

INSTITUTO ARGENTINO DE **CULTURA NOTARIAL**

TEMA: 1/74 EL AUMENTO DEL CAPITAL DE LAS SOCIEDADES POR ACCIONES DENTRO DEL QUÍNTUPLO ¿ES FACTIBLE QUE SE REALICE POR INSTRUMENTO PRIVADO, O DEBE HACERSE POR ESCRITURA PÚBLICA?

DOCTRINA: Todo aumento del capital de las sociedades anónimas o de las sociedades en comandita por acciones, dentro o más allá, del quíntuplo previsto en el estatuto, constituye una modificación del mismo. Por ende debe formalizarse, necesariamente, en escritura pública. (Giralt Font - Solari - Zinny - Pondé - Villalba Welsh - Bollini - Pelosi - Ferrari Ceretti.)

OPINIÓN DEL MIEMBRO ADSCRIPTO JAIME GIRALT FONT

DOCTRINA: En virtud de revestir el carácter de una modificación del estatuto, todo aumento de capital de una sociedad anónima dentro del quíntuplo del fijado en aquél, y aún cuando ello esté previsto en los términos del art. 188 del decreto - ley 19550/72, debe, necesariamente, formalizarse en escritura pública.

FUNDAMENTOS

I

Tanto la doctrina como el desarrollo de nuestra opinión se refieren al aumento del capital dentro del quíntuplo del establecido en el estatuto de las sociedades anónimas por estar así enunciado el tema; pero todo lo que se expondrá es de aplicación también a la sociedad en comandita por acciones, ya que a estos efectos, ambos tipos societarios se regulan por las mismas normas.

II

La elaboración de este expedientillo se debe a la aparición del fallo de la Sala D de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, dictado en el proceso caratulado "Namatir S.A."(1)(776), por el que dicho tribunal, sobre la base del dictamen del fiscal de Cámara, revocó la resolución del juez a cargo del Registro Público de Comercio que negó la inscripción de

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

un aumento de capital dentro del quíntuplo del fijado en el estatuto de esa sociedad, el que preveía tal posibilidad, por no haber sido formalizado en escritura pública.

Dada la trascendencia que tiene para la elucidación de la cuestión, consideramos conveniente recordar los fundamentos del tribunal de alzada, que son los siguientes:

El aumento del capital de la recurrente, dispuesto por decisión de la asamblea y cuya inscripción se solicita, se ajusta a lo prescripto por el art. 188 del decreto - ley 19550/72, y a la previsión expresamente formulada en el art. 4º de su acta constitutiva. En tales condiciones, y no tratándose, en consecuencia, de una modificación del estatuto de constitución de la sociedad, ya que como se señalara, el aumento de capital se encontraba expresamente previsto, no procede la exigencia del requisito formal que prescribe el art. 165 del cuerpo legal citado, que no resulta por lo tanto de aplicación al caso."

Igual fundamentación fue empleada para arribar a la misma conclusión en los casos "Vidriería Argentina S.A.", por la Sala A(2)(777) y "Mutuos S.A.", por la Sala C de la citada cámara(3)(778).

III

A los efectos de este análisis consideramos como valor entendido que toda modificación del estatuto de una sociedad anónima debe formalizarse necesariamente en escritura pública. Ello así en virtud del estado actual de la doctrina, en la que el tema quedó científicamente agotado con los numerosos trabajos publicados, entre otros, el del Consejo Federal del Notariado Argentino(4)(779) y el del doctor Carlos J. Zavala Rodríguez(5)(780), cuyas conclusiones no sólo no fueron objetadas sino que además fueron compartidas por los magistrados en los fallos anteriormente citados.

Efectivamente, en el caso "Namatir S.A.", el juez inscriptor sostuvo expresamente dicha posición, a la que arribó, según lo dice en el fallo, por un "principio de razonabilidad", en el sentido de que si por motivos de seguridad jurídica se estableció la escritura pública como requisito formal exclusivo para la constitución de sociedades por acciones, sería ilógico e inconsecuente que esa misma seguridad no fuera resguardada en los actos modificatorios del estatuto social. En esto coincide el tribunal superior, al afirmar que " . . . no tratándose de una modificación del estatuto de constitución de la sociedad... no procede la exigencia del requisito formal que prescribe el art. 166 del cuerpo legal citado .. ." lo que, a contrario sensu, significa que tratándose de una modificación del estatuto social, es exigible su formalización en escritura pública(6)(781).

IV

Aceptado entonces que toda modificación de estatuto de una sociedad anónima sólo puede instrumentarse en escritura pública, bastará con

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

concluir si el previsto aumento del capital dentro del quíntuplo fijado en el estatuto implica o no su modificación, para responder al cuestionario formulado en el enunciado de este expedientillo.

Está fuera de discusión que sí reviste el carácter de una reforma del estatuto dicho aumento cuando el mismo no está previsto. Así resulta de los fallos citados, que parten de la base de que no existe modificación porque el aumento está previsto.

V

La modificación de un estatuto no deja de ser tal porque esté prevista en él, ni por esa circunstancia va a ser distinta la naturaleza reformista del acto previsto cuando éste se verifique. Si así no fuere, se debería admitir que si un estatuto establece que la sociedad podrá cambiar su objeto, fusionarse con otra de igual tipo, disolverse anticipadamente o transformarse en otra de distinto tipo, cuando cualquiera de esas previsiones se cumpliera ello no implicaría una reforma del estatuto, lo que resulta poco razonable y mucho menos jurídico(7)(782). No obstante, ésta parece ser la doctrina emergente de los casos señalados.

Por su naturaleza intrínseca, el capital social está íntimamente vinculado a la esencia, existencia y estructura de la sociedad y, prevista o no, su variación produce una serie de consecuencias en la vida societaria. Un excelente ejemplo nos presenta el doctor Gutiérrez Zaldívar (op. cit.) al plantear el supuesto de una sociedad que tiene un capital de \$ 1.200.000, - y de acuerdo a la previsión estatutaria, por decisión de una asamblea ordinaria se dispone aumentar el capital, dentro del quíntuplo, a la suma de \$ 6.000.000, - con lo que esta compañía pasa a quedar comprendida dentro de aquellas a las que se refiere el inciso 2 del art. 299 de la ley de sociedades y por lo tanto, desde ese momento queda sometida a la fiscalización permanente de la autoridad administrativa de contralor, no solamente con respecto al contrato constitutivo, sus reformas y cambios en su capital, sino también en lo relativo a su funcionamiento, disolución y liquidación. Ya no podrá ser uno sino tres el número mínimo de directores; la Comisión Nacional de Valores, Bolsas y otras autoridades podrán obligarle a presentar un estado de origen y aplicación de fondos por el ejercicio social finalizado y otros elementos contables; además tiene que publicar el ofrecimiento de acciones a sus accionistas en uno de los diarios de mayor circulación en todo el país, al igual que para la citación a asamblea que ya no podrá ser simultánea para primera y segunda convocatoria y podrá, cosa que antes le estaba vedada, distribuir intereses o dividendos anticipados o provisionales. Por otra parte, tanto los integrantes del órgano de administración como los del de fiscalización resultan solidaria e ilimitadamente responsables si teniendo conocimiento de que la sociedad ha quedado comprendida en algunos de los casos contemplados por el art. 299 no lo comunican a la autoridad de contralor.

A su vez, la sindicatura deberá ser colegiada en número impar.

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

Es difícil entonces poder sostener que el aumento de capital, previsto o no en el estatuto no constituye una modificación del mismo.

La modificación del estatuto se produce no sólo cuando uno o más de sus párrafos son eliminados o sustituidos por otros, sino también cuando por una resolución societaria válida alguna de sus disposiciones queda sin vigencia o resulta reemplazada, aunque documentalmente la redacción no cambie.

VI

Otro de los argumentos que surgen de la jurisprudencia citada, fundado en el art. 188 del decreto - ley 19550/72, consiste en que dicha norma no exige el requisito de la escritura pública sino exclusivamente la aprobación por asamblea ordinaria.

La única opinión conocida que ha compartido la conclusión de los fallos cuyo análisis nos ocupa es la de Eduardo L. Tholke(8)(783) quien si bien no niega el carácter de reforma al aumento - "comenzaremos por reconocer que el aumento dentro del quíntuplo produce un «cambio», considerable en algunos casos, pudiendo llegar a alterar el status jurídico de la sociedad . . . "entiende que se trata de "un supuesto especial de modificación del estatuto" al que el legislador rodea de una formalidad particular, "no requiriéndose para su instrumentación su elevación a escritura pública, simplemente porque la ley no lo manda así." De acuerdo a estas afirmaciones parecería que el aumento al que nos referimos sería sí una modificación, pero no mucho. Es decir, sería una reforma "fi", porque no es "ni fu ni fa". Este razonamiento es sensiblemente vulnerable, porque justamente el que jurídicamente debe formularse es el opuesto. En efecto; el régimen instrumental para las sociedades anónimas está establecido en el artículo 165 (escritura pública) y aunque dicha norma se refiere a la constitución de la sociedad, ya ha quedado demostrado y aceptado que también es el que rige para toda modificación, por lo que no se requiere que sea reiterado en cada disposición que aluda a actos que implican modificación, como no se ha hecho en materia de fusión, transformación, disolución, etcétera, sin que por esto alguien pueda dudar de que dichos actos deben ser formalizados en escritura pública. Precisamente si se hubiera tenido la intención de no fijar como requisito formal obligatorio la escritura pública para la instrumentación del aumento del capital dentro del quíntuplo cuando el mismo ha sido previsto estatutariamente, el art. 188 debería haber expresamente autorizado la posibilidad de realizarlo por instrumento privado.

Como bien dice Gutiérrez Zaldívar, "lo curioso del caso, es que para las sociedades que no requieren escritura pública, porque hay una norma general que autoriza a constituirse por instrumento privado o público, esta disyuntiva no se plantea, no se les exige nuevamente el requisito específico, cuando se habla de las modificaciones de que éstas se pueden hacer por instrumento público o privado. Con la norma general

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

una vez establecida basta. En cambio, se exige el requisito repetitivo, pese a existir la norma general, cuando se trata del instrumento público".

VII

El art. 188 se limita a eximir de la necesidad de una nueva conformidad administrativa para la concreción de un aumento del capital social dentro del quíntuplo establecido en el estatuto, cuando éste así lo prevé. Y nada más. Pero esto no significa quitarle el carácter de modificación al aumento dispuesto, porque la intervención o no del organismo de contralor no puede variar la sustancia del acto societario.

La norma citada no hace más que anticipar la conformidad administrativa para una determinada reforma del estatuto si la sociedad decide efectuarla, pero ello no significa que cuando la realice no esté modificando el estatuto.

VIII

Otro argumento que esgrimen quienes intentan eliminar la obligatoriedad de la escritura pública para este tipo de aumento de capital (Tholke, op. cit.) es el de que la circunstancia de que el art. 188 requiera el pronunciamiento de la asamblea ordinaria y no de la extraordinaria, constituye el mejor ejemplo de que no se trata de una modificación del estatuto. Sin embargo no alcanzamos a comprender la sutileza de esta distinción. La diferencia aparece clara. En un caso, el aumento está previsto en el estatuto, en el otro no; pero en ambos siempre se trata de un aumento del capital social y esto constituye indiscutiblemente una modificación sensible del estatuto; y - una vez más, aunque parezca sobreabundante la reiteración - toda modificación debe formalizarse únicamente en escritura pública.

IX

Admitiendo por hipótesis que el aumento aludido no constituyera una modificación estatutaria, no podría negarse su carácter de accesorio de un acto que obligadamente debe instrumentarse en escritura pública, como lo es el constitutivo de la sociedad; y en este supuesto, por imperio de lo dispuesto en los arts. 1184, inc. 10 y 1194 del Código Civil y 207 del Código de Comercio, no derogado por la ley de sociedades, también se concluye que debe concretarse en escritura pública exclusivamente.

X

Lo expuesto hasta aquí coincide con las conclusiones a que arribara la comisión que analizó el tema I de la IV Convención Notarial del Colegio de Escribanos de la Capital Federal, cuyo punto 2) se refirió específicamente al tema de este trabajo, aprobándose la siguiente

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

ponencia:" A) Es requisito indispensable para su validez, que el aumento de capital contemplado en el artículo 188 del decreto - ley 19550, sea formalizado en escritura pública. B) Por su naturaleza jurídica, el aumento de capital en todos los casos, importa una modificación al acto constitutivo de la sociedad. C) Tratándose de una modificación del acto constitutivo de la sociedad, como tal, debe celebrarse con las mismas formalidades exigidas para aquél. D) Ello surge claramente del análisis de nuestro ordenamiento legal a) por aplicación del principio general de derecho contenido en los artículos 1184, inciso 10, y 1194 del Código Civil que consagran la jerarquía instrumental; b) por aplicación de las disposiciones de derecho mercantil enunciadas en el decreto - ley 19550, artículos 165 y 188; y en el Código de Comercio, apartado I del Título preliminar, y artículo 207"(9)(784).

XI

De lo expuesto, surge que, previsto o no por el estatuto, resuelto por una asamblea ordinaria o extraordinaria y con intervención del órgano administrativo de contralor o sin ella, todo aumento del capital de las sociedades anónimas - y de las en comandita por acciones, en virtud del art. 316 del decreto - ley 19550/72 - , dentro o más allá del quíntuplo del establecido en el estatuto, siempre constituye una modificación de éste, por lo que su formalización debe realizarse, necesariamente, en escritura pública.

OPINIÓN DEL CONSEJERO OSVALDO S. SOLARI

Es bien conocida la lucha que provocó la norma del artículo 165 del decreto - ley N° 19550, en su etapa de gestación, en torno a la necesidad o no de que las sociedades por acciones se instrumentaran por escritura pública. La puja que entonces tuvo lugar, que se definió en favor del requisito del "instrumento público", no terminó en forma completa con la sanción de ese decreto - ley. Sobrevinieron las discusiones respecto al alcance del artículo 165, es decir si la obligación del instrumento público comprendía también a las modificaciones de los contratos o estatutos; sus adecuaciones a las prescripciones del decreto - ley y ahora, como nueva fisura para el régimen general, a los aumentos de capital dentro del quíntuplo.

Examinando el panorama interpretativo de la ley, que surge de la doctrina y la jurisprudencia y también de algunas resoluciones de autoridades de control administrativo, creo que puede afirmarse, con tanto respeto como certeza, que aquella lucha o puja no terminó con la sanción del decreto - ley 19550, sino que los fuegos se mantienen encendidos, y consciente o inconscientemente se aprovechan las posibilidades interpretativas para tratar de imponer el documento privado en todas las circunstancias societarias. Basta para respaldar esta opinión, el hecho de que se ha pretendido que el expediente administrativo constituye el "instrumento

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

público" requerido por la ley.

En el dictamen que precede, del miembro del Instituto don Jaime Giralt Font, está hecho un buen resumen de los antecedentes que respaldan la afirmación que dejo formulada. En especial, el libro de Zavala Rodríguez, por la autoridad científica de su autor y su conocida objetividad, contiene elementos de juicio que definitivamente debieran haber eliminado erróneas interpretaciones del texto legal. En particular son dignos de encomio sus juicios sobre la necesidad de que el decreto - ley 19550, como cualquier ley sea analizado o interpretado en conjunto y en especial tomando en cuenta los antecedentes que precedieron a su sanción y la declarada intención del legislador de evitar que mediante la instrumentación privada se conspire contra la seguridad jurídica.

Esta interpretación del artículo 188 no es otra cosa, a mi entender, que una manera de desplazar a la escritura pública en la documentación societaria. No agregaré por tanto más argumentos a los consignados en el dictamen que me precede, al que adhiero sin reservas porque aquéllos me parecen exhaustivos.

Sólo quiero señalar que, en la medida de mis conocimientos, algunas de las discusiones sobre el decreto - ley 19550 tienen el sabor de cuestiones gremiales más que el de verdaderos problemas científicos.

OPINIÓN DEL CONSEJERO MARIO ZINNY

Adhiero sin reservas al dictamen del escribano Jaime Giralt Font.

OPINIÓN DEL CONSEJERO EDUARDO BAUTISTA PONDÉ

Comparto totalmente el dictamen del miembro adscripto Jaime Giralt Font.

Pienso que es oportuno señalar que la transcripción que hace Giralt Font de la sentencia de segunda instancia, no es abreviada, no es un párrafo seleccionado especialmente para el caso. No, es todo; no se da un solo argumento más. Lo aclaro para que se tenga idea de la pobreza del fallo, carente, aunque sólo fuera, de una insinuación doctrinal; sentencia que, de otro lado, compite en pobreza con el dictamen del fiscal.

Los ejemplos dados por Álvaro Gutiérrez Zaldívar que recoge Giralt Font, despanzurran la opinión del fiscal y la sentencia del Tribunal de Alzada. Creo que si hubieran tenido oportunidad de leer el trabajo de Gutiérrez Zaldívar y este dictamen de Giralt Font, otra hubiera sido su posición.

Está visto que, por este fallo y otros referidos a temática diferente pero relacionados con la función notarial, la justicia seguirá equivocándose, hasta que se tome el hábito de leer a los autores especializados en derecho notarial.

OPINIÓN DEL CONSEJERO MIGUEL NORBERTO FALBO

l) Coincido plenamente con la ilustrada opinión del miembro adscripto

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

Jaime Giralt Font, y con las acotaciones que efectúan los consejeros preopinantes.

II) Como es natural, dada la prevención que tuvieron los redactores del decreto ley 19550 contra la intervención notarial en el otorgamiento de los contratos constitutivos de las sociedades comerciales (ver la Exposición de Motivos, Sec. II numeral 1 y Sección y, capítulo II, numeral 2), la interpretación que adherimos no parece contar con apoyo normativo expreso.

III) No obstante ponemos de manifiesto algo que resulta relevante del texto del art. 188 del citado decreto - ley. "El estatuto - dice - puede prever el aumento del capital social. . ." etc..

El vocablo empleado no expresa otra idea que la posibilidad de que algo, jurídicamente relevante, puede llegar a producirse. Pero no que necesariamente tenga que ocurrir, y mucho menos que implícitamente se lo dé por producido.

IV) De ahí que el evento previsto en el contrato como posible, recién se produce cuando lo decide la asamblea de socios, según la parte final del párrafo primero de dicho artículo.

La decisión de la asamblea es, pues, la condición necesaria para que el evento previsto en el contrato fundacional (aumento del capital social hasta su quíntuplo), adquiera relevancia en derecho.

y) Pero tal "decisión" no es, ni puede ser, la forma del acto previsto en el estatuto social, porque la asamblea de socios es, en sí misma, un hecho jurídico expresivo de una manifestación de voluntad (art. 913 Cód. Civil) pero, para que tal manifestación (o, si se quiere, declaración) de voluntad pueda "publicarse" e "inscribirse" en el registro respectivo (como lo establece el art. 188 en su último párrafo), tiene necesariamente que adquirir dimensión papel, o sea configurarse como acto jurídico frontal (art. 916 Cód. Civil).

VI) Da la impresión que, para el último párrafo del comentado art. 188, bastaría una simple copia del acta de la asamblea, sacada del libro respectivo, para que se tuviera por cumplida la "forma" documental de esa declaración de voluntad.

No obstante, esta aparente simplicidad; se complica cuando entra a considerársela en relación a lo dispuesto por el art. 5º del decreto - ley, pues, según su texto "El contrato constitutivo o modificadorio se inscribirá en el Registro Público de Comercio... La inscripción se hará previa ratificación de los otorgantes ante el juez que la disponga (se refiere a la inscripción), excepto cuando se extienda por instrumento público, o las firmas sean autenticadas por escribano público u otro funcionario competente".

Por consiguiente, el Registro Público no inscribirá cualquier documento, sino sólo los auténticos (escrituras públicas); o los fehacientes (con

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

firmas previamente autenticadas, o con su posterior ratificación ante el juez que dispone la registración).

Vemos, entonces, cómo la propia legislación societaria se encarga de la necesaria formalidad de los documentos registrables, a pesar del pensamiento aformalista de sus propios redactores y cómo, por consiguiente, el párrafo final del art. 188 - de redacción ingenua y de escasa precisión jurídica - queda subordinado, necesariamente, a los requisitos formales que expresa el citado art. 5°.

En definitiva, lo que parece que no se advirtió en las sentencias de las diversas Salas de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial de la Capital Federal, que cita Giralt Font en su estudio, es que la copia del acta de la asamblea que en estos casos se tiene que "publicar" e "inscribir", tendrá que tener, por lo menos alguna de las formas prescriptas por el art. 5° para su propia autenticidad o fehaciencia, no pudiendo presentarse ésta como una simple copia sin ninguna declaración de paternidad en cuanto a su autoría como documento registrable.

Destacamos que nos referimos a una "simple copia" del acta, ya que ésta ni siquiera será un documento privado, pues, de acuerdo a la ley, la firma de las partes es una condición esencial para la existencia de todo acto bajo forma privada (art. 1012 Cód. Civil), y ningún texto del decreto - ley indica quién está autorizado a suscribir esta "copia" para su validez formal, razón por la cual, opinamos, que el vacío normativo tiene que ser suplido por resolución de los propios asambleístas, quienes podrán autorizar, por ejemplo, al presidente de la reunión para que expida copia del acta de la asamblea.

VII) Lo que dejamos expuesto es lo mínimo que se puede requerir como requisito formal del acta a inscribirse.

Sin embargo, destacamos que si la forma establecida para la constitución de las sociedades anónimas es el "instrumento público" (art. 165 decreto - ley), todo lo que, a su vez, sea "forma" y esté referido al contrato social tiene que tener igual jerarquía. Es decir, no puede conformarse el contrato en parte por "instrumento público" y en parte por "instrumento privado" (o un cuasidocumento privado), sin propender a la anarquía conceptual.

En el caso "Namatir S.A.", la Sala D de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial sostuvo que la resolución de la asamblea societaria no importaba una modificación del estatuto social ya que el aumento del capital se encontraba expresamente previsto.

Pero, como señalamos antes, una cosa es que la posibilidad del aumento esté previsto y otra que el aumento del capital se produzca en realidad.

La previsión es una posibilidad en abstracto. El aumento es algo concreto que se manifiesta con una declaración de voluntad expresa, lo que a su vez implica la realización de un acto de relevancia jurídica (luego, necesariamente, importa una modificación de la realidad

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

antecedente. O sea el capital de la sociedad "antes" era 100. "Después" de la asamblea podrá pasar a ser 300. La diferencia existencial que media entre el "antes" y el "después" de la entidad societaria produce una "modificación" del contrato original que, aunque prevista, sólo adquiere sustantividad con la realización del acto.

En definitiva, celebrada la asamblea de accionistas en la que se resuelve el aumento de capital social, su texto original queda modificado y, por consiguiente, tal modificación sólo puede documentarse válidamente si se la instrumenta en legal forma, es decir, otorgando la escritura pública correspondiente (art. 165 decreto - ley).

La lógica jurídica impone esa conclusión que, por otra parte, es la doctrina que inspira al Cód. Civil en lo referente a la forma de los actos jurídicos: arts. 973, 976, 977, 978 y, además, el 1184 inc. 10.

VIII) Para terminar, destacamos que el mérito fundamental del art. 188 es que, al producirse el aumento del capital social previsto en el estatuto, ya no es necesario reformar la cláusula respectiva del contrato original, como lo establecía el art. 295 del Cód. de Comercio ahora derogado.

Pero, reiteramos, una cosa es que no proceda la reforma del contrato en su configuración formal (lo que implica la idea de rehacerlo, o formarlo de nuevo); y otra distinta es que, como consecuencia del aumento resuelto por la asamblea, se sostenga que no se ha modificado el contrato, sobre todo en un aspecto tan importante como el referido al capital social que, no cabe duda, en el derecho societario vigente, tiene que estar expresado siempre con la mayor seguridad y precisión, y tan cierto es que se modifica el contrato cuando se realiza el acto que provoca estos comentarios, que el mismo art. 188 dispone, como antes señalamos, la necesidad de que la resolución de la asamblea se "publique" y se "inscriba".

¿Cuál es el sentido de esta previsión normativa?

Sólo tiene una respuesta: concordar con la particular concepción de la publicidad que impregna a la legislación societaria, pues según al art. 10, "las sociedades de responsabilidad limitada y las sociedades por acciones «deben publicar» por un día en el diario de publicaciones legales correspondientes, el contrato constitutivo, sus modificaciones y la disolución . . . "

Y el art. 12 agrega: "Las modificaciones «no inscriptas» regularmente obligan a los socios otorgantes. Son inoponibles a los terceros; no obstante, éstos pueden alegarlas contra la sociedad y los socios, salvo en las sociedades por acciones y en las sociedades de responsabilidad limitada de veinte o más socios".

El art. 5° cierra el ciclo: "El contrato constitutivo o modificatorio se inscribirá en el Registro Público de Comercio del domicilio social . . . "

La conjunción de todos estos preceptos con la sistemática jurídica es, en nuestra opinión, concluyente: el aumento del capital social efectuado según lo dispuesto por el art. 188 importa una modificación del contrato constitutivo.

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

OPINIÓN DEL CONSEJERO ALBERTO VILLALBA WELSH

Comparto los fundamentos y conclusiones de los estudios de los miembros Esc. Giralt Font y Dr. Falbo, así como las acotaciones del Dr. Solari y del Esc. Pondé.

OPINIÓN DEL CONSEJERO JORGE A. BOLLINI

La Cámara Comercial, Sala D, en los autos "Namatir S.A.C. e I. s/aumento de capital", y con igual fundamentación la Sala A, en el caso "Vidriería Argentina S.A." y la Sala C, en "Mutuos S.A.", han entendido: Que no importa una modificación del contrato social, un aumento de capital, dentro del quíntuplo, si está previsto estatutariamente, por cuyo motivo no es necesaria la exigencia del requisito formal que prescribe el artículo 165 de la ley de sociedades.

El artículo 165 del decreto - ley 19550/72 establece la norma general para las sociedades por acciones: escritura pública.

El artículo 188 de dicho decreto - ley, que se hace jugar frente a esa norma general, nada hace suponer que establezca la eliminación de la escritura pública, previsto el aumento del capital social hasta su quíntuplo; suprime, entre los requisitos exigidos, únicamente el contralor administrativo.

"La escritura pública, como bien dice Gutiérrez Zaldívar, no está excluida en el artículo 188. No vemos por qué se la suprime. El artículo 188 no la menciona y esto es lógico y jurídico, habiendo una norma general".

La ley de sociedades, en la citada disposición legal, establece la formalidad de la escritura pública, y este requisito debe ser mantenido para el aumento del capital, que es una modificación del estatuto, sin establecer, como hace el Tribunal, una diferencia en cuanto a si el aumento está dentro o fuera del quíntuplo.

En principio, todo aumento de capital importa una modificación del acto constitutivo de la sociedad, y también que toda modificación al acto constitutivo debe instrumentarse con las mismas formalidades que las exigidas para aquél.

Aún en el supuesto que el aumento del quíntuplo no constituyera una modificación al contrato, es evidente que es un accesorio del acto principal, que ha sido instrumentado por escritura pública, y si se han de aplicar las disposiciones del artículo 1184, inciso 10 del Código Civil, 1194 del mismo Código y el artículo 207 del Código de Comercio, llegamos a la evidencia que ese aumento debe instrumentarse por escritura pública.

Concretando: coincido plenamente con los argumentos expuestos por el miembro adscripto Giralt Font, por el miembro académico Falbo, con las conclusiones de los miembros académicos Solari y Pondé, y mi opinión: Todo aumento de capital es una reforma de los estatutos sociales, y debe ser instrumentado por escritura pública.

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

OPINIÓN DEL CONSEJERO CARLOS A. PELOSI

Estimo que con la opinión vertida por el Esc. Jaime Giralt Font y las acotaciones y agregados de los siguientes expositores, han quedado agotados, en lo esencial, los argumentos que pueden esgrimirse para rebatir la tesis que en el tema objeto de análisis ha sostenido originariamente la Sala D de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial y, después, otras Salas del mismo Tribunal.

Queda demostrado, en consecuencia, con objetividad y fundamentos de gran rigor hermenéutico, que la doctrina enunciada por el primer ponente, escribano Giralt Font, es la correcta.

Por tales razones me adhiero a todo lo que se ha sostenido en favor de esa postura y considero innecesario ampliar los razonamientos que le otorgan valor doctrinario e interpretativo.

OPINIÓN DEL CONSEJERO FRANCISCO FERRARI CERETTI

El Código de Comercio, art. 207 es concluyente en cuanto a que el Código Civil, en lo que no esté modificado por aquél, es aplicable a las materias y negocios comerciales.

Como lo han demostrado con suficiencia los preopinantes, dicho artículo no ha sido derogado por el decreto - ley 19550/72.

Luego, es de aplicación la norma del inc. 10 del art. 1184, que dispone que todos los actos que sean accesorios de contratos redactados en escritura pública deben ser hechos en la misma forma instrumental.

Por tanto, no puede existir la menor duda en que el aumento del capital previsto por el art. 188 del citado decreto - ley debe ser redactado en escritura pública.

Este y los demás argumentos esgrimidos por quienes me han precedido son concluyentes para desvirtuar las manifestaciones del señor fiscal y de la Cámara en los citados casos que han motivado este estudio.

Me adhiero, pues, sin reservas a cuanto se ha expresado por el miembro adscripto Giralt Font y demás consejeros del instituto.

JURISPRUDENCIA

I SOCIEDAD EN COMANDITA POR ACCIONES. Confirmación sin la comparecencia del gestor

DOCTRINA: 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 decreto - ley 19550/72 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, 1064, 1065 del Código Civil y sus correlativos, en cuya virtud una persona puede hacer desaparecer los vicios de otro