

CIERTAS APOSTILLAS ACTUALES SURGIDAS DE LA INFLACION; LA VINCULACION DEL CAPITAL SOCIAL CON EL OBJETO Y LA REPRESENTATIVIDAD AJENA A ESTE ¿DERIVAN EN UNA "CUESTION CAPITAL" PARA NUESTRO ACTUAL DERECHO SOCIETARIO? CREEMOS QUE SI. EL "CAPITAL FUNCIONAL" (*)

*Federico J.M. Mangold Moro (**)*

*In memoriam del Prof. Enrique Manuel Butty (***)*

Exordio (**)**

La teoría general de las sociedades comerciales destaca la asociación con la finalidad de "... *conjugar los medios económicos que exceden la capacidad del hombre aislado...*" (1). Repudia la

(*) El presente análisis receipta parte de aquella comunicación que sometieramos a consideración de las XIV Jornadas de Institutos de Derecho Comercial de la República Argentina, levadas a cabo en la ciudad de Paraná, los días 30 y 31 de agosto de 2007, intitulada "*Necesidad excluyente de determinación apriorística "objetiva" en torno al criterio configurativo del Capital Social en las Sociedades Comerciales - El Capital Funcional*"

(**) Abogado - Miembro del Instituto de Derecho Comercial de F.E.I.E.I. - C.P.A.C.A.B.A. - U.N.A

Jerónimo Salguero 1230 (C1177AEX) Buenos As. - República Argentina (5411) 4864-7786 - fjm1mm@yahoo.com.ar (5411) 95-176-6417

(***) Mayo 7 de 2006.

(****) El autor desea manifestar su reconocimiento para con la Dra. Paula Repetti, por su permanente predisposición, de inestimable valor práctico, en la elaboración del presente trabajo.

(1) Por todos: Garrigues, Joaquín, "Teoría general de las sociedades mercantiles", Revista de Derecho Mercantil; Madrid; N° 131, p. 7 y ss.; complementa con acierto Le Pera el distracto verificado en la calidad de

inteligencia cualquier previsión -o ambigüedad- en contrario. El corporativismo se enraíza -y sostiene- pretendiendo los recursos tendientes al logro de un fin determinado. Por ende, necesaria y excluyentemente, **el capital social es al objeto social, lo que el ser al deber ser** ⁽²⁾.

accionista y administrador: *"Tomando el caso ejemplificativo de las sociedades anónimas o por acciones (...) que tuvieron un nacimiento y evolución peculiar, comienzan a ser descritas como una simple asociación de capitales para una empresa determinada, cuya administración y gobierno estaba en manos de los accionistas (los suministradores del capital asociado), entre quienes se distribuía la renta o utilidad de la gestión (en tanto estructura de responde) a una situación relativamente primaria o inicial del proceso de concentración del capital, no ha desaparecido totalmente en el mundo contemporáneo, pero es dudoso si continua siendo la apropiada para el mayor número de casos de las sociedades por acciones existentes"* (Le Pera, Sergio, *Cuestiones de derecho comercial moderno*, Astrea, Bs. As., 1979; reimpresión, p. 133 y ss.). No es ajeno a este pensamiento Drucker: *"En lugar del capitalista de la vieja escuela, en los países desarrollados son los fondos de pensiones los que, en forma creciente, controlan la provisión y asignación del dinero. En Estados Unidos, en 1992, estos fondos reunían la mitad del capital en acciones de las empresas de mayor tamaño del país y controlaban casi el mismo porcentaje de la deuda fija de esas mismas empresas. Los propietarios beneficiarios de los fondos de pensiones son, por supuesto, los empleados del país. Si el socialismo se define, como lo hizo Marx, como la, propiedad de los medios de producción por parte de los trabajadores, entonces Estados Unidos se ha convertido en el país mas "socialista" que existe, al tiempo que sigue siendo también el mas "capitalista". Los fondos de pensiones son gestionados por una nueva raza de capitalistas, los anónimos y desconocidos empleados asalariados, los analistas de inversiones de fondos de pensiones y los directores de cartera. Pero hay algo igualmente importante: el recurso real que controla todo, el "factor de producción" absolutamente decisivo, ha dejado de ser el capital, o el suelo o la mano de obra; ahora es el saber. En lugar de capitalistas y proletarios, las clases de la sociedad postcapitalista son los trabajadores del saber y los trabajadores de los servicios";* conf.: Drucker, Peter F., *La sociedad postcapitalista*, Sudamericana, Bs. As., 1993, p 12 y ss.; a cuya lectura remitimos por interesantísimos aportes, que se verifican -asimismo y entre otros- en: Tofler, Heidi & Alvin; *La sociedad del conocimiento en La tercera ola*, Plaza Janés, Epoca, Barcelona, 1985.

(2) En este aspecto, hacemos nuestras las ideas de Muñoz al referir la concepción sociológica del derecho comercial cuando apunta que *"Los sociólogos relativizan el derecho comercial a situaciones sociales, con mayor o menor intensidad y extensión. El concepto sociológico del derecho comercial podría*

Ponencia

Las condiciones coyunturales imperantes en el país dan por tierra con la ansiada estabilidad de los agentes económicos, cuya aspiración coronase la cristalización de los resultados de éstos mediante ley⁽³⁾, erradicando contundentemente, a su corolario- cuanto tuviera en vista el legislador en otra disposición de similar jerarquía⁽⁴⁾. La imposibilidad de actualizar, indexar o repotenciar contratos, deudas y resultados de ejercicio -entre otras cuestiones⁽⁵⁾- y la pseudos

formularse afirmando que el ordenamiento jurídico mercantil es una forma de ser, y no de deber ser; inmanencia de la realidad social presente, y no resultado del pasado, identificándose para la mayoría con situaciones y relaciones económicas, como en general para todo el ámbito jurídico, el Estado y la sociedad puede verse en Hegel (Grundlinien der philosophie des rechts) Stein (Geschichte der sozialen bewegung in Frankreich) Bradke (Die gesell.S.C.haftslhere von K. Rodbertus) etc.. (conf.: Muñoz, Luis, El derecho comercial en sentido objetivo, Abad, Bs. As., 1963, p. 19).

(3) Véase nota 5.

(4) Nos referimos, naturalmente, a la ley de sociedades comerciales (L.S.C.) 19.550 particularmente artículo 62 *in fine* "ajuste": *«Los estados contables correspondientes a ejercicios completos o períodos intermedios dentro de un mismo ejercicio, deberán confeccionarse en moneda constante. El fenómeno inflacionario obligó, para dar veracidad de los estados contables, a la reforma consagrada por la ley 22.903 (año 1983), que impuso el deber de confeccionar los estados contables en moneda constante (art. 62, L.S.C.). Nació así la cuenta "Ajuste integral del capital" que representaba la actualización, año por año, de la cifra histórica del capital nominal. Juntamente con el capital, en la exposición contable, la cifra se incluye bajo la denominación de "aportes de los socios", dando así una visión mas real del capital nominal que, de otra manera, en nuestro país, ofrecía un monto ridículo, a veces imposible de reproducir en los sucesivos cambios de nuestro signo monetario. Prontamente los organismos de control, y en especial la Comisión Nacional de Valores, reglamentaron en sus respectivos ámbitos los efectos de esta novedosa situación" (RG CNV 195/92; RG CNV 290/97) por todos y con interesantísimas citas: Araya, Miguel C.; op. cit, p. 223 y ss.. Destacamos que ello es, en esencia, parte neurálgica del entramado de la presente ponencia.*

(5) Por imperio de la llamada ley de Convertibilidad; el Decreto PEN 316/95 y la ley nacional de Emergencia Pública y Reforma del Régimen Cambiario 25.561 (puede consultarse extenso estudio comparativo de Roitman, Horacio en: *De la Documentación y de la Contabilidad*; secc. IX; punto 11, p. 36 y ss.; análisis

inmutabilidad consecuente⁽⁶⁾, se enerva como causal de adecuación

del artículo 62 de la Ley de Sociedades Comerciales, Comentada y Anotada, t. II, Bs. As., La Ley, 2006. Interesante enfoque puede verse en Escandel *Ley de convertibilidad y sociedades comerciales*; Escandel, José, en *Cuestiones actuales de derecho societario*, Instituto de Derecho Comercial de la Universidad Notarial Argentina (UNA); La Plata; 1992; reunión número 5 del 09/06/92, p. 27 y ss..

(6) R. (FACPCE) 287 - 5/12/2003 **"Ajuste por inflación. Se discontinúa su aplicación"** Visto: **Que el artículo 62 de la Ley 19550 establece que los estados contables deberán presentarse en moneda constante. Que la sección "3.1 Expresión en moneda homogénea" de la segunda parte de la Resolución Técnica 17 "Normas Contables Profesionales: Desarrollo de cuestiones de aplicación general" establece que los estados contables expresados en moneda homogénea cumplen con el requisito exigido por el artículo 62 ut supra y que en un contexto de estabilidad monetaria se utilizará como moneda homogénea a la moneda nominal. Que la sección citada, en su cuarto párrafo, prevé que esta Federación evaluará en forma permanente la existencia o no de un contexto de inflación o deflación en el país; considerando la ocurrencia de los hechos enumerados en dicho párrafo; y CONSIDERANDO: Que el Director General del CECyT ha informado a esta junta de Gobierno que la CENCyA ha evaluado los hechos previstos en la sección 3.1 de la resolución técnica 17. Que en esa evaluación se ha concluido que algunos de los indicadores señalados en el apartado mencionado se han cumplido total o parcialmente y otros no. Que, pese a ello, desde el mes de septiembre de 2002 y hasta septiembre de 2003, la medición de cambio en el nivel general de precios que se realiza en Argentina, a través del índice de precios internos al por mayor (IPIM), ha mostrado una deflación menor al tres por ciento en todo ese período. Que, por tal razón, no puede concluirse que existe un contexto de inflación o deflación en el país; y Que, por el período de inflación o deflación, debe considerarse lo establecido por el capítulo 7 "Desviaciones aceptables y significación" de la resolución técnica 16. Por todo ello: La Junta de Gobierno de la Federación Argentina de Consejos Profesionales de Ciencias Económicas RESUELVE: Art. 1º - En relación con el apartado 3.1 "Expresión en moneda homogénea" de la segunda parte de la resolución técnica 17 "Normas Contables Profesionales: Desarrollo de cuestiones de aplicación general" esta Federación establece, y hasta tanto no se expida nuevamente al respecto, que con efecto a partir del 1/10/2003, se considera que no existe un contexto de inflación o deflación en el país. Art. 2º - Descontinuar el ajuste para reflejar las variaciones en el poder adquisitivo de la moneda a partir del 1/10/2003, declarando como último día del período con contexto de inflación o deflación al 30 de septiembre de 2003. En consecuencia corresponde reexpresar hasta esa fecha la información contable, considerando al efecto lo establecido por el capítulo 7 "Desviaciones aceptables y significación" de la resolución técnica 16. Art. 3º - De forma. (Errepar, Separatas de Legislación, Resoluciones Técnicas 4 a 23 Federación Argentina de Consejos Profesionales de Ciencias Económicas - Versión 2.0 - incluye**

escalonada y/o de redeterminación en aquéllos⁽⁷⁾, en tanto éstos subsisten⁽⁸⁾ manifiestamente vulnerados⁽⁹⁾ ante el demoníaco efecto

resoluciones (FACPCE) 315/2005, 323/2005 y 324/2005; Errepar, Bs. As., 2006, p. 330 y ss. No vamos a expedirnos en torno a la potestad cuyo imperio "deroga" la aplicación de una norma de superior jerarquía, pero sin duda Kelsen tendría mucho que opinar al respecto (véase: Kelsen, Hans; *Teoría pura del derecho*, 1ª ed. en español; Universidad Autónoma de México; México 1979. Otra dificultad adicional se plantea respecto de la A.F.I.P. y deriva del criterio con que se contabilizan las diferentes partidas del balance al comienzo del ejercicio y aquellas resultantes al concluir el mismo periodo por efecto del ajuste por inflación del que se siguen *ganancias de sociedades nominalmente exageradas* (cuando) *en realidad hasta acusaban pérdidas*" Estamos a la espera del pronunciamiento incidental de la C.S.J.N. que permita arrojar luz sobre la cuestión, aunque todo hace suponer que lo hará a favor del fisco (véase: Schindel, Angel, "Desafíos ante las distorsiones que genera la volatilidad de la moneda argentina"; en *Rev. Impuestos*; 2002-A-138; citado por Roitman, H., op. cit., t. II, p. 36).

(7) A nadie escapa que, los interlocutores mercantiles arbitramos las previsiones contractuales que juzgamos suficientes con el propósito de morigerar los efectos disvaliosos que se siguen para los agentes económicos del efecto inflacionario ponderando, convenientemente, variables explícitas u implícitas que lo atenúen a su consecuencia.

(8) Quizá por imperio del llamado "orden público económico" al que alude Verón (Verón, Victor Alberto; *Nueva empresa y derecho societario*, Astrea, Bs. As., 1996, p. 95 y ss.). Muy interesante resulta, en esta línea, el aporte de Muñoz: "Los acontecimientos económicos que engendran la llamada experiencia económica y los principios y leyes económicos ofrecen superlativo interés al jurista y de ello se han ocupado muchos autores (...) Conviene, pues, tener en cuenta la diferencia que existe entre lo jurídico y lo económico y de ello se ha ocupado con singular acierto Stammler (*Wirtschaft und Recht*). El derecho, fenómeno social y espontáneo, o si se prefiere natural y de civilización, es un instrumento necesario, eficaz en el tiempo pues posibilita el establecimiento y la salvaguardia del orden social y la consecución de los fines humanos tutelando intereses mediante un ordenamiento jurídico, ordenamiento que no es otra cosa que el conjunto orgánico u organizado de normas puestas -actividad nomotética- consciente e intencionalmente por voluntad autónoma superior objetivada -voluntad nomotética- dirigida a la voluntad de los hombres, lo que supone que el legislador puede establecer o no las normas, y se habla de arbitrio del legislador, mientras que en el ámbito económico en el que priva lo hedonístico, las leyes de la economía no necesitan ser estatuidas pues son inflexibles e inmutables aunque no sean leyes físicas" (conf.: Muñoz, Luis, op. cit., p. 46 y ss.).

(9) De ello, puede recabarse el interesante y novedoso aporte que efectúa Stordeur, Eduardo (h) en *Infracapitalización societaria: la eliminación de la*

inflacionario ⁽¹⁰⁾, que es -asimismo- "vulnerado" ⁽¹¹⁾. Así, la

función empresarial; en Revista de Derecho Comercial y de las Obligaciones; N° 220 -septiembre/octubre 2006- Bs. As., Lexis-Nexis, p. 337 y ss..

(10) Se juzgó que bastaría supeditar el hecho inflacionario a un criterio objetivo seguido de reglas particulares uniformes emanadas de los peritos en la materia así, con referencia al artículo 62 de la L.S.C., se lee en su Exposición de Motivos: *"En el último párrafo se procura superar el concepto aritmético formal del balance de ejercicio a los correspondientes a períodos intermedios dentro de un mismo ejercicio, basados en el criterio histórico, estableciendo que deberán expresarse en moneda constante, tal como acaece en ciertos sectores de la actividad empresarial. Con ello, además de cumplirse el objetivo precedentemente señalado, existirá uniformidad respecto de la forma de presentación de los estados contables, lo que en todo caso merecerá regulaciones legales particularizadas o especiales"*, hecho que, como resulta de nota 6, dista mucho de coronar las aspiraciones tenidas en vista por el legislador.

(11) Sin perjuicio de ser de público conocimiento, La Nación destaca, por todos: *"Los Analistas Calculan la Inflación Real: tras la fuerte manipulación del índice de precios minoristas por parte del gobierno, se produjo una amplia brecha entre lo que informa el INDEC y las mediciones privadas, que duplican la estimación oficial"*. Véase: Economía y Negocios; Sección 2º, Bs. As., domingo 15 de julio de 2007, página 1 y ss., para abundar luego en su Editorial del 8 de agosto del 2007: *"INDEC: la vergüenza continúa"* (...) *las autoridades nacionales han decidido que los guarismos de inflación deben ser aquellos que satisfagan sus necesidades políticas. (...) Frente a esa situación, la angustia oficial por la posibilidad de que la deuda pública ajustada por el aumento de precios, siguiera expandiéndose, de cara a un año electoral, habilitó desde comienzos de este año cualquier mecanismo que garantizara el índice deseado. El Indec fue, entonces, víctima de la acción oficial. (...) la reacción y resistencia esperada de los técnicos responsables no se hizo esperar, pero fue contrarrestada por el Gobierno con el desplazamiento de los funcionarios que se negaron a entregar esa información reservada o a manipular los datos. (...) Es necesario, además, que se normalice el funcionamiento del organismo a la mayor brevedad. El daño causado por la manipulación en los diferentes índices es inmenso. Se pretende engañar a la población con datos falsos o artificialmente creados. Se obvia la función de alto valor social que tiene el Indec y se alteran relaciones contractuales y ajustes de títulos públicos, destruyendo la confianza, incrementando la inseguridad y desalentando la inversión"*. Asimismo, destaca Giarrizzo: *"La historia inflacionaria deja motivos suficientes para preocuparse y exigir responsabilidad y transparencia al gobierno. El público está atento al rumbo de los precios porque le teme, porque sabe que la inflación puede doblegar la solvencia macro y ser disparador de una nueva crisis. Con la manipulación del INDEC se están deteriorando las expectativas y sembrando innecesariamente las sospechas de estar ocultando las semillas de una crisis ¿a que economista no le preguntaron en las últimas semanas si hay en puerta una nueva crisis? No tiene sentido desafiar*

correspondencia mínima seguida de la equivalencia capital social⁽¹²⁾ /patrimonio⁽¹³⁾ neto fundada en el principio de realidad⁽¹⁴⁾ económica del ente⁽¹⁵⁾ -principio contable rector y garantista⁽¹⁶⁾ - subyace ante

con la imprudencia las profecías autocumplidas, que una vez que comienzan a rodar, no sabemos donde se detendrán” (Giarrizzo, Victoria, “La inflación está provocando un ruido peligroso” en *El Economista*, 10/08/2007, p. 8). Compárese con nota 17, particularmente *in fine*.

(12) Cuya génesis se pondera -fundamentalmente- en torno de la función de garantía que representa: “De todas estas funciones, la de garantía frente a los acreedores es la que asume el papel mas destacado pudiendo sostenerse que el capital sirve de instrumento de garantía que compensa a los acreedores de la exoneración de responsabilidad de que gozan los patrimonios personales de cada uno de los socios, en especial en las sociedades anónimas y de responsabilidad limitada”. Conf.: Nissen, Ricardo Augusto; *Curso de derecho societario*, 2ª ed. actualizada y ampliada, Ad-Hoc, Bs. As., 2006, p. 389 y ss..

(13) “Patrimonio y capital son dos conceptos que no deben confundirse ni usarse indistintamente pues (...) su significado es bien diverso. La importancia de esta distinción esta dada por el distinto rol que han de jugar estos conceptos en la vida societaria. Vemos una especial preocupación del legislador al regular este tema en la Ley, debido a la trascendencia que reviste en las sociedades en materia de créditos, relaciones entre los socios y con terceros, influencia en el campo económico y jurídico, etc.. No podría ser de otro modo ya que los aspectos señalados trascienden el interés particular de los interesados (socios y terceros) para reflejar su dinámica sobre la economía general. Es manifestación de esta inquietud legislativa la intangibilidad del capital (...) sin perjuicio de ello, otras precauciones adoptadas por la Ley marcan esa tendencia al regular detalladamente lo relativo al régimen de capital de las sociedades comerciales” (Conf. Zaldívar, Enrique; Manóvil, Rafael M.; Ragazzi, Guillermo E.; Rovira, Alfredo L.; San Millán, Carlos; *Cuadernos de derecho societario - vol. I - Aspectos jurídicos generales*; Capítulo V Patrimonio y capital social; Abeledo-Perrot, Bs. As., 1980, p. 203 y ss.).

(14) También llamado en doctrina “de integridad”.

(15) Que hoy reclama, asimismo, mayor grado de información, como verifican con acierto: Arreghini, Hugo R.; en *Un marco mas racional para la información contable externa*; en *Errepar Profesional & Empresaria - D&G*; tomo VIII- Nº 90-marzo 2007, Bs. As., p. 207 y ss. y Wainstein, Mario y Casal, Armando M.; en *El informe del auditor sobre el cumplimiento con las normas internacionales de información financiera y las normas contables nacionales*; en *Errepar Profesional & Empresaria - D&G*; tomo VIII- Nº 94-julio 2007, Bs. As., p. 647 y ss..

(16) En virtud de adquirir “... una significación trascendental porque es el que determina la veracidad de la respuesta frente al acreedor y (...) solamente su exactitud y acierto explican que éste acreedor no pueda agredir la responsabilidad individual del socio en la figura de la sociedad anónima

ésta perspectiva, desdibujándose⁽¹⁷⁾ categóricamente⁽¹⁸⁾. Similar crítica

(enervándose primordialmente cuál) *una cifra de retención que determina la responsabilidad del ente frente a los acreedores...*”; conf.: Dasso, Ariel Angel y Dasso, Ariel Gustavo; *El capital mínimo en la sociedad anónima*, en Derecho Societario y de la Empresa, t. III; en Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa - V Congreso de Derecho Societario - Huerta Grande, Córdoba, p. 159 y ss..

(17) Nosotros hemos abogado -a fin de paliar esos efectos- desde antaño (véase, entre otros: Mangold Moro, Federico Juan Manuel, “Las operaciones de portage, los calls, los puts, los barbers, las contingencias contables y las espera- da transparencia en los mercados de capitales (estado contables - normas técnicas)”, en *Empresa y Mercosur - Integración, sociedades y concursos*; Blanco, Agustín Justo y Richard, Efraín (directores); IV Jornadas de Institutos de Derecho Comercial, Ad-Hoc; *Jornadas y Congresos I*, Bs. As., 1996, p. 257 y ss.; “Reflexiones en torno a los instrumentos financieros derivados y la idoneidad de las normas contables tradicionales para su publicidad”, ponencia presentada a consideración de las Jornadas internacionales de Derecho Comercial, Segundo encuentro Uruguayo-Argentino de Institutos de derecho Comercial, Colonia del Sacramento; Bastión del Carmen, República Oriental del Uruguay; 1 a 3 de mayo de 1997, Ad Hoc, Bs. As., 1997; y “Apostillas en toro al moderno derecho corporativo. Lineamientos de transparencia y mercados de capitales”; en Derecho Societario Argentino e Iberoamericano; VI Congreso Argentino de Derecho Societario y II Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y del a Empresa, Ad Hoc, t. IV, Bs. As., 1996, p. 89 y ss); situación que, desde hace un tiempo, rescata la legislación por impulso de la doctrina y el imperio de los hechos. Así, afirma Fowler Newton, con la autoridad que lo caracteriza: *Para que los usuarios de los estados contables (estados financieros) puedan confiar en estos a la hora de tomar sus decisiones económicas, es imprescindible que las normas contables (NC) empleadas para su preparación: a) sean de alta calidad y b) resulten de un proceso transparente (...)* Por otra parte, la transparencia ayuda a la obtención de NC de calidad.(...) A nuestro juicio, la transparencia en el dictado de NC depende, principalmente, de (...) 1. su independencia; 2. su integración (...) La transparencia se logra casi automáticamente cuando una entidad: a) ha adoptado la política de adoptar NC propuestas por otra y b) la aplica sin excepciones y coherentemente a lo largo del tiempo.(...) Para los restantes casos se requiere, opinamos, el cumplimiento de ciertos requisitos (...) de modo que: a) la actuación del organismo que propone, evalúa o emite NC sea transparente; b) este hecho sea reconocido por los usuarios de los estados contables que se confeccionen sobre la base de ellas. (...) También debería la influencia de los gobiernos, pues estos son manejados por políticos que, en muchos casos: a) dan prioridad a sus intereses particulares por sobre las necesidades del público, b) están interesados en que determinadas realidades no se conozcan o queden disimuladas en los estados contables (por ejemplo,

recibe el concepto de *capital social*, máxime en tanto resulte

un gobierno podría prohibir la realización de ajustes contables por inflación para que las empresa informen mejores resultados y las autoridades puedan argumentar que ellas son "rentables")(...) Hay, por supuesto, excepciones dignas de ser imitadas, como las tres que resumimos seguidamente. En los Estados Unidos, la ley "Sarbanes Oxley" de 2002 admite que la "Securities and Exchange Comisión" (SEC, Comisión de Valores e Intercambio) adopte NC emitidas por otro organismo, siempre que éste reúna una serie de condiciones, entre las que figura su constitución como entidad privada. En virtud de esta norma legal, la "Financial Accounting Standards Board" (FASB, Juntas de Normas de Contabilidad Financiera) solicitó y obtuvo (en 2003) la asignación del papel de ese organismo privado. Antes de la sanción de la ley, la SEC ya descansaba en el trabajo de la FASB. En el mismo país, las NC para entidades gubernamentales no federales son emitidas por la "Governmental Accounting Standards Board" (GASB, Junta de Normas de Contabilidad Gubernamental), que es una organización del sector privado que depende de la misma fundación que la FASB ("Financial Accounting Foundation" - Fundación de Contabilidad Financiera). (...) La unión Europea sigue la política de adoptar los pronunciamientos sobre NC emanados de la IASB, previa obtención de asesoramiento sobre el tema de una comisión propia y del EFRAG ("European Financial Reporting Advisory Group" - Grupo Asesor Europeo sobre Información Financiera, solamente una vez la UE rechazó un pronunciamiento de la IASB). Frente a las particularidades de nuestro sistema organizativo de gobierno (esto es, la existencia de un estado confederativo cuyas provincias retienen -para sí- todos los poderes que no hubieren delegado expresamente a la Nación (entre otros, se ha delegado el dictado de los códigos de fondo y su leyes complementarias, conf.: CN 1994, arts. 75 inc. 12; 121 y 129)- entre los cuales se enumeran las potestades de fiscalización sobre los entes domiciliados en sus jurisdicciones- coincidimos con el autor, en que los fines tenidos en mira por el legislador -véase Nota 10- alcanzarían su meta -en el contexto actual en que pareciera poder modificarse merced a un convenio con el Banco Interamericano de Desarrollo (BID), en el marco de un programa del Fondo Multilateral de Inversiones (FOMIN) que incluye la financiación de proyectos de acercamiento a las normas internacionales de contabilidad y auditoría. Sin embargo no tenemos noticias de que hasta abril de 2007 se haya producido avance alguno en este sentido y el plan de acción de grupos del FOMIN sobre el Fomento de la competitividad mediante las normas internacionales de contabilidad y auditoría no informa de ningún proyecto vigente referido a la Argentina. Solo indica, en su párrafo 2.4, que nuestro país ha solicitado el apoyo del BID, con destino a proyectos relacionados con las normas de contabilidad- en tanto "... a) se establezca un nuevo organismo que: 1) sea financiado principalmente por los usuarios y emisores de estados contables, por ser los principales beneficiarios de la existencia de NC de calidad y porque nada justifica que el costo de desarrollo de las NC sea afronta-

evidentemente ajeno⁽¹⁹⁾ al giro del negocio⁽²⁰⁾ que se pretende⁽²¹⁾

do por los auditores de estados contables, por los CPCE (Consejos Profesionales de Ciencias Económicas) o por la FACPCE (Federación Argentina de Consejos Profesionales de Ciencias Económicas); b) emita NC; 3) cumpla con todas las condiciones que aseguren la transparencia y calidad de su trabajo; b) la FACPCE y los CPCE opinen sobre los borradores de NC que el nuevo organismo proponga - los que así lo prefiriesen podrían opinar a través de la FACPCE- c) los entes nacionales y provinciales de control tomen el compromiso de requerir que los estados contables de las entidades que ellos fiscalizan se preparen utilizando las NC elaboradas por el nuevo organismo (con lo que les darían el carácter de NCL (Normas Contables Legales); d) los CPCE se comprometan a dar a esa mismas NC el carácter de NCP (Normas Contables Profesionales). De este modo: a) se eliminaría o reduciría la brecha que hoy existe entre las NCP y las NCL; b) se eliminarían las diferencias entre las NC provinciales; c) se reducirían los costos de la FACPCE, ya que opinar sobre los proyectos del nuevo organismo demandaría menos esfuerzo que elaborar propuestas propias de NC. (conf. Fowler Newton, Enrique, "La transparencia en la emisión de normas contables: el caso argentino"; en *Errepar Profesional & Empresaria "D&G"*; Agosto 2007, t. VIII; N° 95, p. 755 y ss.). Ello, naturalmente, sin dejar de tener en vista la necesidad de implementar idénticos recaudos registrales en los países del Mercosur -conforme se plantee su desenvolvimiento ulterior- (así: Ferrero de Azar, Ana María; en "Adecuación de los registros mercantiles provinciales a las necesidades del Mercosur", en *VII Congreso Argentino de Derecho Societario y III Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa*; UADE-CSA, t. IV, Bs. As., 1998, p. 61 y,ss.).

(18) "El derecho vivido ha postergado la exigencia de la realidad del capital social, de manera que, la desnaturalización del mismo hace que la práctica cotidiana lo sustituya por la exigencia del balance veraz y de las garantías personales". Dasso & Dasso, op. cit., p. 159. Interesados sobre últimas tendencias en la materia, pueden cotejar el reciente trabajo de Belluscio, Augusto C., "El nuevo derecho francés de las garantías"; J.A. Doctrina, Bs. As., 4/04/2007, 2007 -II-, p. 3 y ss..

(19) Dentro de las funciones de garantía; organizativa y de productividad -que destaca Araya (op. cit.) se debe una necesaria e indelegable correspondencia entre el "... conjunto de medios patrimoniales aportados por los socios, valorables objetivamente, destinados a facilitar la capacidad productiva de la empresa -y permitirle periódicamente la distribución de utilidades..." - vale decir su capital- y el fin tenido en miras al concebirla -esto es el objeto- toda vez que aquel "... es el instrumento que permitirá a la sociedad actuar su objeto y alcanzar sus fines" (conf.: Araya, M.C., op. cit., p. 221 y ss.).

(20) En el contexto actual de nuestro derecho positivo vigente en materia de sociedades comerciales, éste se interrelaciona con "... la capacidad de la persona colectiva (comportando) un límite a la esfera del poder de los órganos -sin

-"objeto"⁽²²⁾- con la consecuente responsabilidad subyacente de los

perjuicio de la delimitación preventiva y abstracta que la ley hace de sus competencias- (...) esta necesidad de interpretar el objeto social se presenta como potencialmente necesaria en atención a las facultades representativas del administrador o del representante, en los términos del art. 58 de la ley 19.550 y en la necesidad de establecer su extraneidad respecto del objeto social descrito en el contrato, cuanto también -por no citar sino algunos supuestos- en que medida se ha dado el "cambio fundamental" que menta la última parte del art. 244 de la ley citada y también para precisar si los administradores han incurrido en desviación en el empleo del patrimonio social, fuera del marco circunscrito del objeto" (Fargosi, Horacio P.; *Estudios de derecho societario*; Abaco de Rodolfo Depalma, Bs. As., 1978, p. 37 y 38) dado que, los actos -de las personas jurídicas- se reputan tales en la medida "... que no excedan los límites de su ministerio. En lo que excedieren, solo producirán efecto respecto de los mandatarios" (C.C. art. 36 y ctes.) distingo éste que justifica, *per se* y categóricamente, la previsión del art. 39 del referido cuerpo normativo.

(21) A nadie escapa la subsistencia actual del proclamo criterio evidenciado por el Dr. Butty -a su paso por el Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Comercial de Registro de la Capital Federal, en 1980- en el recordado caso "Veca, Sociedad de Responsabilidad limitada".

(22) El objeto debe ser necesariamente posible -como todo acto jurídico (CC; artículo 953) además de preciso y determinado (L.S.C.; artículo 11, inc. 3º) toda vez que si es de imposible cumplimiento -*ab initio*- la existencia de la sociedad misma, es nula (CC; artículo 953; *in fine*) en tanto si la referida imposibilidad es sobreviviente, nos encontraremos ante una causal de disolución (L.S.C.; artículo 94, inc. 4º) ¿Qué hay de los supuestos seguidos de la vida social, no extrema (nacimiento y/o disolución)? ¿no deberíamos contemplarlos con mayor grado de diligencia como correspondencia entre el fin propuesto y el medio empleado! ¡aquí estamos cuestionando la permanencia de viejos postulados! Referiría Holmes: "*Es indignante que no pueda fundarse una regla de derecho en nada mejor que en el hecho de haber sido establecida en tiempos de Enrique IV*" (conf.: Holmes, Oliver Wendell, *La senda del derecho*, Abeledo-Perrot, Bs. As., p. 35) y destacamos nosotros, véase notas 24 y 25). Así, "... el objeto social asume, entre otras, las funciones de delimitar la actividad de la sociedad, delimitación que se refleja, asimismo, en la esfera de actividades en que cabe sea invertido el patrimonio social" (CNCiv., Sala D, 11-04-86 L.L. 1986-C, 389). "*El objeto social hace referencia a la actividad económica a realizar por la empresa*" (Galgano, Francesco - Genhini, Ricardo, *Il nuovo diritto societario*, Dott. Antonio Milani, Padova, 2004, t. I, p. 66). "*Si bien es cierto que la materia mercantil es autónoma y dentro de ella constituye un universo sistemático la ley societaria, de ello no se sigue que quepa prescindir en la interpretación del derecho como unidad. Y si la sociedad es un contrato o, al menos, especie de actos jurídicos, no parece posible*

administradores -idóneos a tal fin-⁽²³⁾, en tanto los incurre -inequí-

apartar la norma del 953 del Código Civil, en cuyos términos el objeto de dichos actos deben ser hechos posibles (1ª Inst. Com. de Registro Capital, Firme, Veca Constructora S.R.L., junio 30-1980, LL, 1980-D, 464). Interesantísimo el enfoque de Saenz García de Albizu, Juan Carlos; *El objeto social en la sociedad anónima*; Civitas, Madrid, 1990, a cuya lectura remitimos. Véase también: Manóvil, Rafael Mariano: "Actos que exceden el objeto social en el derecho argentino", en *Estudios en homenaje a Isaac Halperin*, Depalma, Bs. As., 1978, p. 1047 y ss.. En esta cuestión no puede omitirse, por la trascendencia implícita de sus postulados, la tesis de Gagliardo *Responsabilidad de los directores de sociedades anónimas*, particular pero no excluyentemente, los capítulos IV: *Objeto social*; VI: *Normas relativas al capital social*; VII: *Normas relativas a la documentación y contabilidad*; X: *Factores de atribución de responsabilidad en la ley de sociedades comerciales*; XI: *Responsabilidad societaria y solidaridad mercantil. Distingos conceptuales y diversas aplicaciones* y XII: *Acciones de responsabilidad*, Abeledo-Perrot, 2ª ed. ampliada y actualizada, Bs. As., ps. 165; 325; 455; 545; 585 y 615, respectivamente.

(23) **"El régimen de inoponibilidad de la organización plural a los terceros esta limitado a los representantes y no a cualquier administrador: aun cuando tuviera esa calidad, si carece de representación, el acto por él realizado está excluido del art. 58, ley cit., puesto se trata del órgano propio de representación sino del de administración"** (Benébaz, Héctor A., *La representación cambiaria*, Depalma, Bs. As., 1976, p. 105), es decir "que la ley establece un *desdoblamiento funcional de índole externa entre la representación y la gestión administrativa*: en la hipótesis de la sociedad anónima, es el directorio a quien corresponde conferir mandatos para representar a la sociedad anónima, salvo la representación legal del presidente, que no cabe ser confundida con las facultades propias del órgano de administración" (CNCom., Sala A; 9/12/1980, "Sava v. Santero" citado por: Gagliardo, M.; op. cit., p. 48).

(24) El referido grado de inequívocidad resultaría del actual estado de la normativa imperante -art. 58 L.S.C. que recepta la escuela del principio denominado *ultra vires*, por el cual el objeto determina el límite de la capacidad y no solamente el de las facultades de los administradores; así: "... la capacidad de la sociedad no puede ser otra que la que surge del orden legal y enmarcada por el objeto social; no fluye otra conclusión del juego compatibilizado de los arts. 1º, 2º, 11 inc. 3º, 19, 58, 94, inc. 4º y cons., respecto de cada tipo societario en particular de la ley 19.550 y art. 35 del Cód. Civil" (Fargosi, op. cit., p. 33)- mas no así de moderna y calificada doctrina, a la que adherimos, entre otras razones de peso, por nuestra historia. Por caso, se sostiene -actualmente- que la sociedad "... puede asumir el acto notoriamente ajeno al objeto social realizado por su representante (pudiendo efectuarse ésta -la asunción- en líneas generales)

vocamente⁽²⁴⁾- en el actuar disvalioso reprimido por el artículo 58⁽²⁵⁾

mediante el consentimiento unánime de los socios. (es) Básicamente el derecho alemán (el que) adopta ésta solución mediante la cual se consagra el principio de que el objeto social solo implica una limitación interna de las facultades de los representantes, pero que tal limitación no es oponible a terceros: Consecuentemente, las facultades de los representantes orgánicos surgen únicamente de la ley. Aun cuando el objeto fuere registrado, no limita (siquiera por interpretación) la facultad de los representantes (las que, si existieren, no pueden ser limitadas y, de serlo, resultarían inoponibles a terceros), naturalmente, ello no impide que los representantes deban acatar las limitaciones que surjan del objeto "... e incluso las que recibieren del propio órgano de administración (Vorstand). Sin perjuicio de la validez del acto frente a los terceros, éstos representantes asumen responsabilidad frente a la sociedad por los apartamientos que hubieren cometido". En esta línea se enroscan las recientes tendencias de la CEE -ya desde la Primera Directiva, que se remonta al 19 de febrero de 1964-; el Proyecto de Quinta Directiva, y el Estatuto de la Sociedad Anónima Europea (véase interesantísimo aporte de: Alegría, Héctor; *La representación societaria*; en Revista de Derecho Privado y Comunitario; Nº 6, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe; 1996, p. 245 y ss.). Similar es la posición de Manóvil, quien confiere al derecho positivo nacional imperante en la materia una raigambre vetusta fundada en "Los razonamientos históricos y conceptuales desarrollados y las conclusiones tanto de Blumberg como de Engracia Antunes tienen indudable relevancia tanto para el desarrollo de las ideas como para justificar soluciones en casos concretos y para fundar propuestas de "lege ferenda". Parten, sin embargo, de un análisis histórico y lógico-jurídico parcializado, explicable en Blumberg pero no tanto en Engracia Antunes: el primero es norteamericano, el segundo es portugués, uno trabaja sobre el derecho de su país, el otro, aunque escribe en inglés, proviene del derecho continental europeo y trabajó en el Instituto Universitario Europeo de Florencia. En el derecho continental europeo y, por extensión, en el de toda Latinoamérica, el principio de la limitación de la responsabilidad se desprendió de los fundamentos que le dieron origen, pero no porque la realidad de su aplicación superó los presupuestos de su adopción, lo cual es cierto, sino porque el legislador, ex profeso y por nuevas razones de política jurídica y legislativa, a partir del GmbHG alemán de 1892, en todos los ordenamientos nacionales conocidos de aquel origen, admitió una nueva forma de disociación entre poder y responsabilidad, asentada también sobre nuevas bases. (véase: Nota 1) Aparte algún ordenamiento de menor significación o influencia general (Empresa Unipersonal de Responsabilidad Limitada y Anstalt de Liechtenstein) el nuevo gran paso de política legislativa que dio el legislador alemán primero (la ley de reformas de 1980), el francés después (la ley de reformas del 11-VII-1985) y luego, como consecuencia de la XII Directiva del 20-XII-1989, el sistema comunitario en su totalidad (...) fue el de admitir la constitución de una GmbH y una SARL originariamente unimembres. Esto significó un avance más,

respecto del accionar *notoriamente extraño*⁽²⁶⁾. La adecuación de ambos

el decisivo, para disociar e poder de la responsabilidad. De esto resulta que para los derechos continental europeos, en el estado actual de la legislación vigente, no pueden predicarse soluciones únicamente derivadas de lo que fue, con grado de probabilidad, el primer origen histórico de la limitación de responsabilidad?" (véase: Manóvil, Rafael Mariano, *Grupos de sociedades en el derecho comparado*; Abeledo-Perrot, Bs. As., 1998, p. 623 y ss.; con su habitual erudición y tratamiento comparativo) y el particular análisis de Schmidt, Karsten, en: "Representación del titular de la empresa y el personal comercial", capítulo V, en *Derecho Comercial* -con supervisión académica de Manóvil, Rafael Mariano-, Astrea, Bs. As., 1997, p. 475 y ss.. Respecto a la imputación "debida" en el marco de las sociedades *fácticas* y/o no constituidas regularmente, puede cotejarse interesante aporte de Etcheverry, Raúl Anibal, *Sociedades irregulares y de hecho*, Astrea, Bs. As., 1981; particularmente Nral. 99, p. 227; *Los socios y la responsabilidad*. Interesados en el tema pueden ver interesante aporte comparado de Colombres, en "Redhibición de la responsabilidad - la desviación del negocio societario" (Colombres, Gervasio R., *Curso de derecho societario*, Abeledo-Perrot, Bs. As., 1972; Capítulo II, p. 39 y ss.). Aporta lo suyo también Marsili, María Celia, "La personalidad jurídica en la ley 19.550", en *Estudios en homenaje a Isaac Halperin*, Depalma, Bs. As., 1978, p. 1071 y ss..

(25) Naturalmente, entendido éste en el contexto argentino actual con los alcances que acota Gagliardo: "... *la infracción al art. 58 tiene un sentido concreto: la ajenidad de la operación con el objeto social en grado de exceso debe ser clara, indudable, grosera, apreciada con el criterio de un hombre corriente de negocios (toda vez que) el principio del art. 58 L.S., que se funda en preservar la creación de una apariencia jurídica generada en los terceros de buena fé, cede justamente cuando éstos tuvieren conocimiento efectivo de que el acto se celebró en transgresión de las reglas de representación societaria*" (E.D. 149-479), aclarando asimismo que este principio decae "... *cuando el tercero debió conocer tal transgresión, de haber obrado con diligencia, cuidado y previsión*", sosteniendo que "*la desatención de la prestación posible de cautela no es soslayable por vía de apelar a la disposición protectora del art. 58 L.S.*" (J.A. 1992-IV-505), conf. Gagliardo, Mariano, *Administración y representación de sociedades comerciales*; LexisNexis - Abeledo-Perrot, Bs. As., 2007, p. 38 y ss. (véase igualmente nuestra: nota 44). Para el estudio del inicio del régimen estatutario, véase -entre otros- Muñoz: "*El origen de los entes jurídicos generadores de prescripciones autonómicas hay que buscarlo en los sistemas corporativos que prevalecieron durante la Edad Media. Las corporaciones medievales suplían la facultad legislativa del Estado mediante sus estatutos particulares, y de ese modo creaban normas jurídicas de toda clase (...)* Se comprende estas atribuciones de las corporaciones si tenemos en cuenta las características que el feudalismo imperante en Europa así lo requería. Donde más florecieron las corporaciones fue en Alemania. A Révolución Francesa iniciada el 14 de julio de 1799 dio al traste

conceptos ha recibido, antes de ahora, beneplácito⁽²⁷⁾ de calificada doctrina y ha sido aún, legislativamente consagrado. Entendemos que **debe rescataarse: (i) la expresión en moneda constante en todos los supuestos⁽²⁸⁾ de resultados de ejercicio⁽²⁹⁾ -consagrada en la L.S.C. t.o. 22.903, artículo 62 cc. y compl. toda vez que ello se supedita**

con la autonomía de las corporaciones, ya que de ese modo se liquidaban los privilegios señoriales. *Hispanoamérica no llegó a conocer en realidad el sistema corporativo pues en las Partidas se lee: Los señores de vasallos no pueden hacer ley sin tener para ello permiso Real (Ley 12, Título Iº, Partida primera).* Conf.: Muñoz, Luis, *El derecho comercial en sentido objetivo*, Abad, Bs. As., 1963, p. 26 y ss..

(26) Por todos: Otaegui, Julio César, "Actos Notoriamente extraños al objeto social. La fianza y la falencia" E.D. 187-29. Comp. Lexis N° 7/7588, C. Nac. Civ. y Com. Fed. Sala 2ª, 18/05/1999, "American Resource Co. v. Redecir S.A. s/ medidas cautelares".

(27) En contra: Farina, Juan M.; *Estudio de sociedades comerciales - Sociedades anónimas*; Zeus Editora; Rosario, p. 86 y ss.; Halperin, op. cit.; Ascarelli, entre otros.

(28) Potenciándose así el derecho de información, del que digiere Garrigues "Teóricamente el derecho de información del accionista abarca dos puntos: el derecho a inspeccionar la contabilidad de la sociedad y el derecho a pedir información sobre la marcha de las operaciones sociales. Los legisladores del siglo pasado se ocuparon del primero, o sea del derecho de inspección de la contabilidad como presupuesto lógico para la intervención en la junta general, y no del segundo, o sea, del derecho de información en el sentido estricto" (véase: Garrigues, Joaquín & Uria, Rodrigo; *Comentario a la ley de sociedades anónimas*, 3ª ed., Madrid, 1976, t. II, p. 481 y ss.).

(29) La L.S. sólo fija pautas concretas para los estados contables de aquellas sociedades cuyos vínculos son más débiles y donde los socios no tienen acceso a una información directa y su participación resulta más restringida. Por tanto respecto de las sociedades de partes de interés o las SRL que no queden encuadradas en el art. 299 inc. 2º LS, rigen únicamente los principios (de carácter general contenidos en el artículo 62 de la L.S.C.) como introductorios de las previsiones especiales sobre el balance y la documentación complementaria, que comprende los siguientes: (i) constancia sobre el vencimiento del plazo de duración, (ii) previsiones para las sociedades comprendidas en el art. 299, inc. 2º LS, (iii) documentación que comprende, (iv) sociedades controlantes y balances consolidados, (v) partidas de significación relativa, (vi) flujo de fondos y concepto de fondos, (vii) moneda constante (conf.: Roitman, H.; op. cit., tomo II, p. 26 y ss.).

-en los *tipos* requeridos, que no son todos⁽³⁰⁾ - a la noción subjetiva de *significancia* relativa cuya ponderación se sostiene, básicamente, en elementos viciados de irrealidad (v.gr.: IPC; EMAE; EMI y IPIM⁽³¹⁾, entre otros) y (ii) la noción de *capital funcional* -esbozada por el maestro Enrique M. Butty⁽³²⁾ - tendiente a (ii-a) corresponderse con la finalidad propuesta (L.S.C., artículo 11, inc. 3º y 4º) adecuando la relación estática⁽³³⁾ y netamente jurídica de capital⁽³⁴⁾ -cifra de

(30) Así, el artículo 264 de la Resolución IGJ 7/2005 condiciona la exigencia al tipo accionario y/o de responsabilidad limitada cuyo capital alcance el importe fijado por el artículo 299, inc. 2º, L.S.C.; desagregando que aquellas sometidas a contralor especial y concurrente -v.gr.: BCRA; SSN; etc. "... *podrán presentar sus estados contables de ejercicio ajustados a las normas establecidas por dichos organismos*". Similar diferencia se proyecta: "*las sociedades de responsabilidad limitada cuyo capital alcance el importe fijado por el art. 299, inc. 2, o se encuentren en las situaciones de sus incs. 5º y 6º, así como las sociedades por acciones, deberán presentar los estados contables anuales regulados por los arts. 63 a 65 y cumplir con el art. 66. (...) los estados contables correspondientes a ejercicios completos o a períodos intermedios dentro de un mismo ejercicio, deberán confeccionarse en moneda constante*" (conf.: Anteproyecto de reformas a la L.S.C. 2004/Mrio. Justicia Res. 112/2004 - Artículo 62. *Aplicación según el tipo*). Anteproyecto éste, que recepta al final del artículo referido un reclamado instituto relativo a la tutela y verosimilitud de la información brindada por el ente, en éstos términos: ***Responsabilidad por la información: Los partícipes en la difusión intencional o culposa, por cualquier medio, de informaciones inexactas, engañosas o no conformes con las exigencias legales acerca de la situación patrimonial o financiera de una sociedad o de los títulos que emita, responden solidariamente por los daños que causen. Los que intervienen sólo en determinados aspectos de la información, responden por la parte que concierne a su actuación***".

(31) Índice de Precios al Consumidor; Estimador Mensual de Actividad Económica, Estimador Mensual Industrial e Índice de Precios Internos al por Mayor, respectivamente (conf.: Ámbito financiero, Bs. As., 16 de julio de 2007, p. 5).

(32) Butty, Enrique Manuel, "Capital social", en Derecho Societario y de la Empresa; en *Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa - V Congreso de Derecho Societario* - Huerta Grande, Córdoba, t. III, p. 598. Puede ampliarse y enriquecerse esta interesante postura con las versiones taquigráficas obrantes en *Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa - V Congreso de Derecho Societario* - Huerta Grande, Córdoba, t. VI; p. 92 y ss. 598, a cuya lectura remitimos, por su interesante aporte a la interpretación de cuanto se pretende con la presente labor.

(33) "El capital social es un concepto jurídico de carácter estático, desvinculado del incremento o disminución de su valuación económica real, debe

contrávalor- derivada del sujeto de derecho generado por el contrato social⁽³⁵⁾ -que opera constitutiva⁽³⁶⁾ y liquidativamente⁽³⁷⁾ (38) - con

encolumnarse en el pasivo societario, y no en el activo. El capital social opera en estos casos solo como un concepto jurídico, y su inclusión en el inventario equivale a duplicar el patrimonio" (CNCom., Sala D, "Guidoni, Luis c/ El Trébol S.C.C.", 17/11/80).

(34) La cual recibe, desde hace un tiempo atrás, pormenorizado análisis comparativo; ávidos del asunto pueden ver interesantísimo estudio de Araya, Miguel C., "El capital social", RDPC; 2003-2; quien atribuye a ciertas legislaciones: (i) dispensar cuidado secundario a la noción de capital social, por entender cubierta su finalidad -por caso de garantía- mediante otros elementos del sistema jurídico en su conjunto (*Hace mucho tiempo que en los EE.UU. la noción de capital social ha pasado a ocupar un rol secundario. De hecho la misma ha desaparecido en algunos Estados -por ej., California- y, también, desde 1980, en la Revised Model Business Corporation Act., elaborada por la American Bar Association*) (ii) cuestionar la visión tradicional, en especial en Italia, pese a lo cual sigue en pie y amén de la Segunda Directiva de la Comunidad Económica Europea, en materia societaria relativa a la constitución de la sociedad anónima, integridad y modificaciones de su capital (77/91/CEE) aunque, años mas tarde los países comunitarios alteraron parcialmente sus legislaciones para acoger los principios de esta directiva (por caso: en el derecho Español en el artículo 36 de la TRLSA, ley 19/89), con variadas citas ejemplificativas.

(35) Que, como enseña Roitman cumple función de garantía excluyentemente circunscripta al iter constitutivo y configurativo contractual, pues pierde consistencia "... al echarse al mercado ..." (al decir de Machado Plazas, José; *Perdida del capital social y responsabilidad de los administradores por las deudas sociales*; Civitas; Madrid; 1997) donde otrora (s. XIX y primera mitad del s. XX) era el "... único dato cierto para conocer la capacidad crediticia de la sociedad (con cita) frente a la inexistencia de "... los modernos sistemas de contabilidad y los regímenes actuales de publicidad a terceros de la vida económica de las sociedades ..." (Roitman, H.; op. cit., tomo I, p. 227 y ss.), siendo que a partir de su constitución, la función de garantía asignada históricamente al capital social queda limitada a asegurar que una porción del patrimonio social no será distribuida entre los socios, *adquiriendo mayor importancia, en cuanto a garantía patrimonial a los terceros, las nociones de solvencia y liquidez*, las que a su vez se encuentran condicionadas, entre otras, por las disposiciones del BCRA relativas al Régimen Normativo Prudencial, que supone un estudio de flujos de caja proyectados, en línea con los imperativos impulsados internacionalmente desde la década del '80 mediante las llamadas *Reglas de Basilea* que suponen -entre otros- un régimen de clasificación de deudores con destino a centrales de riesgo (conllevando) una barrera de ingreso al circuito -institucional tradicional- que en los últimos años dejó de estar representado principalmente por el

aquella seguida del funcionamiento⁽³⁹⁾ “... en el mercado del titular,

capital mínimo -que en valores absolutos y en economías con carácter inflacionario- era regularmente ajustado por inflación- sino mas bien por la capacidad para absorber los altos costos operativos que exige la supervisión prudencial: informatización de la administración, contratación de personal con alta calificación profesional, auditorías externas, balances fidedignos, etc. (así y todo) los estándares internacionales en materia de normativa prudencial que han sido incorporados a las disposiciones en vigor en los países latinoamericanos, tienen un reconocido sesgo procíclico” conf.: Magliano, Augusto C.; *Las regulaciones prudenciales del sistema financiero y su impacto sobre el ciclo económico*; en Congreso de ADEFI - CEPAL; Revista de la CEPAL N° 80, NY, agosto de 2003, p. 177 y ss..

(36) Así, se ha sostenido -acertadamente- *que el capital social debe ser acorde al objeto social, principalmente al momento de constituirse la sociedad, cuando comienza a actuar en el mundo de los negocios, pero a medida que la sociedad va avanzando en él, tomarán mayor relevancia en cuanto a instrumentos productivos la solvencia patrimonial y la liquidez financiera (...)* incluso al momento de constituirse la sociedad no es el único instrumento para que pueda actuar su objeto, sino que también existen otros como ser el crédito, el buen gerenciamiento, o intangibles de gran valor que no se computan en el capital social; conf.: Roitman, Horacio, op. cit., tomo I, p. 228 y ss. (véanse notas 21; 22 y 25 entre otras).

(37) “La noción de personalidad jurídica esta íntimamente vinculada a la noción de objeto societario y esta última constituye la conceptualización del fin social que solo cobra sentido a través de la dinamización provocada por la actividad tendiente a su concreción. Mientras que en los contratos de cambio el objeto se agota en el cumplimiento de las prestaciones debidas por las partes, en el contrato de sociedad el objeto tiene naturaleza funcional y es de ejercicio continuado jugando como supuesto de la causa contractual...” (Juz. Nac. de 1º Inst. en lo Com. N° 6, autos: “Nieto Rivera, Eduardo y otros c/ Termofer Soc. en Com. por Accs. 20/07/78) a cuanto agregamos que suma el indispensable distrácto por imposibilidad de lograrlo (L.S.C. artículo 94, inc.4º). Similar suerte debería correr el capital social, entendido como patrimonio neto anualmente contabilizado e inscripto, caso contrario deviene histórico, ficto y engañoso. Vinculado al instituto que nos ocupa, hay un pormenorizado estudio de Skiarski a cerca de “... *la pérdida del capital social como causal de disolución y los efectos que ella produce en los estados contables y en el informe del auditor*” cuya lectura recomendamos; véase: Skiarski, Enrique M.; *La disolución por pérdida del capital social en las sociedades anónimas y el informe del auditor*; en *Doctrina Societaria y Concursal*; N° 234 - mayo 2007 - tomo XIX; Errepar, Bs. As., p. 412 y ss.. Véanse asimismo interesantes enfoques de Odriozola, Carlos; Malagarriga, Juan Carlos; Marzoratti, Osvaldo; Manovil, Rafael; Etcheverry, Raúl; Anaya, Jaime L.;

de la hacienda empresaria⁽⁴⁰⁾...!"; e (ii-b) identificarlo con la noción

Butty, E. M.; Richard, Efraín Hugo; Nissen, Ricardo; Le Pera, Sergio; Fargosi, Horacio; Escuti, Ignacio; Otaegui, Julio Cesar y Farina, Juan M. en *Temas de derecho societario*, Colegio de Escribanos de la Capital Federal, Bs. As., 1990.

(38) Aquí -dentro de los parámetros actuales de nuestro derecho societario, el que acotamos- con reservas- por entenderlo fuera de tiempo respecto del avance legislativo comparado en materia de representación societaria (véase Nota 24)- se presenta un supuesto adicional que impecablemente rescata Vanasco- al referir los alcances de aquello que podríamos dar en denominar *iter conclusivo societario* del artículo 101 de la L.S.C. al disponer que "*La sociedad en liquidación conserva la personalidad "a ese efecto"* vale decir que "*... esa personalidad, si bien es plena, esta modificada por la mutación de su objeto social, el cual (...) cesa totalmente, salvo en los casos urgentes, para ser sustituido por las actividades dirigidas a la liquidación de la sociedad. En este sentido, la capacidad de los representantes legales de la persona jurídica sufre también una restricción, ya que estos no obligarán a la sociedad según la pauta del art. 58 de la LS, sino que solamente la obligarán cuando se trate de actos dirigidos a la liquidación social o resulten ser de urgente necesidad para la compañía*". Conf.: Vanasco, Carlos Augusto; *Manal de sociedades comerciales*, Astrea, Bs. As., 2001, p. 269 y ss.

(39) "*Las sociedades se ven compelidas a incrementar su capital en épocas de inflación, por la erosión monetaria y en períodos de estabilidad para acometer planes de expansión o para paliar costos elevados de financiación...*", conf.: Vergara del Carril, Angel; *Aportes irrevocables a cuenta de futuros aumentos de capital*; en *Derecho Societario y de la Empresa*, t. III; en *Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa - V Congreso de Derecho Societario - Huerta Grande, Córdoba*, p. 78 y ss.. Véase asimismo: Richard & Escuti: *Introducción al estudio del aumento de capital en las sociedades por acciones en la legislación argentina*; Richard, Efraín Hugo; Escuti, Ignacio A. (h) en *Estudios en homenaje a Isaac Halperin*, Depalma, Bs. As., 1978, p. 1403 y ss..

(40) La dicotomía que advertimos entre "capital social" y "capital real" o patrimonio que no es otra que la divergencia que se advierte entre el dogma y la práctica llevó, como parecía inevitable, a que tomara notoriedad una polémica muchas veces insinuada y que culmina con el cuestionamiento del concepto y significado tradicional de capital social. Se comienza paulatinamente a identificar (como consecuencia de su función de garantía de responsabilidad), al capital social con los recursos de la sociedad o sea con los medios con que ésta cuenta para su propia financiación y así en doctrina alemana se postula la vigencia del "capital material" pretendiendo que todas las reglas defensoras del capital social afecten también el activo patrimonial, que según la regla de financiación material debería ser también considerado como capital social" Dasso & Dasso; op. cit., p. 162. Actualizan esta postura: Ehmann, Horst & Sutschet, Holger; *La*

jurídico contable⁽⁴¹⁾ del artículo 63 de la L.S.C., que tiende a "... tutelar⁽⁴²⁾ el interés⁽⁴³⁾ de terceros⁽⁴⁴⁾ en tanto límite⁽⁴⁵⁾ para la distribución de

reforma del BGB - modernización del derecho alemán de obligaciones; trad. López. Díaz, Claudia & Salach de Sanchez, Universidad Externado de Colombia; Diciembre 2006.

(41) En igual sentido Roitman: "Un punto que nos queda claro es que la verdadera garantía patrimonial para los acreedores es, en definitiva, el patrimonio neto de la sociedad, que al momento de constituirse coincide con el capital nominal de la misma, pero que a partir de allí, varía según la evolución de posnegocios sociales. Tal vez habría que mirar la cuestión desde esta perspectiva, la de la relación entre el capital nominal y el patrimonio neto. Con el avanzar de los negocios sociales, se produce un desfase entre la "garantía" nominal del capital social y la garantía "real" del patrimonio neto, por lo que si lo que se pretende es revitalizar la utilidad del capital social, tal vez habría que idear un sistema que implique una actualización periódica del monto del capital social en relación a la evolución del patrimonio neto de la sociedad, en mas o en menos. De esta manera, los terceros que contraten con la sociedad podrán, con el simple cotejo de la cifra del capital social, hacerse una idea del respaldo patrimonial del ente", Roitman, Horacio; op. cit., p. 241.

(42) Al margen de la preclara contribución de Aguinis en: *El derecho de información de los accionistas* (Aguinis, Ana María M. de, *Estudios en homenaje a Isaac Halperin*, Depalma, Bs. As., 1978, p. 287 y ss), hemos visto un valioso aporte de Lacunza, Sebastián y Cárrega, Francisco; en: *Como se puede proteger un inversor y Lo que hay que saber a la hora de reclamar derechos*; en *Inversor Global - recursos para el inversor inteligente - Conceptos & Estrategias*; año 5 - número 39 - agosto/septiembre 2007, Bs. As., págs. 30, 33 y ss., respectivamente. Con entrevista al árbitro titular del Tribunal de Arbitraje General de la Bolsa de Comercio de Buenos As., Dr. Juan Carlos Carvajal, cuya lectura recomendamos.

(43) En la actual conformación del plexo de imputación -esto es, dentro del marco del objeto social- hacemos nuestra, con preocupación, la inquietud de Nissen "... lo que impone la obligación de los terceros de informarse de las cláusulas del contrato social a fin de evitar que el ente le oponga la inoponibilidad de un acto celebrado por los administradores excediendo aquél" (conf.: Nissen, Ricardo Augusto; *Ley de sociedades comerciales - comentada, anotada y concordada*-, Ábaco de Rodolfo Depalma, Bs. As., 1982, p. 96).

(44) Interés reputable fantástico, en tanto se erige sobre postulados presumiblemente ciertos que no son tales -por caso el resultado de ejercicio-hecho que, amén de socavar el tradicional tratamiento doctrinario del centro de imputación diferenciada y la consecuente doctrina de la apariencia, so pretexto que las cifras del balance "conocidas" se presumen "válidas", y que se enerva

como requisito esencial *la buena fe del tercero, consistente en no haber conocido o podido conocer la verdadera situación obrando con la diligencia, el cuidado y la previsión (art. 1198 CC) que impone a los contratantes una actitud cuidadosa y preventiva, no despreocupada y ligera.* En relación con la doctrina de la apariencia, en más o en menos, enseña Serick, complementa Orgaz y actualiza Gagliardo, que no puede errarse si no ha habido razón para errar. Así, *la buena fe se sigue del error excusable (El error de hecho no perjudica, cuando ha habido razón para errar -CC art. 929-), pero éste no podrá esgrimirse si no se ha obrado con cautela (pero no podrá alegarse cuando la ignorancia del verdadero estado de las cosas proviene de una negligencia culpable -CC art. 929 in fine-), vale decir que "... la inexcusabilidad del error está legalmente definida por el elemento de culpa".* Bajo este esquema -y cuanto venimos sosteniendo- es válido presumir que nuestros tribunales podrían condenar a los terceros -aún de buena fe- contratantes de la sociedad que lo hicieran fundados en la verosimilitud de sus cuentas, hecho que acompaña la ruina de nuestras expectativas en la atribución de dar a cada uno lo suyo, como enseñara Ulpiano, y ante lo cual impulsamos la inmediata mutación -o al menos morigeramiento- del esquema otrora concebido. (véase: Gagliardo, op. cit. p. 36 y ss.; Orgaz, Alfredo; *El requisito de la "excusabilidad" del error como vicio de la voluntad*; LL 71-1; Serick, Rolf, *Apariencia y realidad en las sociedades mercantiles - El abuso de derecho por medio de la persona jurídica*, Ediciones Ariel, Barcelona, 1958) y particularmente nuestras Notas 20; 22; 24; 26 y 37. Conceptualiza Vanasco: *Como consecuencia de la aplicación de la teoría de la representación en materia societaria, se produce el efecto jurídico de imputar el acto celebrado por el representante directamente a la sociedad representada, de modo tal que cuando actúa la persona que ejerce la representación no es un tercero quien actúa, sino que es la sociedad misma la que realiza el acto por medio de dicha persona, si que sea necesario ningún otro acto, nexo o contrato entre la sociedad y el representante para que se produzca esa inmediata y consolidada vinculación jurídica*" Naturalmente, como vimos, distinto es el supuesto de mandato con representación; así recordamos que la representación tiene -necesaria e indisponiblemente- carácter legal en tanto la administración debida por el mandatario reconoce -indiscutidamente- los límites de la potestad volitivamente conferida. Conf.: Vanasco, C.A.; op.cit, p. 170.y ss.. Coincidimos con Le Pera que, la referida personalidad -en tanto límite objetivo actual de derecho positivo nacional configurativo de la esfera de imputación de los negocios sociales- puede ser allanada, en ciertos supuestos -expresados mediante eufemismos tales como "*To disregard the legal entity*", o "*to pierce the corporate veil*". y prestarse adecuada atención a los reales intereses que actúan a través de la forma societaria. (destacando la criticidad que representa, en términos de trascendencia) *la aplicación de la llamada "great hour": el momento de la insolvencia (por el cual, verificada esta instancia y dados ciertos presupuestos) puede extenderse la res-*

utilidades⁽⁴⁶⁾ y marco del principio de efectividad⁽⁴⁷⁾, sobre todo habida

ponsabilidad por su pasivo a terceros" Conf.: Le Pera, Sergio; op. cit., p. 137 y ss.. Asimismo, resultan de provecho los enfoques de Baigun & Bergel: en la esfera de responsabilidad: "... éste se determina por las consecuencias jurídicas que acarrea el comportamiento ilícito y culpable. Es penal cuando la comisión del delito conlleva una pena; es civil cuando la consecuencia importa una indemnización por el daño ocasionado. Esta formulación, de naturaleza tan simple, no ha podido superar la frecuente confusión existente en el caso de los administradores de las sociedades comerciales, circunstancia que tiene, sin duda, su génesis en el insuficiente análisis de los componentes comunes y diferenciadores que exhiben los dos tipos de responsabilidad (...) tanto el delito como la infracción civil tiene su origen en la contradicción de un acto con el ordenamiento jurídico (ilicitud en el derecho civil; antijuridicidad en el penal)" y Dobson, en similar sentido. (véanse: Baigun, David & Bergel, Salvador Darío; *El fraude en la administración societaria*, Depalma, Bs. As., 1991, p. 103 y ss.; Dobson, Juan M; *El abuso de la personalidad jurídica en el derecho privado*, Depalma, Bs. As., 1991). También aporta valiosos conceptos Otaegui en: *Responsabilidad civil de los directores*; en *Estudios en homenaje a Isaac Halperin*, Depalma, Bs. As., 1978, p. 1285 y ss..

(45) No se nos escapa -con Roitman- que, entre otras particularidades: (i) fija el monto de las reservas legales (art. 70); (ii) se enerva como punto de referencia para indicar el momento en que debe disminuirse obligatoriamente el capital social (art. 206); (iii) su pérdida implica la disolución de la sociedad -a menos que se lo reintegre o aumente (art. 94 inc. 5 y 96)-; (iv) determina la participación interna de los socios en la sociedad (arts. 236; 243; 244; 132; 139; 143; 159); distribuyéndola en los quehaceres de la misma, por lo cual deviene como funcional en la regulación de la actividad social.

(46) Naturalmente debemos rescatar ciertos aspectos de la legislación actual para no ir a contrapelo de la L.S.C. en su conjunto. Creemos que mediante lo que podríamos dar en llamar *bloqueo porcentual de garantía capital* se cobijarían esa "multiplicidad de principios ordenadores" que nos recuerda Araya -Araya, Miguel, op. cit., p. 218, nota 13- pero, contrariamente a cuanto existe en la actualidad en nuestra L.S.C., creemos más acertado se refleje un porcentaje -digamos del orden del 30%- del último balance como *bloqueo porcentual de garantía capital* que torne viable el esquema concebido por el legislador cuando dispuso que "... una parte de su patrimonio no pueda ser detrída por los socios durante el desarrollo de la sociedad, y si las pérdidas alcanzan una cierta consideración, que afecta el capital social (tomemos, por caso, el referido porcentaje) le impone su reintegración o reducción, como paso inexcusable para evitar la disolución" (conf. Araya, Miguel C., op. cit., p. 220, con cita).

(47) Resulta adecuado aquí considerar asimismo la posición de Carlino relativa a los revalúos o ajustes provenientes del deterioro del valor monetario, cuando propone "... modificar el alcance de la previsión del art. 189 (...) agregando "Las reservas provenientes de los saldos de cuentas que reflejen el mayor valor

cuenta del texto ordenado en 1983 para el art. 62 ...” esto es, que “*Los estados contables correspondientes a ejercicios completos o períodos intermedios dentro de un mismo ejercicio, deberán confeccionarse en moneda constante*” considerándose, a estos efectos, *capital social*⁽⁴⁸⁾ sujeto a inscripción, el resultante del balance⁽⁴⁹⁾ de ejercicio⁽⁵⁰⁾.

contable proveniente de la alteración del valor de la moneda de registro, deberán ser capitalizadas como requisito previo a los aumentos del capital provenientes de aportes a ingresar efectivamente a la sociedad”, Carlino, Bernardo P., *Necesaria capitalización de revalúos o ajustes previa al aumento de capital por aportes*; en Derecho Societario y de la Empresa, t. III; en *Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa - V Congreso de Derecho Societario - Huerta Grande, Córdoba, p. 88 y ss.*

(48) Coincidimos con la erudición recurrente del maestro Favier-Dubois que desgrana un particularizado análisis de la utilidad del concepto nominal del capital social a contrapelo de su verificación práctica en el mundo de los negocios, esto es “...*el patrimonio como variable (garantía) efectiva de responsabilidad patrimonial...*” -no excluyente pero sí fundamentalmente, habida cuenta que- *no cabe duda de que el indicador de solvencia de una sociedad no lo es la cifra nominal de su capital social-parámetro sino el estado patrimonial resultante de su balance* -por lo que reclama y exhorta a implementar las bases de un- *lenguaje común e integrado que abra las puertas de un derecho contable mediante una semántica particular (que habilite) una mayor comprensión de la incidencia de los cambios operados en la información contable, y la “incidencia del contexto en que se desarrolla la construcción lingüística”* (con cita). Véase: Favier-Dubois, Eduardo M. (p); *El capital social como parámetro y el patrimonio como variable*; en *Doctrina societaria y concursal*; N° 232 - marzo de 2007- tomo XIX; Errepar, Bs. As., p. 209 y ss..

(49) Aquí, coincidimos con calificada doctrina en que, este representaría -desde una conceptualización estrictamente jurídica- un documento derivado, o dependiente o reflejo, que solamente adquiere sentido “per relationem”, o sea cuando describe una situación contable preconstituída y de la cual no asume la paternidad en mayor medida en cuanto la asumen aquellos documentos justificativos a los que se refiere la ley y de los cuales los compiladores del balance extraen los elementos” (véanse: Folliet, Eduard, *Le bilan dans les sociétés anonymes*, Lausanne, Payot, 1946, 5ª ed., p. 18; De Gregorio, Alfredo, *El balance de las sociedades anónimas. Estudio jurídico*, 2ª ed., trad. de Bobadilla, Francisco & Asse, Julio H., Bs. As., Depalma, 1958, p. 3 y ss.; De Gobbis, Francesco, *Il bilancio delle società anonime*, Milán, 1925, p. 1; Onida, Pietro, *Il bilancio d'esercizio delle imprese*, Milán, Giuffrè, 1945; Messineo, Francesco, “Valore giuridico del bilancio di società per azioni e delle registrazioni sociali”, en *Studi di Diritto delle Società*, Milán, Giuffrè, 1958, 2ª ed., p. 127 y ss.; y Pérez Fontana,

Sagunto F., *Sociedades anónimas - Comentarios a la ley 16.060*, vol. II; Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, Uruguay; 1992, p. 10 y ss.).

(50) La práctica insiste abiertamente en lo contrario, pero la teoría científica se empeña en insistir que el capital social es -jurídicamente- distinto del patrimonio social, siendo este último la totalidad de los valores que componen el activo de la sociedad, en tanto aquel importa la cifra -normalmente constitutiva- con que la sociedad nace y que la acompaña durante toda su vida. "... El capital social es una cifra aritmética y el patrimonio social es una suma de valores, como conjunto de todas las relaciones jurídicas de la que es titular la sociedad ..." (CNCom., Sala B, Albert de Schmidt, E. c/ Schmidt, R. junio 26-1981 - Errepar Sociedades, t. II, p. 011.006.001, sumario N° 4.) y, si bien no existe identificación conceptual entre capital social y patrimonio de la sociedad, es posible asignar como valor del capital social la situación patrimonial de la sociedad al momento que se efectúe la evaluación (CNCom., Sala C, 31/05/95, Agost Carreno, Luis M. y otro c/ Metalúrgica Quilmes S.A., www.laleyonline.com.ar). Abunda Roitman, "... como principio, y prescindiendo de algunas situaciones específicas como ser la emisión con prima o bajo la par o bien la sobrevaluación de aportes, capital social y patrimonio coincidirán al constituirse la sociedad, ya que el único patrimonio con que contará la misma para el desarrollo de sus negocios será aquel que hayan aportado entonces los socios. Pero, a medida que la sociedad funcione e invierta su patrimonio para alcanzar su objeto, el valor del mismo irá aumentando o disminuyendo según el resultado de los negocios que encare, en tanto el valor asignado al capital se mantendrá inalterado hasta que sea aumentado o disminuido por decisión de los socios". Tenemos entonces que, patrimonio es el conjunto de activos y pasivos de la sociedad, por ende constantemente variable; en tanto el capital se asocia a la idea de un dato técnico inmutable. Así, para llegar a la cifra del patrimonio neto debemos deducir del activo patrimonial todo su pasivo (conf.: Brunetti, Antonio, *Tratado del derecho de las Sociedades*, trad. Felipe de Solá Cañizares, Uteha, Bs. As., 1960, t. II, p. 76, N° 401) mientras que "... el capital social representa el importe obligatorio del patrimonio neto de la sociedad en el momento inicial de la empresa"; Durante la vida de la sociedad el monto del capital determina el monto mínimo al que debe ascender el activo neto de la sociedad, por lo cual podríamos distinguir (con Ton, Walter R. Quien fija el monto mínimo de capital con relación al objeto social?; en *IX Congreso Argentino de Derecho Societario y V Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa*, Tucumán 2004, t. III, p. 283) entre "capital nominal" -refiriéndonos al valor atribuido al conjunto de aportes de los socios- y "capital real" -para definir el Valor actualizado del patrimonio neto, ubicado en el pasivo del balance y aprobado en todos los ejercicios por los socios.

Entendemos que, de esta manera, la buena fe que debe enderezar el plexo mercantil desde sus orígenes se direccionaría adecuadamente aportando seguridad al tráfico y contribuyendo a potenciarlo, en tanto reflejo de la transparencia indispensable para la integridad de las operaciones del mercado.

De lege data

Resulta menester efectuar una adecuación integrativa de "las cuentas" en el derecho empresario argentino actual, tendiente al suministro de información actualizada y veraz que proteja a los terceros interesados y refleje la correspondencia que se debe -necesaria y excluyentemente- verificar entre el medio elegido -*sociedad comercial*- para la consecución del propósito tenido en miras al concebirla -*objeto*- y el aporte por el cual se pretende su materialización -*capital*-, destacándose la conveniencia de su periódico *aggiornamento*, que -en la lectura del esquema representativo vigente- contribuiría a delimitar cierta e irrefutablemente el ejido de competencia del *accionar de los administradores sociales*.

De lege ferenda

Por los fundamentos expuestos, creemos que una futura reforma del plexo constitutivo de la L.S.C. deberá rescatar la expresión en moneda constante en todos los supuestos de resultados de ejercicio - toda vez que ello se supedita actualmente a la noción subjetiva de *significancia relativa* cuya ponderación se sostiene, básicamente, en elementos viciados de irrealidad- acogiendo la novel noción de *capital funcional* que tiende a corresponderse con la finalidad propuesta (L.S.C., artículo 11, inc. 3° y 4°) adecuando la relación estática y netamente jurídica de capital, derivada del sujeto de derecho generado por el contrato social con aquella seguida del funcionamiento⁽⁵¹⁾ "... en

(51) Nada obstaría a ello, si tenemos en cuenta cuanto refiere Halperin: "El alcance de la prohibición de afectar el capital social no significa que éste debe

el mercado del titular de la hacienda empresaria ..."; identificándolo con la noción jurídico contable del artículo 63⁽⁶²⁾ de la L.S.C., que tiende a "...*tutelar el interés de terceros en tanto límite para la distribución de utilidades y marco del principio de efectividad, sobre todo habida cuenta del texto ordenado en 1983 para el art. 62⁽⁶³⁾ ...*",

mantenerse invariado, incólume, a través del azar de la empresa: "los socios no han prometido a los terceros que, hasta la disolución de la sociedad, habría una masa activa igual ..." (Halperín, I., op. cit., p. 196).

(52) Cuya finalidad, destaca Fargosi: "...*las pautas fijadas por el art. 63 se refieren, tal como resulta del art. 62, al balance de ejercicio, con lo que aún en este aspecto existe armonía con el art. 51 del Cód. de Com. que prevé distintos tipos de balances (con una) finalidad inmediata, objetiva y compleja que es el dar a conocer la consistencia patrimonial y la rentabilidad de una empresa, con referencia a una unidad de tiempo y espacio (destacándose que) las bases fijadas en dicha norma están dirigidas a la claridad de este documento contable. Constituye un principio aceptado sin reticencias que ésa, la claridad, es una de las finalidades exigibles en este documento, sin perjuicio de la veracidad y exactitud que resultan impuestas por el art. 51 del Cód. de Com., que por lo demás no hizo sino explicitar un supuesto ya existente en nuestro ordenamiento legalde resultados del art. 300, inc. 3º del Cód. Penal*" (conf.: Fargosi, op. cit., p. 99 y ss.). Con sumo provecho puede ampliarse en: Soler, V.S.; *Derecho penal argentino*; Tipográfica Editora Argentina, Bs. As., 1970; 3ra. Ed., t. V, p. 379 y ss.), a cuya lectura remitimos.

(53) Que tiene especialmente en cuenta la circunstancia que el **balance representa**, en tanto "... *cumple -entre otras- las siguientes funciones: a) Permitir el conocimiento a todos los interesados del estado patrimonial de la sociedad; b) contribuir a la defensa de la integridad del capital social; c) demostrar si existen utilidades y por consiguiente la posibilidad de su distribución entre los accionistas; d) hacer las veces de una periódica revisión de cuentas de los administradores, aunque no quepa una asimilación absoluta (recuérdese lo que dispone el artículo 69 de la ley 19.550) y e) servir de base para establecer la cuota del patrimonio social correspondiente a los socios recedentes y permite -entre otros y conforme sus resultados- regular: a) la emisión de debentures; b) la adquisición de acciones por la propia sociedad; c) el monto de la reserva legal..., interesando más que a los accionistas a aquellos que están o pueden hallarse en relación comercial con la sociedad (habida cuenta que) las normas pertinentes son de orden público porque se las establece más allá del interés de los particulares*" (conf.: De Gregorio, Alfredo; *Los balances de las sociedades anónimas*; trad. española, Bs. As., 1950, p. 468 y ss.). Agregando -la más calificada doctrina- que se persigue dar a conocer a los terceros -que tiene con la sociedad relaciones creditorias- la entidad y variaciones de su garantía, insistiéndose no tanto en el respaldo representativo

considerándose, a estos efectos, capital social sujeto a inscripción, el resultante del balance de ejercicio ⁽⁵⁴⁾ y alineándonos con actual tendencia imperante en el derecho foráneo en materia de competencia de los administradores sociales ⁽⁵⁵⁾.

A la memoria de nuestro maestro, profesor doctor Enrique Manuel Butty, hemos creído rescatar estas líneas de su esclarecido criterio ⁽⁵⁶⁾, con el propósito de paliar -en alguna medida- su prematura vuelta a la Casa del Padre, arrojando al mundo del derecho vivo su aporte invaluable, otrora desoído. Desde allí, querido amigo, apelamos conspires contra nuestras limitaciones humanas y, auxiliando al Altísimo -como siempre lo hiciste- nos arrojen en común algo de *claridad* para intentar -entre otras lides- paliar el amargo silencio creativo que generó tu partida en la desinteresada tutoría académica

del capital social -**devenido vetusto**- cuanto en "...*la idoneidad que importa el acrecentamiento de sus bienes ...*". Por todos: Halperin, Isaac; *Sociedades Anónimas - Examen crítico del Decreto-Ley 19.550*; Depalma, Bs. As., 1978; 2da. Ed.; págs. 468 y ss. con interesantísimas citas -entre otros- de: Messineo; *Valor jurídico de los rubros del balance de las sociedades por acciones y de los asientos de los libros sociales*; en Foro Italiano, 1938; 1ra. Parte, Nral. 1427; Salandra; *El balance de la sociedad anónima y el reconocimiento de los derechos de los terceros*; en Foro Italiano 1938; 1ra. Parte; Oral. 390; etc).

(54) Que -al decir de Vivante- se concibe cual un "... *prospecto contable que resumiendo los saldos de las diversas cuentas de la empresa, debe representar la situación financiera de la sociedad*" (conf.: Vivante, Cesar; *Trattato di diritto commerciale*; 5ª ed.; Milano, 1923, t. II; N°. 562).

(55) Se suele hablar de *la justicia como ética en el derecho*, no sería esta la instancia de plantear si *la justicia es inmanente al derecho, intrínseca al mismo y por consiguiente afirmar que todo derecho es justo*, ni tampoco si la justicia es un criterio de valor para un cierto derecho, en cuyo caso lo trasciende para constituir algo extrínseco al mismo. Entendemos que *el derecho puesto o establecido "si es injusto, no es efecto, por lo regular, del propósito del legislador, sino de otra causa. El problema de la justicia en el derecho, que es de contenido, afecta el ordenamiento social y compete a la sociología jurídica y a la política legislativa"*, conf. Muñoz, Luis, *El derecho comercial en sentido objetivo*, Abad, Bs. As., 1963, p. 41.

(56) Siempre presente en nuestras discurrimientos -de todo orden- y por su legado, durable y penetrante, ínsito en el dominio de nuestras ideas, reflexiones y conclusiones. Que, en la lectura renana, comparativamente destacada nos dejo con Holmes la cita que sigue "... *leed las obras de los grandes juristas alemanes y comprenderéis en cuanto mayor medida el mundo de hoy está regido por Kant que por Bonaparte*" (Holmes, op. cit., p. 51).

y profesional permanente, abogando estar a la altura de las circunstancias para interpretar tu exquisita -y aventajada pluma- a la luz⁽⁵⁷⁾ de tus recuerdos. Por lo demás, estás con nosotros. Sé, por tu natural DON de gentes, que El Señor disfruta tus ocurrencias de siempre, en el granjeado sitio que tantos ambicionamos, pero sólo pocos merecen.

Naturalmente, todo desacierto del presente trabajo, es fruto del *alumno* que no ha alcanzado -siquiera- a interpretar a su Maestro. Con ello, mis disculpas.

(57) Aspiramos concentrar nuestros esfuerzos y energías en estudiar los fines que nos proponemos alcanzar con el derecho y las razones para deseárselos. *"Precaviéndonos contra el peligro de caer en una ciega veneración del pasado, recordando que para nuestros propósitos, el único interés que el pasado puede ofrecer reside en la luz que arroja sobre el presente..."* (Holmes, O.W.; op. cit. p. 44). En este entorno, se impone una inmediata reformulación de los institutos jurídicos objeto del presente análisis, que han demostrado en la práctica, sobradamente, su falta de utilidad o consenso.