

LAS DIFICULTADES EN LA SOCIEDAD ENTRE ESPOSOS EN EL RÉGIMEN ARGENTINO HOY Y LA NECESIDAD DE INTERPRETACIÓN ACTUAL Y MODIFICACIÓN FUTURA EN POS DE LA LIBERTAD, AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD Y DERECHO DE TERCEROS

*Graciela Cristina Ignacio*¹

PONENCIA

a) De lege lata: El art. 27 de la LSC sea interpretado confiriendo capacidad a los esposos para integrar géneros societarios en que uno de ellos al menos sea socio comanditario, ampliando una interpretación literal restrictiva que solo conferiría capacidad para integrar los tipos societarios comprensivos de las Sociedades Anónimas o Sociedades de Responsabilidad Limitada. Se interprete también que los esposos con sentencia de separación personal son plenamente capaces por estar separados de bienes.

b) De lege lata: Se admita el ejercicio del derecho de exclusión (art. 91/93 LSC) en cabeza de los socios dentro de las alternativas posibles a fin de evitar la liquidación de la sociedad en consonancia con el art. 16 LSC.

c) De lege lata: Las sociedades de hecho con objeto mercantil entre los esposos se consideren incluidas entre las previsiones de los arts. 27 a 29 LSC sometándose al proceso liquidador impuesto por la ley comercial.

d) De lege ferenda: Propongo que se reforme el art. 27 LSC, primer párrafo estableciendo la incapacidad de los esposos sujetos al régimen de sociedad conyugal para integrar sociedades mercantiles como socios co-

¹ Profesora del Departamento de Derecho de UADE.

manditados simultáneamente, sea entre ellos o con terceros; se reforme el último párrafo agregando la resolución parcial por exclusión del socio con el mismo plazo de seis meses. Se sustituya en el art. 29 LSC la sanción de nulidad de la sociedad por la nulidad del vínculo social prohibido y del acto constitutivo.



FUNDAMENTACIÓN

1. Introducción

La normativa societaria vigente referida a la sociedad mercantil entre cónyuges, tal como está redactada, ha suscitado no pocas divergencias doctrinarias, sea en cuanto a la subsistencia de la sociedad entre los mismos esposos, sea en cuanto a su continuación por los restantes socios.

Considero que la empresa familiar, que puede adoptar una forma societaria entre esposos, en general se constituye como medio de vida y como resguardo patrimonial de la familia —si bien puede suceder que su permanencia descansa sobre la subsistencia del vínculo (KRASNOW)²—; considero también que, a la vez, brinda un beneficio social por la producción y/o el intercambio de bienes y/o servicios, y además porque es fuente de empleo y de inversiones a largo plazo. Esta característica que interrelaciona la normativa matrimonial con la normativa societaria, justifica una interpretación integradora de ambas disciplinas jurídicas (FABIER DUBOIS³), y merece una interpretación a favor de la subsistencia de la sociedad.

Coincido también con la tendencia en pos de la libertad, y considero que el orden público matrimonial debe abrir paso a la autonomía de la voluntad y a la libertad de contratación entre los esposos.

² KRASNOW, Adriana N., “El régimen patrimonial matrimonial en el derecho comparado. Caracterización del régimen vigente en el derecho argentino”. *Revistas. uexternado.edu.co*, 2009.

³ FABIER DUBOIS, Eduardo M., La causa en la empresa familiar y la inconveniencia de considerar al socio como inversionista. Sus efectos sobre la interpretación de algunas reglas societarias. Ponencia. XI Congreso Argentino Societario. XI Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa (Mar del Plata 2010).

Sin embargo, todas mis consideraciones no pierden de vista la íntima relación que debo suponer que existe entre los esposos, y consecuentemente entiendo que hay que otorgar primacía a la seguridad jurídica y el respeto a los derechos de los terceros.

2. Análisis de la situación legal actual

Un estudio de la legislación patrimonial matrimonial vigente en nuestro país, su doctrina y jurisprudencia nos lleva a concluir lo siguiente:

2.a) Régimen patrimonial matrimonial – Sociedad conyugal

Los efectos patrimoniales de los matrimonios que tienen su primer domicilio conyugal en este país (art. 163 Código Civil), están regulados por la institución, que nuestro legislador denominó, “sociedad conyugal”, la cual ni es una sociedad propiamente dicha, ni tiene personería jurídica, o sea que no es titular de derechos y obligaciones, ni responde por las obligaciones contraídas por cada cónyuge; de manera que no rige frente a terceros sino que solo rige entre los contrayentes (activo, pasivo y compensaciones a la disolución). Supletoriamente se aplican las normas del contrato de sociedad civil (art. 1262 Código Civil). En puridad no se discute que la normativa matrimonial patrimonial impone un régimen de comunidad restringida a las ganancias, si bien se observa que se presenta como una comunidad diferida en el tiempo. Este régimen es de orden público, lo que impide su mutabilidad por voluntad de los cónyuges (arts. 1217/18/19 Código Civil), y es mutable mientras perdure el vínculo matrimonial solamente por las causas legales (sentencia de separación de bienes o sentencia separación personal) al régimen de separación de bienes (art. 1299/1300 Código Civil). El régimen de comunidad que comienza con la celebración del matrimonio, se caracteriza por la formación de una masa de bienes que no son comunes de los esposos, sino que se hacen comunes a la disolución del régimen, calificados como gananciales por oposición a los bienes propios que continúan en el patrimonio del cónyuge titular; esta masa está destinada a ser repartida por mitades entre los esposos, o entre uno de los esposos y los herederos del otro, o entre los herederos de ambos (art. 1315 Código Civil). La ganancialidad se presume salvo prueba en contrario (art. 1271 Código Civil), es una cualidad del bien que se entiende generado por el esfuerzo común de los esposos y descansa en la comunidad de vida, por ello la separación de hecho con

caracteres de definitividad cobra virtualidad para transformar los bienes adquiridos en este lapso en no participables o también llamados “gananciales anómalos” (art. 1306 último párrafo Código Civil y fallo plenario civil capitalino CGT c. AJO⁴). La disolución de la sociedad conyugal opera solamente por las causas legales (art. 1291 Código Civil), a ese momento los bienes gananciales que existen y subsisten forman el activo de la sociedad conyugal, mientras que el pasivo definitivo (también llamado *cuestión de la contribución*) se integra con las deudas comunes llamadas cargas de la sociedad conyugal (art. 1275 Código Civil), las cuales son obligaciones a cargo de los bienes gananciales, quedando el resto de las obligaciones (no comunes, propias o personales) definitivamente a cargo del patrimonio propio del cónyuge deudor. Durante el régimen cada cónyuge actúa como si fuera soltero, manteniéndose en principio patrimonios separados: (a) cada cónyuge es titular de los bienes que adquiere y tiene la libre administración y disposición de tales bienes, en consecuencia el cónyuge no titular solamente podría actuar sobre el patrimonio ajeno como representante legal o convencional —mandatario— (art. 1276 Código Civil). En protección del derecho en expectativa que tiene el no propietario a participar de los gananciales en el futuro, se restringen ciertas facultades de disposición del cónyuge propietario respecto de algunos bienes gananciales de su titularidad. Como contrapartida se otorga al otro cónyuge el derecho de controlar cada acto mediante la expresión de su asentimiento, a fin de evitar actos de impericia, ignorancia, prodigalidad no reconocida judicialmente, mala administración o fraude que puedan perjudicar tal derecho; en caso de negativa existe la posibilidad legal de autorización judicial supletoria contemplando el interés familiar (art. 1277 Código Civil). La doctrina no es pacífica sobre la sanción que recae sobre el acto que carece de tal requisito, si la inoponibilidad al cónyuge no propietario o la nulidad del acto; (b) en cuanto a la responsabilidad frente a terceros, también llamada *cuestión de la obligación o pasivo provisorio*, cada cónyuge es deudor de las deudas que contrae y responde frente al acreedor con todo su patrimonio (sea propio o ganancial), no es deudor por las deudas del otro salvo en los casos de ciertas deudas que contrajo su cónyuge, consideradas cargas conyugales por el legislador, en las que la ley le impone una responsabilidad solidaria y limitada a los frutos de sus bienes (art. 6, ley 11.357). En conclusión durante el régimen de sociedad conyugal no

⁴ CNCIV. En pleno. “C.G.T c/ A.J.O s/ Liquidación de sociedad conyugal”. 29/9/1999.

hay unidad de masa ganancial, ni unidad de gestión patrimonial, ni unidad de responsabilidad por deudas, cada cónyuge es titular de sus bienes, gestiona su patrimonio y debe sus deudas. El principio general es la libre contratación entre ellos, con excepción de algunos contratos que se prohíben, en principio para impedir que se ponga un precio a la paz matrimonial, y principalmente en protección del régimen imperativo señalado, a fin de evitar transferencias patrimoniales entre esposos, que impliquen cambio de titularidad y de gestión o sus excepciones, o modificación de la calificación (vgr. donación y compraventa), o aquellos contratos que impliquen la modificación de la responsabilidad frente a terceros, no admitiéndose la asunción total y genérica de una responsabilidad solidaria e ilimitada por las deudas contraídas por el otro. Finalmente, a fin de impedir que cada masa de bienes (propia o ganancial) sufra un detrimento en beneficio de la otra, se establece un sistema de recompensas o compensaciones, que cobrará virtualidad en el momento de la disolución, a fin de recomponer la masa propia o ganancial perjudicada, mediante una operación contable que importa un crédito contra la masa injustamente beneficiada (art. 1316 bis).

El Proyecto de reforma del Código civil y Comercial unificado (2011), mantiene con algunas modificaciones, este régimen de comunidad con titularidad y gestión separada y restricciones al poder dispositivo del titular, y mantiene la responsabilidad también separada con la excepción de solidaridad limitada, permite su mutabilidad por voluntad de los esposos, y deroga los contratos prohibidos, incluida la donación.

2.b) El contrato de sociedad entre esposos:

Considerando la existencia de la sociedad conyugal, la capacidad de los esposos para celebrar contrato de sociedad entre ellos aún sin estar prohibida expresamente, fue cuestionada históricamente, tanto en la doctrina nacional como la extranjera. El fundamento a grandes rasgos radicaba en que, a través de la sociedad civil o comercial, podrían violarse las normas imperativas matrimoniales recurriendo ficticiamente al cambio de titularidad y gestión de los bienes y/o burlando derechos de terceros. En general se ha considerado que de ser así la sociedad sería atacable por el fraude y no porque los esposos fueran incapaces. Las discusiones se redujeron en parte con la regulación de la capacidad de los esposos para ser socios de sociedad comercial, impuesta por la legislación mercantil (art. 27 a 29, ley 19.550), aunque se generaron otras.

Uno de los argumentos de mayor peso que hoy subsiste es la separación imperativa de la responsabilidad de los esposos frente a terceros, con la excepción consagrada de la responsabilidad solidaria de uno de ellos por ciertas obligaciones constituidas por el otro pero limitada a los frutos de su patrimonio, en consecuencia las sociedades de interés atentan contra este régimen de responsabilidades, por someter todo el patrimonio de uno de los esposos a las obligaciones contraídas por el otro (la mala administración de la sociedad de uno de los esposos podría comprometer los bienes propios y gananciales del otro). No se haría extensiva esta normativa a los esposos separados de bienes por sentencia de separación personal.

En caso de aprobarse la reforma proyectada de Código Civil y Comercial unificado (2011), va de suyo que se advierten los mismos argumentos en contra de las sociedades de interés entre esposos, ya que de regir la normativa de comunidad de ganancias, aun cuando se admite la libertad de contratar entre cónyuges, se mantiene el principio de responsabilidad separada y la excepción de extensión al no contratante de responsabilidad solidaria pero limitada en general a los gananciales (art. 467) hasta la partición de bienes (art. 487), si bien se excluye la vivienda familiar de la ejecución de los acreedores salvo deudas contraídas por ambos esposos o con el asentimiento del no propietario (art. 456). Asimismo, en contraposición con el actual art. 56 LSC, la reforma eliminaría la responsabilidad solidaria de los socios frente a terceros en sociedades no constituidas regularmente la cual sería entonces mancomunada⁵, pero a la vez establece para el caso de infracción, la responsabilidad solidaria para los administradores y los miembros que conociendo o debiendo conocer la situación y teniendo poder de decisión necesario para ponerle fin, omiten tomar las medidas necesarias a tal efecto (art. 167), esta normativa podría extender la responsabilidad por los actos de un cónyuge al otro cónyuge (no olvidemos que la realidad de la familia, podría generar lealtad al cónyuge, y por lo tanto esa íntima relación puede influir para que la relación conyugal prive sobre la relación comercial, tal vez sin mala fe sino por ignorancia o exceso de confianza).

2.b.1) Sociedades Civiles

En lo que se refiere a sociedades civiles, la mayoría de los autores considera que no están prohibidas entre esposos (teoría positiva civilis-

⁵ VITOLLO, Adriana, citada en "Las nuevas reglas que traerá el nuevo Código Civil y Comercial Unificado para actividad empresarial?" (www.abogados.com.ar)

ta mayoritaria BELLUSCIO, ZANNONI, BORDA, GUAGLIANONE, FASSI, BOSSERT, VIDART TAQUINI, MENDEZ COSTA⁶). Un interesante fallo civil capitalino de la Sala L (1/11/2009)⁷, que protegió el interés de los terceros que contrataron con los esposos, destacó que la sociedad civil no está expresamente prohibida, a diferencia de la regulación en la sociedad mercantil (art. 27, 29 LSC), y que la sociedad civil tiene una distinta regulación en el régimen de responsabilidad la cual no es solidaria. Se destacó la igualdad actual de los esposos en materia de derechos, obligaciones y capacidad para ejercer actividad lucrativa; que los cónyuges tienen gestión patrimonial separada y pueden asociarse para ejercer la profesión liberal que optimiza esfuerzos y reduce costos, y que ello no viola el régimen de sociedad conyugal, aclarándose que lo que no sería válido sería la constitución de esta sociedad para modificar el régimen patrimonial del matrimonio. Destacamos que la responsabilidad de los socios en la sociedad civil es ilimitada pero mancomunada, y en caso de contribución por falencia del socio la obligación es a prorrata. Si sucediera el caso de una sociedad civil que solamente estuviera integrada por los dos esposos, el incumplimiento contractual de uno de ellos y su falencia sobreviviente, llevaría en los hechos a que el otro tuviera que afrontar la totalidad de la deuda con la totalidad de su patrimonio (como socio —art. 1747 Código Civil— y como contribuyente del fallido —1757/1731 Código Civil—), pero cesados los efectos de la quiebra y de disolverse la sociedad conyugal posteriormente, las normas matrimoniales permiten recurrir al régimen de recompensas, a fin de recomponer el patrimonio del cónyuge socio contribuyente que sufrió perjuicio por afrontar la deuda derivada del ilícito de su cónyuge fallido (art. 1316 bis y 1275, Código Civil).

2.b.2) Sociedades comerciales

La reforma comercial se inspiró en que resultaba incompatible con la legislación matrimonial, la existencia de sociedad mercantil entre espo-

⁶ BELLUSCIO, Manual Derecho Familia, T. II. ZANNONI, Tratado Derecho de Familia, T. I. BORDA, Tratado Derecho de Familia, T. I. GUAGLIANONE, Régimen Patrimonial del Matrimonio. T. I. FASSI-BOSSERT, Sociedad Conyugal, T. I. VIDAL TAQUINI, Régimen de Bienes en el Matrimonio. MENDEZ COSTA, Código Civil Comentado, arts. 1217/1322.

⁷ CNCIV, Sala L, Larguía Hilarion Pedro Gastón c/ Dillon Stella Maris y otros. La Ley, Revista Derecho de Familia y Persona. DFyP 2010 (junio), 129 con nota de Graciela Ignacio (con mi nota corta) AR/JUR/69113/2009.

sos con responsabilidad ilimitada y solidaria, de manera que el objetivo fue prohibir que fueran socios entre sí de sociedades de interés o de personas, las cuales contemplan a la persona del socio más que a lo que el socio aporta, por oposición a las sociedades de capital.

El primer obstáculo es interpretar la incapacidad que establece el primer párrafo del art. 27 LSC, que admite que ambos esposos sean socios simultáneamente (solo ellos o ellos con terceros) de sociedades anónimas y de responsabilidad limitada, por lo que una interpretación literal les daría capacidad solamente para integrar dos tipos societarios (SA y SRL). Sin embargo considerando que la finalidad de la ley es evitar que ambos esposos formen parte simultáneamente de sociedades de interés asumiendo responsabilidad solidaria e ilimitada, una interpretación más amplia comprendería todos los tipos societarios en que al menos uno de los esposos fuera socio comanditario (fallo Sala II CyC San Isidro “Galerías Batellini SCA”⁸), que es quien tiene responsabilidad limitada y responde por las obligaciones sociales por el capital aportado o que se obligue a aportar, lo que impediría que la administración ruinosa del otro comprometiera todo su patrimonio.

De suceder la situación prohibida, la segunda parte de la norma impone la obligación de regularización, ordenando la transformación de la sociedad o la cesión de la parte social a un tercero o a otro socio. En caso de cesión a otro socio, este no podría ser su cónyuge porque actualmente está vedada la donación y la compraventa entre ellos, como así también la cesión gratuita u onerosa. Se observa la dificultad en cuanto a la transformación y en cuanto a la cesión, porque en sociedades de interés es necesario el acuerdo unánime (art. 77, incs. 1 y 131, LSC) y no se modifica la responsabilidad solidaria e ilimitada anterior de los socios (art. 75, LSC).

Esta obligación deberá cumplirse en el plazo de seis meses, según el caso desde la celebración del matrimonio entre los socios de interés, o desde la incorporación a la sociedad del cónyuge del socio.

El art. 29 LSC considera nula a la sociedad y ordena su liquidación remitiendo a la sección XIII, entendiéndose que la misma es una sociedad no constituida regularmente. La nulidad de la sociedad es absoluta por carecer de requisitos de legalidad, si bien aparece como una causal legal de disolución de la sociedad. La misma sanción operaría para el caso de

⁸ Citado por PEREZ LOZANO, nota 10.

las sociedades de hecho con objeto mercantil (OTAEGUI, MONTI, BLANCO⁹), pero opiniones divergentes sostienen que la sociedad de hecho escapa a las previsiones de los art. 27 a 29 LSC y la consideran inexistente (JUNYENT BAS¹⁰), por ello se les aplicaría el régimen matrimonial imperativo con su régimen de gestión y responsabilidad, otra variante adhiere a la inexistencia si se aportaron bienes gananciales (PEREZ LOZANO¹¹, FERRERO DE AZAR¹²).

La primera crítica que surge es que se sanciona con la nulidad de toda la sociedad y no solamente del vínculo lo que permitiría anular solamente el acto constitutivo de ese vínculo, de manera que contradice el principio de subsistencia de la sociedad dispuesto en el art. 16 del mismo cuerpo legal. La sociedad declarada nula, deberá liquidarse, pero a diferencia de la normativa civil que impone la retroactividad de la privación de efectos, la norma comercial deja subsistente la sociedad (art. 101, LSC) en protección de la buena fe de terceros y la seguridad jurídica, manteniendo el carácter de socios de los esposos durante la liquidación, imponiendo la solidaridad por las operaciones sociales (art. 23, LSC) y la contribución del socio si los fondos sociales fueran insuficientes (art. 106, LSC).

Lo más llamativo, es que la norma sanciona con la responsabilidad solidaria e ilimitada, que es precisamente aquello que se quiso evitar y por lo que se impuso la incapacidad, una contradicción insalvable.

En protección del principio de subsistencia de la sociedad y de los socios de buena fe, se han ensayado diversas interpretaciones, tal como, la posibilidad de pedir la exclusión del cónyuge (art. 91/93 LSC) por justa causa (NIESSEN¹³) postura criticada porque la previsión legal de la in-

⁹ OTAEGUI, Extensión de la quiebra. Citado por JUNYENT BAS nota 9. MONTI, Mónica Gabriela y BLANCO, Adriana Beatriz. Sociedades de hecho entre cónyuges, su problemática. Sociedades de Hecho e Irregulares. Colegio de Abogados de San Martín. Encuentro de Abogados comercialistas de la Provincia de Buenos Aires (www.abocomba.com).

¹⁰ JUNYENT BAS, Francisco, La conveniencia de modificar los arts. 27 a 29 de la Ley 19550. Ponencia. VII Congreso Argentino de Derecho Societario. IV Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa (Rosario. 2001).

¹¹ PEREZ LOZANO, Néstor, Régimen legal de las sociedades comerciales entre cónyuges. Universidad Notarial Argentina Virtual. Publicaciones. (www.unav.edu.ar)

¹² FERRERO DE AZAR, Ana María, Sociedad comercial entre cónyuges. VI Congreso Argentino de Derecho Societario citado por JUNYENT BAS nota 9.

¹³ NISSEN, Ricardo, Ley de Sociedades Comerciales, T. I.

capacidad que justificaría la exclusión sería la incapacidad de hecho y la incapacidad contemplada para los cónyuges es de derecho y también porque el derecho se extingue en el plazo exiguo de 90 días continuando el cónyuge con su carácter de socio (ROUGES¹⁴).

3. Consideraciones finales. Interpretación actual y reforma futura. Ponencia

Por ello, en base a lo anteriormente expuesto, en pos de la subsistencia de la sociedad y el derecho de terceros, mi propuesta de interpretación de la normativa actual y ponencia es la siguiente:

El art. 27 de la LSC considero (*de lege lata*) que debe ser interpretado confiriendo capacidad a los esposos para integrar géneros societarios en que uno de ellos al menos sea socio comanditario, ampliando la interpretación literal restrictiva que solo conferiría capacidad para integrar los tipos societarios comprensivos de las Sociedades Anónimas o Sociedades de Responsabilidad Limitada. Esta interpretación armoniza con la responsabilidad separada prevista por la legislación matrimonial, y con la *ratio legis* de la LSC de evitar la responsabilidad solidaria e ilimitada de uno de los esposos por las obligaciones contraídas por el otro. Se interprete también que los esposos con sentencia de separación personal son plenamente capaces, tienen un estado de familia diferente del de casados, tal es “separados personalmente”, y tienen un régimen patrimonial diferente, ya que por estar separados de bienes este régimen patrimonial matrimonial no impone comunidad ni limitación de responsabilidad frente a terceros.

Asimismo, debe admitirse (*de lege lata*) en favor de la validez de la sociedad y en protección de los derechos de los restantes socios, el ejercicio del derecho de exclusión (art. 91/93 LSC) en cabeza de estos dentro de las alternativas posibles a fin de evitar la liquidación de la sociedad, fundado en el principio de subsistencia de la sociedad del art. 16 LSC, y en el hecho de que las disposiciones legales contenidas en una misma normativa legal deben interpretarse en su conjunto y no como islas aisladas.

Con respecto a las sociedades de hecho con objeto mercantil entre los esposos (*de lege lata*) deben considerarse incluidas entre las previsiones

¹⁴ ROUGES, Julio, Capacidad para constituir sociedades, Derecho Societario y Cambiario 15/4/2010. Derecho comercial II. Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Tucumán (societario y cambiario. blogspot.com.ar).

de los arts. 27 a 29 LSC sometándose al proceso liquidador impuesto por la ley comercial en protección de los derechos de terceros socios o acreedores de buena fe (lo que respeta también la Ley de Derechos del Consumidor), resultando irrazonable que se obligue a los terceros a investigar si los socios son o no cónyuges, lo que resultaría irrelevante a los fines de la actividad social lícita. Esta interpretación permitiría también conceder el derecho de exclusión a los terceros socios como alternativa posible para evitar la liquidación.

Finalmente resulta evidente que debe adoptarse un criterio legislativo que evite las disparidades doctrinarias en punto a las sociedades comerciales entre esposos, por ello propongo (*de lege ferenda*) que se reforme el art. 27 LSC, primer párrafo estableciendo la incapacidad de los esposos sujetos al régimen de sociedad conyugal para integrar sociedades mercantiles como socios comanditados simultáneamente, sea entre ellos o con terceros; se reforme el último párrafo agregando la resolución parcial por exclusión del socio con el mismo plazo de seis meses. Se sustituya en el art. 29 LSC la sanción de nulidad de la sociedad por la nulidad del vínculo social prohibido y del acto constitutivo. Todo ello fundado en el principio de subsistencia de la sociedad del art. 16 LSC.