

CAPÍTULO V

SOCIOS. CAPACIDAD PARA SER SOCIO. CLASES DE SOCIOS

A. Socios

§ 72. CONCEPTO. — El Código Civil determina en su art. 1667 quiénes son socios de una sociedad, esto es, aquéllos que invisten un estado del que nacen derechos y obligaciones, convencionales y legales, frente a los co-contratantes, a la sociedad y a los terceros que se relacionan con ellos ⁵³.

Este *status* de socio, en el orden civil, lo tienen quienes fueron partes en el primitivo contrato de sociedad y también los que después ingresaron a ella, o por una cláusula del contrato, o por un contrato posterior con los otros socios, o por reso-

⁵³ Ascarelli, ob. cit., p. 127: "...Una serie de derechos y obligaciones de frente entre sí, pero que todos arrancan de un presupuesto único, el cual en su unicidad debe ser puesto de relieve para que el fenómeno pueda ser apreciado sintéticamente". Messineo, *Manual de Derecho Civil y Comercial*, t. V, p. 298, sostiene que la pertenencia del socio a la sociedad se expresa con el concepto de participación o de cointerés a que corresponde un derecho del socio (derecho de participación), mejor según algunos un *status*. Es más bien una situación por sí misma de contenido complejo, que incluye derechos personales (de naturaleza no directamente patrimonial), derecho de crédito (pero, por lo común, de naturaleza accesoria) y otros derechos patrimoniales pero de naturaleza creditoria.

lución del administrador autorizado por todos los socios al efecto (art. 1667).

§ 73. EN LA SOCIEDAD CIVIL. — Esta condición, en la sociedad civil, únicamente se adquiere mediante un acto voluntario del socio, debiendo prestar conformidad los demás. Conformidad que puede darse de antemano o en el momento de la incorporación del socio.

Por ello ese *status* no es transferible a los herederos del socio, ni menos cesible sin la conformidad de todos los otros integrantes. A su vez el heredero del socio no ocupa, sin su expresa conformidad, el mismo lugar y grado del causante (arts. 1670 y 1671).

Este régimen resulta de la naturaleza *intuitu personae* del contrato en el orden civil.

§ 74. EN LAS SOCIEDADES COMERCIALES. — Esta característica de la sociedad civil no se da íntegramente en las comerciales, toda vez que en el orden mercantil se tipifican distintas sociedades. Estas van desde las colectivas a las de capital, por lo cual la adquisición del *status* de socio difiere según el tipo. La cesibilidad o transmisibilidad de la calidad de socio se vincula directamente con el predominio del interés personal o del capital. Las posiciones extremas las constituyen la colectiva por un lado, y por el otro, las anónimas. Las intermedias son las de responsabilidad limitada. En algunos casos se da la conjunción de esas categorías como sucede en las sociedades en comandita simple y por acciones.

La distinción antes apuntada, tiene efectos prácticos en cuanto a la adquisición de la calidad de socio o su transmisión o cesión como lo veremos más adelante.

§ 75. DESDE CUÁNDO SE ES SOCIO. — La calidad de socio se puede adquirir en forma originaria o derivada tanto en las sociedades civiles como en las comerciales. Cuando lo es en forma originaria, nacen derechos y obligaciones —salvo pacto

en contrario— desde el momento de la perfección del contrato, el que, por ser consensual, queda concluido como tal desde que se ponen de acuerdo las partes. Cuando lo es derivadamente —por que otro le trasmite las cuotas o acciones— dicho *status* se adquiere en el momento en que válidamente se produce el traspaso de la titularidad de las cuotas o las acciones.

§ 76. ASUNCIÓN ORIGINARIA — La asunción originaria en la sociedad comercial —conforme a lo pactado expresamente en el contrato—, está concretada en el art. 36 de la ley 19.550, cuando dice: “*Los derechos y obligaciones de los socios empiezan desde la fecha fijada en el contrato de sociedad*”. Lo mismo sucede en materia civil⁵⁴.

§ 77. ASUNCIÓN DERIVADA EN LAS SOCIEDADES COMERCIALES. — La asunción derivada, en una sociedad comercial, depende del carácter de la sociedad. Si es de personas, requiere la conformidad de todos, salvo los supuestos previstos de la obligatoriedad de la cláusula expresa para el heredero del socio fallecido (arts. 90 y 155 y la situación prevista en el art. 28), excepciones que no se dan en el Código Civil. Si la sociedad es de capital, la adquisición se produce desde el momento de la transmisión de las acciones. En las sociedades intermedias variará según sea la calidad de socio que se adquiriera.

§ 78 CUÁNDO CESA LA CALIDAD DE SOCIO. — La calidad de socio cesa cuando la sociedad se disuelve totalmente, conforme a las causales establecidas en el art. 94 de la ley 19.550 y arts. 1758, 1759, 1764, 1769 y 1771 a 1774 del Cód. Civil. Se pierde también cuando se produce la disolución parcial de la sociedad, por muerte del socio (arts. 90, ley 19.550 y 1760 Cód. Civil); por exclusión (arts. 91, ley 19.550, 1734 y 1735, Cód. Civil); por renuncia (arts. 78, 85, 245, ley 19.550; 1738

⁵⁴ Todos los firmantes del contrato constitutivo se consideran fundadores (art. 166 *in fine*, ley 19.550).

y 1739, Cód. Civil), por cesión de las cuotas o acciones (arts. 131, 152, 153, 214, 215, ley 19.550, y 1673, Cód. Civil)⁵⁵.

§ 79. RESPONSABILIDAD DEL SOCIO. — Como lo hemos expresado, la calidad de socio le da derechos y le crea obligaciones para con los otros socios, la sociedad y los terceros que contraten con ella, pero la responsabilidad de quien va a ser socio o deja de ser socio puede preexistir o subsistir independientemente de la calidad de socio. Si bien el Código Civil nada prescribe en la parte especial con respecto a la responsabilidad anterior a la asunción de la calidad de socio, ella surge de los principios generales que gobiernan el período precontractual o *in contrahendo*. La ley comercial en este aspecto establece: “*Sin perjuicio de ello responden también de los actos realizados, en nombre o por cuenta de la sociedad, por quienes hayan tenido hasta entonces su representación y administración, de acuerdo con lo que se dispone para cada tipo de sociedad*” (art. 36, 2º párrafo).

§ 80. SUBSISTENCIA DE LA RESPONSABILIDAD. — La pérdida de la condición de socio no hace cesar su responsabilidad en casos como los siguientes: por la garantía de evicción y vicios redhibitorios; en las sociedades comerciales cuando el aporte es un crédito el socio responde por la solvencia del deudor cedido (art. 41); por la certeza del valor asignado a los aportes que no hayan sido justipreciados judicialmente (art. 51); en las sociedades de responsabilidad limitada y el comanditado en la comandita, la responsabilidad se mantiene pese a la cesión de cuotas (art. 150, párrafo 2º), no así en el caso de traspaso de acciones. También ocurre en el caso de los arts. 78 y 85.

Igualmente, tanto en la ley comercial como en la civil la responsabilidad del socio que ha perdido la calidad de tal, persiste: por los negocios pendientes hasta la terminación de ellos (art. 1743, inc. 2º); por las deudas pasivas posteriores de la sociedad, salvo si expresamente y por escrito se exonerase al

⁵⁵ Accarelli, ob. cit., p. 147 y ss.

socio excluido o renunciante (inc. 3º) y las deudas pasivas posteriores, si los acreedores han contratado sin saber la exclusión o renuncia (inc. 4º), bastando para esto último la publicación o el conocimiento oportuno del acreedor (inc. 5º). Esto mismo prevé la ley comercial en el art. 92, pero la responsabilidad del socio subsiste frente a los terceros hasta la inscripción de la modificación del contrato en el registro correspondiente ⁵⁶.

B. Capacidad para ser socio

§ 81. GENERALIDADES. — Es conocida la distinción entre la incapacidad de hecho y de derecho, así como también que la primera puede ser absoluta (art. 54) o relativa (art. 55), según que la parte no pueda realizar por sí ningún acto jurídico o sólo pueda algunos; la segunda únicamente puede ser relativa.

Además, es uniformemente admitido que la incapacidad de hecho está dada en relación al grado de madurez mental del sujeto, y que la de derecho en relación a otras razones, como cuando afecta al orden público, la moral y las buenas costumbres, etcétera.

§ 82. SOCIEDADES CIVILES. — Específicamente el Código Civil, en el título VII de la Sec. III, Libro II, no establece norma alguna respecto de las incapacidades de hecho o de derecho para ser socio de una sociedad, por lo cual es de aplicación el principio general del art. 1160, el que a su vez remite: *a*) Con respecto a la incapacidad de hecho, a lo que establece la parte general de las personas, Título I, Sec. I, Libro I; *b*) sobre las incapacidades de derecho, lo que se dispone en la parte especial de cada uno de los contratos tipos.

A) Incapacidad de hecho. Sobre esta incapacidad, sistematizando, diremos que abarca en general: al menor de 21 años; a los dementes; a los inhabilitados y a los penados. Sobre el pun-

⁵⁶ C1ªApel Bahía Blanca, 8-5-70, LL, 142-120.

to debemos referirnos a las modificaciones introducidas por la ley 17.711.

I. Armonizando la citada reforma y el Código Civil podemos establecer que: a) los incapaces absolutos de hecho (personas por nacer, menores impúberes, sordomudos que no saben darse a entender por escrito y los dementes declarados tales en juicio) no pueden formar sociedad por sí, debiendo hacerlo por intermedio de sus representantes legales, los cuales deberán ajustar su comportamiento a las facultades que les otorga la ley (art. 436: provocar la venta; art. 443, inc. 12: pedir autorización del juez para hacer cesar o continuar los establecimientos de comercio o industria que el menor hubiese heredado; o en los que tuviera alguna parte: arts. 444, 445, 447, 448 y 1770). Todos ellos aplicables asimismo a los curadores (art. 475). Igualmente, la ley 14.394, que impone la indivisión de establecimientos comerciales, industriales o agrícolas, ganaderos o mineros, etc., que constituyen una unidad económica, aunque haya herederos menores de edad. Este aspecto lo analizaremos detenidamente más adelante.

Se ha sostenido, con razón, que si el curador o el tutor, con autorización judicial, pueden conservar o disolver la sociedad de la que el incapaz forma parte como socio por herencia o por otro medio, puede, con la misma autorización, constituir originariamente una sociedad con terceros⁵⁷.

II. De conformidad con la reforma introducida por la ley 17.711, en lo que atañe a la incapacidad relativa de hecho, el menor de 21 años y mayor de 18 puede celebrar contratos de trabajo, y los mayores de 14 y menores de 21, que hubiesen obtenido título habilitante, pueden celebrar contratos sobre su profesión, con libre administración y disposición de lo que obtengan, sin necesidad de autorización paterna (art. 128). Con respecto a los primeros el art. 128 sólo los capacita para celebrar por sí contratos de trabajo, por lo que no puede extenderse esa capacidad al contrato de sociedad. Se podría sostener que ellos tie-

⁵⁷ En contra Espinosa, Carlos A., *En torno a la capacidad comercial de las personas jurídicas*, Córdoba, Universidad Nacional de Córdoba, 1955.

nen libre disposición y administración de los bienes que obtengan de su trabajo y que pueden aportarlos a la sociedad como socios, pero tal razonamiento sería improcedente, pues la sociedad no requiere solamente aportes sino también actividad personal conformada al convenio negocial que da nacimiento a la sociedad o, en su defecto, por la ley, y sobre esa actividad no tiene capacidad legal, ya que la norma circunscribe la capacidad a los derechos y las obligaciones que surgen del contrato de locación de servicios. En lo que concierne a los segundos (mayores de 14 años y menores de 21 con título habilitante) estimamos que la capacidad relativa de hecho de ellos, reconocida por la reforma de la 17.711, es más amplia que las anteriores, ya que pueden contratar, no sólo locaciones de servicios, sino también sobre cualquier otra materia que tenga por objeto el ejercicio de la profesión para la cual están habilitados y, en el caso, se puede decir que pueden válidamente celebrar contratos de locación de obra o de sociedad, mandato, etc., que tengan relación directa con esa profesión.

III. Los menores emancipados por matrimonio o por emancipación dativa, adquieren plena capacidad de hecho, salvo: para ser fiadores, donar bienes recibidos a título gratuito o aprobar cuentas de sus tutores o darles finiquito (arts. 131 y 134). Adviértase que la emancipación dativa sólo lo es para realizar actos civiles, ya que el art. 131, párrafo 4º, dispone que para los efectos del ejercicio del comercio por el habilitado deberán cumplirse las disposiciones del Código de Comercio.

Se ha sostenido que los emancipados por matrimonio o por habilitación no pueden ser fiadores, y al no poder serlo no pueden constituir sociedad, toda vez que ellos responderían, subsidiariamente, por las obligaciones de la sociedad, ya por una parte viril, en las civiles (art. 1747); o solidariamente, en las comerciales (art. 125, ley 19.550)⁵⁸. Sin embargo, no compartimos este criterio, porque la incapacidad impuesta a los emancipados es la de ser fiadores, y tal incapacidad no puede

⁵⁸ Farina, Juan, *Sociedades comerciales. Introducción a su estudio de acuerdo a la ley 19.550*, Rosario, Zeus, 1972, p. 62, citando a Halperin, ob. cit., p. 550.

extenderse a casos análogos o situaciones semejantes. No son equiparables esas dos figuras jurídicas, puesto que la responsabilidad subsidiaria de un socio no es semejante a la responsabilidad que emerge de la fianza, ya que ésta surge de un acto de liberalidad y es esa precisamente la razón por la cual la ley 17.711 lo mantiene incapaz de hecho, criterio que se reitera a propósito de su otra incapacidad: la de donar bienes que hubiere recibido a título gratuito. Pero la responsabilidad emergente del contrato de sociedad se da a causa del carácter especulativo de tal relación jurídica, en la cual el socio tiene interés directo, con intervención inmediata en los actos de la sociedad. La solidaridad o responsabilidad por una parte viril no es consecuencia de una liberalidad a favor de un tercero como es la fianza, sino que deriva del acto especulativo de formar y participar de una sociedad. La fianza es un acto de pura liberalidad.

En consecuencia, entendemos que los argumentos que sostienen que el menor emancipado no puede ser socio de cualquier sociedad por estar privado de ser fiador, no son convincentes.

IV. En lo que respecta a los penados, estando éstos privados hasta de la administración de los bienes durante el tiempo de prisión estimamos que se encuentran en la misma situación que el incapaz absoluto de hecho.

V. Los inhabilitados (art. 152 *bis*) —ebrios consuetudinarios, drogadictos, débiles mentales y pródigos— están sujetos al sistema de asistencia instituido por la ley 17.711, por lo cual tanto los actos de disposición (formación de sociedad), como los de administración, en el caso de que se les hubiere prohibido realizarlos sin la asistencia del tutor, deben celebrarse con la vigilancia del curador, pudiendo éste constituir una sociedad o proseguir con ella si con anterioridad la tuviere constituida.

B) Incapacidad de derecho. Sobre esta incapacidad la ley civil no trae ninguna disposición que prohíba expresamente a sujeto alguno constituir sociedad con otro, por lo cual ese derecho encaja dentro de los que las partes pueden convenir libremente (art. 1197).

Al respecto, se ha polemizado si los cónyuges pueden constituir una sociedad. Hay quienes han sostenido, con razón, que no existe ningún impedimento legal, moral o de ninguna otra índole que impida el ejercicio de ese derecho a tenor del art. 1197, Cód. Civil⁵⁹, máxime que estas normas deben interpretarse estrictamente, dado su carácter restrictivo. Por otra parte, en el contrato social, los cónyuges, como socios, no adquieren una relación directa entre sí, sino principalmente con la sociedad que nace de este contrato. Además, de acuerdo con las modificaciones introducidas por la ley 17.711, en cuanto a la capacidad de la mujer casada y al régimen de la sociedad conyugal, ha adquirido ella plena capacidad de hecho y de derecho.

En este aspecto, como veremos, el Código de Comercio ha sufrido una profunda alteración.

§ 83. SOCIEDADES COMERCIALES. — Estimamos que aquí deben considerarse distintas disposiciones: 1. Las normas comerciales en cuanto el caso esté expresamente contemplado. 2. Los preceptos civiles cuando resulten de aplicación subsidiaria.

A) *Incapacidad de hecho.* En lo que a la incapacidad de hecho se refiere, debemos atenernos, en general, al ordenamiento del Código Civil, ya que el art. 443, inc. 12, se refiere al establecimiento comercial, quedando excluido, de acuerdo con el art. 447, el pupilo interesado en sociedades anónimas o en comandita por acciones.

I. Ese principio está limitado por lo dispuesto en el art. 28 de la ley 19.550, que dice: “*Cuando en los casos legislados en los arts. 51 y 53 de la ley 14.394, existan herederos menores de*

⁵⁹ Ver Granillo, Arturo, *Sociedad entre esposos*; Gutiérrez, Rafael, *Sociedad entre cónyuges*, en “Rev. Jurídica y Social del Litoral”, año X, 42-43, 1945, p. 125; Salvat, *Tratado de Derecho Civil, Contratos*, t. II, ps. 15 y 16. Borda, Guillermo, *Tratado de Derecho Civil, Familia*, t. I § 273; Oliva Hernández, Celia N., *Sociedad entre cónyuges*, en “Enciclopedia Jurídica Omeba”, t. XXV, p. 696. A favor CCivCom, Rosario, 7-12-51, con comentario de Roberto A. M. Terán Lomas, LL, 64-647; CCiv1ª Cap, 27-11-42, LL, 28-687. En contra 1ª Inst. en lo Comercial, firme, 14-8-46, con comentario de Osvaldo J. Staha, LL, 50-778 y siguientes.

edad, éstos deberán ser socios con responsabilidad limitada”⁶⁰. “El contrato constitutivo deber ser aprobado por el juez de la sucesión. Si existiere posibilidad de colisión de intereses entre el representante legal y el menor, se designará un tutor ad hoc para la celebración del contrato y para el contralor de la administración de la sociedad si fuere ejercida por aquél”, agregando, el 29, segunda parte, “La infracción del art. 28, sin perjuicio de la transformación de la sociedad en una de tipo autorizado, hace solidaria e ilimitadamente responsables al representante del menor, y a los consocios mayores de edad, por los daños y perjuicios que sufra el menor”.

II. Igualmente está limitado por la ley 14.394, que se refiere al bien de familia, estableciendo en su art. 51 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 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 intereses legítimos de terceros”.*

III. Dispone la misma ley en el art. 53: *“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 supérstite que lo hubiere adquirido o formado, en todo o en parte, podrá oponerse a la división del bien por un tiempo 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 concurrieren causas graves o de manifiesta utilidad económica que justifiquen*

⁶⁰ Es decir, Soc. Resp. Ltda., socio comanditario en la comandita, sociedad anónima o industriales en las de capital e industria.

la decisión. Durante la indivisión, la administración competará al cónyuge sobreviviente. Lo dispuesto en este artículo se aplicará igualmente a la casa habitación construida o adquirida con fondos de la sociedad conyugal formada con el causante, si fuese la residencia habitual de los esposos”.

IV. De interpretarse que la ley civil es subsidiariamente aplicable cuando el caso no esté expresamente contemplado en la norma o espíritu de la ley comercial, resultaría que la ley 19.550 circunscribía la participación del menor a las sociedades de responsabilidad limitada, imponiendo serias sanciones para sus representantes o consocios mayores de edad, por los daños y perjuicios que sufra el menor en sociedades de otra índole. Resulta, pues, que la facultad del padre de familia, del tutor o curador, debe limitarse a la constitución o continuación de sociedades comerciales que tengan restringida la responsabilidad de los socios al monto de los aportes. Es decir, sociedades anónimas, de responsabilidad limitada y las en comandita por acciones y simples, siempre que revistan la calidad de socios comanditarios, en donde la responsabilidad del menor como titular de acciones o cuotas aportadas estaría circunscrita —como en las de responsabilidad limitada— a los bienes⁶¹.

V. Este criterio estaría confirmado por el art. 447, el cual dispone que lo de la autorización judicial que exigen los arts. 444, 445 y 446, no se aplica cuando los pupilos fuesen interesados en sociedades anónimas o en comandita por acciones. Hoy se aplica también a las de responsabilidad limitada (art. 28, ley 19.550).

VI. En lo que a la capacidad por emancipación dativa se refiere, el Código Civil se remite expresamente a lo ordenado por el Cód. de Comercio, por lo que es de plena vigencia lo establecido en los arts. 10, 11 y 12 de este ordenamiento jurídico, los que establecen: “*Toda persona mayor de 18 años puede ejercer el comercio con tal que acredite estar emancipado o autorizado legalmente*” (art. 10). “*Es legítima la emancipación: 1º) Conteniendo autorización expresa del padre o de la madre, en su*

⁶¹ Halperin, ob. cit., p. 237.

caso; 2º) *Siendo inscripta y hecha pública en el Tribunal de Comercio respectivo. Llenados estos requisitos, el menor será reputado mayor para todos los actos y obligaciones comerciales*" (art. 11); y: *"El hijo mayor de 18 años que fuese asociado al comercio del padre, será reputado autorizado y mayor para todos los efectos legales en las negociaciones mercantiles de la sociedad"* (art. 12).

Por tanto, estos menores emancipados pueden formar parte como socios de cualquier sociedad del tipo previsto en la ley 19.550, por ser comerciales por sus formas; temperamento éste que ha sido observado. Los reparos que se le han formulado son sobre la autorización de la calidad de comerciante y no para constituir sociedad o porque no puedan ser responsables solidariamente de las obligaciones sociales. Creemos contestarlos con lo que hemos dicho al referirnos a los menores emancipados en el orden civil.

VII. A los inhabilitados del art. 152 *bis* del Cód. Civil se les aplicarán las disposiciones de este ordenamiento jurídico por no existir norma concreta alguna en el orden comercial.

B) Incapacidad de derecho. En lo referente a la *incapacidad de derecho*, así como el Código Civil no prevé ninguna incapacidad para ser socio de una sociedad civil, no sucede lo mismo con la ley 19.550, que sanciona varias, como:

I. *Personas físicas.* a) Los *cónyuges* tienen, entre sí, una incapacidad relativa de derecho⁶². Entre ellos no pueden constituir sociedades que no sean por acciones o de responsabilidad limitada (art. 27, primera parte) y si uno de ellos hubiera ad-

⁶² Por la capacidad: 1º Inst. Cap., firme, 7-12-42, LL, 28-687. Uriburu, *Sociedad, su constitución entre cónyuges*, en "Boletín del Comité de Abogados de Bancos de la Capital Federal", año 1938, nº 1, ps. 10-23; Pithod, *Sociedad formada entre cónyuges*, en rev. "Las ciencias jurídicas y sociales de Santa Fe", nº 42-43, ps. 126-139; Carbone, *Contratos de sociedades entre esposos*, en "Rev. Notarial", nº 514, ps. 464-491. Malagarriga, *Derecho Comercial*, t. I, p. 220; Garo, *Sociedades Comerciales*, t. IV, p. 202; Halperin, *Sociedad de Responsabilidad Limitada*, p. 26. En contra: 1º Inst. en lo Comercial, firme, 14-8-46, LL, 50-774; Molina Río y Panero, *Sociedad de Responsabilidad Limitada*, p. 57; Fernández, *Fundamentos de la quiebra*, t. III, p. 30. Castillo, Ramón S., *Curso de Derecho Comercial*, t. III, p. 48.

quirido por cualquier título la calidad de socio del otro en sociedades de distinta índole, la sociedad debe 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. De no cumplirse con este dispositivo, es nula la sociedad y se liquidará de conformidad a lo dispuesto en la Sección XIII (art. 29).

La Exposición de Motivos de la ley 19.550 al respecto dice así: “No escapa a la Comisión lo delicado del problema y de la solución adoptada. Prescindiendo de si la normatividad de la sociedad conyugal en el Código Civil, importa o no una prohibición de que los esposos constituyan sociedades comerciales, la Comisión consideró incompatible la existencia de dos regímenes económicos entre esposos, cuando uno de ellos era el resultado de la constitución de sociedades comerciales de tipo personalista (arts. 134, 135 y 141), en la que la responsabilidad de los socios luce ilimitada y solidaria, situación ésta que sólo se da en la sociedad civil si así se hubiese pactado (art. 1747, Cód. Civil). Por razonamiento inverso se consideró que en las sociedades con responsabilidad limitada no mediaban los inconvenientes antes señalados y que, además, en ellas la estructuración de los órganos disminuía la posible incidencia de factores que pueden alterar el normal desarrollo de las relaciones matrimoniales”, agregándose: “Las consecuencias de la infracción a los arts. 27 y 28, son resueltas por el art. 29, que sanciona con nulidad absoluta la violación del primero, previendo además que la sociedad se liquidará de acuerdo con la Sección XIII”⁶³.

⁶³ El art. 27 dice: “*Los esposos pueden integrar entre sí sociedades por acciones y de responsabilidad limitada*”. Indica dos tipos de sociedades: por acciones (que pueden ser las anónimas y las comanditas por acciones, y respecto de éstas referido solamente como socio comanditario), y de responsabilidad limitada. Parecería excluir al “socio comanditario”, que tiene responsabilidad limitada en las comanditas simples o al “socio industrial” en las sociedades de capital e industria, que también tiene responsabilidad limitada a la concurrencia de las ganancias no percibidas. Estimamos que permitiendo el art. 27 formar sociedades entre esposos donde uno, por lo menos, tiene responsabilidad limitada pueden formar sociedades entre ellos también allí donde uno sea comanditario (en una comandita simple) o industrial (en una de capital e industria). Criterio éste que estimamos aceptable no sólo porque en aquéllas se cumple con el propósito de la ley, sino también porque ésta al referirse a la capacidad de los menores en el art. 28 expresa “cuando... existan herederos menores de edad, éstos deberán ser socios con responsabilidad limitada”, es decir, que lo que la

b) Estas normas tienen un alcance limitado, pues esas clases de sociedades entre esposos son las más corrientes en orden a los pequeños comercios (almacenes, bares, panaderías, confiterías, etcétera).

De acuerdo con la ley deberán transformarse, para tener existencia legal, en sociedades por acciones o de responsabilidad limitada, es decir: entre las primeras: las en comandita por acciones y anónimas, excluyéndose expresamente las sociedades colectivas, de hecho, accidentales o de participación.

c) La sanción de nulidad absoluta con que se castiga su incumplimiento —de atenernos a las disposiciones sobre nulidad que prevé el Cód. Civil— puede ser declarada por el juez a pedido del ministerio público, de terceros interesados o de oficio cuando ella sea manifiesta y, por ser absoluta, no es ni confirmable ni prescriptible.

A su vez, declarada la nulidad de la sociedad, debe procederse a la liquidación de ella de conformidad con la Sec. XIII, según así también lo establece el art. 29, pero estimamos que algunas de las normas allí insertas resultan de injusta aplicación para la sociedad entre esposos, como lo es el segundo párrafo del art. 111.

Las sociedades irregulares entre esposos son las más frecuentes en la vida comercial actual, por lo cual están constreñidas a transformarse en el lapso fijado en el art. 29, bajo el peligro de ser declaradas nulas. Estos preceptos, según Halperin, resultan inspirados en la Ordenanza Francesa de 1958⁶⁴.

d) Hemos dicho que de conformidad con la ley civil la mujer mayor de edad, cualquiera que sea su estado, tiene plena capacidad civil (art. 1º, ley 11.357, texto según la ley 17.711). Tiene idéntica capacidad que el hombre. Esa plena capacidad de hecho la adquiere a los 21 años, y antes de esa edad está sujeta al mismo régimen de incapacidad de hecho que el menor impúber

ley quiere es que el menor sea socio con responsabilidad limitada al igual que uno de los esposos; consecuentemente pueden formar parte, entre sí, de una comandita por acciones.

⁶⁴ Halperin, ob. cit., p. 240.

y púber que hemos analizado precedentemente. Por lo que siendo soltera puede ser socia de una sociedad comercial con otros que no sean su marido en las mismas condiciones que el varón incapaz relativo de hecho.

También queda emancipada por matrimonio o habilitación.

Al contraer matrimonio comienza la sociedad conyugal (art. 1261). El capital de ésta se compone de los bienes propios que constituyen la dote de la mujer, y de los bienes que el marido introduce al matrimonio o que en adelante adquiera por donación, herencia y legado (art. 1263) y los gananciales que se incorporan a la sociedad de acuerdo con lo que disponen los arts. 1271, 1272, 1273 y correlativos del Cód. Civil.

A tenor de la reforma de la ley 17.711, cada uno de los cónyuges tiene la libre administración y disposición de sus bienes propios y de los adquiridos con su trabajo personal o por cualquier otro título legítimo, con la limitación prevista en el art. 1277; asimismo, el marido ha dejado de ser el administrador legal de los bienes de su esposa, y uno de los cónyuges no podrá administrar los bienes propios del otro o los gananciales cuya administración le está reservada al otro, sin mandato expreso o tácito conferido por él (art. 1276).

De modo que la mujer, no sólo respecto de sus bienes propios, sino también de los gananciales cuya administración le está reservada, tiene libre determinación y disposición.

Conjugándose estos principios, resulta que la mujer casada (mayor de edad o emancipada por matrimonio) posee capacidad de hecho para ser socia de cualquier sociedad aportando bienes propios y gananciales en dominio o en uso, con la salvedad prevista en el art. 1277.

Esta capacidad de hecho y de derecho se le reconoce a la mujer en la ley comercial para constituir sociedades con personas que no sean su esposo. Se limita esa capacidad en cuanto a las sociedades constituidas con su esposo o cuando resulte de algún hecho que la convierta en tal (casamiento entre socios o asunción de tal calidad por herencia, donación o legado, por ejemplo), salvo que fuesen en sociedades por acciones o de responsabilidad limitada (ver nota 62).

Si bien es cierto que tales son disposiciones vigentes del Cód. de Comercio en virtud de los arts. 27 y 29 de la ley 19.550, creemos que ello atenta contra la capacidad de hecho y de derecho de uno de los esposos y contradice las facultades reconocidas por la ley 17.711, afectándose a un sinnúmero de sociedades de familia que, estando constituidas en sociedades de hecho o irregulares y teniendo vida para el pasado, no son nulas —de nulidad absoluta— y cuya disolución solamente puede pedirse por uno de los socios con efecto hacia el futuro.

Al considerar la ley mercantil, en su art. 29, que esas sociedades son nulas de nulidad absoluta, la que puede ser declarada de oficio por el juez o a petición de parte interesada con las consecuencias de lo dispuesto en la Sec. XIII, especialmente de la segunda parte del art. 111, se aplica una sanción que no se basa en ningún principio de justicia o de seguridad, por lo que mostramos nuestra expresa disconformidad y estimamos que debe modificarse el sistema.

e) Respecto de los corredores, rematadores o martilleros la ley 19.550 no introduce modificación alguna a las normas vigentes del Código de Comercio. Por lo cual, de acuerdo con lo dispuesto por los arts. 105, inc. 1º, y 113, segunda parte, del Cód. de Comercio, son incapaces de derecho para formar parte como socios de cualquier tipo de ellas ⁶⁵.

II. *Sociedades.* a) Para formar parte de otra sociedad en el orden civil no existe otra prohibición que la que surja del objeto de ambas sociedades, ya que la capacidad de derecho de ellas está limitada a aquel elemento (arts. 31, 32, 33 y 1691 del Cód. Civil).

La sociedad civil es plenamente capaz para adquirir derechos y contraer obligaciones en relación al objeto para el cual ha sido constituida a los fines de obtener apreciables utilidades en dinero que dividirán entre sí los socios, del empleo que hicieren de lo que cada uno hubiera aportado.

⁶⁵ CNCCom, Sala B, 16-11-53, LL, 75-203; 1ª Inst., firme, fallo 10.486, LL, 20-795. Contra: CNCCom, Sala B, 16-11-53, LL, 75-203.

Este criterio ha sido tomado en cuenta por la ley 19.550 para determinar la capacidad de las sociedades para ser socias de otras pero lo ha limitado en cuanto a la forma de constitución y al capital invertido.

El art. 30 establece que las sociedades anónimas y en comandita por acciones sólo pueden formar parte de sociedades por acciones⁶⁶.

Del texto de este artículo y del principio general de la capacidad de las sociedades resulta que las sociedades anónimas o en comandita por acciones son incapaces de formar parte como socias de otra sociedad que no tenga el objeto de ella y no esté constituida bajo la forma de sociedad por acciones⁶⁷. No podrían, por la forma, ser socias de una sociedad colectiva, de una sociedad en comandita simple, accidental o en participación, y menos cuando el objeto de ésta sea distinto del de aquéllas.

b) Aparte de este precepto específico de incapacidad de las sociedades anónimas y de las en comandita por acciones, en el art. 31 se fija otro límite en función a las participaciones de sociedades, excepto las sociedades cuyo objeto sea exclusivamente financiero y de inversión, cuando establece que no pueden serlo por un monto superior a sus reservas libres y a la mitad de su capital y las reservas legales, a no ser que el exceso de la participación resultare del pago de dividendos en acciones o por la capitalización de reservas, y las entidades reguladas por la ley 18.061.

Sociedades con objeto financiero o de inversión son aquellas que, como reconoce Cambiaso en *Sociedades controladas y participación de sociedades en sociedades*⁶⁷⁻¹, "tienen por fin exclusivo el financiero, o sea aquellas que fueron creadas para obtener réditos sólo del interés del dinero, de la fluctuación del valor de la moneda, de las oscilaciones de los valores inmo-

⁶⁶ Sobre el antiguo ordenamiento ver CSJN, 30-7-48, LL, 52-461.

⁶⁷ Con anterioridad la Cámara Comercial de la Capital, 26-11-48, había entendido que las sociedades anónimas podían integrar una sociedad de responsabilidad limitada, LL, 53-174.

⁶⁷⁻¹ Cambiaso, Juan B., *Sociedades controladas y participación de sociedades en sociedades*, LL, t. 45, p. 788.

liarios y en general de la especulación y del préstamo a interés". Estas sociedades no tienen límite económico para asociarse a otra que persiga el mismo objeto, como surge de la primera parte del art. 31 y del segundo párrafo del mismo artículo, cuando dice excluirse a las sociedades reguladas por la ley 18.061.

c) Volviendo al principio general, el art. 31 establece una incapacidad relativa de derecho, referida a cualquier clase de sociedad, de no poder tomar o mantener participación en otra u otras sociedades por un monto superior a sus reservas libres y a la mitad de su capital y de las reservas legales con las dos salvedades anteriormente expresadas (en que el exceso en la participación resulte del pago de dividendos en acciones o de la capitalización de reservas).

El mismo artículo prevé el procedimiento que hay que seguir en caso de excederse el monto establecido por la ley, y la sanción en caso de violación de la norma; así establece que *"Las participaciones, sean en partes de interés, cuotas o acciones, que excedan de dicho monto deberán ser enajenadas dentro de los seis meses siguientes a la fecha de aprobación del balance general del que resulte que el límite ha sido superado"*. *"Esta constatación —agrega el art. 31— deberá ser comunicada a la sociedad participada dentro del plazo de diez días de la aprobación del referido balance general."*

d) *"El incumplimiento en la enajenación del excedente produce la pérdida de los derechos de voto y a las utilidades que correspondan a esas participaciones en exceso hasta que se cumpla con ella."*

Con esa medida se limita la existencia de sociedades controladas, es decir, aquellas en que otra sociedad, en forma directa o por medio de otra sociedad a su vez controlada, posea participación por cualquier título que otorgue los votos necesarios para hacer la voluntad social (art. 33, primer párrafo). Como dice Juan Cambiaso en la obra ya citada, son aquellas en que "el rasgo caracterizante es el manejo de la decisión positiva por el control de las voluntades suficientes, y no el simple dominio de la potestad de oponerse a tomar decisiones válidas

en las asambleas ordinarias y para resolver asuntos comunes” por parte de otra sociedad que es la controlante⁶⁸. Tampoco puede participar en la sociedad controlante ni en sociedad controlada por ella, por un monto superior, según balance, a las de su reserva, excluida la legal. Su violación impone que *“Las partes de interés, cuotas o acciones que excedan los límites fijados deberán ser enajenadas dentro de los seis meses siguientes a la fecha de aprobación del balance del que resulte la infracción. El incumplimiento será sancionado conforme al art. 31”* (art. 32, párr. 3º).

e) En todos los casos el Poder Ejecutivo podrá autorizar en supuestos concretos el apartamiento de los límites previstos (art. 31, párrafo 2º), con lo cual se aumenta la capacidad de las sociedades para ser socias de otras.

Para el control de la existencia de sociedades controlantes, controladas o vinculadas entre sí, el art. 63, inc. 1º, establece que en el activo deben determinarse los créditos provenientes de las actividades sociales; por separado —agrega— *“Se indicarán los créditos con sociedades controlantes, controladas o vinculadas”* . . . Como así también en el inc. 2º a) se exige que *“entre las deudas del pasivo se indiquen separadamente las comerciales, las bancarias, las financieras, las existentes con sociedades controlantes, controladas o vinculadas. . .”*. Ídem en los estados de resultados (art. 64, I, b, 8) sobre intereses pagados o devengados . . . *“sociedades controlantes, controladas, vinculadas y otros”*; en las notas complementarias (65, 1º, g), respecto de los resultados de operaciones con sociedades controlantes, controladas o vinculadas, separadamente por sociedad; y en el art. 66, inc. 6º, que dispone que en la memoria deberán especificarse las relaciones con las sociedades controlantes, controladas o vinculadas y las variaciones operadas en las respectivas participaciones y en los créditos y deudas. Todo lo cual debe cumplirse bajo la responsabilidad de los administradores (arts. 59 y 274).

⁶⁸ Farina, ob. cit., p. 197, expresa: “El art. 33 deberá entenderse para adoptar resoluciones que interesan a la marcha de la sociedad, aunque no lleguen a reunir la mayoría necesaria para la reforma del estatuto o contrato social”. Agrega: “Esta cantidad de votos puede resultar en forma directa o indirecta por intermedio de otra sociedad a su vez controlada”.

f) También existe incapacidad de derecho de la sociedad para configurar la situación de sociedades con participaciones recíprocas que prevé el art. 32 y las sanciona con la nulidad cuando en el acto constitutivo o por vía de aumento de capital, por sí o por persona interpuesta, la concretan. Violación que hace responsable ilimitada y solidariamente a los fundadores, directores, administradores, o síndicos. Dentro del término de tres meses hay que proceder a la reducción del capital indebidamente integrado, quedando la sociedad disuelta de pleno derecho en caso contrario. La ley prevé la nulidad de la constitución; o la reducción del aumento del capital bajo pena de disolución de pleno derecho, y en ambos casos la responsabilidad de los fundadores, en el primer supuesto, o de los administradores, directores o síndicos en el segundo.

C. Clases de socios

§ 84. POR EL MOMENTO DE SU INCORPORACIÓN. — En el orden civil, tenemos distintas clases de socios: *Por el momento de su incorporación*: 1º, socios fundadores: aquellos que han celebrado originariamente el contrato social (art. 1667, primera parte), y 2º, socios agregados: que se incorporan con posterioridad a la sociedad, ya por cláusula del contrato o por una convención posterior con todos los socios o por admisión de los administradores autorizados al efecto.

En este aspecto, se marca una profunda diferencia con la ley mercantil. Para ser socio de una sociedad civil hay que tener la conformidad de todos, aun de aquel que se incorpora a la sociedad, pues ella es esencialmente de personas. Característica ésta que se da en algunas del derecho comercial (por ejemplo, en las colectivas, de capital e industria, accidental o en participación). Sin embargo en estos casos se debilita ese principio en el art. 90 de la ley 19.550, donde se dispone: “*En las sociedades colectivas y en comandita simple es lícito pactar que la sociedad continúe con sus herederos. Dicho pacto obliga a éstos sin necesidad de un nuevo contrato, pero pueden ellos con-*

dicionar su incorporación a la transformación de su parte en comanditaria". Igualmente sucede en las sociedades de responsabilidad limitada, art. 155. Pero donde más se marca la diferencia es en las sociedades por acciones, en las cuales las acciones son libremente transmisibles (arts. 214 y 215).

§ 85. POR LA NATURALEZA DEL APORTE. — Se clasifican en: 1. socios capitalistas, y 2. industriales, según que la prestación que se obligan a efectuar como aporte a la sociedad (art. 1649), sea de dar o de hacer, respectivamente. En este punto hay una coincidencia con la ley comercial.

§ 86. POR SU ACTUACIÓN FRENTE A LA SOCIEDAD Y A LOS TERCEROS. — a) Socios ostensibles, y b) socios ocultos⁶⁹. Los primeros son los que aparentemente son socios, ya que figuran en la razón social o en el contrato de sociedad, pero no son socios en relación a los verdaderos, aun cuando éstos les reconozcan algún interés, siéndolo frente a terceros que contratan con la sociedad, aunque tengan una acción de reparación de daños contra los verdaderos socios por lo que pagaren por ellos y por la sociedad. Los segundos —los ocultos—, son los que no resultan tales por no figurar en el contrato social⁷⁰. Estos son juzgados como socios en relación con los demás socios, mas no respecto de los terceros, aun cuando éstos tuviesen conocimiento del contrato social (arts. 1668 y 1669, respectivamente). Acerca de estos socios ocultos, existe diferente tratamiento en la ley mercantil, no así en lo que respecta al socio aparente u ostensible (art. 34). El oculto en las comerciales es ilimitada y solidariamente responsable, en forma subsidiaria, por las obligaciones sociales (art. 34, segunda parte y 125), no así en la ley civil (art. 1669).

⁶⁹ CNCom, Sala B, 16-12-53, LL, 74-953.

⁷⁰ La clasificación está fundada en los distintos efectos que ambos ordenamientos le atribuyen; respectivamente arts. 1668 y 1669 del Cód. Civil y arts. 34 y 35 de la ley 19.550, Machado, José, *Exposición y comentario del Código Civil*, Bs. As., Lajouane, 1899. Escuti-Romero-Richard, *Notas de Derecho Societario*, Univ. Nac. Córdoba, Cap. IV.

§ 87. EN EL DERECHO COMERCIAL. — En el Derecho Comercial, como en el civil, se pueden clasificar los socios por la responsabilidad frente a las obligaciones de la sociedad. En este último ordenamiento dependerá de una convención expresa su solidaridad, mediante la cual el socio o los socios se obliguen solidariamente, pero en ausencia de estipulación los socios responden solamente por una parte viril (art. 1747). En el comercial, como la responsabilidad de aquéllos varía según los tipos, podemos decir que hay un sistema diverso. Así tenemos, la que va desde la responsabilidad ilimitada y solidaria en las sociedades colectivas, hasta la limitada al monto de las acciones suscriptas en las anónimas:

Asimismo, en las sociedades comerciales por acciones encontramos: *a)* Socios con acciones ordinarias, o *b)* Socios con acciones preferenciales en la dirección o liquidación (arts. 26 segunda parte, 216 y 217).

La distinción entre los diversos tipos de socios trae consecuencias prácticas de importancia, tanto en relación con su responsabilidad frente a terceros, como su vinculación con la sociedad en lo atinente a la administración o representación. Destacándose que aquellos socios con mayor responsabilidad tienen la administración y, entre los de una misma categoría, tienen mayor responsabilidad si gozan de alguna preferencia de cualquier índole, según se verá a lo largo del presente trabajo.