

EL RÉGIMEN DE APLICACIÓN DE LA LEY EN LA SOCIEDAD COMERCIAL ENTRE CÓNYUGES

ANA MARÍA FERRERO DE AZAR

PONENCIA

Los artículos 27 y 29 de la L.S. son de interpretación estricta, y por tanto deben tenerse por prohibidos los tipos legales no autorizados, entendiéndose que la sociedades de hecho entre cónyuges no están comprendidas en esta normativa y por tanto pueden legítimamente constituirse y aplicarse a sus relaciones la normativa societaria en la medida en que los aportes de por lo menos uno de ellos sean bienes propios o gananciales a su disposición.

Cuando se ha aportado exclusivamente bienes pertenecientes a la sociedad conyugal para constituir una sociedad de hecho entre cónyuges, ella es solo aparente y debe tenerse como jurídicamente inexistente y atribuirse a la sociedad conyugal las consecuencias y/o resultados de su actividad. Concordantemente en materia de competencia jurisdiccional, si existiere juicio de divorcio este atrae las causas de contenido patrimonial que se suscitaren entre los cónyuges y que se derivaren de esa aparente relación societaria comercial.

Se propone: Ampliar el régimen legal admitiendo sociedades entre cónyuges de cualquier tipo, en la medida que solo uno de ellos tenga responsabilidad ilimitada frente a terceros.

FUNDAMENTOS

En materia de sociedades *entre cónyuges*, es diferente el régimen de aplicación de la ley para cada caso concreto, aún desde el momento de la determinación de la competencia jurisdiccional que ha de entender la controversia que pudiera presentarse entre ellos por razones patrimoniales, particularmente en relación con el tiempo en que se efectúan esos reclamos, es decir, con referencia " a la época " a que los mismos se refieren.

En todos los casos las controversias jurisdiccionales difícilmente surgirán mientras la armonía reine en la pareja y haya liquidez patrimonial; pero,

a veces por razones personales la pareja entra en crisis, otras veces, por razones financieras esta puede presentarse en referencia con el rédito que produce o deja de producir el fondo de comercio constituido por ambos cónyuges desde su origen, particularmente cuando ese resultado fuera atribuible a la deficiente administración o control ejercido por uno de ellos.

En tal sentido, cuando se pretende ventilar ante los Tribunales una cuestión patrimonial entre cónyuges, relacionada con una sociedad comercial que ellos integran ya sea legítimamente, si se trata de un tipo societario admitido por la ley, o ilegítimamente si es una sociedad de tipo de interés, prohibida por la L.S., o en el caso de una "sociedad de hecho", se observa un diferente régimen de aplicación de la ley según el caso de que se trata.

Hay que distinguir, por un lado si es una *sociedad de capital o de responsabilidad limitada*, ya que, por su propia estructura se toma de interés abstracto el nombre —así como el grado de parentesco o afinidad— del socio que solicitare por ejemplo una rendición de cuentas o la intervención judicial y remoción del administrador aunque el reclamante sea el propio cónyuge del demandado. Ello significa que se aplicará lisa y llanamente la ley de sociedades.

Pero, si han constituido una sociedad "de hecho", o de algún tipo prohibido por la ley y esta funciona a pesar de la nulidad declarada por el art. 29 de la L.S., una vez probada la real existencia de la sociedad, con una indubitable affectio societatis independiente de la relación personal de los cónyuges, debe tacharse a la misma de ilegítima?

La L.S., al admitir solo las sociedades de capital y la sociedad de responsabilidad limitada elude la complejidad que indudablemente se planteará en cada caso concreto por la interdisciplinarietà de la problemática, la cual se diluye en la estructura propia de los tipos mencionados.

Existen razones de interés de orden público para tachar de nulidad a la sociedad, cuando por ello se afecta al régimen de los bienes del matrimonio, y así se ha expedido en reiterados casos la jurisprudencia, correspondiendo resolver el problema derivado de su funcionamiento (en los ejemplos citados) conforme al régimen de los bienes del matrimonio. Más la doctrina y la jurisprudencia no ha sido unánime, encontrándose un *encomiable esfuerzo de estar por la validez de la misma cuando no se afectaren los principios jurídicos fundamentales*, todo ello en aras de la protección de la empresa.

Tal interés se tratará de preservar en el análisis de situaciones que se presentan en este trabajo, anticipando desde el principio, que a mi criterio la *limitación legal* que surge de la norma del art. 27 en coordinación con el art. 29 L.S. *no debe sustentarse en la condición de cónyuges de los socios*, salvo a efectos de mantener el principio insalvable de que en su caso "solo uno de ellos puede tener responsabilidad ilimitada frente a terceros" —en resguardo

del interés de los acreedores— sino que *tal limitación legal debe depender de la clase de bienes que cada uno de ellos aportan a la sociedad*, con lo cual puede llegar a admitirse —en pro del principio de conservación de la empresa— la constitución de cualquier tipo de sociedad mientras no se trate de una sociedad colectiva.

Pero es claro que ello no surge de la ley actual, tal como se encuentra regulada. La norma del art. 27 L.S. “solo” admite la constitución de sociedades entre cónyuges, cuando se trate de una sociedad por acciones, o de responsabilidad limitada, debiendo entenderse que los demás “tipos”, están prohibidos en virtud del carácter imperativo con que el 2^o párrafo del mismo artículo dispone la cesión de la parte de uno de los cónyuges o la transformación de la sociedad si ambos esposos concurrieren en una sociedad de distinto tipo —sociedad de interés— y también en razón de la sanción de nulidad que impone en su caso el art. 29.

Considero que la ley no debió apartarse del sistema francés, sino que puede admitirse la constitución de sociedades de cualquier tipo en la medida que uno solo de los cónyuges tenga responsabilidad ilimitada y que *los aportes de cada uno se encuentren debidamente diferenciados*; ello no ocurre cuando los dos aportan exclusivamente bienes de la sociedad conyugal, pero si cuando *se integren con bienes propios o gananciales a su disposición*. De esta manera la *prohibición legal no se sustentaría en el lazo que une a los cónyuges (matrimonio)*, sino en la clase de bienes que ellos aportan, evitándose la *incompatibilidad en el régimen de aplicación de la ley* referida a los bienes que integran la sociedad conyugal. En tal sentido podrían constituir también una sociedad de capital e industria, e incluso una sociedad en comandita simple, con la sola limitación de que ambos cónyuges no sean capitalistas o comanditados en la misma sociedad.

La cuestión se torna de cierta complejidad en la determinación de la ley aplicable, cuando se trata de una *sociedad de hecho*. La doctrina se divide cuando trata de determinar si ella está afectada por la sanción de nulidad establecida por el art. 29; Camara sostiene que esta sociedad no está comprendida en esta norma, en virtud de que el art. 27 solo se refiere a “los tipos legales”. Coincido con este autor en razón de que toda sanción de nulidad debe ser de interpretación estricta, por lo tanto no habría obstáculo en reconocer legitimidad (aunque no regularidad) a esta relación societaria *siempre que los aportes se encuentren perfectamente diferenciados*; lo cual será posible solo en el caso que ellos se hayan integrado *con bienes propios de cada uno*, o de que al menos uno de ellos hubiera integrado bienes propios y el otro hubiera aportado bienes pertenecientes a la sociedad conyugal (en cuyo caso, atendiendo a la propiedad de los aportes la sociedad estaría económicamente integrada entre uno de los cónyuges y la sociedad conyugal, sin perjuicio que

el contrato estuviera celebrado solo por uno de ellos con un tercero).

De otra manera, si se hubieran utilizado exclusivamente "bienes de la sociedad conyugal", no habría entre ellos sociedad, porque el aporte es uno *solo e indivisible*, no debiendo considerarse a sus efectos el derecho cierto pero futuro de cada uno a la mitad de sus bienes, ya que se trata de una sola masa de bienes que les pertenece en forma indiferenciada, pues los cónyuges, mientras exista la sociedad conyugal, no pueden disponer individualmente de la parte bienes que les corresponda al momento de la disolución (por muerte o divorcio, y una vez efectuadas las compensaciones admitidas por la ley).

En cambio habrá sociedad de hecho aunque se hubieran aportado solo bienes de la sociedad conyugal, si además estuviera integrada *por otro socio*, en cuyo caso hay que distinguir dos partes societarias, una de las cuales pertenece a la sociedad conyugal. Entonces se aplicará la ley societaria para las cuestiones derivadas de la sociedad con el tercero, o con el que represente la parte de la sociedad conyugal, pero ella no resultará aplicable a controversia alguna que se plantee entre los cónyuges, quienes tendrían en común y con carácter ganancial una "única parte societaria" (en razón de lo cual el rédito que la misma produzca debe ingresar a la sociedad conyugal).

Por otra parte, si cada uno de los cónyuges hubiera efectuado una aportación diferenciada, es decir bienes propios o gananciales a su disposición, no existe obstáculo legal para constituir sociedades de cualquier tipo (en la medida que uno solo de ellos asuma responsabilidad ilimitada, porque no se afectaría el régimen de bienes del matrimonio. Ello importa que podría aplicarse la ley societaria a las cuestiones derivadas de la sociedad propiamente dicha, ya sea que estuviera integrada exclusivamente entre ellos, o con un tercero (distinguiéndose en este último caso tres partes societarias netamente diferenciadas).

Observamos que la complejidad invocada soslaya algún posible conflicto de leyes, que podría surgir en la determinación de la ley aplicable cuando se trata de dirimir judicialmente una controversia de índole patrimonial entre los cónyuges que integran una sociedad de hecho, y que podría presentarse con motivo del divorcio de los mismos. En principio no hay conflicto en la determinación de la ley aplicable, pues en el caso concreto, si se trata de una demanda por rendición de cuentas, remoción del administrador, o liquidación de la sociedad, si ambos aportes se hubieran integrado con bienes de la sociedad conyugal, debe tenerse a la sociedad como *jurídicamente inexistente* y aplicar en su caso la normativa referida al régimen de los bienes del matrimonio, no así la ley de sociedades. No pueden coexistir ambas sociedades porque una no puede estar subsumida en la otra, y resulta impensable la concurrencia o concordancia de ambas normativas que se sustentan en principios rectores diferentes.

Igualmente, la competencia jurisdiccional se determinará de esta manera, correspondiendo en el ejemplo dado, al juez del divorcio entender la causa, como un incidente perteneciente al primero.

La solución sería la misma, en el caso que, habiéndose constituido un fondo de comercio con bienes de la sociedad conyugal, se dicte una sentencia de divorcio y a pesar de ello se observe la continuidad empresaria. A partir de la fecha de la sentencia se habrá constituido en algún caso involuntariamente y sin proponérselo, una sociedad de hecho. De esta manera ante cualquier conflicto de índole patrimonial derivado de esa actividad (rendición de cuentas, remoción del administrador, intervención judicial, liquidación de bienes) solo podrá aplicarse la ley societaria en la medida que previamente se hubiere efectuado la liquidación de la sociedad conyugal, lo cual resulta de carácter "*prejudicial*" a toda cuestión de materia societaria. Esa prejudicialidad se funda en que no puede obviarse el régimen de los bienes del matrimonio que es de carácter forzoso, irrenunciable e imprescriptible; y también porque dicha liquidación determinará los valores efectivamente aportados a la posterior sociedad de hecho; sin olvidar que el régimen de compensación de bienes que existe en la liquidación de la sociedad conyugal puede determinar una proporción diferente para cada uno de los cónyuges, incluso podría concluir asignando la empresa solo a uno de ellos (en cuyo caso no habrá sociedad de hecho en la relación que los une después de la sentencia de divorcio).

En materia de competencia jurisdiccional, en caso que existiere sentencia de divorcio, corresponderá entender la causa al juez del divorcio (competencia civil), si el reclamo (rendición de cuentas, etc.) se refiere al período anterior a la fecha del auto que lo declare, y solo en el caso que los bienes aportados fueran gananciales; por su parte corresponderá la competencia comercial del domicilio de la sede principal de los negocios en los siguientes casos: a) si la sociedad de hecho estuviere integrada con bienes propios o gananciales a su disposición (sin considerar la fecha de la sentencia); b) si está integrada con bienes de la sociedad conyugal y el reclamo se refiere a un tiempo posterior a la extinción de la misma (fecha de la sentencia de divorcio).

En síntesis, al no existir prohibición legal, podrá aplicarse la normativa societaria cuando la sociedad de hecho estuviere integrada además por otro socio, o cuando la sociedad de hecho entre cónyuges estuviera conformada por aportaciones integradas con bienes propios (y ello fuera posible de ser probado) o gananciales sujetos a su libre disposición; no así cuando el fondo de comercio estuviere integrado con bienes de la sociedad conyugal, caso en que la sociedad de hecho es jurídicamente inexistente a pesar de la apariencia de tal y aunque así figurare con su nombre comercial, tuviere cuentas bancarias a nombre de la sociedad de hecho, etc.

No habrá conflicto en la determinación de la ley aplicable en la medida que se llegue a distinguir nítidamente si hay o no sociedad de hecho entre los cónyuges; y solo podrá reconocerse su existencia cuando las partes societarias se encuentren perfectamente individualizadas, así como los aportes.

Este tema podría resultar en nuestros tiempos de interés abstracto frente a la probable reforma de la L.S. respecto de la sociedades no constituidas regularmente. Su vigencia se encuentra justificada aunque se derogue la sección correspondiente a esa clase de sociedades porque la problemática se trasladará necesariamente a las simples sociedades, o quizá a los demás tipos societarios. Considero propicio ampliar el régimen en la condiciones mencionadas por cuanto ello legalizará situaciones que de cualquier manera existen, en algún caso recurriendo a los testaferros, o llegando al extremo — como señala Cámara— de *constituir sociedades entre concubinos* (es decir de no casarse para evitar la nulidad de la sociedad comercial que integran).

Si la ley ofrece a los contratantes una variada tipología en materia de sociedades, deben otorgarse a los cónyuges todas las alternativas posibles, ya que serán la sociedades que tienen mayores posibilidades de perdurar en el tiempo y con una marcada *affectio societatis*.

La solución en todos los casos pasará por separar, en materia de aportes, la sociedad conyugal de la sociedad comercial que ellos constituyan y entonces esta surgirá lisa y llanamente con un futuro más promisorio en el logro de su objetivo, justamente por el soporte familiar que lo sustenta.