

RESPONSABILIDAD DE LOS SOCIOS Y CAPITAL SOCIAL

Gladys Josefina Puliafito

Sumario

Frente a la imposibilidad del activo social para responder al pasivo, debemos entender que la responsabilidad de los socios no debe limitarse simplemente a la cifra capital del pasivo del balance, entendido en su forma tradicional (sumatoria de aportes), sino que debe ampliarse a los aportes irrevocables, préstamos o anticipos de cierta permanencia -similares a aquéllos- efectuados por los socios respecto de los cuales responderán en forma ilimitada por su integración. Tal reintegración efectiva, que reclamaba Butty, amplía sus horizontes a tales aportes, lo que en la práctica significa aplicársele también los principios de intangibilidad y función de garantía frente a terceros.

1. Introducción

El Dr. Enrique Butty oportunamente alertó sobre *la responsabilidad de los socios por la disminución del efectivo contravalor de la cifra expresiva del capital social*, indicando expresamente que “ *si las contingencias de la vida social determinasen que el contravalor patrimonial de la cifra capital del pasivo del balance, cayese por debajo del valor expresado por dicha cifra, los socios responderán sin distinción de tipos, ilimitadamente hasta la reintegración, pues la situación guarda analogía marcadamente próxima con la falta de integración de los aportes al momento de constitución (ley de sociedades, arts. 163, 146 y 150)*”⁽¹⁾.

(1) “Responsabilidad de los socios por la disminución del efectivo contravalor de la cifra expresiva del capital”, en *VI Congreso e Derecho*

Recordaremos esta doctrina, como punto de partida para avanzar sobre el principio señalado.

2. *El capital social*

Son harto conocidas las numerosas discusiones en torno al concepto de capital social que pretenden definirlo como la sumatoria o conjunto de aportaciones efectuadas por las socios al momento constitutivo de la sociedad; como entidad jurídica abstracta y formal (aspecto nominal); o como una fracción de dicho patrimonio neto no identificable "cualitativamente", pero sí "cuantitativamente" en la medida que sirve de cobertura del importe nominal de capital de naturaleza indisponible (aspecto real), dado que de lo contrario, llevaría a considerarse al capital social como un simple número abstracto y formal carente del significado que debe asignársele jurídicamente desde las funciones que el primero representa ⁽²⁾.

Por su parte, nuestro sistema legal societario no conceptualiza el capital social, pero de su normativa se desprende que inicialmente aquél se identifica con el monto global equivalente al valor de los aportes comprometidos por sus socios ⁽³⁾.

De ese modo, capital y patrimonio coinciden al momento de constitución, sin perjuicio que, con posterioridad y en virtud del principio de invariabilidad ⁽⁴⁾, el primero, en tanto cifra representativa, permanezca, mientras que el segundo, en tanto conjunto de bienes y de deudas de una sociedad de naturaleza disponible, mute conforme las contingencias económicas de la empresa.

Societario y II Congreso de Derecho Societario Iberoamericano, Ad-Hoc, Bs. As., 1995, t. II, p. 347.

(2) Conf: Verón, Alberto Víctor, *Sociedades comerciales*, Astrea, Bs. As., 1996. p. 329. Portale, Giuseppe y Costa, Concetto, "Capitale sociale e società per azioni sottocapitalizzate: le nuove tendenze nei paesi europei" en *Il diritto delle società per azioni, problemi, esperienze, progetti. A cura di Pietro Abadesa e Angel Rojo*, Giuffrè, 1993, ps. 95 y 96.

(3) Conf: Halperín, Otaegui, op. cit., p. 227.

(4) No opera automáticamente, debiendo modificarse solo mediante los procedimientos establecidos por la ley (arts. 188, 234, 203, 204, 205, 235, etc.).

Particularmente en las sociedades comerciales donde los socios cuentan con el beneficio de la limitación de la responsabilidad, el capital social adquiere una relevancia trascendental⁽⁵⁾; razón por la cual la ley contiene una serie de disposiciones que pretenden defender su integridad e intangibilidad⁽⁶⁾, definiendo, al mismo tiempo, el papel interno y externo que juega el instituto.

En efecto, a nivel interno entre, otras funciones, interesa destacar aquí la de actuar como cifra de retención y como línea, en palabras de Garrigues, o círculo ideal trazado en el activo de la sociedad sobre el cual lo que exceda del mismo podrá ser distribuido entre los socios. Difiriendo la línea del patrimonio con la del capital social, en tanto éstas no coincidan, la sociedad no podrá repartir dividendos entre los accionistas⁽⁷⁾.

Externamente, por su parte, el capital social cumple la función de garantía, no como indicador de la "solvencia"⁽⁸⁾ societaria, por cuanto tal situación estará dada principalmente por el patrimonio u otros factores o datos de carácter económicos, sino como cifra de efectivo contravalor patrimonial de naturaleza indisponible, compensador del excepcional beneficio de exclusión de responsabilidad patrimonial personal de los socios.

En este sentido, debe destacarse las opiniones que giran entorno de estos datos económicos al que hacemos referencia, por encima de la noción de capital social clásicamente concebida. Así las cosas, se ha sostenido que los terceros acreedores, a la hora de contratar con la sociedad, no tienen en cuenta su capital sino su patrimonio neto⁽⁹⁾ u

(5) Puliafito, Gladys Josefina: "La infracapitalización, el beneficio de la limitación de la responsabilidad y la quiebra", en *Derecho concursal aplicado*, coord.: Pérez Hualde, Ad-Hoc, Bs. As., 2003.

(6) Vgr: normas atinentes a la integración de los aportes (arts. 51, 53, 186, 187, 166, 193 L.S.); distribución de dividendos sólo con ganancias líquidas y realizables (arts. 68); prohibición de distribución de utilidades hasta tanto no se cubran las pérdidas de ejercicios anteriores (art. 71); prohibición de emisiones bajo la par (art. 202); prohibición de la sociedad de adquirir sus propias acciones (art. 220), etc.

(7) Garrigues, J., *Curso de Derecho Mercantil*, t. II, ps. 134 y 145.

(8) Nissen, Ricardo, *Ley de Sociedades Comerciales*, Abaco, Bs. As, 1993, t. III, p. 142.

(9) Le Pera, Sergio, "Sobre la futilidad de la noción de capital social", L.L.1986-B-972.

otros elementos de análisis relevantes: como por ejemplo, capacidad de repago, flujo de fondos o rentabilidad⁽¹⁰⁾. En el mismo orden ideas, se ha resaltado la importancia de la capacidad de producir ganancias derivadas de la aptitud de explotación adecuada de una empresa, o bien el de mantenimiento de su capacidad operativa, asegurado por lo que se denomina "capital físico", aunque también debe señalarse las diversas concepciones de lo que podría entenderse por "mantenimiento" de tal capacidad operativa⁽¹¹⁾.

Más allá de la importancia económica que puedan revestir estos indicadores en tanto constituyen datos o elementos de análisis trascendentales a la hora de la contratación con la empresa, no puede desconocerse que los mismos pueden variar considerablemente a la época de cumplimiento de la obligación en razón de condiciones económicas internas o externas a la misma previsible o imprevisible que no aseguran la certeza ni de los elementos, ni del análisis en sí, en tanto se mueven mayormente en el terreno de las probabilidades.

Y aún más, tales análisis de carácter económicos, no comprenden –dado que no les corresponden comprender– principios de carácter jurídicos de disponibilidad que pesa sobre el patrimonio e indisponibilidad que pesa sobre el capital social en razón de las restantes funciones que la ley le asigna a este último.

En esta línea de pensamiento y como dijimos en su oportunidad, los regímenes legales europeos se han inclinado a favor de la vigencia del instituto bajo tal concepción. Señala Rojo⁽¹²⁾, en relación al derecho

(10) Araya, Miguel, "Repensar la noción del capital social" en *VI Congreso e Derecho Societario y II Congreso de Derecho Societario Iberoamericano*, Ad-Hoc, Bs. As., 1995, t. II, p. 279; Silveyra, Miguel María, "Factibilidad de incluir las acciones sin valor nominal en nuestro sistema legal a la luz del replanteo de la noción de capital social" en *VII Congreso de Derecho Societario y III Congreso de Derecho Societario Iberoamericano – "La sociedad comercial ante el tercer milenio*, Lara, Bs. As., 1998, t. III, p. 229; Cervini, Francisco, "Crisis del capital social como garantía –para con los terceros y como referencia para los inversores" en *VII Congreso de Derecho Societario y III Congreso de Derecho Societario Iberoamericano – "La sociedad comercial ante el tercer milenio*, Lara, Bs. As., 1998) t. III, p. 178.

(11) Olivera García, Ricardo, "La crisis del concepto de capital social", R.D.C.O., 1999- 369 y ss..

(12) Rojo, Angel, "Consideraciones sobre la función de garantía del capital de la sociedad anónima en el derecho español", R.D.C.O., año 31, enero-marzo 1998, N° 181.

español, el mantenimiento del concepto tradicional del capital social en el derecho interno mediante la incorporación de la directiva No. 71/91 C.E.E., con claros efectos positivos en aquél, pues a través de la implementación del régimen jurídico establecido por dicha directiva (consagrante de la concepción clásica del capital social) se ha incrementado la protección de los terceros⁽¹³⁾. El mismo principio defendería el Reglamento N° 2157/2001 del Consejo—del 8 de octubre del 2.001—, mediante el cual se aprueba el estatuto de la sociedad económica europea (S.E.).

3. Ampliación del concepto tradicional de capital social

Por cierto, ello no importa la desechar los certeros “reclamos” a la noción tradicional del capital social en tanto contrapeso de la limitación de la responsabilidad de los socios.

Uno de ellos y que el propio Butti también destacara⁽¹⁴⁾, hace referencia a la relación objeto social-capital social; vale decir que sea “adecuado” a las actividades que la empresa realiza y que sea mantenido durante toda la vida societaria, so pena de frustrar los derechos de los terceros contratantes a quienes pretende proteger el instituto.

Asimismo, esta dimensión del capital social y su real adecuación al objeto societario como su necesario mantenimiento, rescata en gran parte, no sólo la función de garantía en relación a terceros sino además la función de productividad que igualmente se le ha asignado⁽¹⁵⁾.

(13) En sus considerandos la citada directiva expresa que “... asegurar una equivalencia mínima en la protección de accionistas y de los acreedores de estas sociedades tiene una importancia muy especial la coordinación de las disposiciones nacionales relativas a su constitución, así como el mantenimiento, el aumento y reducción de su capital...”.

(14) “Veca Constructora S.R.L.”, 1º Juzg. Nac. Com. 30/06/1980, E.D. 33-579.

(15) El capital debe apuntar a otorgar los medios instrumentales suficientes para el desarrollo del objeto social, agregándose por ello la función empresarial del mismo como el sustento de fondos propios para financiar la infraestructura social Portale, Giuseppe y Costa, Concetto: “Capitale sociale e società per azioni sottocapitalizzate...”, op. cit., p. 98. Araya, Miguel: “Repensar...” op. cit., p. 281.

Pero también entendemos que tales asertos sólo se cristalizarán, en parte, cuando una reforma legislativa determine un mínimo legal de capital social mayor del actual –como ya se ha reclamado– que al mismo tiempo revitalice sobre todos los tipos de la sociedad anónima y la S.R.L., evitando con ello, al menos, la situación de la sociedad originariamente infracapitalizada.

Esto sin duda no solucionará la problemática de la cultura de la “no asunción de riesgos”, no obstante constituiría un límite inicial importante.

Otro reclamo que es el que nos interesa destacar, ataca el concepto restringido mismo del capital social como simple sumatoria de los aportes capitalizados. A tal efecto, la doctrina ha propuesto, certeramente a nuestro juicio, la inclusión en dicho concepto de los aportes irrevocables, de las prestaciones no restituibles y cualquier otra contribución de los socios o no socios en tanto ostenten el carácter de inversión permanente en la sociedad, debiendo preservarse en ellos los principios de integridad e intangibilidad ⁽¹⁶⁾.

Tal criterio contribuye sin duda a esclarecer la problemática de la infracapitalización nominal y – cuyo peligro es que convierta posteriormente en material-, en tanto se destaca la noción de capital como “capital propio” comprensible no sólo de los aportes de los socios, sino también de las reservas y utilidades no distribuidas, susceptibles de ejecución forzada ⁽¹⁷⁾.

En efecto una sociedad dotada patrimonialmente, pero con un capital nominal irrisorio, puede, en cualquier momento (y ante por ejemplo la falta de rentabilidad gradual de la empresa) no serlo más

(16)Conf: Bello Knoll, Susy, “Hacia un concepto nuevo de capital social” en *VII Congreso de Derecho Societario y III Congreso de Derecho Societario Iberoamericano – “La sociedad comercial ante el tercer milenio*, Lara, Bs. As., 1998, t. III, p. 282.; Ver Richard, Efraín H.: “Las relaciones de organización y el sistema jurídico de derecho privado” Academia Nacional de Ciencias Sociales de Córdoba, 2000, p. 491; C.N.Valores Resolución 290/97 (art. 8.1.8.1.11, Libro VII).

(17)Originado principalmente en la República Federal de Alemania frente a requerimientos económicos de la sociedad anónima moderna: Conf: Manóvil, Rafael Mariano “Responsabilidad de los socios por insuficiencia del capital propio. El modelo alemán” en *Derecho Empresario Actual Homenaje al Dr. Raymundo L. Fernández*, Cuadernos de la Universidad Austral N° 1, Depalma, Bs. As., 1996; p. 609.

mediante la sistemática distribución de ciertas reservas, o mediante la restitución de los aportes “otrora” irrevocables, o de otros préstamos conferidos por los socios a la sociedad⁽¹⁸⁾.

Expresa al respecto Vítolo que quien pretende conformar mediante mecanismos técnicos una mayor solvencia patrimonial desde la cuenta capital social deberá sujetarse a las mismas reglas que rigen la regulación legal del capital social, dentro y con los alcances del principio de *intangibilidad* al que se sujeta aquél. Por tal razón, propone el autor que *cuando los activos sociales no resultan suficientes para afrontar el pasivo* (el destacado es nuestro), dichos aportes no podrán ser restituidos a los titulares sin recurrir previamente a un procedimiento equivalente a la reducción de capital social establecido por la ley de sociedades⁽¹⁹⁾.

En este sentido, y ya frente a la hipótesis de quiebra, el tratamiento de los aportes irrevocables o de los préstamos efectuados por los socios a la sociedad, debiera traducirse en la consideración de los mismos como créditos subordinados frente a los restantes créditos quirografarios⁽²⁰⁾.

Los antecedentes jurisprudenciales existentes, como el citado en nota han efectuado en la práctica la recalificación a la que apuntaba la doctrina, en tanto justamente han considerado tales anticipos o préstamos como “capital de riesgo”, impidiendo con ello la igualdad de tratamiento con relación al crédito del tercero⁽²¹⁾.

(18) Conf. Portale, Giuseppe y Costa, Concetto, op. cit..

(19) Vítolo, Daniel. “Aportes irrevocables a cuenta de futuros aumentos de capital y derechos de terceros”, en *La protección de terceros en las sociedades y en los concursos*, VII Jornadas de Institutos de Derecho Comercial de la Rca Argentina, Ad-Hoc, 2000, p. 165 y ss. Otros directamente proponen la extensión del concepto de capital social y a partir de allí, la aplicación de los principios del capital social a los aportes irrevocables, entre otros. Ver nota 11.

(20) Valga señalar la calificación que ha efectuado la jurisprudencia sobre aportes irrevocables en caso de quiebra: “Palacio El Fumador S.A. s/ Quiebra” C.N.Com. 26/8/86, citado por Vítolo (op. cit. p. 171) donde se consideró a dicho aporte como de capital y no un préstamo (mutuo), en tanto mediaron en el acto “elementos propios de la relación societaria; expectativa de ganancia que pudiera arrojar la actividad social por el refuerzo financiero.....” (el destacado nos pertenece). Richard, Efraín Hugo: “Las relaciones de organización...”, op. cit., p. 491.

(21) Conf: Manóvil, Rafael: “Responsabilidad...”, op. cit

4. Conclusión

Como conclusión a los conceptos vertidos precedentemente y frente a la imposibilidad del activo social para responder al pasivo, debemos entender que la responsabilidad de los socios no debe limitarse simplemente a la cifra capital del pasivo del balance, entendido en su forma tradicional (sumatoria de aportes), sino que debe ampliarse a los aportes irrevocables, préstamos o anticipos de cierta permanencia -similares a aquéllos- efectuados por los socios respecto de los cuales responderán en forma ilimitada por su integración. Tal integración efectiva, que reclamaba Enrique Butti, amplía -de este modo- sus horizontes a tales aportes, lo que en la práctica significa aplicársele también y como ya se ha expresado, los principios de intangibilidad y función de garantía frente a terceros.