

LA DEROGACIÓN DEL CAPITAL SOCIAL

ERNESTO DANIEL BALONAS

PONENCIA

La función de garantía que debería tener el capital social ya no es satisfecha. Se propone empezar a hablar de Patrimonio Neto Social, y limitar sus reducciones mediante el empleo de índices máximos de endeudamiento.

DESARROLLO:

ACLARACIONES PREVIAS

Con esta ponencia no se pretende llegar a una solución definitiva a un tema que ya hace tiempo preocupa a la mayor parte de los operadores del derecho, y que no es otra cosa que la ineficacia del Capital Social como garantía ante terceros.

La intención de este trabajo es, por el contrario, intentar abrir el marco del debate, y hacer una propuesta, radicalmente distinta del sistema vigente, que, aceptada o no, permita pensar en buscar una solución a la crisis del capital, en otro instituto.

INTRODUCCIÓN

Hace ya varios años que venimos leyendo numerosos trabajos que hacen alusión a la impotencia del Capital Social para cumplir su función de garantía¹, hablando de responsabilidad de accionistas y/o administradores por infracapitalización² e incluso llegando a distinguir entre una infracapitalización formal y una material, que nos llevan a concluir que la referencia al capital no resulta suficiente ni siquiera para hablar de infracapitalización.

Si bien, y con toda razón, se atribuye al capital más de una función, vamos a concentrarnos en la que lo constituye en una garantía para terceros, dejando para más adelante una breve referencia a las demás funciones.

Esa función de garantía, por la que también se lo llama cifra de retención, plasmada en el Art. 71 de la Ley de sociedades que, al prohibir que se distribuyan utilidades si antes no se cubrieron pérdidas anteriores, transforma al capital social original en una cifra indisponible para los socios, que sólo tienen derecho a retirar utilidades en la medida que se mantenga intangible la suma de los aportes realizados.

Y es esta función, la que hoy encontramos en crisis³ y que, al decir de Nissen⁴, es la que asume el papel más destacado.

George Ripert⁵, daba una clara definición del capital, en el sentido de garantía, al definirlo como la contrapartida de la limitación de responsabilidad de sus integrantes.

Es decir que la función del capital social, como garantía, es la

¹ *Crisis del Capital Social como Garantía (para con los terceros y como referencia para los inversores)* por Francisco José CERVINI en el VII Congreso Argentino de Derecho Societario, Bs. As., 1998; *Hacia un Concepto Nuevo de Capital Social* por Susy Inés BELLO KNOLL en el mismo congreso; *Necesaria revisión del concepto de Capital Social* por Ricardo OLIVERA GARCÍA en el I Encuentro Argentino Uruguayo de Derecho Comercial, Mar del Plata 1996; "La función del Capital Social en el Régimen Societario Argentino" por Héctor O. Vázquez Ponce en el II Jornada Argentino Chilena de Institutos de Derecho Comercial, Mendoza, 1999.

² *La Infracapitalización de las Sociedades y la Responsabilidad de los Socios* por Ricardo A. NISSEN en *Revista de las Sociedades y los Concursos*, N° 1, Bs. As., 1999; *El socio accionista frente al fenómeno de la infracapitalización y la falencia social sobreviniente*, por Ariel A. Germán MACAGNO en el II Jornada Argentino Chilena de Institutos de Derecho Comercial, Mendoza, 1999; *Responsabilidad de los Administradores por Pérdida de Capital Social: Derecho Español y Derecho Argentino* por Emilio BELTRÁN SÁNCHEZ en *Doctrina Societaria y Concursal*, Errepar, T. XI, Enero 2000.

³ Haciendo propio el título de la ponencia del Dr. Cervini, ya citada.

⁴ En el trabajo ya citado.

⁵ Ripert GEORGE, *Tratado Elemental de Derecho Comercial*, t. 2, TEA 1954, citado por NISSEN en el trabajo ya mencionado.

que debería poner un límite entre los derechos de los socios de mantener a salvo sus patrimonios personales y de retirar las utilidades obtenidas por la sociedad y el perjuicio que podrían causar a acreedores y a la misma sociedad si, con esos retiros, se afecta su solvencia y, en consecuencia, su posibilidad de cumplir con su objeto social y satisfacer los pasivos.

Causas del fracaso del capital social en su función de garantía.

Las causas que nos llevan a cuestionar la capacidad del capital para cumplir la función de garantía que mencionamos son básicamente dos: 1) La solvencia de la sociedad se mide en función del patrimonio neto y no del capital y 2) No resulta conveniente imponer límites absolutos, sino que, dada la diversidad de sociedades, es más adecuado hablar de límites relativos.

1) *Patrimonio Neto Vs. Capital*

En este punto, al referirnos al patrimonio neto vamos a considerar como tal al inicial, es decir, depurado del resultado del ejercicio en curso o cuyos estados contables se traten, ya que, por esencia, y de ser positivo, ese resultado está destinado a ser distribuido y no a permanecer en el patrimonio social.

Más allá de lo conceptual, la diferencia que existe entre capital y patrimonio se reparte en dos grandes rubros contables: Las reservas y los resultados no asignados.

Y expresamente omitimos mencionar anticipos irrevocables a cuenta de futuros aumentos de capital⁶, por cuanto, como lo sostuvimos anteriormente⁷, consideramos que se trata de un pasivo, ya que hasta el momento en que la asamblea apruebe el aumento, quienes entregaron los bienes son acreedores de la sociedad, sea a la acciones a emitirse o a la restitución de lo entregado.

En lo que hace a las reservas no parece haber mayor conflicto, ya que, en principio, siguen la suerte del capital en cuanto a que no son disponibles por los socios, y tienen, en gran medida, la misma función de garantía.

⁶ También llamados aportes irrevocables, aunque preferimos evitar esta denominación porque entendemos que, siendo que el directorio sólo se encuentra facultado para recibir aportes por delegación de la asamblea una vez decidido el aumento, la recepción de bienes en cualquier otra circunstancia podrá tener cualquier otra naturaleza jurídica, pero nunca la de aporte.

⁷ "Aportes Irrevocables a cuenta de futuras emisiones" presentada en el II Jornadas Argentino Chilenas de Institutos de Derecho Comercial, Mendoza, 1999.

Sin embargo, lo dicho en el párrafo anterior, que resulta plenamente aplicable a las reservas legales o estatutarias, no lo es si se trata de reservas facultativas, por cuanto así como una asamblea decidió constituirla, otra podría desafectarla, lo que la transforma en disponible.

Y ocurre exactamente lo mismo con las utilidades acumuladas⁸, si bien integran el patrimonio neto, tienen, en radical diferencia con el capital social la característica de ser disponibles por los socios.

En esencia, podemos afirmar que las utilidades acumuladas son reservas facultativas constituidas de hecho, ante la omisión de decidir la distribución, que era su destino natural

En consecuencia, utilizar como parámetro al patrimonio en vez del capital implica ampliar la garantía de los terceros en el valor de las reservas facultativas, entendiendo que estas comprenden a las utilidades de ejercicios anteriores no asignadas.

Y es justamente esa diferencia la que hace que el patrimonio neto sea más útil como garantía de los acreedores, el hecho de que su implementación tornaría indisponibles a las reservas facultativas. Y esto encuentra su fundamento en que, cuando los accionistas deciden constituir reservas facultativas, ya sea mediante un acto positivo o mediante la omisión de decidir la distribución de utilidades, ello obedece, o-bien a una necesidad de capital de trabajo por parte de la sociedad, o al deseo de hacerla más solvente, y cualquiera de ellas que sea la razón, no parece justificable que luego los mismos accionistas puedan, sin limitación alguna, "llevarse" esa reserva.

Por supuesto que tal concepción llevaría a analizar con mayor detenimiento la decisión de constituir o no reservas facultativas (u omitir distribuir utilidades), lo que nos lleva al mismo punto en que debe operar el sistema que podamos crear para suplir la función de garantía del capital social: El momento en que se decide la asignación de los resultados del ejercicio, y en el que debería operar el régimen que proponemos, u otro que pudiera crearse, pero no el capital como cifra de retención, que no es más que un dato histórico.

O, dicho en otras palabras, la constitución de reserva facultativas no es más que la adecuación del capital histórico, a la situación y requerimientos actuales de la sociedad, y permitir su desafectación por

⁸ No tiene mayor sentido hablar del supuesto en que haya pérdidas acumuladas por cuanto en dicho supuesto todo el patrimonio es indisponible hasta tanto se hayan reintegrado las mismas.

parte de los accionistas, es permitirles que dejen a la sociedad sin capital de trabajo, y condenada a la insolvencia, teniendo como único límite un capital fijado en un momento alejado en el tiempo, en el que la situación y la envergadura de los negocios sociales pudieron ser muy distintos.

Todo ello nos lleva a convencernos de que resultaría más conveniente utilizar al patrimonio neto social, y no al capital, como parámetro para limitar los retiros de los socios, en protección de terceros y de la misma sociedad.

2) *Limitación absoluta Vs. Limitación relativa*

A pesar de lo dicho en el punto anterior, todos sabemos perfectamente que la principal falencia del sistema de capital histórico como cifra de retención no se encuentra en su calidad de histórico o posiblemente alejado de la situación actual de la sociedad, sino en la dificultad que implica establecer un mínimo que de garantías a terceros.

Resulta tan criticable la posición de quienes sostienen la conveniencia de capitales mínimos muy elevados -que impedirían más de un buen proyecto- como la de quienes defienden a las *one dollar corporations*⁹ que transforman a las sociedades en un instituto ideal para el fraude, anulando a la principal contrapartida de la exención de responsabilidad personal de los socios, que como ya dijimos es el capital.

Y buscando en ese difícil equilibrio, nuestra Ley opta por los \$ 12.000¹⁰, que no es ni lo uno ni lo otro y que en consecuencia no consigue la finalidad perseguida por ninguna de las dos posiciones y es susceptible de recibir las críticas de ambas.

En el medio han aparecido posiciones mucho más cercanas al criterio de justicia, y que hablan de capital necesario, entendiendo como tal al que cada sociedad requiere en función de su objeto social.

Sin perjuicio de todo lo que ya se ha escrito, incluso por parte de quienes, con cierta razón, han sostenido que el organismo de contralor podría negar la inscripción, por aplicación del Art. 94 inc. 4¹¹, de una sociedad con un capital insuficiente, lo concreto es que ello trae aparejado otro riesgo, que es a quién dotamos de la potestad de definir cuándo un capital o patrimonio es suficiente y cuando no.

⁹ Sociedades de un dólar, o sea, la ausencia de capital mínimo.

¹⁰ Ley 19.550, Art. 186.

¹¹ Imposibilidad de cumplir su objeto.

Como puede apreciarse, el de capital suficiente, es un concepto demasiado subjetivo, y su implementación en el derecho positivo atentaría contra la seguridad jurídica, ya que, y aún suponiendo la buena fe de todos los intervinientes, podría ocurrir que una jurisdicción o un funcionario fueran más permisivos que otros, o tuvieran un criterio distinto, que llevaría a que algunos empresarios encontrarán la exoneración de responsabilidad profesional con bajos capitales de riesgo, y otros viesén frustrados proyectos que pudieron haber sido viables.

Por todo ello es que entendemos que las limitaciones a la distribución de utilidades deben ser totalmente objetivas, pero no basadas en valores absolutos, sino en valores relativos, es decir relacionados con el activo, o con el pasivo, o con algún otro parámetro que nos demuestre, de alguna manera, el tamaño de los negocios y la actividad social.

La propuesta que hacemos en este trabajo toma como base para fijar un patrimonio mínimo, al activo, sin embargo podría ser válida otra propuesta que tome como tal al pasivo o a los gastos realizados durante determinado lapso de tiempo o a cualquier otro valor que surja de los estados contables de la sociedad y se considere razonable.

Esta relatividad, de determinar al mínimo como un porcentaje de una cifra representativa de la envergadura de la sociedad o sus negocios, nos permite introducir un límite objetivo automáticamente adaptable a cada sociedad.

No pretendemos que la solución sea perfecta, ya que sabemos que aún esa relación porcentual debería ser distinta para sociedades que tengan distintos objetos, pero también debemos ser conscientes de que establecer reglas objetivas e iguales para un universo de casos implica fijar un promedio que no va a ser el ideal para ninguno. Es el costo de la generalización que, en función de la necesaria objetividad, es insoslayable.

De todos modos, siempre un parámetro objetivo relativo va a ser más razonable que un parámetro absoluto.

NUESTRA PROPUESTA

Partiendo de las conclusiones a que llegamos en el punto anterior, la conveniencia de que el parámetro mínimo sea el patrimonio neto y que ese mínimo sea una relación con el activo y no una cifra

fija es que elaboramos ésta propuesta.

Y, en concreto, proponemos que se fije un índice máximo de endeudamiento, o en realidad dos. Uno por debajo del cual los socios no podrían retirar utilidades, y otro por debajo del cual la sociedad se debería disolver, salvo que se reintegre el patrimonio, en un instituto similar al del Art. 96 de nuestra Ley.

A modo de ejemplo, y sin perjuicio de que entendemos que hace falta un profundo estudio para determinar los porcentajes, podríamos proponer un patrimonio neto mínimo del 40 % del activo (lo que equivale a un índice máximo de endeudamiento del 60 %), por debajo del cual no se puedan efectuar distribuciones de utilidades y otro patrimonio neto mínimo del 15 % del activo (endeudamiento del 85 %) por debajo del cual la sociedad debería disolverse.

Sabemos que ante tal propuesta no va a faltar quien asegure que más de una sociedad, con un endeudamiento superior al 85 %, e incluso superior al 100 %, salió adelante, pero en esos casos, el riesgo lo afrontaron los acreedores y no los socios, y las utilidades correspondieron a los socios, lo que no parece un sistema justo.

Si en un supuesto como ese, los acreedores decidieran asumir el riesgo, pueden convertir su crédito en patrimonio social, aportando el mismo, y de tener éxito los negocios obtendrán el beneficio que el riesgo corrido merece, de lo contrario, de no querer los acreedores asumir el riesgo, la sociedad debería disolverse, brindando este sistema el beneficio que, detectada a tiempo la infracapitalización, aún habría patrimonio para cancelar todos los pasivos, o al menos la mayor parte de ellos.

Reiteramos que no consideramos incluidos los llamados aportes irrevocables en el patrimonio neto, ya que dado que existiendo la posibilidad de que haya que reintegrarlos, deben quedar en el pasivo hasta que la asamblea resuelva su capitalización, momento en el que sí se tornarían irrevocables también para la sociedad.

En forma análoga a las reservas estatutarias, podría aceptarse que en los estatutos de las sociedades se convinieran patrimonios netos mínimos más altos, dotando a la sociedad de una verdadera garantía ante terceros.

Otra crítica que podría recibir la propuesta es lo crítico de la valuación del activo, sin embargo, contra sobrevaluaciones, entendemos que las normas contables argentinas son eficientes al limitar el valor de los activos al valor neto de realización o valor de utilización

económica, aunque, por supuesto, no negamos la posibilidad de que puedan ser mejoradas.

La infravaluación no es motivo de preocupación, ya que una sociedad cuyo activo esté subvaluado no tendrá capacidad de endeudarse, lo que la hará aún más solvente, existiendo siempre la posibilidad de los revalúos técnicos.

Y se nos ocurre una tercer crítica, que se relaciona con los bienes intangibles, en muchos casos no reflejados en el activo de los estados contables y cuya importancia puede ser radical.

Y esta cuestión es más difícil de resolver. Una posibilidad sería que los pasivos cuyos titulares aceptaran estar solo garantizados con los intangibles y no con el resto del patrimonio no sumaran a efectos de determinar el índice anterior¹², acercándonos al concepto de los créditos subordinados.

Sería una forma de que el acreedor acepte la existencia y valor de ese intangible. Si no se consigue ningún tercero que financie ese intangible deberán ser los mismos socios quienes aporten el patrimonio necesario para mantenerlo. Lo contrario implica obligar a terceros, quizás sin que lo sepan, a que acepten el valor y financien los activos intangibles que la sociedad dice poseer, lo que de hecho ocurre con la legislación actual.

LAS OTRAS FUNCIONES DEL CAPITAL. LOS EFECTOS DE NUESTRA PROPUESTA EN ELLAS

Las demás funciones del capital fueron sintetizadas con muy buen criterio por la Dra. Bello Knoll¹³ en tres (descartamos la de garantía por cuanto fue principal objeto de tratamiento en este trabajo): La función productiva, la de determinación de los derechos de los socios y la de determinación de utilidades y pérdidas.

1. La función productiva: Se relaciona con el capital fijado en función del objeto social a ser cumplido por la sociedad y no hay mayor impedimento en atribuir la misma función al patrimonio neto.
2. La función de determinación de utilidades y pérdidas: Esta

¹² O lo que es lo mismo, los pasivos cuyos titulares aceptaran como única garantía a los intangibles, se considerarían patrimonio neto a efectos de calcular el porcentaje mínimo mencionado en la propuesta.

¹³ En la ponencia mencionada anteriormente.

función hace referencia a la posibilidad de determinar el resultado del ejercicio comparando el patrimonio neto fina con el capital original, sin embargo de lo que se trata es de comparar los patrimonios netos al inicio y al cierre.

3. La función de determinación de los derechos de los socios, tanto de los derechos políticos como económico y de eventuales responsabilidades. Si bien no habría impedimento en mantener la cifra histórica de capital, sin que opere como cifra de retención, y al solo efecto de determinar las participaciones sociales, no podemos olvidar que en muchas legislaciones¹⁴ existen las acciones sin valor nominal y los capitales de actualización automática, sin que ello sea un mayor impedimento.

CONCLUSIONES

Fijar un patrimonio neto mínimo como porcentaje del activo, debajo del cual no se pueden efectuar distribuciones de utilidades y otro por debajo del cual la sociedad deba ser disuelta parece ser una mejor protección a los terceros, y a la misma sociedad, que el régimen hoy vigente.

Pero, como ya dijimos al comienzo de este trabajo, no creemos haber encontrado la solución definitiva, sino que pretendemos abrir el debate en un sentido que nos permita llegar a un mecanismo mejor que el que el capital social como cifra de retención nos brinda.

Estamos convencidos que la propuesta, aunque perfeccionable, es superior al sistema actual y, por sobre todo, sería un paso adelante en la búsqueda de una adecuada contrapartida de la limitación a la responsabilidad de los socios.

¹⁴ Por ej. La Ley chilena de Sociedades Anónimas, Art. 10 2º párrafo.