

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

SUBSANACIÓN DE LAS SOCIEDADES EN COMANDITA POR ACCIONES

CARLOS A. PELOSI

EXPLICACIONES PREVIAS

I. - El artículo 370 de la ley de sociedades comerciales N° 19550 establece que "Las sociedades en comandita por acciones constituidas sin individualización de los socios comanditarios podrán subsanar el vicio en el término de seis meses de la sanción de esta ley, por escritura pública confirmatoria de su constitución, que deberá ser otorgada por todos los socios actuales e inscrita en el Registro Público de Comercio. La confirmación no afectará los derechos de los terceros".

De esta flamante norma legal se desprenden las siguientes conclusiones:

1) El legislador ha tomado partido en la polémica suscitada en torno a la validez de las sociedades de este tipo constituidas con intervención de gestores que actuaron por socios comanditarios cuyos nombres se reservaban.

Esto no puede extrañar toda vez que los integrantes de la comisión que redactó el proyecto final que sirvió para la sanción de la ley, desde la magistratura, la cátedra y las exposiciones verbales y escritas, según las funciones y oportunidades en que dieron a conocer su pensamiento, se habían expedido contra su validez. Partieron, en consecuencia, de este presupuesto, como verdad axiomática, lo que no parece muy científico.

2) Receptada legislativamente la existencia del vicio, dispuso la ley que el medio idóneo para lograr la subsanación consistía en la confirmación .

3) Estatuye un plazo de seis meses desde la sanción de la ley (y no desde su entrada en vigor, ya que según el art. 369 la ley regirá a los 180 días de su publicación). Este plazo crea muy naturales dudas sobre cuál será la situación de las sociedades que no han procedido a la subsanación una vez expirado el término. Pensamos que tres pueden ser las principales soluciones:

a) Una, que pasan a ser consideradas sociedades irregulares, en los

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

términos de los artículos 21 y siguientes de la ley 19550, lo que estaría corroborado por el segundo párrafo del artículo 369 al declarar sujetas al régimen de las sociedades no constituidas regularmente las existentes que no adecuen sus contratos y estatutos a las nuevas disposiciones en el término de un año a contar de su publicación. Ello así, por cuanto en orden a la conocida interpretación de que la intervención de un gestor supone la falta de designación en el acto constitutivo del nombre de los otorgantes, como lo exige el artículo 291, inciso 1º del Código de Comercio, la transgresión se opera ahora con respecto al artículo 11, inciso 1º de la ley, que impone el mismo requisito. Y aun cuando el artículo 369 fija un plazo de un año para la adecuación, lo que no se compadece con el antes citado de seis meses, su aplicación es procedente a nuestro juicio, por analogía, y sin necesidad de que transcurra el año.

b) Otra, que siempre es de aplicación el procedimiento sanatorio instituido por el artículo 1059 del Código Civil, pero sin gozar de los beneficios emergentes del artículo 370 (verbigracia: no comparecencia de los gestores).

c) Una tercera, que por no tratarse de nulidad relativa, el vicio no puede ser cubierto mediante la figura de la confirmación y necesariamente quedan sujetas a las disposiciones de las sociedades de los tipos autorizadas que no se constituyen regularmente. A este respecto soslayamos la cuestión implicada de derecho transitorio como consecuencia del actual artículo 3º del Código Civil.

La variante con el supuesto a) consiste en que el mero vencimiento del plazo produce esta situación, sin considerarse el problema de la adecuación.

4) Exige la confirmación expresa y la forma de escritura pública, lo que constituye aplicación del artículo 1062 del Código Civil y el reconocimiento de que el instrumento público a que se refiere el artículo 289 del Código de Comercio es la escritura pública, al menos para las sociedades en comandita por acciones. Esta interpretación nos parece importante como antecedente acerca de la forma exigida en el régimen del Código de Comercio .

5) Por cuanto el precepto legal alude a las sociedades constituidas sin individualización de los socios comanditarios, entendemos que la subsanación es posible en los siguientes casos, que ya fueron enumerados por el doctor Osvaldo S. Solari en el trabajo que se publicó en la misma sección de esta revista, correspondiente al N° 707 (año 1969, páginas 1285/93):

a) Una sola persona asume el carácter de socio comandito (en el lenguaje más corriente colectivo o solidario) y constituye la sociedad con

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

una o más personas (socios comanditarios) cuyos nombres aquél se reserva en uso del derecho que le acuerda el artículo 373, del Código de Comercio (igualmente si no invoca esta norma).

b) El mismo anterior con la variante de que en vez de comparecer un solo comanditado (colectivo o solidario) lo hacen dos o más.

c) Una o más personas como "gestores de negocios" de terceras personas cuyos nombres no se mencionan (o se reservan) y para quienes en calidad de comanditarios y en unión con los comanditados constituyen la sociedad.

d) El mismo anterior, con la nota diferencial de que los gestores declaran actuar como tales, y en "representación" de los comanditarios ocultos, sin advertirse que la "gestión" y la "representación", figuras jurídicas vinculadas al negocio ajeno, no deben coexistir. Quien actúa como gestor, dice Solari, simultáneamente no puede ser representante. O lo uno o lo otro.

Empero, en este último caso, consideramos aconsejable que, además de confirmarse el acto, se ratifique. La confirmación subsanará el vicio de la falta de individualización del o de los socios comanditarios y la ratificación el de la falta de poder en la representación invocada, lo que entraña no sólo un vicio de fondo sino también un defecto instrumental a tenor de lo dispuesto en el artículo 1003 del Código Civil y aunque por la reforma que la ley 15875 introdujo al artículo 1004 no apareja la nulidad de la escritura, es conveniente proceder de la manera indicada. No se trata, entonces, de emplear ambas figuras y sus expresiones terminológicas en razón del consabido "por las dudas para que nada falte" tan atado a la rutina, sino porque en este caso se reputara necesario por imperio de lo dispuesto en el artículo 1936 y concordantes del Código Civil.

II. - Debemos entender que la confirmación requerida por el artículo 370 de la ley de sociedades comerciales que nos ocupa, es el instituto civil reglamentado en el Libro Segundo, Sección Segunda, Título VII del Código Civil.

Por ende, el instrumento de confirmación expresa debe contener bajo pena de nulidad, los requisitos de fondo señalados por el artículo 1061 del mencionado cuerpo legal, es decir: 1) La substancia del acto que se quiere confirmar; 2) el vicio de que adolecía; y 3) la manifestación de la intención de repararlo.

Así lo declaró la ex Inspección General de Justicia en el artículo 1º de la Resolución Nº 13 de 10 de marzo de 1971, al establecer que en el trámite de constitución o reforma de contratos de sociedades en comandita por acciones, en los que se haya omitido el nombre de los socios, comanditarios se exigirá la confirmación del acto jurídico, con las formalidades establecidas en el artículo 1061 del Código Civil.

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

Es obvio que el artículo 370 nada más tenía que disponer y que al determinar el procedimiento de subsanación no quiso prescribir una confirmación distinta de la que disciplina el Código Civil, sino tan sólo fijar un plazo para expurgar el vicio y excluir la necesidad, cierta o no, de la comparecencia del gestor en la escritura. De este modo brinda la certeza jurídica propia de un buen ordenamiento y elimina los problemas que se crearían ante la imposibilidad de lograr la presencia del gestor por ignorarse su paradero, rehusar su conformidad o por otras causas. Ni el texto legal ni la exposición de motivos, en la que se omite toda referencia a este punto, autorizan una conclusión distinta.

Es cierto que, al decir de Karl Larenz (Metodología de la ciencia del derecho, traducción de Enrique Gimbernat Ordeic. Ediciones Ariel. Barcelona, 1966, pág. 355), se puede transformar todo tipo "abierto" en "cerrado", especialmente cuando al legislador le interesa la seguridad jurídica, mediante la fijación de diferentes características y reglas. Pero no encontramos nada que autorice a inferir que en el artículo 370 de la ley se ha operado el cambio de tipología, derogando el principio general sentado por el artículo 1061 del Código Civil.

III. - La Inspección de Personas Jurídicas ha dictado con fecha 25 de abril de 1972 la Resolución N° 34 por la cual aprueba el denominado "Modelo tipo de confirmación de sociedades en comandita por acciones, artículo 370, ley 19550".

Se repite, una vez más, la práctica censurable de elaborar modelos tipos. En este caso es más reprobable, porque tratándose de un acto que debe instrumentarse en escritura pública, el escribano, como autor del documento, debe saber redactarlo, y proporcionarle un modelo importa desconocer sus aptitudes y dar pábulo a la curiosa idea de que el escribano no redacta sino que protocoliza, como hemos oído recientemente.

Lo que más llama la atención es que el mencionado modelo prescinde de los requisitos que deben concurrir para que la confirmación surta sus efectos.

Sorprende que habiendo sido este Organismo - si que en la época de su anterior inspector general - el receptor de los criterios de magistrados y especialistas de derecho comercial y en cierta medida el medio compulsivo utilizado para exigir cuanto tendía a una pretendida depuración en los métodos impugnados por la doctrina elaborada en contradicción con los criterios notariales, presente ahora un modelo que padece de tan significativo defecto.

Claro está que esa actitud proporciona motivos para agudas reflexiones y demuestra cómo se ve la paja en el ojo ajeno y no la viga en el propio. Empero, de los visibles errores que se cometen en los formularios tipos ya se ha hablado en el Editorial del N° 718 de esta revista.

Lo que realmente importa es que la Inspección de Personas Jurídicas, si de buena fe cree en las ventajas de los formularios tipos, debió dirigirse a los organismos notariales competentes y solicitar su colaboración ya

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

que, dedicarse a la tarea de redactar escrituras, aunque sólo sea en proyectos, significa invadir esfera de competencia ajena.

Interesa todavía determinar si, al margen de la complacencia que la Inspección tendrá con su propio formulario, se justifica la redacción propuesta.

Ya hemos explicado nuestro punto de vista. El artículo 370 no ha derogado los principios generales del artículo 1061 del Código Civil y como ley especial, sólo rige en lo que específicamente legisla con criterio particular.

Se aparta de la normativa civil en cuanto admite la convalidación por los socios actuales y no exige el concurso de otras personas a quienes eventualmente pudiera corresponder el derecho de impugnar el acto (artículo 1063). Pero se ajusta estrictamente a la tipología del Código Civil al establecer la formalidad de escritura pública confirmatoria, lo que supone las entidades jurídicas "escritura pública" y "confirmación", con los requisitos de validez prescriptos en el Código Civil.

Si para determinar qué se entiende por "diligencia de un buen hombre de negocios" a que se refiere el art. 59 de la ley 19950, es necesario remitirse a las reglas del art. 512 del Código Civil, con mayor razón en este caso es patente la dependencia a dicho cuerpo legal, por residual que se lo considere.

La Sala B de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial en fallo de 11 de marzo de 1970, declaró que la confirmación exige los extremos del artículo 1061 del Código Civil, aplicable en defecto de norma idónea en materia comercial (Ver Revista del Notariado, año 1970, página 2064).

Y bien; el artículo 207 del Código de Comercio, que hace aplicable el derecho civil en cuanto no esté modificado por ese cuerpo, no aparece derogado, a nuestro juicio, por la ley de sociedades, como tampoco el artículo 1º del título preliminar. Obsérvese, por ejemplo, que los profesores de derecho comercial, cuando explican el significado del artículo 4º de la ley 19550 se remiten al artículo 979 del Código Civil para establecer cuáles son los instrumentos públicos.

La Inspección de Personas Jurídicas ha rechazado escrituras de confirmación en las que no se menciona el artículo 370 de la ley 19550, quizá con el propósito de fortalecer su criterio en el sentido de que ese artículo tiene la plenitud necesaria para cerrar el ciclo de los requisitos atinentes a la confirmación. Para respaldar su tesis ha caído en un nuevo error, pues aun admitiendo la validez de la postura adoptada por el Organismo, de ningún modo se requiere la cita de aquella disposición legal.

Las citas de leyes y disposiciones legales aplicables (o inaplicables), dice González Palomino al referirse al estilo barroco (Instituciones de derecho notarial, Madrid, 1948, t. I, pág. 468) "no es frecuente en las escrituras que el notario redacta a su gusto. Pero sí lo es en las escrituras que se redactan con arreglo a minuta de los interesados, cuando antes que al estudio del notario han acudido al despacho de un

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

abogado, pues de alguna manera ha de justificar éste que el visitante no ha perdido su tiempo y su dinero, que su trabajo ha sido importante y que la cuenta debe estar en consonancia con el trabajo. También se muestra erudición legislativa y jurisprudencial en los modelos «standarizados» (y anquilosados) de ciertas entidades de crédito territorial". Si las reflexiones de González Palomino tienen vigencia en el caso que nos ocupa, debemos suponer que la Inspección de Personas Jurídicas exige la cita de que se trata para afirmar la importancia de su contribución al proporcionar el modelo de confirmación.

Esperamos que, frente a este cuadro de indebida substracción y adición de requisitos, los magistrados del fuero comercial, que tan celosos se han manifestado para que las sociedades en comandita por acciones se ajusten a los preceptos legales, pongan las cosas en su justo lugar.

IV. - Consecuentes con lo expresado, creemos oportuno insertar, junto con el referido modelo de la Inspección de Personas Jurídicas, el esquema que nosotros hemos aconsejado antes de la sanción de la ley 19550, al cual, lógicamente, le introducimos las reformas impuestas por las concesiones que emanan del artículo 370.

Consisten principalmente en: a) No comparecencia del gestor; y b) Referencia únicamente al acto constitutivo, si bien convendría relacionar asimismo sus modificaciones, particularmente cuando ha habido cambios en la persona o el elenco de los socios comanditados, sea por cesión de los anteriores, ingreso de nuevos comanditados, por ampliación del número de éstos, etc. Esta última es la interpretación de la Inspección de Personas Jurídicas, como se desprende de la acotación que contiene su modelo, pero no resulta a nuestro juicio de la ley.

Una vez más insistimos en que ese esquema, como lo denota su denominación, no es un formulario y por lo tanto sólo sirve para orientar y requiere la labor intelectual de cada escribano para adaptarlo, en lo gramatical a su estilo y en lo jurídico a su conceptualización del caso, de modo que no debe utilizarse como modelo estereotipado para deslizarse ausente de todo problema, sino, apenas, como bote para navegar, remando cada uno con la potencia y el esfuerzo de sus músculos.

MODELO DE LA INSPECCIÓN DE PERSONAS JURÍDICAS

En la ciudad de.....a
los.....
días del mes de..... del año 1972,
ante mí, escribano autorizante, comparecen los
señores(1)(329).....
.....
.....
.....

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

.....
Que con arreglo a lo dispuesto por el artículo 370 de la ley N° 19550 de Sociedades Comerciales vienen por el presente en su carácter de únicos titulares, a confirmar la constitución de la sociedad denominada".....

.....
....."en Comandita por Acciones cuyo capital social actualmente asciende a.....

.....
pesos y que fuera constituida por escritura pública de fecha.....pasado al folio..... del Registro N°.....protocolo año.....inscripta en el Registro Público de Comercio bajo el N°.....al folio.....del libro N°.....de Contratos Públicos(2)(330).Que a la fecha, el (los) señor(es).....

.....
.....reviste (n) la calidad de socio comanditado (a) cuyo carácter acredita la documentación prerrelacionada y el (los) señor (es).....

.....
.....el de socio (a) comanditario (a),poseedores de la totalidad del capital suscrito.....pesos representado por cuotas sociales y acciones que se me exhiben en este acto, doy fe. Todo lo precedentemente relacionado, es conforme al (a los) original(es) que he tenido a la vista, doy fe. Asimismo manifiestan que ratifican en forma expresa todas las actas celebradas a la fecha por la sociedad. Leído que fue el acto, firman los comparecientes de plena conformidad ante mí, de todo lo cual certifico, doy fe.

NUESTRO ESQUEMA

CONFIRMACIÓN DEL CONTRATO SOCIAL de"..... " S. C. A.
ESCRITURA NÚMERO..... En la ciudad de Buenos Aires, República Argentina, el..... de abril de mil novecientos setenta y dos, ante mí, Escribano Público, comparece don A. A.(1)(331)..... ; don B. B.....(2)(332)..... ; don C. C.....(3)(333)..... ; don D. D.

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

.....(4)(334)..... y don E. E.....(5)(335)..... ;
todos los comparecientes de este vecindario, personas de mi conocimiento,
doy fe. EXPONEN:

PRIMERO: Que por escritura otorgada
el..... ante el
escribano de..... don..... al
folio.....

del registro..... entre los señores A. A., B. B. y F. F.
se constituyó: ".....Sociedad
en comandita por acciones",
con domicilio legal en esta ciudad,
calle.....

Los señores A. A. y B. B., revestían el carácter de socios comanditarios y el
señor F. F. lo hizo en el carácter de gestor de terceros cuyos nombres se
reservó. Por el artículo.... el capital social se fijó en la suma
de..... pesos moneda nacional de curso
legal, equivalentes a pesos ley 18188, distribuidos en
la siguiente forma: a) Cien mil pesos moneda nacional o sean mil pesos de
la nueva moneda, el capital comanditado, y lo suscribieron e integraron en
partes iguales y en dinero efectivo los señores A. A. y B. B.
b)..... pesos moneda nacional o
sean..... pesos ley 18188 constituyeron el
capital comanditario, representado por..... acciones
ordinarias al portador de un valor nominal
de..... pesos moneda nacional,
equivalentes a..... pesos de la
nueva moneda cada una, que fueran suscriptas e integradas en dinero
efectivo por el gestor señor F. F.

.....(6)(336)..... La
sociedad quedó sujeta a las demás condiciones consignadas en el referido
acto constitutivo que se inscribió en el Registro Público de Comercio
el..... bajo el N°.....al folio.....
libro..... de contratos públicos.

SEGUNDO: Que

actualmente los señores A. A. y B. B. revisten el carácter de únicos
socios comanditados y los señores C. C., D. D. y E. E. el de socios
comanditarios,

propietarios de la totalidad del capital comanditario. TERCERO: Que por
haberse omitido el nombre de los socios comanditarios en el contrato
fundacional y especialmente por efectuarse la constitución a través de un
gestor de negocios que se reservó el nombre de los socios comanditarios, el
acto jurídico relacionado es violatorio de los artículos doscientos noventa y
uno, doscientos noventa y dos y trescientos sesenta y tres y concordantes
del Código de Comercio, según el pronunciamiento de las tres Salas de la
Excelentísima Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial de esta

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

Capital, criterio que implícitamente ha sido corroborado por la ley 19550. Que en consecuencia, de acuerdo con lo prescripto en el artículo 1061 del Código Civil y artículo 370 de la mencionada ley 19550(7)(337) y con el objeto de hacer desaparecer el vicio apuntado, por la presente vienen a repararlo confirmando el contrato constitutivo y la totalidad de los actos jurídicos realizados por la sociedad hasta la fecha. Solicitan del autorizante expida copia de esta escritura y practique las anotaciones correspondientes. Yo, EL ESCRIBANO AUTORIZANTE, hago constar: Que el carácter de socios comanditados de los señores A. A. y B. B. resulta del contrato fundacional antes mencionado que en testimonio tengo a la vista y la condición de socios comanditarios de los señores C. C., D. D. y E. E. se acredita con resguardo del Banco..... que justifica el depósito en dicha institución de títulos representativos de..... acciones de"..... Sociedad en comandita por acciones" que exhiben en este acto, por las siguientes cantidades..... Todas las acciones mencionadas son al portador por un valor nominal de..... pesos moneda nacional convertidos por la ley 18188 a..... pesos cada una. LEO esta escritura a los comparecientes, quienes prestan su consentimiento y firman ante mí, doy fe.