

**REVISTA DEL NOTARIADO**  
**Colegio de Escribanos de la Capital Federal**

*Crisis en las Comanditas por Acciones (\*) (165)*

OSVALDO S. SOLARI

**SUMARIO:**

I. El tema. - II. Las variantes más practicadas. - III. La jurisprudencia detonante. - IV. Aclaración importante. - V. Ecos de la jurisprudencia. - VI. El artículo 373 del Código de Comercio. - VII. Constitución con gestores. - VIII. Técnica de subsanación. - IX. Validez de los títulos emanados de sociedades mal constituidas. - X. El no - acto. - XI. La técnica correcta. - XII. Conclusiones.

**I. EL TEMA**

1. Se nos ocurre que en este tema tiene más importancia el pasado que el futuro. Lo vemos así, porque la "crisis" de las comanditas que estamos presenciando, o sea la difusión de criterios doctrinarios y jurisprudenciales adversos a las formas elegidas por un sector del notariado para constituir las, determinará, inexorablemente, que no se sigan usando técnicas que ahora se estiman incorrectas para el nacimiento regular de la sociedad.

Pero aun así, el problema supera el simple valor histórico. Porque lo cierto es que numerosas sociedades en comandita por acciones que por aplicación de esos criterios pueden considerarse no regulares, por defectos de constitución, se han dedicado a negocios inmobiliarios y, como natural consecuencia, provienen de ellas una gran cantidad de títulos de propiedad que podrán estar en tela de juicio.

2. Tal circunstancia nos determina a dar nuestra modesta opinión sobre tres aspectos del tema: a) el relativo a la constitución de las sociedades o sea cuándo debe o puede considerárselas mal constituidas; b) técnica de subsanación y c) validez de los títulos emanados de sociedades mal constituidas.

3. Antes de avanzar, declaro - como en los procedimientos judiciales - que "no me comprenden las generales de la ley". Es decir que en mi actividad fedataria no recuerdo haber usado ninguno de los sistemas o técnicas de constitución de comanditas por acciones considerados ahora ilegales. En todos aquellos casos bien frecuentes, por cierto, en que el comanditario deseaba permanecer oculto, sin identificarse, he recurrido al sencillo procedimiento que más adelante explicaré (1)(166), el cual evita toda clase de problemas.

**II. LAS VARIANTES MÁS PRACTICADAS**

4. El afán de ocultamiento de los comanditarios ha determinado la elección de diversos sistemas. Consignamos a continuación los de más

**REVISTA DEL NOTARIADO**  
**Colegio de Escribanos de la Capital Federal**

frecuente uso:

- a) UNA SOLA PERSONA asume el carácter de socio comanditado (2)(167) y forma la sociedad con una o más personas, en carácter de socios comanditarios, cuyos nombres aquél se reserva, haciendo uso del derecho que acuerda el artículo 373 del Código de Comercio.
- b) DOS O MÁS PERSONAS en carácter de comanditados constituyen la sociedad con una o más personas en calidad de comanditarios, cuyos nombres se reservan por igual motivo.
- c) UNA O MÁS PERSONAS como comanditados y una o más personas como "gestor de negocios" de terceras personas cuyos nombres no se mencionan y para quienes (en calidad de comanditarios) los gestores constituyen la sociedad.
- d) Similar al anterior, pero con la diferencia de que los gestores declaran actuar como tales y "en representación" (sic) de los comanditarios ocultos.

**III. LA JURISPRUDENCIA DETONANTE**

5. Estos sistemas se divulgaron como consecuencia del apoyo que les dieron opiniones doctrinarias difundidas juntamente con el auge de las comanditas por acciones; pero hubo, en cambio, otras opiniones contrarias que los señalaron como incorrectos.

Así las cosas, tienen lugar algunas decisiones judiciales que inclinan @la balanza en favor de quienes rechazaban dichos sistemas. La alarma ha cundido por la difusión de esos pronunciamientos y sus consecuencias inmediatas; rechazo de contratos sociales por instituciones bancarias y necesidad de subsanarlos para continuar usando del crédito. En otro plano, de no menor importancia, urgencia de determinar qué sucede con los títulos de propiedad de inmuebles transmitidos por sociedades cuyos contratos se ven como imperfectos o nulos.

Comenzaremos nuestro examen mencionando las características de los casos sobre los cuales los tribunales han tenido ocasión de decidir.

6. EL CASO DAES S.C.A. Esta sociedad fue constituida el 26 de diciembre de 1958 y se inscribió en el Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Comercial de Registro el 12 de febrero de 1959, con el N° 21, folio 72 del libro 235. Ante el notario compareció una sola persona y dijo: "... Que ha convenido con otras dos personas constituir una sociedad en comandita por acciones en la que el compareciente revestirá el carácter de socio solidariamente responsable, no determinándose el nombre de las referidas personas que aportan el capital comanditario, haciendo uso al efecto de la atribución conferida

**REVISTA DEL NOTARIADO**  
**Colegio de Escribanos de la Capital Federal**

por el artículo 373 del Código de Comercio...".

Tiempo después la sociedad se presentó en el Juzgado del doctor Leonardo J. Areal solicitando convocatoria de acreedores, conforme a lo prescripto por los artículos 1° y 8° de la ley 11719. El pedido fue rechazado por entender el juez que la excepción que consagra el artículo 373 del Código de Comercio no es extensiva al acto constitutivo. En consecuencia, por no estar la sociedad constituida regularmente (3)(168) no correspondía hacer lugar a su presentación. Recurrido el fallo, fue confirmado, por sus fundamentos, por la Sala B de la Cámara Comercial por sentencia del 27 de marzo de 1968 (4)(169).

7. EL CASO KAVANAGH Y CIA. S.C.A. La sociedad quedó constituida el 11 de febrero de 1960. Se inscribió el 1° de diciembre de 1961 con el N° 941, folio 165 del libro 236. Los constituyentes fueron cuatro personas que asumieron el carácter de socios colectivos. No compareció persona alguna como comanditario. Se estipuló que "...El capital comanditario está suscripto por socios cuyos nombres se reservan, conforme lo autoriza el artículo 373 del Código de Comercio" (5)(170).

Cuestionada la inscripción del contrato, por el Juzgado de Registro, la misma Cámara, por la Sala A, resolvió que no procedía inscribirlo por haberse omitido en la escritura matriz el nombre del socio comanditario, lo que, según el fallo, sólo está permitido en la copia que queda registrada. Para salvar el inconveniente, el contrato fue modificado en el sentido que de los cuatro socios, tres asumían el carácter de colectivos. El cuarto lo hacía en calidad de comanditario por sí y por las demás personas cuyos nombres se reserva conforme lo autoriza el artículo 373 del Código de Comercio. En estas condiciones se hizo lugar a la inscripción (6)(171).

8. EL CASO FLINT S.C.A. En un juicio seguido por esta sociedad la Sala B de la Cámara Comercial de la Capital Federal, en sentencia del 20 de julio de 1960 mantuvo su criterio de que la omisión autorizada por el artículo 373 es únicamente para el documento que queda inscripto y no en la escritura matriz (7)(172).

En estos tres casos, según se ha visto, la cuestión giró en torno a la interpretación del artículo 373 del Código de Comercio; si esa disposición legal permitía o no el ocultamiento en la propia escritura de constitución. La tesis negativa quedó consagrada por la Cámara.

#### **IV. ACLARACIÓN IMPORTANTE**

9. Creemos de gran importancia subrayar que en ninguno de esos tres casos se dieron las hipótesis que en el apartado 4 señalamos con las letras c) y d). Estos pronunciamientos se refirieron a contratos de los tipos a) y b); o sea cuando a la escritura de formación de la sociedad concurre uno o más socios exclusivamente comanditados, que declaran constituirla con terceras personas, cuyos nombres no consignan.

**REVISTA DEL NOTARIADO**  
**Colegio de Escribanos de la Capital Federal**

Los casos c) y d) son diferentes. Al constituirse la sociedad, comparece una o más personas como comanditados y una o más personas como comanditarios. Pero estos últimos declaran que actúan como gestores de negocios de otras personas cuyos nombres ocultan, no ya en uso de la presunta facultad conferida por el artículo 373, sino porque, simplemente, dado el carácter de gestores que invocan no tienen por qué decir para quién actúan, conforme a los principios del instituto de la gestión de negocios ajenos.

No afirmamos que el criterio jurisprudencial, acaso, no fuera el mismo para unos u otros supuestos. No conocemos decisiones respecto a la gestión de negocios.

Por nuestra parte, consideramos que son situaciones jurídicas distintas, que merecen soluciones diferentes.

Entendemos que en la escritura debe haber por lo menos un socio comanditado y también, por lo menos, otro compareciente que asuma el carácter de comanditario, expresamente si lo hace para sí, o implícitamente si lo hace como gestor de negocios ajenos, pues según veremos más adelante, le guste o no, él será el único responsable (léase socio comanditario), hasta que el "dueño" acepte la gestión, o en forma definitiva, si ésta no es aceptada.

#### **V. ECOS DE LA JURISPRUDENCIA**

10. El caso Daes S.C.A. que hemos mencionado, tuvo difusión mayor que los anteriores con los cuales coincidía en su tesis. Como consecuencia se ha iniciado un proceso de "revisión" de los contratos de las comanditas por acciones, especialmente en el sector bancario cuyas asesorías legales, en general, exigen que esas sociedades estén constituidas por socios comanditados y comanditarios que por sí o por mandatarios con poderes suficientes hayan otorgado la escritura de constitución.

Caen pues en el rechazo todas las modalidades a que se ha recurrido para ocultar a los socios comanditarios o sea tanto aquellas referidas al artículo 375 del Código de Comercio como las otras en las que se usó la figura de la gestión de negocios.

#### **VI. EL ARTÍCULO 373 DEL CÓDIGO DE COMERCIO**

11. Este artículo prescribe que "...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".

Algunos autores sostienen que por aplicación de esta norma no hay impedimento para que el nombre del comanditario sea omitido, también, en la escritura de constitución de la sociedad (8)(173).

Este criterio ha sido rebatido con firmeza (9)(174).

**REVISTA DEL NOTARIADO**  
**Colegio de Escribanos de la Capital Federal**

12. Por nuestra parte estamos de acuerdo con los que piensan que el artículo no dice más que lo que textualmente expresa. Pretender que para no inscribir el nombre del comanditario, deba comenzarse por no consignarlo en la escritura constitutiva, es argumento que no resiste el análisis. La "inscripción" no tiene por qué ser copia textual de la "escritura". En materia de inmuebles consiste en un extracto; y si bien el Registro de la Capital Federal y el de los Departamentos de la Provincia de Buenos Aires inscriben mediante copias textuales de los documentos que se registran, nada impide que cuando se desee inscribir una comandita ocultando los nombres de los comanditarios, en dicha copia (que constituye el documento "inscripto") se supriman los nombres, poniendo en su lugar puntos suspensivos. Adviértase que esa copia nada tiene que ver con la copia de la escritura legislada por los artículos 1006 y siguientes del Código Civil; por lo tanto puede no ser copia textual y limitarse a contener los datos necesarios a los fines registrales. Más que copia, extracto.

13. Pero no creemos necesario abundar en consideraciones para intentar persuadir; si consignamos nuestra opinión es simplemente para no omitirla. Porque mientras no se modifique la legislación actual, lo real y concreto es que la jurisprudencia - más allá de la doctrina - debe guiar la conducta documental de los notarios, quienes no deberán insistir en la omisión del nombre del o de los comanditarios en las escrituras de constitución de comanditas por acciones, so pretexto de que tal omisión está autorizada por el artículo 373 del Código de Comercio.

Los casos judiciales publicados, en los cuales se ha analizado la legalidad de las sociedades constituidas por uno o más comanditados sin la concurrencia de los comanditarios, es decir las variantes a) y b) del apartado 4, de manera unánime han consagrado la tesis negativa.

En otro aspecto, pensamos que ya no sería factible constituir sociedades con tal omisión, por lo menos en el ámbito de la Capital Federal, porque su inscripción sería denegada por el Juzgado de Registro, cuyo criterio coincide con el de la citada jurisprudencia.

Sólo queda, pues, analizar, para las sociedades constituidas en el pasado en dichas condiciones, qué procedimiento puede seguirse para subsanarlas, adecuando los contratos al criterio jurisprudencial y qué concepto o calificación deben merecer los títulos de propiedad otorgados por aquéllas. De estos dos aspectos nos ocuparemos más adelante.

## **VII. CONSTITUCIÓN CON GESTORES**

14. Son los supuestos de los puntos c) y d).

La idea fue divulgada, según creemos, por Jorge Allende Iriarte e Ignacio M. Allende (10)(175). La gran diferencia entre este sistema y el de los puntos a) y b) consiste en que en estos últimos a la formación de la sociedad concurre solamente el socio o socios comanditados. En aquellos, o sea en los que ahora examinamos, la escritura de

**REVISTA DEL NOTARIADO**  
**Colegio de Escribanos de la Capital Federal**

constitución de la sociedad es otorgada por uno o más comanditados y otra persona que declara actuar como gestor de comanditarios cuyo nombre reserva. Hay también ocultamiento de los comanditarios, porque en su reemplazo actúa un gestor.

A esta técnica se le objeta que es violatoria del artículo 291, inciso 1° del Código de Comercio y del artículo 1003 del Código Civil (11)(176).

Nuestra idea es otra. No aplaudimos ese procedimiento, pero tampoco lo consideramos ilegal.

La indicada impugnación se apoya en una premisa errónea que consiste en confundir "parte" con "otorgante". En otras palabras, que pretende imponer al "sujeto negocial" requisitos que sólo existen para el "sujeto instrumental". Ambas calidades, a veces, se reúnen en una sola persona, como ser cuando el propietario de un inmueble comparece ante el notario y lo vende a otra persona. Pero en muchas ocasiones ese propietario (parte o sujeto negocial) realiza esa venta representado por un mandatario (otorgante o sujeto instrumental). Esta diferencia es bien conocida en derecho notarial (12)(177).

Aclarado ese concepto la impugnación se desvanece. Lo que el artículo 291 del Código de Comercio y el 1003 del Código Civil requieren es la concurrencia y firma del "otorgante", es decir, en nuestro caso del "gestor".

15. La gestión de negocios es sumamente frecuente en materia de compraventa de inmuebles. Miles de escrituras existen en las cuales el adquirente manifiesta que realiza la compra para una sociedad (a veces en formación) y con dinero de la misma, quien oportunamente procederá a aceptar la compra. Cuando la ratificación se produce, sus efectos son retroactivos al día de la compra (art. 1936 Cód. Civil) y el dueño del negocio queda sometido para con el gestor a las mismas obligaciones del mandante (art. 2304 Cód. Civil). Si, eventualmente, el dueño del negocio no ratifica la gestión, el gestor queda personalmente obligado como si el negocio lo hubiera realizado para sí (art. 2305 Cód. Civil). Es frecuente que esto ocurra cuando la gestión se efectúa para sociedades que luego no llegan a constituirse. Pues bien; en este último supuesto está fuera de discusión que el gestor puede disponer libremente del inmueble en su nombre propio (13)(178).

¿Y por qué ha de ser distinto en materia societaria? El único argumento estaría en la ausencia del affectio societatis. Pero, obsérvese que por un lado su no existencia no produce la nulidad de la sociedad (14) (179) y por otro, su presencia es muy sutil en las sociedades de capital, donde el carácter de socio se transfiere con la tradición de las acciones al portador representativas de aquél. En nuestro derecho positivo, como en todas las legislaciones societarias, el affectio societatis no es elemento necesario para la existencia de la sociedad (15)(180).

16. La nota del artículo 2288 en cuanto dice: "Es preciso que el negocio preexista a la gestión", podría ser argumento en contra, desde que el

**REVISTA DEL NOTARIADO**  
**Colegio de Escribanos de la Capital Federal**

gestor está creando el negocio que no existe antes que él actúe. Pero se trata de una simple conceptualización doctrinaria mencionada por el Codificador con carácter de "nota", que ha evolucionado en sentido contrario (16)(181).

17. El argumento de que el nombre del comanditario (¿el definitivo?) debe resultar del mismo acto de constitución de la sociedad, para que de esta manera el socio comanditado sepa con quién está contratando, no es sólido. La contratación se realiza con quien comparece como gestor. Todo lo que con él se estipule será válido y obligatorio para el gestado. Las virtudes o defectos del comanditario poco pueden importar al comanditado. Más aún; la transferencia incondicionada de las acciones que integran el capital comanditario, hace que la personalidad de su titular carezca de toda significación.

18. En síntesis, nada impide, según nuestro criterio, que en la constitución de una comandita por acciones actúe un gestor en nombre del socio comanditario. El será el socio comanditario hasta que la gestión sea aceptada por la persona para quien actuó, en favor de quien quedarán entonces automáticamente transferidos los derechos y obligaciones inherentes a la calidad de socio comanditario. Pero, repetimos, es una técnica no aconsejable puesto que se puede ocultar al comanditario de una manera más simple (17)(182).

#### **VIII. TÉCNICA DE SUBSANACIÓN**

19. Nos ocuparemos ahora de cómo pueden o deben subsanarse los contratos constitutivos de sociedades en comandita por acciones que tengan algunas de las características que de momento provocan observaciones. Sea porque se ha omitido el nombre del comanditario, en uso de la norma del artículo 373 del Código de Comercio, o porque el gestor de negocios se reservó mencionar su nombre.

Porque, se comparta o no el fundamento de unas u otras observaciones, el caso es que hay jurisprudencia uniforme respecto al alcance del indicado artículo 373, y doctrina en contra de la gestión de negocios como procedimiento para ocultar a los comanditarios. Esa realidad nos lleva a estudiar los contratos en circulación en los cuales se ha usado algunas de esas técnicas.

20. La primera pregunta es si son subsanables.

Sin dudar, contestamos afirmativamente.

En cuanto al procedimiento a seguir estimamos que consiste en el otorgamiento de una escritura en la que el o los socios comanditarios asuman este carácter y ratifiquen el contrato constitutivo y sus posteriores modificaciones.

21. Hemos reflexionado, en cambio, sobre la necesidad de que dichos

**REVISTA DEL NOTARIADO**  
**Colegio de Escribanos de la Capital Federal**

socios comanditarios deban ser los originarios o que, por haber éstos transferido las acciones, la escritura de ratificación puede ser otorgada por los actuales comanditarios, quienes invocarían su condición de sucesores de aquéllos. Nos decidimos por esta última opción, porque nos parece razonable y jurídica.

El apoyo legal está en el artículo 1161 del Código Civil, que, después de establecer que nadie puede contratar por otro sin estar autorizado por él o sin tener su representación legal, termina diciendo: "...El contrato valdrá si el tercero lo ratificase expresamente o ejecutase el acto". Luego el artículo 1162 dispone que: "La ratificación hecha por el tercero a cuyo nombre o en cuyo interés se hubiere contratado, tiene el mismo efecto que la autorización previa y le da derecho para exigir el cumplimiento del contrato. Las relaciones de derecho del que ha contratado con él, serán las del gestor de negocios". En cuanto a la posibilidad de que la ratificación sea hecha por el sucesor vemos que si éste es a título universal "en las sociedades por acciones la transmisibilidad a los herederos está sujeta a las mismas reglas de la transmisión de los demás bienes del causante" (18)(183) y Si es inter vivos "...la negociabilidad de las acciones es normalmente libre y las posibles restricciones estatutarias no pueden llegar a suprimirla o establecer condiciones que lo equivalgan..." (19)(184).

Agreguemos que la ratificación por parte de comanditarios sucesores de los iniciales sería similar a la que a veces tiene lugar en materia inmobiliaria, cuando la ratificación es otorgada por el actual propietario respecto a una escritura en la que actuó un antecesor en el dominio.

22. Un aspecto que nos ha provocado algunas hesitaciones está referido a la necesidad de que la ratificación deba ser otorgada por la totalidad de los accionistas iniciales o que pueda serlo por parte de ellos. Nos decidimos por lo primero. Porque si bien la concurrencia parcial de los accionistas iniciales sería bastante para que la sociedad quedara perfeccionada en cuanto a la existencia de socios comanditados y comanditarios quedaría la fisura de que el capital comanditario "ratificado" no coincidiría con el total del capital social.

23. Por supuesto que los comanditarios comparecientes en la escritura de ratificación deberán justificar su condición de tales exhibiendo sus respectivas acciones, de lo cual el notario deberá dar fe.

24. En la ratificación deberá estar presente el socio comanditado; es obvio que un acto que hace a la esencia del contrato no puede tener legalidad sin su presencia, indispensable para todo cuanto haga a la constitución o modificación de la sociedad.

25. No estimamos, en cambio, necesaria la presencia del gestor de negocios cuando la sociedad se hubiera constituido con su intervención. Lo vemos así porque la tenencia de las acciones por parte de los

**REVISTA DEL NOTARIADO**  
**Colegio de Escribanos de la Capital Federal**

accionistas que ratifiquen la constitución de la sociedad es prueba suficiente de que son los actuales titulares de los derechos de los comanditarios, sin interesar mayormente que lo sean a título propio desde el primer momento o como sucesores a título universal o singular de los primitivos comanditarios. No hay, por tanto, posibilidad de que se lesionen derechos de terceros ni mucho menos de la sociedad o de los socios comanditados.

Y aunque será raro que ocurra, por hipótesis cabe admitir que el gestor se negara a concurrir a la ratificación, es decir, que se opusiera. Pues bien; entendemos que lo mismo aquélla podría ser otorgada. Porque, por esencia, el gestor lo es de un "negocio ajeno". El "dueño" del negocio no es el gestor, y, por lo tanto, él no puede válidamente oponerse a que aquél disponga del negocio según le convenga. Finalmente, desde que la ratificación equivale al mandato y tiene efecto retroactivo al día que la gestión principió (art. 2304 Cód. Civil), debe considerarse que el negocio fue hecho por el propio dueño, borrándose para con los terceros todo cuanto se refiera a la persona del gestor (20)(185).

**IX. VALIDEZ DE LOS TÍTULOS EMANADOS DE SOCIEDADES MAL CONSTITUIDAS**

26. Sentado nuestro criterio respecto al ocultamiento de los comanditarios, sea que éste tenga lugar porque el comanditado hizo uso de la autorización del art. 373 del Cód. de Comercio o porque actuó como gestor (y por esta vía llegó al mismo resultado), y dada también nuestra opinión sobre la técnica a utilizar para que los contratos de este tipo de sociedades no merezcan observaciones en el futuro, nos ocuparemos ahora de analizar en qué situación legal se hallan los títulos de propiedad de inmuebles otorgados por sociedades que, a la luz de la jurisprudencia y doctrina actuales, se estiman deficientemente constituidas.

Porque hay miles de escrituras circulando en plaza que, por tener ese origen, pueden provocar alguna duda en torno a la condición de "título perfecto".

27. Para clarificar este problema el intérprete debe incursionar en la temática de las sociedades nulas o anulables, irregulares o de hecho. Tarea difícil, porque los preceptos legales son escasos y de no fácil compaginación, y además porque la doctrina, como natural consecuencia de aquello, se presenta dividida. Está faltando, según creemos, una teoría general que armonice conceptos y preceptos. Porque, y en esto es donde hay mayor coincidencia doctrinaria, la teoría de las nulidades o mejor dicho, las consecuencias de los vicios de los actos jurídicos de la ley civil, son escasamente aplicables a la materia societaria. La explicación es simple: cuando una sociedad ha actuado, ha ido creando en torno a su propia existencia y a las operaciones realizadas una serie de vínculos jurídicos y económicos que no pueden

**REVISTA DEL NOTARIADO**  
**Colegio de Escribanos de la Capital Federal**

ser borrados por la letra de un artículo, como ser el 1050 del Cód. Civil. Es indispensable, pues, que el intérprete busque la solución a los problemas que plantean las sociedades no regulares apoyándose en la legislación y la doctrina comercial.

No intentaremos llenar el vacío de una teoría general sobre la materia. Sólo nos proponemos indagar qué consecuencia jurídica puede tener el caso especial de las sociedades en comandita por acciones en cuya constitución no se haya consignado el nombre del comanditario. Lo haremos con la mente puesta en los contratos en que la omisión responda a que se la consideró lícita conforme al art. 373 del Cód. de Comercio. Pero la conclusión a que arribaremos, es aplicable también a aquellos contratos en que la no mención del nombre de los comanditarios es consecuencia de la actuación de un gestor. Sin perjuicio de reafirmar que, a nuestro criterio, estos últimos contratos son inobjetable. Pero el intento consiste en precisar si, aun aceptando la tesis adversa, los títulos de propiedad otorgados por sociedades en tales condiciones pueden o no ser observados como imperfectos.

28. En el terreno legal la cuestión gira alrededor del art. 296 del Cód. de Comercio y en especial cuando dice que "será nula para lo futuro". Veamos el texto completo de este artículo:

"Ninguna acción entre los socios o de éstos 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".

Si la sociedad, como dice este artículo, es nula para el futuro, es porque hasta el momento en que declare la nulidad, ésta ha funcionado válidamente, por lo menos "...en cuanto a que los socios se deberán dar respectivamente cuenta... de las operaciones que hayan hecho...".

Aquí se observa la gran diferencia que hay entre esta nulidad y la nulidad de los actos jurídicos en general, materia en la que el artículo 1050 del Código Civil prescribe que "La nulidad pronunciada por los jueces vuelve las cosas al mismo o igual estado en que se hallaban antes del acto anulado".

O sea que la nulidad de una sociedad comercial, por lo menos como principio general, no tiene efecto retroactivo. Las consecuencias de la anulación son para el futuro (20 bis)(186).

**REVISTA DEL NOTARIADO**  
**Colegio de Escribanos de la Capital Federal**

29. Pero llega el momento de puntualizar que cabe algún distingo respecto a la causa que determine la anulación de la sociedad.

Al efecto es menester diferenciar situaciones:

- a) Sociedades "que no se han hecho constar por escrito".
- b) Sociedades con "instrumento probatorio" no registrado.
- c) Sociedades constituidas por escrito (en nuestro caso por escritura) con vicios que no interesan al orden público.
- d) Sociedades constituidas por escrito o escritura pública, con vicios que afectan al orden público.

Los casos a) y b) son los comprendidos en la denominación genérica de sociedades irregulares o de hecho, distinción que en la doctrina argentina se considera intrascendente (21)(187) desde el punto de vista de las soluciones legales, puesto que son similares para un tipo u otro de sociedad.

30. Respecto a las sociedades irregulares, se estima que no hay en verdad una acción de nulidad (el vocablo estaría, jurídicamente mal empleado) sino una acción de resolución. Al respecto Halperín dice: "No cabe pues esta nulidad entre las sanciones calificadas así por el Código Civil" (22)(188).

La primera clarificación consiste, entonces, en advertir que la "nulidad" del artículo 296 no es tal. La sociedad "que no se haya hecho constar por escrito y cuyo instrumento probatorio no se haya registrado" es una sociedad que funciona como regular hasta el instante en que uno, varios o todos sus socios usen del derecho de "separarse cuando les parezca" (22 bis)(189).

31. Pero ¿a qué sociedades se refiere el art. 296?

El art. 296, en el párrafo que nos ocupa, menciona a la sociedad "que no se haga constar por escrito" y "cuyo instrumento probatorio no se haya inscripto". Gramaticalmente no cabe interpretar sino que son dos requisitos que deben darse simultáneamente: la falta de escrito y la de inscripción. Pero es que si bien puede existir el documento y faltar la inscripción, lo contrario no parece posible, es decir, que se inscriba una sociedad no instrumentada.

Asoma como verdad que el art. 296 alude expresamente a la típica sociedad de hecho y también a las sociedades con contrato escrito, pero no inscripto. En otros términos, es un artículo aplicable a las sociedades de hecho y a otras sociedades que no son regulares "sin que por esto dejen de ser eficaces en favor de los terceros que hayan contratado con la sociedad" (según reza el art. 41 del Cód. de Comercio).

Tenemos así que la norma clave para nuestro asunto (el art. 296), se está refiriendo tanto a las sociedades de hecho, cuanto a sociedades irregulares, por defecto de inscripción (22 bis 2)(190).

32. Corresponde preguntar qué sucede en este aspecto con las

**REVISTA DEL NOTARIADO**  
**Colegio de Escribanos de la Capital Federal**

sociedades que son irregulares, no ya por no estar inscriptas, sino porque no se han cumplido en su constitución todos los recaudos impuestos por la ley.

A nuestro juicio la solución tiene que ser la misma, cualquiera sea la causa que determina la irregularidad. Los principios que inspiran a los arts. 41, 294, 296 y 297 que regulan las relaciones nacidas en sociedades no regulares así lo aconsejan. Los actos y contratos realizados por una sociedad irregular son una realidad que la ley no puede ignorar ni hacer desaparecer, máxime cuando la propia ley acepta esa realidad en las sociedades de hecho, que son la expresión mayor de la irregularidad societaria. A estos efectos no interesa, pues, la causa de la irregularidad.

La doctrina no señala discrepancias sobre el tema. Los autores en general estiman que los mencionados artículos comprenden en general a las sociedades de hecho y a las irregulares (23)(191).

33. Pero queda otro interrogante. Las sociedades que examinamos ¿no serán nulas en vez de irregulares?

Nos dice Halperín que "la nulidad del acto constitutivo de sociedades, es uno de los temas más difíciles de la materia para su solución en el derecho positivo, porque tanto el Cód. Civil, salvo los casos aislados en que aplicó la nulidad como sanción específica (art. 1652) que fijó los efectos en materia de objeto ilícito (arts. 1659, 1660 y 1661) como el Código de Comercio, no han establecido normas propias y orgánicas para la institución" (24)(192).

Sin perjuicio de aceptar que la cuestión es espinosa, nos parece que en el panorama de las anormalidades societarias cabría una clasificación de este tenor:

a) Anulabilidad relativa corresponde a las sociedades de hecho y a las sociedades irregulares. La sanción legal es la del art. 296 que, según hemos visto, las anula para el futuro. No hay efecto retroactivo. Más que de anulación se trata de resolución del contrato.

b) Nulidad absoluta. Debe aplicarse esta sanción exclusivamente a las sociedades que tengan objeto prohibido o ilícito, sean de hecho, regulares o irregulares.

El fundamento legal de esta clasificación está, a nuestro juicio, en los artículos 41, 294, 296 y 297 del Cód. de Comercio y 1655 y 1660 del Cód. Civil.

Por aplicación de estos preceptos, cuando la anomalía de la sociedad compromete el orden público (objeto ilícito o prohibido) el rigorismo de la ley civil no reconoce validez a los actos realizados por la sociedad hasta que se decreta su nulidad. Ésta borra lo pasado. La nulidad "vuelve las cosas al mismo o igual estado en que se hallaban antes del acto anulado" (art. 1050). En todos los demás casos, es decir, cuando no hay orden público de por medio, el art. 1050 y los demás del Código Civil que

**REVISTA DEL NOTARIADO**  
**Colegio de Escribanos de la Capital Federal**

se refieren a las nulidades y sus efectos están sustituidos por los que en el Código de Comercio regulan las anomalías o nulidades societarias (24 bis)(193).

Arribamos por estos razonamientos a la tesis que no hay fundamento legal para afirmar que media una nulidad absoluta, en el sentido de lesionar el orden público, y que por ende deba ser declarada o estimada con el efecto retroactivo que la ley civil prescribe en el art. 1050 y concordantes.

#### **X. EL NO - ACTO**

34. De los cuatro casos que hemos señalado en el apartado 4 merece una consideración especial el de la letra a). Es decir, cuando en la escritura ha comparecido una sola persona declarando constituir sociedad con terceros cuyos nombres reservó conforme al art. 373 del Código de Comercio.

Aquí podría mediar el problema jurídico conocido por inexistencia del acto. No habría un acto nulo ni anulable ni sociedad regular ni irregular, simplemente no habría sociedad.

Halperín, refiriéndose al caso Daes S.C.A., sociedad constituida con dicha característica, expone: "En el caso resuelto omitida la firma de los socios comanditarios en el acto constitutivo, éste aparecería como un no - acto, esto es, no existía como tal, ya que tal escritura aparecería otorgada en violación de los arts. 988, 1001 y 1003 del Código Civil y por tanto, incurrido en la sanción del art. 1004 de él, que en el Código Civil es manifiesta (art. 1038) y absoluta (art. 1044) y, en consecuencia, debía declararse así de oficio por el juez en cualquier momento".

Pero siguiendo a Llambías, a quien remite Halperín en el comentario transcrito, vemos que "En nuestro país no hay acuerdo acerca de la categoría de actos jurídicos inexistentes. Mientras la admiten Llerena, Machado, Moyano y Borda, la rechazan Salvat, Lafaille, Etcheverry Boneo, Castiglione y Segovia. Por nuestra parte - sigue diciendo Llambías - hemos sostenido antes de ahora el punto de vista que nos parece innegable; el acto inexistente no constituye una mera clasificación dentro de la teoría de las nulidades. Se mueve en un plano distinto, no delimitado por la ley sino indicado por nuestro entendimiento, que no puede prescindir de ese concepto, so pena de confundir todas las nociones acerca del presente asunto" (25)(194). Y en el cuadro demostrativo de la independencia entre las clasificaciones entre nulidad y anulabilidad y nulidad absoluta y relativa, incluye como acto nulo de nulidad absoluta (no como inexistente) al "instrumento sustancial nulo" (26)(195). Y cuando más adelante este autor se refiere a la diferencia entre los efectos de los actos nulos y los inexistentes, señala que los actos anulables se rigen por los arts. 1050 y siguientes. En cambio, el acto inexistente no produce efecto alguno (27)(196).

35. Nos parece que la teoría del acto inexistente de discutible recepción

**REVISTA DEL NOTARIADO**  
**Colegio de Escribanos de la Capital Federal**

en materia civil (cuando la inexistencia está referida a los problemas de fondo o de forma de un documento que materialmente existe) no puede ser receptada en materia de sociedades comerciales. En ellas la inexistencia documental, o sea el caso de las sociedades de hecho, no impide el reconocimiento legal de su existencia y la plena validez de todos los actos y operaciones que realicen hasta que se produzca su resolución o anulación en los términos del art. 296 del Cód. de Comercio. Pero si la inexistencia, el no - acto a que se refiere el profesor Halperín, con quien nos permitimos respetuosamente disentir, no es la del documento sino la de la propia sociedad, vale decir que hay escritura (nula o no) pero no hay sociedad, porque falta su elemento indispensable (reunión de dos o más personas), su afirmación contradiría su propio pensamiento expuesto en materia de sociedades de responsabilidad limitada. En esta obra señala que son causales de nulidad de la sociedad "...la falta de un mínimo de dos socios..." (28)(197) y que entre los vicios que producen nulidad absoluta está dicha ausencia del mínimo de dos socios (29)(198). Por tanto, se trata, según su criterio, de una nulidad, idea que excluye la de inexistencia del acto.

Según nuestro punto de vista, en el caso que comentamos hay sociedad. El socio comanditado que compareció en la escritura así lo afirmó. No dijo constituir una sociedad consigo mismo (30)(199) sino con otras personas, cuyo nombre omitió en mal uso del art. 373 del Cód. de Comercio y por ello la sociedad es irregular; nunca inexistente.

## **XI. LA TÉCNICA CORRECTA**

36. Hemos dicho más arriba que hay un procedimiento muy simple e inobjetable para constituir sociedades en comandita por acciones sin mencionar el nombre del "verdadero" comanditario. O sea para lograr el ocultamiento deseado.

Consiste en constituir la sociedad con un capital comanditario muy pequeño, cuya suscripción no crea problemas impositivos, ni de ningún orden, al socio comanditario que aparece aportándolo y que, por tanto, no tiene por qué ser el verdadero y definitivo comanditario. Tenemos así constituida la sociedad en forma irrefutable.

Como es de práctica, en el contrato se prevé el aumento del capital comanditario hasta un importe mayor cuya cifra se determina. El aumento podrá ser resuelto, por decisión del o de los socios comanditados o de la asamblea. Preferimos esto último, o sea la asamblea, porque al estar allí representado el capital comanditario, se evita que la emisión del aumento deba ser publicada a los efectos del conocimiento de los accionistas y consecuente uso del derecho de preferencia a suscribir las nuevas acciones.

Inscripto el contrato social, se aumenta el capital comanditario en la medida necesaria para el plan del verdadero comanditario, quien se limita a suscribir el nuevo capital, acto que por su propia naturaleza es de carácter informal y anónimo. La sociedad le entrega las acciones

**REVISTA DEL NOTARIADO**  
**Colegio de Escribanos de la Capital Federal**

emitidas sin otro recaudo que el de ingresar en la caja social el valor de ellas. Todo esto, por supuesto, presupone que las acciones serán al portador, ya que el ocultamiento de la identidad de los comanditarios no se concilia con las acciones nominativas.

Otro procedimiento - que es el que preferimos por su simplicidad - es éste: al constituirse la sociedad se consigna como capital comanditario el que realmente se desea que aquélla tenga. Del importe que se fije, el socio comanditario (aparente) suscribe sólo una pequeña cantidad, con lo que se evitan los problemas impositivos y luego se agrega más o menos lo siguiente: "el resto del capital comanditario podrá ser suscripto indistintamente por el actual comanditario o por terceras personas". Con esta fórmula la suscripción de ese resto es un acto absolutamente anónimo, por un lado, y por otro, se evitan publicaciones para el ejercicio del derecho de suscripción por parte del comanditario inicial.

## **XII. CONCLUSIONES**

Sintetizamos las ideas que hemos expuesto en la forma siguiente:

1. El art. 373 del Cód. de Comercio sólo permite la ocultación del nombre de los comanditarios en el Registro Público de Comercio.
2. Las sociedades en cuya constitución actuaron solamente uno o más socios comanditados, quienes se reservaron los nombres de los comanditarios, por aplicación de dicho artículo, son sociedades irregulares. Están bien constituidas, en cambio, la sociedades formadas por una o más personas en calidad de comanditados y una o más personas que actúan como gestores de negocios de otras personas cuyos nombres se reservan.
3. El art. 296 del Cód. de Comercio se refiere a las sociedades no regulares, comprendiendo así a las de hecho y a las que, teniendo contrato inscripto o no inscripto, adolecen de vicios que las hacen nulas o anulables.
4. La nulidad o anulabilidad de las sociedades comerciales se rigen en cuanto a sus efectos por la norma del art. 296 del Cód. de Comercio.
5. La sanción que impone ese artículo, técnicamente, no es de nulidad sino de resolución del contrato. Se considera que las sociedades irregulares son, en este aspecto, sociedades regulares sin plazo, que pueden ser disueltas en cualquier momento.
6. Las sociedades formadas por un solo comanditado y comanditarios cuyos nombres no se mencionan por aplicación del art. 373, no importan un acto o negocio inexistente, sino un contrato irregular, con la sanción del art. 296 del Cód. de Comercio.

**REVISTA DEL NOTARIADO**  
**Colegio de Escribanos de la Capital Federal**

7. Son perfectos los títulos de propiedad otorgados por sociedades en comandita por acciones en las cuales no actuó el socio comanditario, sea por ocultamiento, so pretexto del art. 373 del Cód. de Comercio o porque en su lugar, lo hizo un gestor de negocios.