

ALGUNAS REFLEXIONES SOBRE LA FUNCIÓN PREVENTIVA DEL CAPITAL SOCIAL

María Laura Juárez

SUMARIO

Pese a las fuertes críticas que a la fecha viene sufriendo la noción de capital social, no creemos conveniente abandonar el mismo como idea rectora del sistema societario argentino.

Es que los principios de invariabilidad e intangibilidad del son una regla de orden publico consagradas en protección de la integridad del propio capital social, en beneficio de los socios y terceros.

Pese a lo expuesto, entendemos que el capital social sólo podrá cumplir con las funciones preventiva y de garantía si el concepto del mismo supera a aquel que lo define limitadamente al conjunto de aportes realizados por los socios que formalmente lo conforman y se extiende a otros tipos de aportes, a saber cuentas del patrimonio neto que en la realidad de los hechos permiten al ente societario cumplir su objeto social (función productiva) y dan una apariencia de solvencia para la obtención de créditos y el otorgamiento de garantías a terceros (función de garantía).

Siguiendo por tanto, el principio de la realidad, consideramos que una opción razonable sería dar el mismo tratamiento de capital social, y por tanto limitar su disponibilidad por la sociedad y socios, a rubros tales como la cuenta ajuste de capital social, aportes irrevocables, prestaciones no restituibles y cualquier otra contribución que realicen los socios o propietarios con el carácter de inversión permanente en la sociedad.

Así solo el capital en su acepción más abarcativa podría cumplir la función preventiva.

Es que si la sociedad recibe contribuciones en forma permanente de los socios (sin constituir las en capital formal) para cumplir con el objeto

social y dar garantías a terceros, se vería obligada a no disponer de los montos que figuran en dichas cuentas del patrimonio neto, manteniendo de esa forma la solvencia de la sociedad o al menos su capacidad de repago.

Al mismo tiempo, si la sociedad ha recibido tales contribuciones de los propietarios y por su destino damos a dichos rubros el carácter de capital, ante la existencia perdidas que consuman a los mismos, el órgano de administración y el ente societario estarán obligados a adoptar medidas paliativas urgentes, tales como el reintegro de capital o su aumento, so pena de la responsabilidad que pudiere corresponder por mostrarse inertes ante la posible insolvencia y disolución del ente social.



FUNDAMENTACIÓN

Funciones del Capital Social

Nuestra legislación, en un inicio adoptó la posición más ortodoxa, considerando al capital social como esa cifra estática e intangible que se extrae por comparación del patrimonio y que debe ser incluida dentro del pasivo del balance, no por constituir un crédito a favor de los accionistas, sino, por ser una cifra-garantía para terceros, por lo que figurando de tal forma cumplía la misión de ser una cifra de retención.

Sin embargo el concepto tradicional de capital social ha sufrido severas críticas por considerar la doctrina que no cumple con las funciones básicas para las cuales fue instituido. En este punto se destaca el trabajo de la Dra. Susy Bello Knoll, “Hacia un concepto Nuevo de Capital Social”, publicado en el VII - Congreso de Derecho Societario y de la Empresa, Buenos Aires 1998, quien enumera las distintas funciones que en la práctica debería cumplir el capital social, señalando las siguientes:

1. **Función productiva:** esta función estaría relacionada directamente con el objeto, es decir, el capital social tendría que alcanzar un monto que debe guardar una relación razonable con las actividades a desarrollar por la sociedad. Esto se vincula con los temas referidos a la existencia o inexistencia de un capital mínimo obligatorio (art. 186, L.S.C.) o de un capital inicial adecuado que entendemos al igual que la citada autora, en ningún caso garantiza el éxito productivo de la sociedad.

2. Función de determinación del derecho de los socios: Sostenemos que esta es una de las funciones en la que mejor performance desempeña el sistema de capital social. Es que la cifra del capital determina la responsabilidad, la participación en las utilidades, la participación en la cuota de liquidación, la participación en la toma de decisiones y el mantenimiento de una proporción del capital.

3. Función de determinación de las utilidades y pérdidas: En este punto se ha interpretado que la determinación de utilidades y pérdidas surge de comparar el capital aportado y la diferencia entre activo y pasivo. Pero ello no resulta ser una ecuación perfecta, ya que más allá del resultado que nos da la referida comparación, hay que tener presente aspectos económico-financieros, que muchas veces obstaculizan la distribución de utilidades, siendo por otro lado peligroso considerar, con criterio nominalista, que es capital sólo el aporte de los socios, sin tener en cuenta otros rubros del patrimonio, indispensables para el correcto funcionamiento de la sociedad.

4. Función de garantía frente a los terceros: es indudable la importancia de esta función en el sentido de cifra de retención que le otorgan la mayoría de los autores. Ahora bien, dado que capital se conforma en principio solo por el aporte de los socios, para que cumpla esta garantía bueno sería considerar *otros rubros del patrimonio* como parte del capital. A la función de garantía se relacionan conceptos tales como los de infracapitalización material y formal de la sociedad, recalificación de aportes, límites financieros de distribución de dividendos y fraude a los acreedores.

El capital social, tal como se presenta, no cumple su función de garantía frente a los acreedores, ya que como cifra de retención la que se denuncia en los contratos o balances es a todas luces insuficiente, siendo la real garantía el patrimonio de la sociedad, cuya realización por contraposición al capital es libre. No soluciona, en principio, el problema de la infracapitalización sustancial o real.

La función preventiva

A las funciones citadas, agregamos la función preventiva o pre concursal. Dado que el capital social no es sino una cifra *mínima de patrimonio neto* que debe mantenerse durante la vida de la sociedad, la existencia de ese mínimo patrimonio neto positivo cumple además de una función de

garantía, una función de tipo preventiva o preconcursal frente la peligro de la insolvencia de la sociedad.

No cabe duda entonces que esta función pre concursal complementa y refuerza el patrimonio neto, porque a través de diversas medidas se tienden a asegurar que el patrimonio no se reduzca por debajo del mínimo establecido como cifra de capital social. Así el capital social como patrimonio mínimo obligado a existir en la sociedad, debería actuar en forma preventiva tendiente a evitar la cesación de pagos de la sociedad y su insolvencia, mediante medidas de saneamiento como el reintegro de capital social, reducción de capital o el aumento de capital social; o mediante la regularización de la situación de la empresa optando por la disolución de la sociedad, con la finalidad de evitar que el riesgo de la insolvencia definitiva se traslade a los acreedores aprovechando el beneficio de la responsabilidad limitada del que gozan los socios en la sociedad anónima.

Al establecer un mecanismo de protección de un mínimo de patrimonio neto (capital social) se busca que existan en la sociedad activos suficientes para cubrir los pasivos, impidiendo de esta manera un mayor nivel de insolvencia de la sociedad que puede llegar al extremo de la insolvencia definitiva o quiebra en donde no existan activos para cubrir los pasivos de la sociedad.

La función preventiva ante la crisis del capital social

El concepto de capital social se encuentra en crisis, porque de las funciones que él debería cumplir, en la práctica, sólo cumple la de ser un elemento de organización, o sea que desempeña un importante rol en el aspecto interno de la sociedad, por ser su monto necesariamente igual a la suma del valor nominal de las acciones¹. Fija en definitiva, teniendo en cuenta el monto total del capital social y el suscrito por cada accionista,

¹ OLIVERA García, Ricardo, "La Crisis del concepto Capital Social", RDCO, página 369, editorial Depalma, octubre 1999. Según este autor el capital social tiene tres funciones: a) de Garantía, el concepto de capital social aparece precisamente con la finalidad de reservar aquella porción del patrimonio social que se halla fuera del ámbito de las disponibilidades de los órganos sociales y así servir de garantía de los acreedores. b) función de organización, al servir para la determinación de la participación de los socios en las sociedades anónimas y de responsabilidad limitada. c) de Productividad: El capital social tiene una misión básica de servir de fondo patrimonial para la obtención de beneficios, mediante una determinada actividad empresarial.

los porcentajes de participación el que será cociente resultante de dividir el valor nominal de su participación por el capital social. Esta función no carece de importancia, al contrario, el rol en la faz interna permite conocer el límite en el ejercicio de los derechos políticos y económicos de los socios.

Si bien las circunstancias parecerían llevarnos necesariamente a un replanteo del concepto de capital social, me adelanto a opinar que aun no ha llegado el momento de abandonarlo como concepto rector del actual régimen societario argentino. El principio de la intangibilidad del capital social, tal como antes se describiera, expresa una regla de orden público consagrada en resguardo de la integridad del propio capital social, en beneficio de los socios y terceros.

Es cierto que el patrimonio es la prenda común de los acreedores, y es el que en definitiva mide la solvencia de la sociedad. Sin perjuicio de ello, no resulta conveniente desvirtuar o subestimar el concepto de capital social, planteando su falta de utilidad².

Así planteadas las cosas, si pretendemos que el Capital social, cumpla todas las funciones ya citadas, ante la inexistencia de normas legales que impongan a la sociedad la adecuación permanente de su capital social al patrimonio, debemos sincerarnos y extender la noción de capital social a aquellos rubros del patrimonio neto que exceden el concepto de capital social propiamente dicho, pero que en la práctica cumplen en los entes societarios con la función productiva. Si a esos rubros o conceptos se los considera técnicamente como capital social con todas sus características (intangibilidad, invariabilidad, indisponibilidad) también se lograría cumplir con la cumplir la función preventiva o pre concursal.

Por tal motivo, la noción de capital social debe trazarse teniendo en cuenta las funciones del mismo, pero no solo algunas de ellas, sino todas las funciones, especialmente la tan olvidadas función de garantía y en especial la función preventiva. Ha dejado entonces de ser simplemente el conjunto *de aportes de los socios*³.

² LE PERA, Sergio, "Sobre la futilidad de la noción de capital social", LL, tomo 1986-B, pág. 972.

³ BALONAS, Daniel, "Reinterpretando el Concepto de Capital Social", Libro de Ponencias del XI Congreso Argentino de Derecho Societario, Mar Del Plata, Octubre de 2010, tomo III, pág. 165.

Es decir, no se niega que el capital sigue siendo el conjunto de los aportes y por ende mide la participación de los socios, pero también debe ampliarse la visión y considerar capital social a la cifra o el monto que la sociedad utiliza en la práctica para cumplir las demás funciones, tales como la productiva y la de garantía a requerimiento de terceros, especialmente entidades de crédito.

Es que contablemente dentro del patrimonio neto, existen conceptos que no revisten el carácter de indisponibilidad que caracteriza al capital social, *que dan una apariencia de solvencia* que a veces en los hechos no es tal, como por ejemplo los aportes irrevocables a cuenta de futuros aumentos de capital social u otras contribuciones de los propietarios (directos o indirectos) que no ingresan al pasivo sino al patrimonio neto, como una inversión de los socios.

Es decir, en el patrimonio neto encontramos por un lado la cifra capital social (conjunto de aportes de los socios) indisponible y por otro aportes que también realizan los propietarios, esencialmente disponibles, por lo que configura tan solo garantía o cifra de retención el capital social propiamente dicho.

Ese monto del patrimonio que cumple en la realidad de los hechos esas funciones debe estar alcanzado por las características propias del capital social y convertirse en una cifra que funcione como límite al derecho *de disposición del patrimonio social*, (como la distribución de dividendos (Art. 71), las participaciones en otras sociedades (Art. 31) las participaciones recíprocas (Art. 32) o las obligaciones de tenedores (Art. 33). Es lo que se denomina capital sustancial.

Solo si consideramos como capital social, con todas las limitaciones que el mismo implica, a los rubros que en la práctica se incorporan al patrimonio neto con carácter permanente, se lograra cumplir con la función preventiva del capital social, debiendo la sociedad ante la disminución del capital sustancial recurrir en forma inmediata a los recursos preventivos que otorga la ley como por ejemplo el reintegro o aumento de capital, o simplemente hacer lo propio para mantener inalterables esas otras cuentas de los propietarios que formalmente no conforman el capital social pero que sostienen y solventan a la sociedad.