

DEBE ADECUARSE EL CONCEPTO DE “CAPITAL SOCIAL” CONTENIDO EN LA LEY 19.550 A UN MAYOR CRITERIO DE REALIDAD PATRIMONIAL Y VINCULARLO MAS ESTRECHAMENTE CON EL OBJETO SOCIAL

Ignacio Luis Vítolo

Abstract

Debemos insistir en un tema sobre el cual ya nos hemos pronunciado reiteradamente ⁽¹⁾, cual es que:

i) Resulta necesario repensar el concepto de capital social desde una óptica moderna y dinámica.

ii) Es imprescindible revalorar el capital social -desde esa nueva óptica- como elemento y requisito esencial de todo contrato de sociedad mercantil, y mantener las normas de protección e intangibilidad del mismo; pero desde un escenario efectivo y no meramente declarativo como ocurre en la actualidad.

iii) Debe descartarse la formulación de normas rígidas que dispongan la exigencia de capitales mínimos sobre la base de montos fijos *ab initio*. Sin embargo resulta positivo exigir un capital

(1) Vítolo, Daniel Roque, “Capital social, infracapitalización y sobreendeudamiento”, en *Conflictos actuales en sociedades y concursos*, Ad-Hoc, Bs. As., 2002; *idem*, Capital social, infracapitalización, sobreendeudamiento y el principio de limitación de la responsabilidad, en *Sociedades comerciales. Los administradores y los socios. Responsabilidad en sociedades anónimas*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2005 [Vítolo-Embid Irujo, directores]; *idem*, “El problema de la infracapitalización societaria”, ponencia presentada al IX Congreso Argentino de Derecho Societario y V Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa, Tucumán, 2004; *idem*, “Nuevos aportes al problema de la infracapitalización societaria”, en *Nuevos aportes al derecho societario*, Ad-Hoc, Bs. As., 2005 [Monzó, directora].

“significativo” a aquellos que pretendan recurrir a tipos sociales con limitación de responsabilidad para los socios.

iv) La debida adecuación del capital social a la actividad societaria es un supuesto de hecho que debe analizarse desde dos principios básicos: (a) el del caso concreto; y (b) bajo la regla de la razón.

v) Debe convergerse hacia una identidad entre el concepto jurídico de capital social y el concepto contable de la cuenta de capital.

vi) Deben establecerse mecanismos concretos para combatir (a) la subcapitalización sustancial; (b) la subcapitalización nominal; y (c) el sobreendeudamiento. Y estos mecanismos deben buscarse a través de los regímenes de deberes, obligaciones y responsabilidad de los administradores y la atenuación del sistema de limitación de responsabilidad de los socios.

vii) Puede examinarse la posibilidad de establecer algún grado de calificación a la subcapitalización -en cuanto a su gravedad- para evitar abusos por parte de los terceros.

viii) Debe establecerse la obligación para socios y administradores de controlar la evolución equilibrada del capital social en relación con el giro societario y el endeudamiento, bajo apercibimiento de responder por los daños y perjuicios que pueda causar un desequilibrio significativo generado en tal ámbito.

ix) Deben establecerse -en principio- como factores de atribución de responsabilidad (a) el dolo; (b) la culpa grave y (c) la infracción a normas societarias contenidas en la ley, el estatuto o el reglamento.

x) Debe consagrarse el principio de que todo aquello que ingrese, por el motivo que sea, a la cuenta contable *capital* no pueda ser reducido o sacado de dicha cuenta sin recurrir a los procedimientos previstos por la ley para la reducción del capital social respetando el principio de publicidad y el derecho de oposición de los acreedores.

xi) Debe tenderse a combinar armónicamente los mecanismos de protección del capital social tanto desde el ámbito societario como desde el concursal.

1. El problema terminológico

Uno de los problemas más serios con los que se enfrenta la doctrina cuando debate o analiza aspectos vinculados al capital social es que

el concepto respecto del cual se parte no siempre es unívoco. Tampoco lo es en la ley de sociedades ⁽²⁾.

En efecto; en los distintos sistemas legales -incluso en el nuestro con anterioridad a la ley 19.550, y parcialmente después de ella- tanto en normas específicas societarias como en otras ramas del Derecho, la Economía y las Ciencias de Administración, referirse sin aditamentos al "capital" de una sociedad puede implicar un sinnúmero de interpretaciones diversas. Es común, entonces, encontrarse con el término "capital" adjetivado de diversas maneras. Así, se habla de capital *autorizado* ⁽³⁾; capital *suscripto* ⁽⁴⁾; capital *integrado* ⁽⁵⁾; capital *de trabajo* ⁽⁶⁾; capital *circulante* -o fondo de maniobra- ⁽⁷⁾; y, finalmente, en muchas oportunidades se vincula el concepto con la *cuenta de capital* ⁽⁸⁾.

(2) Tanto es así que la misma ley debe aclarar en el art. 186 que cuando en esa sección se alude a "capital social", al mismo tiempo se utiliza en forma indistinta "capital suscripto" [es decir que alude a él].

(3) Que es el monto de capital que la autoridad de contralor o el poder del Estado que autoriza y confiere la personalidad jurídica o la autorización para funcionar, asigna como límite o tope al capital que puede en determinado momento suscribirse en una sociedad comercial.

(4) Que es el que se encuentra conformado por el conjunto de aportes de los accionistas, y que es al que refieren el art. 11 inc. 4; y la sección V de la ley 19.550.

(5) Que es la porción del capital suscripto que efectivamente se encuentra integrado por parte de los accionistas, por haber cumplido con las prestaciones comprometidas al momento de la suscripción.

(6) Que no constituye en forma alguna un concepto jurídico-societario del capital sino que es la terminología con que se denomina a las disponibilidades financieras con que la sociedad cuenta para volcarlas al giro empresarial. Normalmente son disponibilidades o flujos que devienen de créditos comerciales; mutuos dinerarios; y algunas disponibilidades en caja y bancos.

(7) Este es un concepto contable, o de Ciencia de la Administración, que define el exceso del activo circulante sobre el pasivo circulante. Consecuentemente, este fondo de maniobra se conforma por conceptos vivos y dinámicos que están en permanente movimiento. También puede verse desde la óptica de los llamados capitales permanentes; entendiéndolos por ellos los fondos propios más la financiación ajena a largo plazo, o sea todos los recursos puestos a disposición de la empresa por un período superior a un año.

(8) Este también es un concepto contable que agrupa un conjunto de elementos disímiles, respecto del cual el capital *suscripto* es sólo uno de los tantos que la componen.

Desde el punto de vista de nuestro análisis, es este último concepto -*cuenta de capital*- el que genera más confusión, pues uno de los grandes problemas que existen en materia terminológica y de técnica contable es que el *capital social* -entendido como *capital suscripto*- no es el único elemento que conforma la *cuenta capital*.

En efecto; junto con el *capital suscripto* la *cuenta de capital* se integra también con las reservas - [cuenta Aportes de los Propietarios (capital suscripto + ajuste de capital + adelantos irrevocables a cuenta de futuras suscripciones + ajuste de adelantos irrevocables a cuenta de futuras suscripciones) + Revalúos Técnicos + Reservas o Ganancias Reservadas (reserva legal + reservas facultativas) + Resultados no Asignados]. La incidencia de elegir qué incluir en estos conceptos es notoria, toda vez que el patrimonio neto resulta del exceso del activo sobre el pasivo y representa la participación de los titulares de la empresa y sus derechos sobre los recursos económicos. No es indiferente, entonces, que ello se conforme sólo con el capital suscripto, o si se le agregan otros elementos; menos aún si de ello pretende desprenderse algún régimen de garantía para los acreedores y terceros.

Es decir que, de acuerdo con el criterio de registración que se adopte en la integración de aportes y otros conceptos similares o relacionados, los estados contables reflejarán un agravamiento del pasivo (*cuentas patrimoniales pasivas*) o provocarán un mejoramiento del patrimonio neto (*cuentas patrimoniales del patrimonio neto*).

De tal suerte, el capital social -en la acepción societaria de capital suscripto- y la cuenta de capital, incluyen contenidos diferentes siendo el capital social suscripto sólo uno de los muchos elementos que integran la cuenta de capital.

2. El capital social, el objeto social y los terceros

La doctrina ha coincidido clásicamente en que una de las funciones del capital social es el de garantía de los acreedores. De este modo el capital nominal, mención estatutaria, actúa como cifra de retención sobre el patrimonio social en garantía de los acreedores. El capital no constituye verdaderamente una garantía en sentido técnico, sino que tal función se consigue de forma indirecta, dando a

esta cifra un valor de retención sobre una parte ideal del capital social que se hace indisponible⁽⁹⁾.

En el momento de la constitución de una sociedad se tiene que cumplimentar un capital social mínimo para el caso de las sociedades anónimas -doce mil pesos (\$ 12.000)- lo que no es requerido para las sociedades de responsabilidad limitada (S.R.L.). Una vez constituida la sociedad comienzan a realizarse las distintas actividades previstas en el objeto social detallado en los estatutos sociales. Durante el transcurso de la vida societaria, nuestro legislador sigue confiando en el capital social como cifra de garantía de la sociedad frente a los terceros. Encontramos una serie de normas que buscan la defensa y el control del capital social en relación con la distribución de los beneficios y con el mantenimiento de la garantía.

A pesar de lo señalado, la suficiencia del capital para el desarrollo del objeto social de la sociedad no ha sido, según el parecer de la mayor parte de los intérpretes, una condición que éste ha de reunir para que se pueda entender concedida la responsabilidad limitada⁽¹⁰⁾. Sin embargo, desde hace algún tiempo, han surgido, cada vez con mayor profusión, muy autorizadas voces doctrinales⁽¹¹⁾ que ha propugnado, sobre la base de la experiencia de ordenamientos de

(9) Escribano Gámir, Rosario C., *La protección de los acreedores sociales frente a la reducción del capital social y a las modificaciones estructurales de las sociedades anónimas*, Aranzadi, núm. 10, 1998.

(10) El problema de la necesaria relación entre el capital social y la actividad empresarial desarrollada por la sociedad, ha preocupado, en general, a la doctrina desde los años treinta. Encontramos, sin embargo, un particular empeño en la literatura científica y la jurisprudencia alemanas. En efecto, a ambas se debe la cardinal distinción entre infracapitalización nominal y material. Vid., por todos, Ulmer, P., Hackenburg, Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränckten Haftung, Grosskommentar, 8ª ed., Berlín-New York, 1990, p. 30, Anm., 6, 12 y ss., 18 y ss.; Wiedemann, H., *Gesellschaftsrechts...*, ps. 568 y 570 y *Gesellschaftsrecht*, 2ª ed., Colonia-Berlin-Bonn-Münich, 1991, p. 186.

(11) Ver los trabajos de Escribano Gámir, Rosario C., *La protección de los acreedores sociales frente a la reducción del capital social y a las modificaciones estructurales de las sociedades anónimas*, Aranzadi y de Leach Ros, María Blanca, "Equilibrio Patrimonial", *Cuadernos Mercantiles*, Editoriales de Derecho Reunidas.

nuestro entorno, una interpretación de los textos legales que permita reaccionar frente al fenómeno de la infracapitalización ⁽¹²⁾.

Pero no puede dejar de hacerse una mención de sus aspectos más relevantes, en la medida en que la presencia de sociedades infracapitalizadas no sólo permite dudar acerca de la función económica o empresarial antes reseñada, sino también de la efectividad de la garantía que se supone ofrece -directa o indirectamente, según las diversas tesis- el capital social. Fácilmente puede advertirse que, si la figura de la oposición y las otras medidas tuitivas conceden a los acreedores un poder de intervención en las reducciones de capital -y otras operaciones- que implican una aminoración de la garantía, es porque el legislador ha venido entendiendo que esa función realmente se cumple.

Cuando se ha señalado alguna preocupación respecto de la función protectora del capital social con relación a terceros, sin duda se alude primariamente a los acreedores sociales vinculados directamente con la actividad societaria. Sin embargo, esto no es exactamente así, en la medida que nuevas realidades sociales han hecho que pueda existir responsabilidad respecto de otros terceros, derivada de la propia actividad desarrollada por la sociedad que puede tener características peligrosas, y generar otro tipo de daños como el ambiental, lo cual exigiría para algunos -además del capital social operativo correspondiente- un capital adecuado a nivel de riesgo extracontractual o un seguro de responsabilidad civil ⁽¹³⁾ cuando se encaran actividades con riesgos previsibles ⁽¹⁴⁾.

Otro punto de discusión es el relativo a lo que se ha dado en denominar la "asimetría de información". En efecto; desde este punto

(12) Defiende esta postura la LSA española de 1951, Paz-Ares, C., "Sobre la infracapitalización...", *passim*. Posteriormente, siempre en la doctrina española, Massaguer, J., "El capital nominal...", p. 556 y ss. De forma más matizada, otros autores a los que se alude con posterioridad.

(13) Ver los precedentes del derecho norteamericano que es pionero en estas lides y que registra innumerables casos en los que se ha recurrido a la doctrina del levantamiento del velo societario. En especial pueden encontrarse algunos comentarios en Downs, R.C., *Piercing the corporate veil: ¿do corporations provide limited personal liability?*

(14) Escribano Gámir, Rosario C., *La protección de los acreedores sociales...* cit..

de vista la forma en la cual los terceros se relacionan con los operadores no siempre es igual ni se basa en el mismo criterio de selección; pues no todos evalúan los mismos elementos para tomar la decisión, ni cuentan con la misma información. El acreedor financiero, el comercial, el consumidor, el tercero perjudicado por responsabilidad extracontractual, parecen mostrar -frente a la sociedad- un modo diferente de relacionarse obligacionalmente. Esto llevaría a plantear una nueva cuestión, cual es: la de determinar si el capital social resguarda como garantía a todos los acreedores *por igual* o *no*; y si ello es su función específica *siempre*.

La importancia del contenido de la respuesta no es menor en la medida que, frente a fenómenos de insuficiencia de capital o de activo para afrontar las obligaciones sociales, podrían existir visiones disímiles con relación a si: i) la sociedad tomada en cuenta está realmente subcapitalizada y, en caso afirmativo; ii) respecto de quién o de quiénes.

Debe adelantarse -y este aspecto no puede ser olvidado en este trabajo- que la generalización de las sociedades que no actúan con un capital adecuado a su objeto social resta eficacia a las normas tuitivas de los acreedores, que giran precisamente sobre la noción de capital social ⁽¹⁵⁾. Por otro lado, el estudio de la infracapitalización en la sociedades ha permitido que se llame la atención sobre la distinta posición que tienen algunos acreedores -los llamados institucionales, con un mayor poder económico en el mercado que les permite autotutelar sus intereses- frente a otros -los extracontractuales y los pequeños acreedores- más indefensos frente al fenómeno de la infracapitalización y, en general -como más adelante se verá- frente a las operaciones societarias en las que pueden verse peligrosamente afectados aquellos intereses.

Una parte de la doctrina ha levantado el guante del desafío descalificando el planteo y oponiendo reparos a dicho argumento de

(15) Según Escribano Gámir, La afirmación del texto se realiza sin prejuzgar sobre la necesidad o no de reprimir legalmente la infracapitalización. Que esto deba o no realizarse dependerá de otras razones entre las que tiene una importancia menor (aunque la presencia de estas normas no ha dejado de ser un dato tenido en cuenta por la doctrina a favor de la sanción de sociedades infracapitalizadas) la eficacia de las normas de oposición.

asimetría de información, al señalar que si los acreedores efectivamente contratan con la sociedad sin informarse o informándose insuficientemente acerca de su estructura financiera es porque, con todo, esa información no les interesa o les conviene y, si es así, esa información es eficiente, salvo el caso de dolo o fraude. De allí que si bien es deseable que los acreedores puedan confiar en que la sociedad está correctamente capitalizada, la protección por parte del ordenamiento a esa confianza supondría, no que la sociedad tenga necesariamente que estarlo, sino que tendría el deber de notificar a los acreedores acerca de sus pautas inusuales de capitalización ⁽¹⁶⁾.

Claro está: exponerlo así es sencillo, regularlo en forma concreta y eficaz, es otra cosa.

3. La pregunta a formularse podría ser: ¿hay un valor adecuado para el capital social?

Si el capital social es el conjunto de recursos constituidos por los aportes de los socios para ser aplicados al giro social y al cumplimiento del objeto social, no caben dudas que existirá insuficiencia de capital social cuando los socios no dotan a la sociedad de los recursos patrimoniales necesarios para ello.

Consecuentemente, si la sociedad no cuenta con capital suficiente para afrontar su giro y el cumplimiento del objeto social, desde un punto de vista técnico -y sin que ello implique juicio de valor en cuanto a las consecuencias o alcances de la calificación- puede afirmarse, sin hesitación, que la sociedad estará *infracapitalizada*; pero... ¿debe traer ello alguna consecuencia en materia de responsabilidad o de personalidad jurídica?

Parece evidente la certeza de algunos de los argumentos utilizados en la propuesta que lleva a la solución enunciada. Sin embargo, ello no obsta para que el principal obstáculo que encabeza la crítica hacia una eventual calificación negativa de la *infracapitalización societaria* resulte difícilmente contestable: *la doctrina económica no está, hoy,*

(16) Paz-Ares, "La infracapitalización: una aproximación contractual", RdS, Año II, 1994.

en condiciones de resolver el problema de la relación óptima entre capital propio y capital de crédito ⁽¹⁷⁾.

Así las cosas, lo que en verdad resulta complejo es hallar el punto óptimo de convergencia entre ambas tesis -donde quizá, de existir, podríamos alcanzar la respuesta al problema- pues hallamos consideraciones de peso para su afirmación, utilizadas como premisa para su desarrollo, y, asimismo, no pueden eludir algunos reparos. En concreto, y por lo que se refiere a la última de las construcciones mencionadas, es aceptable el argumento respecto de la dificultad existente en establecer un precepto que imponga en positivo la relación de congruencia capital-actividad estatutaria. Ahora bien, no lo es menos la existencia cierta de la necesidad de combatir la participación impune en el tráfico económico empresarial de sociedades manifiestamente infracapitalizadas ⁽¹⁸⁾.

En efecto, en lo que a los niveles de relación entre el capital -al menos desde un punto de vista económico y financiero tomando éste como el patrimonio neto desde la óptica de la cuenta de "capital"- y el pasivo, siempre ha sido un índice o indicador tradicional del grado de solvencia de una sociedad frente a perturbaciones financieras de distinto tipo, principalmente subas en tasas de interés (que aumenta el gasto en concepto de intereses) o menor disponibilidad de crédito que pueda obligarla a cancelar parte de sus obligaciones financieras en condiciones desventajosas. Y esta es una señal de alarma, pues un excesivo endeudamiento producto de tener que financiar la mayor parte de la operación del ente con el recurso crediticio vuelve dependiente a la sociedad de acontecimientos que no están bajo su

(17) En este sentido, sobre todo, Ulmer, P., "Gesellschafterdarlehen...", p. 665 y ss.; Schmidt, K., "Insolvenzrisiko...", p. 305.

(18) Conforme guía Escribano Gámir (op. cit), la defensa de la tesis que sostiene la prohibición de la infracapitalización manifiesta puede verse, entre otros, en Kübler, F., *Gesellschaftsrecht*, 3 Auflagen, Heidelberg, 1990, p. 253 y ss..

De consulta obligada sobre el problema de la necesaria existencia de una relación entre capital y objeto social, a través del reconocimiento en los países europeos de la prohibición de la sociedad "manifiestamente infracapitalizada", así como, y en conexión con lo anterior, un amplio examen de la infracapitalización nominal y material, sus consecuencias y posibles sanciones frente al fenómeno (Portale, G., *Capitale sociale e società...*, ps. 29-124.

control. Sin embargo, no hay que apresurarse para sacar conclusiones mecánicas de este indicador, porque algunas empresas pueden tener un alto endeudamiento, pero el alto retorno de las inversiones financiadas con deuda les permite afrontar cómodamente el pago de los intereses y las amortizaciones de la misma.

Sin embargo, las Ciencias Económicas claramente tienen una visión sobre el tema advirtiendo que los problemas de descapitalización -cuando la infracapitalización es derivada- o de infracapitalización propiamente dicha -si se toma el fenómeno desde la óptica actual- se pueden observar al presentar los *ratios* de endeudamiento, al estudiar el beneficio antes de intereses e impuestos en relación con los gastos financieros y al comparar éstos con las ventas y las deudas que los han generado, además del estudio del cuadro de financiación. Entre las relaciones a estudiar en el análisis pueden señalarse las siguientes: i) deudas totales/pasivo; ii) fondos propios/deudas totales; iii) activo real/deudas totales; iv) recursos permanentes/pasivo; v) beneficio antes de intereses e impuestos/gastos financieros; vi) gastos financieros/deudas con costo; y vii) gastos financieros/ventas. Si de los resultados surgiera un desequilibrio, las soluciones correctivas deberían transitar por la senda de: a) ampliación de capital por parte de los socios; b) reducción del costo de la deuda; c) venta de los bienes inmovilizados extrafuncionales ⁽¹⁹⁾, o d) por mecanismos de subordinación de algunos créditos para restablecer el equilibrio perdido.

Cualquiera sea el camino escogido, no hay dudas que debemos encarar de un modo más realista el tratamiento del capital social en la legislación societaria, y buscar su correcta adecuación al objeto social contractual o estatutario.

(19) Puede verse Spina, Giménez y Scaletta, *Cuánto vale realmente una empresa*, Ed. Buyatti; Goxens y Gay, *Análisis de estados contables*, Prentice Hall, entre otros.