

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

EL ANONIMATO DEL SOCIO COMANDITARIO

ÁLVARO GUTIÉRREZ ZALDÍVAR

Un problema de sostenida vigencia y no resuelta solución es el que surge de las distintas interpretaciones hechas al significado y alcance del art. 373 de nuestro Código de Comercio, problema reavivado una vez más por un reciente fallo de la Cámara Comercial, sala B, y por una

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

resolución de la Dirección General Impeditiva (ver Re. Impuestos, N° 3, t. XVIII, pág. 138), esta última apelada en una excelente presentación por el Consejo Federal del Notariado.

El art. 373 determina: "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".

Un sector de la doctrina basado o en una interpretación de este artículo o en la adecuación de figuras jurídicas al caso (gestión - mandato) sostiene la posibilidad de formar sociedades de este tipo, eliminando en el acta constitutiva el nombre de los socios comanditarios, y haciendo aparecer a otro otorgante, además de los socios solidarios, que manifiesta concurrir en representación de los comanditarios, reservándose sus nombres en virtud de la facultad conferida por el art. 373 mencionado.

Dejando de lado los antecedentes doctrinarios contrarios a la formación de sociedades con esta omisión, tenemos en el año 1960 un fallo de la Cámara Nacional en lo Comercial, sala A, que se pronunció en los autos "Kavanagh y Cía." al respecto, estableciendo que "no procede inscribir en el Registro Público de Comercio un contrato de sociedad en comandita por acciones, si se omitió consignar en la escritura matriz el nombre del socio comanditario, siendo esto sólo admisible en el testimonio a inscribirse".

También en el año 1960 la Cámara Nacional en lo Comercial, sala B, en los autos "Flint S. C. c/Barbano García y Cía.", falló en el sentido de que "la excepción que consagra el art. 373 al establecer que no es necesario que se inscriba el nombre del socio comanditario en el Registro Público de Comercio, no es extensiva al acto constitutivo de la sociedad". Y por fin tenemos el fallo mencionado del año 1968 de la Cámara Comercial, sala B, en los autos "Daes Sociedad en Comandita", publicado en La Ley, el 22/11/68 con nota nuestra, que resolvió: "Que se transgrede el art. 373 del Código 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", resolviendo el fallo de Primera Instancia que la excepción que consagra el art. 373 en cuanto al Registro Público de Comercio del nombre del socio comanditario, no es extensiva al acto constitutivo de la sociedad. Hasta este momento hemos observado la interpretación dada por la jurisprudencia.

El 10 de febrero de 1968 la Dirección General Impositiva dictó la Resolución general N° 1272, que obliga a los escribanos de registro a dejar constancia de los nombres de los socios comanditarios en el acta constitutiva de estas sociedades, con la amenaza de responsabilizarlos al respecto, y obligando a los escribanos a que redacten escrituras conforme al particular criterio de la Dirección General Impositiva. Resolución que no podemos considerar sino como extraña a nuestro sistema jurídico.

En doctrina jurídica los criterios se presentan más contravertidos. Hay un

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

sector que las considera nulas basadas en el juego de varios artículos del Código Civil o irregulares basados en el mismo criterio y haciendo incapié en disposiciones del Código de Comercio.

Dicho sector considera que en ningún momento el art. 373 autoriza la omisión en el acta constitutiva, que sólo permite su eliminación en el Registro, estableciendo dicho artículo una excepción a la norma general de los arts. 293 y 36 inciso c) del Código de Comercio, de acuerdo con los cuales las escrituras de sociedad deben inscribirse en el Registro sin salvedad alguna. Y que, por otra parte, el artículo 291 del Código de Comercio establece que las escrituras deben contener los nombres y domicilios de los otorgantes, disposición expresamente confirmada por el artículo siguiente para las sociedades anónimas y en comandita por acciones.

También se remiten, como hemos dicho, al Código Civil, Sección Segunda, Título Tercero de los Instrumentos Públicos, y Título Cuarto de las Escrituras Públicas, el art. 998 de dicha sección; determina que el instrumento público requiere esencialmente para su validez que esté firmado por todos los interesados que aparezcan como parte en él, y el art. 1001 dispone que la escritura debe expresar los nombres y apellidos de las personas que la otorgan. Y el art. 1004 declara por fin nulas las escrituras que no tuvieran el nombre de los otorgantes. Las disposiciones de estos artículos sirvieron para que un sector considerara nulas estas sociedades, alegando que no se cumplía con los requisitos del Código Civil en las sociedades formadas de la manera que tratamos. Esta remisión al Código Civil es severamente refutada por una tendencia de la doctrina notarial, posiblemente la más calificada para hablar al respecto, que considera otorgantes a los comparecientes; por ejemplo, en el caso de una sociedad que da poder para actuar sería otorgante el que firma con el poder y no la sociedad; en nuestro caso los otorgantes serían él o los socios solidarios y ese "representante" de socios comanditarios ocultos que da su nombre y domicilio y que firma la escritura, por lo cual no sería de aplicación la nulidad del Código Civil, desestimándose en este caso el argumento dado.

También se critica el fallo de los autos ya nombrados "Kavanagh y Cía." que determinó que sólo se puede eliminar el nombre del socio comanditario en el testimonio que se manda a inscribir en el Registro Público de Comercio, pues se alega que el testimonio debe expresar lo mismo que está escrito en el documento original, relacionado con él en condición de traslado, remitiéndose al efecto a los arts. 1006 y sgtes., y en especial al 1010. Con respecto al punto éste y a los artículos del Código de Comercio mencionados, las dos posiciones utilizan el argumento de la norma particular sobre la norma general en relación de preeminencia; con respecto al testimonio, se sostiene que la norma general de testimonio completo deja paso a la norma particular del art. 373 que autoriza eliminar el nombre de los socios comanditarios al inscribirse en el Registro.

Y con respecto a las disposiciones del art. 291 y del 292, la tendencia

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

que encuentra en el art. 373 la posibilidad de eliminar en la escritura constitutiva el nombre de los socios comanditarios, encuentra que este último artículo tiene preeminencia.

Otras razones alegadas de orden práctico contrarias a la omisión son las siguientes: a) Que al no conocerse quiénes son los socios comanditarios tampoco se sabe cuántos son, y por lo tanto si es o no de aplicación la disposición del Código de Comercio que dispone que cuando los socios accionistas fueren diez por lo menos y representaren mayor capital en acciones que el de los socios solidarios se aplicarán a la sociedad las disposiciones del capítulo que trata sobre las sociedades anónimas. Problema que es fácilmente obviado dejando constancia en la escritura que los socios que se afirma representar son menos de diez, habiéndose observado en la práctica que un Registro Público de Comercio que no vacila en inscribir sociedades con la omisión apuntada, exige siempre esta constancia para inscribirlas; b) Hasta que no esté totalmente integrado el capital es preciso poder identificar a sus suscriptores para poder obligarlos a integrar sus acciones; c) Que este tipo de sociedades permite evasiones fiscales. Pero en estos dos argumentos mencionados se olvida que en la escritura siempre está el nombre y domicilio del representante de los capitales mencionados, que es tan perseguible como los titulares hasta que éstos aparezcan.

En realidad el problema data de tiempo antiguo; los antecedentes de la actual sociedad en comandita los encontramos en el Pacto de Comanda, usado en una época en que estaba mal visto el ejercicio del comercio por los nobles y en la que el derecho canónico prohibía el préstamo a interés; funcionaban dichos contratos con socios ostensibles y socios totalmente ocultos.

También se sostiene que el medio legal de lograr la efectividad de ocultamiento que concede el artículo es recurrir a la figura de la gestión de negocios. Sin entrar al problema in extenso, encontramos que el Codificador en la nota al art. 2288 afirma que para que exista gestión de negocios, es preciso que el negocio preexista a la gestión; la gestión no puede crear el negocio, el valor de las notas del Codificador tiene un límite conocido, y también se podría analizar cuándo es el momento de la creación del negocio. La aplicación de la figura del mandato oculto es difícilmente defendible, pues en el mandato oculto el mandatario contrata a nombre propio, caso que no se presenta en los contratos de sociedad de que tratamos.

LA CUESTIÓN EN EL MOMENTO ACTUAL

Si analizamos el problema en perspectiva, tenemos tres fallos de Cámara contrarios a la formación de sociedades con la omisión apuntada, y la opinión de muy buenos comercialistas con argumentos en muchos casos refutados (ver García Caffaro, Lao Ley 31/3/69). Y en la otra parte encontramos un sector de la doctrina que no considera el problema terminado; que del art. 373 surge la autorización legal para la

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

omisión, y que en última instancia ésta podría derivar de la aplicación al caso de la gestión de negocios. Los Registros Públicos de Comercio no vacilan en inscribir estas sociedades, pero esto no subsana la cuestionada regularidad de las mismas, ya que con gran uniformidad al respecto tanto la doctrina como la jurisprudencia se han inclinado acerca de que la inscripción tanto del contrato social como de sus modificaciones, no importa un pronunciamiento sobre la validez del acto inscripto, siendo estas inscripciones en los registros mercantiles simple actividad administrativa ejercida por un órgano judicial y no actos jurisdiccionales.

El Anteproyecto de Ley General de Sociedades elimina la disposición del art. 373, tomando partido los redactores en la Exposición de Motivos con una de las tendencias en disidencia; García Caffaro en su artículo citado analiza las ventajas del anteproyecto al respecto, considerando que éste no trae un real beneficio; dice al respecto: "Mantuvo la veda de ingerencia administradora, pese a opiniones contrarias reseñadas. Incluso limito expresamente las consecuencias de su transgresión. No obstante aun con la invariable condición jurídica del aportante de capitales, extrajo la facultad del anonimato. Y esto parece eslabonado más a un mal concepto o a una remota antipatía que a una conclusión metódica", inclinándose el autor citado por la permanencia del sistema del art. 373, autorizando la omisión. Este es, a grandes rasgos, el panorama en el momento actual con los argumentos dados por las partes sobre el caso; hemos tomado ya en artículos anteriores una determinada posición, pero fundamentalmente el problema radica en los reales alcances del artículo. Las leyes deben ser claras, de lo contrario sólo serán fuente de pleitos, y un lugar donde cada sector encontrará la "interpretación" que convenga a su caso. Al respecto el anteproyecto mencionado es difícilmente defendible, pues trae una definición con respecto al punto, elimina la disposición del art. 373, pero trae disposiciones que inducirán a tal confusión que hacen desaconsejable su promulgación.