

## Patrimonio y Capital Social: el Nuevo Código y una definición

*Ariel Angel Dasso*

### Sumario

El Nuevo Código Civil de la Nación en adelante (CCCN) establece pautas que definen y diferencian la correcta acepción del concepto de patrimonio respecto del de capital social en nuestro ordenamiento:

i) en el art. 154 al establecer como atributo de la personalidad que “*la persona jurídica debe tener un patrimonio*”, sin realizar ninguna referencia al capital social, distingua ambos conceptos.

ii) en el art. 163 inc. 1 al tratar las causales de disolución de la persona jurídica sustituye la “*pérdida del capital social*” (consagrada como causal de disolución en el art. 94 inc. 5 de la Ley General de Sociedades por el “*agotamiento de los bienes destinados a sostenerla*”). Consagra así una solución adecuada, pues el capital social constituye un mero *nomen iuris*, vale decir una sola cifra contable, carente de contenido económico, por lo que su pérdida resulta indiferente frente a terceros, cuya garantía es el patrimonio, constituido en prenda común del crédito y respaldo material (*nomen factis*) frente al pasivo o endeudamiento de la sociedad.

En esta materia la modificación a la Ley de Sociedades Comerciales, dispuesta en el Anexo II.2 de la Ley 26.944/2014 debió haber guardado correspondencia con la normativa introducida por el CCCN en el art. 163 inc. i) para regular las causales de disolución de la persona jurídica privada sustituyendo la causal “*pérdida de capital social*” por “*agotamiento de los bienes destinados a sostenerla*” con lo cual el ordenamiento societario adquiere la necesaria claridad de la que, respecto de esta causal, adolece. Dicha solución ubica en su justa medida la responsabilidad de los socios y de los administradores en hipótesis de disolución, de concurso o quiebra de la sociedad. En el ámbito administrativo el órgano de control Inspección General de Justicia interpretando la nueva normativa de fondo en materia de personas jurídicas ha derogado las directivas impresas en Resoluciones Generales anteriores, en

tanto establecían la potestad del organismo de control que autorizaban al órgano de contralor a requerir una cifra de capital social adecuado en relación a la naturaleza y característica de las actividades comprendidas en el objeto social.

### **El capital Social (Nominal)**

El concepto de capital social está en dogma concebido como el valor en dinero de los aportes de los accionistas según resulte de la valuación hecha en el acto constitutivo.

Patrimonio social en cambio es el complejo de activos y pasivos de la sociedad en un momento dado. Coinciden en la práctica “cifra de capital social” y “activos” del “patrimonio” (*rectius* “activos patrimoniales” solamente en el acto de constitución de la sociedad, en cuya instancia inicial aparece perfecta la identidad entre ambos y ello así porque paradójicamente la sociedad no ha emprendido todavía ninguna actividad.<sup>212</sup>

En el desarrollo de la vida societaria puede ocurrir que el valor del patrimonio neto supere a la cifra de capital concebida como valor de los aportes al momento de la constitución expresado en términos de moneda legal (aún sin mediar “aumento técnico real o nominal”) y ello en razón de incrementos patrimoniales, como utilidades no distribuidas o incremento de valor de los bienes existentes, en razón de factores económicos o simplemente monetarios (inflación).

El valor efectivo del patrimonio neto puede reducirse aún por debajo de la cifra de capital en razón de pérdidas, hipótesis en la cual cuando esa reducción supera un cierto límite, que varía en los distintos ordenamientos societarios (en la LSC: 94 inc. 5 por “pérdida total” la sociedad entra en disolución pero la relación entre el patrimonio neto y el capital social puede restaurarse por vía de la reducción del capital en proporción a las pérdidas (LSC: 206).

La tésis legal es que el valor del patrimonio no sea inferior al “capital social”. En este contexto dogmático, no susceptible de mayores debates, aparece patente que una visión realista de la función que cumple el “capital social” en la práctica de la sociedad anónima desdibuja hasta su evanescencia su clásica atribución de prenda común de los acreedores.

---

<sup>212</sup> Incluso podría pensarse en un momento inicial en que el patrimonio resulte superior al capital cuando se trate de emisión de acciones con sobreprecio respecto al valor nominal.

A partir de allí se inicia una notoria tendencia al tratamiento del concepto de “capital social” con atributos cada vez más próximos a conceptos que no le son sustanciales como “**recursos de la sociedad**”, concluyendo, o más bien, significando medios para su financiación todo lo cual, en la tendencia inoculable para identificar en el capital la prenda común de los acreedores, propia del patrimonio, culmina en la doctrina alemana del “*capital material*” sin otro objetivo que a la **regla de garantía atribuida al “capital social” esté sometido todo activo patrimonial.**<sup>213</sup>

En la doctrina alemana es minoritaria aquella que predica que debe ser compensado el riesgo adicional trasladado a los acreedores por la –así definida– infracapitalización. La doctrina mayoritaria aboga por la derogación de la responsabilidad ilimitada de los socios salvo la de aquellos que no supieren de la infracapitalización o que sabiendo se hubieren opuesto.<sup>214</sup>

Sin embargo, el derecho societario argentino abreva en la vertiente italo-francesa que plasma al “capital social” desde la perspectiva contable, concretado en una cifra nominal dividida en acciones (LSC: 163) que constituyen a su vez puestos del socio en el seno de la sociedad y su derecho a no ser constreñido legalmente a incrementar sus aportes más allá de la integración del suscripto al tiempo de la celebración del contrato constitutivo lo que constituye el límite legal de su responsabilidad (LSC: 163 y 186).

La función de garantía del “capital social” frente a los acreedores sociales, aparece reducida a una pobre expresión, por lo que no existe razón para supervalorar el principio de “capital social mínimo” en razón de concebir al capital como prenda común de los acreedores porque lo que estos pretenden es un balance serio y veraz y en todo caso garantías personales más que cuantía elevada del capital social<sup>215</sup>.

El derecho vivo enseña cómo proveedores y financistas (acreedores en fin) condicionan el propio crédito a la constitución de garantías reales (prendas, hipotecas) o personales de socios o terceros (avales, endosos) pero sólo, como hipótesis de escuela, al aumento real del capital social.

---

<sup>213</sup> Esta posición es propia de la doctrina germana

<sup>214</sup> LUTTER-HOMMELHOF, “*Nachrangiges Haftkapital und Untekapital isierung in der GmbH*” en ZGR 1/1979 ps. 31 y 59. cit por Fernandez de la Gandara “La infracapitalización societaria: un problema de política y técnica legislativa en Derecho Económico Empresarial – Estudios en Homenaje al Dr Alegria”, La Ley, Buenos Aires, 2001, p. 1175

<sup>215</sup> Yves CHARTIER, *Droit des affaires, sociétés commerciales*, t. II, Themis, 1985

Es cierto a su vez que los recursos proporcionados por instrumentos financieros societarios se ha incrementado con una dinámica tan asombrosa hasta dejar relegado el recurso al aumento real del capital social frente a la posibilidad de financiación por vía de valores mobiliarios, bonos, derivados, etc. (proliferados en medida tal que exigen códigos de tratamiento particular a cada instrumento, tan variadas son sus características)<sup>216</sup>.

La visión realista desdibuja cada vez más aquella idea que desde el origen apareció cuestionada en cuanto a su efectividad referida al capital social como la prenda común de los acreedores, y en tanto el ordenamiento adhiera la doctrina del capital mínimo sólo será posible acomodarlo al dogma de la garantía en protección de socios y terceros postulando capital mínimo de relevancia material significativo lo cual a su vez genera el incomodo problema de la actualización permanente, en orden a reflejar en la cifra el patrimonio neto.

La fase inicial de la sociedad está sustentada sobre la identidad de la cifra capital y el valor patrimonial en pos del mantenimiento de equivalencia que el dogma procura y la dinámica económica impide, en tanto la ley acude a los principios de conservación y estabilidad del capital social.

El capital social es uno, con cifra mínima en dinero de curso legal, suscripto totalmente bastando el desembolso o integración en el 25% de cada suscripción significado por el valor nominal de las acciones suscriptas (LGS: 186 y 187). Los aportes constitutivos del capital deben ser bienes o derechos patrimoniales valorables económicamente, no trabajos o servicios. Se exige para su integración aportes de dinero y cuando es en especie deben ser tasados al “valor real” (LGS: 186.4).

El encaje mínimo del 25% del capital social es tan simbólico como el capital social mínimo por ello el cumplimiento de su integración se justifica con el depósito bancario “al tiempo de ordenarse la inscripción...” cumplida la cual queda librado (LGS: 187) sin otro propuesta que minimiza los efectos de la inmovilización de los fondos.

Las normas referidas a la modificación de la cifra del capital suponen modificación de los estatutos estableciéndose controles y condiciones para el aumento para lo cual es menester decisión de asamblea extraordinaria (LGS: 235 salvo el supuesto del art. 188 LGS) o la reducción y reintegro y, particularmente, focalizando como causa de disolución el caso de que las pérdidas

---

<sup>216</sup> Sólo las sociedades que intervienen en el mercado público, bancos o seguros están sometidos a la exigencia de un capital mínimo determinado en relación a las obligaciones, pasivo existente o potencial en la medida de consistencia patrimonial requerida por las leyes especiales y determinadas por los respectivos organismos de control.

reduzcan el patrimonio a una proporción que, con distintos porcentuales los distintos ordenamientos consideran “*descapitalización inadmisibles*” (LGS: art. 203 a 206).

### **El monto de capital mínimo**

Las directivas comunitarias (UE) mantienen el principio del capital mínimo, pero –a diferencia de nuestra ley– en base a cifras relevantes partiendo de la premisa que la anónima constituye un tipo social adecuado para empresas de mayor consistencia económica, reservando el capital mínimo como base formal a la sociedad de responsabilidad limitada, para las medianas y pequeñas, llamadas también familiares, para las cuales la organización de la sociedad anónima no parece adecuada. En cambio las sociedades “cerradas” en las cuales es característico el vínculo familiar y coincide generalmente con un reducido número de socios no encajan en el tipo de la sociedad anónima salvo en la preocupación referida a la limitación de la responsabilidad, blindada por el aporte.

La exacta dimensión del problema del capital no puede evadir la diversa caracterización y función que cumplen en el ámbito del derecho societario y más aún frente no sólo a los terceros sino al particular propósito que guía al socio o al accionista al constituir la sociedad o al ingresar a ella por vías derivadas.

La sociedad anónima, es más “apersonal” (*rectius*: es mayor e intensa su “personalidad jurídica”) en la misma medida de su mayor entidad económica lo cual a su vez implica mayor cantidad de accionistas, que aparecen desentendidos de la gestión y de la administración de la sociedad e interesados, solamente en el resultado económico de su participación. Si el lucro es la finalidad económica de la sociedad comercial, lo es más aún del accionista que asume las notas caracterizantes del inversor. Está claro que en este “tipo” de sociedades el capital social entendido como cifra de retención, expuesta en el pasivo del balance (LGS art. 63 inc. 2. II a)) pierde significación (no sólo como garantía indirecta de los acreedores) hasta como cifra de retención<sup>217</sup>.

---

<sup>217</sup> ENBIB IRUJO, Jose Miguel “Balance y perspectivas de la armonización del Derecho de Sociedades de la Unión Europea” en *El derecho de sociedades en un marco supranacional*, Comares, Granada, 2007, p. 15

## La tendencia dirigida al “Capital material”

La patente irrelevancia de la cifra mínima de capital, también se advierte si se contempla este como cifra tanto de responsabilidad de los socios como de garantías frente a los acreedores, porque en todo caso, aún ante una cifra mínima elevada, que en lugar de 100.000 se transformare en 10.000.000 estaríamos siempre ante una falta de significación real en cuanto pretendiera revelar una determinada dimensión de fortaleza en la responsabilidad patrimonial para lo cual basta pensar en la sociedad anónima en la que algunos socios suscriben una, dos o tres acciones y otro el resto.

De todas maneras una cifra de capital mínimo relevante significaría mutar los tipos societarios a disposición del empresario en cuanto la sociedad anónima aparecería reservada para los emprendimientos de mayor relevancia, pero supondría un elevado coste para las pequeñas y medianas empresas que eligieron el tipo de la sociedad anónima como la preferida para el desarrollo de su actividad pensando que “*si la empresa funciona tiempo habrá de aumentar en su caso el capital social*”, pero si no funciona nadie podrá exigirle más allá de su aporte integrado en acciones liberadas.

Las largas e interminables reflexiones llevarán inexorablemente a una fotografía de una realidad actual incontestable en nuestro ordenamiento: la cifra de capital mínimo (LGS: 186) ha sido escogida por el legislador en el campo del derecho societario atendiendo a **la función organizativa** del capital social que, representado por acciones significa que la participación en el mismo concreta en el título los derechos patrimoniales y políticos del socio **pero no su responsabilidad patrimonial frente a terceros**.

La función de garantía directa queda reservada así al patrimonio neto –no ya al capital social, sólo indirecta-, y tan así que en el ámbito del derecho concursal se determina la cesación de pagos, no por insuficiencia del capital social sino por insuficiencia del patrimonio revelado por el desequilibrio del activo líquido –disponible- frente al pasivo exigible.

Los conceptos desarrollados *supra* llevan como de la mano a los aspectos referidos a la infracapitalización y a su definición en forma que esta no puede ser otra que la **deficiencia del patrimonio para cumplir el objeto social** lo que consecuentemente lleva a determinar que el término correcto, arquetipo de la cosa que significa insuficiencia de las garantías frente a los acreedores debe denominarse *infrapatrimonialización*, en medida tal que la incapacidad para hacer frente a las obligaciones exigibles con medios regulares de pago, para cuya hipótesis la ley impone el procedimiento concursal en forma de preservar a los acreedores del tratamiento diferenciado que satisfaría a los más fuertes e intemperantes que serían los primeros en agredir

al patrimonio del deudor (CCiv.: art. 5; CCCN: arts. 724, 730) (*prior in tempore potior in iure*).

Es una visión sesgada aquella de quienes viendo en el concurso una oportunidad de mero salvataje del deudor (y hasta de enriquecimiento sin causa, en medida de considerar al “acuerdo”, ganancia) no adviertan su función primordial de protección de los acreedores (particularmente de aquellos menos fuertes) quienes de no existir la suspensión de las ejecuciones singulares llegarían tarde al descuartizamiento del patrimonio del infortunado –o incapaz– devenido insolvente, a manos de los más exigentes e intemperantes, de ordinario los más fuertes o mejor asistidos en razón de los particulares intereses que representen (bancos, empleados, fisco).

La cifra del “capital social” mínimo de monto no relevante, por caso el establecido en el art. 186 LGS, mantiene invariable en su texto una “estrella polar” que aparece como guía del sistema: la posibilidad de su modificación por vía de simple decisión administrativa.

Sin embargo las modificaciones a que está facultado el PE “cada vez que lo estime necesario” a lo largo de la historia aparecen destinadas a reajustar la cifra sólo para adaptar su monto al nuevo signo monetario o al deterioro ostensible de su valor real. Nunca, a lo largo de un siglo aplicó un criterio de correspondencia con el objeto social ni siquiera con la explotación económica y ello no hace sino confirmar que la LGS descarta por incompatible la idea predicada por la doctrina que postula la consistencia del “capital social” con relación a las necesidades de la actividad o al nivel de endeudamiento.

## **El impacto del nuevo Código Unificado**

El Código Civil y Comercial unificado ha introducido en materia de regulación de la persona jurídica (Libro Primero, Título II) la normativa dirigida a establecer en la materia un sistema general aplicable a todas las personas jurídicas aún cuando dedica luego en el dos capítulos sucesivos una normativa particular dirigida a las asociaciones civiles y fundaciones.

El Anteproyecto, al ser presentado al Poder Ejecutivo en febrero de 2012 estuvo acompañado por un mensaje de elevación en el que, la comisión redactora exponía “es indudable el principio de que los miembros de la persona jurídica no responden por las obligaciones de esta, excepto en la medida en que determinados supuestos la ley lo determine. Esta ley puede ser tanto la ley especial como la ley general de concursos y quiebras”.

Remarcamos este contenido por su explícita vinculación con el tema que nos ocupa referido al impacto que en materia de la llamada “infracapitaliza-

cion” y “pérdida del capital social”, constituyen arduo debate por su proyección en doctrina sobre las responsabilidades de los administradores y de los socios de la persona jurídica. Al respecto el impacto debe evaluarse a través del doble contenido de la ley 26.994 que, además de sancionar el Código Civil y Comercial de la Nación en el Anexo I, incluye un Anexo II.2 con 26 modificaciones puntualmente realizadas a sendos artículos de la Ley de Sociedades Comerciales 19.550, la que a partir precisamente de dicha modificación, cambia también su denominación por la de “Ley General de Sociedades”.

Una de las modificaciones que impactan en la materia es la del art. 94 de la Ley de Sociedades Comerciales respecto del cual nos detendremos en el inciso 5, esto es “*pérdida del capital social*”.

El art. 163 del CCCN establece las **distintas causales de disolución de la persona jurídica** reproduciendo prácticamente el íntegro elenco de aquellas que se encuentran consagradas en el texto reformado en la Ley General de Sociedades. Sin embargo se advierte una excepción, focalizada en la sustitución de la causal “pérdida del capital social” (LGS art. 94 inc. 5), por una causal absolutamente novedosa en nuestro ordenamiento jurídico, concretada en el art. 163 inc. i): “el agotamiento de los bienes destinados a sostenerla”.

Esta novedad debe reputarse consistente con la correcta interpretación de la doctrina que, en el debate referido a la llamada “infracapitalización” separa a dos sectores importantes de la doctrina nacional.

La regulación del nuevo código desplaza a la “pérdida del capital social” del foco del elenco de causales de disolución de la persona jurídica privada, y lo sustituye por “el agotamiento de los bienes destinados a sostenerla”.

Es patente que la diferenciación es el resultado de una correcta deliberación en torno a la función del capital social y su clara diferencia respecto de la función del patrimonio. Es la errónea concepción del capital social concebido como garantía de los acreedores la que ha provocado las consideraciones que son fruto del debate.

El capital social es solo una garantía subsidiaria de los acreedores que, es, en el cambio normativo de la Ley de Sociedades (hoy Ley General de Sociedades) una mera cifra nominal, un *nomen iuris*, que constituye el límite solo por sobre el cual la sociedad puede repartir utilidades a los socios.

No podrá existir reparto de utilidades, cuando las pérdidas del ejercicio o las del ejercicio, acumuladas al de los anteriores, hubiere disminuido esa cifra. Tratándose de una mera cifra el capital queda constituido en garantía indirecta (LGS: 72), focalizada en el hecho de que los accionistas no pueden percibir dividendos cuando el patrimonio (entendiendo por tal el conjunto de bienes de la sociedad) no supere la cifra nominal del capital.

Pero el mero hecho de la inflación, convertido en fenómeno endémico de la economía, reduce el “capital social mínimo” -establecido en nuestro ordenamiento- a un valor real irrelevante que convierte en vacua y meramente dogmático al dogma de la “garantía subsidiaria”.

El nuevo Código legisla en el sentido correcto: no es la pérdida del capital social la causal de la disolución, dado que por capital social se entiende técnicamente la cifra nominal que constituye su requisito de constitución (art. 11, inc. 4) sino el patrimonio de la sociedad y es precisamente por ello que la causal de disolución de la persona jurídica no es la pérdida del capital social (como lo establece el art. 94 inc. 5 de la ley societaria) sino la pérdida o “agotamiento de los bienes destinados a sostenerla” como ahora lo establece literalmente el CCCN 163 inc. i).

La norma del art. 163 inc. i) guarda consecuencia con el principio que el CCCN establece en el art. 154 cuando al tratar los atributos y efectos de la personalidad jurídica establece que la persona jurídica debe tener un patrimonio, determinando así la norma rectora en forma negativa, pues no realiza al respecto ninguna referencia expresa al capital social. El patrimonio constituye entonces el elemento económico sustancial en tanto que el capital social es un elemento organizativo. El patrimonio constituye la garantía directa de la responsabilidad de la sociedad frente a terceros. El capital determina la entidad de los derechos y obligaciones de los socios y sólo una garantía indirecta respecto de los acreedores al impedir distribución de ganancias por encima de su cifra, la cual solo exigible con monto mínimo en el acto de constitución pierde toda relevancia económica particularmente en función de la pérdida de su valor real por efecto de la inflación.

La nueva legislación genera así un marco normativo más apropiado para discernir los límites de la responsabilidad de los socios, accionistas y administradores en hipótesis de disolución y particularmente el alcance de en esta materia de la regulación concursal (LSC art. 173 y ss.) y societaria (arts. 59, 274, 276 a 279 y cc.).

La Inspección General de Justicia, a partir de la RG 7/2015 art. 68, que reconoce antecedentes en la RG 4/1979 y 6/1980 autoriza al ente de control a exigir en el acto de constitución “una cifra de capital social inicial superior a la fijada en el acto constitutivo, aún en la constitución de sociedades por acciones con la cifra mínima del art. 186, párrafo 1º de la ley 19.550, si advierte que, en virtud de la naturaleza, características o pluralidad de actividades comprendidas en el objeto social, el capital resulta manifiestamente inadecuado”.

También impone igual criterio “como pauta de inscripción, en las sociedades de responsabilidad limitada, se exigirá en principio un mínimo de

*capital representativo del 30% (treinta por ciento) del capital social exigido para las sociedades anónimas en el art. 186 de la Ley 19.550”*

Aquel temperamento acaba de ser revisado por la RG 8/2016 del 27 de abril, cuyo art. 2 deroga el aludido art. 68 de la RG 7/2015, a cuyo respecto resulta susceptible de compartir sus fundamentos que, aun considerando fuera de discusión la conveniencia de su adecuación a la envergadura y naturaleza del objeto social destaca *“la ausencia de parámetros objetivos para evaluar su suficiencia a priori lo que podría dar lugar a arbitrariedades que la autoridad de contralor debe evitar”*. Señala además que el capital social no es el único recurso con el que cuenta la sociedad para cumplir su objeto ya que inciden forma relevante factores patrimoniales, financieros y organizativos y las mismas decisiones de política empresarial. *“Dicho de otro modo el cumplimiento del objeto social no depende pura y exclusivamente de la suficiencia del capital social inicial y/o del que paulatinamente resuelvan los socios fijar en oportunidad de su modificación, sino que también está relacionado con la organización de la actividad empresarial y con la posibilidad de acceder y contar con recursos, propios o de terceros, así como el plan de negocios a mediano y largo plazo que haya establecido la sociedad entre otros factores”*

Un largo debate queda así en principio definido y la solución proyecta consecuencias a todos los ámbitos del derecho societario, acogiendo así un mejor contenido dogmático en orden al funcionamiento del eje instrumental de la sociedad, el capital cuya dimensión había sido definida en la metáfora de GARRIGUES: *“la sociedad es un capital con personalidad jurídica”*.