

## CAPITAL SOCIAL - FUNCION DE GARANTIA

*Valeria Fábregas*

### Sumario

I. Introducción II. La Personalidad Jurídica III. Concepto de capital social IV. Principios del capital social V. Funciones del capital social. Particularmente la función de garantía IV. Derecho comparado V. ¿Prevalencia de la economía por sobre el derecho? VI. Conclusión.

### I. Introducción

Partiendo de nuestra realidad, que constituye el punto de arranque a desarrollar, nos encontramos con diferentes teorías que analizan y estudian este actor de importancia, "el capital social", elemento que creo interesante someter nuevamente a consideración.

El concepto central del presente trabajo es la noción clásica de capital social y como consecuencia la función de garantía del "capital social" de aquellas sociedades comerciales en las cuales sus socios limitan su responsabilidad a saber, Sociedades Anónimas y Sociedades de Responsabilidad Limitada.

El legislador de 1972 ensayo procurar formas técnicas adecuadas para actividades económicas de diferente importancia y características, y es por ello que intentó reservar el molde de las sociedades de personas a las pequeñas empresas, dejando a las sociedades de responsabilidad limitada para cubrir un campo de actividades que considere inadecuado adaptarse al esquema más complejo de la sociedad anónima, que destino a los grandes emprendimientos<sup>(1)</sup>.

---

(1) Nissen, Ricardo A., *Curso de Derecho Societario*, Ad-Hoc, Bs. As., 1998, p. 94.

Pero la realidad actual nos demuestra que al momento de elegir el tipo societario que servirá como molde del emprendimiento a desarrollar los empresarios en la mayoría de los casos utilizaran, independientemente de la importancia del negocio, aquel tipo que permita limitar su responsabilidad patrimonial. Es por ello que creo indispensable fortalecer el concepto de capital social y hacer que el mismo cumpla con la función que lo caracteriza, la de garantía respecto a los terceros -en especial en las sociedades de capital- permitiendo a estos conocer los bienes con que la sociedad cuenta para afrontar sus obligaciones <sup>(2)</sup>.

## II. La Personalidad Jurídica,

El art. 2 de la ley 19.550 establece que "la sociedad es un sujeto de derecho con el alcance que fija la ley".

Ese reconocimiento de la personalidad jurídica implica atribuirle ciertas cualidades o propiedades de que gozan todas las personas, tanto físicas como jurídicas que se denominan atributos de la personalidad, y entre ellos tenemos al patrimonio.

Conforme una adecuada interpretación de la doctrina extraída del art. 2º de la Ley 19.550, el reconocimiento de la personalidad jurídica otorgada a las sociedades comerciales, tiene como uno de sus presupuestos fundamentales la dotación -al ente social creado- de un capital suficiente.

La razón de ser de la existencia de la persona jurídica se relaciona con sus miembros y con los terceros. Respecto a los socios, importa una tajante separación entre el patrimonio de la persona jurídica y el de los miembros y respecto de los terceros se inspira en el principio

---

(2) Nissen nos pone de manifiesto que el capital social se presenta como una cifra permanente en la contabilidad de la sociedad que indica a los terceros con que cifra responderá el ente frente a esos terceros por las deudas de la sociedad. Nissen, Ricardo A., *Curso de Derecho Societario, Ad-Hoc.*, Bs. As., 1998, p. 398.

de seguridad jurídica<sup>(3)</sup>. Este principio de autonomía surge de artículo 39 del Código Civil<sup>(4)</sup>.

La limitación de responsabilidad del socio según lo manifiesta Otaegui es consecuencia del otorgamiento de la personería jurídica a la sociedad ya que este reconocimiento de la personalidad jurídica significa que la sociedad es un sujeto de derecho diferente de los socios que la conforman<sup>(5)</sup>.

### III. Concepto de Capital Social

Partiendo del artículo 1º de nuestra Ley de Sociedades Comerciales veremos que entre los elementos que configuran el concepto de sociedad encontraremos ***“la obligación de los socios de realizar aportes para aplicarlos a la producción o intercambio de bienes o servicios”***<sup>(6)</sup> y es justamente de este artículo que extraemos la noción clásica de capital social entendido como ***“la suma de los aportes en numerario y en especie que los socios se comprometen a efectuar”***<sup>(7)</sup>.

Siguiendo la doctrina nacional mayoritaria y la posición receptada por nuestra ley de Sociedades Comerciales 19.550 y su reforma ley 22.903 la postura acogida es a todas luces la tradicional, a la cual adhiero, y en virtud de ello los conceptos que a continuación se transcriben,

---

(3) Calcaterra, Gabriela, “Personalidad, empresa y contrato de sociedad”, VIII Congreso Argentino de Derecho Societario IV Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa, Rosario, 2001, t. I, p. 90.

(4) “Las corporaciones, asociaciones, etc., serán consideradas como personas enteramente distintas de sus miembros. Los bienes que pertenezcan a la asociación, no pertenecen a ninguno de sus miembros; y ninguno de sus miembros, ni todos ellos, están obligados a satisfacer las deudas de la corporación, si expresamente no se hubiesen obligado como fiadores o mancomunado con ella”.

(5) Otaegui, “Inoponibilidad de la personalidad jurídica”, en *Anomalías societarias*, Advocatus, Cba., p. 94.

(6) Ley de Sociedades Comerciales, art. 1º.

(7) Zaldivar, Manovil, Ragazzi, Rovira y San Millán, “Cuadernos de Derecho Societario”, Volumen I, pág. 206, ed. Abeledo Perrot, Bs. As., 1973.

El Dr. Nissen sostiene que, *“el capital social se forma inicialmente con los aportes de los socios y debe ser adecuado al objeto que la sociedad pretenda desarrollar... además de servir como fondo patrimonial para la obtención de beneficios a través del ejercicio por la sociedad de una determinada actividad empresarial (función de productividad) o como parámetro para medir matemáticamente la participación del socio en la sociedad”*<sup>(8)</sup>.

El Dr. Farina sostiene que, *“El capital es una cifra abstracta, intangible e invariable que representa el valor de los bienes que los socios han aportado o comprometido aportar en propiedad. El capital es un concepto jurídico; es una cifra invariable pues se mantiene constante pese a las variaciones que pueda sufrir el patrimonio y solo habrá de modificarse en caso que mediante resolución adoptada por la mayoría requerida según el tipo social se decida aumentarlo o disminuirlo”*<sup>(9)</sup>.

### III. Principios del capital social

Los principios esenciales en los que se fundamenta la noción de capital social, considerados como principios ordenadores del mismo, son los siguientes,

**1) Principio de determinación,** El mismo señala la obligación de establecer numéricamente la cifra del capital en moneda de curso legal, el capital debe ser fijado en forma exacta y precisa en los estatutos.

Esa determinación es exigida como requisito obligatorio en el estatuto social (art. 11, inc. 4º, y art. 166, incs. 1º y 2º, LSC), requiriéndose la posterior publicación, para conocimiento de terceros (art. 10, inc. 7º, LSC). Reformas posteriores afectaron parcialmente

---

(8) Nissen, Ricardo A., *Curso de derecho societario*, Ad-Hoc, Bs. As., 1998, p. 106.

(9) Farina, Juan M., *Compendio de sociedades comerciales*, Zeus, Rosario, 1989, p.62.

la publicidad que surge de la inscripción registral (ver art. 188, LSC en su actual redacción)<sup>(10)</sup>.

**2) Principio de invariabilidad del capital,** En base al presente principio el capital social debe permanecer inalterado, salvo los casos de aumento o reducción del capital social conforme a la ley y a los estatutos. Como consecuencia de este régimen el monto del capital social debía figurar en el estatuto y no podía modificarse, más allá del quintuplo, sino por Asamblea Extraordinaria<sup>(11)</sup>.

**3) Principio de intangibilidad del capital,** Constituye la base del sistema, el mismo implica, 1. Correcta valuación de los aportes en especie (arts. 39, 53 y 150, LSC); 2. Equivalencia entre valor de integración y valor nominal del capital suscrito, consagrada a partir de la prohibición de emitir acciones por debajo de la par (art. 202, primer párr., LSC); 3. Prohibición de distribución de dividendos o pago de interés a los socios si no hubiera ganancias realizadas y líquidas (arts. 68 y 224, LSC.); 4. Prohibición de distribución a los socios de las ganancias habidas en el ejercicio económico, si previamente no fueren absorbidas en el balance las pérdidas de ejercicios anteriores (art. 71, LSC); 5. Prohibición de distribuir dividendos anticipados o provisionales (art. 224, LSC)<sup>(12)</sup>.

Asimismo es necesario que el capital este suscrito íntegramente en el acto de constituirse la sociedad conforme se desprende de los arts. 149 y 186 de la LSC<sup>(13)</sup>.

Es este principio el que está mas íntimamente ligado y relacionado con la función de garantía que cumple el capital social.

---

(10) Araya, Miguel C., "El capital social", Revista de Derecho Privado y Comentario, 2003, p. 216.

(11) Halperin, Isaac, *Sociedades anónimas*, 1ª ed., ps. 193 y ss..

(12) Araya, Miguel C., "El capital social", Revista de Derecho Privado y Comentario, 003, p. 216.

(13) Farina, Juan M., *Compendio de sociedades comerciales*, Zeus, Rosario 1989, p. 63.

#### **IV. Funciones del capital social. Particularmente la función de garantía**

La doctrina tradicional sostiene que el capital social cumple tres funciones de importancia ellas son, a saber,

**1) Función de productividad**, función de contenido típicamente económico en virtud del cual el capital social sirve como fondo patrimonial empleado para la obtención de un beneficio, a través del ejercicio de una determinada actividad empresarial.

**2) De determinación de la posición del socio en la entidad**, pues mediante el capital social se mide matemáticamente la participación y eventualmente la responsabilidad de los socios en las sociedades anónimas y de responsabilidad limitada<sup>(14)</sup>.

**c) De garantía frente a los acreedores sociales**<sup>(15)</sup>.

De todas estas funciones considero que uno de los temas con mayor proyección dentro del ámbito de las sociedades mercantiles en las que se limita la responsabilidad del socio por deudas sociales, es fijar las condiciones que han de cumplir las relaciones sociedad- socio, en armonía con las relaciones sociedad- terceros, siendo la función de garantía, la que a mi juicio, asume un papel mas destacado.

Como lo señala el Dr. Nissen, 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 las sociedades anónimas y de responsabilidad limitada<sup>(16)</sup>.

Considero que para poder estimar lícita esa limitación de riesgo, que a través de la sociedad obtiene el socio en sus actividades económicas, es imprescindible que, mediante este instrumento que es la sociedad, no se produzcan situaciones ante las cuales el tercero resulte inerte.

Desde el punto de vista jurídico el capital social cumple una función de garantía patrimonial de la sociedad a favor de

---

(14) Nissen, Ricardo A., *Curso de derecho societario*, p. 398.

(15) Pérez de la Cruz Blanco, Antonio, *La reducción del capital en las sociedades anónimas y de responsabilidad limitada*, Albortiana, p. 44 y ss..

(16) Nissen, Ricardo A., *Curso de derecho societario*, Ad-Hoc, Bs. As., p. 398.

los terceros con la que la misma mantiene relaciones obligatorias<sup>(17)</sup>.

Con relación a los acreedores, si bien se reconoce hoy que la mayor garantía es el patrimonio social, como éste es variable, solo le sirve de garantía inmutable la cifra de capital, ya que es una cifra de retención que obliga a mantener una masa de bienes en el patrimonio<sup>(18)</sup>.

Lo afirmado no atenta contra la importancia del capital social respecto de terceros, sino por el contrario esta cifra resulta imprescindible y debe ser tenida en cuenta por aquellos, no sólo como sinónimo de garantía, sino que además existe el deber de cada uno de los socios de mantenerla, evitando que se frustren los derechos de quienes contraten con la sociedad<sup>(19)</sup>.

El capital actúa como cifra de retención o medida, por debajo de la cual el patrimonio no debe fluctuar, además se encuentra estructurado por una serie de principios rectores -seriedad, intangibilidad y efectividad- que refuerzan la idea de capital social entendido como garantía de los terceros respecto de las obligaciones asumidas por el ente, en otras palabras, determina -respecto de aquellos- la certeza de existir siempre el contravalor patrimonial de la cifra capital<sup>(20)</sup>.

Considero que el capital social es una cifra que debe existir al momento de constitución de la sociedad y perdurar durante la vida del ente sirviendo de garantía a los terceros, respecto de las obligaciones asumidas por la sociedad comercial, atento a las

---

(17) Marimón Dura, Rafael, "La asistencia financiera de una Sociedad Limitada a sus socios, administradores y a otras sociedades de su grupo (art. 10 LSRL)".

(18) Araya, Miguel C., "Repensar la noción de capital", *Derecho societario argentino e iberoamericano*, Ad-Hoc, Bs. As., 1995, t. II, ps. 279 y ss.

(19) Garriguez, sostiene que "la declaración de que los socios han aportado u ofrecido aportar un conjunto de bienes -patrimonio- equivalente a esa cifra y que la sociedad asume la obligación de conservar en interés de los acreedores un patrimonio igual, por lo menos, a la cuantía del capital".

(20) Colombres, Gervasio, El capital social constituye -a diferencia del patrimonio- un componente técnico exclusivo del derecho de sociedades... elemento fundamental que esta en relación con todo el ordenamiento legal de éstas. *Curso de derecho societario- Parte General*, Abeledo-Perrot, Bs. As., 1966, p. 134 y ss.

prerrogativas con que cuentan los socios, en cuanto a la exoneración de sus patrimonios personales en los tipos sociales donde su responsabilidad se limita a la integración de sus prestaciones.

El Dr. Efraín H. Richard por su parte sostiene que “la limitación de la responsabilidad de los socios se fundamenta en una dotación adecuada de capital social, y en que éste se preserve conforme a las normas de defensa del capital para poder hacer frente a la responsabilidad de la sociedad frente a los acreedores de la misma. Si los socios no dotan a la sociedad del capital necesario -“abusan de la institución del capital social”- el privilegio de la limitación de responsabilidad de que disfrutan queda sin fundamento” (21).

Es necesario, además que ese capital social sea suficiente para llevar adelante la actividad que es propia del objeto social (22).

## Derecho comparado

Desde los finales del siglo XX se han producido profundas transformaciones en el derecho societario comparado, que han sido solo en parte receptadas en nuestro país.

Cómo lo señala el Dr. Araya, las transformaciones, vienen impulsadas por los significativos cambios socioeconómicos, que con ritmo acelerado se han impuesto, fundamentalmente en el mundo desarrollado (23).

A pesar de los fuertes cuestionamientos que en el derecho comparado ha recibido y recibe la noción clásica del capital social, continua teniendo absoluta vigencia, siendo si, objeto de actualizaciones.

---

(21) Richard, Efraín H., “Insolvencia societaria y responsabilidad”, J.A. 80º aniversario, ps. 380 y ss.

(22) “... un capital social desproporcionadamente reducido en su magnitud determinara la imposibilidad ex origine de cumplir el objeto, que debe, por esencia, ser factiblemente posible...” “Veca Constructora S.R.L.” Fallo del Dr. Butty LL. 1980-D, p. 464 y ss.

(23) Araya, Miguel C., VIII Congreso Argentino de Derecho Societario IV Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa; “Hacia la Sociedad Comercial del Siglo XXI”, Rosario 2001, p. 39.



El 13 de diciembre de 1976, el Consejo de la entonces Comunidad Económica Europea, sancionó La Segunda Directiva en materia societaria; relativa a la constitución de la sociedad anónima, integridad y modificaciones de su capital (77/91/CCE). La mencionada directiva mantiene la estructura clásica del capital social, poniendo fuerte énfasis en su función de garantía <sup>(24)</sup>.

En EE.UU., a diferencia de lo que ocurre en el Derecho Europeo, hace tiempo que la noción de capital social ha pasado a ocupar un rol secundario. La referida noción ha llegado a desaparecer en algunos estados, como por ejemplo en el Estado de California. Sin embargo, la doctrina anglosajona atraviesa directamente el conflicto de intereses que la noción de capital tiende a resolver, la confrontación entre los derechos de los accionistas con los derechos de los acreedores de la sociedad.

### ¿Prevalencia de la economía sobre el derecho?

De un tiempo a esta parte se fue introduciendo en nuestra doctrina jurídica nacional una línea de pensamiento imbuida tanto de principios neoliberales cuanto propiciatoria de soluciones e institutos del derecho anglosajón.

El análisis económico del derecho tiene su origen en los Estados Unidos alrededor de 1960, desde sus comienzos, hace 40 años, ha tenido un crecimiento exponencial tanto en Estados Unidos como en Europa. Esta corriente también ha llegado a Latinoamérica <sup>(25)</sup>. Algunos de sus adeptos creen que la limitación de responsabilidad del socio y en particular la del accionista de la sociedad anónima no depende de las dimensiones de la empresa de la que ella es titular, ni de su grado de capitalización. Tanto el accionista de la gran empresa como el de la pequeña y mediana, tienen legalmente la posibilidad

---

(24) Araya, Miguel C., "El capital social", p. 227.

(25) Peláez, Enrique A., "Responsabilidad del accionista y el art. 54 último párrafo L.S", VIII Congreso Argentino de Derecho Societario IV Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa, Rosario 2001, p. 505.

de limitar su responsabilidad, en tanto utilicen de este recurso técnico para la finalidad con que fue concebido<sup>(26)</sup>.

Es así como se van introduciendo en la doctrina nacional los postulados de la denominada “Escuela de análisis económico del Derecho”, en cuyos términos el derecho debe limitarse a procurar la “eficiencia” y, por ende, debe ser interpretado y justificado según la teoría económica<sup>(27)</sup>.

En materia de sociedades comerciales, dicho pensamiento se fue plasmando en iniciativas para “desregular” al régimen societario<sup>(28)</sup>.

En el referido contexto, la teoría del “análisis económico del derecho”, atenta contra los criterios que atienden a la seguridad y justicia, entendidas como un sistema de valores sociales que incluye la tutela de las personas.

En cambio, cuando el derecho económico se manifiesta, en el ámbito del derecho societario, como un límite a la autonomía privada derivado de normas imperativas- que tutelan a los terceros y también a los socios-, de los principios configuradores del tipo social, y de la moral y el orden público general. Cuando se afianza el orden público societario como una respuesta adecuada que comprende las normas que tutelan el interés público fundado en el interés general como son, el régimen de tipicidad, la conservación de la empresa, la contabilidad legal, la fiscalización estatal, el régimen de control, la nulidad por objeto y por actividad, el **régimen de capital** e importando un sistema de contrapesos

---

(26)El Dr. Ricardo A. Nissen sustenta la posición inversa, considera que el privilegio de la limitación de responsabilidad le es otorgado a la Sociedad Anónima en tanto empresa de gran envergadura, a los fines de la concentración de capitales y que sin embargo, en nuestro medio se utiliza únicamente como un fin en si mismo, para obtener la limitación de la responsabilidad de sus participantes, existiendo una utilización desviada del recurso técnico brindado por la ley.

(27)Posner, Richard A., *El análisis económico del derecho*, Fondo de Cultura Económica, México, 1998, p. 20 y ss.

(28)Favier Dubois, Eduardo M. (h), VIII Congreso Argentino de Derecho Societario IV Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa; “La afirmación del orden público societario como respuesta al globalismo en la argentina del siglo XXI”, Rosario, 2001, p. 191.

respecto de las normas que facilitan los negocios <sup>(29)</sup>, podemos si hablar de seguridad y justicia.

Debemos seguir considerando al capital social dentro de los elementos esenciales que conforman cualquiera de los tipos societarios previstos por la ley fundamentalmente aquellos donde se limita la responsabilidad de los socios a las cuotas o acciones suscritas, y no como un mero cartabón devenido en abstracto, por las influencias desbastadoras de la globalización que caracteriza la vida socio económica de esta última década. No parece razonable que sean los terceros quienes soporten las consecuencias de la insolvencia de la sociedad, la aplicación de las normas de derecho común, compatibles con el orden natural de las cosas, obliga a concluir que deben ser los mismos socios quienes deben soportar las consecuencias de la sociedad que ellos mismos constituyeron, haciendo uso del instrumento legal que el legislador ha otorgado con fines eminentemente prácticos.

## Conclusión

El Dr. Carlos S. Ninno en su libro *“Argentina un país al margen de la ley”* sostiene que *“hay una tendencia recurrente en la sociedad argentina a la ilegalidad, es decir, a ignorar las normas jurídicas, morales y sociales”*

Creo que nuestra realidad y nuestro despego a las normas hacen necesario el sostenimiento de la noción de capital social como un mínimo de garantía hacia los terceros, que actúa como prevención de posibles situaciones.

EE.UU. puede llegar a la eliminación de la noción de capital social, debido a las notables diferencias, en ese país se fue conformando una estructura económica y social de gran apertura y dinamismo, sobre la base de un marco institucional estable y reconocido.

---

(29) Favier Dubois, Eduardo M. (h), VIII Congreso Argentino de Derecho Societario IV Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa, *“La afirmación del orden público societario como respuesta al globalismo en la Argentina del Siglo XXI”*, Rosario, 2000, p. 193.

Considero que la manera de poner fin a este estado de cosas es imponer un importante capital mínimo a estos tipos de sociedades, como requisito de *constitución* y de *funcionamiento*. Si el objetivo de las sociedades anónimas lo constituye la concentración de capitales para la realización de emprendimientos empresarios de envergadura, su capital social debe ser importante, lo cual además redundará en beneficio de terceros, atento a la función de garantía que el capital social de las sociedades anónimas desempeña. Por el contrario, si se insiste en sumas que son accesibles para cualquier comerciante, no debe extrañar a nadie que se recurra a las sociedades anónimas para cualquier cosa <sup>(30)</sup>.

Intento desde este ensayo reivindicar la noción de capital, que a mi entender no es necesario su revisión, ni mucho menos la supresión del mismo como dato estatutario, sino más bien aplicar los mecanismos de control diseñados por la propia ley, para dar cumplimiento con las verdaderas funciones que nuestro ordenamiento legislativo le asignó al capital social y elevar los montos exigidos para la constitución de las mismas.

---

(30) Nissen, Ricardo, *Curso de derecho societario*, Ad-Hoc, Bs. As., 1998, p. 97.