniel: “Capacidad de los cónyuges para constituir o para 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”*, XIII Congreso de Derecho Societario y IX Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa, Ed. Advocatus, Córdoba, 2016, T.III, p. 1515.

⁷ Balonas, Daniel: “Sociedades entre cónyuges”, *El Derecho Societario y de la Empresa en el nuevo sistema del Derecho Privado*, XIII Congreso de Derecho Societario y IX Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa, Ed. Advocatus, Córdoba, 2016, T.III, p. 1489.

se encontraba alcanzado por el imperativo legal⁸, en similar posición a la sostenida por Richard⁹.

Cabe agregar que iguales argumentos caben para las SAS, pues si bien la ley 27.349, nada previó sobre el particular, resulta de aplicación supletoria el art. 27 LGS en tanto ella no resulta incompatible o inconciliable con las disposiciones contenidas en la citada ley (conf. art. 33)¹⁰.

1.2. La cuestión de los contratos asociativos atípicos parasocietarios, celebrados por los cónyuges.

Ahora bien, la solución propuesta para la sociedad, entendemos puede resultar de aplicación para los contratos asociativos referidos, no obstante no encontrarse regulados bajo una ley especial, sino bajo la órbita del Código Civil y Comercial de la Nación.

El art. 1002 inc. d) CCCN es una norma imperativa que dispone una inhabilidad, pero al ser específica entendemos que debe circunscribirse su aplicación a casos puntuales, con mayor razón si resulta contradictoria con el resto de la normativa contenida en el propio CCCN, que prevé la celebración de diversos contratos entre cónyuges sin referencia alguna al régimen patrimonial al que se hayan sometido, en tanto el régimen de separación es optativo y no obligatorio. Por ello, el régimen de comunidad de ganancias es supletorio frente al silencio de los cónyuges al celebrar el matrimonio (conf. art. 463 CCCN), siendo dicho régimen la regla y aquel otro, la excepción.

Por tal razón, y al igual que en los contratos societarios, entendemos que el ámbito de aplicación de la norma debe ceñirse a los supuestos donde los esposos celebran contratos que suponen desplazamientos patrimoniales entre ellos,

⁸ Puliafito, Gladys J: “Sociedades entre cónyuges y el art. 1002 inc. d) del Código Civil y Comercial de la Nación” en *“El Derecho Societario y de la Empresa en el nuevo sistema del Derecho Privado”*, XIII Congreso de Derecho Societario y IX Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa, Ed. Advocatus, Córdoba, 2016, T.III, p. 1501.

⁹ Richard, Hugo: “Sociedad entre cónyuges” en *“El Derecho Societario y de la Empresa en el nuevo sistema del Derecho Privado”*, XIII Congreso de Derecho Societario y IX Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa, Ed. Advocatus, Córdoba, 2016, T.III, p. 1507. Ver también el artículo del auto en <http://www.acaderc.org.ar/doctrina/sociedad-entre-conyuges-luces-y-sombras-del-codigo-civil-y-comercial-y-la-ley-general-de-sociedades>.

¹⁰ Conf. Manóvil, Rafael: “Las SAS y las normas generales de la Ley de Sociedades”, en L.L. 20/05/2019, cita on line AR/DOC/718/2019.

en interés propio (o “beneficio propio”)¹¹ (conf. redacción del art. 1002 inc. d CCCN), que es lo que la norma supuestamente pretendería comprender con miras a la prevención del fraude¹². La disposición apuntaría a los llamados contratos de cambio donde existe prestaciones y contraprestaciones, ambas de causa recíproca, generándose un vínculo contractual que une a las partes, en posiciones enfrentadas entre sí, a excepción claro está del propio régimen de separación de bienes que supone concesiones recíprocas entre los esposos a fin de habilitar, luego, estos contratos que en el futuro pudieran celebrar.

Por el contrario, en los contratos asociativos, más precisamente, los contratos plurilaterales funcionales, aun sin generar un sujeto de derecho diverso -como el caso de la sociedad- las partes no están enfrentadas ni la causa de la prestación de uno, es la causa de la contraprestación del otro, sino que cada parte, contribuye con su prestación a la obtención de una finalidad común¹³. Es por ello que cada parte genera un vínculo contractual independiente del otro, no siendo posible la aplicación de las consecuencias o soluciones propias de los contratos de cambio.

En este sentido, la normativa del Código Civil y Comercial que los recepta, hace referencia a ello, disponiendo en el art. 1443, que “si las partes son mas de dos la nulidad respecto de una de las partes no produce la nulidad entre las demás y el incumplimiento de una, no excusa el de las otras, excepto que la prestación de aquella que ha incumplido o respecto de la cual el contrato es nulo, sea necesario para la realización del objeto del contrato”.

Por lo tanto y propio de la tipología de estos contratos, no resultan de aplicación la *exceptio non adimpleti contractus*, ni la nulidad vincular que puede afectar a un partícipe afectará la subsistencia del contrato. Con excepción que la prestación sea esencial, o en su caso, o por aplicación de la resolución parcial, se reduzca a uno el número de partícipes, propio de la plurilateralidad funcional que los caracteriza.

Así las cosas, si resultara de aplicación el art. 1002 inc. d) del CCCN, nos encontraríamos, con la paradójica situación que para constituir sociedad, los cónyuges no necesitarían recurrir a la separación de bienes, mientras que para

¹¹ Richard, Hugo: op. cit; Ver además, del mismo autor “Sociedades entre cónyuges, luces y sombras del Código Civil y Comercial y la Ley General de Sociedades” en www.acaderc.org.ar/doctrina.

¹² En este contexto, resultaba de aplicación el art. 1358 del Código velezano que prohibía la venta entre los contrayentes.

¹³ Conf. Muguillo, Roberto. A. “*Contratos civiles y comerciales Parte general*”, 1.º ed., Buenos Aires., Astrea, 2016. Richard, Efraín y Muiño, Orlando: “*Derecho Societario*” (Ed. Astrea, Buenos Aires, 1997), pág. 769 y ss.

celebrar el contrato parasocietario, accesorio de la sociedad, sí, sustentado sólo en los ámbitos legislativos que le son propios a cada cual. Sin repararse adicionalmente, que aquellos contratos asociativos parasocietarios ¹⁴ que contengan (en el marco de un protocolo familiar) pactos de herencia futura (conforme art. 1010 CCCN), relativos a participaciones societarias en miras a la conservación de la unidad de la gestión empresaria o la prevención de conflictos, admiten ser celebrados entre cónyuges, sin distinción alguna del régimen patrimonial matrimonial al que podrían encontrarse afectados.

Por lo que, si nos centramos en la especial naturaleza de estos contratos, debemos coincidir en que si se sigue una interpretación como la propuesta, de acuerdo con los argumentos expuestos, resulta entonces que los cónyuges, aún bajo el régimen de comunidad de ganancias, podrán celebrar igualmente contratos asociativos parasocietarios.

2. El Anteproyecto de Reformas a la Ley General de Sociedades (2018) ¹⁵

Recientemente puesto en consideración al público en este Congreso, al citado Congreso propone la modificación del art. 27 LGS, por el siguiente texto: *“Las sociedades de cualquier tipo y las reguladas en la Sección IV pueden ser constituidas e integradas por los cónyuges cualquiera sea el régimen patrimonial que los rija y pueden celebrar entre sí actos jurídicos relativos a sus participaciones”*.

De donde surge que los cónyuges pueden constituir sociedades y contratos parasocietarios, sin necesidad de recurrir al régimen de separación de bienes.

Por lo demás la redacción del artículo permite extenderlo a los contratos de cesión de participaciones societarias celebrados entre los esposos, el que de acuerdo con nuestra opinión constituiría una excepción al régimen referido, por expresa aplicación de la ley especial societaria (conf. art. 150 CCCN).

¹⁴ Al respecto ver: Romero Raúl, “Contrato parasocietario sobre herencia futura”, en *“El Derecho Societario y de la Empresa en el nuevo sistema del Derecho Privado”*, XIII Congreso de Derecho Societario y IX Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa, Ed. Advocatus, Córdoba, 2016, T. III, p. 1591. Ver además, Favier Dubois, Eduardo (h) y Spagnolo, Lucía, “Reconocimiento del pacto protocolar y nuevo marco legal para las empresas familiares en el Código Civil” en *“El Derecho Societario y de la Empresa en el nuevo sistema del Derecho Privado”*, XIII Congreso de Derecho Societario y IX Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa, Ed. Advocatus, Córdoba, 2016, T. III, p. 1597;

¹⁵ Integrada por los Dres. Rafael Manóvil, Guillermo Ragazzi, Alfredo Rovira y Gabriela Calcaterra, designada por Decreto DPP - 58/18 del H. Senado de la Nación.