

## **SOBRE LA PLURALIDAD SUSTANCIAL Y SU RELACIÓN CON EL SOCIO NO RESIDENTE EN ARGENTINA**

POR VANESA BALDA<sup>1</sup>

### **Sumario**

Esta ponencia tiene como objetivo brindar un panorama actual sobre el requisito de pluralidad sustancial de socios exigido por la Inspección General de Justicia, órgano de registro y control de las sociedades domiciliadas en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

En razón de la extensión acotada que exige el reglamento, se analizan brevemente el marco legal y la realidad jurídica. Por el mismo motivo, no se busca debatir en torno a la admisibilidad y licitud del requisito, sino que sólo se mencionan algunas opiniones doctrinarias a favor y en contra, con la intención de favorecer el intercambio de ideas para dar certeza sobre el recaudo.

Finalmente, se relaciona el requisito de pluralidad sustancial con el caso especial del socio no residente en Argentina, coordinando las normas societarias con las de materia cambiaria, que tienen diferentes efectos según el porcentaje que el socio posee en la sociedad.

### **Personalidad jurídica y pluralidad de socios en las sociedades**

El derecho atribuye subjetividad jurídica a la organización unitaria de personas o medios, y a esta subjetividad la llama persona jurídica. La personalidad jurídica es un producto del

<sup>1</sup> Viamonte 1145, 10° piso "A", C1053ABW Ciudad de Buenos Aires, Tel. 011/4371-6100. E-mail: vbalda@vmf.com.ar

ordenamiento jurídico, un instituto de carácter técnico instrumental.

Debemos distinguir entre la persona jurídica y el acto constitutivo que le da origen, que puede ser un contrato –como el de sociedad comercial–, un acto privado unilateral –por ejemplo las fundaciones– o una disposición del Estado –artículo 1º Ley 20.705 de Sociedades del Estado.

La persona jurídica puede tener una pluralidad de miembros o uno solo, por lo tanto “personalidad jurídica” no se debe asimilar exclusivamente con “pluralidad de socios”.

La persona jurídica es reconocida en los artículos 33 y siguientes del Código Civil (en adelante CC) como un centro de imputación diferenciado de derechos y obligaciones.

En cuanto a las sociedades, el reconocimiento específico como personas jurídicas se los da el artículo 2 de la Ley de Sociedades Comerciales 19.550 (en adelante LSC): “*La sociedad es un sujeto de derecho con el alcance fijado en esta ley.*” Así, las sociedades son una especie de la categoría de personas jurídicas.

El artículo 1º LSC caracteriza al contrato de sociedad y establece que para su celebración se necesitan dos o más personas.<sup>2</sup>

Esta pluralidad debe mantenerse toda la existencia del ente puesto que, en caso de reducción a uno del número de sus integrantes con posterioridad a la constitución, se configura causal de disolución salvo que se recomponga la pluralidad en el plazo de tres meses (artículo 94 inciso 8 LSC).

### ***La pluralidad de socios para la Inspección General de Justicia***

A partir de noviembre de 2003, la Inspección General de Justicia (IGJ), órgano de contralor de las sociedades registradas en la Ciudad de Buenos Aires, varió el que era su criterio pacífico durante largos años y en situaciones particulares resolvió: (i) no inscribir sociedades cuyas acciones se

<sup>2</sup> Artículo 1 LSC: “Habrá sociedad comercial cuando dos o más personas en forma organizada, conforme a uno de los tipos previstos en esta Ley, se obliguen a realizar aportes para aplicarlos a la producción o intercambio de bienes o servicios participando de los beneficios y soportando las pérdidas”.

suscribieron en el contrato social por dos personas, a razón de aproximadamente 99% del capital social por una parte y el resto por otra; y (ii) no ordenar otras inscripciones (aumentos de capital, composición del Directorio, o sea trámites de rutina) si la sociedad que así lo solicitaba estaba compuesta por dos accionistas cuyas participaciones accionarias eran de 99% y 1%, respectivamente.

Este criterio fue luego incorporado en la Resolución General (IGJ) 7/2005 estableciéndose en forma poco precisa que no se inscribirá la constitución de sociedades, cuya pluralidad de socios sea meramente formal o nominal. La pluralidad debe ser "sustancial". La resolución faculta a la IGJ a evaluar el aporte inicial de cada socio fundador, determinando para decidir sobre la procedencia de la inscripción, si el mismo reviste relevancia económica mínima suficiente para conformar, con el de los restantes, un efectivo sustrato plurilateral.<sup>3</sup>

Este cambio inquietó y motivó a los expertos en sociedades, por lo que se generaron muchas opiniones a favor y en contra. A continuación, reseño algunas de ellas.

### ***Opiniones doctrinarias sobre el requisito de pluralidad sustancial***

La pluralidad "sustancial" fue doctrinariamente justificada en el hecho de evitar el riesgo para terceros dando garantías a los acreedores cuando hay limitación de la responsabilidad, privilegio excepcional a favor de los socios de determinados tipos sociales.

Ahora bien, la sociedad siempre va a responder con todo su capital por las deudas sociales. Esta es la garantía de los terceros, y no hay diferencias si la sociedad tiene un socio, cincuenta o cien. Por otro lado, el principio de que el patrimonio es la prenda común de los acreedores reconoce numerosas excepciones en nuestro derecho: no todos los bienes del deudor están afectados al cumplimiento de todas sus obligaciones (por ejemplo bienes inembargables, bien de familia, beneficio de competencia) y cualquier deudor puede constituir garantías

<sup>3</sup> Artículo 55 del Anexo "A" Resolución General IGJ 7/2005 del 23 de agosto de 2005 publicada en el Boletín Oficial de la Nación del día 25 de agosto de 2005.

especiales (por ejemplo hipoteca) que excluyen a determinados bienes de la pretendida garantía común.<sup>4</sup>

Otros autores han entendido que la inexistencia de elementos esenciales del negocio societario (la pluralidad) lo vicia desde el momento mismo del acto de constitución, por lo que corresponde la desestimación automática de la personalidad jurídica.

A todo evento, cabe decir que esta teoría no se basa en la sola circunstancia de estar involucrada una sociedad de un solo socio. Como lo expresa Rolf Serick, el hecho de que sea más frecuente que los tribunales se refieran al socio único que se halla detrás de la persona jurídica tratándose de sociedades de un solo hombre que en el caso de las demás sociedades, se explica porque el socio único tiene más posibilidades que una mayoría de accionistas de hacer mal uso de la persona jurídica para fines contrarios a la razón de ser de la sociedad. Sin embargo, los casos en que debe rasgarse el velo que cubre la sociedad de un solo hombre, no se distinguen en ningún respecto de aquellos en que la persona jurídica se compone de muchos miembros. Aunque en las sociedades de un solo hombre se alcance al único socio, esto sucede porque trataba de infringir lo convenido en un contrato o de burlar lo que dispone la ley y nunca por la sola razón de que se tratara de una sociedad de un solo hombre. Considerado el problema de ese modo, no resulta esencial la diferencia entre la aplicación de la doctrina de la desestimación de una sociedad con muchos miembros y la misma aplicación en la que sólo se compone de uno; sólo es una diferencia de grado.<sup>5</sup>

Por otro lado, se ha afirmado que no es cuestión de porcentuales de tenencia accionaria, sino que es posible considerar viable la existencia de una sociedad anónima en que producida la concentración de acciones en pocas o una única mano, la efectiva actuación del o de los restantes socios sea suficiente para asegurar el correcto funcionamiento legal y estatutario de sus órganos.

Y que la ausencia de ese correcto funcionamiento puede darse tanto en sociedades donde, por ejemplo, existe una gran

<sup>4</sup> Aguirre, Hugo A. "La pluralidad de socios en las sociedades comerciales", *La Ley*, suplemento especial Sociedades Comerciales, diciembre de 2004, p. 3.

<sup>5</sup> Serick, Rolf. *Apariencia y realidad en las sociedades mercantiles*, p. 125, Barcelona, 1958.

desproporción en la titularidad de las acciones, cuanto en sociedades en las que esa desproporción no existe (40% y 60%). A todo evento, la insignificancia de la participación puede ser, aisladamente considerado, un dato equívoco en la comprensión del problema, y más aun cuando de ese dato pretenden extraerse juicios apriorísticos (por ejemplo al tiempo de procederse a la inscripción de la sociedad), pues el recaudo de la pluralidad de personas no está sujeto a ninguna proporcionalidad o distribución mínima de índole legal.<sup>6</sup>

En síntesis, para tal postura, el peligro de abusos no se puede negar en ningún caso, pero la clave no está en el modo en que están distribuidas las acciones o tenencias, sino que el presupuesto fundamental es que el establecimiento conserve no sólo formalmente, sino también en la organización administrativa y económica, su autonomía.<sup>7</sup>

Por otro lado, es importante mencionar que la mayoría de la jurisprudencia y doctrina reconoce como válidos los pactos de sindicación de acciones por medio de los cuales se pueden ceder los votos a favor del accionista mayoritario, así como también la validez de otorgar un poder irrevocable de voto al accionista mayoritario. Una sociedad administrada de acuerdo a un pacto de sindicación de acciones, o bajo el ejercicio de un poder irrevocable, tendrá los mismos efectos referidos a la falta de pluralidad, ya que el indicado por el contrato de sindicación sería en última instancia quien dirija la sociedad con independencia de la pluralidad de voluntades.

### ***En busca de certeza***

El recaudo de la pluralidad de personas no está sujeto a ninguna proporcionalidad o distribución mínima de índole legal.

<sup>6</sup> Seeber, R. y Sylveyra Perdriel, C. "Sociedades de cómodo", *La Ley*, Suplemento especial Sociedades Comerciales, diciembre de 2004, p. 146; Bazán, J. "A propósito del fallo 'Fracchia Raymond S.R.L.'", *La Ley*, 2005-E, 478; Roitman, H. "Pluralidad societaria", *El Derecho* 212-535, citado en voto del Dr. Pablo Heredia en autos "S., M. A. contra C., R. y otros", Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, Sala D, 05 de noviembre de 2008, *La Ley*, 06 de abril de 2009, 10.

<sup>7</sup> De Gregorio, A. "De las sociedades y de las acciones comerciales", en Bollaño, Rocco y Vivante. *Derecho Comercial*, Tomo 6, volumen II, Buenos Aires, 1960, p. 491, N° 250/251, citado por el Dr. Heredia en el voto antes mencionado.

La LSC no exige un monto mínimo en cuanto a la participación que debe tener un socio en una sociedad.

Las decisiones de la IGJ, en ciertos casos, han mostrado una aplicación razonable del concepto de pluralidad sustancial que incorporó la Resolución 7/05. Sin embargo, lo cierto es que la norma ocasiona incertidumbre porque se otorga a la IGJ la facultad de establecer en cada caso individual si ha sido probada por los socios y/o accionistas la existencia del referido requisito.

Tampoco las sentencias dictadas por la Cámara Comercial de la Capital Federal luego del cambio de criterio de IGJ han considerado la cuestión fáctica respecto de qué participación del capital social debería reunir cada socio y/o accionista fundador para acreditar el requisito legal de la "pluralidad", establecido por la Ley de Sociedades.

Es muy difícil dar certezas sobre cómo acreditar el requisito de la pluralidad de socios cuando no existe un criterio objetivo.

¿Cuál sería el porcentaje que a criterio de la IGJ refleje de manera sustancial el elemento de la pluralidad de socios: 2%, 5%, 10%?

Se ha planteado que el análisis de la cuestión no puede ser numérico ni cuantitativo, sino absolutamente cualitativo, dependiendo de una serie de factores, tales como el monto del capital social, el objeto del ente, la entidad y naturaleza del aporte entre otros.

Si es así, el análisis debe ser muy cuidadoso, ya que a este respecto, la LSC sólo requiere para la constitución de una sociedad dos o más socios.

Tener derecho al 1% o 2% de las ganancias de una gran empresa puede ser algo muy lucrativo para una persona física que se asocie con ella, aunque a priori el porcentaje parezca exiguo.

Cuando una persona tiene, por ejemplo, un *know how* inapreciable antes de comenzar la actividad económica y quiere asociarse con otra que tiene el capital, la IGJ obliga a una ficción al momento de la constitución sobre algo que solamente se puede valorar correctamente durante el funcionamiento ulterior de la sociedad.

No se altera la responsabilidad de la sociedad, la que siempre va a responder con todo su patrimonio, sin importar la cantidad de socios o los porcentajes de capital que detenten.

Por último, no hay que olvidar que la LSC reconoce la existencia y derechos de accionistas minoritarios que representen el

2% del capital social, de manera expresa, a través del artículo 294 incisos 6° y 11 LSC.

A su vez, los artículos 319, 275 y 236 LSC tratan derechos de los accionistas minoritarios que representen el 5% del capital social.

### ***El requisito de la pluralidad en relación con los socios no residentes en Argentina***

En esta última parte de la ponencia se coordinan las normas societarias sobre pluralidad sustancial de socios con las de materia cambiaria aplicables al socio no residente en Argentina.

Desde diciembre de 2001 se han reinstaurado en la República Argentina controles cambiarios. Estos controles han supuesto y aún suponen que la mayoría de las transacciones que involucran transferencias de divisas desde y hacia el exterior se encuentran sujetas a algún tipo de regulación que puede variar desde el cumplimiento de un simple Régimen Informativo hasta la necesidad de solicitar autorización previa al Banco Central de la República Argentina (en adelante BCRA) para su concreción.

En materia de sociedades, todo socio domiciliado en el exterior de la República Argentina debe ingresar y liquidar en el mercado de cambios las divisas destinadas a la integración de aportes de capital en efectivo. La obligación existe tanto para los aportes destinados a la suscripción del capital originario como para los destinados a aumentos de capital, en ambos casos de una sociedad domiciliada en Argentina.

Por otro lado y en razón de sus efectos financieros, es importante tener en cuenta que las inversiones de portafolio de no residentes destinadas a la compra de capital de sociedades –por ejemplo cuotas de Sociedades de Responsabilidad Limitada y acciones de Sociedades Anónimas que no hacen oferta pública de las mismas– deben constituir el depósito no remunerado del 30% a un año de plazo dispuesto por Comunicación BCRA “A” 4359, comúnmente conocido como “encaje”.<sup>8</sup>

<sup>8</sup> Mediante Comunicación “A” 4359, el BCRA reglamentó la constitución de depósitos no remunerados en entidades financieras locales, que se constituirán en dólares estadounidenses por el 30% del equivalente en esa moneda del total de la operación que da lugar a la constitución del depósito, cuando se registren, a partir del 10 de junio de 2005 ingresos de moneda extranjera

El BCRA exceptúa de la constitución del depósito no remunerado a ciertas operaciones. A los fines de nuestro trabajo interesa la siguiente: "Los ingresos de divisas en el mercado de cambios por aportes de inversiones directas en el país..."<sup>9</sup> en la medida que se presente a la entidad financiera interviniente cierta documentación exigida por el BCRA.<sup>10</sup> Si no se cuenta con la documentación respaldatoria requerida, se deberá constituir el "encaje" del 30 %.

Para determinar si los fondos girados desde el exterior como aporte de capital por un socio no residente en nuestro país deben o no constituir el depósito no remunerado obligatorio, tenemos que distinguir si se trata de una inversión directa o de una inversión de portafolio.

### ***Inversión directa o inversión de portafolio***

El Fondo Monetario Internacional define a la inversión directa como aquella que se da cuando un inversionista tiene como objetivo obtener una participación duradera en una empresa residente en otra economía o país. En esta participación se asumen los siguientes dos elementos: 1) la condición de largo plazo entre el inversionista y la empresa; y 2) un grado significativo de influencia en la empresa y su manejo por medio de una propiedad accionaria de mínimo el 10 %.

Para la Organización Mundial del Comercio, la inversión extranjera directa ocurre cuando un inversor establecido en un país (origen) adquiere un activo en otro país (destino) con el

---

en el mercado de cambios por los siguientes conceptos: "... c. Inversiones de portafolio de no residentes destinadas a tenencias de moneda local y de activos y pasivos financieros del sector financiero y privado no financiero, en la medida que no correspondan a la suscripción primaria de títulos de deuda que cuenten con oferta pública y cotización en mercados autorregulados, y/o a la suscripción primaria de acciones de empresas residentes que cuenten con oferta pública y cotización en mercados autorregulados".

<sup>9</sup> COMUNICADO BCRA Nro. 49719 del 06 de agosto de 2010 [en línea] Disponible en: <http://www.bcra.gov.ar/pdfs/resumencambios/ultimocomunicado2010.pdf>, página 7.

<sup>10</sup> Como documentación se exige acreditación de la calidad de socio; copia del contrato, estatuto o de las decisiones societarias que avalan el compromiso del socio de aportar la suma de dinero a liquidar; copia de la constancia que da cuenta del inicio del trámite de inscripción ante el Registro Público de Comercio, certificación contable y declaración jurada del cliente sobre el destino de los fondos.

objetivo de administrarlo. La dimensión del manejo del activo es lo que distingue a la inversión directa de la inversión de portafolio en activos, bonos y otros instrumentos financieros.

Para la Agencia Multilateral de Garantías para la Inversión (Banco Mundial), significa adquirir intereses de largo plazo en una empresa que esté operando en otro país, diferente al del inversor. El propósito del inversor es el de tener una voz participativa en el manejo de dicha empresa en el exterior.

En línea con las definiciones elaboradas por importantes organismos nacionales e internacionales, el BCRA considera que una inversión es directa si la participación en el capital de la empresa no es menor al 10 %.<sup>11</sup> En caso contrario, sería una inversión de portafolio.

Por cierto, cualquiera de los dos casos es absolutamente válido y lícito, pero si el inversor de capital en sociedad local quiere evitar la constitución del depósito no remunerado, deberá adquirir la cantidad necesaria de capital social que le asegure, después del aporte, no menos del 10% del capital de esa persona jurídica.

## Conclusiones

El artículo 1° de la Ley de Sociedades Comerciales caracteriza al contrato de sociedad y establece que para su celebración se necesitan dos o más personas. Esta pluralidad debe mantenerse toda la existencia del ente pero la ley no exige un monto mínimo en cuanto a la participación que debe tener un socio en una sociedad.

<sup>11</sup> Definiciones consideradas por el BCRA en el Anexo a la Comunicación "A" 4237.

**Inversión directa:** refleja el interés duradero de una entidad residente de una economía (inversor directo) por una entidad residente de otra economía (empresa de inversión directa). Es aceptado internacionalmente una participación en el capital de la empresa no menor a un 10%, como indicativa de la categoría de inversión directa. El presente relevamiento utilizará el criterio del 10%.

**Empresa residente de inversión extranjera directa:** Toda empresa residente constituida o no en sociedad en la cual un inversor directo que es residente de otra economía posee el 10% o más de las acciones ordinarias o del total de los votos (en el caso de una sociedad anónima) o su equivalente (cuando se trata de una empresa no constituida en sociedad).

La Inspección General de Justicia (IGJ), órgano de contralor de las sociedades registradas en la Ciudad de Buenos Aires, varió el que era su criterio pacífico durante largos años y en una resolución general estableció que el requisito de pluralidad de socios debe verificarse en forma "sustancial", decidiendo en cada caso individual si ha sido probado por los socios y/o accionistas la existencia del referido recaudo.

¿Cuál sería el porcentaje que a criterio de la IGJ refleje de manera sustancial el elemento de la pluralidad de socios? Se ha planteado que el análisis de la cuestión no puede ser numérico ni cuantitativo, sino absolutamente cualitativo, pero no se dan certezas sobre cómo cumplir el recaudo.

Coordinando las normas societarias sobre pluralidad sustancial de socios con las de materia cambiaria aplicables al socio no residente en Argentina, se puede afirmar que si dicho socio quiere evitar la constitución del depósito no remunerado dispuesto por el Banco Central ("encaje"), deberá poseer el 10% o más del capital de la sociedad.