

EL CAPITAL SOCIAL MÍNIMO Y EL CAPITAL MATERIAL

Ariel Ángel Dasso

SUMARIO

La legislación societaria argentina trata al capital social en función de determinación *intra* societaria dirigida a la determinación de los derechos patrimoniales y políticos de los socios, con incidencia prácticamente irrelevante respecto de los terceros, cuya tutela está reservada al derecho de la crisis o concursal.



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)¹.

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

¹ 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.

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.

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 inocultable 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 de que **a la regla de garantía atribuida al “capital social” esté sometido todo activo patrimonial**².

En la doctrina alemana es minoritaria aquella que predica que sólo debe ser compensado el riesgo adicional trasladado a los acreedores por la 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 opuesto³.

² Esta posición es propia de la doctrina germana.

³ LUTTER-HOMMELHOF, “*Nachrangiges Haftkapital und Untekapitalisierung 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. Alegría”, ed. La Ley, Buenos Aires, 2001, p. 1175.

Sin embargo, el derecho societario argentino abreva en la vertiente ítalo-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 ese es 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 social⁴.

El derecho vivo enseña como 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 reforzamiento del patrimonio y aún al aumento real del capital social.

Es cierto a su vez que los recursos proporcionados por instrumentos financieros societarios se ha incrementado con una dinámica tan asombrosa hasta quedar 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)⁵.

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

⁴ CHARTIER, Yves, *Droit des affaires, sociétés commerciales*, t. II, Themis, 1985.

⁵ 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.

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 (LSC: 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” (LSC. 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 (LSC: 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 (LSC: 235 salvo el supuesto del art. 188 LSC) o la reducción y reintegro y, particularmente, focalizando como causa de disolución el caso de que las pérdidas reduzcan el patrimonio a una proporción que, con distintos porcentuales los distintos ordenamientos consideran “*descapitalización inadmisibile*” (LSC: art. 203 a 206).

El monto del capital mínimo

Las directivas comunitarias (UE) mantienen el principio del capital mínimo, 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 particularmente 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 tan “apersonal” en la misma medida de su mayor entidad económica lo cual a su vez implica mayor cantidad de accionistas, que aparecen desinteresados de la gestión y más aún 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 (LSC art. 63, inc. 2., II a)) pierde significación (no sólo como garantía indirecta de los acreedores) hasta como cifra de retención⁶.

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 me-

⁶ ENBIB IRUJO, José Miguel, “Balance y perspectivas de la armonización del Derecho de Sociedades de la Unión Europea” en “El derecho de sociedades en un marco supra nacional”, ed. Comares, Granada, 2007, p. 15.

dianas 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 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 queda reservada así al patrimonio neto —no ya al capital social—, 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*, lo que por cierto es, 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. 505) (*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, LSC, 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 LSC 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.