

LA RELACION CAPITAL-OBJETO SOCIAL

Daniel E. Balonas

Ponencia

La exigencia de un capital adecuado al objeto social es útil sólo en los casos extremos en que es evidente su insuficiencia. De todos modos, en el ordenamiento actual resulta la mejor alternativa posible. A futuro debería pensarse en relacionar al capital con otros guarismos que representen la envergadura de la actividad social -mediante un control permanente-, o, mejor, pensar en reemplazar la trascendental función de garantía que cumple el capital social, por otro mecanismo que la satisfaga de mejor manera.

Desarrollo

1. Introducción

El fallecimiento del Dr. Enrique Manuel Butty, y las recientes Jornadas de Derecho Societario efectuadas en su homenaje ⁽¹⁾ me han llevado a volver a leer algunos de sus fallos más trascendentales y vanguardistas. Entre ellos no puede omitirse la resolución, adoptada por el Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Comercial de Registro ⁽²⁾ en los autos "Veca Constructora S.R.L." ⁽³⁾.

(1) Realizadas en Mar del Plata los días 29 y 30 de marzo de 2007. En esas jornadas he presentado una ponencia similar a la presente y que sirve de base a ésta. Sin embargo, por la trascendencia del tema en análisis y por estar relacionada íntimamente con temas que se proponen para este congreso consideré conveniente proponer su debate.

(2) En ese entonces a cargo del Dr. Enrique M. Butty, Secretaría a cargo del Dr. Eduardo M. Favier Dubois (h).

(3) 30/6/1980, L.L. 1980-D-464. Sentencia de primera instancia -firme- en la que se ratificó lo anteriormente resuelto por el Secretario en cuanto rechazó

Dicha resolución fue no solo innovadora, sino que perduró en el tiempo, lo suficiente como para que a casi treinta años de su dictado siga siendo un precedente de inevitable consulta a la hora de tratar el tema en análisis.

Para entender lo vanguardista, en su tiempo, de dicho fallo, vale recordar que menos de un mes antes, el 4/5/1980, se había impuesto el capital mínimo para las sociedades anónimas, mediante la sanción de la Ley 22.182⁽⁴⁾, y la doctrina aún discutía la conveniencia o no de su incorporación a la Ley⁽⁵⁾.

A casi treinta años de ese momento, la sociedad de responsabilidad limitada sigue estando regulada sin capital mínimo, a pesar que la antecesora en materia de este tipo social, Ley 11.645, si lo preveía. Y, como bien lo desarrolla el citado fallo, tal supresión dividió las aguas entre quienes supusieron que ello implicaba la posibilidad de constituir sociedades con cualquier capital, por ínfimo que fuera, y quienes entendieron que la supresión de la norma obedeció a evitar que la inflación desactualizara las cifras, pero dejaba tal control a cargo del registrador. Afortunadamente prevaleció la segunda de las tendencias, aún hoy aplicada por la Inspección General de Justicia⁽⁶⁾.

Pero "Veca Constructora" fue más allá de decidir que no era válida una sociedad con un capital ínfimo: desarrolló la tésis e importancia que tiene en nuestra Ley el requisito esencial "capital social" y fijó una postura en lo que hace al *quantum* mínimo que debía reunir dicho capital al relacionarlo con el objeto social, lo que a su vez permitió encontrar un fundamento legal a tal postura en el Art. 94:4 de la Ley 19.550⁽⁷⁾.

la inscripción a Veca Constructora S.R.L., que con un capital de \$ 1.000.000 -en ese momento equivalentes a U\$S 186- pretendía cumplir un objeto social consistente en la construcción de edificios por cuenta propia.

(4) En ese momento de \$ 20.000.000, pero facultando al Poder Ejecutivo a actualizarlo.

(5) A favor, Verón, Alberto V, *Sociedades anónimas de familia*, Abaco, Bs. As., 1979, p. 546.

(6) Entre otros Res. 1416/03 "Gaitán, Barugel & Asociados S.R.L."

(7) Imposibilidad de cumplir con el objeto. Argumento apenas esbozado en el fallo "Veca Constructora", pero que por otro lado resulta innecesario. Las

Sin perjuicio que, por los motivos sobre los que volveré *infra*, creo que esta relación en muchos casos resulta insuficiente, es una premisa válida en casos de evidente insuficiencia como lo han sido “Veca Constructora”, o “Gaitán Barugel & Asociados”, y la mejor solución posible con la normativa actual.

2. La importancia del capital social

La exigencia de un capital social es la contrapartida de la limitación de la responsabilidad, el precio que los empresarios pagan por obtener dicha limitación.

Si el ordenamiento les da a los empresarios una herramienta jurídica tan importante como la de limitar su responsabilidad personal, es justo que les exija a cambio que doten a la sociedad de un capital, que luego será garantía indirecta en tanto los socios no podrán retirar utilidades cuando con tales retiros el patrimonio social pasaría a ser inferior al capital más reservas.

El capital social es el límite entre el derecho de propiedad de los socios y el derecho de los acreedores a que su deudor, la sociedad, mantenga su patrimonio como garantía de los créditos.

Y ante tan importante función que asume el capital -limitar el derecho de propiedad de los socios- es evidente que el *quantum* del mismo debe ser adecuado para cumplir con tal fin.

En los últimos años se ha criticado mucho este principio, con el argumento de que un capital grande no garantiza el éxito de la sociedad ni impide llegar a un estado de insolvencia, lo cual es evidentemente cierto, ya que de lo contrario cualquier persona con suficiente capital se aseguraría el éxito en los negocios.

Pero más allá de su indudable veracidad, tal argumento en nada afecta la importancia de un capital social suficiente, ya que la finalidad del mismo no es asegurar el éxito o prevenir la insolvencia, sino exigir a quienes quieran gozar de la limitación de la

facultades del registrador incluyen el control de legalidad del contrato de sociedad, y tal legalidad no se cumple cuando los requisitos esenciales del mismo, en este caso el capital social, se pretenden cumplir tan sólo formalmente, lo que no satisface la finalidad que el legislador tuvo al incluir el recaudo.

responsabilidad una inversión seria, que implique que asumen el riesgo de la empresa, sin delegarlo exclusivamente en terceros. Ello de ninguna manera debe frustrar ningún negocio, ya que siempre queda la vía del negocio individual o las sociedades con responsabilidad ilimitada, que no requieren mayor control del capital.

Más allá que hace ya un tiempo vengo sosteniendo que el concepto de capital social debe ser reemplazado por el de un patrimonio neto cuya disponibilidad por parte de los socios se vea limitada por un índice máximo de endeudamiento ⁽⁸⁾, dicha propuesta no parte del desprecio de la función del capital social, sino del convencimiento de la suma importancia de la misma y consiguientemente de la necesidad de buscar un sistema que la cumpla más acabadamente.

Pero en tanto se da el suficiente tiempo para que la doctrina discuta el eventual reemplazo del sistema de capital como cifra de retención, o la conservación del mismo, resulta necesario aplicarlo seriamente y no permitir su cumplimiento como un mero requisito formal.

3. La relación entre capital social y objeto social

El capital mínimo fue históricamente considerado como el necesario para cumplir con el objeto social ⁽⁹⁾. Sin embargo esa relación, incuestionable en la teoría, puede resultar insuficiente en la práctica.

A modo de ejemplo, el objeto "comprar y vender golosinas" puede subsumir tanto a un pequeño kiosco como al distribuidor de golosinas más grande del país, aunque nada tiene que ver el capital que necesitarán uno y otro.

Esta comparación puede servir en casos extremos, como los ya citados, en los que ha resultado que el capital suscripto no alcanzaba

(8) Ver a modo de ejemplo las ponencias presentadas en el VIII Congreso Argentino de Derecho Societario (Rosario 2001), en el IX Congreso Argentino de Derecho Societario (Tucumán 2004) y en el XXXIII Encuentro de Institutos de Derecho Comercial de la Provincia de Buenos Aires (Necochea 2001)

(9) Desde la Resolución 4/79 -arts. 3º y 4º- ese fue el criterio de la Inspección General de Justicia. Criterio luego ratificado por la Resolución 9/2004, y en las resoluciones primero del Juzgado de Registro y luego de la I.G.J. ya citadas.

siquiera para el cumplimiento más ínfimo del negocio propuesto, y en otros casos en que no resulta suficiente siquiera para concluir la registración de la sociedad y mucho menos para rubricar los libros obligatorios. Pero puede resultar inútil en muchos otros casos.

Por el contrario, no me caben dudas acerca de que el capital necesario guarda más relación con la envergadura de la actividad social que con el objeto social. Sin embargo el control del capital debe ser *a priori* ⁽¹⁰⁾, lo que nos lleva a que el principio sentado en los precedentes citados ha sido plenamente válido en esos casos, pero resulta insuficiente en muchos otros ⁽¹¹⁾.

4. El capital propio y el financiamiento externo

En la actualidad, nadie puede desconocer que los negocios no se realizan totalmente con capital propio, sino que suelen contar con una importante porción de financiación ajena, financiación que como bien se indicaba en "Veca Constructora SRL", cuando es *ab initio* y sustancialmente superior al patrimonio neto, no se funda en el crédito de la sociedad sino en el de sus socios, lo que desvirtúa la utilización del instituto societario.

Sin embargo, sigue siendo importante la noción de capital, ya que el aportado por los socios es el único que resulta disponible, y el que representa la porción del riesgo que es asumida por los titulares del negocio.

Por el contrario, el pasivo, es disponible en cualquier momento -siempre se puede cancelar- y suele incluir inversiones de los propios socios, pero en carácter de préstamo, lo que las torna más precarias ya que lejos de ser indisponibles suelen ser pagadas antes que otros pasivos que luego pueden encontrarse sin patrimonio del cual cobrarse.

(10) Ello sin perjuicio del control posterior, judicial, en el caso de analizarse responsabilidades por infracapitalización.

(11) Por ello mi convencimiento de la necesidad de buscar el cumplimiento de la función de garantía mediante otros procedimientos, como lo que propongo en mis trabajos citados anteriormente.

Lo mismo vale para otros pasivos -créditos bancarios o de inversores externos, relacionados o no con los socios- que asumen el riesgo, pero asegurando sus créditos con derechos reales o avales personales de los socios y/o administradores, con lo que en caso de insolvencia también serán los primeros en cobrar.

Desde que el patrimonio neto representa la porción de activo financiada por los propios socios y el pasivo la financiada por terceros, el primero debe ser lo suficientemente significativo como para asegurar que el riesgo es corrido por quienes utilizan la herramienta de la limitación de responsabilidad. Y, en nuestro ordenamiento actual, la única forma de indisponer -respecto de los socios- un patrimonio neto mínimo es con un capital adecuado.

Si personas ajenas a la sociedad desearan invertir en el negocio sin ser socios del mismo, hay suficientes formas jurídicas de hacerlo⁽¹²⁾ sin con ello menoscabar los derechos de terceros, de gozar del patrimonio de su deudor como garantía de sus créditos.

5. El capital mínimo como monto fijo

De allí, que siempre ha sido tema de preocupación y debate el capital mínimo a exigir a las sociedades e incluso si debería existir tal exigencia.

En tal sentido ha habido desde quienes sostienen la necesidad de capitales mínimos importantes, para desalentar la formación de sociedades anónimas, o incluso de responsabilidad limitada, para pequeños emprendimientos hasta quienes consideran que no corresponde establecer mínimo, ya que el capital es público y los acreedores lo pueden conocer y saber a qué se atienen al dar crédito.

Creo que ninguna de dichas posturas es razonable.

La primera por cuanto la finalidad del capital no debe ser alentar o desalentar la elección de un tipo. Si la sociedad anónima es elegida para pequeños emprendimientos es obviamente porque no existe un

(12) Préstamos a los socios garantizados con acciones sociales, con pactos de sindicación de acciones, o con cualquier otro método que de suficiente garantía acerca del destino del préstamo, acciones preferidas sin derecho a voto, etc..

tipo social más acorde. La solución pasaría por la ya proyectada sociedad anónima simplificada, o por una sociedad de responsabilidad limitada algo más flexible -especialmente en cuanto a transferencia de partes sociales-, pero no por desalentarla mediante la exigencia de grandes capitales. Por otro lado la función del capital social no es la de desalentar la utilización del tipo, sino la de exigir una inversión indisponible y seria en relación con la actividad a desarrollarse.

La segunda, por cuanto parece desconocer que no todos los acreedores pueden evaluar la responsabilidad de sus deudores. Por ejemplo, acreedores laborales, consumidores, extracontractuales, y muchos otros no tienen evaluación posible.

Por supuesto que la solución adoptada por nuestra ley para el caso de las sociedades anónimas (\$ 12.000) tampoco resulta muy útil, ya que en grandes negocios puede ser un cifra exigua y en otros, más pequeños, puede incluso ser exagerada. Tampoco es solución razonable considerar que las sociedades de responsabilidad limitada no tengan capital mínimo.

Lo criticable es que se exija una suma fija como capital mínimo. La solución teórica está en lo resuelto en "Veca Constructora S.R.L.": capital adecuado al objeto social⁽¹³⁾, sin embargo, en la práctica ello no resulta tan fácil, y al dejarlo a criterio del organismo de contralor se corre el riesgo de la subjetividad y de que la aprobación del mismo en cada caso dependa del criterio de funcionario que deba intervenir.

Es sabido que la gran cantidad de sociedades que se inscriben no permite un análisis pormenorizado de cada una, lo que lleva generalmente a la aplicación de reglas generales⁽¹⁴⁾, escritas o no, o, como ha ocurrido en la práctica, al rechazo de la inscripción sólo en los casos en que resulta más que evidente la insuficiencia del capital suscripto.

Tampoco resulta atendible el argumento del posterior recurso ante el Poder Judicial, ya que la necesidad de los comerciantes -que la Ley pretende satisfacer- de contar con una persona jurídica a la que imputar sus negocios, no se atiende debidamente si es necesario recurrir a la justicia -con los tiempos habituales- antes de comenzar el negocio.

(13) Mejor sería a la actividad social; aunque resulta imposible determinarla *ab initio*.

(14) Que suelen ser pasibles de las mismas críticas que los mínimos impuestos por la ley

De allí las insuficiencias del sistema actual de capital mínimo, aún con la interpretación hecha en los precedentes citados, que sin perjuicio de ello, resulta actualmente la mejor solución disponible.

6. La posición de la Inspección General de Justicia

En relativamente recientes resoluciones individuales (por ej. 1416/03 "Gaitán, Barugel & Asociados S.R.L."⁽¹⁵⁾) se ha vuelto al viejo criterio de la Inspección de rechazar la inscripción de sociedades con un capital considerado insuficiente con el argumento de la imposibilidad del cumplimiento del objeto social.

Si bien en algunos casos emblemáticos como el mencionado - capital de \$ 2000 para realizar un amplio objeto, cuando se sabe que con dicha suma apenas alcanza para los trámites de constitución y rúbrica de libros- la resolución de la inspección es inobjetable, siempre es un asunto delicado que la decisión acerca de la razonabilidad o no del capital quede en poder de un funcionario, con la lógica subjetividad que necesariamente va a caracterizar su decisión.

En este marco normativo, cualquier solución va a ser mala. Si la inspección no realiza control alguno, e inscribe sociedades de responsabilidad limitada con cualquier capital o sociedades anónimas con capital de \$ 12.000 cualquiera sea su envergadura, obviamente tendremos muchas sociedades infracapitalizadas⁽¹⁶⁾.

(15) Resolución que ha sido motivo de la ponencia de la Dra. Carolina González Rodríguez, "El capital social y una llamativa jurisprudencia administrativa" presentada en el XXXIX Encuentro de Institutos de Derecho Comercial de Colegios de Abogados de la Provincia de Buenos Aires, Lomas de Zamora, mayo de 2004- y en el IX Congreso Argentino de Derecho Societario, Tucumán septiembre de 2004-

(16) Y si bien ello podrá ser objeto de acciones contra accionistas o directores ante la insolvencia de la sociedad, no parece ser la mejor solución dejar las cosas libradas a una eventual resolución judicial reparatoria, cuando el sentido común indica que se puede prevenir. Por otro lado muchas veces puede ser de dudosa justicia la decisión que *a posteriori*, quizás muchos años después, y con el resultado a la vista, juzga insuficiente un capital que los socios razonablemente pudieron creer adecuado.

Si hiciera un control mucho más estricto, tendríamos muchas sociedades, viables y con un capital que pudo haber sido razonable, cuya inscripción es rechazada.

La solución de rechazar solo en casos extremos o tomar parámetros mínimos generales -solución que parece ser la actual-, tampoco termina de solucionar el problema, aunque en el derecho positivo parece ser la más adecuada.

Pero ello nos marca la necesidad de pensar en una reforma del sistema.

7. La posición del anteproyecto de Ley de Sociedades

El anteproyecto de Ley de Sociedades Comerciales elaborado por la comisión creada por Res. 102/02 del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos modifica los capitales mínimos, estableciendo \$ 15.000 para las S.R.L. y \$ 100.000 para las S.A..

El problema es que mientras se siga hablando de montos fijos, no habrá solución definitiva, ya que para algunos emprendimientos puede ser excesivo y para otros resulta exiguo, ello sin contar con el efecto de la inflación que, ya sea por motivos políticos o simple desidia, no siempre es adecuadamente resuelto con las facultades de ajuste delegadas en el Poder Ejecutivo.

¿Para qué se le exige a una sociedad de responsabilidad limitada que explote un pequeño comercio -por ej. un kiosco- \$ 15.000 de capital? ¿De qué nos sirve exigirle \$ 100.000 de capital a una sociedad anónima que va a realizar una obra pública por varios millones de dólares?

En su dictamen, el Consejo Profesional de Ciencias Económicas de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires se ha expedido en ese sentido.

En similar sentido, el dictamen del Colegio de Abogados de Lomas de Zamora ha criticado esos capitales -quizás exagerados-, e incluso sugerido que se establezcan montos que guarden relación con la envergadura de los negocios sociales.

8. Conclusión

Más allá de considerar que a efectos de la garantía ante terceros debe dejarse de lado el concepto de capital social, y pasar a limitar la

disposición del patrimonio neto por otros medios -índices de endeudamiento o relación del patrimonio neto con otras variables-, tema que sería objeto de otra discusión, considero que, ateniéndonos al capital, es necesario establecer un mínimo, pero el mismo no debe fijarse en términos absolutos, sino con una relación proporcional al activo o a otra variable que demuestre la envergadura de la sociedad y sus negocios.

En tanto ello no ocurra, la mejor solución sigue siendo la adoptada y fundada en "Veca Constructora S.R.L.", que pese a sus deficiencias ya reseñadas y a las casi tres décadas transcurridas, aparece como inmejorable en el derecho positivo.