

Evanescencia de las funciones de Producción y Garantía del Capital Social en el Derecho Comercial actual

Lucas Brunone [1]

I. Introducción [\[arriba\]](#)

Conceptualismo y Realismo jurídico existen; y tienen consecuencias directas en los mercados -positivas o negativas-.

Tanto el legislador como los operadores del Derecho son responsables del avance, estancamiento o retroceso de un Estado y su bienestar social.

Tratar de mantener figuras jurídicas vetustas, carentes de eficacia, de formalidades burocráticas anacrónicas, puede tener que ver más con una visión dogmática, académica y dialéctica del Derecho, que la sincera búsqueda de soluciones adecuadas. Es en ese lugar donde ubicamos el Capital Social, específicamente sus funciones de Garantía y Productividad.

Como bien señala Araya, cabe repensar tanto la noción de capital social, como las funciones que corresponde atribuirle, asumiendo que el criterio tradicional consagrado en nuestra ley ha entrado en crisis, al menos parcial.[2]

II. Concepto [\[arriba\]](#)

Podemos diferenciar una noción económica, una contable y una jurídica de capital social.

Superficialmente, la noción económica es la que considera el capital social como factor de producción. La contable enfoca el tratamiento que debe darse a la cifra capital social en la contabilidad, acorde los mandatos legales (art. 63 L.G.S.).

Por último, existe una noción jurídica, cuya definición difiere de acuerdo al autor que se tome, pero que en su contenido podrían calificarse como adecuadas, y que expone magistralmente el Dr. Verly[3]. A saber:

1. Identificación de capital con aportes: los autores toman como punto de referencia las aportaciones de los socios y afirman que el capital no es más que la suma de los aportes de los accionistas;

2. La llamada concepción abstracta o nominalista del capital esboza su elaboración a partir de la distinción entre capital social y patrimonio. La sociedad exterioriza su compromiso en el sentido del mantenimiento de la cifra del activo por sobre la del pasivo por cantidad al menos igual a la expresada por el monto del capital, aunque puede resultar ulteriormente incumplido; la ley establece un conjunto de disposiciones tendientes a la preservación de la efectividad del mismo;

3. La concepción dualista entiende que en su faceta tangible o real, capital es la fracción del patrimonio neto social determinada cuantitativamente, de la que la sociedad no puede disponer libremente por cuanto está destinada a servir de cobertura del importe nominal del capital. Cuando la ley se refiere a la integración

de capital y a otros institutos conexos, está usando la expresión en esta acepción material.

La Ley N° 19.550 recepta una serie de principios orientados al resguardo del Capital Social: De determinación (art. 11 inc. 4, art. 166 inc. 1) con su correspondiente consecuencia (art. 17); Principio de integridad (art. 186); Principio de Intangibilidad (arts. 11 inc. 4, 32, 39, 53, 68, 70, 71, 185, 186, 187, 188, 202, 203, 204, 220, 222, 224, 234, 235); de Permanencia; de Unidad; de Correspondencia; de Realidad (arts. 51, 52, 186, 187).

La conclusión inmediata es que algunos aspectos de nuestra normativa societaria siguen estancados en elementos que ya no significan ni representan lo que otrora, pues “la noción puramente jurídica del capital como aportes de los socios es estática y operante para la constitución y su contrapartida, la liquidación; pero ajena al funcionamiento en el mercado del sujeto de derecho titular de la hacienda empresaria”.

III. Funciones del Capital Social [\[arriba\]](#)

Básicamente son tres:

1. De Productividad: entiende al Capital Social como un factor de producción, un recurso de financiamiento;
2. De Organización: determina la posición económica y jurídica de los socios en la sociedad;
3. Y por último, De Garantía: que junto a la primera, a continuación, desarrollaremos y que son el eje de este trabajo.

IV. Crisis de la concepción originaria de las funciones de producción y garantía del capital social [\[arriba\]](#)

- La función de Productividad:

Empresas de tecnología intangible (software, aplicaciones, etc.) comienzan sus pasos con escaso capital social; su financiación depende del valor de las ideas que integran el objeto social o componen un patrimonio que no se puede expresar contablemente.

De esto, razonablemente podría derivar que la adecuación del capital social al objeto social carece de sentido material (“más no dialéctico”).

Es imposible determinar ab initio cuál es el monto de Capital “adecuado” al objeto de una sociedad anónima. No hay fórmula matemática que pueda decirnos con certeza científica cuál es el capital adecuado a un objeto determinado. Ergo, mal puede el legislador establecer una norma que imponga algo que la ciencia no puede comprobar o al menor aseverar.

- La función de garantía del capital social:

Ensayamos decir que es una especie de “encaje”, a través del cual los socios que suscriben el contrato o un aumento de capital, cuantifican ab initio la medida de su responsabilidad en la integración de los aportes, y durante toda la vida de la sociedad o de su participación como socios.

Cabe señalar que en las sociedades por acciones no existe una responsabilidad externa del socio, siendo únicamente la sociedad responsable de las obligaciones contraídas con terceros; tal principio que restringe la obligación del socio al importe del capital suscrito, excluye toda obligación por parte de él de reintegrar la pérdida del ejercicio -son las caras de una misma moneda-.

Puede entonces afirmarse que los socios de una S.A. limitan su responsabilidad a la integración del capital suscrito y los negocios de las sociedades son para ellos res inter alios acta (art. 163, L.G.S.), salvo la hipótesis contemplada en el art. 54 in fine del mismo cuerpo legal.[4]

Esta función se cumple -en teoría- por medio de la obligación legal de mantener el valor del activo de la sociedad por sobre el valor del pasivo, en una cuantía por lo menos igual a la cifra del capital que en principio, solo inicialmente coincidirá con el patrimonio del ente social.

Con razón, se ha sostenido que en mérito a dicha finalidad tuitiva "se ha creado todo un sistema ficticio de disposiciones que en nada resguardan a quienes se propone defender, en caso de que aquellos que tengan el manejo de la sociedad pretendan lesionar esos intereses. Toda esta maraña legal solo sirve para hacer construcciones legales de profundo aliento intelectual y gran conocimiento jurídico, pero que no son prácticas".[5]

V. Los primeros pasos hacia la modernización del Derecho societario [\[arriba\]](#)

Entendemos que las leyes deben brindar herramientas eficientes en pos de resguardar -entre otros- a los acreedores que contratan con sociedades comerciales de tipos que limitan de responsabilidad de los socios. Como contrapartida, el co-contratante tiene la obligación de obrar con la diligencia que la naturaleza de las obligaciones conlleve. Pero ello de ninguna manera puede resumirse en el Capital Social -específicamente su función de garantía-, pues existe una batería de normas -societarias, comerciales, civiles, administrativas, penales y procesales- destinadas a ese fin.

La patología de un sistema que funciona y es aceptable no puede llevar a buscar una fórmula mágica, que jamás resolverá la complejidad de las operaciones comerciales, cuya evolución impone reglas claras y funcionales.

La eficacia de la función de garantía del capital social ha quedado atrás hace mucho tiempo. Hay institutos del Derecho que están destinados a perdurar; otros que evolucionan y se adecúan, y otros que desaparecen -por diversas razones que no viene al caso desarrollar-. Lo que está claro es que el capital social y, en particular, su función de garantía en la actualidad es fácilmente eludible, es ineficaz y hasta puede transformarse en una herramienta para vulnerar justamente lo que busca resguardar.

Insistir durante décadas en este instituto y su función de garantía para el resguardo de los terceros co-contratantes o de productividad para el desarrollo del objeto social es conceptualismo jurídico puro y arroja resultados paradójicos.

VI. Licuación por falta de ajuste por inflación [\[arriba\]](#)

El art. 2 del Decreto N° 664/2003 sustituye el art. 4 del Decreto N° 1269/02, ordenando a las dependencias del Poder Ejecutivo Nacional, no recibir estados contables y balances ajustados por inflación.

Es decir que si calculamos la inflación acumulada desde el año 2003 -sin referirnos a los cíclicos procesos inflacionarios que vivió la Argentina- hasta a la fecha: ¿qué valor real tiene el Capital Social de una sociedad constituida en 2004 con un capital social de \$200.000? El capital social nominal bajo el precepto de intangibilidad sigue ahí: la contabilidad expone hoy \$200.000 (pasivo). ¿Pero ese valor nominal garantiza la misma cantidad de obligaciones -en términos dinerarios- que en 2004? Es obvio que su valor real se licuó por efecto de la inflación.

La función de garantía verdadera no existe, al menos en paridad número/valor real actual en la siempre errante economía argentina.

VII. Avances fundados en la realidad actual [\[arriba\]](#)

Respecto la modernización o adecuación de este sistema, hubo dos avances importantes: el primero fue la derogación del art. 68 de la Resolución General de la I.G.J. 7/2015 por la Resolución General N° 8 del 29 de abril de 2016, generando una dinámica societaria y emprendedora moderna y poniendo coto a la omnipotencia del Estado infundada.

El segundo y trascendental ha sido la reciente sanción y reglamentación de la Ley N° 27.349 de Apoyo al Capital Emprendedor, en cuyo Título III se crean y regulan las Sociedades por Acciones Simplificadas, en las que la función de garantía del capital social claramente pasa a segundo o tercer plano, cuando su art. 40 establece con gran acierto que: “Al momento de la constitución de la sociedad, el capital no podrá ser inferior a dos veces el importe del salario mínimo vial y móvil”, estableciendo un piso razonable. Desde esa base, los socios determinarán cuánto es útil o necesario para la consecución del objeto.

VIII. Reflexiones finales [\[arriba\]](#)

¿Qué hubiera sido de Bill Gates -creador de Microsoft Inc.- o Steve Jobs -co-fundador de Apple Computers Inc., inventor del iPhone- si la “IGJ de California” -sic- les hubiera rechazado la inscripción de sus respectivas sociedades -que contenían sus ideas emprendedoras- por infracapitalización en relación al cumplimiento del objeto social?

El ejemplo que traigo a colación puede resultar gracioso, pero en realidad quiero marcar enfáticamente el verdadero designio del Derecho comercial -y la norma- como herramientas al servicio del hombre, la sociedad, el mercado y la evolución en la que el mundo moderno está sumido, con su consecuente necesidad de adecuación y adaptación coyuntural.

¿Quién puede demostrar con certeza matemática y método científico que el capital inicial de una sociedad es la clave del éxito y cumplimiento del objeto social? ¿Quién puede afirmar que los socios que constituyen una sociedad con bajo capital lo hacen para defraudar a discreción? ¿No podría ocurrir que sea necesario contar con una figura societaria para comenzar con un sueño y el dinero que constituye el capital social representa fielmente todo lo que ellos pueden aportar, pues el verdadero capital de “su emprendimiento está en sus cabezas y sus sueños” y no en una cifra nominal, variable e irreal?

Debemos recordar que la contracara -función dual, en palabras del Dr. Verly- es la limitación de la responsabilidad ante los riesgos de los negocios y más aún en este mercado con reglas de juego cambiantes, monedas volátiles y crisis económicas frecuentes.

IX. Corolario [\[arriba\]](#)

La vigencia de la naturaleza y eficacia de las funciones de Producción y Garantía del Capital Social ha desaparecido. Consideramos que poner el foco solamente en la llamada infracapitalización como garantía de los acreedores, o cumplimiento del objeto social perdió sentido en el contexto y época actual. Si viramos los grados suficientes que marcan el norte verdadero, creemos que sería más eficiente -si se busca garantizar a los acreedores- hablar de la conducta de los socios que actúan fuera del marco que las normas vigentes crean o lo hacen con mala fe, a los efectos de eludir los controles por incumplimientos abusivos, y que en caso de ser llevados a cabo, generarán responsabilidades legales mediante un mecanismo admisible -pero mejorable- de normas, cuya correcta aplicación y utilización por parte de los operadores del Derecho resguardan de manera apropiada los intereses de los acreedores, terceros, empleados, el mercado, los socios y el sistema.

Notas [\[arriba\]](#)

[1] Abogado. DNI: 27.867.455. 1° año M.D.E.

[2] Araya, Miguel C, “Repensar la noción de Capital Social”, en Derecho Societario Argentino e Iberoamericano, pág. 279 (Material de estudio de la MDE, 2005).

[3] Verly, Hernán, La Ley 1997-A, 756, Apuntes para una revisión del concepto de Capital Social (con especial referencia a la Sociedad Anónima).

[4] Verón, Alberto Víctor, Sociedades Comerciales, Ley N° 19.550, Comentada, Anotada y Concordada, Tomo 2, 2° Ed., Editorial Astrea, Buenos Aires, 2007, págs. 238-239.

[5] Bollini Shaw, Carlos, "Capital y patrimonio en las sociedades anónimas. El principio de la intangibilidad del capital social. Consecuencias", ED, 65-814, en Verly, Hernán, La Ley 1997-A, 756, Apuntes para una revisión del concepto de Capital Social (con especial referencia a la Sociedad Anónima).