

INSTRUMENTACION DEL AUMENTO DE CAPITAL SOCIAL

Angel Daniel VERGARA DEL CARRIL

Sabido es que, si bien los redactores de la ley 19.550 tuvieron el propósito de mantener la opción de instrumento público o privado para la constitución de la sociedad anónima, tal propósito fue desvirtuado a último momento a través del único cambio que el Proyecto tuvo, y que consistió en dejar sin efecto la opción prevista al respecto por el art. 165.

Nunca resultaron claras las razones de "seguridad jurídica" que se invocaron en el Mensaje de elevación del Ministerio de Justicia, ya que la fundamentación que la Exposición de Motivos da para justificar aquella opción, no fue conmovida.

No es nuestro propósito referirnos a las polémicas e interpretaciones que ocasionó la interpretación final del art. 165, pero lo cierto es que quedó en pie la opción otorgada por el art. 4 para que las modificaciones del acto constitutivo pudieran otorgarse alternativamente por instrumento público o privado.

Los órganos de control de la mayor parte de las provincias aceptaron, luego de algunas vacilaciones, que la reforma estatutaria se instrumentara privadamente. En cambio, en jurisdicción de la Capital Federal, se mantuvo la tradición originada en las disposiciones del Código de Comercio, anteriores a la sanción de la ley 19.550.

Debe recordarse al respecto que ya no existe más una norma como la del art. 295 del Código de Comercio que imponía que las reformas y ampliaciones del contrato social se hicieran con las mismas solemnidades prescriptas para su celebración. Por el contrario, el art. 4 del nuevo ordenamiento legal estableció la opción a la que aludimos para los casos de constitución y modificación del contrato social y el art. 165 sólo impuso la instrumentación pública para la constitución.

A partir de noviembre de 1978, la Inspección General de Personas Jurídicas modificó su posición y prestó conformidad administrativa a reformas estatutarias instrumentadas privadamente. No obstante, el Juzgado de Registro no compartió dicho criterio, produciéndose de esta forma uno de los típicos inconvenientes originados en el doble control de legalidad establecido por el art. 167. Ante esta alternativa, algunas sociedades que no tenían urgencia por obtener la inscripción de la reforma estatutaria, apelaron a la Cámara Comercial, la que tuvo oportunidad de pronunciarse por su Sala "A" en el caso "Cometarsa Construcciones Metálicas Argentinas S.A.", fallado el 7 de setiembre de 1978. En el momento en que esta pónencia se presenta, existen algunos casos que se encuentran a estudio de otras Salas. Por su parte la Sala "A" ratificó el criterio de Cometarsa, en el caso Hiram Walker S.A., fallado el 14 de agosto de 1978.

Los fundamentos del caso Cometarsa pueden sintetizarse en dos argumentos principales. Se sostuvo que la ley 19.550 no contenía precepto alguno que impusiera el instrumento público para las modificaciones del acto constitutivo. Dicha imposición quedaba reservada al momento de la constitución (art. 165), pero para las reformas quedaba en pie la opción dada por el art. 4. El art. 1184 del Código Civil es inaplicable al caso en virtud de que el sistema específico de la legislación societaria ha previsto un sistema distinto para este aspecto del derecho mercantil y ha eliminado la norma del art. 295 del Código de Comercio.

Por otro lado, el tribunal adhiere a las consideraciones efectuadas por el Fiscal de Cámara, que señala con meridiana claridad que el escribano, al protocolizar el acta de la asamblea, no da fe de lo sucedido en la misma. El acta de la asamblea podría estar rodeado de vicios que de ninguna manera son purgados por la elevación a escritura pública. El notario tampoco verifica la identidad de los socios que aprobaron la modificación estatutaria, contrariamente a lo que sucede en el caso de la constitución, en que los socios concurren ante el escribano.

Se demuestra así que esa elevación a escritura pública carece de todo sentido, no contribuye en nada a la seguridad jurídica y, en todo caso, en nada difiere al instrumento que transcribe el acta de la asamblea, con la certificación notarial de que dicho texto coincide con el transcripto en el libro de actas de la sociedad. Tal certificación constituye de por sí un instrumento público en los términos del art. 12 de la ley 12.990, que autoriza a los escribanos a expedir testimonios sobre actas de los libros de las sociedades anónimas.

Señala Fargosi, al comentar este fallo (La Ley del 19 de octubre de 1979), que las decisiones de la asamblea se labran en actas conforme al sistema dispuesto por los arts. 73 y 249 de la ley 19.550. Lo que tiene valor es la existencia regular del acta, en virtud de que es ella la que otorga fuerza vinculante a la decisión de la asamblea, sin que resulte necesario el requisito impuesto por el art. 165 para el caso de constitución.

En el reciente caso Hiram Walker, el Fiscal de Cámara refuta algunas críticas a la decisión adoptada en el caso Cometarsa, publicadas todas ellas en la Revista del Notariado. En particular queremos señalar la totalmente errónea tesis que pretende sostener que quien otorga la modificación del contrato social no es la asamblea, sino el representante designado por la misma para protocolizar el acta. Esto es realmente absurdo, por cuanto la única autorizada para modificar el contrato social es la asamblea y el representante que la misma designa no es más que un ejecutor del acto ya resuelto por el órgano de gobierno de la sociedad.

Afirma el Fiscal de Cámara que se ha confundido la declaración de voluntad de modificar los estatutos, que sólo puede emanar del único órgano societario habilitado para hacerlo, o sea la asamblea, con los actos materiales e instrumentales que luego puede realizar el órgano de representación para llevar a cabo registración del acta impuesta por el art. 5 de la ley 19.550. De ahí que el acto escriturario que defiende la doctrina notaria quede vacío de contenido y por ello se torna innecesario e ineficaz.

Más adelante sostiene que si la escritura pública, tal cual es usual extender en caso de reforma de estatutos por aumento de capital, no se encuentra prescripta por la ley y por otra parte carece de contenido sustancial, resulta que su imposición llevaría al cumplimiento de la forma por la forma misma, aparte de la ya expuesta prevalencia de la norma comercial sobre la norma civil en el punto en cuestión.

Estimamos que el tema resulta suficientemente claro y que la doctrina notaria carece de fundamento, sin perjuicio de que las sociedades puedan recurrir voluntariamente al instrumento público en uso de la opción acordada por el art. 4.

Por último, cabe señalar que si bien es cierto que la certificación notarial del acta acreditando que es fiel a su original, resulta un procedimiento apropiado para la inscripción (art. 5 de la ley 19.550), nada se opone al uso de otra forma instrumental que cumpla los mismos fines, es decir, acreditar que la copia que se inscribe es fiel de su original.