

## CAPITAL SOCIAL, OBJETO SOCIAL Y TUTELA A LOS ACREEDORES

Hugo A. Aguirre

### Sumario

1. El capital social. 2. Capital mínimo. Infracapitalización. 3. La relación capital social-objeto social. 4. La función de garantía a terceros del capital social. 5. Conclusiones.

### Abstract

Siendo que al nacer la sociedad ésta normalmente no va a “actuar” todo lo descrito en el objeto estatutario, que en esencia constituye una proyección a futuro mediato; en todo caso el capital nominal previsto en el acto constitutivo deberá ser proporcional, no a todas las actividades que podría llegar a desarrollar la sociedad según su estatuto, sino a las actividades que va a desplegar y obligaciones que puede contraer, al inicio de su gestión empresarial.

El capital social no es el único instrumento necesario para que la sociedad pueda actuar su objeto, sino que también sirven a tal fin las decisiones financieras, económicas y organizativas, además de los valores intangibles. Es recomendable que el examen de correlación entre el capital y el objeto social se efectúe *a posteriori* de la constitución de la sociedad.

La verdadera garantía patrimonial para los acreedores es el patrimonio neto de la sociedad, que al momento de constituirse coincide con el capital nominal, pero que a partir de allí varía según la evolución de los negocios sociales, por lo que se recomienda tratar la cuestión desde la perspectiva de la relación entre capital nominal y patrimonio neto. Se propone un sistema de revisión periódica del monto del capital social, y se propone profundizar los estudios acerca de la utilidad de sumar al mecanismo del empleo de *tests* de solvencia.

## 1. El capital social

Definimos el capital como al valor atribuido al conjunto de los aportes de los socios<sup>(1)</sup>. Se trata de un concepto jurídico de carácter estático, desvinculado del incremento o disminución de su valuación económica real. Es la cifra nominal que representa la suma del valor que los socios han dado a sus aportes; valor que no es arbitrario, ya que la misma ley fija las pautas de valuación (arts. 51 a 53 L.S.). Al constituirse la sociedad, será prácticamente el único momento en que el valor del capital social coincidirá con el patrimonio neto del ente<sup>(2)</sup>. A partir de entonces, el monto del capital social determinará el monto mínimo al que debe ascender el activo neto de la sociedad<sup>(3)</sup>.

## 2. Capital mínimo. Infracapitalización

El art. 186 L.S. exige un capital mínimo para las S.A., cifra por demás exigua luego de la devaluación de principios de esta década, pero el poder ejecutivo, a pesar de encontrarse autorizado expresamente por el artículo citado, no ha procedido aún a su actualización. Para el resto de los tipos sociales, no se exige un capital mínimo constitutivo.

Tradicionalmente se atribuye al capital social una doble función: (i) Productiva, al constituir el conjunto de medios patrimoniales aportados por los socios, valorables objetivamente, destinados a facilitar la capacidad productiva de la empresa y permitirle alcanzar su objeto social y; (ii) De garantía patrimonial, para los terceros contratantes con la sociedad.

En la actualidad, con los recursos provistos por la moderna ciencia contable y financiera y las posibilidades de acceso a la información, estas funciones mantienen una cierta vigencia únicamente en el momento constitutivo de la sociedad. Una vez que la sociedad está en funcionamiento, pasan a tener un rol secundario y adquieren

---

(1) Ferrara y Corsi, *Gli imprenditori...*, § 8.16., p. 277.

(2) Brunetti, *Tratado...*, § 401, p. 76.

(3) Araya, *El capital ...*, p. 215.

principal importancia otros institutos de garantía y, en cuanto instrumentos productivos, la solvencia patrimonial y la liquidez financiera.

Sin embargo, en los últimos años se ha abierto un interesante debate acerca de la importancia del capital social y su relación de proporcionalidad con el objeto social. Un hito en dicho debate ha sido la resolución N° 9/2004 IGJ (B.O. 7/6/2004) que establece que “...*El conjunto de las actividades descriptas [en el objeto social] deberá guardar razonable relación con el capital social. Y autoriza a la IGJ a... exigir una cifra superior a la fijada en el acto constitutivo, aun en la constitución de sociedades por acciones con la cifra mínima del artículo 186, párrafo primero, de la Ley N° 19.550, si advierte que, en virtud de la pluralidad de actividades, el capital social resulta manifiestamente inadecuado.*” Esta norma ha sido ratificada en la Resolución General IGJ N° 7/2005, ordenatoria de todo el sistema ante dicho ente administrativo.

### 3. La relación capital social-objeto social

Siendo que al nacer la sociedad ésta normalmente no va a “actuar” todo lo descrito en el objeto estatutario, que en esencia constituye una proyección a futuro mediato, en todo caso el capital descrito en el acto constitutivo debe ser proporcional, no a todas las actividades que podría llegar a desarrollar la sociedad, sino a las actividades que va a desplegar y obligaciones que puede contraer, al inicio de su gestión empresarial<sup>(4)</sup>.

El capital social no es el único instrumento necesario para que la sociedad pueda actuar su objeto, sino que también sirven a tal fin: (i) Las decisiones que tomen los socios en el aspecto financiero, económico y organizativo (*managment*)<sup>(5)</sup>. (ii) Los valores intangibles, que muchas veces son más importantes que los tangibles<sup>(6)</sup>. Se trata de una valoración de hecho<sup>(7)</sup>, que debe efectuarse en cada caso concreto

(4) Roitman, *Ley...*, t. I, p. 236.

(5) Di Chiazza, *El dogma(tismo)...*, p. 113.

(6) Ton, *¿Quién fija ...*, p. 285.

(7) Vitolo, *El fenómeno...*, p. 331.

y teniendo en cuenta las particularidades del negocio que se trate. Además, se trata de un análisis técnico, que debe efectuarse por profesionales capacitados<sup>(8)</sup>.

Respecto del momento en que conviene hacer el análisis, hay dos alternativas. Una es la de efectuar un análisis apriorístico, en la instancia constitutiva de la sociedad. La otra es la de efectuarlo *a posteriori*, una vez que la sociedad haya puesto en marcha sus negocios, sea en instancia judicial o administrativa de control. Nos inclinamos por la segunda opción ya que el análisis en cuestión de por sí se trata de un juicio de valor complejo y técnico; si a ello hay que agregar que se efectuará apriorísticamente y en base a especulaciones sobre lo que va o no a hacer en el futuro la sociedad cuando se constituya, nos parece más bien una fuente de problemas e injusticias que de soluciones, además de incrementar los costos<sup>(9)</sup>. En cambio, si el examen se efectúa una vez que la sociedad ya se encuentra actuando su objeto, teniendo en cuenta además cuáles de los otros instrumentos (crédito, administración, intangibles, etc.) emplea y cómo lo hace en concreto, su plan de negocios, etc., será más factible arribar a una conclusión certera.

Este análisis *a posteriori* se puede efectuar de dos maneras: (a) una en instancia judicial, ante un conflicto concreto en el que se discuta la adecuación del capital social; (b) la otra en instancia administrativa de control, mediante exámenes periódicos durante la vida de la sociedad, los que además tendrán una sana función preventiva de litigios. Verificada la insuficiencia del capital social, la sociedad podría incurrir, de no recomponerse el mismo, en una causal de disolución por imposibilidad sobreviniente de cumplir su objeto social (art. 94 inc. 4º L.S.)<sup>(10)</sup>.

Es legítima la posibilidad de reglamentar y fijar los capitales mínimos constitutivos, pero para ello se debe contar con una norma legal que expresamente lo autorice, y el organismo de contralor será mero ejecutor de la previsión legal.

---

(8) Grigioni, *Consideraciones* ..., p. 75.

(9) Richard, *Armonización*..., p. 3.

(10) Richard, *Ensayo*..., p. 18.

#### 4. La función de garantía a terceros del capital social

Al igual que en el título anterior, deben distinguirse dos momentos. El de la constitución e inicio de las actividades de la sociedad y el de la sociedad ya funcionando. Al momento del inicio de las actividades, breve momento en la vida de la sociedad, es cuando la función de garantía del capital social adquiere mayor relevancia, ya que en esos momentos el capital social se va a confundir o asimilar con el patrimonio neto de la sociedad. A partir de allí, el patrimonio social aumentará o disminuirá de acuerdo a los resultados de los negocios de la sociedad, que irá adquiriendo nuevos activos con los beneficios que vaya obteniendo <sup>(11)</sup>, que conformarán la prenda común de los acreedores sociales. De tal manera, la función de garantía del capital pasará a un plano secundario, y cobrarán mayor relevancia <sup>(12)</sup> la solvencia económica de la sociedad o sea el hecho de que tenga un activo superior al pasivo; y su capacidad financiera o sea su capacidad de pagar sus deudas a su vencimiento, en el curso normal de los negocios.

Son estos dos los indicadores que tendrán en cuenta los terceros al momento de contratar con una sociedad, quedando para el capital social la única función de ser un “piso” debajo del cual no podrá disminuir el patrimonio neto de la sociedad, pero que generalmente será insuficiente para cubrir siquiera una parte relevante de los pasivos. Es también importante para los terceros que éstos tengan la posibilidad de acceder fácilmente a la información necesaria sobre el estado económico del ente con el que contratarán y que ésta información sea fidedigna, transparente y generada mediante pautas de análisis generalmente aceptadas.

En cuanto a los terceros que no se vinculan negocialmente con la sociedad (principalmente acreedores extracontractuales y laborales), y que por lo tanto no tendrán la oportunidad o capacidad de analizar los indicadores que mencionamos: (i) vale también para ellos las reflexiones respecto de que la garantía más importante durante la vida de la sociedad será su patrimonio neto y liquidez; (ii) existen otras vías de garantía como ser los seguros, que pueden resultar obligatorios por imposición legal; (iii) en su caso, y de existir

---

(11) Ripert y Roblot, *Traité...*, p. 581.

(12) Salvatierra, *¿Qué es ...*, p. 974.

una infracapitalización real, siempre tendrán a su disposición, de corresponder, el remedio del art. 54 3º párr. y/o 274 y 279 L.S.; (iv) siempre correrán los mismos riesgos que los que correrían al relacionarse con una persona física insolvente, por lo que el hecho de que su obligado al pago sea una persona jurídica no aumenta, en esencia, el riesgo de no cobrar su acreencia

El régimen legal vigente ya provee herramientas no apriorísticas para combatir la infracapitalización:

(i) Una es el recurso de la inoponibilidad de la personalidad societaria regulado por el 3º párrafo del art. 54 LS, contra socios y controlantes. El antecedente de aplicación al caso se encuentra en la jurisprudencia americana del caso "Costello vs. Fazio" (13). La regla de es que existe un perjuicio a los acreedores -en general, presentes y futuros- cuando los socios al constituir una sociedad la dotan, en su provecho exclusivo personal, de un patrimonio notoriamente insuficiente (14). Si bien el enunciado es similar al de la resolución 9/2004 IGJ transcrita más arriba, la diferencia está en que en este caso la aplicación de la regla, gracias al art. 54 3º párr. L.S., será *a posteriori*, en el caso concreto y en un proceso en el que todas las partes podrán ejercer su derecho de defensa.

(ii) Otra, contra los funcionarios sociales, es el instituto de la responsabilidad de los administradores sociales (15), contemplado por los arts. 274 a 279 LS. El factor de atribución será subjetivo: no haber obrado con la diligencia de un buen hombre de negocios (arts. 59 y 274 L.S.), en el caso dotando a la sociedad de un patrimonio adecuado para hacer frente al pasivo social. Cuando la sociedad se encuentre en quiebra, las mismas acciones son ejercitables por el síndico y en su defecto por los acreedores individualmente (art. 278 L.S.). Además, los arts. 173 y ss. de la ley 24.522 de concursos y quiebras, prevén acciones concursales de responsabilidad, paralelas y no excluyentes de las de la ley societaria.

En cuanto se refiere a la infracapitalización nominal, una solución sencilla al problema es la de adoptar un artículo similar al

---

(13) Court of Appeals, 9th Cir. 1958, 256 F. 2d 903.

(14) Dobson, *El abuso...*, p. 478.

(15) Richard, *Armonización...*, p. 8 y 10.

reciente art. 2467 del *codice civile* italiano, que disponga la subordinación de los créditos de los socios contra la sociedad.

## 5. Conclusiones

En cuanto a la conveniencia de directamente derogar el instituto del capital social y adoptar sistemas de *solvency tests* <sup>(16)</sup> como en el derecho anglosajón, entendemos que ello no es conveniente para la Argentina, ya que implicaría un cambio radical en nuestro sistema de raíz continental europea, que en cierto modo rompería la armonía sistémica.

Cabe entonces analizar la conveniencia o no de modificar la regulación actual del capital social. Un punto queda claro: 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 los negocios sociales. Tal vez habría que mirar la cuestión desde esta perspectiva, la de la relación entre capital nominal y 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 de monto del capital social en relación a la evolución del patrimonio neto de la sociedad, en más 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.

En los hechos, ya ocurre en nuestro derecho algo similar con las sociedades autorizadas a hacer oferta pública de sus acciones, especialmente a partir de la sanción de la Ley 22.686, Ley 22.903, R.G CNV 195/92 y R.G. CNV 290/97, que han terminado desvinculado el "capital a los fines legales" de la cifra nominal indicada en el estatuto. Esta relación entre el capital social y el patrimonio neto tampoco es extraña al texto legal de la LS, que lo tiene en cuenta

---

(16)Richard, *Armonización...*, p. 7.

para las disminuciones obligatorias del capital social (Art. 206 LS) o para la disolución por pérdida de capital social (Art. 94 inc. 5° LS), que veremos más abajo. Correspondería en todo caso establecer un sistema que funcione en sentido inverso, agregando otra condición a la variabilidad del capital social.

Por su parte, este sistema de revisión periódica del monto del capital social, podría resultar un buen control preventivo del estado económico de la sociedad y debería efectuarse mediante especialistas técnicos, sin dejar de tener en cuenta otros indicadores importantes como ser el *cash flow* o el plan de negocios de la sociedad. En su caso, cabría profundizar los estudios acerca de la utilidad de sumar al mecanismo propuesto el empleo de *tests* de solvencia, en manera de combinar *balance tests*, que permitan un análisis histórico a mediano término, con *solvency tests* que informen acerca del futuro corto plazo (no más de uno o dos años), en cuanto esta información no sea ya provista por los estados contables de ejercicio.

## Bibliografía

- ARAYA, M., *El capital social*, en: RDPC, 2003-2, 215.
- BRUNETTI, A., *Tratado del derecho de las sociedades* (trad. Felipe de Solá Cañizares), II, UTEHA, Bs. As, 1960, § 401, 76.
- DI CHIAZZA, I., "El dogma(tismo) de la relación capital-objeto social. Cómo estancarnos en una idea sin advertir sus implicancias extra-jurídicas", en: *IX Congreso argentino de Derecho Societario, V Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa*, III, Tucumán, 2004, 113.
- DOBSON, J.M., *El abuso de la personalidad jurídica*, Depalma, Bs. As., 1985, 478.
- FERRARA, F. y CORSI, F., *Gli imprenditori e le società*, Milano, 1995, § 8.16., 277.
- GRIGIONI G., "Consideraciones acerca del control registral de la infracapitalización originaria, en: Suplemento de Sociedades Comerciales", revista *La Ley*, Bs. As., diciembre 2004, 75.
- RICHARD, E.H., "Armonización del derecho de sociedades la problemática del capital social y la responsabilidad limitada", Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, <http://www.acader.unc.edu.ar>.

- RICHARD, E.H., *Ensayo en torno a buena fe e insolvencia societaria*, p. 18, <http://www.acader.unc.edu.ar>
- RIPERT, G. y ROBLLOT, R., *Traité de droit comercial*, 1, L.G.D.J., Paris, 1989, 581.
- ROITMAN, H.; AGUIRRE, H.A. y CHIAVASSA, E.N. (colabs.), *Ley de sociedades comerciales. Comentada y anotada*, La Ley, Bs.As., 2006.
- SALVATIERRA, L., “¿Qué es la infracapitalización?”, en: *IX Congreso argentino de derecho societario – V Congreso iberoamericano de derecho societario y de la empresa*, III, Tucumán, 2004, 268; M. ARAYA, (nt. 3), 235; S. LE PERA, “Sobre la futilidad de la noción de capital social”, en L.L. 1986-B, 974
- TON W.R., “¿Quién fija el monto mínimo de capital con relación al objeto social?”, en *IX Congreso argentino de derecho societario, V Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa*, III, Tucumán, 2004, 285.
- VITOLLO, D.R., “El fenómeno de la infracapitalización societaria, en: *IX Congreso argentino de derecho societario V Congreso iberoamericano de derecho societario y de la empresa*, III, Tucumán, 2004, 331.