

# La capacidad respecto de personas físicas para constituir sociedades comerciales\*

Cinthia V. Prislei

**Sumario:** 1. Introducción. 2. Cónyuges. 3. Menores. Herederos menores. 4. Resolución general IGJ 7/05. 5. Conclusiones.

## 1. Introducción

Al considerar el acto constitutivo de la sociedad comercial, debemos analizar sus elementos comunes a todo contrato, entre ellos, la capacidad. Resulta de evidente importancia el tema planteado, pues, conforme al Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación, aparece una innovación a nivel comercial relacionada en forma inmediata con su correlato en lo civil: el matrimonio y la aptitud de sus componentes, los cónyuges, para integrar sociedades comerciales.

A más, se impone analizar la cuestión desde el punto de vista de los menores, de los incapaces y de todos aquellos con capacidad restringida. No obstante, a fin de considerar el tema planteado como es debido, comenzaremos con el análisis del régimen legal vigente para luego analizar las normas proyectadas.

La capacidad se rige, en principio, por las normas del derecho civil. En materia societaria, debemos considerar especialmente determinadas situaciones, cuales son las planteadas.

## 2. Cónyuges

Su capacidad para integrar sociedades comerciales se encuentra regida por el artículo 27 de la Ley de Sociedades Comerciales (LSC), que dispone que los esposos sólo pueden integrar entre sí sociedades por acciones y de responsabilidad limitada.

Dicha limitación encontró su fundamento en evitar que se superpusieran dos regímenes bien diferenciados en nuestro derecho: el patrimonial matrimonial y el societario. En el prime-

\* El presente trabajo ha sido presentado en la XXXIX Convención Notarial del Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires (Buenos Aires, 31 octubre - 1-2 noviembre 2012).

ro, según la Ley 11.357, ninguno de los cónyuges responde por las obligaciones asumidas por el otro esposo más allá de las excepciones que se desprenden de la misma, ya conocidas por todos. El legislador no estaba interesado en que los cónyuges integraran sociedades personalistas, donde la responsabilidad solidaria e ilimitada podría comprometer los bienes propios y gananciales de un cónyuge ante la eventual administración ruinosa que el otro desarrollara en ejercicio de la administración. Sí le interesó, como surge de la exposición de motivos de la Ley 19.550, que la estructuración de los órganos de las sociedades con responsabilidad limitada disminuyera la posible incidencia de factores que puedan alterar el normal desarrollo de las relaciones matrimoniales.

Refiriéndonos a la validez de las sociedades comerciales entre cónyuges y su fuerte cuestionamiento, que originó dos posiciones totalmente encontradas –una que anulaba cualquier tipo de asociación entre cónyuges y otra que sostenía la validez de tales entes societarios, sean comerciales o civiles–, y las normas vigentes en la materia, desde el punto de vista de su evolución, mencionamos las siguientes.

### 2.1. *Doctrina anterior a la Ley 19.550*

Se negaba su validez con fundamento en los precedentes franceses, que, hasta ese momento, se pronunciaban prácticamente en forma unánime por la invalidez de las sociedades entre esposos, sin lugar a distinciones, basados en: que este tipo de contratos disminuían o hacían desaparecer la autoridad marital; que aun cuando ésta se mantuviera, la mujer contrataría en una situación de inferioridad por estar privada de dicha autoridad, de la libertad necesaria para celebrar válidamente cualquier contrato; en los fraudes en perjuicio de la esposa o bien de los terceros si se permitía la constitución de sociedades comerciales entre cónyuges. Entre nosotros, se agregaba la prohibición legal que surgía de los artículos 1218 y 1219 del Código Civil, que entienden a todos los contratos aplicables entre esposos (art. 1218: prohíbe toda convención o capitulación con otro objeto o contenido; art. 1219: prohíbe todo contrato o capitulación posterior a la celebración del matrimonio o que pretenda modificar el régimen).

Recordamos que nuestro artículo 1217 se refiere a las capitulaciones matrimoniales. En otras legislaciones, estos contratos

permiten elegir entre diversos regímenes, es decir, dos personas pueden estar casadas y tener un régimen de separación de bienes. Para Vélez, tal opción no era ni bien vista con miras a la paz familiar ni necesaria si consideramos las costumbres de nuestro país –recién organizado–. Entonces, negó esa posibilidad y optó por el régimen único; las capitulaciones matrimoniales se reducen a la posibilidad de hacer inventario, de manera que los bienes propios que cada integrante lleva al matrimonio conservan tal carácter.

Se sostenía también que la sociedad conyugal ya era una sociedad por sí misma y que su existencia implicaría una superposición de regímenes, aunque algunos autores, como Zavala Rodríguez, propiciaron una reforma legislativa que previera la solución de las dificultades particulares que presentaba este tema y que fueran autorizados estos contratos. Segovia resistía esta postura: sostenía que la mujer casada podía ser socia con responsabilidad ilimitada, sin discriminación, al menos en actos de derecho civil, y propiciaba la exigencia legal de una autorización especial para contraer una sociedad mercantil. Entre los civilistas, Borda sostenía que la prohibición contenida en los mencionados artículos 1218 y 1219 del Código Civil se refería exclusivamente a las capitulaciones matrimoniales, normas que no se aplicaban al resto de los contratos que podían celebrar los cónyuges entre sí.

## 2.2. *Ley 11.357*

A través de sus artículos 5 y 6, estableció el régimen de limitación de responsabilidad de los cónyuges. El primero determinaba que los bienes propios de la mujer y los gananciales que ella adquiriera no respondían por las deudas del marido, ni los bienes propios del marido y los gananciales que él administrara respondían por las deudas de la mujer. El segundo establecía que un cónyuge sólo responde con los frutos de sus bienes propios y con los frutos de los bienes gananciales que administra por las obligaciones contraídas por el otro cuando son contraídas para atender las necesidades del hogar, para la educación de los hijos o para la conservación de los bienes comunes.

Al respecto, un sector de la doctrina sostuvo que debían distinguirse dos regímenes matrimoniales: el del Código Civil y el de la Ley 11.357. Esto era aplicable únicamente en los casos en

que la mujer hubiera desarrollado actividades comerciales, profesionales e industriales o bien cuando así lo hubiera decidido administrando sus bienes propios y revocando el mandato que la ley presumía que había otorgado en favor del esposo; la limitación de responsabilidad regía sólo en este último caso. Para finalizar con dicha discusión, en el año 1949 las Cámaras Civiles y Comerciales de la Capital Federal dictaron un fallo plenario que decidió que no tenía importancia alguna que el marido ejerciera la administración de los bienes de la mujer que viceversa, ya que en todos los casos se aplicaba el régimen de limitación de responsabilidad establecido por los artículos 5 y 6 de la Ley 11.357.

Con la sanción de dicha ley, la mayor parte de la doctrina se enroló en la tesis que sostenía que los esposos podían formar sociedades comerciales entre sí bajo algunas condiciones: que los bienes aportados fueran propiedad de los esposos, que la esposa tuviera capacidad y que la sociedad comercial se desarrollara en un ámbito distinto del de la sociedad conyugal.

### 2.3. Ley 17.711

Esta ley puso en un pie de igualdad las facultades de administración y disposición del marido y la mujer, y eliminó toda posibilidad de sostener la existencia de dos regímenes distintos. Hoy, cada cónyuge tiene la gestión de los bienes propios y de los gananciales adquiridos con su trabajo personal o por cualquier otro título, conforme al artículo 1276 del Código Civil. Es decir, existe autonomía en la gestión patrimonial de cada esposo; la mujer no es incapaz de hecho ni está subordinada a la autorización marital. Entonces, la doctrina sostiene que, si los cónyuges recurren a la sociedad comercial para burlar derechos, la sociedad será atacable como efecto del fraude, pero no porque haya incapacidad entre los esposos para formarla como tal.

La Ley 19.550, al limitar la posibilidad de los cónyuges para constituir sociedades comerciales bajo los tipos de SA o de SRL, ¿se refiere al tipo social o a la limitación de la responsabilidad? El anteproyecto les prohibía a los cónyuges constituir, con o sin participación de terceros, sociedades de interés y les permite participar en sociedades de capital. La Ley de Sociedades optó por establecer los tipos sociales autorizados.

El aporte de uno de los cónyuges, ¿debe hacerse sólo con sus bienes propios? El anteproyecto requería que la integración

del aporte del cónyuge sea con bienes propios exclusivamente en la SRL. La ley felizmente optó por suprimir el requisito del carácter de propio del bien a aportar.

#### 2.4. Régimen conforme al Proyecto de unificación

El artículo 461 del Proyecto establece que

... los cónyuges responden solidariamente por las obligaciones contraídas por uno de ellos para solventar las necesidades ordinarias del hogar o el sostenimiento y la educación de los hijos comunes. Fuera de esos casos, y excepto disposición en contrario del régimen matrimonial, ninguno de los cónyuges responde por las obligaciones del otro.

No podemos dejar de comentar que, en la norma transcrita parcialmente al comienzo de este trabajo (art. 27, LSC), el legislador omitió incluir las sociedades en comandita por acciones, las cuales habrían podido integrar los esposos. Es decir, en lo civil contamos con esta norma que reconoce como inmediato antecedente la evolución normativa referida; en lo comercial, al poder integrar, conforme al régimen proyectado, sociedades comerciales de cualquier tipo, su responsabilidad será conforme lo normado para el tipo elegido, con las excepciones previstas para las sociedades de la Sección IV (irregulares, con régimen de mancomunidad como obligados).

La sanción al incumplimiento de la prohibición establecida por el artículo 27 de la LSC vigente trae aparejada, conforme al artículo 29, la nulidad de la sociedad de tipo prohibido integrada por ambos cónyuges, obligando a su liquidación de acuerdo a la Sección XII de la citada ley.

Algunas soluciones para afrontar las consecuencias señaladas surgen de la misma norma, como ser la transformación en el plazo de seis meses a alguno de los tipos permitidos o la cesión de la parte de cualquiera de los esposos a otro socio o a un tercero en el mismo plazo. Asimismo, aparece el remedio del artículo 91 de la LSC, esto es, la exclusión de uno o ambos cónyuges planteada por alguno o los demás socios.

El artículo 27 proyectado permite que los cónyuges integren entre sí sociedades de cualquier tipo y las reguladas en la Sección IV (sociedades no constituidas regularmente). Conforme surge de los fundamentos, en consonancia con los criterios

más modernos, se ha admitido expresamente dicha posibilidad. Ello se debe a: la posibilidad, conforme al mismo cuerpo, de que los integrantes del matrimonio opten, previamente a su celebración, por el régimen matrimonial que consideren más conveniente (dentro de los previstos por el Código); el nuevo régimen de asentimiento y los actos para los cuales éste se requiere; las disposiciones proyectadas en cuanto al régimen de comunidad y la gestión de sus bienes y en cuanto a la partición de la comunidad.

La jurisprudencia (puntualmente, la C. Civ. Com. y de Familia de Villa María, en autos “Sidercom SRL”, con fecha 26/3/2009)<sup>1</sup> ha sostenido que

Corresponde confirmar la resolución por la cual el juez de grado rechazó el pedido de inscripción en el Registro Público de Comercio de la cesión de cuotas partes de una sociedad de responsabilidad limitada efectuada entre esposos, pues el hecho de que el artículo 27 de la Ley 19.950 los autorice a integrar este tipo de sociedades no implica una derogación implícita de la prohibición genérica de contratar entre cónyuges establecida en el Código Civil, que tiende a evitar el fraude en perjuicio de terceros y la violación de la regulación patrimonial legal de la sociedad conyugal.

En otro voto se sostuvo que

La regla que prohíbe la compraventa entre cónyuges, contenida en el artículo 1358 del Código Civil, contiene un fundamento moral de índole general, que obedece al propósito de no permitir que existan intereses contradictorios entre quienes la ley supone que debe haber unidad, y se basa tanto en la tutela del régimen patrimonial del matrimonio como en evitar situaciones de simulación o fraude a terceros.

Del voto en disidencia del doctor Olcese se desprende que

Debe admitirse la inscripción en el Registro Público de Comercio de la cesión de cuotas partes de una sociedad de responsabilidad limitada efectuada entre esposos, ya que el argumento de que permitir una interpretación facilitadora de la prohibición contenida en el artículo 1358 del Código Civil podría afectar intereses de terceros resguardados por el carácter de orden público de la misma es un argumento dogmático, fundamentado en un perjuicio hipotético.

1. Publicado en *La Ley Cuyo*, La Ley, agosto 2009, p. 700.

Encontramos tal vez aquí un fundamento que justifique lo proyectado en las normas en estudio, pues los cónyuges podrán integrar todo tipo de sociedades y, además, realizar contratos que hasta ahora se encontraban prohibidos, basados en principios del régimen patrimonial actual, que es de orden público.

### 3. Menores. Herederos menores

El artículo 12 del Código de Comercio establecía que el hijo mayor de dieciocho años que fuese asociado al comercio del padre sería reputado autorizado y mayor en las negociaciones mercantiles de la sociedad para todos los efectos legales. Estamos ante la sociedad de hecho constituida entre el padre y su hijo con objeto comercial, que importaba la tácita autorización del padre hacia el hijo para que éste ejerciera el comercio, limitada exclusivamente a su actuación en las negociaciones mercantiles vinculadas a esa sociedad. Así, el menor actuaba como si fuese mayor y sería reputado como tal en el ejercicio mercantil referido, aunque de ninguna manera quedaba autorizado para ejercer el comercio en otros ámbitos o negociaciones. El artículo 4 de la Ley 26.579 puso fin a esta norma a través de la expresa derogación del artículo 12 del Código de Comercio.

Respecto de la posibilidad del menor de integrar sociedades comerciales regulares, se requería una habilitación expresa para ejercer el comercio, con carácter previo a la constitución o incorporación del menor a la sociedad: la emancipación comercial. La Ley 26.579 dejó sin efecto esta posibilidad, por cuanto dispuso que la mayoría de edad se alcanza a los dieciocho años, eliminando la subcategoría de menores adultos entre dieciocho y veintiún años, y porque han quedado expresamente derogados los artículos 10-11 del Código de Comercio, que legislaban sobre la autorización para ejercer el comercio.

Finalmente, el artículo 28 de la LSC dispone que

Cuando en los casos legislados por los artículos 51 y 53 de la Ley 14.394 existan herederos menores de edad, éstos deberán ser socios con responsabilidad limitada. El contrato constitutivo deberá ser aprobado por el juez de la sucesión.

Así lo ha dispuesto también la justicia en autos “Di Blasio, Domingo Cipriano s/ sucesión” (C. Com. Bahía Blanca, Circunscripción 1<sup>a</sup>, 6/6/1978).<sup>2</sup>

2. Ver *El Derecho*, Buenos Aires, UCA, tomo 80, p. 601.

Ante la posibilidad de colisión de intereses entre el representante legal y el menor, un tutor ad hoc será designado para la celebración del contrato y para el contralor de la administración de la sociedad si fuere ejercida por aquél.

Recordemos que la Ley 14.394, en su artículo 51, dispone que

Toda persona podrá imponer a sus herederos, aun forzosos, la indivisión de los bienes hereditarios por un plazo no mayor de diez años. Si se tratase de un bien determinado o de un establecimiento comercial, industrial, agrícola, ganadero, minero o cualquier otro que constituya una unidad económica, el lapso de la indivisión podrá extenderse hasta que todos los herederos alcancen la mayoría de edad, aun cuando ese tiempo exceda los diez años. Cualquier otro término superior al máximo permitido se entenderá reducido a éste. El juez podrá autorizar la división, total o parcial, a pedido de la parte interesada y sin esperar el transcurso del plazo establecido, cuando concurren circunstancias graves o razones de manifiesta utilidad o interés legítimo de tercero.

En tanto, el artículo 53 de la citada norma, dispone que

Cuando en el acervo hereditario existiere un establecimiento comercial, industrial, agrícola, ganadero, minero o de otra índole tal que constituya una unidad económica, el cónyuge superviviente que lo hubiese adquirido o formado en todo o en parte podrá oponerse a la división del bien por un término máximo de diez años. A instancia de cualquiera de los herederos, el juez podrá autorizar el cese de la indivisión antes del término fijado si concurren causas graves o de manifiesta utilidad económica que justifiquen la decisión. Durante la indivisión, la administración del establecimiento competirá al cónyuge sobreviviente. Lo aquí dispuesto se aplicará igualmente a la casa habitación construida o adquirida con fondos de la sociedad conyugal formada por el causante, si fuese la residencia habitual de los esposos.

Así las cosas, concluimos que los menores que devengan socios de sociedades comerciales como herederos de ascendientes que tengan participación en sociedades de este tipo sólo podrán integrar aquellas en que la responsabilidad sea para éstos limitada, es decir, anónimas, de responsabilidad limitada y en comandita, simple o por acciones, como socios comanditarios. Esto, en defensa de los menores, a raíz de que el legislador no vio con buenos ojos la circunstancia de que adquieran por causa de muerte



calidad de socios en tipos personalistas con un gravoso régimen de responsabilidad ilimitada y solidaria, aunque subsidiaria, por las obligaciones sociales.

El incumplimiento a lo estatuido por el artículo 28 citado trae como consecuencia la responsabilidad ilimitada y solidaria del representante del menor y de los consocios mayores de edad por los daños y perjuicios causados al menor, y la obligación de transformar la sociedad en una de un tipo de aquellos en los cuales los menores, en su calidad de socios, tienen responsabilidad limitada. En el caso de que el menor deba formar parte de una sociedad a constituirse con el objeto del mantenimiento de la indivisión forzosa impuesto por el causante, el procedimiento deberá ser aprobado por el juez de la sucesión con la intervención permanente del Ministerio Público en los términos del actual artículo 54 del Código Civil, es decir, la constitución de la sociedad y el contrato constitutivo quedan sujetos a la aprobación judicial.

Por último, el referido tutor ad hoc a designar en caso de conflicto de intereses entre el representante legal y el menor tendrá la función de controlar la celebración del contrato y la administración de la sociedad si fuera ejercida por aquél, sin llegar a desplazar ni la dirección ni el gobierno de la entidad, como ha quedado dicho en autos “Wainer Simcha, Jacobo” (CNCiv., Sala C, 19/2/1987).<sup>3</sup>

La norma referida no es más que la aplicación en materia societaria de lo establecido en el Código Civil en el sentido de que, cuando los intereses de los incapaces en cualquier acto estuvieran en oposición a los de sus representantes, éstos dejarán de intervenir en tales actos, haciéndolo en lugar de ellos curadores especiales para el caso de que se tratare (art. 61).

El texto del artículo 28 comentado es reformado por la Comisión de Reforma de Códigos de la siguiente manera:

En la sociedad constituida con bienes sometidos a indivisión forzosa hereditaria, los herederos menores de edad, incapaces o con capacidad restringida sólo pueden ser socios con responsabilidad limitada. El contrato constitutivo debe ser aprobado por el juez de la sucesión. Si existiere posibilidad de colisión de intereses entre el representante legal, el curador o el sostén y la persona menor de edad, incapaz o con capacidad restringida, se debe designar un tutor ad hoc para la celebración del contrato y para el contralor de la administración de la sociedad si fuere ejercida por aquél.

3. Ver *La Ley*, Buenos Aires, La Ley, tomo 1987-B, p. 365.

Es decir, se amplía el ámbito de aplicación de la norma en el sentido de su vigencia en caso de menores pero también en el de incapaces o personas con capacidad restringida, en la medida en que éstos pudieran tener alguno de los conflictos descriptos con su representante legal o bien y también con su curador o su *sostén*. Esto se ve aplicado en la sanción que contiene el artículo 29 proyectado, que exige la transformación de la sociedad en una de tipo autorizado y la responsabilidad solidaria e ilimitada del representante, curador y sostén del menor de edad, incapaz o persona con capacidad restringida.

En cuanto a la figura del *sostén* y su relación con las personas de capacidad restringida, encontramos una referencia a ellos en la parte general del Proyecto, en el artículo 102, que determina que

Las personas con capacidad restringida por razones de salud mental y las inhabilitadas son asistidas por un curador y por otras personas mencionadas en la sentencia respectiva y otras leyes especiales.

Ubicáramos al *sostén* entre las “otras personas” que la sentencia pueda mencionar.

#### 4. Resolución general IGJ 7/05

De acuerdo al Libro III, Título I, Capítulo I, Sección Primera, artículo 54, de la citada resolución, “las personas que constituyen la sociedad comercial deben ser plenamente capaces al momento de otorgarse el instrumento de constitución”.

En cuanto al punto I (“Personas físicas”), los incisos referidos a los artículos 11 del Código de Comercio y 131 del Código Civil han quedado derogados en la medida en que las emancipaciones comerciales y dativa han sido dejadas sin efecto por la reforma que la sanción de la Ley 26.579 introdujo.

Con respecto a las sociedades en comandita por acciones, la Resolución exige que al menos uno de los socios revista la calidad exclusiva de comanditario, en virtud de la responsabilidad de éstos.

## 5. Conclusiones

Tanto respecto de la capacidad de los cónyuges para integrar sociedades comerciales como en cuanto a los menores que devienen socios en dichas sociedades, así como también los incapaces y las personas con capacidad restringida, encontramos una ampliación de la norma especial societaria, LSC, que los incluye a todos ellos en consonancia con un régimen de curatela que también los pondera y protege en igual sentido.

La norma comercial no es más que la aplicación del régimen vigente en la materia desde el año 1972, con la experiencia de la legislación comparada y ciertas decisiones jurisprudenciales, hasta el momento minoritarias, que han sido recogidas por el legislador al ampliar el ámbito de contratación entre cónyuges en materia societaria, ello receptado también y ante todo en el régimen civil respecto de lo normado a nivel patrimonial matrimonial y las convenciones matrimoniales. Así, el derecho cumple una función reguladora de las relaciones humanas y de las conductas sociales, de las realidades de los diversos grupos de personas tanto humanas como jurídicas.

No obstante, propugnamos una amplia discusión y debate en las sedes pertinentes, conforme al régimen constitucional vigente, que armonice el sistema jurídico que nos regirá, que garantice seguridad jurídica y paz social, fines con los cuales los escribanos nos sentimos absolutamente identificados, pues a ellos tendemos en nuestro quehacer cotidiano.

### Bibliografía consultada

ACQUARONE, María T., "Subsanación de las sociedades entre cónyuges de tipo no autorizado", en AA. VV., *LX Seminario teórico-práctico "Laureano A. Moreira"* [trabajos presentados], Buenos Aires, Academia Nacional del Notariado, 2010, pp. 27-32. CAPPARELLI, Julio C., "Sociedades entre cónyuges", en *El Derecho*, Buenos Aires, UCA, tomo 212, 2005, pp. 947-960. CORBO, Carlos M., "Antecedentes doctrinarios, legislativos y jurisprudenciales de sociedades comerciales entre cónyuges en el derecho argentino", en *Doctrina Judicial*, Buenos Aires, La Ley, n° 29, 18/7/2012, pp. 1-10. D'ANTONIO, Daniel H. y VÍTOLO, D. R., *La Ley 26.579 -Mayoría de Edad- y la capacidad de los menores*, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni, 2010. Ley 19.550, de Sociedades Comerciales, y sus modificatorias. NISSEN, Ricardo A., *Curso de derecho societario*, Buenos Aires, Ad-Hoc. Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación y fundamentos. Resolución general IGJ7/05.