

El equilibrio funcional y razonable entre el capital y el objeto en las sociedades comerciales

Por Susy Inés Bello Knoll

Introducción

La armonía de las normas de la ley de sociedades comerciales, en el libre juego de los artículos 11 (incisos 3 y 4) y 94 (incisos 4 y 5) –por citar los más importantes en este aspecto–, determina las pautas básicas de la relación de equilibrio que deben mantener el capital social y el objeto social.

Sumando nuevos argumentos a los fundamentos paradigmáticos del Juez Butty en Veca Constructora Sociedad Anónima¹, la *Resolución I.G.J. 1416/03* (“*Gaitán, Barujel & Asociados S.R.L.*”) viene a reeditar la solución preventiva dada al desequilibrio nocivo entre el capital y el objeto de las sociedades comerciales. Es síntesis: la Autoridad Registral al detectar la desarmonía deniega la inscripción de la sociedad.

No cabe duda que, en este caso, la protección de los terceros queda plasmada en esta decisión denegatoria que imposibilita el funcionamiento de una sociedad que se constituye cabalmente infracapitalizada.

Se advierte en la Resolución un mensaje moralizador dirigido al mercado, en tanto y en cuanto, supone indicar que la constitución de sociedades infracapitalizadas ab-initio ponen en riesgo la credibilidad de las instituciones societarias y la eficacia de su operatoria económica.

Suscribe esta Resolución IGJ el Dr. Ricardo Nissen, quien manifestara en un trabajo muy anterior a su nombramiento que “el ordenamiento jurídico societario necesita un inmediato “aggiornamiento”, no para entorpecer la constitución y desarrollo de las

¹ Veca Constructora S.A., Juzgado Nacional de Primera Instancia de Registro, 30-6-80; LL 1980-D-463

sociedades anónimas, sino para desalentar y reprimir la consecución de maniobras ilegítimas a través de ese formidable instrumento de concentración de capitales”. Indicaba además, en esa oportunidad, que la probabilidad “de que la sociedad anónima así infracapitalizada se convierta en un instrumento de fraude, como ha sucedido efectivamente.”² Entiendo que a través de la Resolución que se analiza el Inspector General pretende llevar a cabo dicho “aggiornamiento”.

Pautas para detectar el desequilibrio

Los considerandos de la mencionada Resolución de la Inspección General de Justicia sirven de camino válido a los fines de reflexionar sobre las pautas que pueden guiarnos hacia la certeza de la existencia de desequilibrio, a saber:

“Posibilidad de cumplimiento del amplio y variado objeto social”³

En este punto las Normas de la Inspección General de Justicia en su artículo 18⁴ imponen la precisión y determinación estricta en la descripción de las actividades vinculadas con el objeto. Esta norma advierte sobre la necesidad de incluir en la redacción del objeto la propuesta real.

Al decir del artículo primero de la ley de sociedades, es necesaria la descripción exacta de la “producción o intercambio de bienes y servicios” para el cual los socios se comprometen y efectivamente realizan aportes. Esta descripción será necesaria para encuadrar los actos de los administradores, entre otras cuestiones⁵, de allí su vital importancia.

² Nissen, Ricardo A. “Infracapitalización de sociedades comerciales. Abuso de Derecho y Responsabilidad de los socios y controlantes” ponencia presentada en el VIII Congreso Argentino de Derecho Societario y IV Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa, Rosario, 2001, Tomo III p. 549

³ Las comillas de los puntos de este apartado son citas textuales de la Resolución IGJ 1416 que se comenta.

⁴ Resolución IGJ 6/80

⁵ Art. 58 primera parte Ley 19.550

“Relación del objeto de la sociedad con el capital asignado para lograr su cumplimiento”

Es evidente que los socios van a aplicar sus aportes sólo a la consecución del objeto⁶. Más aún, si los administradores aplicaran los aportes de los socios a la realización de actos notoriamente extraños al objeto, dichos actos no podrán ser imputados a la sociedad y los administradores responderán personalmente por los mismos⁷.

Hay autores que entienden que el control de esta relación sólo se puede dar solamente para la constitución de la sociedad y que el “gran problema es lo difícil de establecer cuál es el capital adecuado para el cumplimiento del objeto, y precisar criterios para ello”.⁸ Coincido en esta apreciación pero entiendo que es difícil pero no imposible en cada en particular aplicando criterios de realidad económica.

Lisdero no cree que sea necesario exigir ab initio un capital para cumplir el objeto y propone un mecanismo de garantía gradual que, por lo menos, nos parece incontrolable desde el punto de vista práctico.⁹

“La desproporcionalidad entre éstos (capital-objeto) tiene consecuencias y un significado profundo como sería negar o por lo menos modificar el objeto social”

Entre otras tantas ésta es una consecuencia analizada por el maestro Halperín según indican los considerandos de la Resolución.

Recuerdo sobre el particular que el mencionado autor ponía acento en la significación del capital y las posibilidades de que pudiera generarse la nulidad del contrato social en relación con éste. Así indicaba que “el aporte del socio es de la esencia del contrato, sin él no hay sociedad ni socio. El socio que no cumple puede ser excluido (art. 37 y 90.2) y si el aporte no existe, la sociedad es anulable.” Agregaba el maestro que si no se

⁶ Artículo 1 Ley 19.550

⁷ Artículo 58 primera parte Ley 19.550

⁸ Prono, Javier y Gómez Bausela, María Silvia “Capital Social. Necesidad de vincular el capital con el objeto de la sociedad y propuestas alternativas para ello” ponencia presentada en el VIII Congreso Argentino de Derecho Societario y IV Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa, Rosario, 2001, Tomo III p. 557

⁹ Lisdero, Alfredo “Una posible solución al problema de la infracapitalización”, LL, Tomo 191, pàg. 805

especifican los aportes en el contrato social, la solución es la nulidad de la sociedad y que si el aporte ficticio fuere ficticio debe ser tratado como el aporte inexistente, y también produce la nulidad.

En este caso no cabe duda que la desproporción produce nulidad.

“El artículo 1º de la ley 19.550 define a la sociedad comercial como un contrato y por ello le son aplicables al mismo las reglas generales que regulan los actos jurídicos, en aras de los cuales, entre otros principios generales, se postula la existencia de que los mismos deben tener por objeto hechos posibles (art. 953, Código Civil)”.

La ley de sociedades comerciales realiza un detallado análisis de las cuestiones vinculadas a su temática en referencia al objeto ilícito y prohibido¹⁰ y nos obliga a consultar la normativa civil en los demás aspectos.

Por ello, aplico el artículo 953 del Código Civil, ya que el artículo 1167 del mismo Código determina que el mismo es aplicable a los contratos. Entonces, una de las condiciones que debe cumplir el objeto es que “debe ser posible”. El objeto imposible puede anular el contrato.¹¹ Para causar este efecto el objeto debe ser absoluta, física o jurídicamente imposible.

En el caso de las sociedades comerciales el objeto es la materia sobre la cual recae la voluntad constitutiva de los socios. La ausencia de este elemento esencial importa la desintegración de la sociedad.¹²

“Imposibilidad -ex origine- de cumplir el objeto que debe, por esencia, ser fácticamente posible”.

Un objeto imposible equivale a un objeto inexistente al decir de Llambías y entonces no habría obligación por falta de objeto posible. Determinada la imposibilidad de cumplimiento del objeto por la falta de capital suficiente no hay directamente sociedad¹³.

¹⁰ Artículos 18 y 20 Ley 19550

¹¹ Borda, Guillermo, “Manual de Contratos”, Ed. Perrot, 1985, pág. 88 y ss.

¹² Llambías, Tratado de Derecho Civil-Parte general, Ed. Perrot, 1001, Tomo II, pág. 325 y ss.

¹³ Llambías, Raffo Venegas y Sassot, “Manual de Derecho Civil-Obligaciones”, Ed. Perrot, 1985, pág. 16 y ss.

Indica Martorell que el capital es “un elemento fundacional” y afirma que en la medida en que no exista una correlación permanente entre el capital y el objeto¹⁴, resulta absolutamente imposible la consecución de éste último.

“La disolución de la sociedad por imposibilidad de lograr el objeto para la cual se constituyó (art. 94, inc. 4º de la ley 19.550)”

He destacado al principio de la presente nota, la importancia de la norma societaria que determina la disolución de la sociedad cuando hay imposibilidad de cumplimiento del objeto. Es así en el derecho comercial al igual que en la sociedad civil conforme el artículo 1771 del Código Civil.

En el caso bajo análisis aún la sociedad no ha sido inscripta y la revisión del cumplimiento de todos los requisitos legales conforme el artículo 6 de la Ley de Sociedades Comerciales pone en evidencia que el contrato es nulo por objeto imposible. Esa imposibilidad se determina por el desequilibrio con el capital social.

Si eventualmente la sociedad resultare inscripta, inmediatamente encuadraría en la disolución por imposibilidad de cumplimiento del objeto.

Por ello, comparto el decir de los estimados Dres. Dasso en relación a que la descalificación de la sociedad en medida que aparezca en riesgo o cuestionamiento la realidad del capital social como garantía del acreedor, la fulmina.¹⁵

Jelonche indicaba hace más de veinte años que “dado que corresponde a la autoridad administrativa de contralor demandar ante el juez del domicilio de la sociedad la disolución y liquidación en tales supuestos (art. 303, inc. 3º ley 19550) no puede tener sentido útil conformar el acto constitutivo para peticionar luego en contra, en cumplimiento de los citados preceptos. No cabe admitir seriamente la hipótesis de un acto administrativo que se autodescalifique a sabiendas, por inmediata consecuencia.”¹⁶ Estas expresiones, a mi criterio, mantienen absoluta vigencia.

“La función más importante que cumple el capital social en toda compañía, que es la función de servir de garantía de los acreedores de la sociedad para el cobro de sus créditos, lo cual constituye esencial diferencia entre el capital social y el patrimonio de la persona jurídica.”

¹⁴ “Martorell, Ernesto Eduardo “Sociedades Anónimas”, Ed. Depalma, 1988, p. 71

¹⁵ A. Angel Dasso y A. Gustavo Dasso, “El capital mínimo el la Sociedad Anónima”, ponencia presentada en el V Congreso de Derecho Societario y I Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa, Córdoba, 1992, tomo III , pág. 159

¹⁶ Jelonche, Edgar, “Capital social, objeto y estatuto modelo de las Sociedades anónimas” en LL, tomo I 1980-B, pág 880

He analizado en otras circunstancias este tema¹⁷ y he manifestado que la función de garantía frente a los terceros es indudablemente de destacada¹⁸ importancia en el sentido de cifra de retención que le otorgan la mayoría de los autores. Aquí aparecen como temas fundamentales los de infracapitalización material y formal de la sociedad, la recalificación de aportes, los límites financieros de distribución de dividendos¹⁹ y el fraude a los acreedores²⁰. Cada uno de estos temas merecen una reflexión que excede estas páginas.

Miguel Araya indica, en este caso, y afirmo este concepto, que “el capital figura como parte del pasivo de la sociedad, no porque represente un débito de la sociedad hacia los accionistas, sino porque el capital social constituye la garantía ofrecida por la sociedad a los terceros y figurando de tal forma, actúa como cifra de retención.”²¹ Coincido con Hernán Verly en que, desde el punto de vista fáctico, la seguridad del capital en este sentido, es una ficción que revela inexistente, en la realidad, la garantía definida.²²

He manifestado con anterioridad que no existe en la legislación societaria argentina una definición legal del capital social. Tampoco está definido en ella el patrimonio. La ley de sociedades en su art. 63, inc. 2, punto II ni siquiera menciona al patrimonio neto, pero, evidentemente, hace notar que es el concepto aglutinante de los tres rubros que allí se mencionan: capital social, reservas y utilidades.

Si bien en el momento constitutivo de la sociedad el capital social comprometido es el patrimonio de partida²³, ambos dejan de confundirse en cuanto comienzan las actividades sociales dirigidas al cumplimiento del objeto. No existe, entonces, identidad

¹⁷Bello Knoll, Susy Inés, “Hacia concepto nuevo de capital social” ponencia presentada en el VII Congreso Argentino de Derecho Societario y III Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa, Buenos Aires, 1998, Tomo III p. 282

¹⁸ Dentamaro, Annamaria, "Aumento di capitale e compensazione", Rivista delle società, anno 42, settembre-dicembre 1997, fascicolo 5-6, Milano, pág.1060 en referencia al fallo de la Corte di Casazione del 5 de febrero de 1996.

¹⁹ "Therefore, all states have placed *financil limits* on the payment of corporate dividends", Emmanuel, Stevens, "Corporations", 3rd. Edition, 1997-98, NY, pág. 37.

²⁰ Walkovszky v. Carlton, 233 N.E. 2d. 6 New York 1966. También The Uniform Fraudulent Conveyance Act adoptada en muchos estados de Estados Unidos de América , en su apartado 5.

²¹ Araya, Miguel, “Repensar la noción de capital social” ponencia presentada en el VI Congreso Argentino de Derecho Societario y II Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa, Mar del Plata, 1995, Tomo II p.279

²² Verly, Hernán, "Apuntes para una revisión del concepto de capital social", LL, 18-12-96, pág. 3.

²³ "...le capital social c'est-à-dire le patrimoine de départ de la société". Legeais, Dominique, Droit Commercial, Sirey, 10a. Édition, 1995, pág. 105

conceptual entre el capital y el patrimonio²⁴ a pesar de que en algún momento de la historia de la sociedad su valor puede ser similar, de allí la importancia de la preservación del capital social.

“El principio de limitación de la responsabilidad de los socios por las obligaciones sociales debe ser considerado como un privilegio que constituye una excepción al principio de unidad del patrimonio”.

En este sentido, los ya citados Dres. Dasso indican con certeza que “el principio de realidad adquiere una significación trascendental porque es el que determina la veracidad de la respuesta frente al acreedor y, solamente su exactitud y acierto explican que este acreedor no pueda agredir la responsabilidad individual del socio en la figura de la sociedad anónima”.

Por ello el maestro Zaldívar indicaba que “la limitación a la variabilidad del capital reviste particular importancia frente a los tipos societarios en los que aquel es la única prenda común de los acreedores, como sucede en las sociedades de capital”.²⁵

Coincido con Juan José Méndez quien, con la tutoría del maestro Anaya, manifiesta que la figura de la responsabilidad de los socios acotada al aporte realizado supone un deber de dotación a la sociedad de un capital congruente o por lo menos de un deber de capitalización.²⁶

“Tal como fue redactado su acto constitutivo, se trata de una sociedad que padece notoria infracapitalización funcional desde su inicio, lo cual constituye una actuación encuadrada dentro de la figura del abuso del derecho (art. 1071 Código Civil)”

Efectivamente se produce el abuso de las figuras societarias, particularmente las que limitan la responsabilidad de los socios. Nissen advertía hace dos años que “encuadrar

²⁴ Butty, Enrique Manuel, "Responsabilidad de los socios por la disminución del efectivo contravalor de la cifra expresiva del capital", VI Congreso de Derecho Societario Argentino e Iberoamericano, Tomo II, pág. 347.; Araya, Miguel C., "Repensar la noción del capital social", VI Congreso de Derecho Societario Argentino e Iberoamericano, Tomo II, pág. 279; Verly, Hernán, "Apuntes para una revisión del concepto de capital social", LL, 18-12-96, pág. 1.

²⁵ Zaldívar, Enrique, "Cuadernos de Derecho Societario, VI Aspectos jurídicos generales", primera reimpresión, Ed. Abeledo Perrot, 1978, p. 205

²⁶ Méndez, Juan José, "Las responsabilidades emergentes de la sociedad infracapitalizada", ED, 28 de noviembre de 2003

la infracapitalización de la sociedad como un supuesto de abuso de derecho (art. 1071 del Código Civil) permitía la aplicación del art. 54 in fine de la ley 19.550 con todos sus efectos”.²⁷

En el marco de la normativa civil, se podría estar en presencia de un ilícito civil caracterizado por la intención de provocar un daño a otro (dolo del artículo 931 del Código Civil) o de una simulación ilícita en el marco de la definición del artículo 955 del Código Civil.

Conclusiones

Se hace necesario remozar los viejos conceptos básicos que hicieron al derecho societario confiable y justo. La obligatoriedad de un equilibrio funcional entre el capital social y el objeto social en el acto constitutivo de la sociedad permitió al Juzgado de Registro hace más de veinte años negar la registración de una sociedad anónima. Hoy, el mismo postulado, ha permitido a la Inspección General de Justicia denegar la inscripción a una sociedad de responsabilidad limitada.

Los criterios aplicados en uno y otro caso son coincidentes y las pautas de la Resolución analizada permiten estudiar la cuestión desde distintos desarrollos doctrinarios que resumen la necesidad del ejercicio de la buena fe por parte de los constituyentes de sociedades, particularmente de aquellas que limitan la responsabilidad de los socios.

²⁷ Nissen, Ricardo A. “Infracapitalización de sociedades comerciales. Abuso de Derecho y Responsabilidad de los socios y controlantes” ponencia presentada en el VIII Congreso Argentino de Derecho Societario y IV Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa, Rosario, 2001, Tomo III p. 549