

DEBEN ELIMINARSE EL REQUISITO DE CAPITAL SOCIAL MÍNIMO Y LAS EXIGENCIAS DE ADECUACIÓN ENTRE CAPITAL SOCIAL Y OBJETO SOCIAL

Ignacio Luis Triolo

1. Ponencia

Se propone que:

(i) Se elimine de la L.S.C. el requisito del capital social mínimo para las S.A. previsto en el art. 186 de la Ley de Sociedades Comerciales N° 19.550 (la "L.S.C.");

(ii) Se elimine el requisito que establece el art. 66 de la Resolución General IGJ N° 7/05 (las "Normas IGJ"), en cuanto dispone, refiriéndose al objeto social, que *"El conjunto de las actividades descriptas debe guardar razonable relación con el capital social"*; y

(iii) Como consecuencia de lo anterior, se elimine la norma contenida en el art. 67 de las Normas IGJ en cuanto dispone que *"La Inspección General de Justicia exigirá una cifra de capital social inicial superior a la fijada en el acto constitutivo, aún en la constitución de sociedades por acciones con la cifra mínima del artículo 186, párrafo primero, de la Ley N° 19.550, si advierte que, en virtud de la naturaleza, características o pluralidad de actividades comprendidas en el objeto social, el capital resulta manifestamente inadecuado"*.

2. Desarrollo del tema y fundamentos de la ponencia

Desde hace algunos años, nos hemos venido refiriendo al tema del capital ⁽¹⁾, a la supuesta crisis del concepto ⁽²⁾, al fenómeno de la

(1) Pueden verse nuestros anteriores trabajos en Triolo, Ignacio Luis, "Capital Social e Infracapitalización. Aportes para la Introducción de la Noción

infracapitalización y a la responsabilidad de los directores y socios por la insolvencia de la sociedad como consecuencia de la infracapitalización de la misma.

Nos toca ahora abordar un tema que nos preocupa y que está íntimamente vinculado a los anteriores: la exigencia de capital social mínimo que nuestra L.S.C. exige para las S.A. y el requisito de adecuación razonable entre capital social y objeto social que exigen las Normas IGJ.

En primer lugar, debemos decir que el capital mínimo estatutario para algún tipo societario con responsabilidad limitada de los socios responde a razones de política legislativa⁽³⁾. Veamos: es de política legislativa determinar si resulta conveniente establecer un capital mínimo legal, o si corresponde dejar librada esta tarea a la apreciación judicial o estatal de la suficiencia del mismo para el cumplimiento de su objeto social, o si en definitiva constituye una responsabilidad de los administradores. Este último supuesto es el que opinamos debería aplicarse.

del Capital Variable en nuestra Ley de Sociedades”, ponencia presentada en el “VIII Congreso Argentino de Derecho Societario y IV Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa” (Tomo III, p. 743); “Responsabilidad de los Administradores y Socios Controlantes por Infracapitalización ante la Insolvencia de la Sociedad”, ponencia presentada en el “IX Congreso Argentino de Derecho Societario y V Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa” (Tomo II, p. 791), “Infracapitalización e Insolvencia”, en Rovira, Alfredo L. (director), *La empresa en crisis*, Astrea, Bs. As., 2005, p. 359.

(2) Pueden verse, entre otros, Le Pera, Sergio, “Sobre la futilidad de la noción de capital social” en *La Ley*, 1986-B, ps. 972 y ss.; Araya, Miguel C., “Repensar la noción de capital social” en *Derecho Empresarial Actual*, p. 33, Bs. As., 1996; y Olivera García, Ricardo, “La crisis del concepto de capital social” en *Revista de Derecho Comercial* (Nº 32), p. 369 y ss., Depalma, Bs. As., 1999.

(3) García Villaverde, Rafael, “Algunos temas en torno al régimen del capital social en el proyecto de estatuto para una sociedad anónima europea” en *Estudios y Textos de Derecho de Sociedades de la Comunidad Europea* bajo la dirección de José Guirón Tena, edición Facultad de Derecho, Universidad Complutense, Madrid, 1978, p. 101 y ss., citado por Richard, Efraín Hugo, “Sobre el capital social”, en libro colectivo *Jornadas Nacionales de Derecho Societario en Homenaje al Profesor Enrique M. Butty*, Bs. As., 2007, p. 107.

El sustento de nuestra opinión no podría haber sido mejor explicado con lo expresado por Uría y Menéndez ⁽⁴⁾ al referirse a la reforma de la Ley de Sociedades Anónimas de España del año 1989, en el sentido de que *“No es función del capital mínimo, sin embargo, garantizar la constitución en la sociedad de un patrimonio suficiente para el desarrollo de su objeto social. La ley impone un requisito de capital mínimo pero no exige que el capital sea “suficiente” en atención al nivel de riesgo de las actividades que la sociedad pretenda acometer”*.

Esa suficiencia a la cual no se refiere tampoco nuestra L.S.C. es la que está presente en las Normas IGJ que proponemos se eliminen.

En los considerandos de la Resolución General IGJ N° 9/2004 (hoy incorporada a las Normas IGJ), se expresó, entre otras cosas, que *“la constitución de una sociedad originariamente infracapitalizada comporta el ejercicio abusivo de la garantía constitucional de asociarse para fines útiles y es enmarcable en lo dispuesto por el artículo 1071, párrafo segundo, del Código Civil, pues no de otra forma puede calificarse a la actuación de quienes pretenden obtener el privilegio excepcional de la limitación de su responsabilidad mediante el mero desembolso de una cifra totalmente desproporcionada con las erogaciones que supone desarrollar cualquier actividad empresarial, con total olvido que la relación entre el capital social y el objeto de la sociedad constituye el presupuesto básico e indispensable para que el beneficio de la limitación de la responsabilidad no constituya un instrumento de fraude en perjuicio de terceros”* y que *“al respecto es del caso reparar en que el artículo 18 de la Resolución General I.G.P.J. N° 6/80 (...), en tanto exhibe por un lado amplitud en torno a los alcances múltiples del objeto social, por el otro relaciona claramente la pluralidad de actividades que admite con la existencia de un efectivo propósito de realizarlas y con que ellas “guarden razonable relación con el capital social”, lo cual, en consonancia con su precedente, la Resolución General I.G.P.J. N° 4/79, reitera la intención de prevenir la infracapitalización originaria de las sociedades”*.

(4) Uría, Rodrigo y Menéndez, Aurelio, *Curso de derecho mercantil*, Civitas, Madrid, 1999, t. 1, p. 776.

Desde nuestro punto de vista, las normas bajo análisis no son las indicadas para cumplir con el objetivo para el cual se introdujeron: en líneas generales, proteger a los terceros (función de garantía) y evitar la actuación de sociedades infracapitalizadas.

Recordemos que por capital social entendemos el monto establecido en el acto constitutivo de la sociedad. Del análisis del art. 1º de la L.S.C. surge la *"obligación de los socios de realizar aportes para aplicarlos a la producción o intercambio de bienes o servicios"*. De aquí se extrae la noción clásica de capital social entendido como *"la suma de los aportes en numerario y en especie (obligaciones de dar) que los socios se comprometen a efectuar"*⁽⁵⁾ y la obligación de capitalización de la sociedad.

Del capital social, se reconoce una función de garantía, como función esencial para proteger a los terceros⁽⁶⁾, así como una función organizativa⁽⁷⁾ y de productividad⁽⁸⁾ que el mismo genera en la funcionalidad de la sociedad.

Como explicáramos en nuestros trabajos anteriores que ya citáramos, el capital social no cumple adecuadamente con la función de garantía, la cual está dada por el patrimonio social

Si esto es así, debemos preguntarnos qué sentido tiene mantener normas que exijan un capital social mínimo y/o que el capital social deba guardar una adecuada relación con el objeto social que la sociedad se propone cumplir. Creemos que ninguno y que dichas normas no solucionan el problema de la infracapitalización, sumado al hecho de que ni siquiera logran una adecuada protección ni de los terceros ni de los propios socios.

(5) Zaldívar, Manóvil, Ragazzi, Rovira y San Millán, *Cuadernos de Derecho Societario*, Abeledo-Perrot, Bs. As., 1973, vol. 1, p. 206.

(6) Araya, Miguel C., "El capital social" en "Sociedades", *Revista de Derecho Privado y Comunitario* 2003-2, Santa Fe, 2003, Rubinzal Culzoni, p. 213 y ss.; y Araya, Miguel C., "Capital y patrimonio" en J.A. del 4 de diciembre de 1996, número especial "Derecho Societario", p. 6.

(7) Araya, Miguel C., "El capital social: bienes aportables", en *Revista del Derecho Comercial* (Nº 33), Depalma, Bs. As., 2000, p. 7 y ss.

(8) Verón, Alberto Víctor, *Sociedades Comerciales*, Tomo 1, p. 329, Astrea, Buenos Aires, 1986.

Desde nuestro punto de vista, la cuestión debe ser analizada -y encuentra solución-, si aplicamos las normas sobre responsabilidad de administradores y socios. Dicha responsabilidad se generará ante la insuficiencia del capital en cuanto afecte a terceros.

Sin perjuicio de lo anterior, cabe hacer una distinción según el tipo de infracapitalización que se verifique. Mientras la sociedad cumpla con su objeto y pueda brindar las garantías adecuadas, sean cuales fueren, no encontramos objeciones a la infracapitalización funcional nominal⁽⁹⁾.

Por el contrario, la cuestión es distinta cuando nos encontramos ante un caso de infracapitalización funcional material, pues en dicho supuesto, la sociedad se encuentra absolutamente privada por medios propios de cumplir con el objeto social.

En este último supuesto (infracapitalización funcional material), los administradores y los socios de la sociedad deberán arbitrar los recursos técnicos y legales que correspondan para revertir dicha situación y de esa manera evitar que la sociedad actúe infracapitalizada, bajo pena de incurrir en responsabilidad si conocían el estado patrimonial de la sociedad y a pesar de ello, la sociedad siguió contratando.

Recordemos que el art. 59º de la L.S.C. obliga a los administradores societarios a "*obrar con lealtad y con la diligencia de un buen hombre de negocios*". Dicho standard de conducta es una obligación de medios y no de resultados. Los administradores (gerentes, directores, etc.) no aseguran el éxito de la gestión empresarial sino que se comprometen a arbitrar los medios necesarios para que los socios obtengan ganancias y el emprendimiento comercial sea exitoso. Los administradores de ninguna manera serán

(9) Nos referimos a infracapitalización funcional cuando existe un desfase entre el capital social y el capital real que se necesita para lograr el objeto social. Dentro de este tipo, podemos hablar de dos subtipos: infracapitalización material e infracapitalización nominal. La material se da cuando la sociedad se encuentra absolutamente privada por medios propios de cumplir con el objeto social. La nominal, cuando la sociedad no cuenta con un capital adecuado para el cumplimiento de su objeto pero el capital se encuentra reforzado con reservas, con créditos de los propios socios o con financiaciones externas.

responsables si el éxito comercial se frustra; sin embargo, la limitación de responsabilidad de los administradores esta basada en el supuesto de un comportamiento leal de su parte.

En muchos casos, una situación de insolvencia implica una infracapitalización funcional material. Si dicha situación es advertida por el administrador y a pesar de ello la sociedad continúa operando en estado de cesación de pagos, estaríamos frente a una situación de dolo que legitimaría a los acreedores sociales posteriores a esa situación a iniciar una acción individual de responsabilidad contra los administradores que siguieron operando en estado de cesación de pagos.

El hecho generador de la responsabilidad de los administradores es no adoptar las medidas necesarias para revertir dicha situación y no evitar causar un daño a los terceros al continuar la sociedad contrayendo obligaciones sabiendo de antemano que no va a poder satisfacerlas, o sea, una violación al art. 59 de la L.S.C.⁽¹⁰⁾.

Por otro lado, debemos tener en cuenta que un patrimonio insuficiente para desarrollar el objeto para el cual la sociedad se constituyó, implica la existencia de una causal de disolución de acuerdo a lo dispuesto por el art. 94º, inciso 4º (segunda parte) de la L.S.C.: *“La sociedad se disuelve (...) 4) (...) por la imposibilidad sobreviniente de lograrlo”* (el objeto social), y aquí también nos encontramos frente a un supuesto de responsabilidad de los administradores, e incluso de los socios. Si el patrimonio no es suficiente, existe una causal de disolución aunque nominalmente el capital se mantenga intacto.

Con respecto a la responsabilidad de los socios, los mismos sólo serán responsables por infracapitalización que devenga insolvente a la sociedad, únicamente en aquellos casos en los que se demuestre el actuar doloso o culposo “grave” (“cuasi doloso” dado que la noción de culpa grave no existe en nuestro ordenamiento jurídico) de los mismos.

(10)Asimismo, el Decreto 677/01 denominado de Transparencia, dispone en su art. 8º que los directores, administradores y fiscalizadoras de las sociedades emisoras deben *“hacer prevalecer, sin excepción, el interés social de la emisora en que ejercen su función y el interés común de todos sus socios por cualquier otro interés, inclusive el de o los controlantes”*.

Finalmente, otra cuestión que fundamenta nuestra propuesta es que, a nuestro entender, el órgano jurisdiccional de registración (la Inspección General de Justicia), no posee los medios idóneos para hacer una comprobación seria y justificada de si un determinado capital social guarda adecuada relación con el objeto social que pretende desarrollar. Para hacer esta afirmación, podemos valernos de las herramientas que nos provee el análisis económico del derecho: *“el capital mínimo conforme al objeto (y aquí debemos excluir los casos de interés público como bancos, aseguradoras, etc.) sujeto a criterios administrativos es de imposible concreción seria y aumenta los costes de transacción, igual que toda medida preventiva (...) en cuanto amputaría la capacidad empresaria”*⁽¹¹⁾.

(11)Richard, Efraín Hugo, *“Sobre el Capital Social”*, en libro colectivo *“Jornadas Nacionales de Derecho Societario en Homenaje al Profesor Enrique M. Butty, Buenos Aires, 2007, p.. 107 y sus citas a Stordeur (h)., Eduardo, “Infracapitalización Societaria: La Eliminación de la Función Empresarial en “Dossier Temáticas de Análisis Económico del Derecho Comercial”, RDCO N° 200, Septiembre-Octubre 2006, p.. 337 y ss., Lexis Nexis, Buenos Aires, 2006, y Giacomini, Matías A., “Adecuación del Capital al Objeto Social” en Doctrina Societaria y Concursal, Enero 2007, Errepar, Bs. As., p.. 35 y ss.*