

# **LA INCORRECTA INSERCIÓN DEL REGIMEN CONYUGAL EN LOS ARTS. 27 Y 29 DE LA LEY 19.550 Y LA SOLUCIÓN DEL ANTEPROYECTO DE REFORMA**

FRANCISCO JUNYENT BAS

## **PONENCIA**

El régimen patrimonial del matrimonio es incompatible con la configuración de una sociedad de hecho comercial y la solución prevista por los arts. 27 y 29 de la ley 19.550 deviene contradictoria. La sanción de nulidad de la sociedad infractora del régimen matrimonial acarrea la liquidación del ente social, lo que no elimina el carácter de socios de los cónyuges con la correspondiente responsabilidad solidaria de los esposos durante el íter liquidativo.

Como agravante dicho régimen no protege el emprendimiento del que puede ser titular la sociedad, ignorando la directriz del art. 16 de la ley societaria.

La solución correcta es la resolución parcial del contrato social,

de conformidad a la manda del artículo relacionado en último término.

## **1.- LA CONVERGENCIA ENTRE LA SOCIEDAD DE HECHO Y LA SOCIEDAD CONYUGAL**

### **1.1. LAS INCONGRUENCIAS DE LOS ARTS. 27 Y 29 DE LA LEY 19550**

El régimen patrimonial del matrimonio, reglado en los arts. 1276 y siguientes del Código Civil y arts. 5 y 6 de la ley 11357, que instituye un sistema de comunidad diferida de bienes que se caracteriza por la gestión separada de cada uno de los cónyuges y la consiguiente independencia en orden a la responsabilidad por deudas no se reflejó adecuadamente en los arts. 27 y 29 de la ley de sociedades.-

Así, el art. 27 sólo habilita que los esposos integren sociedades de responsabilidad limitada o sociedades por acciones, disponiéndose la transformación de la sociedad en caso de incorporación sobreviniente o la transferencia de la partición accionaria, bajo pena de nulidad.-

Ahora bien, la actualidad normativa nada dice de la situación de la sociedad de hecho y/ irregular lo que aparejó que la doctrina debatió si era factible que los cónyuges constituyeran sociedades de hecho con un objeto comercial que se diferenciara del régimen patrimonial establecido para el matrimonio en los arts. 1276 y siguientes del Código Civil y arts. 5 y 6 de la Ley 11.357.

Las características de las sociedades de hecho e irregulares han llevado a algunos autores<sup>1</sup> a sostener la imposibilidad de que exista sociedad de hecho entre esposos.-

Por el contrario, otro sector de la doctrina entiende que su constitución es posible más allá del régimen legal aplicable.

Cámara<sup>2</sup> en su intención de validar la viabilidad de su confor-

---

<sup>1</sup> Romero, José I., Sociedades irregulares y de hecho, Depalma, pag. 162.

<sup>2</sup> Cámara, Héctor, Estudios de Derecho Societario, Depalma 1985, pag. 85.

mación entre esposos excluye las sociedades de hecho de la prohibición del art. 27 de la ley societaria y, sin dar mayores explicaciones, parece pronunciarse por la factibilidad de su constitución, aunque más adelante habla de falta de legitimación de los esposos para formar sociedades de hecho, lo que lo ubicaría entre los sostenedores de la exclusión del sistema societario.

A su vez, Otaegui<sup>3</sup> entiende que a la sociedad de hecho entre esposos les alcanzan los arts. 27 y 29 de la ley 19550 siendo, en consecuencia, sociedades nulas que deben liquidarse conforme lo establece la ley societaria.

En una palabra, hay quienes intentan validar las sociedades de hecho entre esposos; otros juristas entienden que les alcanza el sistema de los arts. 27 y 29 de la ley societaria, por lo que son sociedades nulas y deben liquidarse; y por último, la opinión de los autores que interpretan que, ante la evidente incompatibilidad del régimen de la sociedad de hecho con el sistema patrimonial del matrimonio, queda excluido el sistema de los arts. 27 y 29 de la ley 19550, pero la constitución de este tipo de sociedades entre esposos es imposible jurídicamente.

## 1.2. LA PREVALENCIA DEL RÉGIMEN PATRIMONIAL DEL MATRIMONIO

Una línea de pensamiento<sup>4</sup> entiende que cuando existe una empresa de gestión común entre los cónyuges, ésta se rige por las reglas relativas a los bienes en el matrimonio que es un ordenamiento prevaleciente que excluye el sistema societario, salvo que se respete el art. 27 de la ley societaria y se constituya un tipo social permitido, a saber: una sociedad de responsabilidad limitada o una sociedad por acciones.

Esta corriente destaca que los arts. 27 y 29 de la ley 19.550 son de interpretación estricta y, por tanto, deben tenerse por prohibidos los tipos legales no autorizados, limitándose la sanción de nulidad para la

---

<sup>3</sup> Otaegui, Julio Cesar, Extensión de la quiebra, Abaco, 1998, pag. 55.  
<sup>4</sup> Romero, op. Cit. Pag. 163 y ss.

infracción al régimen particular del art. 27, que no contempla a la sociedad de hecho, no sólo por no constituir un tipo social específicamente prohibido, sino también por su manifiesta incompatibilidad con el régimen patrimonial del matrimonio.

En esta línea, se afirma *que es un absurdo distinguir entre una sociedad conyugal, titular de bienes y fundamentalmente con gestión independiente y masas de bienes separadas: los bienes propios y los gananciales de administración reservada a cada cónyuge y, una sociedad de hecho, titular de la gestión y con un fondo común distinto al de la comunidad conyugal.*

Se explica que la eventual explotación comercial de una empresa conyugal de gestión conjunta, aún cuando ésta se realizare bajo un nombre de fantasía o a nombre de ambos cónyuges, no autorizaría a predicar la existencia de una sociedad de hecho entre dichos esposos.

De tal modo, la unión matrimonial origina un régimen de bienes que en nuestro ordenamiento tiene clara factura en orden a la titularidad de los bienes adquiridos, al modo de su administración y disponibilidad y, fundamentalmente, en punto al sistema de responsabilidad separada.

### 1.3. LA INCOMPATIBILIDAD DEL SISTEMA

En similar ubicación, pero profundizando las inconsistencias del actual esquema legal, otros autores enfatizan que esta especial comunidad que nace de la sociedad conyugal y su régimen de gestión y responsabilidad no depende de la voluntad de sus integrantes, ni de las cláusulas que estipulen, sino que, responde a un esquema imperativo establecido *ex lege*.

Por ende, la administración conjunta de bienes, aún cuando se trate de un fondo de comercio es francamente contradictoria con las reglas del orden público que contiene el sistema patrimonial del matrimonio<sup>5</sup>.

La incompatibilidad de ambos regímenes legales es palmaria y el fundamento axiológico también difiere porque la finalidad última

---

<sup>5</sup> idem anterior, pag. 165.

de cualquier instituto societario está constituida por la vocación de participar en las utilidades, esto es en la propiedad de los bienes, mediante la partición de los beneficios. Esta ultima consecuencia es francamente incompatible con el sistema legal de la sociedad conyugal, ya que, la partición de las utilidades y su división entre los socios , no corresponde a la mecánica patrimonial del matrimonio.

Así, se enfatiza que cuando se han aportado bienes pertenecientes a la sociedad conyugal para constituir una sociedad de hecho entre cónyuges, ella es sólo aparente y debe atribuirse a la sociedad conyugal las consecuencias y/o el resultado de su actividad.

Desde esta perspectiva, Romero<sup>6</sup> sostiene la imposibilidad jurídica de predicar la existencia de una sociedad de hecho entre cónyuges y así excluye la sanción del art. 29 de la ley societaria, ubicándose entre quienes sostiene la incompatibilidad absoluta de ambos sistemas legales.

#### **1.4. LA APLICABILIDAD DE LOS ART. 27 Y 29 DE LA LEY SOCIETARIA**

En sentido opuesto, otro sector de la doctrina ha señalado que *cuando se verifica una empresa familiar que se integra por los esposos como socios de hecho de un fondo de comercio, la alternativa de la aplicabilidad de los arts. 27 y 29 de la ley societaria es factible, pese a las contradicciones que implica la sanción de nulidad.*

La normativa legal declara nula la sociedad que viole el art. 27 y esta nulidad es absoluta inconfirmable e imprescriptible, si bien juega como causal de disolución, ya que se liquidará de acuerdo con la sección XII de la ley societaria.

La doctrina comercialista ha considerado desafortunada a esta preceptiva por sus consecuencias negativas, ya que, durante el *iter* liquidatorio impone una “sociedad a palos” entre los esposos contradiciendo el sistema civil de la sociedad conyugal.

En efecto, durante el *iter* liquidatorio los esposos siguen siendo

---

<sup>6</sup> idem anterior

socios, arts. 101 y ss. de la ley 19.550 y están a las resultas de la cancelación del pasivo con la realización del pasivo.

**¿Cómo distinguir los bienes de la sociedad comercial de hecho y de la sociedad conyugal, atento a que, ambos responden a sistemas distintos y la normativa concursal es imperativa y de orden público?**

**El dilema es insoluble.**

Por ello, Cámara<sup>7</sup> propone asumir la postura de la ley francesa de 1966 que expresa que “los esposos pueden ser socios de cualquier sociedad civil o comercial mientras los dos no respondan solidaria e ilimitadamente por las obligaciones sociales”.

Algún autor<sup>8</sup> ha propuesto que la limitación legal que surge del art. 27 de la ley societaria no debe sustentarse en la condición de cónyuges de los socios, sino, que debe responder a la clase de bienes que cada uno de ellos aporta a la sociedad.

Así, se sostiene que la ley no debió apartarse del sistema francés y que puede admitirse la constitución de cualquier tipo de sociedades en la medida que uno sólo de los cónyuges tenga responsabilidad ilimitada y que los aportes de cada uno se encuentren debidamente diferenciados, situación que no ocurre cuando los esposos aportan bienes de la sociedad conyugal, pero sí cuando se integran con bienes propios o gananciales de su disposición..

La ley desorbita así la sanción la que se contradice con el propio mandato del mismo art. 29 que ordena su liquidación.

En efecto, la sociedad en liquidación mantiene su personalidad a esos efectos y por ello, cabe la pregunta sobre como los cónyuges pueden ser “socios en liquidación” violando el régimen de separación patrimonial de los arts. 1276 y ss. del Código Civil. Esto significa que ambos cónyuges van a ser obligados solidarios e ilimitados hasta que finalice el proceso liquidatorio, tal como lo pusieron de relieve Araya y Rodriguez<sup>9</sup>.

---

<sup>7</sup> Cámara, Hector, op. Cit. pag. 135

<sup>8</sup> Ferrero Ana María, Sociedad Comercial entre Cónyuges, VI Congreso de Derecho Societario, Ad hoc, t.III, pag. 544.

<sup>9</sup> Araya José y Rodriguez Pablo, El art. 29 de la ley de sociedades y el régimen de nulidades del Código cil, Ponencia al VII Congreso de Derecho Societario, UADE, T. I, pag 8.

Zannoni<sup>10</sup> también advierte que el problema no está en el tipo societario que se elija sino en el modo de solucionar la alternativa responsabilizatoria mediante la resolución parcial del contrato de sociedad y no liquidando la sociedad, lo que no constituye una solución armónica y lo que es peor, no parece evitar la responsabilidad solidaria de los esposos durante el iter liquidativo.

De lo dicho de coincidirse con Romero en el sentido de que la ley de sociedades ha creado una incapacidad de derecho para que los cónyuges integren una sociedad que les lleva a tener conjuntamente responsabilidad solidaria e ilimitada.

*Por ello, la sociedad de hecho entre esposos no cae bajo el anatema de los arts. 27 y 29, porque regirá siempre el régimen patrimonial de matrimonio que excluye la normativa societaria.*

## **2.- EL ANTEPROYECTO DE LA COMISIÓN CREADA POR RESOLUCIÓN MJDH N°112/02**

La nueva formulación del Anteproyecto de modificación a la ley de sociedades comerciales recepta las críticas que hemos reseñado precedentemente, estableciendo como principio general, en el art. 27 que “los cónyuges pueden integrar entre si sociedades por acciones y de responsabilidad limitada pero no pueden ser ambos socios comanditados. Si forman parte de sociedades reguladas en la sección IV, no tendrán responsabilidad solidaria entre ellos. A las sociedades que integren bajo otro tipo se les aplica lo dispuesto por el art. 16 afectado la nulidad el vínculo societario de ambos cónyuges”.

De este modo, el nuevo texto legal deja en claro que los cónyuges no pueden tener nunca un vínculo societario que conlleve responsabilidad solidaria y solo pueden ser socios con responsabilidad limitada.

La infracción a dicha norma implica la nulidad del vínculo societario, y no, la invalidez del sujeto de derecho, derogándose así, el actual texto del art. 29 de la ley 19.550, en cuanto establece la sanción

---

<sup>10</sup> Zannoni, Eduardo, Sociedad entre cónyuges, Astrea, 1980.

de nulidad del contrato social.

A su vez, el segundo párrafo del art. 27 proyecta que “si alguno de los cónyuges adquiere la calidad de socio del otro se impone la obligación de transformar la sociedad en el plazo de 6 meses o de ceder la parte a un tercero y, se concluye que el incumplimiento produce la pérdida de los derecho de voto y de las utilidades”.

En rigor, el texto es contradictorio con el primer apartado del artículo, pues, si la incorporación del cónyuge implica responsabilidad solidaria con el otro esposo, la sanción es la nulidad del vínculo, tal como lo manda el art. 16 de la ley 19.550.

De lo dicho se sigue que pareciera existir una solución diferenciada cuando la situación es sobreviniente y no constitutiva, ya que, en el primer caso, se admite se otorga un plazo de 6 meses para transformar la sociedad o transferir la parte social.

Ahora bien, el incumplimiento debiera acarrear la sanción del art. 16 de la ley 19.550 y no solamente, la pérdida de los derechos de voto y las utilidades, que será una consecuencia natural de la invalidez del vínculo societario.

En definitiva, el nuevo texto proyectado sigue la opinión de Cámara en el sentido de que los esposos pueden ser socios en la medida en que no respondan solidaria e ilimitadamente por las obligaciones sociales.

### **3.- SOCIEDAD DE HECHO Y UNIÓN MARITAL INFORMAL**

#### **3.1. LA RELACIÓN CONCUBINARIA Y/O EL MATRIMONIO INFORMAL**

El viejo concubinato, o si se quiere con mayor actualidad la relación matrimonial informal, implica como rasgo característico la convivencia, es decir, la comunidad de vida entre un hombre y una mujer de manera semejante al matrimonio pero, sin que se haya concretado el acto jurídico matrimonial que, como formalidad obligatoria, regulariza el estado de familia y le otorga la correspondiente tutela.

Por ello, no es concubinato la relación intersexual circunstancial

o momentánea de varón y mujer. Se requiere comunidad de vida que otorgue estabilidad a la unión y se proyecte en la posesión de estado que permita predicar la existencia de una relación de pareja estable.

Si bien nuestra legislación no protege este tipo de relación y su análisis escapa con creces el alcance del presente trabajo, debe recordarse que la obligación alimentaria entre concubinos se ha ido abriendo camino a partir de su consideración como una obligación natural, de conformidad al texto del art. 515 del Código Civil, cuyo carácter enunciativo no la excluye<sup>11</sup>. De lo dicho se deriva la irrepetibilidad de lo que en concepto de alimentos se hubiese dado al otro sujeto de la relación concubinaria.

Por otra parte, si de dicha relación nacen hijos surge la denominada familia parental por la relación de filiación extramatrimonial expresamente reconocida a partir de la sanción de la ley 23264, arts. 240 y ss. del Código Civil<sup>12</sup>.

### 3.2. RELACIÓN CON LA SOCIEDAD DE HECHO MERCANTIL

Los concubinos al escapar del régimen imperativo de los arts. 1276 y cons. del Código Civil, propio del matrimonio, pueden celebrar contrato de sociedad y por ende, también puede existir entre ellos una sociedad de hecho comercial<sup>13</sup>.

Ahora bien, la relación concubinaria hace referencia solamente a los aspectos sentimentales y de comunidad de vida que surge de dicha posesión de estado y no debe confundirse con la existencia de la sociedad de hecho comercial.

Por ello, la eventual existencia de una sociedad de hecho debe analizarse a la luz de los elementos configurativos de esta sociedad comercial.

La sociedad de hecho comercial entre concubinos debe acreditarse más allá de lo que implica el mero concubinato, separándose lo

<sup>11</sup> Bossert y Zannoni, Manual de Derecho de Familia, Astrea, pag. 349.

<sup>12</sup> Bertoldi de Fourcade, M. Virginia, Los derechos fundamentales en la familia de Fin de Siglo, Revista de la Facultad de Derecho, Universidad Nacional de Córdoba, vol. 6, nro. 1, 1998, pag. 105.

<sup>13</sup> Bossert y Zannoni, op. Cit., pag. 353.

que es la situación fáctica de matrimonio extralegal de la prueba de la existencia de una sociedad de hecho.

En consecuencia, la existencia de un concubinato no implica también la existencia de una sociedad de hecho comercial, aspecto absolutamente independiente.

Dicho de otra forma, para que se pueda predicar la existencia de una sociedad de hecho se deben acreditar los elementos que la constituyen: pluralidad de socios, aportes, participación en beneficios y pérdidas, fin lucrativo.

En este aspecto, se ha aclarado que la existencia de una relación afectiva y sentimental con carácter estable no significa también la vigencia de "affectio societatis". Este último no deriva de la conversión de aquél, ni implica un "affectio" conyugal degradado.

De este modo, los aportes del trabajo personal, propios de la vida en común de un hombre y una mujer, no significan por sí solos elementos suficientes para acreditar la sociedad de hecho comercial.

Concubinato y sociedad de hecho constituyen situaciones independientes que no se implican y que requieren ser probadas también por sus características específicas.

Así, Zannoni<sup>14</sup> destaca que en materia probatoria resulta dificultoso deslindar cuestiones relacionadas con un verdadero aporte a una sociedad de hecho de lo que constituye una simple colaboración con el concubino en la gestión económica exclusiva de este.

Ambas relaciones por ser meras exteriorizaciones de uniones de hecho no regulares dependerán siempre de una cuestión probatoria, pero debe destacarse que no existe norma impeditiva similar a los arts. 27 y 29 de la ley de sociedades que queda reducida al ámbito del matrimonio, o sea, de la relación conyugal regular.

#### 4. CONCLUSIONES

En síntesis, en nuestra opinión el régimen patrimonial del matrimonio es incompatible con la configuración de una sociedad de

---

<sup>14</sup> Bossert Zannoni, op. Cit., pag. 353.

hecho comercial y la solución prevista por los arts. 27 y 29 de la ley 19.550 resulta disvaliosa.

La sanción de nulidad de la sociedad conformada por los cónyuges no elimina el carácter de socios de aquellos con su correspondiente responsabilidad solidaria durante el íter liquidativo.

Por otra parte, dicho régimen no protege el emprendimiento del que puede ser titular la sociedad, ignorando la directriz del art. 16 de la ley societaria.

Esto ha sido admitido por el Anteproyecto de modificación a la ley de sociedades comerciales en cuanto reformula el art. 27 de la ley 19550 estableciendo que, los cónyuges en ningún caso adquieren responsabilidad solidaria e ilimitada entre ellos.-