

XXXII JORNADA NOTARIAL ARGENTINA

Ciudad Autónoma de Buenos Aires; 24, 25 y 26 de Agosto de 2016.-

TEMA III: “LEY GENERAL DE SOCIEDADES”

Coordinadora: Esc. Soledad Richard.-

TITULO: “*CONSTITUCIÓN DE SOCIEDADES ENTRE CÓNYUGES. EXCEPCIÓN A LA PROHIBICIÓN GENÉRICA DE CONTRATAR DEL CODIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACION*”

AUTORAS:

Esc. Leticia PASQUALI – Mail: leticiapasquali@gmail.com

Esc. María Paula SIMONIAN – Mail: mariapaulasimonian@gmail.com

Dirección: Independencia 1406 – Córdoba. CP. 5000

Teléfono: 351-153078420/ 351-157057078

Se presta expreso consentimiento para su publicación.-

SUMARIO

1.- Introducción.

- a) Contratación entre cónyuges en el Código Civil.
- b) Sociedad entre esposos. Art. 27 de la Ley 19.550.

2.- Situación.

- a) Prohibición genérica de contratar entre cónyuges en el Código Civil y Comercial de la Nación.
- b) Excepciones a la prohibición genérica de contratar. Supuestos.
- c) Sociedad entre cónyuges. Art. 27 de la Ley General de Sociedades.
- d) Sociedad entre cónyuges como excepción a la prohibición genérica de contratar. Contrato expresamente permitido por ley especial. Fundamentos a favor de la constitución de sociedades entre cónyuges, sin distinción de régimen de comunidad o separación.

3.- Conclusiones.

4.- Propuestas.

Bibliografía (toda la bibliografía fue citada en la correspondiente nota al pie de página).

TEMA III: "LEY GENERAL DE SOCIEDADES"

Coordinadora: Soledad Richard.-

"CONSTITUCIÓN DE SOCIEDADES ENTRE CÓNYUGES. EXCEPCIÓN A LA PROHIBICIÓN GENÉRICA DE CONTRATAR DEL CODIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACION"

AUTORAS: Leticia PASQUALI y María Paula SIMONIAN.

1.- INTRODUCCIÓN.-

a) Contratación entre cónyuges en el Código Civil.

El código velezano, en materia de contratos entre cónyuges, se caracterizaba por no contener una prohibición genérica de contratar, salvo que la contratación se refiriera a los temas tratados por los arts. 1218 y 1219 del Cód. Civil, que afirmaban el carácter de orden público del régimen de bienes, obligatorio y forzoso.

Cuando el art. 1218 expresaba que “*toda convención entre esposos sobre cualquier objeto relativo a su matrimonio...es de ningún valor*”, no estaba estableciendo la prohibición de tal o cual contrato en particular, sino que fijaba una pauta interpretativa, según la cual, fuera cual fuere el contrato será prohibido cuando afecte el régimen de bienes y la estructuración de las masas para la administración y disposición de los cónyuges en el cumplimiento de los fines básicos de la institución, cual es el de garantizar la vida en común y formación de la familia en el marco de la cohabitación y la asistencia recíproca.¹

Sin embargo, y a diferencia del Código Civil y Comercial (en adelante “CCC”), el código velezano contenía **prohibiciones específicas** que regían sobre la incapacidad de derecho de los cónyuges para contratar tales como para la compraventa (art. 1358), la donación (art. 1807), la permuta (art. 1490), la cesión de créditos y derechos (arts. 1437, 1439 y 1441) y dación pago (arts. 780 y 781).

Fuera de las prohibiciones expresas mencionadas, **regía la libertad de contratación**, con la salvedad de que ese contrato permitido no afectara al orden público impuesto por el régimen forzoso.

Entre los contratos que no tenían expresa prohibición y que la doctrina en forma casi unánime los consideraba permitidos, figuraban el mandato, la fianza, el mutuo, el depósito y comodato.²

La locación y la relación laboral, según algunos autores, eran incompatibles con el deber de cooperación y solidaridad que debía mediar entre los cónyuges.

¹ Natalio Pedro Etchegaray, Rubén Augusto Lamber, *Derecho Civil Aplicado*, p. 177.

ges, pero los mismos se contradecían al admitir el usufructo sobre bienes inmuebles (art. 2836), derecho de habitación y uso (art. 2949 y art. 2951), servidumbres (art. 2977, art. 2779 y art. 3012) y aun la prenda e hipoteca porque aceptaban el mutuo (ley 21.240) y su garantía, siendo así que está vigente el deber de cooperación y solidaridad, a menos que sean gratuitos.

No parecían recomendables el fideicomiso, el leasing y las letras hipotecarias.³

La XXVIII Jornada Notarial Bonaerense (Junio 1991) al tratar el tema: "*Contratación entre cónyuges*" concluyó que: "... *Las normas que prohíben la contratación entre cónyuges son expresas y determinadas de carácter restrictivo y no pueden ser ampliadas por analogía... Los cónyuges separados de bienes por las causales del art. 1294 no pueden contratar entre sí*".

b) Sociedad entre esposos. Art. 27 de la Ley 19.550.

La Ley 19.550 en su art. 27 establecía: "*Sociedad entre esposos. 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 (6) meses o cualquiera de los esposos deberá ceder su parte a otro socio o a un tercero en el mismo plazo*".

Así, el primer párrafo del art. 27 permitía la sociedad entre cónyuges, pero no de cualquier tipología, sino de aquellas que limitaran la responsabilidad. La permisión comprendía sociedades de capital: en la responsabilidad por el giro está limitada al aporte.

Es decir, si los que se unieron en matrimonio habían constituido una sociedad en la que uno o los dos asumieron responsabilidad ilimitada dicha sociedad, luego de la unión, podía resultar una burla a la prohibición del art. 5º de la ley 11.357, limitativa de la responsabilidad de cada cónyuge, debiendo los cónyuges transformar la sociedad existente en otra por acciones de responsabilidad limitada, dentro del plazo de seis meses a contar de la celebración del

² Zannoni, *Derecho de familia*, t. 1, p. 672.

³ José María Rodolfo Orelle, *Seminario de la ANN* 33, 4/97, p. 94.

matrimonio.⁴

El incumplimiento la disposición comentada, es decir, la constitución de sociedad entre cónyuges con un tipo social no permitido por la norma, provocaba la nulidad del contrato social, debiendo la misma disolverse y liquidarse (art. 29 párr. 1 de la ley 19.550).

En consecuencia, los cónyuges sólo podían celebrar entre sí contratos de sociedad en los cuales existiera una responsabilidad limitada al aporte efectuado: sociedades por acciones y de responsabilidad limitada.

¿Cuál era el fundamento para limitar la constitución de sociedades a tal tipología?

Dicha norma tenía como finalidad la necesidad de evitar la superposición de dos regímenes distintos de responsabilidad, como lo eran el societario y el patrimonial del matrimonio, en el cual el cónyuge no respondía por las obligaciones asumidas por el otro esposo (art. 5º, ley 11.857: "*Los bienes propios de la mujer y los bienes gananciales que ella adquiera no responden por las deudas del marido, ni los bienes propios del marido y los gananciales que él administre responden por las deudas de la mujer*").⁵

Sin embargo, para la doctrina, la norma permitía la integración por ambos cónyuges de sociedades en comandita por acciones, en calidad de socios comanditados -con responsabilidad solidaria-, la cual resultaba incompatible con la interpretación finalista de la norma, esto es, la protección del patrimonio familiar.

2.- SITUACIÓN.-

a) Prohibición genérica de contratar entre cónyuges en el Código Civil y Comercial de la Nación.

Dentro del Libro Tercero del CCC, (De los derechos personales) y luego del

⁴ Fassi - Bossert, *Sociedad conyugal*, t. 1, p. 104.

⁵ Ricardo Nissen, *Curso de derecho societario*, p.75.

Título I (De las obligaciones en general), se distinguen tres Títulos: el primero dedicado a los contratos en general, el segundo a los contratos de consumo y el tercero a los contratos en particular.

Las disposiciones generales comienzan con la definición de contrato: es el acto jurídico mediante el cual dos o más partes manifiestan su consentimiento para crear, regular, modificar, transferir o extinguir relaciones jurídicas.

Asimismo, se incorporan algunos principios jurídicos aplicables en la materia, que constituyen la base sobre la cual se asienta la noción dogmática, y que son los siguientes:

- La libertad de las partes para celebrar y configurar el contenido del contrato dentro de los límites impuestos por la ley y el orden público.

- La fuerza obligatoria mediante la cual el contrato válidamente celebrado es obligatorio para las partes.

- Sólo puede ser modificado o extinguido conforme lo que en él se disponga, por acuerdo de partes o en los supuestos que, sobre adecuación del contrato, están previstos por la ley.

- La buena fe en la celebración, interpretación y ejecución, lo cual es coherente con la norma existente en el título preliminar.

- Los contratos obligan, no sólo a lo que esté formalmente expresado, sino a todas las consecuencias que puedan considerarse comprendidas en ellos, con los alcances en que razonablemente se habría obligado un contratante cuidadoso y previsor.

Estos principios obligan a ponderar la libertad y la fuerza obligatoria de la autonomía de la voluntad por un lado, y el orden público por el otro, permitiendo un balance entre principios competitivos adecuado en el caso concreto.

El nuevo diseño legal del CCC, procura asegurar el interés patrimonial de cada uno de los esposos, en miras a la protección del grupo familiar y de los terceros que contratan con ellos —del mismo modo que lo hacía el Código derogado— pero incorpora un cambio importante: reconoce a los cónyuges la facultad de adoptar algunas decisiones sobre los efectos económicos de su matrimonio.

La reforma consistió en la apertura al ejercicio de la autonomía personal, que se manifiesta mediante: a) la posibilidad de celebrar convenciones matrimonia-

les por las cuales los cónyuges o futuros cónyuges opten por uno de los dos regímenes autorizados por la ley (art. 446, 449 del CCC); y (b) la facultad de modificar el régimen elegido inicialmente o el legal supletorio (art. 449 del CCC).

Sin embargo, la reforma, como veremos seguidamente, prohibió contratar entre sí a los cónyuges en régimen comunidad, ignorando los principios troncales de autonomía e igualdad que sustentan la nueva formulación e implica un notable retroceso legislativo en tanto sustituye el principio de libertad contractual hoy reconocido, por el de incapacidad.⁶

En efecto, bajo el Título “Contratos en General”, al regular las incapacidades e inhabilidades para contratar, el art. 1002 inciso d) establece como inhabilidad especial que “**no pueden contratar en interés propio**” los “**cónyuges bajo el régimen de comunidad, entre sí**”.

Aquí es donde aparece la **prohibición genérica de contratar** que el código velezano carecía, prohibiéndose ahora la contratación entre cónyuges aún en los supuestos especiales que la jurisprudencia y doctrina en forma unánime permitía antes de la reforma, esto es, fianza, mutuo, depósito y comodato, en franco retroceso con el principio de libertad de contratación.

En efecto, ni en el peor momento de limitación jurídica a la capacidad de la mujer se dictó una norma general de prohibición de contratar, siendo siempre el campo restrictivo de contratación, limitado por normas expresas.

No negamos la limitación a la facultad de celebrar ciertos contratos, pero sí invocamos una “interpretación acorde a la legislación vigente y a los tiempos que nos toca vivir, en los que limitar demasiado parece ser contraproducente para el eficaz funcionamiento económico social de la familia”.⁷

Párrafo aparte merecen los cónyuges que hubieren optado por el régimen de separación de bienes, en cuanto no existe discusión: tienen plena libertad y capacidad para celebrar cualquier contrato entre sí, con la limitación de no poder otorgarse mandato con poder de representación para prestarse asimismo

⁶ Molina de Juan, Mariel F. *Suplemento Especial Código Civil y Comercial de la Nación*. Familia 2014 (diciembre), 04/12/2014, 17.

⁷ Evolución de la contratación entre cónyuges y los actos partitivos a partir de la igualación de los derechos civiles de la mujer. *Academia Nacional de Derecho de Córdoba*, t. IV, p. 2205 y siguientes.

asentimiento conyugal en los términos del art. 456 del CCC, tema cuyo análisis excede el marco del presente trabajo, pero que no podíamos por ello ignorar.

b) Excepciones a la prohibición genérica de contratar. Supuestos.

Frente a lo expuesto nos preguntamos:

¿La inhabilidad comprendida en el art. 1002 inc. d) del CCC comprende a todo tipo contrato?.

Consideramos que la respuesta negativa se impone, por los siguientes fundamentos:

1.- La prohibición genérica de contratar regulada en el art. 1002 inc. d) del CCCN, reconoce dos excepciones, una en el propio CCC y otra en la Ley General de Sociedades (en adelante "LGS").

2.- El art. 1002 inc. d) del CCC es una norma genérica que regula una incapacidad de derecho y, siendo que la capacidad constituye en nuestra legislación la regla, las incapacidades de derecho deben interpretarse con carácter restrictivo, deben ser específicas, expresas y siempre respecto de personas, hechos o acciones determinadas. Por ende, están permitidos todos los actos y contratos que no sean expresamente prohibidos. Ergo, no corresponde extender la aplicación del art. 1002 inc. d) a todo tipo de contrato, debiendo interpretarse en forma restrictiva.

3.- El art. 22 del CCCN respecto a la capacidad de derecho, dispone: "*Toda persona humana goza de la aptitud para ser titular de derechos y deberes jurídicos. La ley puede privar o limitar la capacidad respecto de hechos, simples actos o actos jurídicamente determinados*".

4.- Así, la primera excepción la encontramos en el art. 459 del CCC, en cuanto permite **expresamente** celebrar contrato de mandato entre los cónyuges cuando dispone: "*Mandato entre cónyuges. Uno de los cónyuges puede*

dar poder al otro para representarlo en el ejercicio de las facultades que el régimen matrimonial le atribuye, pero no para darse a sí mismo el asentimiento en los casos en que se aplica el artículo 456. La facultad de revocar el poder no puede ser objeto de limitaciones”.

Esta norma permite el mandato entre cónyuges bajo cualquier régimen de bienes del matrimonio. Admite una relación de representación entre cónyuges, aún en interés propio, para el ejercicio de las facultades que el régimen patrimonial atribuye, quedando claro que comprende tanto los actos de administración como los de disposición, y dentro del de comunidad, sea de bienes propios o gananciales. La citada norma impone dos restricciones: a) no admite el darse poder para prestar asentimiento a sí mismo, y b) prohíbe darse poder irrevocable entre cónyuges en interés propio, es decir, cuando se trata del ejercicio de las facultades que el régimen autoriza, al decir que la facultad de revocar no puede ser limitada.⁸

5.- La otra excepción que será motivo de análisis a continuación, es la prevista en la LGS, en donde el nuevo art. 27, amplía sustancialmente el elenco de sociedades que ahora los cónyuges pueden constituir.

c) Sociedad entre cónyuges. Art. 27 de la Ley General de Sociedades.

El art. 27 de la LGS dispone: “**Los cónyuges pueden integrar entre sí sociedades de cualquier tipo y las reguladas en la Sección IV**”.

En efecto, siendo la LGS norma especial, se permite a los cónyuges celebrar entre sí contratos de sociedad de cualquier tipo, aún las reguladas por la Sección IV, sin efectuar distinciones entre los regímenes adoptados por los cónyuges de comunidad o de separación de bienes.

Consecuentemente con la reforma al art. 27, se eliminó la sanción prevista por el derogado art. 29, párr. 1º que establecía la nulidad de cualquier sociedad entre marido y mujer no permitida por el art. 27, solución que, aparentemente coherente con el principio general consagrado en el mismo, conducía a soluciones incompatibles con la finalidad del legislador, pues la declaración de nuli-

dad, abría antes de la reforma, las puertas a la responsabilidad solidaria e ilimitada de todos sus socios que fue finalidad de aquella norma evitar.⁹

d) Sociedad entre cónyuges como excepción a la prohibición genérica de contratar. Contrato expresamente permitido por ley especial. Fundamentos a favor de la constitución de sociedades entre cónyuges, sin distinción de régimen de comunidad o separación.

- El art. 27 de la LGS es una norma “especial” por regular un contrato específico que tiene por finalidad -entre otras cosas- la creación de un centro de imputación de derechos y obligaciones, diferenciado de las personas que lo integran, en este caso, de los cónyuges.

- El orden de prelación de las normas establecido en el art. 150 del CCC establece que las personas jurídicas privadas (entre ellas, las sociedades) que se constituyan en la República Argentina, se registrarán: a) por las normas imperativas de la Ley General de Sociedades, o en su defecto por las del CCC; b) por las normas del acto constitutivo con sus modificaciones y de los reglamentos, prevaleciendo siempre el primero en caso de divergencia; y c) por las normas supletorias de leyes especiales, o en su defecto, por las del Título II referido a Persona Jurídica del CCC (Libro 1º Parte General, Título II: De la Persona Jurídica, CCCN).

- Por ende, la LGS como norma especial debe primar, no existiendo incapacidad jurídica de los cónyuges para celebrar entre sí – en régimen de comunidad o de separación-, o ambos con terceros, contrato de sociedad. Sostener lo contrario provocaría un efecto no deseado: forzar a aquellos cónyuges que necesiten o pretendan realizar contratos entre sí, a optar por el régimen de separación de bienes en el que sí les está permitido contratar.

- “A diferencia de la generalidad de los contratos (compraventa, permuta, lo-

⁸ Zannoni, *Derecho de familia*, t. 1 p. 672.

⁹ Ricardo Nissen, *Curso de derecho societario*, p. 75.

cación, de trabajo) que suponen un conflicto de intereses que repugna el espíritu de la comunidad conyugal, la sociedad importa una confluencia de intereses concordantes que por lo general se adecua y favorece el espíritu comunitario”.¹⁰

- El art. 27 de la LGS consagra una **permisión total** a los cónyuges para constituir cualquier clase de sociedad: **sociedades de interés o personalistas** (sociedades colectivas, de capital e industria y en comandita simple) respondiendo los cónyuges-socios en forma solidaria e ilimitadamente, aunque subsidiaria; **sociedades por cuotas** (sociedades de responsabilidad limitada) respondiendo por las cuotas que los cónyuges-socios hubieren suscripto o integrado, **sociedades por acciones**, limitando también su responsabilidad a la integración de las cuotas suscriptas – con excepción de los socios-cónyuges comanditados que asumen responsabilidad solidaria por las obligaciones sociales-, y finalmente, **sociedades reguladas en la Sección IV** (sociedades “simples o no regulares” que no se han inscripto en forma regular, así como las sociedades que carezcan de requisitos esenciales- tipificantes y no tipificantes-, art. 21 LGS), donde los socios-cónyuges responden frente a terceros como obligados simplemente mancomunados y por partes iguales, salvo que exista solidaridad pactada.

- La modificación al art. 27 respondió a los cambios producidos en el CCC en el “régimen patrimonial del matrimonio”, en donde se prevé un doble régimen, uno de comunidad de bienes y otro de separación de bienes y en donde se creó un núcleo primario de normas de orden público e inderogables comunes a ambos regímenes.

- La ampliación del elenco de sociedades que los cónyuges pueden constituir actualmente en modo alguno puede constituir menoscabo al patrimonio familiar. En efecto, el art. 454 del CCC, al encabezar la Sección 3º establece: “*Disposiciones comunes a todos los regímenes*” del Capítulo I, Título II (Régimen patrimonial del matrimonio), dispone: “*Aplicación. Inderogabilidad. Las*

¹⁰ Borda, “*Familia*”, ed. 1969, t. I, p. 301.

disposiciones de esta Sección se aplican, cualquiera sea el régimen matrimonial, y excepto que se disponga otra cosa en las normas referentes a un régimen específico. Son inderogables por convención de los cónyuges, anterior o posterior al matrimonio, excepto disposición expresa en contrario.”

- El legislador estableció así un núcleo de normas tuitivas, un régimen primario, fijo e inderogable que se impone tanto para los cónyuges bajo régimen de comunidad como bajo el de separación, -e incluso se aplica por remisión a la unión convivencial-, demostrando su razón de ser en un precepto constitucional de protección por igual a todo tipo familiar, encontrando así la autonomía de la voluntad un límite: la debida solidaridad familiar.

- Constituyen normas básicas de orden del patrimonio familiar y ningún acuerdo podrá soslayar los siguientes aspectos: a) contribución de las necesidades comunes de la familia que se generen en el hogar, que implica el sostenimiento mutuo, el de los hijos comunes, o de uno de ellos, que sea menor o incapaz o con capacidad restringida y que conviva en ese grupo familiar (art. 455 CCC), b) protección de la vivienda familiar con la imposición de la limitación a su disposición, la de los bienes muebles indispensables, o el traslado de ellos, e impidiendo su ejecución si no se cuenta con el asentimiento y obligación conjunta de ambos, sin importar si se trata de un bien propio, ganancial sólo de uno o personal (art. 456 CCC), y c) responsabilidad solidaria por las deudas para solventar el sostenimiento familiar y alimentos de los hijos comunes o sólo de uno que conviva con ellos.¹¹

- Tal régimen primario e inderogable dispuesto en el CCC se ocupa de salvaguardar los intereses de orden familiar e intereses generales superiores, que se armonizan con la libertad contractual.¹²

- Ergo, los cónyuges – en régimen de comunidad o separación – podrán constituir cualquier tipo de sociedad, así como formar parte de sociedades no

¹¹ Eduardo Gabriel Clusellas, *Código Civil y Comercial comentado, anotado y concordado*, t. 2, p. 407.

regulares, mientras el régimen primario dispuesto en el CCC, que es de orden público, se encarga de proteger el patrimonio familiar. Por ende, podrán, por ejemplo, constituir sociedades personalistas -asumiendo responsabilidad solidaria, ilimitada y subsidiaria- y, a su vez, en la esfera patrimonial del matrimonio, responder –imperativamente - en forma solidaria por las deudas contraídas por uno de ellos para solventar las necesidades ordinaria del hogar o el sostenimiento y la educación de los hijos comunes, y de los hijos menores de edad con capacidad restringida de uno que convivan con ellos, siempre con la previsión de la limitación de la inejecutoriedad de la parte final del art. 456 del CCC para la vivienda familiar y los bienes indispensables en ella. (art. 461 CCC).

- El “elemento específico del contrato de sociedad es el “affectio societatis”, tal vez su requisito caracterizante: no parece más adecuado que encontrarlo reunido entre los esposos en este tipo de contrato”.¹³

-“... la sociedad conyugal, tal como la entendió Vélez Sarsfield ya no existe. Cada uno de los cónyuges tiene la libre administración y disposición de sus bienes propios y de los gananciales adquiridos con su trabajo personal o por cualquier otro título legítimo. Durante la vigencia del matrimonio no existe una masa común de bienes sino que cada uno gobierna libremente los suyos, salvo las restricciones del art. 1277 (hoy art. 456 CCC). Por lo tanto, al existir dos conjuntos independientes de bienes no existe principio de orden público que impida la constitución de una sociedad entre los esposos, debido a que no se produce una alteración del régimen legal de esa manera. Todos o parte de los bienes se transformarán en una participación societaria y cada cónyuge gozará de la libertad de administración y disposición respecto de ella que le acuerda el art. 1276 (hoy 469, 470 y 505 del CCC). En consecuencia, la naturaleza del régimen patrimonial matrimonial no se verá afectada por la sociedad constituida por los esposos”¹⁴.

¹² Conf. Lamber, *Derecho civil aplicado*, p. 105.

¹³ La Ley- t. 151, p. 275 “C1º CC San Isidro, sala II, marzo 27-973- Galerías Batte-llini, Soc. en Com. Por Accs”.

¹⁴ Jorge Osvaldo Azpiri, “*La sociedad en comandita por acciones constituida por cónyuges*”.LL- t. 151, p. 275.

- El art. 27 de la LGS permite la CONSTITUCION de sociedades entre cónyuges, más no así la TRANSMISIÓN de la participación societaria. En el CCC no existen normas expresas que prohíban la celebración de contratos específicos, como las contenía el Código Velezano- compraventa (art. 1358), donación (art. 1807), permuta (art. 1490), cesión de créditos y derechos (arts. 1437, 1439 y 1441) y dación pago (arts. 780 y 781), como así tampoco que permitan expresamente la celebración de los mismos, a excepción del mandato. Considerando en consecuencia, que para el caso de cesión de la participación societaria, cabe la prohibición genérica del art. 1002 inc. d) del CCC; debiendo los esposos transferir la cuota social, acción, etc. indefectiblemente a terceros, y en caso de resolución parcial del contrato (muerte, exclusión, retiro voluntario, etc.) transformarse, de acuerdo al art. 94 bis de la LGS, en sociedad unipersonal debiendo cumplimentar el art. 299 de la referida ley.

- Merece especial atención las sociedades constituidas por los cónyuges bajo el régimen de la ley 19.550 (sociedades por acciones y de responsabilidad limitada); y la sanción de nulidad prevista en su art. 29. Si consideramos que los cónyuges, en régimen de comunidad, no pudieran contratar, dichas sociedades no serían nulas (por derogación del art. 29) sino que se regularían por lo dispuesto en la Sección IV de la actual LGS, reconociendo así la personería jurídica de la misma y la responsabilidad mancomunada de los socios-cónyuges.

3.- CONCLUSIONES.-

a) El art. 1002 inc. d) del CCC dispone la incapacidad para contratar sólo para el caso de los cónyuges que adoptaron el régimen de comunidad de bienes, y no para aquellos que optaron por el de separación de patrimonios.

b) La capacidad constituye en nuestra legislación la regla, las incapacidades de derecho deben interpretarse con carácter restrictivo, deben ser específicas, expresas, de orden público y siempre respecto de personas, hechos o acciones determinadas. No corresponde extender la aplicación del art. 1002 inc. d) a todo tipo de contrato, debiendo interpretarse el mismo en forma restrictiva.

c) El art. 27 de la LGS resulta norma especial respecto del art. 1002 inc. d) del CCC y constituye una excepción a éste último artículo. Los cónyuges pueden constituir cualquier tipo de sociedad (limitando o no su responsabilidad), como así también las denominadas sociedades simples o no regulares, sin distinguir el régimen de comunidad o separación que hubieren adoptado.

d) El art. 27 constituye una permisión expresa del legislador para contratar, ubicada en una ley especial que debe primar.

e) La LGS es norma especial por regular el contrato de sociedad de manera específica, incluyendo reglas de capacidad de derecho de las partes contratantes, debiendo ser norma de aplicación por sobre la regla genérica del CCC.

f) Los cónyuges – en régimen de comunidad o separación – podrán constituir cualquier tipo de sociedad, así como formar parte de sociedades no regulares, mientras el régimen primario dispuesto en el CCC, que es de orden público, se encarga de proteger el patrimonio familiar.

g) El art. 27 de la LGS permite la CONSTITUCION de sociedades entre cónyuges, más no así la TRANSMISIÓN de la participación societaria. En el CCC no existen normas que prohíban, como así tampoco que permitan expresamente,

la celebración de contratos específicos entre los esposos, a excepción del mandato.

h) Para el caso de cesión de la participación societaria, cabe la prohibición genérica del art. 1002 inc. d) del CCC; debiendo los esposos transferir la cuota social, acción, etc. indefectiblemente a terceros, y en caso de resolución parcial del contrato (muerte, exclusión, retiro voluntario, etc.) transformarse, de acuerdo al art. 94 bis de la LGS, en sociedad unipersonal debiendo cumplimentar el art. 299 de la referida ley.

i) Si consideramos que los cónyuges, en régimen de comunidad, no pudieran contratar, las sociedades constituidas por los mismos bajo el régimen de la ley 19.550 (sociedades por acciones y de responsabilidad limitada) no serían nulas (por derogación del art. 29) sino que se regularían por lo dispuesto en la Sección IV de la actual LGS, reconociendo así la personería jurídica de las mismas y la responsabilidad mancomunada de los socios-cónyuges.

4.- PROPUESTAS.-

- Derogar la prohibición genérica de contratar entre los cónyuges bajo el régimen de comunidad, regulando en forma expresa los contratos permitidos y prohibidos en el CCC y en normas especiales, diferenciando o no el régimen adoptado por los mismos.

- Identificar cuáles son las normas imperativas especiales y supletorias, en función de lo dispuesto por el art. 150 del CCC.

- Considerar la aplicación del art. 27 de la LGS a los cónyuges que hubieren optado tanto por el régimen de comunidad como por el de separación.

- Armonizar el orden familiar e intereses generales superiores protegidos en el régimen primario -de orden público e inderogable- del CCC, con el principio de libertad contractual.

- Concordar de manera expresa el régimen societario –admitido entre cónyuges - con el régimen patrimonial del matrimonio.

- Armonizar las normas de disolución y liquidación al contexto de la sociedad entre cónyuges y al núcleo normativo primario inderogable del régimen patrimonial del matrimonio.

- Correlacionar las responsabilidades de los cónyuges, -según el tipo societario optado o si constituyeran una sociedad no regular-, con el art. 461 del CCC (responsabilidad solidaria por las deudas).

- Definir expresamente los actos parasocietarios permitidos o prohibidos entre cónyuges, en caso de acaecimiento de un supuesto de resolución parcial del contrato de sociedad (retiro voluntario de un socio, exclusión por justa causa, muerte, incapacidad, inhabilitación), o reducción a uno del número de socios, a fin de promover la continuidad de la sociedad entre cónyuges creada.

María Paula Simonian y Leticia Pasquali.-