

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

EL AUMENTO DE CAPITAL SIEMPRE ES REFORMA DE ESTATUTOS() (490)*

ÁLVARO GUTIÉRREZ ZALDÍVAR

SUMARIO

I. Introducción. - II. Problema.

"Es posible una situación extremadamente anormal y paradójica que es la de vivir contra la verdad. El hombre que vive sobre un supuesto de ideas y creencias de cuya falsedad está íntimamente convencido o que al menos sospecha, y que no tiene el ánimo de ponerse a realizar esa tarea inexorable que es el pensar... cuando no tiene ese ánimo, digo, huye de la verdad y la persigue, porque adivina que su mera presencia

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

arruina el irreal fundamento de su vida como formal inautenticidad, que es el modo de no ser de la vida humana". Introducción a la Filosofía, por Julián Marías.

I. INTRODUCCIÓN

El fallo que nos toca comentar tiene como antecedente inmediato el caso Parker Hannifin Argentina S.A.I.C.", de la Sala B de la Cámaras Comercial (Rev. La Ley, t. 1977 - C, p. 594). El art. 123 de la ley 19550 (Adla, XXXII - B, 1760) exige que para constituir sociedad en la República se deba previamente acreditar, que la sociedad extranjera se ha constituido de acuerdo con las leyes de sus países e inscribir su contrato social, reformas y demás documentación.

El mismo requisito, damos por supuesto, debe ser exigido cuando la sociedad reforme sus estatutos. No se puede pretender que hoy se forme una sociedad con 100 artículos, mañana se reformen 99, y se siga un cambio de forma o de requisitos alegando que por ejemplo el art. 123 sólo se refiere a la constitución de la sociedad; sobre este punto por otra parte ya hemos escrito un trabajo en esta misma revista, lo que nos exime de analizarlo nuevamente(1)(491)

Lo que se puede o no discutir es la conveniencia del artículo, o por lo menos su redacción: la misma es imprecisa y confusa, y no está clarificada por los autores de la ley en la Exposición de Motivos; al contrario diría que generan mayor confusión y que esta exigencia no nos da en realidad un control, siendo mayores los problemas que ocasionará que las ventajas.

El fallo por otra parte es bueno y en algunos aspectos no es simplemente correcto, es muy bueno, y rompe con la jurisprudencia fácil, de adhesión, a la que estuvimos acostumbrados en una época para mal de todos, y esto no es mérito desdeñable si se tiene en cuenta que hay muchos hombres que tienden a ver en cada hecho la repetición de otro anterior, y a creer que las ideas de antes siguen siendo válidas aunque hayan fracasado. Trae también la Cámara conceptos de enorme trascendencia, con respecto a casos anteriores, en los que se afirmaba lo contrario, con respecto a si el aumento de capital dentro del quintuplo, o sea el previsto en el art. 188, era o no reforma de estatuto.

II. PROBLEMA

El primero de estos fallos fue el caso "Namatir S. A. C. e I. s/Aumento de capital", en el que la Sala D 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 de la ley 19550, y a la previsión expresamente formulada en el art. 4° de su acta constitutiva (dentro del quintuplo del suscripto). En tales condiciones y no tratándose,

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

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"(2)(492)

Este fue el primer fallo que consideró que el aumento de capital en estas condiciones no era reforma de estatuto, pero el problema no quedó allí, porque el Juzgado de Registro (1ª instancia) siguió considerando y con razón que sí lo era, y así tuvimos los fallos "Vidriería Argentina S.A."(3)(493), "Mutuos S.A"(4)(494)y "Papel Prensa S.A."(5)(495).

El fallo de la instancia en el caso "Namatir S. A." estableció la misma línea que la explicada por la Cámara en el caso que comentamos, decidiendo que si un requisito es establecido para la constitución de la sociedad, también lo debe ser para la modificación del estatuto.

La Cámara, basada en el dictamen del fiscal, consideró como hemos dicho que tal aumento no era reforma, y los demás fallos tremendamente escuetos, para calificarlos de alguna manera, se remitían a lo resuelto por la Sala D, en el primer caso citado, lo que es fácilmente verificable con las remisiones que anotamos.

Estos casos no escaparon evidentemente al estudio del profesional que defendió, y muy bien, a la apelante en "Mc. Kee S. A.", pero la Cámara desestimó tal alegato estableciendo a nuestro entender la correcta solución. Así la Cámara dijo: ...Siendo ello así, ha pedido el Juzgado de Registro supeditar la inscripción modificatoria del estatuto, al cumplimiento de los requisitos impuestos por el art. 123. La circunstancia de que este aumento de capital se cumpla dentro del marco del art. 188 de la ley de sociedades, no le quitan el carácter de modificación estatutaria. Las reglas especiales a que se somete el aumento en este caso, atribuyendo la resolución respectiva a la asamblea ordinaria, y prescindiendo de la conformidad administrativa, no altera la naturaleza del acto que, precisamente por ser una reforma de estatutos, ha originado el pertinente pedido de inscripción registral... El hecho de que la posible introducción de algunas de estas modificaciones se encuentre prevista en el estatuto, no quita que cuando se actúa tal previsión se está operando una reforma".

La Cámara, en "A. G. Mc. Kee Argentina S. A., Ingeniería y Construcciones", destruye punto por punto los argumentos dados, evidentemente planteados en busca de una no inscripción.

Y sobre esto hagamos un poco de historia para entender por qué se da cada argumento.

Tomemos como ejemplo el caso "Namatir S. A." ya que los demás operaron como una adhesión a fundamentos de éste, fundamentos que como veremos no son dificultosamente destruidos.

La cuestión trataba de si era o no necesario el requisito de la escritura pública establecido para la constitución de la sociedad anónima, en un caso de aumento de capital conforme a lo establecido en el artículo 188, y se entendió que no, porque consideraron que dicho aumento no era

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

reforma de estatuto.

Veamos cómo, si lo es:

A juzgar por la Exposición de Motivos, los redactores de la ley de sociedades no quisieron modificar el sistema anterior, ya que en la parte "del capital" expresan respecto del aumento de capital: a) Se mantiene la solución del dec. 852 año 1955 (Adla, XV - A, 535), que permite la quintuplicación del capital autorizado, reproduciendo sus requisitos (art. 188).

Y entonces nos preguntamos de dónde surge que este aumento no es reforma. El art. 188 dice: "El estatuto puede prever..." Si lo prevé, no necesita nueva autorización administrativa, y resuelve el aumento la asamblea ordinaria, y si no lo prevé, necesita la conformidad y lo debe resolver la asamblea extraordinaria, ya que el art. 235 establece que corresponde a ésta 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 el 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, esté previsto o no, esté autorizado previamente o no, siempre es una reforma del estatuto.

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 la ley.

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.

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. 2º de la ley 19550. "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... Tengan capital mayor a los cinco millones de pesos .

Supongamos que tenemos una sociedad con un capital de 1.200.000 pesos y hace un aumento dentro del quíntuplo llevando su capital a 6.000.000 de pesos. Desde ese momento la sociedad 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, durante su funcionamiento, disolución y liquidación, de acuerdo con el art. 299.

Tendrá además que tener como mínimo tres directores, y no uno, como podía tenerlo antes del aumento, y la Comisión Nacional de Valores,

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

otras autoridades 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 (V. art. 62, ley de sociedades).

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 podían hacer anteriormente (art. 224).

Los directores y los 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 (art. 305).

Las sociedades que entren en las disposiciones de este artículo no pueden autorizar ambas convocatorias simultáneamente (art. 237). El art. 67, por otro lado, también señala otras obligaciones a estas sociedades.

Los mismos autores de la ley, al referirse a las sociedades del 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 graves cuanto menor sea la dimensión del ámbito socioeconómico en 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".

Como curiosidad señalaríamos que a la época del fallo "Namatir S.A." y los demás del mismo tenor, las sociedades incluidas debían además tener a partir del aumento una sindicatura colegiada en número impar, o sea seis síndicos entre titulares y suplentes, disposición que ahora no se aplica hasta que se fije nuevo monto.

En resumidas cuentas, pese a lo expuesto, ese aumento de capital no era considerado hasta ahora por la Cámara reforma de estatuto.

La Sala C, sin embargo, ha ido más lejos y con razón, pues nos dice: "Téngase en cuenta que hay modificación de estatuto cada vez que se operan cambios que afectan la estructura y la organización capitalista de la sociedad anónima, esto es, cada vez que se operan alteraciones en la consistencia del capital social, modificación que necesariamente se refleja sobre las partes en que está dividido el capital, en la denominación (con cita del autor), el objeto, la duración, el valor nominal y el número de acciones. El hecho de que la posible introducción de algunas de estas modificaciones se encuentre prevista en el estatuto, no quita que, cuando se actúa tal previsión, se está operando una reforma".

Señala la Cámara que en la evolución del derecho europeo durante el siglo XIX en torno a la posibilidad de modificación de los estatutos, se partió del principio de unanimidad, para luego aceptarse la introducción

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

de reformas bajo la regla de la mayoría siempre y cuando la misma se encontrase prevista en el estatuto; en otras palabras, toda modificación de estatuto por la correspondiente mayoría en la asamblea sólo resultaba factible si mediaba cláusula estatutaria previendo tal reforma(6)(496). Nos dice también: "Tampoco la circunstancia de que ciertas reformas estén sometidas a regímenes distintos, tiene incidencia para cuestionar que importen verdaderas modificaciones de estatuto. Adviértase que mientras las reformas previstas en los supuestos especiales del art. 244 imponen la más reforzada de las mayorías asamblearias contempladas por la ley, otras reformas del estatuto pueden ser decididas por el régimen común de las asambleas. . . , como v. gr. un cambio de domicilio dentro del país, un aumento de capital... Pero no es dudoso que en todos estos casos se está operando una modificación del estatuto. Otro tanto cabe predicar del aumento del capital conforme al artículo 188 de la Ley de Sociedades, pues, como enseña Ferri, la variación del capital puede estar sujeta a diversas disciplinas en algunos supuestos". Y aún va más lejos pues nos dice que no resulta relevante para alterar la conclusión expuesta el hecho de que la modificación del capital responda a la necesidad de adecuar la cifra del mismo al patrimonio existente que permanece invariado... como cuando se opera el aumento del capital por transferencia de saldos de revalúo.

Los fallos anteriores estableciendo que estos aumentos del capital no eran reforma, soportaron la crítica de la doctrina notarial, que incluso señalaba que tan eran reforma, que en determinadas circunstancias formaban la personería de la sociedad, debiendo ser agregados a las escrituras o transcriptos para cumplir con el art. 1003 del Cód. Civil, requisito insoslayable para ciertos actos(7)(497).

Pero pese a esta doctrina, algunas sociedades, no todas, ni siquiera la mayoría, inscribieron aumentos de capital hechos por instrumento privado basado en que el aumento no era reforma.

Esto también trajo problemas colaterales, y a raíz de ello la Dirección General Impositiva dictó la resolución 1730, en la que se establecía que si esos aumentos de capital no debían ser necesariamente elevados a escritura pública, entonces se debía pagar el impuesto de sellos dentro de los quince días hábiles de realizada la asamblea(8)(498).

Preveía la resolución que cuando la formalidad de la escritura pública, aun para los aumentos dentro del quíntuplo, estuviera prevista en la constitución de la sociedad o en una reforma, el impuesto de sellos se podía abonar al hacer la escritura pública; lo mismo sucedía cuando el aumento de capital fuera por reforma de estatutos.

Lo que pasa es que, en este caso, para los fallos anteriores no lo era.

La Cámara, que evidentemente no puede elegir el vivir contra la verdad, como diría Julián Marías, analizó el problema, y Mc. Kee S.A. tendrá que inscribirse, aunque su aumento sea dentro del quíntuplo, aunque haya fallos que digan lo contrario, porque esos aumentos son reforma de estatuto. Y si son reforma de estatuto se tendrán que hacer por escritura

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

pública, como lo hemos sostenido(9)(499). Es de hacer notar que ésta fue la permanente posición del Juzgado de Registro, tanto en su actual composición como en la anterior; por eso la gran cantidad de fallos de distintas Salas que afirmaban lo contrario, hasta el que tratamos actualmente, que trae a nuestro entender la correcta doctrina.