

**CONYUGALIDAD:
LA CONVENIENCIA
DE MODIFICAR EL REGIMEN
DE LOS ARTS. 27 Y 29 DE LA LEY 19.550**

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 devienen 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.- SOCIEDAD DE HECHO Y SOCIEDAD CONYUGAL: UNA CONVERGENCIA COMPLEJA.

1.1. *Las incongruencias de los arts. 27 y 29 de la ley 19550.*

Desde la sanción de la ley 19.550 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.

Así, las características de las sociedades de hecho e irregulares han llevado a algunos autores, entre ellos Romero y Verón¹, a sostener la imposibilidad de que exista sociedad de hecho entre esposos, contrariando la opinión de Cámara y Oategui que entienden que su constitución es posible más allá del régimen legal aplicable.

Así, Cámara² en su intención de validar la factibilidad de su conformación 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.

Por el contrario, Oategui³ 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.

Como vemos las posiciones doctrinarias y jurisprudenciales no terminan de cerrar y demuestran la inseguridad jurídica del actual ordenamiento.

Por un lado, 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 cons-

¹ ROMERO, op. cit., pág. 162.

² CÁMARA, *Estudios de Derecho Societario*, Depalma 1985, pág. 85.

³ *Extensión de la quiebra*, Abaco, 1998, pág. 55.

titución de este tipo de sociedades entre esposos es imposible jurídicamente.

En efecto, estos autores⁴ afirman 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.

En este aspecto, los juristas citados señalan que los arts. 27 y 29 de la ley societaria son de interpretación estricta y, por tanto, deben tenerse por prohibidos los tipos legales no autorizados, limitándose la sanción de nulidad para la 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, *estos autores entienden 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. En efecto, 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.

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

⁴ ROMERO, op. cit., pág. 163 y ss.

contiene el sistema patrimonial del matrimonio⁵.

La incompatibilidad de ambos regímenes legales es palmaria y el fundamento axiológico también difiere porque la finalidad última 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 última 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, Romero⁶ 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.

1.2. El inexplicable olvido de la directriz del art. 16 de la ley societaria.

Pese a esta opinión, otros autores han 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.

En este sentido, 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

⁵ Ídem anterior, pág. 165.

⁶ Ídem 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, ya que, ambos responden a sistemas distintos y la normativa concursal es imperativa y de orden público?

El dilema es insoluble.

En este sentido, pareciera que resulta útil la distinción entre las dos categorías de la ineficacia, o sea, entre la nulidad y la inexistencia.

La sociedad comercial de hecho entre esposos no es nula pues ello en el ámbito societario implicaría tener que liquidarla según los lineamientos de los arts. 101 y ss. de la ley 19.550.

La sociedad de hecho entre esposos es inexistente. Los esposos carecen de legitimación para constituir de hecho, al margen de los tipos permitidos por el art. 27, o sea, sociedad de responsabilidad limitada o sociedad por acciones, cualquier otro tipo social.

En especial, la sociedad de hecho por nacer de una situación fáctica no instrumentada deviene inexistente y sólo existe la sociedad conyugal con su propio régimen de bienes y su propio sistema de disolución y liquidación.

Por ello, Cámara⁷ 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 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 sociedad⁸.

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.

De todos modos, *el sistema de los arts. 27 y 29 no resulta con-*

⁷ CÁMARA, op. cit., pág. 135.

⁸ FERRERO, Ana María, *Sociedad Comercial entre Cónyuges*, VI Congreso de Derecho Societario, Ad hoc, t.III, pág. 544.

gruente, no solamente con la legislación civil de la sociedad conyugal, sino que tampoco es coherente con la propia estructura societaria de la ley 19.550.

En la exposición de motivos de la ley 19.550 se sostiene que el fundamento de la prohibición del art. 27 y consiguiente sanción del art. 29 está dado por la incompatibilidad de dos regímenes económicos entre esposos, cuando uno de ellos, o sea, el resultante de la constitución de sociedades comerciales personalistas define un tipo de responsabilidad que contradice el sistema patrimonial del matrimonio.

Por ello, sólo se admitió la constitución de sociedades con responsabilidad limitada donde no operaba la incompatibilidad relacionada.

La doctrina especializada ha admitido que intención del legislador es evitar que mediante un tipo social de responsabilidad amplia se viole el orden público vigente en el régimen matrimonial.

Ahora bien, de los argumentos dados por el legislador no se advierte el motivo de sancionar a la sociedad con la nulidad, en lugar de respetar el principio del art. 16 de la ley 19.550 que invalida el vínculo del socio, y no al ente social.

La solución correcta era la resolución parcial del contrato social, salvo las propias hipótesis del art. 16, o sea, cuando los únicos socios sean los esposos por ser una sociedad de dos socios.

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 Rodríguez⁹.

Zannoni¹⁰ 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

⁹ ARAYA, José y RODRIGUEZ, Pablo, *El art. 29 de la ley de sociedades y el régimen de nulidades del Código Civil*, Ponencia al VII Congreso de Derecho Societario, UADE, T. I, pág. 8.

¹⁰ ZANNONI, Eduardo, *Sociedad entre cónyuges*, Astrea, 1980.

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.

Va de suyo que debe entenderse que en caso de estar frente a una sociedad de hecho entre cónyuges la regularización del art. 22 es una alternativa válida para sanear la situación legal, siempre que se flexibilizara el régimen patrimonial del matrimonio, tal como para deducirse de los últimos congresos de la especialidad.

El precepto que no tiene solución es el art. 29 que establece una alternativa nociva para el propio régimen matrimonial, ya que, la sanción debería ser la invalidez del vínculo del esposo que se asoció en último lugar y no la nulidad del ente societario.

2.- SOCIEDAD DE HECHO Y UNIÓN DE HECHO MARITAL.

2.1. La relación concubinaria.

El concubinato 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 ha concretado el acto jurídico matrimonial que como forma 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.

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 excluye¹¹. De lo dicho se deriva la irrepetibilidad de

¹¹ BOSSERT y ZANNONI, op. cit., pág. 349.

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 Civil¹².

2.2. Relación con la sociedad de hecho.

Los concubinos al escapar del régimen imperativo de los arts. 1276 y conscs. del Código Civil, propio del matrimonio, pueden celebrar contrato de sociedad y por ende, también puede existir entre ellos una sociedad de hecho comercial¹³.

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.

Así, Romero¹⁴ que la sociedad de hecho comercial entre concubinos debe acreditarse más allá de lo que implica el mero concubinato, separándose lo que es la situación fáctica de matrimonio extralegal de la prueba de la existencia de una sociedad de hecho.

De lo dicho se desprende, en primer lugar, que la existencia de un concubinato no implica también la existencia de una sociedad de hecho comercial, aspecto absolutamente independiente.

Asimismo, 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 un *affectio conyugal*, viciado por la inexistencia de vínculo jurídico formal en orden al matrimonio, no significa *affectio societatis*. Este último no

¹² 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, pág. 105.

¹³ BOSERT y ZANNONI, op. cit., pág. 353.

¹⁴ ROMERO, op. cit., pág. 224.

deriva de la conversión de aquél, ni implica un afectio conyugal degradado.

En esta línea, también se ha puntualizado que 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.

Por ello, destaca Zannoni¹⁵ 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 debè 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.

3. CONCLUSIONES

De los desarrollado en los párrafos precedentes surge con absoluta claridad que 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 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 Proyecto de Código Civil unificado que en la reforma a la legislación complementaria reformula el art. 27 de la ley 19550 estableciendo que los cónyuges en ningún caso adquieren responsabilidad solidaria entre ellos.

¹⁵ BOSSERT y ZANNONI, op. cit., pág. 353.