

Sociedades entre cónyuges: Una excepción neurálgica implantada por el Código Civil y Comercial al régimen de la capacidad para contratar

Natalia Picciafuoco

Exordio

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.

I) Fuentes legales correspondientes al tema abordado

El desuetudo artículo 27 L.G.S., autorizaba a los cónyuges a integrar entre sí, “Sociedades de Responsabilidad Limitada” y “Sociedades por Acciones”, habiendo aventado en principio varios temas que dividía a la doctrina y la Jurisprudencia Nacional. Con el transcurso de los años surgieron inquietudes, entre otras, referentes a la admisibilidad de una Sociedad de Responsabilidad Limitada integrada por ambos cónyuges con hijos legítimos, por la cesión de la participación; por la constitución de una Sociedad de Hecho³; o la concur-

³ Para BELLUSCIO, Augusto Cesar, *Manual de Derecho de Familia*, Depalma; 1989; t. II; p. 42. “...Considera que toda sociedad entre cónyuges debería ser válida salvo que se vulneren reglas imperativas del régimen matrimonial...”. Otros autores tales como CAVANELLAS DE LAS CUEVAS, Guillermo; *Derecho Societario*, Heliasta, Buenos Aires;

sabilidad de esta última⁴. El nuevo ordenamiento legal argentino, al desmenuar las viejas concepciones normativas y las extensas opiniones doctrinarias y jurisprudenciales, y presentar una nueva forma de interpretación de la ley (artículo 1), abre bifurcaciones conceptuales que, indudablemente, deben ser abordadas entre otros temas, las denominadas sociedades entre cónyuges. Así, aquella limitación de la Ley 19.550, por imperio del artículo 446 CCYC, queda totalmente flexibilizada en lo que respecta al régimen de los bienes en el matrimonio, ello al permitir optar por la separación o la comunidad de los mismos acordada en las convenciones pre-matrimoniales.

En relación al artículo de mentas observamos que este dispone “...**Objeto. Antes de la celebración del matrimonio los futuros cónyuges pueden hacer convenciones que tengan únicamente los objetos siguientes: a)...**; **b)...**; **c)...**; **d) la opción que hagan por alguno de los regímenes patrimoniales, previstos en este código...**”.

Lo dispuesto en el Inc. d), habilita a los cónyuges a poder acogerse a lo dispuesto por el artículo 27 L.G.S, al disponer dicha norma que “... **Los cónyuges pueden integrar entre sí Sociedades de Cualquier tipo y las reguladas en las sección IV...**”; esto último entiéndase de la Ley General de Sociedades.

En este paneo normativo no podemos omitir lo dispuesto por el artículo 102 CCyC., toda vez que dispone “... **Inhabilidades Especiales. No pueden contratar en interés propio: a)...**; **b)...**; **c)...**; **d) Los cónyuges, bajo el régimen de comunidad, entre sí.**”

Los albaceas que no son herederos...”.

A primera vista resultaría una contradicción entre este último dispositivo legal con los mencionados precedentemente, pero del análisis de todas las normativas resulta que, los cónyuges estarían habilitados para acogerse al artículo 27 L.G.S. en tanto hubieren optado, antes de la celebración del matrimonio, por la convención de la separación de bienes, celebrada mediante escritura pública e inscriptas en el marginal del acta correspondiente (Artículo 446 CCyC). Al respecto Daniel Roque, Vítolo manifiesta “...Consecuente-

1994, p. 154. Considera que no puede existir entre esposos una sociedad de hecho, porque cuando entre ellos existen actividades comerciales en común, no hay una sociedad de hecho, sino una operatoria normal de la sociedad conyugal que se rige por las normas propia de estas (artículo 1261 C.C).

4 C.N Com., Sala C, 8/5/1997, Franco, Jorge Rogelio y Pantano de Franco, Nélica (Sociedad de Hecho) s/Concurso preventivo; Idem, Sala C, 12/09/2003, “Iseas, Miguel A. c/ Arriola de Iseas Olga, ambos citados por Ricardo A. Nissen, Incidencias del Código Civil y Comercial- Derecho Societario; Hammurabi, p.167.

mente la norma contenida en el artículo 27 de la ley 19.550, desplaza la contenida en el artículo 1002, inc. d) del Código Civil y Comercial de la Nación, de modo que los Cónyuges están habilitados para constituir entre sí y para participar entre sí, en sociedades de todo tipo, incluidas las sociedades reguladas por la ley sección IV del Capítulo Iº de la ley 19.550...”⁵.

II) Disyuntivas del tema y respuestas puntuales

Para Ricardo A. Nissen⁶, “...*La Ley 26.994 dio una nueva redacción al artículo 27 de la Ley 19.550 y de modo tal que-literalmente- podía interpretarse que no existe hoy la menor limitación de los cónyuges para formar sociedad de cualquier tipo, dejando aclarado que esta forma de pensar traiciona totalmente 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, este previsto en la L.G.S., que, en principio, solo comprende cuestiones patrimoniales...*”.

Desde un ángulo opuesto Daniel Roque Vítolo⁷, opina que la redacción del artículo 27 de la Ley 19.550, asignada por la Ley 26.994, “reviste el carácter de una norma especial generando un excepción particular al régimen general dispuesto por el artículo 102, inc. d), CCyC, que debe entenderse como la capacidad de los cónyuges- sin distinción de regímenes patrimoniales del matrimonio-para constituir o integrar sociedades de todo tipo-, incluidas la de la sección IV del capítulo Iº de la Ley 19.550, importa una norma de excepción al régimen de Capacidad- Inhabilitades-de contratación que tienen los cónyuges entre sí bajo el Código...Que también debemos acercarnos a lo dispuesto en el artículo 2 CCyC el cual señala que la Ley debe ser interpretada teniendo en cuenta sus palabras, sus finalidades, las leyes análogas, las disposiciones que surgen de los tratados sobre DDHH...”.

De lo expuesto resulta que a escaso tiempo de la vigencia del nuevo ordenamiento Civil y Comercial, existen opiniones doctrinarias divergentes sobre el tema en tratamiento, situación que me convoca a introducirme en el análisis

⁵ VÍTOLO, 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-.

⁶ Obra citada, p. 167.

⁷ Obra citada, ps. 283-284.

de algunas disyuntivas puntuales más aun cuando el disparador fue la formulada por Roque Daniel Vítolo, en las XXI Jornadas de Institutos de Derecho Comercial, manifestó que hay aspectos a seguir profundizando.

En consecuencia abordo el tratamiento de las siguientes cuestiones:

II) a) Sociedades no constituidas regularmente

Tal lo anticipado en punto precedente, la reforma introducida por la Ley 26.994, al artículo 27 de la Ley 19.550, faculta a los cónyuges a constituir las sociedades de cualquier tipo, incluidas las sociedades de hecho, la sociedad irregular y hasta la conversión de la sociedad en formación en Sociedad Irregular.

Respecto de esto destaco que la sociedad en formación es aquella que se encuentra constituida conforme alguno de los tipos previstos por la Ley y que está en curso de inscripción definitiva ante el Registro Público, o sea, en su iter constitutivo; cuenta con personalidad Jurídica desde el momento de la suscripción del acto constitutivo, puede realizar actos de diversa índole, tales como concluir el tramite constitutivo, como los referidos al cumplimiento del objeto social plasmado en el instrumento correspondiente, tal lo manifiesta Horacio Roitman⁸. En tanto las sociedades Irregulares y de hecho cuentan con regímenes distintos a la anterior toda vez que no están instrumentadas o sus instrumentos no corresponden a una sociedad típica, ya que los socios nunca tuvieron la voluntad de conformar una sociedad regular, ni tampoco contarían con dicha posibilidad atento las deficiencias de su instrumentación, todo siguiendo a lo expuesto por Horacio Roitman.

De esta manera no existe disyuntiva alguna que los cónyuges pueden constituir, entre sí cualquier tipo de sociedades, llámese de hecho, irregulares, regulares, en formación o sociedades accidentales, o bien a participar en sociedades organizadas o no, toda vez que no existe infracción alguna que pueda ser sancionada con nulidad tal como lo establecía el régimen anterior.

Para evitar incurrir en violación a la Ley y atendiendo al tipo de "...Pluralidad cerrada que solo contempla la posibilidad de optar entre dos regímenes..."⁹, los futuros cónyuges antes de constituir cualquier tipo de sociedad, deben llevar adelante la convención matrimonial, a través de escritura pública

⁸ ROITMAN, Horacio, *Ley de Sociedades Comerciales*, t. III; La Ley; 2006, p. 358.

⁹ ALTERINI, Jorge H, *Código Civil y Comercial Comentado; Tratado exegético*, La Ley, año 2015, p. 195.

y efectuar la separación de bienes en forma puntual; de no hacerlo incurrirán en la inhabilitación que dispone el artículo 102 inc. d) CCYC.

II) b) Cesión de Cuotas

La vigencia del dispositivo hoy derogado artículo 27 de la Ley 19.550 originó una enorme brecha entre quienes se expedían por la procedencia de la cesión de las cuotas societarias de los cónyuges y por aquellos que se oponían, indudablemente, ambos amparándose en antecedentes sustentatorios de talla. Entre los primeros Alberto Víctor Verón¹⁰, se manifestaba partidario de la posibilidad de la cesión de su parte al otro socio cónyuge o a un tercero, aclarando que si tal cesión requería el acuerdo unánime de los demás socios, y si alguno de estos se opone dicho acto fracasará y más aun ante la posibilidad de transformar la sociedad. Así mismo, tratándose de una normativa societaria de carácter especial que admite la constitución entre cónyuges, carecería de sentido la idea que se rechace la cesión de cuotas entre ellos.

Sin embargo otros doctrinarios y particularmente algunos fallos¹¹, rechazaron la cesión entre cónyuges dada la prohibición contenida en el artículo 1358 del Código Civil, más teniendo presente que la ley 19.550, por el hecho de permitir la constitución de sociedad no derogó implícitamente las claras disposiciones prohibitivas del Código Civil que tienden a evitar fraude en perjuicios de terceros y violar la regulación legal de la sociedad conyugal.

Ahora bien, con la incorporación efectuada por el artículo 446 inc. d) CCYC, esto en lo referente a la posibilidad de optar por el régimen de la separación de bienes y en concordancia con la actual redacción del artículo 27 de la L.G.S, la disidencia sobre la posibilidad de la cesión de la cuota societaria o acciones entre socios, quedo totalmente zanjada o sea que actualmente, es totalmente posible. Al respecto dejo marcado con mayor acentuación la procedencia de dicha posición asumida en lo dispuesto por el artículo 1002 inc d) CCYC que establece: “...**Inhabilidades especiales. No pueden contratar en interés propio: a)...**, **b)...**, **c)...**, **d) Los cónyuges, bajo el régimen de comu-**

¹⁰ VERÓN, Alberto Víctor, *Sociedades Comerciales*, t. I; Astrea 1990, p. 219.

¹¹ Juzgado Nacional; 1º Instancia del registro 18/10/1976; Errepar; 2, Sociedades; 04-001-011, Ed. 72-231: Carapachay S.R.L.: W. BECK y Cía. s/ Cesión de Cuotas, Transcrito por Horacio Roitmán, obra citada, p. 523. En contra se expidió C.F. 30/09/1931 J.A 36-896. LÓPEZ DE ZAVALIA, Fernando, *Teoría de los Contratos, Parte General*, t. I, Zavalia, ps. 30/91: “... Considera que se trataba de un acto afectado de nulidad relativa entre cónyuges e inoponible a terceros; se fundaba en que no habría incapacidad de derecho sino mera incompatibilidad o limitación al poder de disposición...”.

nidad, entre sí...”, O sea, que si constituyeron una sociedad es que lo hicieron bajo el régimen de separación de bienes y de tal manera no se encuentran alcanzados por este dispositivo.

Para aquel supuesto que la persona jurídica se encontrare integrada únicamente por los cónyuges y uno de ellos cediere al otro su cuota social o las acciones que tuviere, no así a un tercero, se debe conformar la situación a lo ordenado por el artículo 163 inc. g) CCyC, pues si no es restablecida la pluralidad dentro de los tres meses, la persona jurídica quedaría disuelta.

Ley General de Sociedades incorpora el artículo 94 bis, cual debe ser tenido presente en el caso encarado en el párrafo anterior, se impondría la transformación de pleno derecho para aquel supuesto de las Sociedades en Comandita Simple o por Acciones, de Capital e Industria, estas en Sociedades Anonimias Unipersonales, en tanto no se decidiere otra solución dentro de los tres (3) meses que fija el dispositivo legal del Código Unificado.

Es decir, si la sociedad entre cónyuges devenga en unipersonal, no se disolverá ni será nula sino que se transformará de pleno derecho conforme lo establece la normativa citada precedentemente, principio aplicable a todo tipo societario incluido las S.R.L o las Colectivas que devenguen en unipersonal. Esto último estimo procedente toda vez que la ley no incluye este tipo de sociedades en el dispositivo del artículo 94 bis, pero tampoco lo prohíbe, por lo tanto si la sociedad entre cónyuges estuviere constituida bajo el citado régimen a mi modo de ver no habría inconveniente para que el cónyuge la adecuó a este nuevo régimen de unipersonalidad societaria¹².

II) c) Contratos Asociativos (Libro III Título IV, Capítulo 16)

¹² El tema del alcance de la SAU a las S.R.L y Soc. Colectivas, no reviste el carácter de unánime y por consiguiente pacífico dentro de la doctrina toda vez que hay corrientes que se expiden por la posibilidad de hacerlo entre otros MOLINA SALDOVAL, Carlos A., Sociedades Anónimas Unipersonales, [www. Laleyonline.com.ar](http://www.Laleyonline.com.ar); VÍTOLO, Daniel R., *Comentarios modificaciones de la ley 26.994, a la ley de sociedades. Análisis comparativo con la ley 19.550*, Ad-Hoc, Buenos Aires 2015, p. 51/55, “...Si se trata de una sociedad de responsabilidad limitada o de una colectiva, no se contempla solución expresa por lo cual, a mi entender, continúan con dicho tipo social pero con un solo socio...”. En tanto por la posición negativa DAHIGREN Germán, La sociedad anónima Unipersonal en el nuevo Código Civil y Comercial “... Una S.R.L o una Soc. Colectiva que devenga en unipersonal no será nula pero no producirá los efectos propios de su tipo quedando regida por lo dispuesto en la Sección IV, del Capítulo I, Sociedades simples o residuales...”. www.dhlgrenyasoc.com.ar.

La normativa legal reemplazada por el Código Civil y Comercial de la Nación contemplaba los denominados contratos de Colaboración empresarial (ACE-UTE- o Consorcios de Cooperación), también originante de posicionamientos disimiles ya que, para algunos doctrinarios, podían participar los cónyuges en forma conjunta, pues no se trataba de sociedades específicamente sino más bien de contratos de colaboración¹³. En tanto una corriente mayoritaria, aferrándose al artículo 1358 CC, consideraba que los cónyuges no podían intervenir en este tipo de colaboración empresarial toda vez que se trataba de contratos y de allí que ponían en peligro, implícitamente, las prohibiciones dispuestas por el ordenamiento Civil.

Con la vigencia del nuevo Código Unificado queda superada toda limitación anterior, en tanto que los cónyuges hubieren celebrado con anterioridad a contraer matrimonio el régimen patrimonial de la separación de bienes y llevado adelante las inscripciones que establece el artículo 446 y Concordantes del CCYC. Por consiguiente los cónyuges en tanto y en cuanto hubieren optado por el régimen previsto en el Código respecto la separación de bienes patrimoniales pueden optar por celebrar los denominados contratos asociativos contemplados en el Libro III, Capítulo 16, Sección Iª del CCYC.

Dicha celebración podrán efectivizarla bajo el régimen de la Sociedad entre cónyuges o bien entre sociedades distintas constituidas por los cónyuges, reitero siempre que existe una convención matrimonial de separación de bienes por escritura pública inscrita en el marginal del acta matrimonial.

II) d) Sujetos Concursables

La problemática sobre la concursabilidad durante la vigencia de la vieja normativa del artículo 27 de la ley 19.551, se entroncaba en lo inherente a las sociedades del tipo no autorizado entre esposos, particularmente para el supuesto de las sociedades de hecho¹⁴.

Con la amplitud prevista por el Nuevo Código que supera las limitaciones de la Ley anterior a punto que permite a los cónyuges integrar cualquier

¹³ Entre otros Roitman, Horacio, obra citada, t. I, p. 523; apto. 8.

¹⁴ FRANCO, Jorge / PANTANO DE FRANCO, *Sociedad de hecho sobre Concurso preventivo*, Errepar Sociedades, t. I; 014.001.001. En este caso la C.N. Com; Sala C; en fecha 8/5/1997; rechazo el pedido de apertura de concurso preventivo en base a la prohibición de constituir sociedades entre esposos, dispuesta por el artículo 27 de la Ley de Sociedades Comerciales.

tipo de sociedad incluyendo las informales de la Sección IV, no deja lugar a duda sobre la concursabilidad de cualquier sociedad que pudieran constituir los mismos.

Por lo tanto no existe ningún impedimento para que la sociedad entre cónyuges recurra a la solución preventiva toda vez que revisten el carácter de sujetos concursables; en igual sentido que peticionen la declaración de quiebra o sea el procedimiento liquidatorio en tanto o en cuanto lo consideren más conveniente para la composición de sus intereses. En ambos casos también serán de plena aplicación las normativas contempladas en el artículo 66; 69; 68; 160; 161; y porqué no el artículo 4, todos de la Ley de Concursos y Quiebras.

Estudio más profundo merece el tema relacionado a la constitución de garantías por parte de los socios-cónyuges, que podría afectar bienes que no integran el convenio matrimonial, los gananciales y en igual caso la extensión de la quiebra para uno de los socios que integra este tipo particular de sociedad.

III) Epitome

El legislador de la Ley 26.994, elimino aquella restricción original del régimen de bienes del matrimonio que no permitía a los esposos integrar entre sí sociedades que no fueren por acciones y de responsabilidad limitada; amplió el espectro permitiendo la constitución de todo tipo de sociedades, sin olvidar el régimen de administración de los bienes conyugales. Abrió de tal manera las expectativas del campo empresarial al concluir con una serie de discusiones doctrinarias y jurisprudenciales sobre el tema, tal como lo adelantaba precedentemente.

Pero, con esto último particularmente no pretendo afirmar que el tema de las sociedades entre cónyuges quedo definitivamente cerrado o definido por la nueva normativa legal, por el contrario quedan muchos hilos sueltos que son necesarios hilvanarlos.