

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

**AUMENTO DE CAPITAL. FORMALIDAD REQUERIDA (EL ANÁLISIS DE UNA INTERPRETACIÓN)(\*)(627)**

ÁLVARO GUTIÉRREZ ZALDÍVAR

*"Para quienes saben que el mundo es una rueda, y que siempre se vuelve de donde más se ha ido".*  
COZACHCOW".

**SUMARIO**

I. Introducción. - II. La legislación general. - Tesis a comprobar. - III. Los fundamentos del fallo. - IV. La demostración por el absurdo. - V. Nuestra permanente posición.

**I. INTRODUCCIÓN**

La legislación sobre sociedades se presenta nuevamente a raíz de un reciente fallo de Cámara, ante la opinión pública, juristas, accionistas y demás interesados en el derecho que rige las sociedades, como un marco abierto a las más variadas posibilidades.

La nueva interpretación, nueva en cuanto a la norma sobre la cual recae

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

y no en cuanto a su aparición en el tiempo, como veremos más adelante, traerá sin lugar a dudas, problemas a las sociedades que la sigan y sume nuevamente a los contratantes en un clima de incertidumbre que, en la práctica, se ha hecho cotidiano.

Estas marchas y contramarchas han llegado a otro punto en donde la espera de lo inesperado ha sido reemplazada, una vez más, por la llegada de lo inesperado.

La Cámara en lo Comercial, Sala D, en los autos "NAMATIR S.A.C. E I. S/AUMENTO DE CAPITAL"(1)(628)entendió que "El aumento de 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 (Adla, XXXII - B, 1760), y a la previsión expresamente formulada en el artículo cuarto de su acta constitutiva (dentro del quíntuplo del suscripto). En tales condiciones y no tratándose, en consecuencia, de una modificación del estatuto de constitución de la sociedad, ya que como señalara el aumento de capital se encontraba expresamente previsto, no proceden las exigencias del requisito formal que prescribe el art. 165 del cuerpo legal citado, que no resulta por lo tanto de aplicación al caso".

La Cámara se ha hecho eco de una posición alguna vez sostenida y prontamente desechada, como más adelante reseñamos, que ya en distintas oportunidades tuvimos ocasión de comentar. Siendo de notar como en las ocasiones anteriores, que lo remarcable del caso, es que no ha generado convencimiento en los destinatarios.

Es que hay posiciones, como señalara Hume, hablando de Berkeley, que no admiten la menor réplica pero no generan la menor convicción. En nuestro caso, entendemos sin embargo, que no se genera la menor convicción, y se admite la mayor réplica.

Las bases de nuestra postura contraria, las expondremos de acuerdo con la legislación nacional, doctrina y jurisprudencia al momento, utilizando también la vía seguida en algunos teoremas, de demostración por el absurdo.

## **II. LA LEGISLACIÓN GENERAL. - TESIS A COMPROBAR**

En primer lugar, hay que recordar con respecto a la falta de un requisito legal que el art. 12 (19550/72), establece que "las modificaciones no inscriptas regularmente obligan a los socios otorgantes". Caso de nuestro aumento de capital, de acuerdo con la tesis que se sostendrá.

Por otra parte el art. 210 del Cód. de Com. que permanece vigente establece: "Los contratos para los cuales se determinan en este Código formas o solemnidades particulares, no producirán acción en juicio si aquellas formas o solemnidades no han sido observadas".

De acuerdo con el art. 165 del decreto - ley 19550/72, el 1184, inc. 10 del Cód. Civil y el art. 1044 del mismo Código, resultaría la invalidez del aumento de capital de una sociedad por acciones no efectuado por escritura pública.

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

Señalando para la sociedad que logró su inscripción en las circunstancias apuntadas, que la inscripción no convalida defectos, ya que con gran uniformidad al respecto, la doctrina y la jurisprudencia se han inclinado a considerar 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 jurisdiccional, y no actos jurisdiccionales.

Con respecto al fallo en cuestión que analizaremos, el mismo marca una coincidencia con el de primera instancia, en tanto ambos reconocen que las modificaciones de estatutos de las sociedades por acciones deben hacerse por escritura pública, y una divergencia en cuanto la Cámara estima que el aumento de capital dentro del quíntuplo previsto por el estatuto no implica una modificación del mismo, y el de primera instancia sí(2)(629).

### III. LOS FUNDAMENTOS DEL FALLO

El fallo se basa en tres grandes consideraciones:

- a) Que si fuera necesaria la escritura pública debería estar nuevamente requerida en el art. 188 (en cuanto a que dice que el aumento se ajusta a lo establecido por éste).
- b) Concordancia con las disposiciones del art. 188.
- c) Que no importa una modificación del contrato social, un aumento de capital dentro del quíntuplo, si está previsto estatutariamente.

Analizaremos los tres puntos.

- a) En primer lugar cabe preguntarse: ¿es la norma del art. 188 una norma clara y completa? Pese a lo expuesto en el fallo, tenemos que considerar que sí.

No podemos partir de la base que cada artículo de la ley debe reiterar todos los procedimientos a seguir cuando hay una norma especial para determinadas sociedades que indica un sistema.

Lo contrario establecería una mala práctica legislativa, por otro lado nunca seguida, que induciría al intérprete a ver cada norma analizada como única, con prescindencia de todas las demás.

El art. 165 establece la norma general para las sociedades por acciones " - escritura pública - " y el art. 188 suprime entre los requisitos exigidos únicamente el contralor administrativo. Decidido el aumento, éste se instrumentará, de acuerdo con el art. 165, y el instrumento se publicará y se procederá a su inscripción(3)(630).

La escritura pública no está excluida en el art. 188. No vemos por qué se la suprime. El art. 188 no la menciona y esto es lógico y jurídico, habiendo una norma general. Suponemos que los intérpretes no pretenden que el legislador entre en la casuística de todas las posibilidades, pues de lo contrario, en cada artículo de la ley, habría que establecer nuevamente, en todos los casos y en todas las sociedades si

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

cada acto se debe hacer por instrumento público o privado.

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 que éstas se pueden hacer por instrumento público o privado. Con la norma general una vez establecida basta. En cambio, se exige el requisito respectivo, pese a existir la norma general, cuando se trata del instrumento público.

En la interpretación del art. 188 es del caso recordar lo expresado por nuestra Corte Suprema cuando entendió que "La ley no debe interpretarse conforme a la desnuda literalidad de los vocablos usados ni según rígidas pautas gramaticales, sino con arreglo a su significado jurídico profundo"(4)(631) y que en la interpretación de la ley "debe evitarse el acogimiento de la significación más oscura o abstrusa de las palabras empleadas, prefiriendo, en cambio, el sentido más obvio del entendimiento común"(5)(632) y que en la indagación "del sentido jurídico de la ley si bien no cabe prescindir de sus palabras, tampoco corresponde atenerse rigurosamente a ellas, cuando una interpretación razonable y sistemática de sus preceptos así lo requiera"(6)(633).

Por otro lado, lo único que se puede eliminar de los requisitos establecidos por una norma general, son los expresamente suprimidos por una norma particular, y no otros para los cuales no surge la posibilidad de soslayarlos de ninguna forma.

Pero aún poniéndonos en la posición de que la ley no sea clara y haya silencio legal sobre el punto, el mismo Cód. de Com. en su art. 207 trae la solución al establecer que "El Derecho Civil, en cuanto no esté modificado por este Código, es aplicable a las materias y negocios comerciales" y el artículo I. del Título preliminar establece que "En los casos que no estén especialmente regidos por este Código, se aplicarán las disposiciones del Código Civil".

Esta es para nosotros una situación supuesta, ya que entendemos que el Código de Comercio no sólo no modifica, sino que confirma el requisito de forma.

La escritura pública es necesaria en la misma escala ahora que con el sistema anterior y es aún más necesaria o requerida en la actualidad que antes en la legislación en general. Véanse si no, sobre el caso, las reformas introducidas al Código Civil en el año 1968, específicamente en el tema sociedades civiles.

Y en el Código Civil, en el supuesto que se quiera operar con la remisión, tenemos el art. 1184 inc. 10 que establece que deben ser hechos en escritura pública los actos que sean accesorios de contratos redactados por escritura pública, tema sobre el cual volveremos más adelante.

b) Concordancia con las disposiciones del art. 188.

¿Qué es lo que establece el art. 188?

La norma es clara, como lo hemos señalado: "El estatuto puede prever el

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

aumento de capital social hasta su quíntuplo. Se decidirá por la asamblea sin requerirse nueva conformidad administrativa. La asamblea sólo podrá delegar en el directorio la época de la emisión, forma y condiciones de pago. La resolución de la asamblea se publicará e inscribirá".

En primer lugar es necesario señalar que de su lectura no surge ninguna disposición que establezca la eliminación de la escritura pública, ni de ninguna otra norma del Código de Comercio.

En segundo lugar, veamos el valor de la autorización previa que transforma aparentemente un acto que es reforma de estatuto, en uno que no lo es.

No dudamos en primer lugar que todo aumento de capital previsto, o no, es una modificación de estatuto. Si así no fuere no veríamos la necesidad de que lo decida una asamblea y no una simple resolución de directorio.

La única diferencia entre el sistema actual y el anterior, es que la ley autoriza a que el aumento previsto dentro del quíntuplo, no necesita nueva conformidad administrativa y lo puede resolver la asamblea ordinaria mientras que con el sistema anterior lo tenía que resolver una asamblea extraordinaria.

La diferencia está dada, porque en nuestro caso la autorización para aumentar el capital ha sido otorgada previamente, sistema que no existía en nuestro viejo Código de Comercio, y que fue legislado posteriormente con el decreto 852 del año 1955 (Adla, XV - A, 535).

Pero esta norma no hace caer la exigencia del requisito formal, como no la hacía caer dicho decreto; se hacía el aumento de capital dentro del quíntuplo, y se elevaba a escritura pública igual que debe hacerse ahora. A juzgar por la Exposición de Motivos, los redactores de la ley no quisieron modificar el sistema anterior ya que en la parte "del capital" expresan "3.

Respecto del aumento de capital:

a) Se mantiene la solución del decreto 852, año 1955, que permite la quintuplicación del capital autorizado, reproduciendo sus requisitos (artículo 188)".

Una vez más nos preguntamos entonces de dónde surge la pretendida eliminación del requisito de forma. El art. 188 transcripto dice: "El estatuto puede prever. . ." Si lo prevé, no necesita nueva autorización del organismo de contralor y resuelve el aumento la asamblea ordinaria; pero si no lo prevé, necesita la conformidad administrativa y lo debe resolver la asamblea extraordinaria, ya que el art. 235 establece que corresponde a éste el aumento de capital salvo el supuesto del art. 188.

Y este supuesto es previsión en el estatuto, y que sea dentro del quíntuplo. Por eso en un caso lo resuelve la asamblea ordinaria y en otro la extraordinaria; la diferencia es sólo que en un caso el aumento está previsto; y en el otro no.

En nada afecta todo esto la naturaleza jurídica del aumento de capital;

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

esté previsto o no, esté autorizado previamente o no, siempre es un aumento de capital y por tanto una reforma fundamental al estatuto.

c) Tan reforma es este aumento de capital, dentro del quíntuplo, que en determinadas circunstancias forma la personería de la sociedad, debiendo ser agregado a las escrituras o transcripto para cumplir con el art. 1003 del Cód. Civil, requisito insoslayable para ciertos actos.

Por eso al establecer la ley de sociedades en su art. 165, la formalidad de la escritura pública, ésta debe ser mantenida para el aumento, sin establecer como hace la Cámara una diferencia en cuanto a su necesidad, si está dentro, o fuera del quíntuplo.

Por otra parte, la autorización previa que da la Inspección es, valga la redundancia, nada más que eso: una autorización previa, no modifica la sustancia del acto, ni faculta tampoco a que éste obvie formalidades requeridas por otra norma de la ley. Para comprar un inmueble puedo dar un mandato, que implica todavía más que una autorización o conformidad previa, para dar un grueso ejemplo; pero este mandato no me obvia la necesidad de la escritura pública para hacer la transferencia. La conformidad de la Inspección tampoco.

El aumento previsto estatutariamente es nada más que eso, un aumento previsto que obvia una nueva conformidad, pero es tan reforma en un caso como en otro.

Y la misma Cámara (Sala D) reconoce a contrario sensu que cuando hay reforma se requiere escritura pública. La previsión estatutaria es totalmente irrelevante hasta que la asamblea efectivice el aumento.

Podemos señalar también que la mayoría de los estatutos, prevén la transformación de la sociedad en otra de un tipo distinto, la posibilidad de disolución anticipada, cambio de objeto, etc., y nadie por eso ha considerado que estos actos no son reforma del estatuto, o que pueden obviarse formalidades obligatorias.

Incluso con respecto a la transformación se nota en el art. 71 una redacción similar en cuanto a los pasos a seguir, inscripción, etc., a la del art. 188, sin que nadie pueda pretender que la transformación prevista no es reforma.

Nos queda sólo la autorización anticipada, y ya hemos señalado que ésta no puede convertir un acto que es reforma de estatutos en uno que no lo es, ni la circunstancia de una previsión puede cambiar la naturaleza jurídica de un acto.

#### **IV. LA DEMOSTRACIÓN POR EL ABSURDO**

Para demostrar si es o no reforma el aumento de capital, bastaría con remitirnos a otras dos normas de la ley de sociedades, además de las consideraciones ya hechas, que son el art. 186 y el art. 299.

Con la nueva legislación de sociedades el aumento de capital es, si se quiere, todavía más reforma que con el régimen anterior.

El art. 186 establece: "El capital debe suscribirse totalmente al tiempo de

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

la celebración del contrato constitutivo". En esta sección, "capital social" y "capital suscrito" se emplean indistintamente.

Al desaparecer el llamado capital autorizado con la reforma, que en realidad importaba una ficción, el capital debe suscribirse totalmente al tiempo de la constitución, y capital social y suscrito es una denominación indistinta.

Actualmente las nuevas acciones sólo pueden emitirse cuando las anteriores hayan sido suscriptas (art. 190) y aun cuando el aumento del capital no sea suscrito en su totalidad en el término previsto en las condiciones de emisión, los suscriptores y la sociedad no se liberarán de las obligaciones asumidas, salvo disposición en contrario de las condiciones de emisión.

Si el aumento de capital tiene o no importancia en la vida de una sociedad y cambia o no en algunos casos su funcionamiento, se puede demostrar con un ejemplo suficientemente elocuente con la aplicación del art. 299 inc. 2, del decreto - ley 19550/72.

Esta norma establece que las sociedades anónimas además del control de constitución quedan sujetas a la fiscalización de la autoridad de contralor de su domicilio, durante su funcionamiento, disolución y liquidación en cualquiera de los siguientes casos: ". . . 2. Tengan capital superior a cinco millones de pesos".

Supongamos que tenemos una sociedad con un capital de \$ 1.200.000, y hace un aumento dentro del quíntuplo llevando su capital a \$ 6.000.000. Desde este momento la sociedad deberá tener una sindicatura colegiada en número impar (seis síndicos entre titulares y suplentes), tendrá un contralor que no se limitará sólo al contrato constitutivo, sus reformas y variaciones de capital, sino que también estará sometida a la fiscalización permanente de la autoridad de contralor de su domicilio, durante su funcionamiento, disolución y liquidación de acuerdo con el art. 299.

Tendrá que tener como mínimo tres directores, y no uno como podía tener antes del aumento, y la Comisión Nacional de Valores, otras autoridades de contralor y las Bolsas podrán exigirle la presentación de un estado de origen y aplicación de fondos por el ejercicio terminado y otros documentos de análisis contables (art. 62).

El art. 67 también señala nuevas obligaciones a las sociedades afectadas por el art. 299.

Estas sociedades deben además publicar el ofrecimiento de acciones a sus accionistas en uno de los diarios de mayor circulación general en toda la República (art. 194), lo mismo para la convocatoria a asamblea (art. 237). A partir de su aumento de capital dentro del quíntuplo podrá distribuir intereses o dividendos anticipados o provisionales, cosa que no podía hacer anteriormente (art. 224).

Los directores y síndicos son ilimitada y solidariamente responsables en caso de tener conocimiento que la sociedad está dentro de alguno de los casos del art. 299 y no lo comunica a la autoridad de contralor (artículo 305).

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

Las sociedades previstas en el art. 299 no pueden autorizar la primera y segunda convocatoria simultáneamente, para las asambleas (art. 237).

Los mismos autores de la ley al referirse a las sociedades del art. 299, nos dicen en la Exposición de Motivos: "El Estado no debe ser indiferente a la situación que se crea por las repercusiones que tiene el cese de funcionamiento de entes que son importantes fuentes de trabajo, cuya interrupción produce graves fenómenos sociales, tanto más grave cuanto menor sea la dimensión del ámbito socioeconómico en el que actúan...".

"... De ahí la inclusión de este contralor, de la sociedad anónima que alcanza un capital de \$ 5.000.000 (art. 299 inc. 2)".

Consideran que la ley debe prever que "Estos fines de interés público no sean burlados por el empleo de técnicas jurídicas que permitan eludir la consecución del objeto perseguido por esta fiscalización".

Remarcan, además, hablando de estas sociedades, que es indispensable que el régimen penal especial que se establezca sancione enérgicamente la evasión a la fiscalización referida, y que ha sido preocupación de la Comisión establecer las facultades de la autoridad administrativa competente, incluso para los organismos provinciales respecto de las sociedades incluidas en el art. 299. Para la interpretación que criticamos, la reforma y aumento de capital que lleva a nuestra sociedad a la normativa específica establecida en el art. 299 y sus consecuencias "no es reforma". Habría que preguntarle a los accionistas, a los directores y síndicos, a quienes tienen a su cargo los trámites ante la Inspección de Personas Jurídicas, y a ésta misma, si están o no, frente a una reforma.

Es de destacar que con posterioridad al decreto - ley 19550/72, otras normas han acentuado la diferenciación entre las sociedades anónimas denominadas de estructura abierta o cerrada. Así, la ley 19742 (Adla, XXXII - C, 3380) en su art. 1° establece que para las primeras el régimen de actualización del valor de sus bienes es obligatorio, mientras que para las segundas es facultativo(7)(634).

Si sostuviéramos la inaceptable posición de que el acto previsto estatutariamente no es modificatorio, por lo menos tendríamos que reconocerlo como accesorio de otro que, por estar redactado en escritura pública, debe ser también modificado con igual formalidad; por aplicación del art. 1184 ya citado.

Tratamos de averiguar también qué comprende el término "accesorios", para dar la vuelta completa, y encontramos en Goyena(8)(635) citado por Machado como fuente del inc. 10 del 1184, que establece en el art. 1003 de su obra: "Todos y cualesquiera otros actos que sean accesorios, explicatorios, derogatorios, o modificatorios de contratos redactados en escritura pública".

Machado comenta que "debe entenderse que los actos accesorios a que se refiere el inciso son, no sólo los que dependen del acto mismo, sino cualquiera otro acto que tenga por objeto modificar, alterar, conservar, o aniquilar derechos reconocidos en escritura pública; así está comprendido cualquier convenio por el cual se restrinjan, amplíen o



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

modifiquen las obligaciones contenidas...".

Llerena al tratar de determinar los alcances del término accesorios dice: "Debe entenderse que se refiere a los actos que modifican derechos que constan en escritura pública"(9)(636).

Segovia nos dice que "Actos accesorios no quiere decir los que engendran obligaciones accesorias... como la cláusula penal, fianza, prenda o hipoteca, sino actos jurídicos, o contratos accesorios, que vienen a explicar, reconocer, confirmar, alterar o modificar, derogar, prorrogar y quizá también renovar los contratos anteriores"(10)(637).

#### V. NUESTRA PERMANENTE POSICIÓN

Además de otros aspectos de la ley general de sociedades, desde que la misma fue anteproyecto, nos ocupamos del análisis en diferentes publicaciones de las formalidades requeridas para las sociedades por acciones(11)(638).

Esta preocupación nos permitió vislumbrar el hecho curioso de que no hay límites que no puedan ser vulnerados en la "interpretación" de una ley.

Así encontramos algunos expositores que en el análisis del problema basaron sus afirmaciones en relaciones a la fuente de los artículos, aunque la norma se haya desviado expresamente de la fuente; otros que se fundan en la Exposición de Motivos ignorando o prescindiendo del hecho de que esta Exposición no concuerda en todos sus considerandos con la ley.

Y sobre estos puntos no hay tantas posibilidades; la norma es clara, no hay tanto que buscar, ni se puede hablar de análisis complicados en busca de la verdad. Nos hacen acordar a aquellos hombres del cuento que decían:

"Te estuvimos buscando en todas las tabernas", cuando sólo había dos en el lugar. Lo que pasaba era que siempre querían que les concedieran crédito por las molestias que en realidad no se habían tomado.

Sancionada la ley se adujo que ésta tan sólo exigía genéricamente un instrumento público y no específicamente escritura pública y se trató febrilmente de buscar qué instrumento público podría ser idóneo.

En su primer momento se creyó encontrarlos en el expediente de la Inspección pero se demostró la imposibilidad de esta interpretación, siendo de resaltar como hecho curioso la imposibilidad de cumplimiento con el art. 167, que establece: "El contrato constitutivo será presentado a la autoridad de control para verificar el cumplimiento de los requisitos legales y fiscales". Como el art. 165 establece que la sociedad se constituye por instrumento público, para estar de acuerdo con el art. 167, ya tendría que estar constituida al presentarla ante la autoridad de contralor, con lo cual obviamente el expediente no podría ser el instrumento público requerido.

Se abandonó posteriormente esta "interpretación", suponemos que por

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

insostenible y surgió una nueva: "El instrumento público requerido es la plancha que pone el juez de Registro". Meditemos un momento y tendremos que llegar entonces a la peregrina conclusión de que todas las sociedades se constituyen por instrumento público. No vemos para qué trae entonces la ley la diferencia entre instrumento público y privado, ya que todas las sociedades llevan la plancha del Registro, tanto las anónimas como las de responsabilidad limitada, como las colectivas, como las comanditas.

Las marchas y contramarchas concluyeron con los fallos de la Cámara Nacional en lo Comercial citado, en el caso Pueyrredón 419, S.A. y de la Cámara 2ª de Tucumán en los Autos Gaverante S.A.(12)(639).

La jurisprudencia de Primera Instancia exigía también la formalidad de la escritura pública, y hay que reconocer que el juzgado de Primera Instancia de Registro, ha sido consecuente en una sola línea de interpretación.

Se intentó buscar el camino de eliminar la escritura, por el lado de las reformas, camino que resultó infructuoso; valga como ejemplo la jurisprudencia y doctrina al respecto y el mismo fallo que comentamos.

Y ahora se llega al último descubrimiento: el aumento del capital dentro del quíntuplo no es reforma, y es reforma como lo hemos demostrado.

Es de hacer notar que esta dialéctica interpretativa no aporta nada positivo, mas que el hecho de que los miembros y asesores de sociedades observen con perplejidad las nuevas interpretaciones, con las consiguientes incertidumbres que presentan como hechos concretos la justificación de personería y otras situaciones. Ya que como hemos señalado, la inscripción en el Registro no es convalidatoria de errores cometidos, y crean zozobras innecesarias en un momento en que no debemos desperdiciar nuestros esfuerzos en "interpretaciones" que no conducen a ninguna parte.