

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

Los Problemas en las Comanditas por Acciones() (891)*

ÁLVARO GUTIÉRREZ ZALDÍVAR y MIGUEL B. O'FARRELL

El auge experimentado por las sociedades en comandita por acciones a partir del año 1952 y las escasas disposiciones del Código de Comercio sobre las mismas, generaron con el transcurso de los años una serie de problemas basados en distintas interpretaciones acerca de los alcances de las normas que las rigen.

Las dificultades nacen también indirectamente de una de las mayores ventajas de las sociedades en comandita por acciones sobre las anónimas: la rapidez de su constitución y la sencillez en su manejo; ya que las sociedades anónimas están sometidas a restricciones y controles de los cuales están exentas las sociedades en comandita por acciones, controles que atentan contra la rapidez, pero que afirman la seguridad jurídica.

Este punto es muy importante tenerlo en cuenta, ya que en la mayoría de los problemas planteados las necesidades afectadas ya estaban inscriptas y en funcionamiento.

Recordaremos a continuación algunos aspectos de las sociedades que nos ocupan, en los que la doctrina y la jurisprudencia han ido delimitando los alcances y fijando el significado de los pocos artículos que presenta el Código de Comercio sobre el tema, hasta llegar a la sentencia de la

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, sala C, de 16 de febrero de 1970, en los autos "Estancia Los Ñanduces, Soc. en Com. por Acciones", que motiva esta nota.

Uno de los problemas que ha dividido las opiniones de los autores nacionales, es el relativo a la representación del capital solidario por acciones. Han admitido su viabilidad algunos autores⁽¹⁾(892) tomando como fundamento la reforma realizada al Código de Comercio de 1889 por la cual se suprimió la segunda parte del art. 433 del Código de 1862, que establecía: "las acciones sólo pueden darse por el capital de los comanditarios". Ese artículo sirvió de modelo al actual art. 380, que ha quedado redactado sin ninguna limitación expresa, de la forma siguiente: "La sociedad comanditaria puede dar acciones a nombre individual o al portador, transmisible en las formas que determinen sus estatutos".

En sentido favorable también se ha expedido Colombres, quien restando gravitación a la responsabilidad limitada o ilimitada de los socios (que reconoce como elemento esencial en las comanditas simples), pone el acento en el elemento "acción" para sostener que lo esencial en el tipo de sociedades que nos ocupa es la presencia de por lo menos un socio obligado subsidiaria e ilimitadamente por las operaciones sociales y un capitán social que se encuentre representado en acciones. Y añade: "No interesa que sea una parte o la totalidad del capital social lo que esté representado en acciones. No importa que por su aporte el socio, solidario reciba acciones... Que su aporte aparezca como parte de interés o que por él se le entreguen acciones, resulta indiferente"⁽²⁾(893). Partiendo de esa teoría, Colombres, como veremos más adelante, no ve inconveniente en que un socio reúna las calidades de comanditario y solidario a la vez.

Rivarola interpreta el art. 380 teniendo en cuenta el art. 381 que contempla el caso en que "los accionistas fuesen 10 por lo menos, y representaren mayor capital en acciones que el de los socios solidarios" y llega a la conclusión de que las únicas sociedades que pueden dividir la totalidad de su capital en acciones son aquellas "en que los socios sean más de 10 y su capital mayor que el de los socios solidarios"⁽³⁾(894).

Otros autores⁽⁴⁾(895) se inclinan por la tesis negativa, es decir, sostienen que únicamente puede representarse por acciones la parte del capital comanditario.

Pensamos que solamente puede representarse por acciones el capital comanditario, pues no concebimos cómo se puede admitir que el interés social de los socios solidarios esté representado por acciones que por su naturaleza son eminentemente cesibles y de fácil circulación. La presencia necesaria de por lo menos un socio que responda ilimitadamente por las deudas de la sociedad y que en la mayoría de los casos es quien ejerce la administración y contrata con terceros que tienen en cuenta su calidad de socio ilimitadamente responsable está reñida con la posibilidad de fácil desvinculación que permiten las acciones.

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

Si tomamos como medida el número de sociedades afectadas, posiblemente el mayor problema que tuvieron las sociedades en comandita por acciones fue creado por la interpretación dada al art. 373 del Código de Comercio respecto al llamado "socio oculto". Este problema recobró vigencia en los últimos años y se discutió a lo largo de los años 1968 y 1969 como resultado de un fallo de la Cámara Nacional Comercial, sala B, en los autos "Daes, S.C.A."(5)(896), siendo el mismo el elemento detonante del problema ya tratado por la Cámara Comercial en dos fallos anteriores del año 1960 en los autos "Kavanagh y Cía., S.C.A." y "Flint, S. A.". Los tres fallos establecían que la excepción consagrada por el art. 373 sobre la inscripción del nombre del socio comanditario en el Registro Público de Comercio no era extensiva al acto constitutivo de la sociedad. Algunos autores habían con anterioridad analizado el supuesto(6)(897) fijando posiciones opuestas que evolucionaban desde la nulidad de la sociedad formada de esta manera, su irregularidad o su validez, encontrándose también sectores que lograban la omisión del nombre del socio comanditario en el acta constitutiva con el auxilio de otras figuras jurídicas. El fallo mencionado del año 1968 trajo como consecuencia una serie de problemas a las sociedades así formadas, vía rechazo de contratos por instituciones bancarias y necesidad de subsanación a los efectos de la obtención de crédito.

Pero pese al mismo, siguieron apareciendo trabajos que se inclinaban por la conveniencia de admitir la constitución de sociedades en comandita por acciones con la referida omisión(7)(898). El problema quedó zanjado para el futuro de una manera un tanto extraña a nuestro derecho: el 10 de febrero de 1968 la Dirección General Impositiva dictó la resolución general 1272(8)(899) 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 en caso de omisión. Como las sociedades en comandita por acciones deben constituirse por instrumento público, el problema quedó terminado. Otro punto interesante fue el que le tocó decidir a la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires, acerca de la posibilidad de que una sociedad anónima sea socia colectiva de una sociedad en comandita por acciones. La correcta solución de la Corte Suprema permitía esa posibilidad, basada en que no hay en nuestro ordenamiento jurídico norma alguna que lo prohíba y en que las personas jurídicas tienen plena capacidad para contratar(9)(900). Teniendo en cuenta además que el art. 372 del Cód. de Comercio no exige que el socio comerciante sea una persona de existencia real, puede actuar como tal una sociedad comercial, como la anónima(10)(901).

El fallo fue motivado, como el que trataremos a continuación, por una resolución del Registro Público de Comercio que rechazó la inscripción de una modificación en una sociedad ya constituida e inscripta. En ese caso el Juzgado de Registro sostuvo que una sociedad anónima no

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

podía ser socia colectiva de una en comandita por acciones y esta objeción, que mereció la confirmación de la Cámara, en última instancia fue revocada por la Corte provincial.

Entrando al fallo que motiva este trabajo, encontramos que la Cámara Nacional de Apelaciones Comercial, el 16 de febrero de 1970, en autos "Estancia Los Ñanduces, Soc. en Com. por Accs." confirmó el rechazo de la inscripción de una modificación al contrato social de una sociedad en comandita por acciones en la cual los socios revestían el doble carácter de solidarios y comanditarios.

Cabe destacar que hay actualmente en nuestro país un número considerable de sociedades en que los socios revisten este doble carácter.

Por otra parte, tenemos un fallo de la Cámara 1ª de Apelaciones de San Nicolás en los autos "Organización de Trabajos Industriales, S.C.A" en el cual al mismo caso dan una solución completamente opuesta(11)(902). Así, la Cámara 1ª de Apelaciones de San Nicolás decidió que no existe prohibición legal y expresa que vede al socio colectivo suscribir o integrar acciones comanditarias en el acto de la constitución de la sociedad, por lo que es admisible que en un mismo socio converjan las calidades de comanditado y comanditario, y que, cuando el capital de una sociedad en comandita por acciones está representado por acciones al portador, resultará imposible evitar que la totalidad de las acciones o parte de ellas se reúnan en la mano del socio colectivo.

En el caso, el juez de comercio había denegado la inscripción porque en el contrato social los cuatro socios comanditados se obligaban a aportar el capital comanditario. Cita el tribunal las opiniones de Fortín y Zaldívar, de Schiffer, Colombres y Garo al respecto, como favorables a la posibilidad.

Es de hacer notar que en igual sentido y fecha resolvió el mismo tribunal el caso "Italo Argentina de Construcciones, S.C.A."(12)(903).

Los argumentos dados para negar la inscripción en el fallo "Los Ñanduces, S.C.A." se basan en que la disposición del art. 372 del Código de Comercio, en cuanto exige la existencia de dos tipos de socios es imperativa, interpretación ya confirmada el 10 de setiembre de 1968 por la Cámara Nacional Comercial, sala A, en los autos "Venor, S.C.A.". Se considera también que un contrato social en esas condiciones viola el principio de tipicidad, recordando que como menciona Halperín "en materia de sociedades los constituyentes no pueden apartarse de los tipos creados por el legislador por ser la diversidad contraria a la seguridad de los negocios, dadas las dificultades a que daría lugar su funcionamiento".

La parte interesada argumentó que el Código de Comercio no prohíbe en absoluto que un socio revista la doble calidad, estableciendo simplemente que el socio comanditario que intervenga en la administración perderá las ventajas de su responsabilidad limitada, convirtiéndose frente a terceros en un socio más de responsabilidad ilimitada, lo cual no solo no causa perjuicios, sino que por lo contrario

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

beneficia a terceros. Esta argumentación la trataremos más adelante.

Como segundo argumento la recurrente citó varios casos concretos de sociedades inscriptas cuyos contratos admitirían su tesis, por cuanto expresamente contemplaban la posibilidad que los socios solidarios podrían reunir las condiciones de comanditarios "al suscribir acciones de la sociedad o adquirirlas por cualquier otro título".

Por fin, aduce que la reforma cuya inscripción solicita, es el resultado de transferencias posibles de acuerdo con su contrato social aprobado e inscripto.

Esta argumentación no es convincente. La circunstancia de que en algunas oportunidades pudiera haberse inscripto algún instrumento que no reúna los requisitos legales no autoriza la inscripción posterior de contratos sociales que aparezcan en esas condiciones. Tampoco; si se llega a considerar que no se reúnen los requisitos de tipicidad, se podrá admitir que los socios revistan el doble carácter de colectivos y comanditarios sobre la base de una simple cláusula introducida por ellos en el contrato. Además, aunque se demuestre que existen antecedentes de casos similares que fueron inscriptos sin objeción, eso no convalida los contratos inscriptos, ya que con gran uniformidad al respecto, tanto la doctrina como la jurisprudencia se han orientado en el sentido de que, la inscripción tanto de los contratos sociales como de sus modificaciones no importa un pronunciamiento sobre su validez siendo estas inscripciones en los registros mercantiles simple actividad administrativa ejercida por un órgano judicial y no actos jurisdiccionales. Cabe recordar que en nuestro país, con excepción del Registro Público de Comercio (que funciona muy bien) los registros actúan como una dependencia del Poder Ejecutivo (de la Propiedad Inmueble, del Estado y Capacidad Civil de las Personas, de Créditos Prendarios, del Automotor, de la Propiedad Intelectual, etc.)

Vistas las posiciones, es conveniente resumir los argumentos que pueden ser dados tanto en favor como en contra de la constitución de sociedades de esta forma.

El primer argumento en contra es el de la responsabilidad distinta de los socios como elemento esencial de este tipo de sociedades.

Algún autor considera que al no tener el socio comanditario la responsabilidad limitada a su aporte, no habría elemento diferenciado entre los dos tipos de socios y que, por tanto, dicha sociedad perdería el carácter típico de sociedad en comandita por acciones.

Nosotros no compartimos esta opinión. Tenemos en nuestro código expresamente determinados por el legislador casos en que el socio comanditario se responsabiliza ilimitada y solidariamente con la sanción expresamente determinada por el legislador, como es el caso en que hagan personalmente actos de gestión, intervención o administración que produzcan obligaciones o derechos a la sociedad. O en el caso en que los socios comanditarios incluyan su nombre en la razón social.

Segundo argumento en contra. Sólo el socio solidario puede ser administrador. Tampoco es válido este argumento, pues como antes lo

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

hemos mencionado, el Codificador prevé la infracción a esta disposición y también la sanciona, incluso en el caso de que el socio comanditario actúe con mandato del socio solidario, con la responsabilidad del que hemos hablado.

Nuestros tribunales incluso han ido delimitando los casos en que era aplicable esta sanción, por ejemplo, han sancionado inmisiones tales como celebrar juntamente con los socios solidarios un contrato de locación, o inicialar diversas notas de venta, o conformar la fianza, contraria a los estatutos, prestada por el administrador(12bis)(904). También debemos recordar que el socio solidario es el administrador "natural" de la misma, pero también podría serlo un tercero extraño a ella. En caso de contravención, o sea de intervención de un socio comanditario en la administración, él queda obligado solidariamente como los socios colectivos. Distinta es la solución en el Anteproyecto de Ley General de Sociedades. Ahí vemos que la Exposición de Motivos dice: "En lo que respecta a la administración y representación, se mantiene el régimen clásico, en el sentido de que la misma debe ser ejercida por los socios comanditados o terceros, sancionándose la violación de este principio con la responsabilidad ilimitada de todos los socios como si se tratara de una sociedad no constituida regularmente (art. 136, párr. 2º)"(13)(905). Hay que tener en cuenta que esta responsabilidad ya no sería subsidiaria, pues se habla de una sociedad no constituida regularmente. Se sanciona de igual manera la inclusión del nombre de un comanditario en la razón social (artículo 134 del Anteproyecto).

Sobre el punto de responsabilidad por la injerencia del socio comanditario en la administración de la sociedad, es interesante hacer notar la opinión de Fortin - Zaldívar en el caso de que el nombre del comanditario no figure en la razón social, ni actúe con la autorización emergente de un poder general o especial o el consentimiento de los coasociados, ni éstos ratifiquen la gestión. Al respecto dicen: "En la hipótesis de los actos de gestión o administración realizados por el comanditario con violación de la prohibición de injerencia, consideramos que no puede afirmarse, a priori, que existe responsabilidad solidaria de las otras partes. Es más, entendemos que la regla debe ser la irresponsabilidad de la sociedad frente a terceros, ya que éstos, al contratar, deben tomar elementales precauciones para comprobar si quien se dice representante del ente jurídico realmente lo es, y si no ha mediado ninguna circunstancia imputable a la compañía que pueda haberlos llamado a engaño, resulta evidente que no pueden pretender obtener beneficio de su propia torpeza.

"Obsérvese que de seguirse el temperamento contrario al que dejamos indicado, se llegaría al absurdo de que la sociedad en comandita siempre se encontraría imposibilitada de defenderse de los actos de la naturaleza indicada, llevados a cabo por el comanditario"(14)(906).

Es de hacer notar que estos autores se muestran favorables a la posibilidad de que el socio colectivo suscriba acciones comanditarias,

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

basados en que no existe una prohibición legal y expresa que vede al socio colectivo poseer acciones comanditarias, ni se percibe ninguna prohibición tácita, y que además, siendo el capital comanditario anónimo, resultaría ilusorio pretender impedir al socio colectivo poseer parte de esas acciones. hacen notar que la doctrina y la legislación extranjera y nacional no se han ocupado mayormente de este punto, si bien han admitido que los socios colectivos pueden poseer acciones comanditarias, aunque limitando sus derechos como accionistas, citando al respecto el artículo 327 del Cód. de Com. alemán.

Pero pese a que consideran que la solución del problema planteado debe hacerse por vía de interpretación, entienden que debe admitirse la validez de la suscripción, ya sea en el momento de constituirse la sociedad o al resolverse posteriores aumentos de capital.

Establecen una distinción en caso que el socio comanditario suscriba capital colectivo.

Con respecto al punto responsabilidad, Colombres(15)(907)realiza una interesante diferenciación entre la sociedad en comandita simple y la sociedad en comandita por acciones. Así, nos dice que en la sociedad en comandita simple, en la variante responsabilidad sin ningún modo, prescindirse de esta dualidad de la responsabilidad sin desvirtuar el típico esquema societario, y que en el caso extremo de una sociedad reducida a dos socios, el carácter de uno y otro se diversifica en torno al elemento responsabilidad, siendo inconcebible a la subsistencia del instituto, la circunstancia de la coincidencia en uno cualquiera de ellos, de la doble calidad. En este caso la sociedad dejaría de ser sociedad en comandita y serían de aplicación, entonces, las normas que regulan la sociedad colectiva. Pero, con respecto a la sociedad en comandita por acciones, considera que lo característico no es ya la presencia de dos tipos de socios con formas distintas de responsabilidad sin otros elementos.

Se plantea Colombres en su excelente trabajo el caso de una sociedad en comandita por acciones constituida por dos socios de los cuales, uno es solidario y el otro que recibe acciones por sus aportes, como no quiere desvincularse de la administración, hace un otro aporte mínimo, similar al del socio solidario. Y se pregunta, ¿estamos frente a una sociedad en comandita por acciones o es que su figura típica ha quedado desvirtuada por el hecho de que en última instancia ambos socios se hallan obligados por todos sus bienes? Su conclusión es que la estructura societaria subsiste en sus elementos típicos: un socio solidario y el status socii derivado de la emisión de acciones. Considera que lo esencial de la figura analizada es una sociedad por acciones en la que existe, por lo menos, un socio obligado subsidiaria e ilimitadamente por las operaciones sociales. Además de este socio, el elemento requerido no será ya la presencia de otro socio con deuda limitada (así la llama después de una diferenciación), sino que el capital social se encuentre representado por acciones. Así dice: "El acto jurídico de la emisión de acciones es un elemento tan importante y pródigo en

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

caracterización y consecuencias jurídicas como o es la forma peculiar de darse la responsabilidad de los socios, pero con la peculiaridad esencial de que en la figura que nos ocupa la supera y la desborda. La limitación de la responsabilidad (deuda limitada) será una de las consecuencias que significará la titularidad accionaria, pero no la única. Su efecto circulatorio, el anonimato, la posibilidad de constituir los derechos reales de prenda y usufructo, la facultad de usarla en operaciones bursátiles, como el pase, son aplicaciones que están mentando una naturaleza jurídica específica que altera el ritmo usualmente reducido al tema responsabilidad, en que se ha presentado tradicionalmente a la sociedad en comandita por acciones".

Si aplicáramos literalmente este artículo no podríamos constituir sociedades en las cuales todos los socios comanditarios sean al mismo tiempo solidarios, pero sí podríamos constituir sociedades con socios solidarios que al mismo tiempo sean comanditarios, siempre y cuando tengamos algún socio comanditario neto, es decir, un simple suministrador de capital.

Con respecto a este punto hay también un dictamen de la Comisión Asesora de Consultas Jurídicas del Colegio de Escribanos de la Capital Federal(16)(908). A esa Comisión se le consultó si era pasible o no de observaciones una sociedad en la cual los socios solidarios suscribieron acciones comanditarias a los fines de efectuar una escritura de transferencia de dominio. Se alegaba que una parte de la doctrina objeta las sociedades en comandita por acciones constituidas de esta manera y que esta postura surge de interpretar la transgresión a la prohibición del art. 377 del Cód. de Com. como un acto que implica no ya la simple pérdida de la responsabilidad limitada del socio comanditario, sino su transformación en socio colectivo con las siguientes consecuencias legales que en definitiva convertirían a la sociedad en un ente societario atípico.

La Comisión de Consultas no compartió las inquietudes del profesional consultante, por cuanto entendió que de la norma del art. 377 se desprende que la intervención del socio comanditario en la administración de la sociedad debe interpretarse como una ampliación de su responsabilidad en la sociedad y no traducirse en una sanción contra la misma, y recordó que la sala B de la Cámara Comercial de la Capital Federal ha expresado(17)(909)"...el comanditario que interviene en la administración de la sociedad se responsabiliza solidariamente hacia los terceros por los resultados de los actos, pero no se convierte en socio colectivo...".

Agregó que no existe prohibición legal expresa que impida que cualquiera de los socios componentes asuma el doble carácter de comanditario y comanditado.

Es de hacer notar que en el caso planteado la Comisión no abrió juicio exactamente sobre el problema que nos ocupa en su totalidad, ya que en el caso planteado existía otro socio comanditario que no participaba del doble carácter de los restantes asociados, pero dan la solución correcta

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

en este caso en particular ya que deciden que no es observable la constitución de una sociedad en comandita por acciones, en la que dos de los tres socios comanditarios invisten al propio tiempo el carácter de socios solidarios.

Ahora si analizamos el problema sólo en su faz práctica, debemos llegar a la conclusión de que las sociedades constituidas con socios que revisten la doble calidad de solidarios y comanditarios no causan perjuicios a terceros, aumentando las ventajas de éstos en cuanto a responsabilidad. No perjudican el desenvolvimiento de la administración dentro de la sociedad, ni generan problemas en cuanto a los reales alcances de la responsabilidad de los socios ni entorpecen el manejo de los negocios. Es innecesario aclarar que no habría sociedad si hay un solo socio colectivo y al mismo tiempo es el único comanditario, ya que la dualidad de tipos de socios no alcanzará a configurar una persona distinta.