

EL CAPITAL MINIMO EN LA SOCIEDAD ANONIMA

Ariel Angel Dasso

Ariel Gustavo Dasso

Ultimamente, y como consecuencia de circunstancias fácticas, 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 véraz y de las garantías personales.

Cabe preguntarnos si tal distorsión no es una consecuencia de la ineficaz aplicación del principio de realidad del capital mínimo.

De acuerdo a las últimas tendencias doctrinarias que en la ponencia se analizan se propone la exigencia de un capital mínimo importante de manera de reservar el tipo de sociedad anónima para la gran empresa mientras que el sistema de la sociedades colectivas, en comandita, y de responsabilidad limitada queden asignadas a las pequeñas y medianas empresas.

Entendemos que, abocado como se encuentra nuestro país, a lograr el mejor marco jurídico que se adecue a las exigencias más serias de las entidades plurinacionales en el sistema del MERCOSUR, sería de utilidad fijar un capital mínimo relativamente elevado de forma que, por lo menos para éste tipo de sociedades, la exigencia de la expresión de la responsabilidad frente a los terceros, aparezca exteriorizada con las características de realidad que, sin lugar a dudas, hacen al sinceramiento y fluidez de la actividad económica.

EXORDIO

Frente al anteproyecto de Ley de Sociedades Comerciales, teniendo a la vista el proyecto de reforma del art. 186 relativo al capital social, interesa detenernos en la supresión de la segunda y tercera oración introducida en el párrafo primero que de esta manera determina la eliminación de la exigencia del capital mínimo que contiene actualmente el referido artículo.

El objeto de esta ponencia es esclarecer en alguna medida, de cara a la legislación, la razón de ser de la determinación de un capital mínimo y su monto

V Congreso Argentino de Derecho Societario,

I Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa

(Huerta Grande, Córdoba, 1992)

investigando en el caso si aparece suficiente o no, acopiando elementos que contribuyan a una ajustada valoración de la cuestión y determinen una posición axiológica frente a este problema significado por el capital mínimo en la sociedad anónima.

EL CONCEPTO DE CAPITAL Y SU FUNCION

Calificada la sociedad anónima como instrumento imprescindible para la realización de la revolución de la sociedad capitalista cobra singular importancia el concepto de capital el cual ha llegado en tal medida a ser identificado con la figura típica societaria que ha llevado a Garrigues a decir que la sociedad anónima "*es un capital con categoría de persona jurídica*".

El capital social es la expresión en moneda de curso legal de los bienes aportados a la sociedad representado por acciones y enfrentado al patrimonio o conjunto de bienes de la entidad.

Es una cifra esencialmente mudable, en contraposición con el llamado patrimonio o capital efectivo. Está representado por una cifra con una existencia de derecho y no de hecho; constituye la primera partida del pasivo en el balance y siguiendo una afortunada representación literaria de Vivante cumple la función de un recipiente destinado a medir el grano que unas veces rebasa la medida y otras no alcanza a completarlo pero que en todo caso, al menos desde un punto de vista ortodoxo, exige coincidencia entre recipiente y contenido en el momento de fundación de la sociedad. En otros términos: en el momento fundacional el capital social constituye una cifra coincidente con el patrimonio o capital real. Decimos desde el punto de vista ortodoxo dogmático porque en supuesto no deseado, pero posible, de infra valoración de las aportaciones el patrimonio será superior al capital social aun en el momento fundacional y la hipótesis inversa acontecerá en la circunstancia de emisión de acciones con prima.

Sin embargo ninguno de dichos extremos son deseables y en las Directivas de la Comunidad Económica Europea hasta se ha llegado a tipificar como delictuosas estas figuras.

El capital social tiene una función primordial: constituye una cifra de retención y consecuentemente determina la responsabilidad del ente frente a los acreedores (art. 70 y 71 L.S.).

Establece además, al estar dividido en acciones, en cuanto hace al aspecto interno, la posición relativa del socio y en lo que hace a su proyección respecto de los acreedores significa el límite de su garantía.

De allí entonces su excepcional importancia. Se ha llegado a decir que la extinción de responsabilidad de los socios frente a los acreedores tiene como

contrapartida y justificación la responsabilidad representada por el capital social. Distintos principios tienden a garantizar la cifra de responsabilidad significada por el capital.

Ellos son:

a) el principio de unidad; que significa que el capital ha de ser uno y que las prestaciones accesorias no pueden integrar el capital social (art. 50 L.S.).

b) Principio de determinación en cuanto aparece como una exigencia inexcusable del acto fundacional en forma tal que su omisión acarrea nulidad (art. 166 L.S.).

c) Principio del capital mínimo, tema que, obviamos porque sobre él insistiremos *infra*.

d) Principio de realidad o integridad que tiende a asegurar la equivalencia entre el capital social y el patrimonio neto. Este principio es denominado dogmáticamente como de "correspondencia mínima" por ello es que, debe estar determinado en dinero de curso legal, suscripto totalmente (art. 186 L.S.) y desembolsado en una parte proporcional (en nuestra ley el 25% del valor nominal de las acciones (art. 187 L.S.); los aportes que lo constituyen deben ser susceptibles de valoración económica y no pueden serlo ni los proyectos ni las ideas ni las diligencias ni los servicios arg. art. 187 L.S.); exigen regulaciones puntuales, la realidad de los aportes y especialmente de aquellos realizados in-natura en orden a su valoración (art. 186 L.S.; art. 51 L.S. y ante proyecto modificatorio).

El principio de realidad adquiere una significación trascendental porque es el que determina la veracidad de la respuesta frente al acreedor y, como dijimos antes, solamente su exactitud y acierto explican que este acreedor no pueda agredir la responsabilidad individual del socio en la figura de la sociedad anónima.

e) Principio de conservación, en forma que la modificación de su cifra supone una modificación estatutaria lo que habrá de realizarse según normas que impidan que por esta vía de modificación se altere el principio de realidad. La permanencia del capital restringe la libertad de la sociedad en adquirir sus acciones (art. 220 L.S.); o constituir prendas sobre las mismas (art. 222 L.S.); determina control severo en el caso de aumento (art. 188, 189; 201 y 245 y conc. L.S.) o reducción (art. 203 a 206 L.S.); en la hipótesis que las pérdidas reduzcan el patrimonio en una cantidad inferior a las reservas y a la mitad del capital social provocan la reducción obligatoria, y en el de pérdida total la disolución de la sociedad por extinción del capital, elemento esencial que constituye la justificación de la certeza de la responsabilidad frente a los acreedores.

La descalificación de la sociedad en medida que aparezca en riesgo o cuestionamiento la realidad del capital social como garantía del acreedor, la fulmina (art. 94 inc. 5 L.S.).

EL FACTOR "INTUITO PERSONAE" FRENTE AL "INTUITO PECUNIAE"

La responsabilidad de la sociedad anónima constreñida al alcance del capital social resulta de aquella enseñanza de Garrigues: "lo que interesa del socio en la sociedad anónima no es su actividad personal, sino su aporte personal; lo que importa no es la persona, sino el capital; los socios se valoran por lo que aportan y no por lo que son".

Estas frases terminantes parecieran constituir todo un dogma que llevarían a una conclusión definitiva en la sociedad anónima: el "intuito persone" es desplazado por el "intuito pecuniae".

Sin embargo, como ocurre siempre o casi siempre, frente a los grandes problemas de dogma aparecen fisuras o concesiones a posiciones contrarias que cuestionan el principio apodíptico.

El "intuito personae" aflora cuando aparecen las limitaciones estatutarias a la transmisión de las acciones nominativas y también entre otros casos, muy especialmente las hipótesis de las prestaciones accesorias en las que sí interesan las condiciones del socio (que aparecen de cuajo excluidas en el principio general).

Esto ha llevado a un planteo de tipo dogmático que se vincula también con el tema del capital mínimo y nos lleva a cuestionar si se desnaturaliza la base legal de la sociedad anónima cuando se intenta introducir, adecuar o compatibilizar dentro de su esquema el de las sociedades anónimas cerradas o de familia, en las cuales la responsabilidad del socio aparece excluida pero no por ello se desdennan sus atributos o condiciones personales.

LA EVOLUCION HACIA EL "CAPITAL MATERIAL"

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 con los recursos de la sociedad o sea con los medios con que esta 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 al activo patrimonial, que según la regla de la financiación material debería ser también considerado como capital social.

En esta postura se destacan Lutter, Paz Ares e Ignacio Quintana.

Pérez de la Cruz llega así a definir el capital social a través de un redimensionamiento o adecuación a su materialidad: "activo patrimonial líquido en la medida en que sirva de contravalor a la cifra contable que representa" y con ello se advierte una aproximación tan ostensible del concepto de "capital social" hacia el concepto de "capital material"; del concepto de "capital social" respecto del concepto de patrimonio, que las diferencias se desdibujan y casi se confunden.

Sin embargo debemos advertir que, desde el punto de vista dogmático sigue siendo válida la diferencia y separables el concepto de "capital" respecto del concepto y función del "patrimonio" y ello se destaca aún en las propias Directivas de la Comunidad Económica Europea en las que en procura de la determinación de la figura jurídica más idónea como instrumento útil a la realización de la vida económica comunitaria, se pretende enfáticamente evitar la infracapitalización social en perjuicio de los terceros. El concepto de capital social mantiene su individualidad.

SUBSISTENCIA DOGMÁTICA DE LA FUNCIÓN DE GARANTÍA

La crisis o cuestionamiento del dogma del "capital social" y su aproximación al "capital material" no es otra cosa que una consecuencia de la receptividad por parte de la doctrina de circunstancias fácticas del comercio general moderno.

Se llegó a decir que la función garantizadora del capital social había perdido trascendencia con lo cual también lo perdía la tesis del principio del capital mínimo y ello porque en el derecho vivo los acreedores no se interesan por el monto del capital social, sino por la seriedad y debida publicidad de un balance veraz y en último caso por medio de garantías personales (Ives Chartier).

Cabe preguntarnos frente al problema dónde está el origen de esta crisis. No puede descartarse la respuesta que encuentre en la insuficiencia del capital social mínimo la justificación de una circunstancia fáctica en el derecho vivido que significa lisa y llanamente el desprecio; el deterioro o el avasallamiento de las teorías de la responsabilidad limitada en la sociedad anónima y en una última instancia el reconocimiento que por insuficiencia de la función garantizadora del capital social todas las normas de la anónima aparezcan cuestionadas en su aspecto fundamental que es la limitación de la responsabilidad.

Esta visión realista que Chartier pone en evidencia, no descarta de todos modos la figura dogmática esencial de la sociedad anónima en el sentido que el capital continúa apareciendo como cifra de retención en garantía de los acreedores y que la ley en su texto tradicional mantiene esta solución: el capital social procede de los aportes que constituyen el patrimonio de los socios, cumple una función de res-

ponsabilidad frente a los acreedores y debe volver a los socios una vez liquidada la sociedad.

LA ACTUALES TENDENCIAS

A despecho del avance dogmático de la noción del capital material y de la tendencia a trazar la clara diferenciación del patrimonio, las tendencias legislativas se muestran obstinadas en la defensa de los principios básicos de la sociedad anónima y entre ellos los que se refieren a la caracterización del capital social como constituido por el aporte de los socios y significativo del límite de la responsabilidad frente a los terceros.

Tal característica se advierte en los esfuerzos realizados legislativamente por asegurar su realidad e integridad.

Así en la Segunda Directiva del Consejo de Comunidades Europeas de 1987 se llega al extremo de tipificar como conducta penal específica la distribución de dividendos ficticios, la infravaloración fraudulenta de los aportes in-natura o aguamiendo del capital (watering).

Como señala Rojo otra característica dentro de esta línea se advierte en el sistema del Estado de California que requiere en el momento de constitución proporción entre los fondos propios de la sociedad y el pasivo; o bien el ejemplo del derecho belga que exige un plan financiero previo que fije adecuadamente el capital mínimo exigible.

EL CAPITAL MINIMO

Ya a esta altura de las prietas reflexiones anteriormente realizadas estamos en condiciones de determinar a grandes rasgos la importancia en la determinación de un capital mínimo en los estatutos fundacionales de las sociedades anónimas.

El capital mínimo tiende a determinar la verdadera entidad de la responsabilidad empresarial frente al tercero.

Pero además nos llevó como de la mano a un problema que subyace y que aparece como consecuencia de aquel principio según el cual la sociedad anónima muestra -el problema es determinar en qué medida- la prevalencia del factor "intuitu pecuniae" sobre el factor "intuitu personae" o si se quiere reduciendo el tema a una expresión simple, la prevalencia de la grande empresa, de gran base accionaria, con marcado abstencionismo de participación de sus accionistas e indiferencia respecto a la calidad de sus integrantes, frente a la sociedad cerrada o familiar, generalmente con menor número de socios, participación directa y mínima envergadura.

La opción por la determinación de un capital mínimo de elevado monto significará la elección de la forma Sociedad Anónima para la gran empresa y la

reserva para la sociedades de tipo cerrado o familiar de la forma societaria de la responsabilidad limitada.

Acudiremos entonces para esto al ejemplo que se advierte en la legislación española. En la Exposición de Motivos de la ley de 1951 se decía: "deseando respetar el uso arraigado de algunas regiones españolas de fundar sociedades anónimas de tipo familiar modesto no se ha querido fijar un límite del capital social."

Esto significa admitir que la fijación de un límite mínimo elevado aspira a asignar para la gran empresa o mediana empresa la exclusividad del tipo societario sociedad anónima.

La Segunda Directiva del Consejo de Comunidades Europeas de 1976 exige para la fundación de una sociedad anónima un capital mínimo de 25.000 Ecus o unidades de cuenta europea y la posibilidad de revisar cada 5 años la cifra mínima exigible teniendo en cuenta la situación económica y sobre todo atendiendo a *las tendencias que existen respecto a reservar la forma de sociedad anónima a las grandes y medianas empresas.*

El sistema Francés exige un millón quinientos mil francos para la sociedades anónimas que acudan al ahorro público bastando 250.000 francos para todas las demás con lo cual la forma de la sociedad anónima resulta accesible también a las pequeñas empresas advirtiéndose por parte de la literatura jurídica que el sistema funciona en forma aceptable.

Resulta de sumo interés la reciente ley española de 1989, la cual en su art. 4 establece un capital mínimo que se ha dado en llamar congruente con la orientación de la Segunda Directiva del Consejo de las Comunidades Económicas Europeas antes referido, en un total de 10.000.000 de pesetas en tanto exige 500.000 pesetas para la constitución de las sociedades de Responsabilidad Limitada.

Las sociedades anónimas existentes deben al 30-6-92 aumentar efectivamente su capital hasta 10.000.000 de pesetas o transformarse en sociedades colectivas comanditarias o responsabilidad limitada y si no lo hicieren vencido dicho plazo los administradores responden personal y solidariamente por las deudas sociales... y si antes del 31-12-95 las existentes no hubieren aumentado su capital mínimo legal quedarán disueltas de pleno derecho.

Como ocurre frecuentemente la cifra mínima ha sido considerada por algunos como insuficiente, sobre todo sosteniendo que la sociedad seguirá infracapitalizada si el desembolso es del 25% como lo establece la ley. Desde otro punto de vista, si bien con el mínimo legal se pretende garantizar una empresa de cierta envergadura, también deben pensarse que existen concesiones importantes que permiten a través de la subsistencia de institutos propios de las empresas medianas y pequeñas la cobertura para ellas del manto de la sociedad anónima.

V Congreso Argentino de Derecho Societario,

I Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa

(Huerta Grande, Córdoba, 1992)

Tales institutos son aquéllos en las que el "intuitu personae" tiene particular vigencia, como la hipótesis de prestaciones accesorias o límites a la transmisión de acciones nominativas e incluso determinado régimen de contabilidad con posibilidad de balance y memoria abreviados y no exigencia de auditoría.

Lo que aparece innegable a esta altura de la disquisición es que el propósito ha sido el de reservar para la gran empresa la forma de la anónima dejando la de responsabilidad limitada y otras formas societarias para las medianas y pequeñas empresas siguiendo los ejemplos de la legislación germana e inglesa.

Por lo pronto se ha establecido en este sentido en los últimos tiempos en España una aumento notable en el número de sociedades de responsabilidad limitada en tanto cuanto las sociedades anónimas aparecen como el medio idóneo para que las empresas de mayor envergadura desarrollen su actividad.

Lo que se procura a través del capital mínimo es evitar aquellos extremos que Lutter y Paz Ares denominaban como "infra capitalización nominal material" aspirando a que la sociedad anónima comience con un capital proporcional a su previsto nivel de riesgo respetando lo que se da en llamar la regla de oro de un comerciante honesto y leal sin excepciones, poniendo en evidencia a través de ese capital mínimo el alcance concreto de su responsabilidad. Lo demás configura una fórmula que como ha ocurrido a la crisis del concepto provoca en la práctica la derogación de los principios de la responsabilidad limitada a través de las garantías subsidiarias.

CONCLUSIONES

Después de este obligadamente sintético estudio en torno a las características del capital y específicamente a la exigencia del capital mínimo cabe preguntarnos si el esquema elegido por la ley en su anteproyecto resulta suficiente. Creemos que la eliminación del monto mínimo no es la solución más adecuada.

Así como Mossa en su momento fustigó la epidemia significada por las sociedades de responsabilidad limitada hoy nosotros podríamos hablar, aplicando parámetros reversos, de la epidemia de las sociedades anónimas.

Iniciado el país en el difícil camino de la formulación de entidades plurinacionales y en todo caso a la integración del Mercosur parece razonable exigir capital mínimo de mayor envergadura para, de alguna manera, determinar que la forma de la sociedad anónima con responsabilidad limitada, con el riesgo que la misma supone de limitación de responsabilidad al capital, encuentre una correspondencia interna más efectiva con el patrimonio y signifique de consuno una garantía también mas concreta y real respecto de los acreedores sociales.

BIBLIOGRAFIA

- ALVAREZ VALDEZ, Manuel: "Luces y sombras de la reforma de la Ley de S.A." La Ley, 27 de marzo de 1990.
- BEUTLER, BENGT y otros: "Die Europaisch Gemeinschaft", ed. Nomus Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 1982.
- CARRERA GIRAL, Juan: "Ley de Sociedades Anónimas", ed. Bosch Barcelona 1990.
- CHARTIER, Yves: "Droit des Affaires", vol 2, Sociétés Commerciales, Themis, 1985.
- FERRARA, Jr. y CORSI, F.: "Gli imprenditori e la Società", 7a. ed., Giuffré, 1987.
- FERRI, Giuseppe: "La società", 3a. ed. Zanichelli, Bologna, 1986.
- GALGAGNO, Francesco: "La società per azioni", 3a. ed. Zanichelli, Bologna, 1986.
- GALCAGNO, Francesco: "Las instituciones de la economía capitalista", ed Ariel Derecho Barcelona 1990.
- GARRIDO DE PALMA, V.M.: "La nueva sociedad anónima", Expansión, 4, 5, 7 y 10 de enero de 1989.-
- GARRIDO DE PALMA, Víctor Manuel y otros: "Estudios s/la sociedad anónima", ed. Civitas - Madrid. 1991.-
- GARRIDO DE PALMA, Víctor M. y otros: "Las sociedades de capital conforme a la nueva legislación", ed. Trivium S.A. Madrid 1990.
- LUENGO GARCIA Ramón y SOTO VAZQUEZ Rodolfo: "El nuevo régimen jurídico de la Sociedad Anónima" ed. Comares, Granada 1991.
- PAZ-AREZ J. Cándido: "Sobre la infracapitalización de las Sociedades", Anuario de Derecho Civil, 1983, 4º.
- ROJO, Angel y BELTRAN, Emilio: "El capital mínimo", Boletín del Ilustre Colegio de Abogados, Madrid 1989, pag. 77y sigts.
- URIA RODRIGO: "Derecho mercantil", 16º ed., M. Pons 1989.
- VICENT CHULIA, Francisco: "Introducción al Derecho Mercantil", 3a. Ed. Bosch, 1990. "Estudios y Textos de Derechos de Sociedades de la Sociedad Económica Europea", Ed. Universidad de Madrid, Madrid 1978.