

CAUSAS DEL FRACASO DEL CAPITAL SOCIAL COMO GARANTÍA

ERNESTO DANIEL BALONAS

CONTENIDO

La causa del fracaso del capital social como garantía indirecta de acreedores es que no existe relación entre su cuantía y la envergadura de los negocios sociales o el objeto social y, en los casos que se ha buscado dicha relación, la misma resulta subjetiva. Sólo a partir de este diagnóstico se podrá buscar una solución al problema.

I. ACLARACIONES PREVIAS

En el pasado Congreso Nacional de Derecho Societario celebrado en Rosario en el año 2001 presenté un trabajo en el que se proponía una solución concreta a la impotencia que evidencia el capital social para cumplir con su función de garantía¹:

¹ BALONAS, ERNESTO DANIEL "La Derogación del Capital Social". VIII Congreso Argentino De Derecho Societario Y Iv Congreso Iberoamericano De Derecho Societario Y De La Empresa, TOMO III p. 91.

Del debate, y otras ponencias presentadas sobre el tema, llegué a la conclusión de que resulta imposible debatir posibles soluciones si previamente no conseguimos determinar cuáles son las causales del fracaso del instituto "Capital Social" y por supuesto, en tanto estemos de acuerdo sobre este fracaso.

2. INTRODUCCIÓN

Hace ya varios años que venimos leyendo numerosos trabajos que hacen alusión a la impotencia del Capital Social para cumplir su función de garantía², hablando de responsabilidad de accionistas y/o administradores por infracapitalización e incluso llegando a distinguir entre una infracapitalización formal y un material³, 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.

3. LA FUNCIÓN DE GARANTÍA DEL CAPITAL SOCIAL

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 hace ya tiempo encontramos en crisis y que, al decir de NISSEN, es la que asume el papel más destacado⁴.

² Citadas en el trabajo antes mencionado, a las que cabe agregar, por el pormenorizado análisis "Capital Social, Infracapitalización y sobreendeudamiento" por DANIEL ROQUE VÍTOLO en "Conflictos Actuales en sociedades y concursos", IX Jornadas de Institutos de Derecho Comercial de la República Argentina, Comodoro Rivadavia, septiembre de 2002.

³ Ver numerosos trabajos citados en la obra mencionada en nota 1.

⁴ En el trabajo ya citado.

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.

Para entender esta importante premisa, debemos partir de la base de que la responsabilidad limitada de los socios no es un atributo natural de las sociedades, sino por el contrario un beneficio que da el legislador para fomentar la asunción del riesgo empresario. Pero para dar seriedad al sistema necesitamos, como contrapartida, asegurar que se dotará a las sociedades de un capital razonable. Lo contrario, implica trasladar el riesgo de los negocios a los acreedores sociales.

Es decir que la función del capital como garantía, tiene dos facetas:

i) **Limitación a retiros por parte de los socios**: Por un lado es la 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; y

ii) **Patrimonio Propio Suficiente**: Por el otro, la de dotar a este emprendimiento de un patrimonio -propio de los socios- razonable en función del riesgo empresario asumido.

Para entender esta segunda faceta, debemos partir de la base de que el patrimonio social tiene dos fuentes de financiación, la de los socios -representada por el patrimonio neto- y la de terceros -representada en el pasivo-. Sin embargo, si los beneficiarios de la limitación de responsabilidad, y de utilidades esperadas son los socios, resulta lógico que la mayor parte del riesgo la asuman los socios, y no los terceros.

Esto no implica pretender que una sociedad no se financie con recursos externos, pero tampoco puede aceptarse que el financiamiento externo represente el 80 ó 90 % del patrimonio -como suele ocurrir- ya que ello implica el traslado del riesgo a terceros, con lo

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

que si el negocio resulta bien, los dueños habrán obtenido beneficios, pero si resulta mal, los perjuicios los soportarán los terceros⁶. Y recordemos que los terceros no siempre son acreedores que analizaron el riesgo, ya que se incluyen acreedores laborales, el Estado, pequeños proveedores, etc.

Y volviendo al principio sostenido por GEORGE RIPERT, la limitación de responsabilidad de los socios no está dada para trasladar el riesgo a los acreedores, sino para limitarlo a un razonable patrimonio que los dueños deben arriesgar en el negocio.

4. CAUSAS DEL FRACASO DEL CAPITAL SOCIAL EN SU FUNCIÓN DE GARANTÍA

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.

En ambos casos, afectan a las dos facetas mencionadas en el punto anterior, ya que aún el tema del capital mínimo (o eventualmente patrimonio mínimo) que en apariencia solo afectaría a la faceta denominada “patrimonio propio suficiente”, en forma indirecta le está dando fuerza a la otra “limitación al retiro de socios”, que podría transformarse en abstracto en tanto el límite impuesto fuera exiguo.

4.1. Patrimonio neto Vs. capital.

Como ya se ha dicho, el patrimonio neto representa la porción de patrimonio 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 facultativas⁷),

⁶ Para el supuesto de emprendimientos cuya principal fuente de financiación sean terceros que decidan asumir tal riesgo, queda la posibilidad de los créditos subordinados, lo que dejaría a los demás créditos en una posición preferente respecto de quienes han decidido acompañar a los empresarios en su riesgo, y que seguramente habrán tenido razones para hacerlo.

⁷ En realidad, y en tanto los resultados sean positivos, resulta más apropiado hablar de reservas

reserva legal, otras reservas, etc.⁸, 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.

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. Si los socios deciden “prestar” fondos a la sociedad, ello deberá integrar el pasivo. Pero si se lo incorpora al patrimonio neto, debe formar parte de la garantía hacia terceros.

4.2. Limitación absoluta Vs. Limitación relativa.

4.2.1. 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.

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 respon-

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 representarían una porción de los demás rubros que, al menos transitoriamente, ha sido perdida, y en ese caso todo el patrimonio es indisponible hasta tanto se hayan reintegrado o recuperado la pérdida.

⁸ No incluimos a los Adelantos a cuenta de futuras suscripciones, por considerarlos parte del pasivo. Esos adelantos, 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, ni por ende integrar el patrimonio neto. Al respecto ver BALONAS, ERNESTO DANIEL, “Anticipos Irrevocables a Cuenta de Futuros Aumentos”, VIII Congreso

⁹ Nacional de Derecho Societario, Tomo III, pág. 83.
Sociedades de un dólar, o sin capital mínimo.

sabilidad personal de los socios, que como ya dijimos es el capital.

Y buscando en ese difícil equilibrio, nuestra Ley opta por los \$ 12000¹⁰, 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.

4.2.2. El Capital Necesario y los Problemas de la Subjetividad.

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 controlador 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 no¹².

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.

¹⁰ Ley 19550; Art. 186

¹¹ Imposibilidad de cumplir su objeto

¹² Muy recientemente, la Inspección General de Justicia, ha denegado la inscripción a algunas sociedades —principalmente sociedades de responsabilidad limitada— con dicho argumento. Ello ha motivado también más de una oposición a tal criterio. A modo de ejemplo se puede consultar la ponencia presentada en el XXXIX Encuentro de Institutos de Derecho Comercial de la Provincia de Buenos Aires por CAROLINA GONZÁLEZ RODRÍGUEZ “El Capital Social y una llamativa jurisprudencia administrativa”, basada en la resolución en el expediente “Gaitán, Barugel & Asociados SRL”

5. LAS OTRAS FUNCIONES DEL CAPITAL

Las demás funciones del capital social son perfectamente prescindibles o reemplazables por el patrimonio neto, por lo que entendemos que no hace falta integrarlas a este análisis.¹³

6. CONCLUSIONES

En función de todo lo expuesto, entiendo que las limitaciones a la distribución de utilidades, y el patrimonio propio mínimo de que se dote a las sociedades deben ser fijados en forma totalmente objetiva, 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.

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.

¹³ Al respecto me remito al trabajo de mi autoría citado en la nota 1.