

SOCIEDAD DE HECHO ENTRE CONYUGES. ¿REFORMAS AL REGIMEN DE IRREGULARIDADES SOCIETARIAS? ¿APLICACION DE LOS ARTS. 27 y 29 DE LA LEY 19.550?

Francisco Junyent Bas y María Florencia Alija

Ponencia

El régimen de irregularidad societaria pautada en los arts. 21 a 26 de la Ley de Sociedades es un sistema que atenta contra el tráfico comercial y debe ser modificado como lo establecía el Proyecto del Código Civil Unificado al modificar el régimen societario o pronunciarse a favor de la inscripción constitutiva de personalidad

De todas maneras, prevista la sociedad de hecho en nuestro ordenamiento la misma no puede vulnerar el régimen patrimonial del matrimonio cuando ésta es constituida por cónyuges.

La solución de nulidad que prevé el art 29. de la presente ley deviene contradictoria ya que, la sanción de nulidad de la sociedad infractora del régimen matrimonial acarrea la liquidación del ente social, manteniendo el carácter de socios de los cónyuges con responsabilidad solidaria durante el íter liquidativo.

La solución correcta es la aplicación de la directriz del art. 16 de la ley societaria, es decir, la. resolución parcial del contrato social por invalidez vincular para que la sociedad pueda continuar con el cumplimiento del objeto social.

I. Sociedad entre cónyuges

La sociedad entre cónyuges es aquélla constituida por esposos, en exclusividad o con la participación de terceros ⁽¹⁾.

(1) Azpiri, Jorge O., "Sociedad de familia", L.L., 1979-C-1129.

Ha quedado superada la discusión que existía en nuestra doctrina acerca de la posible existencia de una sociedad constituida por cónyuges. El fin de la polémica se encuentra en la ley 19.550 en la medida en que admite en forma expresa los tipos societarios que pueden formar los esposos ⁽²⁾.

El art. 27 de la ley 19.550 permite a los cónyuges constituir sólo sociedades por acciones y de responsabilidad limitada.

Y la doctrina y la jurisprudencia ⁽³⁾ han agregado el caso de la sociedad en comandita por acciones en la que ambos cónyuges revisten el carácter de socios comanditarios o bien cuando uno de ellos es socio solidario y el otro comanditario.

Estos son los únicos tipos sociales autorizados, en virtud de la protección familiar, ya que la responsabilidad ilimitada de los cónyuges en su actuación social podría comprometer los bienes propios y gananciales de un cónyuge ante la eventual administración ruinosa que le otro desarrollara en ejercicio de la administración.

El segundo párrafo del artículo citado ordena la transformación de la sociedad en otro tipo y de la que resulten socios los cónyuges o bien que uno de éstos ceda su parte a otro socio o a un tercero.

Y finalmente el art. 29 de la ley 19.550 culmina con la nulidad a las sociedades que violen el art. 27.

Es incuestionable que esta regulación legal tiene por fin impedir la violación de normas de orden público matrimonial ya que éstas no pueden ser dejadas de lado por la voluntad de los cónyuges.

Esto significa que el régimen de bienes en el matrimonio tiene un carácter proteccional de los intereses particulares de los cónyuges que el legislador se encarga de tutelar y ello trae aparejado una protección indirecta de la familia toda, ya que se evitará de esa manera que las desventuras económicas de uno de los cónyuges recaigan necesariamente sobre todo el grupo familiar.

El fundamento de la normativa en cuestión está dado entonces por la incompatibilidad de dos regímenes económicos entre esposos cuando

(2) Vidal Taquini, Carlos H., *Régimen de bienes en el matrimonio*, p. 332

(3) Roitman, Horacio, *Ley de Sociedades Comerciales*, La Ley, Bs. As., 2006; Azpiri, Jorge Osvaldo, "La sociedad en comandita por acciones constituida por cónyuges", L.L., t. 151, p. 275

uno de ellos resulta de la constitución de sociedades personalistas donde los socios responden solidaria e ilimitadamente ⁽⁴⁾.

De todo lo dicho, podemos concluir que los esposos no podrían constituir sociedades de hecho, bajo pena de caer bajo la sanción del art. 29 de la Ley 19.550.

II. ¿Deudas contraídas conjuntamente por ambos esposos o sociedad comercial de hecho entre cónyuges?

La actividad conjunta de los esposos en una esfera patrimonial obliga a plantearse la alternativa de la existencia de una sociedad de hecho entre ellos cuando se den y puedan probarse los presupuestos de ésta y no que se trata de deudas contraídas conjuntamente por ambos esposos ⁽⁵⁾.

En efecto, infiriéndose de hechos el que las deudas han sido contraídas conjuntamente, la responsabilidad de los esposos será simplemente mancomunada porque la solidaridad ha de provenir de la ley, de sentencia o de pacto expreso (arts. 699, 700, 701 y concs. C.C.).

Por el contrario, en caso de probarse la existencia de una sociedad de hecho los socios de la sociedad quedan solidariamente obligados por las operaciones sociales en forma ilimitada y no subsidiaria (art. 23).

La posible existencia de una sociedad de hecho entre cónyuges ha hecho que desde la sanción de la ley 19.550 la doctrina debatiera si es 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 ss. C.C. y 5° y 6° de la ley 11.357.

1. Sociedad de hecho

Las sociedades de hecho son las que derivan de la exteriorización fáctica de una actuación conjunta y de la constitución de un patrimonio

(4) Cámara, *Estudios de derecho societario*, Depalma, Bs. As., 1985.

(5) Méndez Costa, María J., "Sociedad comercial de hecho entre cónyuges", L.L., 1981-D-214

propio, pero que, nunca pretendieron tipificación alguna y, que, por ende, carecen de instrumentación.

Para la mayor parte de la doctrina, éstas poseen personalidad jurídica ⁽⁶⁾, la cual, resulta limitada y precaria pues, carecen de organicismo y en ellas todos sus socios administran, gobiernan y fiscalizan, pero sin poder prevalerse del contrato social, si lo hubiese, y sin poder oponerlo a terceros.

Por otra parte, estas sociedades están sujetas a la acción de disolución de cualquiera de los socios, salvo la alternativa regularizatoria y los socios son responsables en forma solidaria e ilimitada, sin poder invocar el beneficio del art. 56 de la ley 19.550.

Constituye una mera situación de hecho no instrumentada a la cual el derecho le reconoce virtualidad por imperio de la realidad que se deriva del emprendimiento plural ⁽⁷⁾.

Explica Romero ⁽⁸⁾ que el régimen de las sociedades de hecho constituye un sistema sancionatorio previsto para aquellos supuestos en que no hay otra forma de regular relaciones nacidas de una situación fáctica asociativa, generada al margen de la tipología societaria.

El autor citado destaca que la sociedad de hecho está *“al margen de la tipología societaria”* con lo que condice con la opinión mayoritaria de la doctrina que entiende que no constituyen un tipo social ⁽⁹⁾.

Constituye una mera situación de hecho no instrumentada a la cual el derecho le reconoce virtualidad por imperio de la realidad que se deriva del emprendimiento plural.

(6) Romero, José I., *Sociedades irregulares y de hecho*, Depalma, Bs. As., 1982; Barreiro, Rafael, “Consideraciones sobre la personalidad de la sociedad de hecho”, RDCO, t. A-1993, p. 398.

(7) CNCom., Sala D, 17/6/77 *in re* “Conde c/ Vitale”, RDCO, t. A-1993, p. 398.

(8) Romero, José I., “Empresa familiar, sociedad de hecho y quiebra”, RDCO, N° 115, 1987, p. 162.

(9) *“La sociedad de hecho no conforma un tipo social específicamente regulado por la ley de sociedades, sino que se trata de un apatología societaria lo que le impide transformarse como si fuera una sociedad típica. En consecuencia, cuando se trate de sociedades irregulares o de hecho es imposible subsanar la incapacidad de derecho del art. 27 segundo párrafo L.S. mediante transformación societaria”* (Roitman, Horacio, *Ley de Sociedades Comerciales*, La Ley, Bs. As., 2006, t. I, p. 404).

Por otro lado, la doctrina entiende que la sociedad de hecho se caracteriza como el fenómeno asociativo donde no ha mediado instrumentación del contrato constitutivo pero que, de conformidad al art. 21 de la ley 19.550, se la considera una verdadera sociedad, o sea, un ente con personalidad ⁽¹⁰⁾.

Este concepto resulta compartido por la jurisprudencia que la ha definido como aquella sociedad donde no ha mediado contrato escrito y que deriva su existencia de una empresa llevada en común ⁽¹¹⁾.

En definitiva, lo real y cierto es que, más allá del alcance y extensión de su personalidad, el régimen persecutorio al que se somete a las sociedades de hecho, termina desdibujando a este ente societario como centro de imputación diferenciado, ya que a la postre carece de impermeabilidad patrimonial ⁽¹²⁾.

Lo dicho demuestra que esta personalidad incompleta es una clara deformación legal y creemos que la llamada sociedad de hecho, al igual que la sociedad en participación, debe quedar en el ámbito de la responsabilidad contractual, otorgándole plena virtualidad al art. 1197 C.C., y derogando íntegramente los arts. 21 a 26 de la ley 19.550.

En este aspecto coincidimos con Richard y Muiño ⁽¹³⁾ en el sentido de que debe retornarse a los principios generales y revalorizar el contrato entre las partes y los terceros que lo conocieron.

En una palabra, se impone apostar a la seguridad jurídica del instituto societario y evitar las contradicciones doctrinarias y especialmente jurisprudenciales que se derivan del actual régimen de sociedades de hecho e irregulares por su manifiesta incompatibilidad con el resto del ordenamiento jurídico.

(10) Marsili, María Celia, "Teoría de la personalidad de las sociedades", RDCO, 1971, p. 16.

(11) CNCom., Sala D, 17/6/77 *in re* "Conde c/ Vitale", RDCO, t. A-1993, p. 398.

(12) Richard, Efraín Hugo y Muiño, Orlando, *Derecho societario*, Astrea, Bs. As., 1997, p. 909; Nissen, Ricardo, "Necesidad de efectuar sustanciales modificaciones al régimen de la irregularidad societaria", *VII Congreso de Derecho Societario*, La Ley, t. I, p. 43.

(13) Richard y Muiño destacan con meridiana claridad las inseguridades y contradicciones que ha generado el sistema de las sociedades de hecho e irregulares, como sistema residual en el derecho argentino y la indefinición existente entre los contratos participativos y asociativos y las sociedades de hecho (Richard y Muiño, *op. cit.*, p. 907)

Una de las soluciones posibles al régimen de irregularidad societaria fue dada en el Proyecto de Código Civil Unificado Argentino de 1998 ⁽¹⁴⁾, al modificar el régimen societario, que adhiere a un sistema de *sociedad simple*. Establece que toda sociedad que no se constituya de conformidad a un tipo social y/o que no resulte inscripta se registrará de conformidad a lo dispuesto por los arts. 22 a 26 de la Ley de Sociedades.

Este Código Civil Unificado permite que el contrato social pueda ser invocado entre los socios y que sea oponible a terceros cuando estos lo conocieron al tiempo de la contratación; que la representación se rija por lo pactado en el contrato y que la sociedad puede adquirir bienes registrables. Agrega también que la responsabilidad de los socios es simplemente mancomunada y por partes iguales, salvo disposición expresa del contrato social.

En nuestra opinión, la solución del Código Civil Unificado se ajusta mejor a la tradición jurídica argentina por mantener un sistema de reconocimiento de la personalidad realista que permite solucionar el problema de las sociedades de hecho.

2. Sociedad de hecho entre cónyuges

De todas formas, las sociedades de hecho e irregulares entre esposos se verifican en la práctica, lo cual, ha hecho proliferar numerosas corrientes doctrinarias y jurisprudenciales.

Algunos autores, entre ellos Romero y Verón ⁽¹⁵⁾, sostienen la imposibilidad de que exista sociedad de hecho entre esposos, ya que 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,

(14) Proyecto de Código Civil de la República Argentina Unificado con el Código de Comercio, redactado por los Dres. Héctor Alegría, Atilio Aníbal Alterini, Jorge Horacio Alterini, María Josefa Méndez Costa, Julio César Rivera, Horacio Roitman, según decr. 685/95, Abeledo-Perrot, 1999.

(15) Romero, op. cit., p. 162.

titular de la gestión y con un fondo común distinto al de la comunidad conyugal.

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 ⁽¹⁶⁾.

En cambio, Cámara y Otaegui entienden que su constitución es posible más allá del régimen legal aplicable.

Así, Cámara ⁽¹⁷⁾ 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, pero se contradice cuando habla de la 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, Otaegui ⁽¹⁸⁾ entiende que a la sociedad de hecho entre esposos les alcanzan los arts. 27 y 29 de la ley 19.550 siendo, en consecuencia, sociedades nulas que deben liquidarse conforme lo establece la ley societaria.

Como vemos las posiciones doctrinarias y jurisprudenciales son numerosas y demuestran la inseguridad jurídica del actual ordenamiento.

III. ¿Nulidad o inexistencia?

Pese a lo expresado anteriormente y en el supuesto caso en que uno de los cónyuges adquiera la condición de socio en una sociedad prohibida por la ley, ya integrada por el otro cónyuge; la ley 19.550 obliga a la sociedad a transformarse en el plazo de 6 meses o bien, cualquiera de los cónyuges deberá ceder su parte a otro socio o a un tercero en el mismo plazo. El problema que se puede presentar en estos casos es que no se logren las conformidades exigidas por ley

(16) Idem anterior, p. 165.

(17) Cámara, ob. cit., p. 85.

(18) Otaegui, *Extensión de la quiebra*, Abaco, Bs. As., 1998, p. 55.

(unanimidad), lo cual, acarreará la nulidad de la sociedad (art 29 L.S.), con la consiguiente liquidación siguiendo las reglas generales establecidas por la ley para tal fin.

Pese a que la Ley de Sociedades es muy clara con respecto a la nulidad de las sociedades de hecho entre esposos, la doctrina y la jurisprudencia no es uniforme.

Por un lado, hay quienes intentan validar las sociedades de hecho entre esposos. 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.

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. 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* los esposos siguen siendo socios, art. 101 y ss. de la ley 19.550 y están a las resultas de la cancelación del pasivo con la realización del pasivo ⁽¹⁹⁾.

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 del 1276 y ss. C.C.. 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 Rodríguez ⁽²⁰⁾.

(19) Zannoni, Eduardo, *Sociedad entre cónyuges*, Astrea, Bs. As., 1980; Zunino, Jorge Osvaldo, *Régimen de sociedades comerciales. Ley 19.550*, Astrea, Bs. As., 2004, p. 96.

(20) Araya, José y Rodríguez, 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, p. 8.

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, ya que la constitución de este tipo de sociedades entre esposos es imposible jurídicamente.

La sociedad de hecho entre esposos deviene inexistente y sólo existe la sociedad conyugal con su propio régimen de bienes y su propio sistema de disolución y liquidación. 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.

4. Nuestra postura

Por uno lado, entendemos que la sociedad de hecho no puede ser reconocida como un tipo societario atento la limitación y precariedad de su personalidad jurídica. La falta de operatividad del art. 56 que impide la impermeabilidad patrimonial, característica propia de la personalidad societaria, con la consiguiente responsabilidad directa, solidaria e ilimitada de los socios, como así también, la inoponibilidad del contrato social, art. 23 y su falta de organicismo, art. 24, demuestra la inexistencia de un sujeto de derecho distinto de los socios a quien atribuirle las consecuencias patrimoniales de la actividad empresaria ejercida.

En nuestra opinión, la solución del Proyecto de Código Civil Unificado se ajusta mejor a la tradición jurídica argentina por mantener un sistema de reconocimiento de la personalidad realista que permite solucionar el problema de las sociedades de hecho y el régimen de la irregularidad societaria en los arts. 21 a 26 de la ley 19.550 resulta un sistema disvalioso para el tráfico comercial y debe ser derogado ⁽²¹⁾.

De todos modos, y pese a lo anteriormente expuesto, la sociedad de hecho está prevista en la ley 19.550 y la sociedad de hecho entre

(21) Junyent Bas, Francisco, ponencia: "Eliminación del régimen de irregularidad societaria", VIII Congreso Argentino de Derecho Societario y IV Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa.

esposos es una problemática actual que pese a encontrar solución en la Ley de Sociedades, ésta no es coherente ni satisfactoria.

El art. 29 establece una alternativa nociva para el propio régimen matrimonial y es inconsecuente con el principio sentado en el art 16 de la presente ley que establece la subsistencia del contrato frente a la invalidez del vínculo de uno de los socios.

El sistema de los arts. 27 y 29 no resulta congruente, 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.

Por todo lo expuesto, la solución correcta es 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.

Concluyendo, 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 ya que 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 y no protege el emprendimiento del que puede ser titular la sociedad, ignorando la directriz del art. 16 de la ley societaria ⁽²²⁾.

V. Bibliografía

- 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.
- AZPIRI, Jorge O., "Sociedad de familia", L.L., 1979-C-1129
- AZPIRI, Jorge Osvaldo, "La sociedad en comandita por acciones constituida por cónyuges", L.L., t. 151.
- BARREIRO, Rafael, "Consideraciones sobre la personalidad de la sociedad de hecho", RDCO, t. A-1993.

(22) Junyent Bas, Francisco, ponencia: "Conyugalidad: la conveniencia de modificar el régimen de los arts. 27 y 29 de la ley 19.550", VIII Congreso Argentino de Derecho Societario y IV Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa.

- CAMARA, *Estudios de derecho societario*, Depalma, Bs. As., 1985.
- JUNYENT BAS, Francisco, ponencia: "Conyugalidad: la conveniencia de modificar el régimen de los arts. 27 y 29 de la ley 19.550", *VIII Congreso Argentino de Derecho Societario y IV Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa*
- ponencia: "Eliminación del régimen de irregularidad societaria", *VIII Congreso Argentino de Derecho Societario y IV Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa*
- MARSILI, María Celia, "Teoría de la personalidad de las sociedades", RDCO, 1971.
- MENDEZ COSTA, María J., Sociedad comercial de hecho entre cónyuges", L.L., 1981-D-214
- NISSEN, Ricardo, "Necesidad de efectuar sustanciales modificaciones al régimen de la irregularidad societaria", *VII Congreso de Derecho Societario*, La Ley, t. I.
- OTAEGUI, *Extensión de la quiebra*, Abaco, Bs. As., 1998.
- RICHARD, Efraín Hugo y MUIÑO, Orlando, *Derecho societario*, Astrea, Bs. As., 1997.
- ROITMAN, Horacio, *Ley de Sociedades Comerciales*, La Ley, Bs. As., 2006.
- ROMERO, José I., *Sociedades irregulares y de hecho*, Depalma, Bs. As., 1982.
- "Empresa familiar, sociedad de hecho y quiebra", RDCO, N° 115, 1987.
- VIDAL TAQUINI, Carlos H., *Régimen de bienes en el matrimonio*.
- ZANNONI, Eduardo, *Sociedad entre cónyuges*, Astrea, Bs. As., 1980.
- ZUNINO, Jorge Osvaldo, *Régimen de sociedades comerciales. Ley 19.550*, Astrea, Bs. As., 2004.