

# Algunas cláusulas contractuales no prohibidas entre cónyuges sugeridas a insertar en los protocolos de empresas de familia\*

Laura Chiappinotto

**Sumario:** 1. Introducción. 2. Objetivo de este trabajo: algunas cláusulas contractuales no prohibidas entre cónyuges sugeridas a insertar en los protocolos de empresa familiar. 3. Conclusión.

## 1. Introducción

Dentro del marco del derecho societario-empresario, los protocolos de empresa familiar, en cuanto a su validez, deben ser analizados como convenciones que, hechas en los contratos, forman para las partes una regla a la cual deben someterse como la ley misma, de conformidad con el artículo 1197 del Código Civil, y ser utilizados como una buena práctica para establecer las cláusulas preventivas adecuadas para la gestión, conservación y resolución de conflictos en la empresa familiar, considerando incluso necesario algún mecanismo de publicidad a los distintos contenidos de los mismos. Ello por cuanto consideramos de gran importancia la protección de la familia como institución, cualquiera sea el concepto que tengamos de ella, como célula o base de la sociedad, y de la empresa como mecanismo de su sustento.

En esos aspectos es donde es importantísimo el asesoramiento del operador del derecho en cuanto a la utilización de cláusulas que no alteren el orden público, ya que serán nulas las cláusulas que así lo hagan. Las relaciones de familia están inmersas dentro de normas de orden público que son imperativas y forzosas, en donde la autonomía de la voluntad está limitada.

Consideramos indispensable, una vez elaboradas y consensuadas por los contratantes las cláusulas que conforman dichos

\* La versión original del presente trabajo fue publicada en *Revista de Familia y de las Personas*, Buenos Aires, La Ley, nº 5, junio 2011, p. 41 (trabajo basado en exposición brindada en las Jornadas de Empresa de Familia llevadas a cabo en Mendoza, Argentina, en diciembre de 2010), y presentada en la XXXVIII Convención Notarial del Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires (Buenos Aires, 31 de agosto y 1-2 de septiembre de 2011).

protocolos, y para lograr su efectivo cumplimiento, volcarlas a los distintos instrumentos jurídicos que reflejen la actuación empresarial familiar en dicho contexto.

Es decir que su finalidad es prevenir y solucionar los conflictos, y deben preverse en los contratos en general y en lo especial: en los estatutos societarios, en las convenciones matrimoniales, en las donaciones, en los fideicomisos y en los actos unilaterales como los testamentos, legados y otros que se relacionen con el funcionamiento y preservación de la empresa familiar.

## **2. Objetivo de este trabajo: algunas cláusulas contractuales no prohibidas entre cónyuges sugeridas a insertar en los protocolos de empresa familiar**

Partiendo de la premisa de que los contratos entre cónyuges son plenamente válidos, analizaremos particularmente algunos supuestos de cláusulas contractuales entre cónyuges o futuros cónyuges a insertar en los protocolos de empresa de familia que no estén prohibidas por el derecho de fondo y que permitan evitar o solucionar conflictos en las distintas etapas de la sociedad conyugal, cuando uno de los integrantes o ambos sean miembros de una empresa familiar. A tales fines, distinguiremos los siguientes momentos:

- 1) Antes de la celebración del matrimonio (aquí no hablamos de cláusulas entre cónyuges, sino entre futuros cónyuges).
- 2) Durante la vigencia de la sociedad conyugal.
- 3) En la etapa de disolución y liquidación de la sociedad conyugal.

Hay principios generales que deben respetarse: las cláusulas deben armonizar con el régimen imperativo que integra el régimen primario (cualquiera fuera el régimen elegido si se permitiera más de uno), con los principios de protección de los núcleos del patrimonio familiar y la permisividad del derecho a las recompensas o prestaciones compensatorias para el cónyuge que se vea más perjudicado. Hacemos estas propuestas y las dejamos al análisis de los lectores, siempre teniendo en cuenta que el sentido de las mismas es que el patrimonio de la empresa familiar quede contenido, preservado y protegido para facilitar su perdurabilidad.

## 2.1. *Etapa previa a la celebración del matrimonio*

Sugerimos *difundir la utilización de las convenciones matrimoniales como medio idóneo para mantener contenido el patrimonio del socio integrante de la empresa familiar.*

Para analizar brevemente este tema, es necesario recordar que, en nuestro actual Código Civil, los cónyuges pueden hacer las convenciones matrimoniales que tengan únicamente los siguientes objetos: 1) la designación de los bienes que cada uno lleva al matrimonio y 2) las donaciones que un futuro cónyuge hiciera al otro. También debemos recordar que la ley aplicable al régimen patrimonial matrimonial, desde el punto de vista del derecho internacional privado, es la ley del primer domicilio conyugal, la que se aplicará a los bienes muebles e inmuebles y a las convenciones matrimoniales y que permanecerá inalterable durante toda la vigencia del matrimonio, independientemente de la nacionalidad de los cónyuges y aunque estos luego muden de domicilio. En este sentido, la legislación argentina ha unificado el régimen de bienes del matrimonio, de manera que, aunque los futuros contrayentes sean argentinos y se casen en Argentina, es ese primer domicilio conyugal el que determinará la ley aplicable a todo el régimen, incluidas las convenciones matrimoniales.

La Ley 23.515, que no ha sido modificada a dicho efecto por la Ley 26.618, exige que ese primer domicilio conyugal sea fijado de común acuerdo entre los esposos luego de contraer matrimonio y sea de efectiva convivencia, todo ello según los artículos 162 y 163 del Código Civil. Dicho primer domicilio debe ser fijado de común acuerdo entre los cónyuges: “Los cónyuges fijarán de común acuerdo el lugar de residencia de la familia” dice el artículo 200 del Código Civil.

Dicho esto, sugerimos, en especial para las empresas de familia y en referencia al patrimonio que integra dicha empresa, pactar en ellas el régimen de separación. Si la ley que rige el primer domicilio conyugal acepta que se pueda, en este caso, estas serán válidas.

Allí es cuando el asesoramiento del operador del derecho es importantísimo, ya que, de esa manera, todos los derechos, acciones y sus frutos derivados de la empresa de familia no entrarán en el régimen de comunidad si así lo hubieran pactado y esa convención fuera válida en cuanto a la ley aplicable. De esa forma, se estarían eliminando los conflictos que puedan surgir dentro de la empresa familiar, por intereses contrapuestos

del cónyuge no familiar o no socio; lo dicho, sin dejar de lado, aunque flexibilizados, los principios de protección de los núcleos de patrimonio familiar y el derecho a las recompensas o compensaciones patrimoniales al otro cónyuge que pueda resultar perjudicado.

Para el caso en que la ley aplicable correspondiente al primer domicilio conyugal no acepte pactar sobre separación o comunidad de bienes dentro de las convenciones matrimoniales, sugerimos que, cuando uno o ambos cónyuges integran una empresa de familia, en la respectiva escritura pública de convención matrimonial, que es la forma solemne absoluta fijada por la ley (art. 1223, C. C.), dejen constancia de la designación de los bienes que cada uno lleva al matrimonio.

Esos bienes deben ser entendidos y detallados en sentido amplio, es decir, comprensivos de todos los bienes, derechos y acciones, presentes y futuros, condicionales, eventuales, aleatorios, incluso los frutos naturales o civiles que les corresponden al o a los futuros cónyuges, en la mencionada empresa, que son derechos o créditos presentes y actuales (el tiempo de verbo es presente ya que no están pactando para futuro, sino que están haciendo un inventario de bienes en tiempo presente y en sentido amplio) o sobre cosas futuras (no sobre herencia futura), como serían los frutos naturales o civiles (arts. 1446-1447, C. C.), que no entrarían como gananciales por cuanto se están inventariando en la convención ingresando a la sociedad conyugal como bienes propios.

¿Puedo ser cesionario ahora de derechos sobre cosas futuras como los frutos o los dividendos de acciones? Y, al contrario, ¿puedo ceder derechos futuros como los frutos o dividendos de acciones con anticipación? Consideramos que sí, aplicando supletoriamente principios generales del derecho civil. Veamos el texto del artículo 1447: “Los derechos sobre cosas futuras, como los frutos naturales o civiles [...] pueden igualmente ser cedidos con anticipación”. Esta constancia preconstituirá una prueba para los bienes no registrables en sentido amplio (derechos, créditos), ya que para los bienes registrables su título constituye suficiente prueba. Este criterio se propone como una solución transitoria hasta que el legislador realice una modificación integral al régimen patrimonial matrimonial, que no hizo con la sanción de la Ley 26.618, ya que esta reforma parcial solo se abocó a eliminar uno de los requisitos del matrimonio, cual fue la diversidad de sexos.

## 2.2. Durante la vigencia de la sociedad conyugal

Sugerimos que, cuando la sociedad comercial de la empresa familiar esté constituida por uno o ambos cónyuges, se pacte la aplicación de las normas que el Código Civil establece subsidiariamente para las sociedades civiles, tanto para las cláusulas válidas como para el caso en que el conflicto a resolver no encuadre en la Ley de Sociedades Comerciales, aplicándose en consecuencia el criterio más amplio.

Los incisos 7 y 8 del artículo 11 de la Ley de Sociedades establecen que el instrumento constitutivo debe contener:

- 7) Las reglas para distribuir las utilidades y soportar las pérdidas. En caso de silencio, será en proporción de los aportes. Si se prevé sólo la forma de distribución de utilidades, se aplicará para soportar las pérdidas y viceversa.
- 8) Las cláusulas necesarias para que puedan establecerse con precisión los derechos y obligaciones de los socios entre sí y respecto de terceros.

Por ejemplo, la solución a los problemas contemplados por los artículos 1722, 1726 y 1728 del Código Civil en cuanto a las obligaciones de los socios entre sí, como así también, respecto de terceros, los artículos 1743, 1744, 1713 y 1714, a modo ejemplificativo.<sup>1</sup>

También es interesante tener en cuenta las cláusulas nulas de las sociedades civiles, que están estipuladas en el artículo 1653 del Código Civil, y las estipulaciones válidas del artículo 1654.

También calificada doctrina sostiene que deben aplicarse las normas civiles a este tipo de contratos, por los sujetos involucrados. Así, tomando del doctor Favier Dubois<sup>2</sup> la premisa de que la empresa familiar es por definición una sociedad personal entre parientes, por analogía próxima se le deben aplicar las normas de los contratos civiles a los contratos comerciales entre cónyuges.

La jurisprudencia, en un fallo de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil del año 2009, ha reconocido que los cónyuges pueden integrar sociedades de hecho válidamente. En la resolución del caso concreto, la Cámara dijo que entre cónyuges “nada impide que pueda considerarse la existencia de una sociedad civil”. En el fallo emitido el 2 de noviembre de 2009, la Sala I de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, en la causa

1. PIANTONI, Mario A. y QUAGLIA, A. G., *Sociedades civiles y comerciales. Estudio comparativo y concordancias legislativas*, Buenos Aires, Astrea, 1977.

2. FAVIER DUBOIS, Eduardo, en AA. VV., *XI Congreso Argentino de Derecho Societario y VII Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa*, tomo II, p. 5. FAVIER DUBOIS (h.), Eduardo M. (dir.), *La empresa familiar. Encuadre general, marco legal e instrumentación*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 2010.  
Ver ponencias del XI Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y la Empresa, tomos I y II.

“Larguía, Hilarion Pedro Gastón c/ Dillon, Stella Maris y otro”, dijo:

Si bien la Ley de Sociedades Comerciales únicamente permite a los cónyuges integrar sociedades anónimas o por acciones, en el ámbito del derecho civil, propio del ejercicio de profesiones liberales, [...] los esposos –que tienen la plena administración y disposición de los bienes propios y los gananciales que adquieren con su trabajo personal según el art. 1276 Código Civil– pueden válidamente integrar sociedades de hecho...

También expresó:

... si los cónyuges son profesionales universitarios, ejercen una actividad profesional y lo hacen en forma conjunta, asociada, con los caracteres propios de una sociedad civil, nada impide que así pueda ser considerada.

En el fallo, la Sala resolvió por voto mayoritario confirmar lo resuelto en primera instancia, rechazando los agravios expuestos por la demandada.

En la doctrina calificada, Vidal Taquini dice que no está prohibida la sociedad civil entre cónyuges, por lo cual es perfectamente factible su constitución, siempre que no se pacte expresamente la solidaridad por las deudas sociales (art. 1747); como cualquier otro contrato de los permitidos (debió decir de los no prohibidos), no podrá nunca cercenar los poderes personales y patrimoniales de los cónyuges emergentes del matrimonio.

D'Antonio y Méndez Costa<sup>3</sup> sostienen que la sociedad civil es válida porque en ella la responsabilidad de los socios es ilimitada pero no solidaria, salvo pacto en contrario, al que acompañaría, en su caso, la nulidad de la sociedad constituida.

A favor de la validez de la sociedad civil entre esposos se manifestaron, entre otros, además de los ya citados, Azpiri, Belluscio, Borda, Stratta, Fassi y Bossert.

### 2.3. Liquidación de la sociedad conyugal

También es aconsejable prever en el protocolo de familia conductas a seguir para los casos de presentación conjunta de separación personal o divorcio vincular y aquellos en que se produzca la liquidación de la sociedad conyugal, es decir, que se produzcan algunos de los supuestos de los artículos 205 o 215

3. MÉNDEZ COSTA, Josefa y otros, *Derecho de familia*, tomo I, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni, 1982, p. 286.

del Código Civil, o sea, para los casos de presentación conjunta de: a) la manifestación al juez competente de que existen causas graves que hacen moralmente imposible la vida en común y b) la solicitud al juez de la separación personal o el divorcio vincular.

El artículo 89 de la Ley de Sociedades permite que los socios prevean en el contrato social constitutivo causales de resolución parcial y de disolución no previstas, con sus mismos efectos.

En los convenios del artículo 236 del Código Civil para dichos supuestos, en los cuales, además de los temas regulados en los incisos 1, 2 y 3, “también las partes podrán realizar los acuerdos que consideren convenientes acerca de los bienes de la sociedad conyugal”, sugiero que podría pactarse incluso *ab initio* la obligación sujeta a la condición suspensiva de que, de ocurrir la presentación conjunta de la separación personal o el divorcio vincular, se procederá a la celebración de un acuerdo que surtirá efectos después de disuelta la sociedad conyugal, en el cual oportunamente se va a convenir el destino de los bienes para el caso de su liquidación (art. 236, C. C.) y en el cual, de firmarse, se obligarán a consignar:

- Un inventario de bienes gananciales sujeto a división y sus respectivos valores, sobre todo para caso que los bienes, derechos y créditos no sean registrables.
- La obligación de determinar las cargas de la sociedad conyugal –las deudas comunes y como serán pagadas– y determinar con minuciosidad el detalle de los bienes que se adjudicarán a cada cónyuge y la calidad de propios o gananciales de los mismos, calificados por su origen, pudiendo convenirse cualquiera de las estipulaciones válidas del artículo 1654 del Código Civil (por ejemplo, distinta participación en las pérdidas que en las ganancias para los socios en las sociedades de empresas de familia o que la participación social, las reservas, capitalizaciones y acciones liberadas en la empresa de familia, en caso de liquidación de la sociedad conyugal, queden para el socio integrante de la sociedad de la empresa de familia), con las compensaciones que por derecho correspondan.

### 2.3.1. Separación o desvinculación del socio

Incluso podrían pactar que, dados los supuestos antedichos, se llame a asamblea extraordinaria con la inclusión en el orden del

día del tratamiento de la separación o desvinculación del socio-cónyuge (art. 203, LSC). El artículo 203 dice: “La reducción voluntaria de capital deberá ser resuelta por asamblea extraordinaria, con informe fundado del síndico en su caso”. Se trata de la separación o desvinculación de un socio; si bien este artículo está dentro de las normas de la sociedad anónima, se considera que no hay obstáculo para su aplicación a otros tipos societarios, teniendo en cuenta que la decisión debe ser resuelta por la asamblea u órgano deliberativo.

### 3. Conclusión

Dejamos planteadas estas ideas e inquietudes para su análisis, adelantando desde ya que no será para nada fácil su implementación, ya que no está en las costumbres de los argentinos ni la celebración de las convenciones matrimoniales, ni la inclusión en los estatutos societarios de cláusulas distintas a las sugeridas por los distintos organismos de control (como si los operadores del derecho no pudiéramos diseñar trajes a medida para las necesidades de nuestros clientes), ni mucho menos la celebración de los protocolos de empresas de familia. También es muy cierto que, cuando una persona forma su propia familia o núcleo familiar –que es lo que intentamos proteger como fin último en este trabajo–, es decir, miembros con los cuales formalizamos los lazos afectivos en forma jurídica, si bien no hay en ese núcleo una *affectio societatis*, como la conocemos en las sociedades comerciales, sí hay un fin de vida común: la protección y el cobijo del cónyuge, la crianza de los hijos, la vida cotidiana –que, en gran medida, es una *empresa de vida*–. Por ello, son de gran importancia las compensaciones económicas al cónyuge no integrante de la empresa familiar, que hizo posible la perdurabilidad del vínculo y los logros del cónyuge empresario. Asegurando el sustento de todo el grupo familiar –los distintos núcleos– a través de la planificación que permiten los protocolos de empresa familiar, se asegura el sustento económico de esos núcleos que le permiten a la empresa familiar perdurar en el tiempo a través de las generaciones.

Por ello, como dijimos, el fin último es la protección de la familia, como célula base de la sociedad, y de la empresa, como sustento de aquella, por lo cual bien vale la pena intentar su análisis y paulatina aplicación, en mérito al bien jurídico tutelado.

Otra bibliografía consultada:  
 ARMELLA, Cristina N. (dir.), *Tratado de derecho notarial, registral e inmobiliario*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 1998.  
 KRASNOW, Adriana, “Las relaciones patrimoniales entre cónyuges”, en Calcaterra, G. S. y Krasnow, A. N. (dirs.), *Empresas de familia. Aspectos societarios, de familia y sucesiones, concursales y tributarios. Protocolo de familia*, Buenos Aires, La Ley, 2010, p. 121.  
 MOSSET ITURRASPE, Jorge, “Contratos entre cónyuges”, en *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, nº 12, 1996, pp. 101-116.