

LA CRISIS DEL CAPITAL SOCIAL Y OTROS SISTEMAS PARA CUMPLIR LA FUNCIÓN DE GARANTÍA

POR DANIEL BALONAS

Sumario

Ante la crisis en que se encuentra el capital social en cuanto a la función de garantía que debe cumplir, se propone, de *lege ferenda*, otro sistema tendiente a cumplir de mejor manera la misma función. En tal sentido, se propone impedir que los socios dispongan del patrimonio social cuando el patrimonio neto se encuentre por debajo del 40 % del valor del activo, y la disolución, salvo reintegro o aumento, en caso de que el patrimonio neto represente menos del 20 % del activo.

1. Introducción: La función de garantía del capital social

Las sociedades comerciales –y especialmente la limitación a la responsabilidad que encierran los tipos más utilizados– resultan una excepción a la regla general de que las obligaciones deben ser canceladas.

En efecto, el principio general es que todas las obligaciones deben ser cumplidas, y por ende la limitación de responsabilidad prevista para ciertos tipos sociales¹ una excepción a tal principio general. No procuro con ello cuestionar tal sistema, probablemente uno de los pilares del capitalismo moderno, pero sí partir

¹ Artículo 134 Ley de Sociedades Comerciales (LSC) para la Sociedad en Comandita Simple, artículo 141 LSC para la de Capital e Industria, artículo 146 LSC para las Sociedades de Responsabilidad Limitada y artículo 163 LSC para las Sociedades Anónimas.

de la premisa de que la limitación de la responsabilidad no es la regla sino la excepción, y así debe ser interpretada.

La exigencia de un capital social es la contrapartida de tal sistema de limitación de la responsabilidad, el precio que los empresarios pagan por, en determinadas circunstancias, no verse obligados a cumplir con obligaciones asumidas a los fines de realizar los negocios canalizados a través de la sociedad.

El capital es también, y en esto se centrará el presente trabajo, un límite al derecho de propiedad de los accionistas. Me explico: resulta indudable que los accionistas son los propietarios del patrimonio social², pero tal derecho de propiedad encuentra un límite frente a la excepcional norma de limitación de la responsabilidad. Es el límite entre el derecho de propiedad de los socios y el derecho de los acreedores a que su deudor, la sociedad, mantenga su patrimonio como garantía de los créditos.

Así, se ha dicho que *lo que está prohibido a los socios, a menos que cumplan las formalidades relativas a la reducción regular de capital, es convenir la reintegración de sus capitales o remisión de las cuotas impagas*³.

Se ha criticado mucho este principio, con el argumento de que un capital grande no garantiza el éxito de la sociedad ni impide llegar a un estado de insolvencia, lo cual es evidentemente cierto, ya que de lo contrario cualquier persona con suficiente capital se aseguraría el éxito en los negocios. La falacia radica en que la función del capital no es garantizar el éxito o la solvencia, sino —entre otras funciones y en lo que aquí nos interesa— limitar el derecho de disposición del patrimonio social por parte de los propietarios.

² Esto no implica desconocer la personalidad jurídica diferenciada de la sociedad ni por ende su propia titularidad de los bienes, que por consiguiente no son de los accionistas. Sin embargo, ello no deja de ser una ficción jurídica que permite a los empresarios realizar negocios valiéndose legítimamente de tal artificio. A ello me refiero cuando hablo de propietarios, término que por otro lado hace casi 25 años que viene utilizando la doctrina y normativa contable y que recientemente fue incorporado a la jurídica a través de la Resolución 562 de la Comisión Nacional de Valores. Utilizo este vocablo por cuanto entiendo que refleja más gráficamente la realidad comercial subyacente detrás del negocio societario.

³ Halperin, Isaac. *Sociedades Anónimas*, Buenos Aires, Depalma, 1974, ps. 196/197.

2. La crisis del capital social

Hace ya más de quince años que venimos leyendo numerosos trabajos que hacen alusión a la impotencia del capital social para cumplir su función de garantía⁴, hablando de responsabilidad de accionistas y/o administradores por infracapitalización e incluso llegando a distinguir entre una infracapitalización formal y una material^{5 6}, que permite concluir que la referencia al capital no resulta suficiente ni siquiera para hablar de infracapitalización.

En el interín muchos autores han referido la obsolescencia del concepto de capital social y han propuesto su reemplazo por el de patrimonio neto, que consideran la verdadera garantía de las deudas sociales. Incluso, en muchos casos se ha citado en

⁴ Cervini, Francisco José. "Crisis del Capital Social como Garantía (para con los terceros y como referencia para los inversores)". Ponencia presentada en el *VII Congreso Argentino de Derecho Societario*, Buenos Aires, 1998; Bello Knoll, Susy Inés. "Hacia un Concepto Nuevo de Capital Social" en el mismo Congreso; Olivera García, Ricardo. "Necesaria revisión del concepto de Capital Social" en el *I Encuentro Argentino Uruguayo de Derecho Comercial*, Mar del Plata, 1996; Vázquez Ponce, Héctor O. "La función del Capital Social en el Régimen Societario Argentino" en las *II Jornadas Argentino Chilenas de Institutos de Derecho Comercial*, Mendoza, 1999; Vitolo, Daniel Roque. "Capital Social, Infracapitalización y sobreendeudamiento" en "Conflictos Actuales en sociedades y concursos", *IX Jornadas de Institutos de Derecho Comercial de la República Argentina*, Comodoro Rivadavia, septiembre de 2002, por sólo citar a los que he considerado más representativos de lo debatido en los últimos quince años.

⁵ Nissen, Ricardo A. "La Infracapitalización de las Sociedades y la Responsabilidad de los Socios" en *Revista de las Sociedades y los Concursos* N° 1, Buenos Aires, 1999; Germán Macagno, Ariel A. "El socio accionista frente al fenómeno de la infracapitalización y la falencia social sobreviniente" en las *II Jornadas Argentino Chilena de Institutos de Derecho Comercial*, Mendoza, 1999; Beltrán Sánchez, Emilio: "Responsabilidad de los Administradores por Pérdida de Capital Social: Derecho Español y Derecho Argentino" en *Doctrina Societaria y Concursal* Errepar, T° XI, enero de 2000, entre muchos otros trabajos, e incluso una interesante reinterpretación del concepto de Infracapitalización formal que compartimos en Richard, Efraim Hugo. *Insolvencia Societaria*, Buenos Aires, Lexis Nexis, 2007, p. 148.

⁶ Personalmente he sostenido que hubo por parte de la doctrina un error de terminología -hoy ya consolidado-, ya que la infracapitalización se refiere en realidad a la impotencia patrimonial y no a la falta de capital social -a excepción de la interpretación de Richard de la infracapitalización formal. Al respecto, me remito a mi ponencia "Infrapatrimonialización: prevención o reparación del daño", presentada en las *Jornadas Rioplatenses de Derecho Comercial* realizadas en San Isidro en octubre de 2005.

tal sentido un trabajo mío⁷ en el que si bien proponía una idea similar a la que ahora reitero, se fundaba no en desprestigiar la importante función actual del capital, sino en reemplazarla por un método más eficiente.

O sea, y lo que pretendo dejar en claro en este punto, es la vocación de que la crisis del capital social en el cumplimiento de su función de garantía no acabe en la supresión del mismo perdiendo tal función, sino en su reemplazo por un método más eficiente.

De las demás funciones del capital, la de adecuada contrapartida de limitación de responsabilidad podría ser cumplida por el método que propongo, al basarse, también, en la restricción a la disponibilidad del patrimonio societario por parte de los socios. En cuanto a la de organización, que permite determinar los derechos de cada socio, entiendo que puede ser sencillamente reemplazada por mecanismos de porcentajes o cantidades de acciones, tal como funciona en otros países.

Las demás funciones que se le han dado al capital⁸ corresponden en realidad al patrimonio neto.

3. Las causas de la crisis del capital social

Las causas que llevan a cuestionar la capacidad del capital para cumplir la función de garantía antes mencionada son básicamente dos, de los cuales la segunda es el de mayor importancia.

3.1. Patrimonio neto Vs. capital

El patrimonio neto representa la porción del activo social que es financiada por los socios, en contrapartida con el pasivo que es la porción financiada por terceros. De allí que la cifra que nos va a representar el monto arriesgado por los socios es el patrimonio neto, y no la cifra de capital.

Hacemos esta afirmación, por cuanto el resto de las cuentas del patrimonio neto –resultados acumulados (o reservas

⁷ “Derogación del Capital Social”, ponencia presentada en el VIII Congreso Argentino de Derecho Societario, realizado en Rosario en octubre de 2001.

⁸ Capital de trabajo con la función de cumplir el objeto social, como medio de medir resultados, etc., se refieren en realidad a funciones que sí corresponden al patrimonio social.

facultativas⁹), reserva legal, otras reservas, etc.–, son fondos que por imperio de las circunstancias –o de la Ley– los socios en forma expresa o tácita decidieron invertir –y arriesgar– en la sociedad, y lógicamente no pueden luego retirarlos cuando la sociedad cae en estado de insolvencia.

En el sistema hoy vigente hay una distinción importante entre uno y otro concepto, y es la disponibilidad sobre la que ya nos explayamos: mientras el capital no es disponible por los socios hasta la disolución de la sociedad, el resto de las cuentas de patrimonio neto es, en general, más o menos disponible por ellos, de allí que no cumple la misma función de garantía que el capital. Sin embargo, en el sistema que propongo en este trabajo se afecta la disponibilidad de todo el patrimonio, por lo que la distinción deja de tener sentido y resulta más conveniente hablar de patrimonio neto que de capital.

De allí, que tomar solo al capital y no al resto del patrimonio como garantía, hace que el resto de las cuentas sean libremente disponibles por parte de los socios, lo que no se condice con la realidad que los llevó a invertir ese dinero en la sociedad.

Entendemos que la vocación de invertir en la sociedad –a cualquier título– debe implicar la subordinación de tal inversión a los derechos de acreedores genuinos de la actividad social.

3.2. Limitación absoluta Vs. Limitación relativa

3.2.1. El capital mínimo

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.

⁹ En realidad, y en tanto los resultados sean positivos, resulta más apropiado hablar de reservas facultativas, ya que si los resultados no se distribuyeron al final del ejercicio, ni se les dio otro destino, debemos entender que con los mismos se constituyó una reserva facultativa en forma implícita. Si los resultados fueran negativos la distinción no tiene sentido, ya que representarán una porción de los demás rubros que, al menos transitoriamente, ha sido pérdida, y en ese caso todo el patrimonio es indisponible hasta tanto se hayan reintegrado o recuperado la pérdida.

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 corporation*¹⁰ 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 al buscar en ese difícil equilibrio, nuestra ley opta por los \$ 12000¹¹, 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.

3.2.2. *El capital necesario y los problemas de la subjetividad*

En el medio han aparecido posiciones mucho más cercanas al criterio de justicia —que comparto—, y que hablan de capital necesario, entendiendo como tal al que cada sociedad requiere en función de su objeto social, dejando al capital mínimo legal como un requisito administrativo, necesario, pero no suficiente para considerar cumplido el requisito sustancial de aporte “serio” exigido por el artículo 1 LSC.

En los últimos años se ha discutido sobre la potestad del organismo de contralor en relación con merituar, previo a la inscripción de la sociedad, si el capital resulta adecuado al objeto. Personalmente me expedí a favor de tal facultad¹², aunque reconociendo que como la experiencia lo demuestra, ello solo permite detectar casos burdos de infracapitalización originaria, donde aparece evidente la desproporción entre capitales insignificantes y objetos sociales pretenciosos.

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

¹⁰ Sociedades de un dólar, o sin capital mínimo.

¹¹ Ley 19.550, artículo 186.

¹² “Visión Actual del Capital Social”, ponencia presentada en las *Jornadas en Homenaje a Enrique Butty*, en Mar del Plata, 2007.

personal con bajos capitales de riesgo, y otros vieses frustrados proyectos que pudieron haber sido viables.

4. *El capital propio y el financiamiento externo*

Los empresarios procuran siempre maximizar beneficios y reducir riesgos. Es razonable que así sea y de hecho tal vocación es el motor de la economía capitalista. Sin embargo, muchas veces se confunde la minimización de riesgos con el traslado de los mismos a quienes no tienen la posibilidad de decidir si asumirlos –eventualmente a cambio de una adecuada contrapartida– o no. Me refiero a los denominados acreedores involuntarios, entre los que se encuentran los trabajadores, consumidores, el Estado, pequeños proveedores, damnificados por ilícitos civiles, etc.

No incluyo a los acreedores voluntarios, ya que éstos con toda certeza han evaluado el riesgo y si lo han tomado, ha sido sobre la base de garantías reales o personales ajenas¹³ a la sociedad, o bien a cambio de una tasa de interés alta que compense el riesgo asumido¹⁴.

En la actualidad, nadie puede desconocer que los negocios no se realizan totalmente con capital propio, sino que suelen contar con una importante porción de financiación ajena, financiación que como bien se indicaba en “Veca Constructora SRL”¹⁵, cuando es *ab initio* y sustancialmente superior al patrimonio neto, no se funda en el crédito de la sociedad sino en el de sus socios.

Desde que el patrimonio neto representa la porción de activo financiada por los propios socios y el pasivo la financiada por terceros, el primero debe ser lo suficientemente significativo como para asegurar que el riesgo es corrido por quienes utilizan la herramienta de la limitación de responsabilidad, y quiénes a su vez serán los beneficiarios de las utilidades que se pretenden obtener.

¹³ Habitualmente de accionistas o directores que aparecen avalando personalmente las obligaciones sociales.

¹⁴ Con buen criterio, el Proyecto de Reforma de la Ley de Sociedades del año 2002 trataba a los créditos proporcionados por los socios o sus familiares directos como subordinados al resto del pasivo.

¹⁵ Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Comercial de Registro, 30 de junio de 1980.

Si personas ajenas a la sociedad desearan invertir en el negocio sin ser socios del mismo, hay suficientes formas jurídicas de hacerlo¹⁶ sin con ello menoscabar los derechos de terceros, de gozar del patrimonio de su deudor como garantía de sus créditos.

En definitiva, aunque con toda razón desde su óptica, los expertos en finanzas nos enseñen que siempre resulta más económico el financiamiento externo que el de los propios socios¹⁷, aceptar que una excesiva porción del activo se financie con terceros implica trasladar el riesgo del negocio a los terceros, y lo grave de ello es que quienes lo soportan habitualmente son los acreedores involuntarios.

5. Conclusión: el sistema que se propone

Sobre la base de las críticas efectuadas al sistema actual de capital social, se propone reemplazarlo –en su función de garantía y de contrapartida de la limitación de responsabilidad– por el siguiente sistema, fundado también en restricciones a la disposición del patrimonio neto, aunque sobre otras bases, que se apartan de lo histórico para vincularse con la realidad del giro social.

En concreto se propone, de *lege ferenda*, que los socios no puedan efectuar distribuciones de utilidades cuando el patrimonio neto sea inferior al 40 % (cuarenta por ciento) del activo, o bien como efecto de la distribución se reduzca a menos de ese porcentaje del activo.

Y que cuando el patrimonio neto sea inferior al 20 % (veinte por ciento) del activo, la sociedad se considere disuelta, salvo decisión social de reintegro o aumento del patrimonio a niveles superiores al 20 % del activo.

¹⁶ Préstamos a los socios garantizados con acciones sociales, con pactos de sindicación de acciones, o con cualquier otro método que de suficiente garantía acerca del destino del préstamo, acciones preferidas sin derecho a voto, etc., o bien pactando la subordinación de su crédito.

¹⁷ No sólo por los efectos impositivos, sino también por cuanto el socio tiene vocación de mayor tasa de retorno –por asumir un riesgo empresario– que quien simplemente presta y encuentra garantizada la restitución de lo prestado.

A tales fines, los pasivos respecto de los cuales se haya pactado la subordinación a los demás podrían considerarse parte del patrimonio neto, siempre y cuando la subordinación incluya también el pacto de que no pueden ser pagados con fondos sociales mientras el patrimonio neto no sea superior al 40 % del activo.

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.

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 me ocurre una tercera 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. 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 anterior¹⁸, convirtiéndose en créditos subordinados, que ante un proceso falencial cobrarían después de los quirografarios, o exclusivamente con el producido de la venta del intangible.

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, sin que lo sepan, a que acepten el valor y financien los activos intangibles que la sociedad dice poseer.

¹⁸ 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.

Desde ya que los guarismos podrían ser discutibles, y que incluso se podría pensar en otros parámetros vinculados al giro social, pero consideraré cumplido el objetivo trazado al escribir estas líneas, si resultan ser el punto de partida para la discusión del tema y para, en definitiva, lograr que la función de garantía -hoy asignada al capital social- finalmente sea cumplida.