

**SUBSANACIÓN DE DEFECTOS INSTRUMENTALES
EN LA CONSTITUCIÓN DE SOCIEDADES
EN COMANDITA POR ACCIONES, SIN
INDIVIDUALIZACIÓN DEL COMANDITARIO**

ALBERTO ARAMOUNTI

PONENCIA

- 1) La constitución de la Sociedad en Comandita por Acciones, según el Código de Comercio en su art. 373, exigía obligatoriamente, que los nombres de los socios comanditarios figurasen en la escritura matriz (acto constitutivo de la sociedad), pero sólo como excepción, podían omitirse en el testimonio a inscribirse, el nombre de ellos.
- 2) Aun durante su período de anulabilidad o de irregularidad, los actos emanados de la sociedad en comandita por acciones son siempre válidos, por las siguientes razones: *a)* Porque a las sociedades comerciales no se les aplica el régimen de las nulidades del Código Civil. Según los arts. 17 y 22 de la Ley de Sociedades, las sociedades con vicios de constitución son anulables, pero podrán subsanarse hasta su impugnación judicial y cualquiera de los socios puede exigir su regularización. Los arts. 17 y 22 de la Ley de Sociedades, admiten la continuidad de la sociedad, posibilitando corregir los defectos del acto constitutivo para asegurar el principio de conservación de la empresa. *b)* Si el art. 370 de la ley 19.550 y 387, según T.O. dec: 841/84, admitió la confirmación de las S.C.A. con vicios de constitución tipificantes o no, es porque admitió que los mismos no producían su nulidad absoluta. El vencimiento del plazo no modifica ni puede modificar una concepción acerca de la validez de un acto jurídico, cuando el término se refiere a adoptar por sí la decisión de subsanarlo y no depende de una decisión judicial; en especial cuando la doctrina consagra, por una parte, que las nulidades de los actos civiles no son aplicables en materia societaria y, por el otro, admite que los actos de las sociedades comerciales pueden ser confirmados de acuerdo a las disposiciones del Código Civil, tal como lo ha reconocido la

jurisprudencia. c) El principio de conservación de la empresa que consagra el art. 100 de la Ley de Sociedades (“En caso de duda sobre la existencia de una causal de disolución se estará en favor de la subsistencia de la sociedad”), es otro elemento determinante de la validez de los actos emanados de una sociedad en comandita por acciones con vicios de constitución, no subsanados. d) Los vicios de constitución de las S.C.A. tuvieron su origen durante la vigencia de las normas del Código de Comercio en materia societaria. Es decir que le es aplicable el art. 296 (del Cod. de Comercio) que determinaba que estas sociedades en modo alguno eran nulas y menos de nulidad absoluta. Ello resalta aún más, la teoría de la subsanación por las disposiciones de los arts. 1059/65 y concordantes del Código Civil (vencido el plazo del anterior art. 370 de la ley 19.550, hoy art. 387, y la validez de los actos emanados desde su constitución, toda vez que el Código de Comercio no consagró durante su vigencia la nulidad absoluta y ni siquiera la nulidad relativa, del tipo societario que tratamos.

- 3) Resaltamos la validez de todos los actos emanados de las S.C.A. con vicios de constitución —aun sin necesidad previa de su confirmación por las disposiciones del art. 370 (actual 387) de la Ley de Sociedades 19.550 o por los arts. 1059/65 y concordantes del Código Civil—, pues si fueron válidos antes de la vigencia de la ley 19.550 y sin haber sido confirmados, subsiste la razón para que dichos actos sigan siéndolo, aun sin ser subsanados previamente. A nuestro juicio (durante el período de la anulabilidad o irregularidad), el o los socios comanditados, administradores de la Sociedad en Comandita por Acciones, son los representantes de la sociedad.

Aunque podría hacerlo cualquiera de los socios (art. 24 de la ley 19.550), preferimos que lo hagan los comanditados, para que los comanditarios no incurran en las prohibiciones del art. 137 de la ley 19.550 (remisión del art. 324 de la ley 19.550), por estarle vedada la administración.

- 4) Cuando el actual art. 387 de la ley 19.550, alude a la confirmación de su constitución, se está refiriendo implícitamente a la “confirmación de los actos nulos o anulables”, que el Código Civil reglamenta en los arts. 1059 a 1065. A esta conclusión arribamos, pues el art. 387 se limita a señalar la subsanación por medio de la escritura pública confirmatoria, sin disponer el contenido o los elementos de la misma, razón por la cual no cabe aplicar otro procedimiento corrector que no surja de los artículos mencionados del Código Civil. Lo importante del art. 387 de la ley 19.550 es que no ha interferido en las disposiciones del Código Civil que reglan la confirmación de los actos jurídicos, por cuanto tácitamente se remite a ellas, y sólo fijó un

plazo para subsanar los vicios y la ley no prevé sanción alguna si no se confirma el acto viciado.

- 5) Si bien los arts. 1061 y 1063 del Cód. Civil admiten la confirmación tácita, debemos señalar que por tratarse el acto constitutivo de la S.C.A., de un acto formal, no es aplicable, dado que el art. 1062 prescribe que *“la forma del instrumento de confirmación debe ser la misma y con las mismas solemnidades que estén exclusivamente establecidas para el acto que se confirma”*.
- 6) El art. 1061 dispone que: *“El instrumento de confirmación expresa debe contener, bajo pena de nulidad: 1°) la sustancia del acto que se quiere confirmar”* (conviene relacionar la escritura de constitución de la sociedad, indicando quiénes fueron sus otorgantes, la inscripción del contrato en el Registro Público de Comercio y todo otro dato de interés que permita conocer en síntesis el acto constitutivo de la sociedad); 2°) *“El vicio de que adolecía”* (en este punto se debe expresar cuál fue el motivo invocado en la constitución de la sociedad, para omitir el nombre de los comanditarios; se deberá decir si compareció un gestor de negocios o si lo hicieron uno o dos comanditados que dijeron constituir una S.C.A. con otras personas cuyos nombres se reservaron, etc.); 3°) *“La manifestación de la intención de repararlo”*.

El art. 1064 determina que *“la confirmación sea expresa o tácita, no exige el concurso de la parte a cuyo favor se hace”*. Es decir que no se requiere la presencia del gestor de negocios en el acto de confirmación, si el vicio de constitución apuntado lo fue por la presencia de aquél. Así lo entendió el fallo en *“El Redomón S.C.A.”* que pasó a ser un verdadero *leading case* en este tipo societario.

- 7) Por último cabe señalar que toda sociedad en comandita por acciones que sea confirmada en virtud de las disposiciones del Código Civil citadas, debe inscribir tal confirmación en el Registro Público de Comercio. Las Sociedades Anónimas, las Sociedades en Comandita por Acciones y las Sociedades de Responsabilidad Limitada se inscriben en el Registro Público de Comercio, previa publicación de edictos (arts. 5°, 7° y 10 de la Ley de Sociedades) y también sus modificaciones (art. 12 de la Ley de Sociedades).

FUNDAMENTOS

1. *La constitución de la sociedad en comandita por acciones, según el Código de Comercio*

El art. 289 del Código de Comercio establecía que *“las Sociedades Anónimas y las en Comandita por acciones deben constituirse por instrumen-*

to público". Es decir que en cuanto a la forma de los contratos sociales de las sociedades por acciones, era similar a lo que dispone actualmente la ley 19.550 en el art. 165.

Los arts. 291 y 292 enumeraban los requisitos que debían contener los contratos de sociedad, que comprendían: cláusulas esenciales, necesarias y las consideradas convenientes.

2. Omisión del nombre de los comanditarios.

El art. 373 del Código de Comercio

El art. 373 del Código de Comercio establecía: "*En la sociedad en comandita, no es necesario que se inscriba en el registro de comercio el nombre del socio comanditario; pero se requiere esencialmente que se declare en el registro la suma cierta del total de los capitales puestos en comandita*".

Si bien el artículo citado sólo autorizaba a que "no es necesario que se inscriba en él erróneas interpretaciones en la práctica, acerca de la omisión del nombre del socio comanditario, que la Jurisprudencia se encargó de aclarar en repetidos fallos, que transcribimos a continuación:

3. Obligación de consignar el nombre de los socios comanditarios

3.1. Jurisprudencia

Los nombres de los comanditarios deben figurar en la escritura matriz, pero en el testimonio a inscribirse puede omitirse el nombre de ellos. (CNCom., Sala-A, diciembre 20/1960 - *Kavanagh y Cía., Soc. en Com. por Accs.* - Rev. La Ley, 133-1009 - 19564 S).

El art. 373 del Cód. de Comercio al establecer que *en la sociedad en comandita no es necesario que se inscriba en el Registro de Comercio el nombre del socio comanditario*, hace excepción a la norma general de acuerdo con la cual la escritura de sociedad debe inscribirse, sin salvedad alguna, en el Registro (artículos 36, inc. 3º y 293, Código citado) (CNCom., Sala A, diciembre 20/1960, - "*Kavanagh y Cía. Soc. en Com. por accs.*", Rev. La Ley, 133-1009 - 19564 S).

Se transgrede el art. 373 del Cód. de Comercio, si en el contrato originario de constitución de una sociedad en comandita por acciones, se omitió transcribir el nombre de los socios comanditarios (CNCom., Sala B, marzo 27/1968, - "*Daes. Soc. en Com. por Accs.*", Rev. La Ley, 132-627).

La excepción que consagra el art. 373 del Cód. de Comercio, sobre la inscripción del socio comanditario en el Registro Público de Comercio, no es extensiva al acto constitutivo de la sociedad. (Del fallo de primera instancia)

(CNCom., Sala B, marzo 27/1968, "*Daes, Soc. en Com. por Accs.*", Rev. La Ley, 132-627).

La excepción que establece el art. 373 del Cód. de Comercio está limitada a la inscripción del instrumento constitutivo pero no a la escritura original, en la que obligatoriamente debe figurar el nombre de todos los contratantes, o sea también el de los comanditarios con arreglo a lo dispuesto por el art. 291, inciso 1° del Cód. de Comercio, (CNCom., Sala A, julio 11/1969, "*Summun. Soc. en Com. por Accs.*", Rev. La Ley, 136-95).

La excepción que consagra el art. 373 del Código de Comercio, sobre la inscripción del socio comanditario en el Registro Público de Comercio, no es extensiva al acto constitutivo de la sociedad (*TS Santa Cruz, julio 1969, "Dialcan. Soc. en Com. por Accs."*, Rev. La Ley, XXIX, 9124, sum. 3).

Corresponde denegar la inscripción de una sociedad en comandita por acciones en el Registro Público de Comercio, si en el contrato de constitución se omitió transcribir el nombre de los socios comanditarios (*TS Santa Cruz, julio 11/1969, "Dialcan. Soc. en Com. por Accs."* - Rev. La Ley, XXIX, 9124, sum. 4).

Sabido es que los socios comanditarios pueden incurrir en responsabilidad ilimitada y solidaria (v. gr., arts. 375 a 377, Cód. de Com.), a cuyo fin es necesario que pueda determinarse quiénes son dichos socios, y quién afirma ser mandatario de los socios comanditarios, pero no ha dicho en ningún momento quiénes son éstos, por los cuales intervino, imposibilita se puedan hacer efectivas las pertinentes responsabilidades de la ley. Justo es, pues, que asuma él tales responsabilidades, pues es él quien ha ocultado el nombre de tales socios no obstante la prohibición de la ley (CNCom., Sala C, diciembre 19/1969, "*Compañía Azucarera Tucumana. S.A. c. Caramel. Soc. en Com. por Accs., y otros*", Rev. La Ley, 140-757 - 24625 S).

Si bien el recurrente sólo concurrió al otorgamiento de la escritura constitutiva "en representación de los socios comanditarios cuyos nombres se reserva", ello no impide que deba asumir la ilimitada y solidaria responsabilidad de tal, pues tratándose de un gestor de negocios ajenos le es aplicable el art. 2305 del Cód. Civil. (CNCom., Sala C, diciembre 19/1969, "*Compañía Azucarera Tucumana. S.A. c. Caramel, Soc. en Com. por Accs., y otros*", Rev. La Ley, 140-757 - 24625 S).

3.2. Doctrina

Por su parte, la doctrina sostuvo un criterio similar. Así, Carlos C. Malagarriga dijo que no debe omitirse el nombre del socio comanditario en el acto constitutivo de la sociedad, pues tal omisión contraría: a) el sentido común,

dato que no puede concebirse que los socios solidarios aparezcan contratando una sociedad con personas cuyos nombres el documento no menciona; b) al derecho civil, pues el art. 1001 del Cód. Civil preceptúa: "*Los nombres y apellidos de las personas que la otorgan deben figurar en toda escritura*", y c) al derecho comercial, desde el momento que el art. 291 del Código de Comercio en su inc. 1º especificó que deben figurar en la escritura los nombres y domicilios del otorgante.¹

Fargosi afirmó que el art. 373 del Cód. de Comercio tuvo como antecedente el art. 312 del Cód. de Comercio de Brasil, cuyos comentaristas Carvalho de Mendoza y Waldemar Martins Ferreyra enseñan que la posibilidad de ocultar el nombre lo es con respecto a la inscripción en el Registro, pero no en el acto constitutivo. Fargosi señaló, por último, que la omisión del nombre del comanditario sólo era posible en el testimonio que debía inscribirse en el Registro Público de Comercio, pero no en la escritura pública del contrato constitutivo.²

Fortín y Zaldívar sostenían que el art. 373, como una excepción, autorizaba la no inscripción del nombre de comanditario en el Registro Público de Comercio. Dichos autores señalaban que la norma había creado en la práctica cierta confusión y así se llegó, *erróneamente, a interpretar que permitía omitir el nombre del comanditario en la escritura. Pretender tal cosa, es hacer decir a la ley lo que ésta no dice. El art. 373 autorizaba únicamente, omitir el nombre del comanditario en el testimonio de la escritura que se inscribe en el Registro Público de Comercio*".³

Tal como lo señalamos, la jurisprudencia se encargó de dilucidar el problema en forma nítida. Los fallos que hemos transcripto evidenciaron que el art. 373 no autorizaba a omitir el nombre de los comanditarios en la escritura pública de constitución de la sociedad.

4. Situación de las sociedades en comandita por acciones constituidas con omisión del nombre de los socios comanditarios. Validez de sus actos

Las sociedades en comandita por acciones constituidas con omisión del nombre de los comanditarios, merecen ser estudiadas dentro del régimen de la

¹ MALAGARRIGA, Carlos C.: "Nuestras actuales Sociedades en Comandita por Acciones" en *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires*, año X, n° 45-46, p. 917.

² HORACIO P. FARGOSI: "Algo más sobre el anonimato del socio comanditario en las Sociedades en Comandita por Acciones" en *JA*, 1958 - III - Sección Doctrina, p. 7.

³ JORGE L. R. FORTÍN y ENRIQUE ZALDÍVAR: *Sociedades en Comandita por Acciones*, 3ª edic., pp. 50/51.

nulidad o anulabilidad. Con este panorama vamos a incursionar en las disposiciones del Código de Comercio referido a las sociedades comerciales y en las normas de la actual Ley de Sociedades.

En primer lugar debemos señalar que prácticamente no son aplicables en el derecho societario los principios de la nulidad civil.

El Código de Comercio en el derogado art. 296 se refirió a la cuestión: *“Ninguna acción entre los socios, o de estos contra terceros, que funde su intención en la existencia de la sociedad, será admitida en juicio, si no se acompaña el instrumento probatorio de la existencia de la sociedad y de su registro”*.

“La sociedad que no se haga constar por escrito, y cuyo instrumento probatorio no se haya registrado, será nula para lo futuro, en el sentido de que cualquiera de los socios podrá separarse cuando le parezca; pero producirá sus efectos, respecto de lo pasado en cuanto a que los socios se deberán dar respectivamente cuenta, según las reglas del derecho común, de las operaciones que hayan hecho, y de las ganancias o pérdidas que hayan resultado”.

“Tratándose de establecer sus derechos respecto del pasado, pueden los socios entre sí recurrir a la prueba testimonial, y a todos los demás medios de prueba admitidos en materia comercial”.

Este artículo establece una diferencia sustancial con el régimen de nulidad que prescribe el Código Civil, pues el art. 1050 del Cód. Civil establece que: *“La nulidad pronunciada por los jueces vuelve las cosas al mismo o igual estado en que se hallaban antes del acto anulado”*, es decir que tiene efecto retroactivo, mientras que la nulidad a la que se refiere el art. 296 será para lo futuro.

Gervasio R. Colombres, en su libro *Curso de Derecho Societario* —parte general—, hace un exhaustivo análisis del régimen de los “Vicios de la Normativa Contractual” (capítulo XI, pp. 157 y ss.) y la comparación entre la nulidad civil y la societaria, que en sus partes pertinentes transcribimos a continuación:

“La aplicación al derecho de sociedades de los principios de la nulidad clásica o civil produce efectos ciertamente catastróficos. La ineficacia ex tunc que ella determina, al invalidar con efecto retroactivo todas las consecuencias directas e indirectas del negocio viciado da lugar a intensos perjuicios en múltiples aspectos. La gravedad y la iniquidad de tales consecuencias no precisan grandes comentarios. A los socios se les crea una situación tal, como si no hubiesen realizado contrato alguno. Todas las consecuencias recaerán sobre los terceros, que no tienen noticia, ni culpa alguna de la nulidad de la sociedad. Éstos verán afectada por la ineficacia, frecuentemente después de un largo período de tiempo, las relaciones establecidas con la sociedad, y no bastarán para compensarlas, las acciones de resarcimiento contra los admi-

nistradores, el patrimonio de los cuales no será con frecuencia suficiente para resarcirles los múltiples daños y las consecuencias producidas por la ineficacia de todas las actividades sociales, después de muchos años. Así se quitaría toda seguridad al comercio, y especialmente hoy que las sociedades se han multiplicado y tienen en la mano la mayor parte de los negocios, mientras que, por otra parte, se expondría a una serie de acciones de resarcimiento a los administradores, que frecuentemente ignoran la nulidad del ente que representan y que no son nunca más culpables que los socios, libres en cambio de toda molestia. Ésta es la razón profunda de un vasto movimiento doctrinal y jurisprudencial encaminado a dictar una regulación más conforme a las necesidades de la práctica; esfuerzo difícil si se considera que las consecuencias lógicas del principio de la nulidad son las más contrarias a las necesidades de la seguridad y de la certidumbre del comercio, lo que explica el multiplicarse de las opiniones y el contraste de las soluciones; la amplia elaboración doctrinal y jurisprudencial ha valido para alcanzar, en cierto sentido, una opinión común en la enunciación de los resultados prácticos, pero todavía se está lejos de la unanimidad en su justificación teórica".⁴

Para el derecho societario, en cuanto a la validez del contrato en su conjunto, debe aplicarse un criterio distinto al del derecho común. "Hay que indicar que se trata de una orientación especialmente creada para las sociedades por acciones, pero que sin embargo es peculiar a todas las sociedades. Tal vez se pueda afirmar que la historia doctrinaria y legislativa en materia de vicios del contrato de sociedad, justamente demuestra que progresivamente se haya determinado la distinción entre los principios que regulan los vicios de la sociedad y los principios generales del derecho común de los contratos. Esta distinción me parece que justamente se basa, por un lado, en la plurilateralidad del contrato, y por la otra en su función instrumental. El concepto de anulabilidad en los contratos, en resumen, se liga al hecho de que existan normas que se refieran a la protección del interés individual de una de las partes en un contrato, en relación con la parte contraria. Por eso la distinción entre nulidad y anulabilidad en los contratos plurilaterales, se puede presentar en cuanto a la adhesión de una de las partes frente a las demás, pero no en cuanto a la validez del contrato en su conjunto. En efecto, en cuanto a los vicios del contrato en su conjunto se debe recurrir a criterios distintos de los del derecho común. Por ejemplo, hay que distinguir entre los vicios de constitución y los de formalización y publicidad, y en los primeros me parece que se debe distinguir entre aquellos que se refieren a la propia formación del con-

⁴ Giuseppe Giacomo AULETTA: *Il Contratto di Società Commerciale*. Milán, 1937. Cit. por Gervasio R. Colombres.

*trato y los que se refieren a los requisitos necesarios para la vida de la organización: entre los vicios del contrato y los de una cláusula estatutaria”.*⁵

La Ley de Sociedades analiza el Régimen de Nulidad en los arts. 16 a 20, en la “Exposición de Motivos” los autores expresan:

”En esta sección el Proyecto innova, al igual que el Anteproyecto, modernizando la legislación vigente.

Es sabido que con excepción hecha de dispositivos referidos a situaciones particulares, como los arts. 1652, 1659, 1660 y 1661 del Código Civil, ni este cuerpo legal ni el Código de Comercio contienen disposiciones orgánicas en punto a la nulidad del contrato de sociedad. Ello se torna más grave si se tiene en cuenta que la regulación de la nulidad y de los vicios de consentimiento contenidos en el Código Civil son de difícil aplicación al contrato constitutivo de las sociedades, ello como consecuencia de la naturaleza de contrato plurilateral de organización que éste reviste, de las características peculiares de los distintos tipos societarios, de las diversas causas de anulabilidad y de la distinta posición en que en ellos se encuentran los socios, los acreedores sociales y los que lo son sólo de aquéllos.

Persuadida de esa idea la Comisión organizó un régimen de nulidad que se conceptúa acorde con esas circunstancias, teniendo en vista las soluciones dadas por la más moderna legislación comparada.

En tal sentido, y modificando el contenido del art. 16 del Anteproyecto aunque manteniendo sustancialmente su solución, se establece que la nulidad, anulabilidad o resolución del contrato no se producirá cuando la nulidad o anulación afecta al vínculo de alguno de los socios, salvo que la participación o la prestación, con arreglo a las circunstancias, deba considerarse esencial. Es decir que si la sociedad es de sólo dos socios caerá el contrato por carecer, de acuerdo con el art. 1º, de la exigencia del mínimo de dos socios (conf. arts. 93 y 94, inc. 8º) y lo propio acontecerá cuando la prestación sea fundamental para el logro del objeto social.

Por el art. 17 se prevé un régimen de subsanación de la nulidad que cubre la omisión de cualquier requisito esencial no tipificante, que de suyo haga anulable, el contrato. En este aspecto el Proyecto ha buscado asegurar la vigencia del principio de conservación de la empresa que resulta también del art. 100, en la convicción de que no importa ventaja alguna el impedir la subsanación del vicio mientras no medie impugnación judicial. La solución contraria pecaría de antieconómica, toda vez que no conjugaría los distintos tipos de intereses que convergen en el fenómeno societario y que deben ser tutelados coherentemente.

⁵ Trajano de MIRANDA VALVERDE: *Sociedades por ações*. Río de Janeiro, 1942. t. II, p. 197. Cit. por Gervasio R. Colombres.

De lo transcrito y de la disposición del art. 370 de la ley 19.550 (art. 387 según dec. 841/84) surge que, sea cual fuere el vicio de constitución, las sociedades en comandita por acciones son subsanables, dado que son sociedades irregulares y no nulas de nulidad absoluta y que aun vencido el término de la citada norma, es posible su confirmación en virtud de las disposiciones del Código Civil, tal cual lo demostraremos al analizar éste.

4.1. Validez de sus actos

Lo expuesto pone en evidencia que aun durante su período de anulabilidad o de irregularidad, los actos emanados de la sociedad en comandita por acciones, son siempre válidos, por las siguientes razones:

1°) Porque a las sociedades comerciales no se les aplica el régimen de las nulidades del Código Civil, luego será nula (irregular) *para lo futuro, pero producirá sus efectos, respecto de lo pasado, en cuanto a que los socios se deberán dar respectivamente cuenta* (art. 296, Cód. de Comercio —derogado—).

Entendemos que las disposiciones de los arts. 17 y 22 de la Ley de Sociedades son claras en el sentido de que las sociedades con vicios de constitución son anulables, pero podrán subsanarse hasta su impugnación judicial y cualquiera de los socios puede exigir su regularización, y los arts. 17 y 22 admiten la continuidad de la sociedad posibilitando corregir los defectos del acto constitutivo para asegurar el principio de conservación de la empresa. El art. 22, según la ley 22.903, art. 1° y T.O. según dec. 841/84 señala: "*No se disuelve la sociedad irregular o de hecho, continuando la Sociedad regularizada en los derechos y obligaciones de aquélla; tampoco se modifica la responsabilidad anterior de los socios*".

2°) Si el art. 370 de la ley 19.550 y 387 según T.O. dec. 841/84 admitió la confirmación de las S.C.A., con vicios de constitución tipificantes o no, es porque admitió que los mismos no producían su nulidad absoluta. El vencimiento del plazo no modifica ni puede modificar una concepción acerca de la validez de un acto jurídico cuando el término se refiere a adoptar por sí la decisión de subsanarlo y no depende de una decisión judicial; en especial cuando la doctrina consagra por una parte, que las nulidades de los actos civiles no son aplicables en materia societaria y por el otro admite que los actos de las sociedades comerciales pueden ser confirmados de acuerdo a las disposiciones del Código Civil, tal como lo ha reconocido la jurisprudencia, a la que nos referiremos al analizar la confirmación de las sociedades en comandita por acciones.

3°) El principio de conservación de la empresa que consagra el art. 100 de la Ley de Sociedades ("*En caso de duda sobre la existencia de*

una causal de disolución se estará en favor de la subsistencia de la sociedad”) es otro elemento determinante de la validez de los actos emanados de una sociedad en comandita por acciones con vicios de constitución, no subsanados, pues aun en el caso de ser consideradas sociedades nulas de nulidad absoluta (como lo señala un sector de la doctrina), la S.C.A. *no dejaría de ser una sociedad de hecho de “objeto comercial”* (tal como disponía obligatoriamente el art. 379 del Código de Comercio (derogado): “*Se llama sociedad en comandita, la que se forma cuando dos ó más personas, de las cuales, a lo menos, una es comerciante, se reúnen para objeto comercial...*”), del mismo modo que el art. 21 de la Ley de Sociedades dispone que las *sociedades de hecho con un objeto comercial quedan sujetas a la sección de sociedades no constituidas regularmente* por cuya razón *todos los actos lícitos de dichas sociedades son válidos*.

- 4º) Los vicios de constitución de las sociedades en comandita por acciones, tuvieron su origen durante la vigencia de las normas del Código de Comercio en materia societaria. Es decir que *le es aplicable el art. 296* —ya referido— que determinaba que estas sociedades en modo alguno eran nulas y menos de nulidad absoluta. Esto resalta aún más la teoría de la subsanación por las disposiciones de los arts. 1059 y concordantes del Cód. Civil (vencido el plazo del art. 370 —hoy 387— de la Ley de Sociedades) y la validez de los actos emanados desde su constitución, toda vez que el Código de Comercio no consagró durante su vigencia la nulidad absoluta y ni siquiera la nulidad relativa, del tipo societario que tratamos.

Como conclusión debemos resaltar la validez de todos los actos emanados de las S.C.A. con vicios de constitución —aun sin necesidad previa de su confirmación por las disposiciones del art. 370 (hoy 387) de la Ley de Sociedades o por los arts. 1059/1065 del Cód. Civil—, pues si fueron válidos antes de la vigencia de la ley 19.550 y sin haber sido confirmados, subsiste la razón para que dichos actos sigan siéndolo —sin ser subsanados previamente.

A nuestro juicio el o los socios comanditados administradores de la Sociedad en Comandita por Acciones son los representantes de la sociedad, aunque podría hacerlo cualquiera de los socios (art. 24 de la Ley de Sociedades), preferimos que lo hagan aquéllos.

4.2. Jurisprudencia

4.2.1. SOCIEDAD EN COMANDITA POR ACCIONES

Omisión del nombre del comanditario, art. 370 del dec. ley 19.550/72. Sociedad irregular. Responsabilidad de los socios

1) El art. 370 del dec. ley 19.550/72 —por el cual era posible corregir la omisión del nombre del socio comanditario— no puede ser aplicado

retroactivamente respecto de terceros. 2) Si al librarse los cheques que se ejecutan, la sociedad accionada había omitido la designación del nombre del socio comanditario en el contrato, revestía carácter de irregular y, por consiguiente, sus integrantes responden solidaria e ilimitadamente (*CNCom., Sala D, 20/3/75 "Acosta, Américo P. y Cía., c. Tabaré S.C.A."*, ED, v. 62, año 1975, p. 338).

Compra judicial de un inmueble por sociedad de este tipo vencida y sin confirmar

1) Los mandatos otorgados por la sociedad subsisten después de la disolución del ente societario.

2) Una sociedad en liquidación puede adquirir un inmueble en la ejecución del crédito hipotecario constituido a su favor durante la vigencia del plazo de duración, habiéndose compensado el precio de compra de dicho crédito.

3) La adquisición del inmueble de que se trata por una S.C.A., en liquidación, sin confirmar, hace necesario otorgar la escritura de confirmación que es viable aún sin la comparecencia del gestor en la forma que establece el art. 1061 y concordantes del Cód. Civil. La confirmación se efectuará a efectos de regularizar los actos celebrados durante su vigencia y en el período de liquidación. (*Revista del Notariado; n° 751, pág. 99, año 1977 [febrero]. Dictamen aprobado por el Consejo Directivo del Colegio de Escribanos de la Capital Federal el 5/1/1977.*)

Sociedad en comandita por acciones. Constitución viciada. Representación: Venta de inmuebles

Si una sociedad en comandita por acciones que, necesítandolo, no fue confirmada —ni adecuada al nuevo régimen legal de la ley 19.550— es propietaria de un inmueble que se quiere enajenar, la escritura de venta puede ser otorgada por uno, alguno o todos los socios (en tanto la sociedad ha tornado a ser irregular) cuya legitimación para ese fin debe efectuar en el instrumento, siendo por sí o por representación los actuales socios. (*Revista Notarial, n° 829, p. 1528. Dictamen de la Comisión Central de Consultas del Colegio de Escribanos de la Provincia de Buenos Aires.*)

5. El art. 370 de la ley 19.550, según art. 2° ley 19.880 y art. 387, según T.O. dec. 841/84

El art. 370 (hoy 387) de la ley 19550 estatuye 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 vigencia de esta ley, por escritura pública confirmatoria de su constitución que*

deberá ser otorgada por todos los socios actuales e inscripta en el Registro Público de Comercio. La confirmación no afectará los derechos de los terceros”.

Este artículo de la Ley de Sociedades ha determinado, independientemente de su corta vigencia, que las S.C.A. *constituidas sin individualización de los socios comanditarios* son subsanables. Es decir que implícitamente admitió su irregularidad, pero remediable al fin, tal como en forma coherente lo admiten los arts. 17 y 22 de la citada ley.

El art. 370 (hoy 387) es aplicable a distintos casos en que se omitió la designación de los socios comanditarios y que el Dr. Osvaldo S. Solari enumera en su trabajo *Crisis en las Comanditas por Acciones*, publicado en separata para la XIII Jornada Notarial Bonaerense del 16/9 de 1969 y la Revista del Notariado N° 707 del año 1969 que reproducimos a continuación:

Cuando el art. 387 alude a la confirmación de su constitución, se está refiriendo implícitamente a la *confirmación de los actos nulos o anulables*, que el Cód. Civil reglamenta en los arts. 1059 a 1065. A esta conclusión arribamos pues el art. 387 se limita a señalar la subsanación por medio de la escritura pública confirmatoria, sin disponer el contenido o los elementos de la misma, razón por la cual no cabe aplicar otro procedimiento corrector que no surja de los artículos mencionados del Código Civil.

En cuanto a la forma, el art. 387 adopta la escritura pública coherentemente a lo dispuesto por el art. 289 del Código de Comercio (derogado) y el art. 165 de la Ley de Sociedades. En tal sentido, el art. 1062 del Cód. Civil determina que *“la forma del instrumento de confirmación debe ser la misma y con las mismas solemnidades que estén exclusivamente establecidas para el acto que se confirma”*. Debe ser otorgada por los socios actuales e inscripta en el Registro Público de Comercio (sin requerirse la intervención previa de la Autoridad Administrativa de Contralor).

Lo importante del art. 387 es que no ha interferido en las disposiciones del Código Civil que reglan la confirmación de los actos jurídicos por cuanto tácitamente se remite a ellas y sólo fijó un plazo para subsanar los vicios. Raúl Aníbal Etcheverry se pregunta: *“¿Y qué ocurre, si no se confirma el acto viciado?: la ley no prevé sanción alguna. En base a lo que hemos estudiado en el capítulo primero, estamos en condiciones de concluir que, en ese supuesto, la sociedad será considerada irregular, con todos los perjuicios que corresponden a las mismas”*.⁶

Entendemos que vencido el plazo del art. 387 de la Ley de Sociedades, nada impide que las Sociedades en Comandita por Acciones se confirmen de acuerdo a los arts. 1059/1065 del Cód. Civil, tema al cual nos referiremos en el punto siguiente.

⁶ Raúl Aníbal ETCHEVERRY: *Sociedades en Comandita por acciones*, p. 155.

6. *Confirmación de las sociedades en comandita por acciones.*

Vencimiento del plazo del art. 387 de la ley 19.550 (T.O. dec. 841/84)

Su tratamiento nos obliga nuevamente a referirnos a la nulidad o anulabilidad de la sociedad en comandita por acciones con vicios de constitución.

Dijimos que la existencia de esos vicios no determina la aplicación de los principios de la nulidad del Código Civil para los actos de nulidad absoluta.

Es evidente que las S.C.A. en nuestro país son y seguirán siendo materia de estudio y de controversias. No en vano tuvieron su auge durante muchos años y su constitución con vicios declarados tales por la jurisprudencia, seguirán dando lugar a un renovado análisis. Son numerosas las sociedades de este tipo constituidas e inscriptas en el Registro Público de Comercio aunque tal inscripción no implica su legitimidad. Estas sociedades en comandita por acciones así constituidas, durante la vigencia de las disposiciones del Código de Comercio en materia societaria y de la ley 19.550, han realizado numerosos actos jurídicos, sobre cuya validez nos hemos expedido.

Las sociedades en comandita por acciones todavía existen en el país, son —repetimos— muchísimas, adquieren derechos y contraen obligaciones —incluso, sin haber sido confirmadas dentro de la vigencia del art. 387 de la Ley de Sociedades— entonces cabe determinar si dichas sociedades adolecieron de vicios que las tornan irregulares o anulables y por lo tanto subsanables, aunque se haya vencido el plazo del art. 387, o si padecen de nulidad absoluta.

En el punto 4 del presente capítulo, al transcribir la opinión del Dr. Gervasio R. Colombres y la parte pertinente de la Exposición de Motivos abundamos en razones para sostener precisamente que en el derecho societario no se aplican las normas sobre nulidades en materia civil.

José María Wathelet y Salvador Darío Bergel sostienen: “En realidad habrá que atenerse a las normas relativas a las sociedades irregulares, porque no hay razón alguna para apartarse de dichas normas que, en general, rigen para cualquier supuesto en que se ha omitido la instrumentación o publicidad legal. Siendo así, también deben regir en los casos en que esa instrumentación o publicidad se halla afectada por algún vicio que determine su nulidad”.

“Así, ha de admitirse que dentro de las disposiciones atinentes a las sociedades irregulares la doctrina ha hecho prevalecer el art. 296 del Cód. de Comercio respecto del 294 del mismo cuerpo legal, por consiguiente se ha dicho que esas sociedades pueden exigir a los terceros el cumplimiento de los contratos que hayan celebrado”.⁷

⁷ José María WATHELET y Salvador Darío BERGEL: “La Confirmación del acto constitutivo de la Sociedad en Comandita por Acciones irregularmente constituida”, JA, 24/5/71.

Creemos que las razones esgrimidas en favor de la anulabilidad (o irregularidad) siempre remediable, hasta la impugnación judicial, no admiten reparos, aun vencido el tiempo del art. 370 (actual 387). Es decir si este artículo admitió la subsanación es porque consideró a las sociedades en comandita por acciones constituidas sin individualización de los socios comanditarios como de nulidad relativa, o sea confirmable durante y después de la vigencia del citado artículo.

Así lo entendió la jurisprudencia en el fallo "El Redomón, Sociedad en Comandita por Acciones ante la Inspección General de Personas Jurídicas s/ confirmación" de la Cámara Nacional Comercial, Sala B, que transcribiremos con otros fallos.

El fallo que citamos, constituye una base sólida para la regularización de todas las S.C.A. que no optaron por su confirmación, dentro del plazo estatuido por el art. 370 de la ley 19.550 (hoy 387, según T.O. dec. 841/84).

6.1. Jurisprudencia

6.1.1. SOCIEDAD EN COMANDITA POR ACCIONES

a) *Confirmación. Subsanación*

1) La omisión del nombre de los socios comanditarios en el acto constitutivo de la sociedad, no es requisito tipificante sino esencial en el léxico del art. 17 del dec. ley 19.550/72 y susceptible de ser subsanado hasta su impugnación judicial.

2) Vencido el plazo del art. 370 del citado decreto-ley, debe estarse a las disposiciones legislativas generales. Para otorgar la escritura de confirmación puede prescindirse de la concurrencia del gestor por aplicación de los arts. 1059, 1069 1065, del Cód. Civil y sus correlativos, en cuya virtud una persona puede hacer desaparecer los vicios de otro acto que se halle sujeto a una acción de nulidad, sin que sea exigible el concurso de la parte a cuyo favor se hace, y la confirmación tiene efecto retroactivo al día que tuvo lugar el acto original (CNCom., Sala B, 26/3/75, "El Redomón. S.C.A., ante la Inspección General de Personas Jurídicas s/confirmación", Revista del Notariado, n° 743, 1975, pp. 1629 y ss.).

b) *Confirmación de la constitución y modificación del contrato social. Individualización del nombre del socio comanditario. Innecesidad de la intervención de la Inspección General de Personas Jurídicas*

No es necesario para la inscripción en el Juzgado Nacional de Registro obtener la previa conformidad de la Inspección General de Personas Jurídicas

si no se trata de la constitución de una nueva sociedad en comandita, ni los otorgantes de la escritura pública han convenido, en el acto de suscribirla, introducir reformas a un contrato preexistente, sino que sólo se ha procedido a confirmar la constitución y modificación del contrato social anterior y a individualizar al socio comanditario. No se trata de un requisito exigido por el dec. ley 18.805/70 (*CNCom., Sala A. 8/11/73, "Pocri S.C.A.", ED, v. 53, 1974, p. 37*).

c) *Individualización de los socios comanditarios. Publicidad necesaria*

En las sociedades de capital, a diferencia de las de personas, la publicidad es condición para la adquisición de personalidad. (En el caso, la actora sociedad en comandita por acciones, pretendía accionar sin haber inscripto en término la escritura que individualizaba a los socios comanditarios) (*CNCom., Sala D, 30/9/75, "Legis, I.C.I.F.I. /y de M., S.C.A. c/Allende, José", ED, v. 63, 1976, p. 346*).

d) *Confirmación*

La circunstancia de hallarse una sociedad en comandita por acciones afectada por un vicio de constitución, que no fue compurgado durante la vigencia del Código de Comercio y que no se confirmó en los términos del art. 370 de la Ley de Sociedades, hace posible la aplicación del art. 22 del Régimen legal de las sociedades, sea que se la tache de irregular, sea que se la considere nula (*CNCom., Sala C, mayo 18, 1978, ED, 81-642*).

La negativa de uno de los socios a la subsanación de una sociedad en comandita por acciones en cuyo contrato constitutivo se omitió la designación de los socios comanditarios, es coherente con la posibilidad que tenía de separarse de la sociedad provocando su disolución. Y el ejercicio de este derecho no es susceptible de restricciones ni puede engendrar ninguna responsabilidad, pues lo contrario importaría una forma de coartarlo (*CNCom., Sala C, mayo 18, 1978, ED, 81-642*).

e) *Confirmación*

El art. 370 de la Ley de Sociedades que regula el caso de las sociedades en comandita por acciones, para su subsanación, se encuentra referido a un negocio societario viciado por lo que la subsanación no puede operarse por las reglas que conciernen al ordenamiento que rige las relaciones de quienes se encuentran vinculados por una sociedad válida. Tal regla no menciona siquiera una asamblea, una deliberación o un resolución social, y no se refiere a una

SUBSANACIONES SOCIETARIAS Y REGISTRACIÓN

707

modificación de contrato o estatuto, sino que califica un acto de subsanación como confirmatorio de su constitución. No cabe, pues su equiparación y ni siquiera su analogía con una reforma estatutaria que opera sobre la base de una sociedad regular y válidamente constituida y que podrá resolver sobre la base de una decisión asamblearia que será obligatoria para todos, aunque se adopte por mayoría (*CNCom., Sala C, febrero 13, 1980, ED, 87-427*).