

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

***EL RÉGIMEN LEGAL DE SOCIEDADES COMERCIALES ENTRE CÓNYUGES:
INSUFICIENCIA Y CONTRADICCIONES (Arts. 27 y 29, primer párrafo, decreto -
ley 19550)(*)(313)***

EDUARDO A. ZANNONI

SUMARIO

I. Textos legales. Antecedentes. Fuentes. 1) Anteproyecto de Ley de Sociedades Comerciales; 2) Exposición de Motivos; 3) Ley de Sociedades Comerciales (decreto - ley 19550). - II. Qué sociedades pueden los cónyuges constituir o integrar. 4) Principio general; 5) Fundamento; 6) Remisión al régimen societario francés; 7) La Ordenanza Francesa de 1958 y la ley de 1966; 8) Sociedades contempladas en el art. 27 de la Ley de Sociedades Comerciales. El caso: a) de la sociedad

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

en comandita simple; b) de las sociedades de capital e industria; c) de las sociedades en comandita por acciones. - III. Caso de que un cónyuge adquiriera el carácter de socio del otro en sociedades de tipo prohibido. 9) Opción (cesión de la parte de un cónyuge o transformación de la sociedad); 10) Planteamiento de problemas; 11) Imposibilidad de transformación; 12) Imposibilidad de ceder; 13) Oposición a la incorporación del cónyuge como socio; 14) Exclusión del o los cónyuges socios por la sociedad. - IV. Nulidad .15) Principios generales en materia de nulidades en derecho societario; 16) El principio del art. 16, primera parte de la Ley de Sociedades Comerciales y su aplicación al caso de incapacidad; 17) Contradicción del principio del art. 16 con el art. 29, primera parte; 18) Efectos de la nulidad. - V. Conclusión.

I. TEXTOS LEGALES. ANTECEDENTES. FUENTES

1. El 27 de diciembre de 1967, la Comisión Nacional de Reformas a la Legislación Mercantil elevó al entonces secretario de Estado de Justicia, Dr. Conrado Etchebarne (h.), el Anteproyecto de Ley de Sociedades Comerciales destinado a reemplazar los entonces vigentes arts. 282 a 449 del Cód. de Comercio. En dicho Anteproyecto, por vez primera, se proponen en nuestro derecho positivo normas específicas reguladoras de la sociedad entre cónyuges.

Estableció el Anteproyecto, en efecto, que "los esposos no pueden integrar sociedad de interés entre sí, ni ambos con terceros". Y añade la preceptiva proyectada: "cuando uno de los esposos adquiriera por herencia o donación la calidad de socio del otro esposo, durante la existencia de la sociedad por interés, la sociedad deberá transformarse en el plazo de seis meses o cualquiera de los socios deberá ceder su parte a un tercero en el mismo plazo". Y finaliza: "en la sociedad de responsabilidad limitada, la esposa deberá integrar su aporte con bienes propios" (art. 27 Anteproyecto cit.).

A su turno, el art. 29 del mismo Anteproyecto dispuso que la sociedad constituida, o subsistente, en violación a lo normado por el art. 27, está viciada de nulidad absoluta, correspondiendo su liquidación conforme a las normas generales.

2. En la Exposición de Motivos del Anteproyecto, suscripto por los doctores Isaac Halperín, Horacio P. Fargosi, Carlos Odriozola, Enrique Zaldívar y Gervasio R. Colombres, se alude específicamente a la inspiración de las normas proyectadas. Para la Comisión, en síntesis, el fundamento residía en que "es incompatible la coexistencia de dos regímenes económicos entre esposos con responsabilidad ilimitada y solidaria"(1)(314). Ello lleva a prohibir las sociedades de interés entre cónyuges, seguramente entendiéndose - así se infiere de la Exposición de Motivos, citada - que la responsabilidad ilimitada y solidaria por las obligaciones sociales desvirtuaría el régimen patrimonial del matrimonio.

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

No ocurriría lo mismo, a juicio de la Comisión, cuando los cónyuges constituyen sociedades de capital - por oposición a las sociedades de interés(2)(315)- en que "la limitación de la responsabilidad no afecta el régimen de la comunidad conyugal y la estructura de los órganos disminuye la posible incidencia de factores que puedan alterar el normal desarrollo de las relaciones matrimoniales".

Estas afirmaciones - casi axiomáticas para la Comisión - nos obligarán a remitirnos a las arduas discusiones suscitadas en torno a la viabilidad de la sociedad entre cónyuges. El Anteproyecto tuvo por buena la solución del derecho francés receptada legislativamente a través de la Ordenanza de 1958 que modificó el art. 1841 del Code, y, posteriormente, la ley 66 - 537 del año 1966, que vienen a representar, en Francia, la culminación de un largo proceso cimentado por la trayectoria jurisprudencial de la Corte de Casación. Más adelante veremos si tanto el Anteproyecto como finalmente el decreto - ley 19550 fueron fieles a su fuente, o si, como desde ya lo sostenemos, la preceptiva legal terminó desvirtuando los motivos que la inspiraron. Ello, por supuesto, sin perjuicio de criticar la solución en su conjunto.

3. El Anteproyecto constituye, así, la fuente inmediata de la Ley de Sociedades Comerciales sancionada más de cuatro años después mediante el decreto - ley 19550 del 3 de abril de 1972. Este cuerpo legal recoge, según se expresa en el Mensaje, las sugerencias y opiniones vertidas por la consulta pública a universidades, organismos estatales, entidades privadas y especialistas en la materia a que se sometió el Anteproyecto de la Comisión por parte de la Secretaría de Estado de Justicia de la Nación(3)(316).

Los arts. 27 y 29, primer párrafo, del decreto - ley 19550 acusan indudables modificaciones respecto a su fuente inmediata. Podría decirse que reconocen la misma inspiración del Anteproyecto de la Comisión, pero su redacción ha sido sensiblemente retocada. He aquí, textualmente:

"Art. 27. - Los esposos pueden integrar entre sí sociedades por acciones y de responsabilidad limitada.

"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 o cualquiera de los esposos deberá ceder su parte a otro socio o a un tercero en el mismo plazo".

"Art. 29. - Es nula la sociedad que viole el art. 27. Se liquidará de acuerdo con la sección XIII".

En cuanto a la Exposición de Motivos de la ley, no agrega mucho a los conceptos vertidos por la Comisión. Aclara que la preceptiva de los arts. 27 y 29, primer párrafo, sólo tienen aplicación en el ámbito mercantil - quedando, pues, a salvo el régimen de las sociedades civiles en las que, conforme lo dispuesto por el art. 1747, Cód. Civil, la responsabilidad solidaria de los socios se da si así se hubiese pactado -, y vuelve a reiterar, con modificaciones de redacción, el criterio inspirador del

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

Anteproyecto.

Sin embargo, de la confrontación entre la preceptiva proyectada y la vigente, resultan importantes mutaciones que vale la pena destacar:

a) Mientras el Anteproyecto prohíbe a los cónyuges integrar entre sí o con terceros sociedades de interés - permitiendo a contrario dicha integración en sociedades de capital (por cuotas o por acciones, como dice la Exposición de Motivos) -, la Ley de Sociedades Comerciales prefiere establecer qué tipos societarios pueden los cónyuges integrar. A contrario, ahora, los cónyuges no podrían integrar sociedades que no fueren por acciones o de responsabilidad limitada. Ya hemos de ver que ello trasciende en detrimento de la economía general interpretativa. Así, por ejemplo, los cónyuges - aparentemente - no pueden integrar como socios comanditarios una sociedad en comandita simple (arts. 134 y sigtes), a pesar que en este tipo de sociedad los socios comanditarios responden por las obligaciones sociales sólo con el capital que se obliguen a aportar (cnfr., art. 134, citado, primer párrafo). En cambio, paradójicamente, sí podrían - de atenernos a una interpretación literal del art. 27 - formar parte como socios comanditados o colectivos en una sociedad en comandita por acciones (arts. 315 y sigtes.) que se rige por las normas de la sociedad anónima, salvo disposiciones expresas en contrario (cnfr., art. 316).

b) La Ley de Sociedades Comerciales elimina el requisito de que la esposa integrara su aporte a los tipos societarios permitidos exclusivamente con bienes propios, que contemplaba el Anteproyecto. Se trata de una supresión feliz ya que no acertaríamos a explicar qué razón asiste para distinguir entre el aporte del marido y el de la mujer en lo relativo a la calificación de los bienes o capitales aportables: más aún si se tiene en cuenta que ambos cónyuges gozan de idénticas facultades de gestión - administración y/o disposición - tanto respecto de bienes propios como de gananciales (cnfr., arts. 1276 y 1277, Cód. Civil)(4)(317).

c) El art. 27 del Anteproyecto vedaba las sociedades de interés constituidas por los cónyuges entre sí o integradas por éstos con terceros. El art. 27 de la Ley de Sociedades Comerciales prohíbe - a contrario - que los esposos integren entre sí sociedades que no sean por acciones o de responsabilidad limitada. ¿Podrían acaso integrar todo tipo de sociedades con terceros? La supresión de previsión, como la contenida en el Anteproyecto, que incluía tanto a las sociedades formadas por los cónyuges solos como las integradas por éstos con terceros, puede provocar dificultades de interpretación, aunque la lógica indica que en uno y otro caso privan las mismas razones que limitan la capacidad de los esposos(5)(318).

d) El Anteproyecto reputaba de nulidad absoluta la constitución o

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

subsistencia de sociedades de interés integradas por ambos cónyuges; la Ley de Sociedades Comerciales, al permitir que éstos integren solamente sociedades por acciones o de responsabilidad limitada, califica de nulas las demás que pudieren constituirse o que, constituidas con anterioridad y en las que un cónyuge adquiere el carácter de socio del otro, no se transformasen en el término establecido. Ello trasciende a la consideración del régimen de ineficacias a partir de la caracterización del acto constitutivo de la sociedad como contrato plurilateral de organización(6)(319). Destacamos, desde ya, que ha de ser éste uno de los aspectos fundamentales que denotan la insuficiencia del régimen legal en su conjunto, al confrontárselo con las motivaciones explicitadas por los autores de la ley.

II. QUÉ SOCIEDADES PUEDEN LOS CÓNYUGES CONSTITUIR O INTEGRAR

4. Omitimos en este trabajo toda referencia a los argumentos que, tradicionalmente, se han hecho jugar para demostrar la viabilidad de la sociedad constituida o integrada por ambos cónyuges. Nos parece ocioso hacerlo por cuanto partimos de una premisa: su admisión en el derecho positivo argentino a través de las normas expresas de la Ley de Sociedades Comerciales(7)(320).

Sin embargo, y confrontados a la preceptiva vigente, un primer problema requiere adecuada dilucidación. Es el relativo a los tipos societarios que el art. 27 admite: los cónyuges sólo pueden integrar entre sí sociedades por acciones y de responsabilidad limitada. ¿Qué fundamentos existen para limitar de esta suerte el tipo de sociedad que pueden integrar ambos esposos?

Por supuesto que dichos fundamentos parten del presupuesto, implícito si se quiere, de que no existe incapacidad jurídica de los cónyuges para celebrar entre sí, o ambos con terceros, contrato de sociedad. Pero ello, como formulación general, pues enseguida corresponde agregar la limitación a la capacidad: únicamente los tipos societarios enumerados en la ley.

5. Como ya hemos visto, el art. 27 de la Ley de Sociedades Comerciales reconoce su antecedente inmediato en el art. 27 del Anteproyecto de Ley de Sociedades Comerciales elaborado por la Comisión Nacional de Reformas de la Legislación Mercantil, aunque su texto difiere con la preceptiva proyectada. El Anteproyecto, genéricamente, disponía que los cónyuges no pueden integrar sociedades de interés entre sí, ni ambos con terceros.

Ante la generalidad - casi diríamos, ambigüedad - con que la Exposición de Motivos justificaba la solución en el Anteproyecto, tuvimos la oportunidad de cambiar ideas con algún miembro de la Comisión Nacional de Reformas que participó de las discusiones generales, aunque no firmó el Anteproyecto. Nos refirió que el texto proyectado fue

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

defendido en discusión por el Dr. Guillermo Michelson(8)(321), quien sostuvo la conveniencia de evitar que, como consecuencia de la responsabilidad ilimitada y solidaria de ambos cónyuges en una misma sociedad, la administración ejercida, en los hechos, por uno de ellos (generalmente se supone que es el marido) pudiese eventualmente revertir - como consecuencia de una gestión ruinosa de los negocios sociales - en perjuicio del otro (se piensa, aquí, en la esposa que se somete a la gerencia del marido), comprometiendo sus bienes propios y gananciales. Gráficamente: suponiendo que se trate de una sociedad colectiva, cuyo administrador es el marido, se sostiene que los malos negocios de la sociedad, representada por dicho administrador, harán cargar a la mujer con la responsabilidad subsidiaria (cnfr., art. 125, decreto - ley 19550) que el giro social importa, y, consecuentemente, con el peligro de que se le ejecuten sus bienes por las deudas societarias - contraídas por el marido como administrador -.

En cambio ello no ocurre cuando un cónyuge se asocia con terceros: su responsabilidad subsidiaria por las deudas sociales, tratándose de sociedades de personas, jamás afectará los bienes propios y gananciales de que es titular el otro cónyuge, en virtud de lo establecido por el art. 5º, ley 11357. Tampoco ocurriría si en una misma sociedad la responsabilidad ilimitada y solidaria sólo fuese del cónyuge administrador y el riesgo del otro se limitara, en todo caso, a la pérdida del capital aportado (caso de la sociedad en comandita, por ejemplo, si uno de los cónyuges es socio comanditado o solidario y el otro socio comanditario - cnfr., art. 134, decreto - ley 19550). Finalmente el riesgo desaparece también si ambos cónyuges constituyen o integran una sociedad de capital en que ni uno ni el otro son ilimitada y solidariamente responsables por las deudas de la sociedad.

6. Estas ideas, expuestas ante la Comisión por el Dr. Michelson según la referencia que tenemos, fueron aceptadas. Lo que no sabemos es a cargo de quién estuvo la redacción del art. 27 del Anteproyecto que, en realidad, no recogió estrictamente el espíritu que presidió la discusión de los fundamentos por la Comisión.

En efecto. La Exposición de Motivos dice que las soluciones del Anteproyecto son similares a las establecidas en el derecho francés por la Ordenanza de 1958, que modificó el art. 1841 del Code, que no fueron derogadas por el nuevo régimen de sociedades establecido en Francia por la ley 66 - 537 del 24 de julio de 1966. Pero compulsando los textos de la ordenanza y de la ley, pronto se echa a ver que la idea expuesta en la Comisión de Reformas a la Legislación Mercantil, inspirada en aquéllos, fue retaceada en la redacción del Anteproyecto, y finalmente, desvirtuada en el proyecto definitivo que es la base del decreto - ley 19550.

7. La Ordenanza francesa de 1958, al modificar el art. 1841 del Código Civil francés, vino a consagrar una solución legislativa expresa al

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

problema de la viabilidad de la sociedad entre cónyuges. En Francia el embate contra los argumentos tradicionales que juzgaban prohibidas las sociedades constituidas o integradas por ambos esposos correspondió a la doctrina, la cual fue abriendo rumbos ante la jurisprudencia uniforme de la Corte de Casación que, en términos generales, juzgó siempre nulas dichas sociedades(9)(322). El art. 1841 del Código Civil francés, mediante su nueva redacción, vino a poner punto final a las digresiones interminables en la materia.

La norma que nos ocupa dispuso que ambos cónyuges pueden integrar simultáneamente una sociedad y participar juntos o separadamente en su gestión; pero "no pueden ser responsables juntos, ilimitada y solidariamente, en una sociedad mercantil"(10)(323). El texto aludía exclusivamente a las sociedades mercantiles, lo cual mereció agudas críticas, precisamente por haber sido incorporada la reforma al Código Civil. Parecería que, en las sociedades civiles, no regía la limitación. Además, en términos generales, el art. 1841 citado, aparentemente aludiría a las sociedades que los cónyuges integran con terceros, no pudiendo establecerse claramente si idéntico criterio se aplicaría a las sociedades constituidas sólo entre los esposos(11)(324).

Salvando estas - y otras - críticas que efectuó la doctrina al texto de la Ordenanza modificatoria del Code, algunos años después - año 1966 - la ley 66 - 538 volvió a reformar el texto del art. 1841, el cual dispone: "Dos esposos pueden, solos o con otras personas, asociarse en una misma sociedad y participar, juntos o no, en la gestión social. No obstante, esta facultad no queda abierta más que si los esposos no deben ser uno y el otro, ilimitada y solidariamente responsables por las deudas sociales"(12)(325).

Es decir que el precedente francés, citado por la Comisión como fuente del art. 27 del Anteproyecto, consagró el principio general de la validez de toda sociedad constituida o integrada por los cónyuges entre sí - ya fuese solos o con otras personas (como lo admite explícitamente la ley de 1966) - y sin distinguir entre sociedades civiles o comerciales. Pero limitó esa participación conjunta al hecho que, por el tipo societario, ambos cónyuges no resulten ilimitada y solidariamente responsables por las deudas del giro.

8. La Comisión de Reformas a la Legislación Mercantil, ateniéndonos a las ideas expuestas en su seno, recogió favorablemente la solución por los fundamentos que referimos hace un momento. Sin embargo, a la postre, el texto positivo vigente no permite, con claridad, vislumbrar un esquema de interpretación acorde con el que seguramente fue su espíritu. Compárese: el art. 27 del decreto - ley 19550 ni siquiera acude al criterio jurídico de clasificación de sociedades de acuerdo a la responsabilidad que asumen los socios por las deudas del giro social, como lo hizo el Anteproyecto. Sólo permite que los cónyuges integren entre sí sociedades por acciones o de responsabilidad limitada. Lo cual nos enfrenta con interrogantes, ya sugeridos en este trabajo, pero que

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

vale la pena reiterar:

a) Sociedades en comandita simple. Es verdad que la sociedad en comandita simple es una sociedad personal, a la que se aplican en diversos casos, supletoriamente, las normas de la sociedad colectiva(13)(326). Sin embargo, por definición (cnfr., art. 134, decreto - ley 19550), es esencial que coexista un régimen de responsabilidad mixta: un socio, al menos, que asuma responsabilidad ilimitada y solidaria - comanditado o socio solidario - y otro u otros que, como comanditarios, respondan sólo con el capital aportado o que se obligaron a aportar a la sociedad(14)(327).

Desde el punto de vista teórico, y recogiendo los fundamentos tenidos por la Comisión (particularmente las fuentes francesas ya recordadas), nada debiera impedir que ambos cónyuges pudiesen integrar una sociedad en comandita simple, claro está, siendo ora ambos comanditarios o, en su caso, uno solo de ellos socio comanditado o solidario y el otro, socio comanditario. Sin embargo, el art. 27 del decreto - ley 19550 ha excluido expresamente a la sociedad en comandita de aquellas que autorizan a los cónyuges integrar entre sí: el término "sociedades de responsabilidad limitada" que utiliza la norma legal citada alude, en la economía general interpretativa, obviamente a la S.R.L., como tipo societario regulado en los arts. 146 a 162 y demás disposiciones generales aplicables a ese tipo, no al modo en que opera la responsabilidad de los socios como criterio jurídico de clasificación en general(15)(328).

b) Sociedades de capital e industria. Por las mismas razones apuntadas, el art. 27 impide la constitución, entre los cónyuges, de una sociedad de capital e industria en que uno de ellos aportara un capital y el otro su trabajo(16)(329).

c) Sociedades en comandita por acciones. Este caso es el que ha ocupado insistentemente a la doctrina al considerar los tipos societarios comprendidos en el art. 27. Los cónyuges pueden integrar sociedades por acciones. La sociedad en comandita por acciones, lo es, aunque, obviamente, se constituye con el aporte de uno o más comanditados que responden por las obligaciones sociales como los socios de la sociedad colectiva (art. 315) y a quienes compete la administración - salvo gestión ejercida por terceros (art. 318) -. A todo evento, a esta sociedad se aplican, supletoriamente, las normas de la sociedad anónima (art. 316). Tres supuestos son posibles: 1) que ambos cónyuges integren una S.C.A. como socios comanditarios, o sea como accionistas; 2) que uno de ellos integre la sociedad como socio capitalista (comanditario) y el otro como socio comanditado; 3) que ambos cónyuges sean socios comanditados(17)(330). Mientras el supuesto 1) no ofrece dificultad por cuanto, siendo ambos cónyuges comanditarios, integran el capital representado en acciones - rigiendo al respecto las normas de la S.A.

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

(arts. 207 y sigts.) - resultan más controvertidos los supuestos 2) y 3).

Desde una perspectiva, se ha sostenido que, fuere un cónyuge socio comanditario y el otro comanditado, o fueren ambos comanditados, lo cierto es que la sociedad en cuestión se rige por las normas de las sociedades por acciones, por lo que - siendo las incapacidades de interpretación restrictiva - queda comprendida entre los tipos autorizados por el art. 27. Desde otra perspectiva se ha admitido el supuesto 2) y negado el caso 3): la finalidad de la norma es impedir que ambos cónyuges integren partes de interés, asumiendo en consecuencia responsabilidad ilimitada y solidaria, hipótesis que no se da si un cónyuge integra la sociedad como socio colectivo y el otro como comanditario (accionista)(18)(331). Tal sería, por otra parte, la solución en el derecho francés (art. 1841 del Code, texto según la ley del año 1966), y la que seguramente los miembros de la Comisión Nacional de Reformas a la Legislación Mercantil habrían aprobado. Pero, evidentemente, ante la preceptiva vigente - de lege lata - ello no es razón suficiente que avale la interpretación(19)(332).

Creemos que el problema en realidad no tiene solución en el marco estricto del art. 27, cuya insuficiencia queda a la vista en relación al supuesto. Y aunque algún fallo haya resuelto a favor de la validez de una sociedad en comandita por acciones en que un cónyuge es socio comanditado(20)(333), no nos cabe duda que, de todos modos, la norma brinda un esquema de interpretación de bases inciertas que sólo puede superarse mediante una reforma de su texto(21)(334).

III. CASO DE QUE UN CÓNYPUGE ADQUIERA EL CARÁCTER DE SOCIO DEL OTRO EN SOCIEDADES DE TIPO PROHIBIDO

9. Habiendo considerado esquemáticamente qué tipos societarios admite el art. 27, decreto - ley 19550, debemos pasar ahora a referirnos a las previsiones para el caso que un cónyuge llegue a adquirir el carácter de socio del otro en una sociedad de tipo prohibido. La ley no limita las circunstancias en que ello pudiese acaecer(22)(335): así, por ejemplo, dos socios de una sociedad colectiva o en comandita simple que contraen matrimonio; o si el cónyuge de un socio adquiere por cesión de otro las partes de interés de éste en la sociedad; o si las recibe por herencia, legado o donación; o si, simplemente, se incorpora a la sociedad ya constituida mediante modificación del contrato, etc.

En supuestos como éstos, si bien se parte de la base que, hasta la incorporación del cónyuge de uno de los socios, la sociedad es válida según el tipo, dicha incorporación suscita el requerimiento del segundo párrafo del art. 27, citado: la sociedad deberá transformarse en otra de tipo permitido en el plazo de seis meses(23)(336), o en su defecto, cualquiera de los esposos deberá ceder su parte a otro socio o a un tercero en el mismo plazo(24)(337).

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

10. Hasta el presente la doctrina se ha dispensado de merituar, con algún detenimiento, esta preceptiva. Pareciera que su claridad exime de mayores comentarios y que la mejor exposición de los supuestos es la norma misma. Sin embargo no nos ocurrió así a nosotros: esos supuestos, a medida que avanzamos en su consideración, nos fueron descubriendo serios interrogantes que en la ley no tienen respuesta, al menos satisfactoria. Como veremos, el segundo párrafo del art. 27, a pesar de su aparente claridad, suscita la consideración de graves contradicciones en la economía general interpretativa de los textos de la ley.

11. Veamos el caso de la transformación. Nos ubicamos en el supuesto, típico, de una sociedad colectiva en que el cónyuge de un socio adquiere por cualquier título partes de interés en dicha sociedad: v.gr., por herencia de su padre, habiéndose convenido en el contrato constitutivo que la sociedad continúa con los herederos del socio fallecido sin resolverse parcialmente el contrato (cnfr., art. 90, decreto - ley 19550). La admisión del cónyuge del socio, obliga a transformar la sociedad colectiva en otra sociedad de tipo permitido, es decir, en una S.R.L., en una S.A., o, en su caso, en una S.C.A., pero en este caso, ambos cónyuges sólo podrán ser comanditarios conforme lo ya explicado (supra, N° 8 - c). Decimos "obliga" a transformar la sociedad como uno de los términos de la opción; pero, de inmediato, nos encontramos con que dicha transformación, en el caso, requiere el acuerdo unánime de los socios (art. 77, inc. 1°)(25)(338). Supongamos que no exista dicho acuerdo unánime. No puede sostenerse que, dado el supuesto, los socios de la sociedad colectiva de nuestro ejemplo, están obligados a transformar la sociedad en una S.R.L., v.gr., lo cual contradiría abiertamente el principio del consentimiento que exige la modificación del contrato que consagra el art. 131.

Ante esta situación la sociedad colectiva no puede transformarse. Ni siquiera podría invocarse el derecho de receso que tienen los socios disidentes con la transformación, porque dicho derecho sólo podrían ejercerlo esos disidentes cuando la transformación no exige el acuerdo unánime de los socios (cnfr., art. 78)(26)(339).

12. Dado el caso, ante la imposibilidad de transformar la sociedad, sólo cabría a cualquiera de los cónyuges ceder su parte a otro socio o a un tercero para evitar la participación conjunta de los esposos en la sociedad. Pero dicha cesión no depende sólo de ellos: requiere, igual que la transformación, el acuerdo unánime de los demás socios (art 131 cit., para el caso de la sociedad colectiva, aplicable a la sociedad en comandita simple - art. 139 - y sociedades de capital e industria - art. 145 -).

Y aquí pueden sobrevenir conflictos insolubles. Por ejemplo: los socios están de acuerdo en que la parte del cónyuge cedente sea adquirida sólo por uno de ellos; éste, en cambio, prefiere ceder en mejores condiciones

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

económicas a un tercero que ofrece adquirir la parte. Otro caso: ambos cónyuges, socios, no acuerdan entre sí cuál de ellos cederá su parte - ya porque ambos quieren ceder o porque cada cual quiere que ceda el otro -. La cesión fracasará al no existir acuerdo.

13. Llegados a este punto, concordaremos en que la sociedad de nuestro ejemplo no puede ni transformarse, ni uno de los cónyuges socios ceder válidamente su parte de interés. La hipótesis planteada, lejos de ser excepcional puede ser la habitual tratándose de sociedades de personas en que, por definición, priva el elemento personal virtualizado en las calidades personales de cada socio. ¿Cómo resolver el conflicto?

Aparentemente hay dos respuestas: 1) según el art. 29, primer párrafo, decreto - ley 19550 la sociedad estaría condenada a la nulidad una vez transcurrido el plazo de seis meses previsto en el art. 27; 2) cualquiera de los socios, o la sociedad a través de su representante o por quien los restantes socios designen si los cónyuges fuesen los administradores, podría ejercer la acción de exclusión a que refiere el art. 91. Se trataría de un supuesto típico en que existe justa causa (incapacidad) para resolver parcialmente la sociedad respecto de uno de los cónyuges.

Sobre la nulidad nos ocuparemos en el N° V de este trabajo. Nos centramos, pues, en la hipótesis de exclusión de uno de los cónyuges por incapacidad sobreviniente - es decir justa causa de resolución parcial a los términos del art. 91 -. Pero en ese caso es muy importante tener en cuenta que al plantear la hipótesis de exclusión, suponemos que previamente los socios aceptaron - o estaban obligados a aceptar por cláusula expresa en el contrato social (cnf. art. 90, segundo párrafo) - la incorporación del cónyuge de uno de los socios(27)(340). Sin embargo esta suposición no puede pasarse por alto sin algunas precisiones. En efecto: ¿podría algún socio - o la sociedad, en su caso - oponerse a la incorporación del cónyuge del socio, no obstante existir pacto expreso que obligue a hacerlo?

Si no existe convenio sobre la continuación de la sociedad con los herederos del socio fallecido, y el cónyuge de éste pretende incorporarse a la sociedad, el problema no se plantea. Al no existir unanimidad para la modificación del contrato (cnfr., arts. 135 y conchs.) la sociedad se resolverá parcialmente respecto al socio fallecido (art. 90, primer párrafo) y sus herederos sólo tendrán derecho al valor de su parte, en dinero, y participar en las ganancias que se obtengan de las operaciones pendientes al día del fallecimiento (art. 92, incs. 1° y 2°).

En cambio, si el contrato social previó que la sociedad continuaría con los herederos del socio fallecido, y el cónyuge de un socio opone su derecho a incorporarse a la sociedad, el asunto se complica. Es verdad que, puede argumentarse, los socios controvierten la incorporación de aquél, fundados en razones que se imponen ministerio legis y para prevenir controversias futuras, ante la prohibición de que, producida la incorporación, la sociedad continúe según su tipo (colectiva, en

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

comandita simple, de capital e industria, según el caso). Pero no es menos cierto que el art 27 no prohíbe la incorporación del cónyuge del socio, e incluso serán válidos los actos de la sociedad ejecutados durante los seis meses subsiguientes a esa incorporación durante los cuales debe procederse a la transformación o, eventualmente, uno de los cónyuges socios ceder su parte a otro socio o a un tercero(28)(341).

Las dos soluciones que ha propuesto la doctrina para los casos en que, no obstante estar obligados los socios a aceptar la constitución de la sociedad con los herederos del socio fallecido, se opusiesen a cumplir su obligación, son de un modo u otro anacrónicas para el supuesto que nos interesa. Admitamos que el cónyuge del socio puede pedir por vía judicial la ejecución forzada de su ingreso a la sociedad. Esfuerzo inútil, pues si los demás socios no consienten ulteriormente en la transformación de la sociedad o en la cesión de la parte de interés de aquél, deberá necesariamente prosperar la acción de exclusión. El otro camino es peor aún: si se entendiese que la negativa de la sociedad a incorporar al cónyuge del socio debe resolverse en el pago de daños y perjuicios(29)(342), se estarán desatendiendo las razones que median para impedir su ingreso.

14. En cuanto a la acción de exclusión en sí misma, caben también algunas observaciones. En primer lugar, es de recordar que se trata de una resolución parcial de la sociedad que no provoca la disolución(30)(343), y consecuentemente, la liquidación - salvo en la parte de interés del socio excluido y de conformidad con lo dispuesto por el art. 92 -. No obstante ¿contra quién debe dirigirse la sociedad - o los socios - la acción? ¿Contra ambos cónyuges socios? ¿Contra uno de ellos - y en tal caso, cuál - ? Porque, desde un punto de vista la incapacidad sobreviniente afecta tanto a uno como a otro cónyuge, aunque desde otro miraje pudiera sostenerse que el que provocó la incapacidad del caso es el que adquirió, con posterioridad y por cualquier título, partes de interés en la sociedad en que su esposo ya participaba. Otro interrogante, teniendo en cuenta el plazo de caducidad(31)(344) establecido por el art. 91, tercer párrafo, para el ejercicio de la acción de exclusión, es la determinación de su cómputo: ¿lo será desde que el cónyuge del socio adquirió las partes en la sociedad, o a partir del vencimiento de los seis meses previstos en el art. 27 para procederse a la transformación o cesión? Si aceptamos este último temperamento, ¿cómo conciliar la acción de exclusión con la reputación de nulidad que efectúa, categóricamente, el art. 29, primer párrafo?(32)(345).

Dejamos planteados estos interrogantes para demostrar que, aunque pudiera sostenerse la procedencia de la resolución parcial de la sociedad respecto de los cónyuges socios si no se logra su transformación o si uno de ellos no cede su parte social a otro socio o a un tercero como lo prevé el art. 27, el ejercicio de la acción de exclusión resultará bastante incierto y transido de riesgos. Porque si bien es cierto que una

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

interpretación amplia y favorable a la procedencia de la exclusión condice con el principio de la conservación de la empresa (cnfr. art. 100), no es menos cierto que el art. 29, primer párrafo, al fulminar, sin distinciones, las sociedades constituidas en violación al art. 27, contradice explícitamente un corolario de ese principio receptado en el art. 16 - referido, precisamente, al régimen de nulidad - : la nulidad o anulación que afecte al vínculo de alguno de los socios, no produce la nulidad, anulación o resolución del contrato, salvo que la participación o prestación de ese socio deba considerarse esencial.

Y esto nos lleva de la mano a la consideración del régimen de nulidad, aplicado al caso, que pasamos a exponer.

IV. NULIDAD

15. Al encarar el tema de la nulidad - o, si se prefiere, invalidez(33)(346)- de las sociedades constituidas o integradas por ambos cónyuges, débese tener presente el supuesto de hecho que previene el régimen de nulidad en sí mismo. Se trata tanto de los supuestos en que se constituyera una sociedad vulnerando la prohibición que emerge del art. 27, como de aquellos casos en que la participación conjunta de los cónyuges en una sociedad de tipo prohibido fuese sobreviniente al contrato constitutivo. Si bien para este último supuesto se ha previsto la transformación de la sociedad o la cesión por cualquiera de los cónyuges de su parte a otro socio o a un tercero, la validez temporal asegurada a la sociedad se resolverá si no se procede a la transformación, o si no se hace efectiva la cesión.

Pues bien. En ambos casos - o, mejor, para ambos casos - el art. 29 establece la nulidad de la sociedad y, consecuentemente, dispone que se liquidará de acuerdo con la sección XIII (arts. 101 y sigts.). Ello mismo nos obliga a recordar algunas ideas fundamentales relativas al tema de la invalidez o nulidad, particularmente en relación con su aplicación a las sociedades, teniendo en cuenta las notas características del acto social constitutivo (contrato de sociedad). Como se ha señalado, la orientación legislativa general está de acuerdo en fijar una regulación propia, específica, en materia de nulidad de las sociedades comerciales, inspirada en los principios de protección de terceros que trataron con la sociedad y de salvaguarda de la subsistencia de la sociedad como fuente de producción y de trabajo (principio de conservación de la empresa, invocado por el art. 100)(34)(347).

En términos muy generales, el régimen de nulidad en la materia tiene en cuenta:

a) Que la naturaleza del acto social constitutivo como "contrato plurilateral de organización", permite distinguir los vicios que sólo afectan al vínculo del socio, de aquellos vicios que afectan el acto constitutivo como tal(35)(348). V.gr., los vicios del consentimiento, sufridos por uno

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

de los otorgantes del contrato, si bien afectan su vínculo, no necesariamente conllevan a la nulidad de la sociedad, porque "no puede en manera alguna sostenerse que existe una voluntad constitutiva única, que los diversos socios formen una sola parte, sino que la sociedad es constituida con el concurso de varios sujetos que obran autónomamente, cada una en su propio nombre y en su interés exclusivo, y realizando o prometiendo el aporte social de su propio patrimonio individual"(36)(349).

b) Que en materia de nulidades en el régimen societario difícilmente se puede aplicar el principio clásico de que *quod nullum est nullum producit effectum* (lo que es nulo no produce efectos), que consagra el art. 1050, Cód. Civil(37)(350). Y ello porque la complejidad de los intereses que la nulidad afecta, obliga a evitar eventuales enriquecimientos injustos que pudieran obtenerse o haberse obtenido por los otorgantes del acto viciado, mediante el giro social o utilizando la forma social en diversos negocios; consecuentemente, merece especial consideración el interés de los terceros que han contratado con la sociedad, cuya nulidad con efectos generales provocaría perjuicios, lesionando en suma la seguridad jurídica del tráfico mercantil basado en la buena fe(38)(351). Y la única forma de conjugar esos intereses que la nulidad afecta, es recurriendo a la aplicación de la teoría de la "sociedad de hecho" para cubrir su actuación en el pasado(39)(352).

16. El art. 16 de la ley de sociedades comerciales consagra el principio general: "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". La fuente de la norma es, indudablemente, el art. 1420 del Cód. Civil italiano de 1942 que recepta la distinción recordada por nosotros hace un momento (supra, N° 15 - a). La fórmula es feliz en su concepción y supera al del Anteproyecto de 1967, que se limitaba a preceptuar que la nulidad de la constitución de una sociedad se rige por los principios aplicables a los contratos plurilaterales(40)(353).

La falta de capacidad se incluye, lógicamente, como vicio de los requisitos comunes del acto constitutivo de la sociedad. El incapaz no puede constituir válidamente, es decir, no puede concurrir hábilmente al otorgamiento del acto constitutivo. Pero, a nuestro juicio, y en general a juicio de la doctrina(41)(354), la incapacidad del otorgante afecta su vínculo y no el de la sociedad como tal. En otras palabras: el vicio derivado de la incapacidad que conlleva a la anulación se manifiesta sólo en relación al incapaz cuya relación singular queda desprovista de todo efecto (arts. 1040 a 1042 y 1160, Código Civil)(42)(355). Ello, por supuesto, salvo que la prestación o el vínculo afectado o viciado hubiesen sido reputados esenciales, al tiempo de otorgarse el acto constitutivo.

Por supuesto, cabe distinguir entre el incapaz de hecho y el incapaz de

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

derecho en cuanto al acto. En el primer caso, si la incapacidad es contemporánea al otorgamiento del acto social constitutivo, éste, en relación al incapaz, es nulo (se trate de un incapaz de hecho absoluto art. 1041, Cód. Civil - o relativo - art. 1042, íd. -), aunque en ambos casos, nulidad relativa(43)(356)sujeta a confirmación (arts. 1059 y sigts., íd.). Se aplican, aquí, los principios generales en cuanto a la legitimación para incoar la nulidad del vínculo del socio (cnfr., arts. 1049 y 1164, Cód. Civil). Si la incapacidad fuere sobreviniente al otorgamiento del acto social constitutivo, fundará la exclusión del incapaz (art. 91, decreto - ley 19550). Si la sociedad sólo estuviese constituida por dos socios, uno de ellos incapaz, la nulidad de su vínculo o, en su caso, la exclusión, importarán la disolución de la sociedad (art. 94, inc. 8°, decreto - ley 19550). En caso contrario, y no siendo el vínculo esencial (cnfr., art. 16 cit.), la sociedad se resolverá parcialmente a su respecto.

Pero puede ocurrir, al aludir a incapaces - así, genéricamente -, que al acto social constitutivo concorra un incapaz de derecho, es decir aquel sobre quien pesa una prohibición de la ley para dicho otorgamiento. O, también, que la prohibición de la ley se actualice luego del otorgamiento, al haberse modificado circunstancias objetivas o subjetivas relativas al socio. Tal es el caso de la prohibición consagrada en el art. 27, decreto - ley 19550 respecto a los cónyuges que, conjuntamente, no pueden integrar sino sociedades por acciones o de responsabilidad limitada. La incapacidad puede ser contemporánea al otorgamiento del acto, en los casos que ambos cónyuges concurren a la formación de la sociedad o se integran a ella, siendo ésta de tipo prohibido. La incapacidad puede resultar sobreviniente, si, por cualquier circunstancia, un cónyuge adquiere la calidad de socio del otro, luego de la constitución de la sociedad.

Cuando la incapacidad es sobreviniente, la ley de sociedades comerciales prevé dos modos de subsanación del vicio o defecto sustancial de legalidad(44)(357)que altera el vínculo social de los cónyuges: uno de ellos, al menos, debe ceder su parte de interés a otro socio o a un tercero, o la sociedad debe transformarse en otra de tipo admitido, dentro de los seis meses. La primera posibilidad, o sea, la eventualidad que uno de los cónyuges ceda su parte de interés, nos demuestra que, eliminado el vínculo que une a ese socio - incapaz, por mediar la prohibición del art. 27 -, la sociedad, como tal, mantiene incólume su validez.

Es que, a nuestro juicio, la prohibición contenida en el citado art. 27 de la ley de sociedades comerciales, consagra una incapacidad de derecho que torna nulo el vínculo que supone la participación de ambos cónyuges en una sociedad de tipo prohibido (es decir, sociedades que no fueren por acciones o de responsabilidad limitada) - salvo oportuna transformación o cesión de la parte social por uno o ambos cónyuges -; pero no afecta a la sociedad, objetivamente considerada, a menos que la prestación o participación de los cónyuges fuere considerada esencial según las circunstancias (cnfr., art. 16 cit.).

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

17. Sin embargo - y a esto queríamos llegar - el art. 29, primera parte, del decreto - ley 19550 dispone que es nula la sociedad que viole el art. 27. Lo cual encierra, palmariamente, dos contradicciones fundamentales en la economía general de la ley: 1) contradicción con el principio general que, en materia de nulidades, consagra el art. 16, primera parte; 2) contradicción con el principio general de conservación de la empresa receptado en el art. 100.

Si hemos de atenernos a los fundamentos que inspiran la prohibición que pesa sobre los esposos de integrar, conjuntamente, sociedades que no sean por acciones y de responsabilidad limitada (supra, N° II - 5), es bien claro que la incapacidad tiende a evitar que un régimen de responsabilidad ilimitada y solidaria altere, o pueda alterar, el régimen patrimonial del matrimonio mismo. La Comisión juzgaba que es incompatible, entre los cónyuges, la coexistencia de dos regímenes económicos entre ellos con responsabilidad ilimitada. Pues bien, la ratio legis se satisface, plenamente, declarando nulo el vínculo que suponga esa coexistencia - el acto constitutivo de ese vínculo sería nulo (cnfr., art. 1043, Cód. Civil), y de nulidad absoluta por adolecer de un vicio sustancial de legalidad siendo alegable, por ende, por todos los interesados, el Ministerio Público y, si aparece manifiesta, por el juez de oficio (cnfr., art. 1047, íd.) - manteniendo, de ser posible, la validez de la sociedad. En otras palabras: la prohibición no afecta a la sociedad, sino a los socios incapaces de constituir-la o integrarla.

No se alcanza cabalmente a comprender por qué el criterio del legislador se ha inclinado por declarar nula la sociedad en el caso que estudiamos - nulidad que, a su vez, sería absoluta (ello es, inconfirmable, imprescriptible, etc.)(45)(358)- contrariando el principio general del art. 16, primera parte. Y, lamentablemente, cualquier digresión en torno a la posible aplicación de ese principio general chocará inevitablemente con la norma especial, el art. 29; la sociedad será declarada nula y por ende se liquidará. Indudablemente el remedio no guarda coherencia con los medios disponibles para preservar el fin buscado, reiteramos: la ratio legis.

18. Y para el final, la mayor de las contradicciones - ésta, quizá inevitable -. La sociedad declarada nula, debe liquidarse conforme a las previsiones de la sección XIII de la ley de sociedades comerciales (arts. 101 y sigts.). Ya dijimos que en materia de nulidades en el régimen societario no se aplica el principio clásico receptado por el art. 1050, Cód. Civil. El art. 101 dispone, por tanto, que "la sociedad en liquidación conserva su personalidad a ese efecto . . ." Ergo: la sociedad anulada en el caso a estudio - nula de nulidad absoluta - "conserva" su personalidad. ¿La tuvo antes? Sí, la tuvo, porque a despecho de la nulidad que la afectaba, deben conjugarse los intereses - no sólo societarios, sino también de terceros - que la seguridad del tráfico mercantil y la protección de la buena fe requieren.

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

Para el pasado, pues, la sociedad que nos ocupa será involucrada como una sociedad no constituida regularmente (Cap. I, Secc. IV, arts. 21 a 26, decreto - ley 19550), en la cual "los socios y quienes contrataron en nombre de la sociedad quedarán solidariamente obligados por las operaciones sociales" (art. 23, primera parte). Esto para el pasado, por supuesto; pero mientras la nulidad no se plantee, la responsabilidad consagrada involucra a los cónyuges por las operaciones sociales. Y, adviértase la paradoja, es precisamente esta responsabilidad ilimitada y solidaria la que funda la incapacidad. El régimen de nulidad, así regulado, no logra proteger el régimen patrimonial del matrimonio y, malgrado la incapacidad, los efectos patrimoniales de la existencia de la sociedad de tipo prohibido no han logrado evitarse.

¿Hay forma de evitarlo?, se preguntarán muchos. Creemos que una adecuada aplicación del concepto de ineficacia - no invalidez, o sea nulidad(46)(359)- permitiría ir descubriendo modos más conducentes de salvaguardar, simultáneamente, el régimen patrimonial del matrimonio (que pudiera verse afectado por el hecho de ser ambos cónyuges socios en sociedades de tipo prohibido), la validez de la sociedad que, no obstante la prohibición, han integrado, y la protección del tráfico mercantil representado en los intereses de terceros. En efecto: si no obstante ser válida la sociedad, la ineficacia sólo afectara las relaciones entre los socios - que deben, en su virtud, las restituciones del caso - el asunto giraría en sus verdaderos límites. Se estaría, entonces, no ante un problema de nulidad de la sociedad sino de ineficacia relativa del vínculo societario que une a los cónyuges con ella. A su vez, esa ineficacia inoponible a los terceros no alteraría el giro social.

V. CONCLUSIÓN

Una vez desarrollado nuestro tema, creemos que se ha justificado plenamente el título del trabajo. A pesar de sus propiciadores, el régimen legal de sociedades entre cónyuges ha quedado plasmado en forma insuficiente. Además de insuficiente, dicho régimen legal presenta flagrantes contradicciones no sólo en sí mismo sino, también, en relación con la ley de sociedades en su conjunto.

A modo de colofón, dejamos la consideración de dos preguntas sobre las que bien valdría la pena meditar: ¿No será preferible revalorizar los argumentos que demuestran la posibilidad de que los cónyuges constituyan o integren, juntamente, cualquier tipo de sociedades? En caso contrario, ¿qué remedios eficaces puede brindar el derecho (ante la colisión de intereses societarios y de terceros) para evitar la constitución y los efectos de una sociedad integrada por ambos cónyuges, no obstante la prohibición? Quizá, al darnos cuenta que, ante la colisión de intereses - y siendo ambos respetables -, el derecho suele sacrificar uno en holocausto de la seguridad jurídica, obtengamos una pauta que nos permita dar una respuesta adecuada a ambos interrogantes.

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal