

# LA RELACION ENTRE EL CAPITAL Y EL OBJETO SOCIAL: LEGITIMACION AL ENTE DE CONTROL

*David A. Kulman*

## Sumario

I. Introducción. II. Derecho comparado. III. Doctrina nacional. IV. Nuestra opinión.

## Ponencia

La insignificancia del capital social es una circunstancia objetable al contrato constitutivo por ser un elemento especial del mismo, el cual puede ser objeto de valoración en la medida que resulte una entelequia como elemento del contrato de sociedad, en este contexto las facultades del ente de control resultan suficientes para advertir la omisión de un requisito esencial del contrato.

## I. Introducción

El debate que se instaló en la doctrina y en la jurisprudencia de nuestro país sobre la necesidad de un parangón o correspondencia entre el capital aportado y aquel objeto social que vaya a desempeñar el ente comercial, produjo divergencias en las opiniones a causa de la ausencia de normas en nuestro sistema jurídico societario.

Las discrepancias de opiniones sobre el tema no serían tan vehementes si el debate sobre la paridad, simetría o proporción entre el capital y el objeto social, no fuera el resultado de una atribución del órgano de control o registro tratando de reprobar aquella desproporción.

Las condiciones económicas de nuestro país hicieron que la constitución de sociedades comerciales, en menor medida, sea el

resultado de una necesidad aventurera de las personas para enfrentar la inversión y el riesgo, al extremo de asignar el mínimo de esfuerzo económico para aquel propósito, frente a un vacío de la norma que hace presumir la permisión del sistema, al menor riesgo inicial.

Pero el análisis estructural del sistema jurídico no autoriza tal dislate y las presentes líneas intentan acompañar el sostenimiento de un Estado de Derecho en donde la permisión y omisión del régimen jurídico no se constituya en objeto de discordia, ni siquiera en grado de probabilidad, debiendo por eso interpretarse suficientemente los principios del derecho que permitan resolver tal escasez y que dé como resultado una solución coherente en su conjunto.

## II. Derecho comparado

Tomado como referencia alguna de las legislaciones mas trabajadas sobre la cuestión se advierte de un modo u otro que ninguna ha promovido en este tema tanto desamparo como nuestra legislación.

Dentro del sistema Alemán, para constituir una S.R.L. o "GmbH" el capital social no debe ser inferior a 25.000 euros y la representación mínima del aporte de cada socio debe ser de 100 euros y al momento del registro debe estar integrado por lo menos con la mitad del capital aportado es decir 12.500 euros, sin distinguir el tipo de bien aportado. Con relación a la S.A. o "AG" el capital social no debe ser inferior a 50.000 euros y la representación mínima del aporte de cada socio debe ser de 1 euro y al momento del registro debe estar integrado por lo menos el 25% del capital aportado, salvo los aportes en especie que lo son en un 100%.

Por otra parte la Ley de sociedades de México de fecha 28/07/2006 prevé -entre los diferentes tipos sociales que regula de modo similar a nuestra ley de sociedades- en el caso de las S.R.L. en su art. 62 que: *"el capital social nunca será inferior a tres millones de pesos, se dividirá en partes sociales que podrán ser de valor y categoría desiguales, pero en todo caso serán de mil pesos o de un múltiplo de esa cantidad"*. El art. 64 por su parte indica que: *"al constituirse la sociedad el capital deberá estar íntegramente suscrito y exhibido, por lo menos, el cincuenta por ciento del valor de cada parte social."* En cuanto a las S.A. el art. 89, inc. II) requiere que: *"el capital social no será inferior a cincuenta mil pesos y que esté íntegramente suscrito."* El inc. III) por su parte establece que: *"se exhiba en dinero*

*en efectivo, cuando menos el veinte por ciento del valor de cada acción pagadera en numerario”, y el inc. IV) por su parte indica que: “se exhiba íntegramente el valor de cada acción que haya de pagarse, en todo o en parte, con bienes distintos del numerario”.*

La ley de S.A. N° 18.046/81 de Chile no contiene un parámetro numérico para el capital, esto porque estructura un sistema alterno de protección y que se describe en el art. 10 al decir: *“El capital de la sociedad deberá ser fijado de manera precisa en los estatutos y sólo podrá ser aumentado o disminuido por reforma de los mismos. No obstante lo dispuesto en el inciso anterior, el capital y el valor de las acciones se entenderán modificados de pleno derecho cada vez que la junta ordinaria de accionistas apruebe el balance del ejercicio. El balance deberá expresar el nuevo capital y el valor de las acciones resultante de la distribución de la revalorización del capital propio. Para los efectos de lo dispuesto en el inciso anterior, el directorio, al someter el balance del ejercicio a la consideración de la junta, deberá previamente distribuir en forma proporcional la revalorización del capital propio entre las cuentas del capital pagado, las de utilidades retenidas y otras cuentas representativas del patrimonio.”*

En España la Ley 2/1995, sobre S.R.L., establece en su art. 4 que: *“el capital no podrá ser inferior a quinientas mil pesetas, se expresará precisamente en esta moneda y desde su origen habrá de estar totalmente desembolsado.”* Por otra parte el Real Decreto Legislativo n° 1564/1989, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de S.A. en una identidad metodológica expresa en su art. 4 que *“El capital social no podrá ser inferior a 10.000.000 de pesetas y se expresará precisamente en esta moneda”.*

La ley N° 16.060/89 de Uruguay prevé para las S.R.L. en su art. 224 que *“El capital social no podrá ser mayor de N\$ 18.000.000 (Nuevos pesos dieciocho millones) ni menor de N\$ 400.000 (Nuevos pesos cuatrocientos mil), y se integrará en cuotas no menores de N\$ 4.000 (Nuevos pesos cuatro mil).”*, por otra parte el art. 228 indica *“Cada socio deberá integrar como mínimo el 50% (cincuenta por ciento) de su aporte en dinero en el acto de suscribir el contrato social, obligándose a completarlo en un plazo no mayor de dos años. Los aportes pactados en especie se deberán integrar totalmente al celebrarse el contrato de sociedad.”* Luego para la regulación de las S.A. indica en el art. 279 *“Las sociedades anónimas deberán tener un capital inicial mínimo de N\$ 18.000.000 (nuevos pesos dieciocho millones).”* Y el art. 280 establece *“Tratándose de constitución por*

*acto único, los fundadores deberán integrar por lo menos el 25% (veinticinco por ciento) del capital social, suscribiendo lo que reste hasta llegar al 50% (cincuenta por ciento)."*

### III. Doctrina judicial nacional

Los autores nacionales se han ocupado suficientemente sobre este tema tratándolo de los modos más diversos bajo el nombre de *infracapitalización* o capital insuficiente, pero el análisis que se pretende exige reconocer sólo las doctrinas relevantes de acuerdo a la perspectiva de estudio que se quiere.

Los Tribunales del país tienen casos como "Veca Constructora SRL" (Juzg. Nac. en lo Comercial del 30/6/80), "F2BIZ SRL" (CNCom., Sala C, del 05/08/05) y "Cormica S.A." (Juzg. de Minas y Registro Publico de Comercio de Salta del 13/11/1980) pero los argumentos que se esgrimen en estos no permiten obtener una definición clara sobre la capacidad del órgano de control para valorar la suficiencia del capital social inicial.

La jurisprudencia más explicada sobre el tema es de índole administrativa nacida a consecuencia de las normas de la I.G.J. de la Ciudad de Bs. As., la cual se pronunció en "Gaitán, Barugel y Asoc. SRL." (Res. 1416/03) y "F2BIZ SRL" (Res. 1075/04). En ellas el órgano de control ratifica -a raíz de la norma que lo crea- la capacidad que posee de calificar con suficiencia el capital social frente al objeto designado, rechazando la inscripción cuando la magnitud de los aportes no resultan apropiados. En la actualidad éste organismo cuenta con la Res. Gral. n° 7/05, art. 66 y 67 en donde condensa la capacidad del organismo de revisar y rechazar la constitución bajo el criterio de apreciación sobre la suficiencia del capital social en su relación con el objeto social.

No existe ninguna otra norma en nuestro ordenamiento nacional que expresamente autorice tal función del órgano de control y registración, mas aun, la doctrina opuesta critica esta función de I.G.J. y sus fundamentos se centran en que: a) Las normas existentes no otorgan facultades al organismo para rechazar la inscripción bajo un análisis a priori si el capital es inadecuado para desarrollar el objeto; b) No resulta materialmente posible considerar en la instancia de constitución que el capital es incongruente con el objeto social; c) El fraude a terceros a consecuencia de la infracapitalización se

encuentra asegurada por los principios del derecho societario y resulta ajeno a la IGJ; d) La teoría de la función de garantía del capital social ya no resulta apropiada; y e) La exigencia del órgano de control violenta principios constitucionales (art. 14 y 19 C.N.), entre otros.

#### IV. Nuestra opinión

El capital social como elemento específico del contrato de sociedad, puede ser visto desde dos momentos en la vida del ente jurídico, primero: en su origen valorando su *coherencia operativa* con relación al objeto social; y segundo: puede ser analizado en su *función ejecutora* y su posibilidad de cumplir con el objeto social. El primero puede ser visto también como un momento *estático* del capital social en donde se valora su suficiencia sólo como elemento de un contrato de sociedad; y el segundo puede ser analizado como un momento *dinámico* en donde se debate su suficiencia para afrontar la actividad de la sociedad comercial.

Ambos *momentos* necesariamente deben ser distinguidos porque las conclusiones que se obtengan de cada uno no necesariamente se aplican para ambos. Así, lo que se concluya sobre la suficiencia del capital social en su momento *estático*, puede ser válido para el análisis del capital en su momento *dinámico*, pero no a la inversa. El capital en su origen puede ser suficiente pero devenir en insuficiente, en cambio, si el capital es insuficiente en su origen también lo será con posterioridad.

De este modo, el análisis que se pretende se centra únicamente en valorar el capital social en su momento inicial, es decir, como requisito de constitución del contrato de sociedad, apartando el estudio del momento *dinámico* por ser éste el resultado de un nutrido análisis tanto de doctrina como de la legislación societaria vinculada con la responsabilidad de administradores, socios, síndicos e incluso por ser condición de disolución.

Sin dudas que en nuestra legislación no existe norma que indique un aporte mínimo para la constitución de sociedades, si bien el art. 186 L.S. establece un monto para el caso de S.A., aun esta cifra resulta exigua en la opinión generalizada, es por eso que I.G.J. a avanzado sobre la legislación societaria, estableciéndose facultades de apreciación del capital frente al objeto social, pero aun este organismo

se abstiene, lógicamente, de indicar una cifra. Es por ello que el presente análisis se formula de *lege ferenda*.

Pero aquella norma administrativa resulta ser el único intento de precisar un análisis sobre el tema y resulta de aplicación sólo para la Ciudad de Bs. As., el resto del país no cuenta con una norma similar pero igualmente en todos lados la constitución de sociedades comerciales son objeto de controles y de oposiciones -aun informalmente por el órgano de control- tratando de establecer un parámetro coherente en la relación *capital-objeto*.

En definitiva, la cuestión se ubica en responder a la posición que el órgano de control toma al valorar el capital en el momento inicial de constitución de las sociedades comerciales sin tratar de encontrar una correspondencia suficiente con el objeto adoptado. Pero tal respuesta se considera debe estar abstraída de la argumentación sobre infracapitalización devenida de la actividad de la sociedad. No resulta apropiado valorar al capital inicial partiendo de argumentos propios del momento dinámico, tal como se dijera en los párrafos precedentes, es decir, la conclusión que se tenga sobre la suficiencia del capital social en su momento *estático*, puede ser válido para el análisis del capital en su momento *dinámico*, pero no a la inversa.

La sociedad comercial como resultado de su actividad, puede tropezarse con una posición desventajosa de su patrimonio frente al objeto, pero aquella circunstancia da origen a un sistema de responsabilidades e incluso de la disolución de la sociedad que no puede ser asumido *a priori* en el momento de constitución para ser utilizado como argumento para cuestionar el capital social, por eso, la razón que se encuentre para justificar la insuficiencia del capital inicial, sin relación con el objeto social, debe hallarse dentro de: a) La naturaleza de los elementos del contrato y b) La función del órgano de control, sin proyectar eventualidades.

a) Como elemento del contrato social el capital no posee una indicación numérica para los diferentes tipos sociales salvo el art. 186 L.S., aplicables para las S.A. Por otra parte, la doctrina Judicial en "Veca Constructora SRL" (Juzg. Nac. en lo Comercial del 30/6/80) y "CORMICA S.A." (Juzg. de Minas y Registro Publico de Comercio de Salta del 13/11/1980), reconoce cuándo un capital resulta insignificante frente al objeto social y de igual modo lo hace la doctrina de la I.G.J., pero ningún antecedente ha podido establecer de modo objetivo un monto suficiente para ello.

Bajo las máximas de la experiencia, resulta evidente calificar como exiguo un capital social inicial por la suma de \$100, \$200 ó \$500, incluso hasta de \$1.000 como es el caso de "F2Bis SRL", pero aquellas máximas, no resultan tan evidentes cuando el monto del capital se arrima o supera al monto exigido por el art. 186 L.S. En este contexto -ante la falta de indicación de un capital mínimo fuera del art. 186 L.S.- la doctrina se distingue entre: a) Quienes rechazan íntegramente cualquier referencia de capital, salvo lo previsto por la norma, b) Los que permiten libremente la revisión e indicación de un capital de acuerdo al objeto adoptado y c) Quienes -en una posición moderada- sólo permiten la adecuación del capital social inicial para advertir si resulta absurdamente desproporcionado con relación al objeto, posición ésta a la que se adhiere, pero con algunas reservas.

No se comparte la postura de calificar la suficiencia del capital social inicial en relación con el objeto social, sino que se debe hacer de manera abstracta, sólo con referencia al elemento específico del contrato, de lo contrario, cuando el objeto fuera diverso en cada sociedad se exigiría un aporte diferente, cuestión que seguramente engendra inseguridad jurídica <sup>(1)</sup>.

De acuerdo a las características del capital Colombres decía que: *"es una cifra parámetro o de medida con distintas aplicaciones al régimen: ...B) mide la deuda (responsabilidad) de los socios en determinados tipos sociales... F) garantiza la solidez del patrimonio midiendo el valor de las aportaciones, las que no podrán ser inferiores a su valor nominal. G) Tiende a la preservación del patrimonio por su juego en el balance, cumpliendo una función de contención: para que puedan distribuirse ganancias, el activo deberá superar al pasivo incrementado por el monto del capital social. h) Mide el deterioro económico como causal de disolución y de comunicación preventiva"*

---

(1) Alterini, Atilio A., *La inseguridad jurídica*, Abeledo-Perrot, Bs. As., 1993, p. 16 sostiene: "Saber a qué atenerse concierne a la seguridad, la grado de certeza y estabilidad de una determinada situación. Porque cuando hay seguridad se está en situación de prever lo que sucederá, de verlo de antemano, ... Se dice que algo brinda seguridad cuando está dotado de las calidades de ser seguro y no presentar peligro, ... Lo contrario de la seguridad es la inseguridad, que trae consigo profundos desvalores. Lo inseguro genera sensaciones por lo común angustiantes de incertidumbre, de intranquilidad, y de falta de protección".

a la autoridad de contralor en ciertos tipos sociales... además, es una cifra parámetro del pasivo frente al activo”<sup>(2)</sup>.

Con esto, el *capital social* inicial -como elemento especial del contrato de sociedad- debe necesariamente poseer una integridad que satisfaga aquellas características, evitando que por su futilidad se vuelva inexistente. La doctrina ha precisado con suficiencia las características de este elemento especial del contrato de sociedad y a raíz de ello resulta necesario precisar sus vicios, propios de los contratos asociativos, ajenos al derecho común.

La insignificancia del aporte, hace del capital su entelequia como elemento del contrato de sociedad, cuestión que se explica suficientemente a partir de la Teoría de la Inexistencia. Sorteando el debate que se construye sobre la vigencia de esta Teoría, es apropiado señalar en su favor, que el análisis posible de los actos presuntamente inexistentes dentro de la naturaleza del contrato plurilateral de organización, brindan más opciones de aplicabilidad y uno de esos es el tema que se trata.

El contrato constitutivo del ente jurídico es pleno desde el momento de su suscripción, la conjunción de sus elementos generales y especiales hacen de él un negocio jurídico válido, pero en el caso de la insignificancia del aporte, éste al estar previsto en reducida proporción, no podría ser acusado de nulidad, inoponibilidad o ineficacia, porque el elemento se encuentra presente, aunque imperceptible.

La relevancia cuantitativa del capital social tiene similitud con el debate entre el precio “vil” y el “irrisorio” en el sentido que, su valoración frente al negocio jurídico tiene consecuencias para éste, y su análisis o apreciación no se encuentra regulado en ninguna norma. Las condiciones del negocio bilateral le pueden permitir al juzgador un análisis de las circunstancias y establecer la verdadera intención de las partes en el negocio alterando sus efectos a causa del precio. En el caso del capital social inicial, éste puede ser valorado bajo pautas uniformes, coherentes y generalizadas para las personas jurídicas, sin las cuales el ente no podría existir como negocio serio.

---

(2) Columbres, Gervasio R., *Curso de derecho societario*, Abeledo-Perrot, Bs. As., 1972, ps. 135 y 139.



La *seriedad* es un parámetro válido de apreciación de los negocios jurídicos <sup>(3)</sup> tal como sucede en el tema del "precio" para los contratos de cambio, algo similar suceden en los contratos de sociedad. El *capital* por ser un elemento específico del negocio carece de los caracteres del negocio bilateral, pero su apreciación como elementos serio también hace a su esencia y la apariencia de capital no nulifica a la sociedad pero condiciona su registración, lo que puede ser observado por el órgano de control.

b) Pero la falta de seriedad en el aporte, requiere recíprocamente la presencia del órgano de control que participe en el análisis de este vicio, legitimándose -de este modo- la capacidad del funcionario para tal acto.

Una breve introducción exige advertir que conforme la declaración del Congreso de Derecho Societario/92 se concluyó reconocer al registrador potestad calificadora frente a la viabilidad registral del documento, para determinar la existencia de nulidades absolutas y manifiestas y la omisión de requisitos esenciales, acotándose el principio de legalidad <sup>(4)</sup>, con esto se omite el análisis de la tendencia en el derecho comparado y se refleja la tendencia de nuestro sistema registral, más moderado.

Dentro de este contexto, las funciones del órgano de control -sea judicial o administrativo- resultan suficientes para advertir la omisión de un requisito esencial del contrato. Pero tal como se dijera en los reglones precedentes, ésta función calificadora se ve limitada a criterios uniformes, sin que aquello pueda devenir en variaciones circunstanciales, es decir, cada constitución, cada tipo social y cada objeto, no deben ser motivo de reinversión del criterio de registración, por eso es que se insiste en que la apreciación del registrador no debe estar vinculado con el objeto social porque ello incorpora a la falta de previsión normativa, mayor inseguridad jurídica, alterando el Estado de Derecho.

Al pretender valorar la suficiencia del capital de acuerdo al objeto social, se suman parámetros que no permiten obtener resultados

---

(3) López de Zavalía, Fernando J., *Tratado de los contratos*, Zavalía. Bs. As., 2000, t. II, p. 98.

(4) Favier Dubois (h), Eduardo M., *El Registro Público de Comercio...*, Ad-Hoc, Bs. As., 1998, p. 92, nota 140.

homogéneos, porque ello significaría estandarizar los efectos de las conductas de los entes frente a idénticos objetos sociales, situación por demás absolutista. Entonces, sólo el *capital* como elemento especial del contrato debe ser valorado y con un criterio objetivo de suficiencia, sin proyectar conclusiones sobre infracapitalización o protección de terceros, porque ningún monto por más severo que sea puede garantizar una protección, y pretender avanzar sobre ello provoca la inseguridad jurídica que se refleja. Sin dudas que la conclusión que se sostiene sirve para el análisis del capital inicial por el registrador, dejando a salvo la capacidad del legislador para valorar su suficiencia en la oportunidad de establecer un piso de aportes, en su caso.

Pero retomando el análisis sobre el control de la suficiencia del capital iniciar se expresa que el reducido aporte atenta contra “el patrimonio”, en efecto, el acotado capital se refleja en un patrimonio incapaz de dotar a la persona jurídica de plenitud porque, en su caso, se vería sometida en *ab initio* a la solvencia de los socios o de terceros, dependiendo de éstos para el cumplimiento de su objeto, desvirtuando el principio de identidad diferenciada entre los socios y la sociedad comercial.

Vale recordar que desde los principios del derecho romano, la separación entre la entidad corporativa ideal y sus miembros, se basaba en la necesidad de calificar de un modo diferenciado a un patrimonio ajeno a los miembros que componían aquella, en consecuencia, la necesidad de distinguir al ente jurídico con relación a sus miembros, parte de la presencia de un patrimonio que necesariamente existía como común a varios pero sin identificarse con ninguno de los miembros.

De este modo, la concepción de la persona jurídica se originó y se proyectó alrededor de un patrimonio y su constitución sólo formal y con una efímera concepción del capital como definición inicial de aquel patrimonio, vulnera los principios de las personas jurídicas y por lo tanto debe ser objeto de custodia por el órgano de control.

Tal situación haría de la persona jurídica sólo una existencia formal, en donde estaría divorciada esta existencia con la real intención de los socios, los cuales pretenden dar vida a un ente jurídico diferente a ellos con el propósito de *aplicarlo a la producción o intercambio de bienes o servicios* pero sin la intención verdadera de *realizar aportes*.

Muchas veces el apego dogmático a la norma no luce como uno de los resultados más satisfactorios en la medida que aquel apego no

permita la debida construcción de justicia. Nuestro sistema omite establecer un capital mínimo en algunos casos, y en otros ya no resulta útil el que existe, por ese motivo es que se colige la necesidad de una norma que así lo indique resolviendo el presente debate.

Además, sostener con devoción el principio del art. 19 C.N. en cuanto *ningún habitante de la Nación será obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe*, como argumento para eliminar la revisión cuantitativa del capital inicial, no luce apropiado porque aquel principio, en la medida que no sea alterado (art. 28 C.N.) puede ser reglamentado, y por otra parte, permitir la constitución de aquellas sociedades con capitales mínimos atenta con el equilibrio del sistema jurídico en el cual la aquiescencia para éstos implica su beneficio a costa de terceros ajenos a esa entelequia en que resultó la sociedad. Tal circunstancia es la que debe observar el órgano de control, de lo contrario no sería *neutral* <sup>(5)</sup> en su conducta y por ende debilitaría la confianza en el Estado de Derecho, tan exigido a nuestro país.

Pero los pensamientos que se esgrimen -dada la falta de previsión de la norma- exige encontrar un parámetro cuantitativo para valorar la suficiencia del capital inicial. Tomando como base lo indicado precedentemente en cuanto no se comparte la idea de resolver la suficiencia del capital en su relación con el objeto, aquello exige encontrar otro elemento referencial, el cual parece apropiado ubicarlo en el art. 186 L.S.

Si bien son moderadas las opiniones con relación a lo exiguo que ha resultado el monto indicado en el art. 186 L.S., la calificación cuantitativa del capital de manera absoluta por el registrador, sin ningún parámetro que lo contenga, tiende a la arbitrariedad. No está demás recordar que este análisis se sostiene sobre la base de la rectitud y de la justicia, con lo cual las arbitrariedades son patologías sujetas a revisión por las vías impugnativas respectivas, no obstante, tratando de evitar cualquier margen de probabilidad a la arbitrariedad, es que se recurre al art. 186 L.S. como parámetro de capital inicial mínimo, aun cuando de él se diga que en la actualidad ya no resulta suficiente.

---

(5) Farrell, Martín Diego, *El derecho liberal*, Abeledo-Perrot, Bs. As., 1998, p. 15, expresa: "Ser neutral es obrar de un modo tal que no se beneficie a ninguna concepción particular del bien".

De este modo se pretende contribuir a resolver una situación que se espera sea temporal hasta tanto se dote a la norma de una cifra numérica para los tipos sociales de *capital*, mientras tanto se sostiene la facultad del órgano de control de revisar los aportes sociales tratando de evitar la formación de sujetos de derecho incapaces económicamente. No es razonable dentro de un mismo sistema jurídico que la doctrina siga trabajando para encontrar nuevos modos de financiamiento, cuando paralelamente nacen los entes comerciales con patrimonios inexistentes.