

¿Una cuestión de capital importancia?

(Reflexionando sobre el Capital Social)

Facundo José Nazur

I. Líneas introductorias [\[arriba\]](#)

Tres décadas han transcurrido desde que Sergio Le Pera pusiera en tela de juicio uno de los institutos más arraigados en el ámbito del derecho societario continental: el capital social[1]. Luego de esto, se generó en doctrina nacional una corriente sumamente crítica acerca de una cuestión que antes nadie se hubiera atrevido a discutir[2]. Tal fuerza también generó una reacción contraria de igual magnitud, dando origen a un numeroso grupo de férreos defensores del capital como uno de los pilares fundamentales de la sociedad anónima de nuestros tiempos[3]. Todo esto derivó en una apasionante discusión, que lejos de estar zanjada, sigue ofreciendo un espacio sumamente fructífero para el debate y la exposición de nuevas ideas.

Así las cosas, lo que se busca con este trabajo es sintetizar los principales argumentos de ambas posturas, para luego exponer los propios y arribar a una conclusión; que lejos de resolver la cuestión y dar respuestas definitivas, tiene el noble propósito de generar más dudas en los lectores. Esto con el convencimiento de que la curiosidad en la búsqueda de respuestas es uno de los motores más poderosos para la generación de nuevas ideas. Siguiendo a Sócrates, se cree que a medida que más se profundiza en el estudio de un tema, son más las incertidumbres que se generan y mayor el deseo de conocer. El autor, consciente del humilde lugar que ocupa y de sus limitaciones personales, como así también de la magnanimidad de quienes con anterioridad han escrito sobre la temática, está lejos de pensar que lo que aquí se expone es la verdad irrefutable. Se solicita al lector tener presente esta cuestión y juzgar en consecuencia.

Culminando con los prolegómenos, se expone el esquema del presente trabajo: en primer lugar se desarrollará la postura de los defensores del capital, luego se explicará la opinión de sus detractores, para finalmente arribar a una conclusión personal y fundada.

II. La noción tradicional de capital [\[arriba\]](#)

Un jurista de la talla de Joaquín Garrigues ha llegado a sostener que: “La sociedad anónima es, puede decirse, un capital con personería jurídica”[4]. Sin embargo, un primer escollo que debe sortearse al abordar esta temática es el de desentrañar el significado de la noción “capital”. Desafortunadamente esta palabra, como la mayoría de las de nuestro lenguaje, es polisémica[5]. Todo ello constituye un problema más que significativo en cualquier disciplina que se precie de ser científica. En este caso, es sumamente complicado intentar atacar o defender un concepto, si no se sabe acabadamente qué es lo que éste representa. La cuestión estriba en el distinto significado que esta noción tiene en ámbitos diversos, pudiendo estos ser reducidos a cuatro fundamentales: el vulgar, el económico, el contable y el jurídico. Aun a riesgo de ser demasiado sintético, se resumen en pocas palabras cada uno de estos significados[6]:

1. En su acepción vulgar o corriente, el capital refiere lisa y llanamente a la riqueza.

2. En su sentido económico, el capital refiere a uno de los factores de la producción.
3. Para la disciplina contable, representa uno de los rubros que integran el patrimonio neto.
4. Finalmente, en el ámbito jurídico es aquel donde campean la mayor cantidad de hesitaciones. Siguiendo a Pérez de la Cruz Blanco[7], se agrupa a las definiciones jurídicas en tres categorías distintas: a) identificación del capital con los aportes de los socios; b) concepción abstracta o nominalista del capital, elaborada a partir de la distinción entre éste y el patrimonio[8]; y c) concepción dualista que distingue entre las nociones de capital nominal y capital real.

Cuando Garrigues refiere a la sociedad anónima como un capital con personería jurídica, toma la expresión en un sentido económico. Precisamente, es de éste que se derivan los sentidos jurídico y contable[9].

Los defensores de la noción de capital social, construyen, a partir de ésta, cuatro principios fundamentales: 1) Unidad: constituye una cifra única y singular; 2) Determinación: tal cifra es una de las cláusulas esenciales del estatuto social y debe ser expresada en moneda de curso legal; 3) Correspondencia: entre capital y patrimonio; 4) Invariabilidad: sólo es posible modificarlo, activando los mecanismos establecidos en la ley[10]. A partir de esto se señalan las funciones básicas del instituto, que pueden ser sintetizadas de la siguiente manera[11]:

1. Función de productividad: de corte netamente económico, refiere a los aportes que los socios realizan para proveer a la sociedad de los recursos necesarios para la realización de su objeto. De aquí surge la postura largamente sostenida por un sector de la doctrina, que defiende a ultranza la necesidad de una adecuada relación entre capital y objeto social.[12]

2. Función de garantía: sin lugar a dudas se trata de la función a la que mayor importancia ha asignado la doctrina que defiende el mantenimiento del instituto del capital social. Éste es una creación del ordenamiento jurídico, destinada a tutelar a los acreedores. La lógica contrapartida de la limitación de responsabilidad, característica de la sociedad de capital, exige el diseño de instrumentos aptos para proteger a terceros. Se trata de una garantía de carácter indirecto, en contraste con el carácter director del patrimonio. Éste constituye la prenda común de los acreedores, mientras que aquel opera indirectamente, como una cifra que impide la distribución de dividendos sin que el activo sea superior a las deudas y el capital[13].

3. Función de determinación de la posición del socio[14]: puede decirse, sin temor a equivocarse, que se trata de la función a la que menor atención ha prestado la doctrina en general. Refiere a la utilidad del instituto en el marco de las relaciones internas del ente societario. En ese sentido, la participación de cada accionista en una porción del capital, determinará sus derechos patrimoniales y políticos.

Como fuera dicho anteriormente, quienes defienden el mantenimiento de la noción de capital social, como pilar fundamental y adecuado contrapeso a la limitación de responsabilidad, prestan especial atención a su función de garantía. Las construcciones están centradas en la idea de que la sociedad debe contar con los medios necesarios para el desarrollo de su objeto. De todo ello derivan las posiciones

que refieren a la infracapitalización, largamente debatidas y donde confluyen posiciones sumamente disímiles.

En este marco de pensamiento, se sostiene que es imprescindible articular todos los mecanismos que sean necesarios a los efectos de evitar el fraude a los acreedores. En el seno de esta concepción se encuentra latente la idea de que la limitación de responsabilidad es, en esencia, una construcción ideada para perjudicar a terceros. Por tal razón, el ordenamiento jurídico articula defensas adecuadas para proteger a esos terceros[15]. Ejemplo de ellas son las previstas por la Ley General de Sociedades (antes Ley de Sociedades Comerciales) N° 19.550 para cumplir con la función de garantía a que está llamado el capital social: exigencia de capital mínimo para el caso de sociedades anónimas, obligación de suscribir la totalidad del capital, exigencia de acciones con valor nominal y prohibición de emisión bajo la par, riguroso sistema ideado para la valuación de los aportes en especie, limitaciones a la distribución de dividendos y a los casos de adquisición de acciones por la propia sociedad, sólo por mencionar los más relevantes[16].

También la Inspección General de Justicia (en el marco de la Capital Federal) se ha preocupado por la adecuada correlación entre capital y objeto social. Las resoluciones de este organismo suscitaron polémicas y enriquecedores debates doctrinarios[17]. Se negaba la inscripción a sociedades, que a juicio de esa Inspección, contaban con un capital inadecuado para la realización del objeto que estaba previsto en su estatuto. Todo ello en virtud de resoluciones de la autoridad administrativa, razón por la cual recibieron duras críticas[18]. Esta cuestión fue recientemente superada con el dictado de la resolución (IGJ) 8/16 que, entre otras cosas, suprime la exigencia de adecuación del capital social al objeto, dada la ausencia de parámetros objetivos para evaluar su suficiencia a priori; y también suprime la exigencia de un capital mínimo para las SRL.

Resumiendo un poco todo lo anteriormente expuesto, puede observarse con claridad que tanto la doctrina, como la legislación y la autoridad administrativa (ceñida al ámbito de la Capital Federal) se han preocupado por resguardar la función de garantía del capital social. Encuentran en ella, la razón de ser de este instituto y en líneas generales, consideran que los motivos que llevaron a su creación siguen estando vigentes en la actualidad. A continuación se expondrá la postura de quienes critican estas ideas.

III. Crítica a la postura tradicional [\[arriba\]](#)

Los detractores de las nociones anteriormente expuestas suelen señalar el profundo abismo que existe entre tales construcciones lógico-jurídicas y la realidad[19]. Para ellos, no existe un adecuado correlato entre las construcciones que se efectúan con el propósito de salvaguardar la integridad e intangibilidad del capital social y lo que ocurre en el mundo actual. Se señala que las personas en favor de quienes han sido ideados estos mecanismos, prestan poca -en rigor, ninguna- atención al capital a la hora de relacionarse con la sociedad. Las razones de tal proceder pueden sintetizarse de la siguiente manera: el capital es una noción inútil para conocer la verdadera situación de la sociedad. Como señala Verly: “Con la problemática del capital social sucede algo curioso. Por un lado, el legislador y la doctrina demuestran un profundo interés por esta materia (...) del otro, el público en general revela una absoluta indiferencia hacia el dato del capital social[20]”. La cita ha sido transcripta, en razón de la meridiana claridad de sus postulados para reseñar la situación que se pretende explicar[21]. Llegados a este punto surge el interrogante sobre el por qué de esta disociación entre realidad y desarrollo jurídico. Siguiendo

a Le Pera[22] puede decirse que se trata del mantenimiento de respuestas de vieja data, adecuadas para responder a interrogantes de otra época, que reflejan las dificultades de los juristas para reaccionar adecuadamente frente a los cambios que operan en la realidad circundante. Todo esto es sumamente lógico en un mundo que está cambiando a pasos agigantados y requiere un enorme esfuerzo por parte de quienes se dedican a las mentadas tareas.

Ahora bien, corresponde analizar, una a una, las funciones reseñadas arriba:

1. Función productiva: en ella se ve una relación más estrecha con el concepto económico de capital. A poco que se analiza la cuestión, puede dilucidarse que la noción jurídica de capital, poco tiene que ver con la función de referencia. Tal vez el punto de contacto pueda hallarse en la búsqueda de adecuación entre el capital y el objeto de la sociedad. En adición a los postulados esbozados con anterioridad, puede esgrimirse que, existen alternativas de financiamiento distintas al capital. En los días que corren, gran cantidad de empresas operan básicamente con recursos de terceros, logrando altos márgenes de rentabilidad y una sólida posición en el mercado. Ceñir la cuestión de la capacidad productiva de una corporación exclusivamente al capital, constituye una pretensión de negación de la realidad circundante. Más aún, la función productiva que puede llegar a tener el capital debe ser relativizada a la luz de su noción jurídica. Definido como un concepto con mayor contenido nominal que real, puede observarse con claridad, como su posibilidad de operar como motor de la producción se encuentra sumamente restringida.

2. Función de determinación de la posición del socio: no queda mucho por agregar, luego de lo expuesto con anterioridad. Esto porque la presente función, cumple con la finalidad para la cual ha sido llamada. Por intermedio de ésta se determinan con claridad los derechos económicos y políticos de los accionistas. Ello no es susceptible una crítica similar a la practicada en el apartado anterior. Los detractores del capital social como instituto, sostienen la idea de que esta función es la única que efectivamente se cumple en la actualidad[23]. Sin embargo, su importancia ha sido siempre relativa, en razón de la subvaloración que la doctrina en general le ha asignado[24].

3. Función de garantía: finalmente será tratada la más importante de las funciones del capital social, que a su vez constituye la razón de ser del instituto. Respecto a este punto cabe retomar lo anteriormente esbozado, acerca de la indiferencia de aquellos a quienes en teoría protege este sistema. Es que, los terceros, a la hora de relacionarse con la sociedad, no se concentran en el capital de ésta. Prestan atención a sus estados contables o financieros, analizan diversos índices solvencia, que reflejan la situación real de la compañía y sus futuros flujos de fondos, y no meros datos históricos que poca utilidad tienen a la hora de la toma de decisiones. La dinámica del mundo actual opera en ese sentido. El legislador puede poner sus mejores esfuerzos en elaborar sofisticadas construcciones jurídicas. Pero en la medida en que dichas construcciones no se correspondan con la realidad, están destinadas a fracasar. Preocuparse pura y exclusivamente por el capital como valor nominal redundará en un esfuerzo bienintencionado, pero que jamás podrá ser algo más que eso. La irrupción del fenómeno de la empresa - y por supuesto su constante evolución y transformación- debe mover al jurista a practicar enormes esfuerzos intelectuales. Los tiempos que corren demandan respuestas rápidas y adecuadas para satisfacer las siempre cambiantes necesidades. El derecho comercial, desde sus albores, se ha caracterizado por tener una nota de celeridad, dato clave a la hora de su separación del derecho civil. Si bien la empresa ha cambiado la estructura clásica de aquella rama jurídica, la necesidad de soluciones expeditas sigue estando

a la orden del día. A los efectos de aprovechar al máximo las posibilidades que brinda la sociedad anónima, deben evitarse las construcciones que redundan en el desaliento de su uso. Con esto no quiere decirse que todas las empresas deben adoptar el ropaje de este tipo social, sino que no deben ponerse trabas carentes de sentido. Esto no implica negar la posibilidad de que se pergeñen fraudes o abusos dentro de estas estructuras. Pero tampoco corresponde exagerar tales extremos. Un jurista de la talla de Vélez Sarsfield señalaba el grave error que implica legislar a partir del fraude. Frente a tales situaciones, el ordenamiento jurídico cuenta con las armas necesarias para desarticular sus efectos. Por ello, basar toda la construcción jurídica en la posibilidad de comisión de fraude constituye un enorme desacierto. Existen diversas alternativas, ajenas a las normas que regulan el capital social, mediante las cuales los acreedores pueden protegerse de conductas abusivas o fraudulentas de socios y administradores[25]. Una de esas vías es la contractual, sistema seguido por el derecho estadounidense[26]. En ese sentido, las normas relativas al capital social se erigen normalmente como un obstáculo, que implica costos injustificados, cuya utilidad es digna de ser cuestionada y revisada profundamente.

Son los propios acreedores, quienes frente al caso concreto, se encuentran en la mejor posición para protegerse a sí mismos. Creer que el legislador pueda saber de antemano y para todos los casos, cuál es la mejor garantía para los terceros, constituye una pretensión sumamente ambiciosa[27]. Si bien puede resultar la salida más fácil y más cómoda, los tiempos que corren exigen esfuerzos intelectuales constantes por parte de todos los operadores del derecho. Frente a cada caso particular, deberán articularse los mecanismos de protección más adecuados para resolver las circunstancias que se presentan. Con esto no se pretende dejar desamparados a los terceros, sino simplemente señalar que el capital social no cumple con la finalidad para la cual ha sido llamado y que le ha otorgado su carta de existencia. Más aún, genera enormes costos que afectan el normal desarrollo de los negocios sociales[28]. Todo esto crea la necesidad de estudiar otras vías para dar una efectiva protección a los acreedores sociales.

Verly adiciona otra crítica a esta función, relacionada con la posible contradicción entre el capital como garantía y como medio de explotación[29]. Esto porque si el capital es usado para producir y poner en funcionamiento a la empresa, la garantía para los terceros se verá afectada. Mientras que si el capital permanece inmovilizado, a los efectos de asegurar los derechos de los terceros, la que se verá sumamente perjudicada es la función de productividad. Como también señala el autor citado: “La verdadera seguridad para los mismos (se refiere a los acreedores) provendrá del capital económico, esto es, de los bienes que comprenden el activo societario[30]”y no de una cifra que figura dentro del patrimonio neto.

Lo anteriormente expuesto, demuestra, como los ataques de la doctrina crítica han sido dirigidos contra la función de garantía del capital social. Esto se explica por el hecho de que ella constituye la razón de ser de todo el andamiaje jurídico del instituto. A continuación se expone la conclusión del presente trabajo.

IV. Conclusión [\[arriba\]](#)

La primera reflexión que suscita lo expuesto hasta este punto, se relaciona con la falta de correlato de todas las construcciones jurídicas relacionadas con el capital social, con la realidad. Esta es una crítica que sostienen todos los detractores reseñados en este trabajo[31]. Lo jurídico no puede contentarse con consistir en una construcción lógica, perfecta desde el punto de vista formal. Es necesario que los

desarrollos tengan algún tipo de reflejo en la realidad. El derecho se ocupa de las relaciones sociales, razón por la cual no puede permanecer totalmente ajeno a ellas. Los motivos que llevan a los juristas a teorizar pueden ser sumamente nobles, pero no cumplirán su cometido si no se corresponden con aquello que están destinados a reglar. Desconocer esto, implica la formulación de postulados, que lejos estarán de cumplir con la finalidad para la cual fueron concebidos.

Como segunda reflexión puede señalarse que estamos en una época en la que resulta imperioso revisar la noción tradicional de capital social. Si, como se dijera, ésta no guarda relación con el mundo, deben explorarse vías alternativas para cumplir con los fines que es llamado a cumplir. Esto no implica descartar precipitadamente todos los desarrollos existentes y sustituirlos por mecanismos totalmente novedosos. Se requiere de un análisis concienzudo, que sea capaz de dar respuestas concretas frente a cada caso particular, y que precisará de muchos esfuerzos en conjunto. Tal y como fuera sostenido por Le Pera[32], el capital social constituye un anacronismo, ideado como mecanismo para dar respuesta a las necesidades que reinaban en otros tiempos. Actualmente la situación ha cambiado drásticamente. Pretender resolver problemas del mundo actual con construcciones formuladas hace más de dos siglos, puede ser muy peligroso en ciertos casos. La irrupción de la empresa, los desarrollos en la economía moderna, el surgimiento de nuevas modalidades de financiamiento, la existencia de compañías que operan casi totalmente con fondos de terceros, son algunos de los factores que deben llamarnos a la reflexión a la hora de revisar este concepto. Aferrarse a nociones consideradas como pilares de una disciplina puede resultar la salida más fácil. Constituye un acto de valentía intelectual el revelarse contra concepciones que pueden encontrarse muy afianzadas en alguna disciplina, pero que sin embargo, a poco que se las analiza, evidencian graves dificultades. En la jerga iusfilosófica se sostiene que las ideas jurídicas firmemente instaladas tardan aproximadamente cien años en salir de la cabeza del ciudadano de a pie. En el caso particular, la analogía vale parcialmente, ya que aquí es el hombre de la calle quien no presta atención al concepto de capital social. En este caso son los juristas quienes deben despojarse de concepciones que si bien están firmemente instaladas, deben ser superadas. Se espera que tal tarea no demande cien años y pueda ser efectuada pronto.

Por lo demás, la última reflexión que despierta el instituto aquí reseñado[33] se relaciona con el título de una novela del inmenso Gabriel García Márquez: “Crónica de una muerte anunciada”. Esperemos que esto, que no es más que una mera expresión de deseo del autor, pueda llegar a concretarse, superándose aquellos dogmatismos que encierran un propósito noble, pero que no se corresponden con la realidad del mundo actual.

Notas [\[arriba\]](#)

[1] Le Pera, Sergio, “Sobre la futilidad de la noción del capital social”, LL, 1986, Cita online: AR/DOC/4436/2001.

[2] Entre los críticos se encuentran: Verly, Hernán, “Apuntes para una revisión del concepto de capital social - (Con especial referencia a la sociedad anónima”, LL1997, Cita online: AR/DOC/15690/2001; López Candiotti, José A. - Daguerre, Luis O., “El derecho societario y el anacronismo del capital social”, LL, 27/10/2008, Cita online: AR/DOC/2161/2008; Manóvil, Ezequiel, “El capital social

- en la sociedades anónimas. Un análisis económico”, LL, 02/12/2009, Cita online: AR/DOC/4186/2009; Grispo, Jorge Daniel, “El capital en las sociedades anónimas”, LL, 17/08/2006, Cita online: AR/DOC/2606/2006.
- [3] Entre los defensores del concepto se cuentan: Cracogna, Dante, “La relación capital-objeto social en la dinámica societaria”, Sup. Esp. Sociedades ante la I.G.J. 2005 (abril), 18/04/2005, Derecho Comercial Sociedades Doctrinas Esenciales Tomo II, 14/04/2005, Cita online: AR/DOC/572/2005; Nissen, Ricardo A., “Sobre la imprescindible relación que existe entre el capital y el objeto social”, LL, 01/10/2007, Cita online: AR/DOC/2900/2007.
- [4] Garrigues, Joaquín, “Curso de Derecho Mercantil”, Imprenta Aguirre, Madrid, 1968, p. 359.
- [5] Gower, citado por Verly, Hernán, op. Cit.
- [6] Se sintetiza la postura expuesta por Verly, Hernán en op. Cit.
- [7] Pérez De La Cruz Blanco, Antonio, “La reducción del capital en las sociedades anónimas y de responsabilidad limitada”, Publicaciones del Real Colegio de España en Bolonia, 1973, p. 25 y sigtes.
- [8] Vivante, Cesare, “Trattato di Diritto Commerciale”, volumen II, Casa Editrice Dottor Francesco Vallardi, Milano, 1912, p. 262.
- [9] Verly, Hernán, op. Cit.
- [10] López Candiotti, José A. - Daguerre, Luis O., op. Cit.
- [11] Nuevamente se sigue a VERLY, Hernán, op. Cit.
- [12] Nissen, Ricardo A., op. Cit.
- [13] Verly, Hernán, op. Cit.
- [14] Cracogna, Dante, op. Cit. refiere desdobra a esta función en: I) Participación en el gobierno societario; II) Pauta para la distribución de utilidades.
- [15] Una mirada sumamente crítica de esta manera de pensar puede encontrarse en: Manóvil, Rafael, “Diez ejemplos de desaciertos e ilegalidades en la resolución (IGJ) 7/05”, Revista del Colegio de Abogados de la Ciudad de Buenos Aires, N° 12, 2005, t. 65, N° 2, p. 109.
- [16] Manóvil, Ezequiel, op. Cit.
- [17] Petrantonio, Javier - Haidempergher, Laura Lavia, “Control registral de la insuficiencia de capital social”, Sup. Esp. Sociedades Comerciales 2004 (diciembre), 16/12/2004, Derecho Comercial Sociedades Doctrinas Esenciales Tomo II, 403, Cita online: AR/DOC/2797/2004.
- [18] Ibidem.
- [19] Por todos, Manóvil, Ezequiel, op. Cit.
- [20] Verly, Hernán, op. Cit.
- [21] Le Pera, Sergio, op. Cit. también refiere a esta cuestión de manera magistral.
- [22] Ibidem.
- [23] Verly, Hernán, op. Cit.
- [24] Ibidem.
- [25] Manóvil, Ezequiel, op. Cit.
- [26] Ibidem.
- [27] Podrían usarse otros calificativos como utópica o imposible.
- [28] Manóvil, Ezequiel, op. Cit.
- [29] Verly, Hernán, op. Cit.
- [30] Ibidem.
- [31] Ver nota N° 2.
- [32] Le Pera, Sergio, Ob. Cit.
- [33] A modo de homenaje de quien considero uno de los más grandes autores de la literatura unviersal.