

Capital social. Perspectivas y tendencias respecto de la función de garantía y capitales mínimos

Patricio M. Prono¹

PALABRAS CLAVE: capital – garantía – patrimonio – disolución – activos -

SUMARIO:

1- El capital social cumple su función de garantía al delimitar los derechos de los accionistas frente a la pretensión de los acreedores sociales y, de esta forma, fijar la parte del patrimonio que debe permanecer para garantizar el pasivo.

2- Al tratarse de una cifra ideal, no representa un conjunto de bienes susceptibles de ser agredidos, por lo que su función de garantía es mediata o indirecta. Tampoco es apto para proteger a los acreedores frente a las pérdidas de la sociedad.

3- Por su parte, el patrimonio social se constituye como la verdadera garantía directa e inmediata de las deudas sociales.

4- La situación de pérdida del capital social está asociada en nuestro derecho a un “test de balance” que impone la obligación de reducir el capital social, disolver o liquidar la sociedad. Esta situación puede o no coincidir con la insolvencia, cuyas causas y remedios son diferentes a la pérdida de capital.

5- No obstante tratarse de situaciones diferentes, la crisis por pérdida de capital y la crisis de insolvencia tienen puntos de contacto, entre ellos: el deber de información impuesto por el art. 39 de la Ley 24.522, la posibilidad de considerar la pérdida de capital como hecho revelador de la insolvencia, la posible utilización del concurso preventivo como medio de solución para la pérdida de capital, el aumento de capital como forma de resolver la insolvencia o el concurso preventivo como herramienta disolutoria de la sociedad.

6- Debe revisarse la exigencia de capitales mínimos para la constitución de sociedades. Lo relevante, en todo caso, es la necesaria comprobación de activos o patrimonio neto mínimos exigidos por regulaciones u organismos específicos de cada actividad.

Para qué sirve el capital social. Su función de garantía

Clásicamente se asignó al capital social la triple función de productividad, organización y garantía. Si bien en nuestro país la última reforma a la Ley General de Sociedades data de más de 10 años, hemos asistido a diferentes novedades legislativas que, junto con el análisis de nuevas tendencias, hacen repensar estas funciones.

En sus orígenes, el capital social cumplía una función de garantía respecto de los accionistas, ya que la cifra representativa de la suma de aportes determina el máximo esfuerzo patrimonial que la sociedad podía solicitarles, es decir, el tope al cual los accionistas se obligan a aportar².

Respecto de los acreedores sociales, la función de garantía del capital social puede sintetizarse en dos puntos: por un lado, limita los retiros de los socios, por otro lado, obliga a la sociedad a mantener un patrimonio suficiente, mínimo, indisponible.

Por ello el capital se exhibe contablemente en el pasivo ya que representa la garantía ofrecida por la sociedad a los terceros, no porque configure una obligación para con los accionistas. De esta forma, el capital social intenta delimitar los derechos de los accionistas frente a la pretensión de los acreedores sociales, estableciendo la parte del patrimonio que debe permanecer para garantizar el pasivo. Ahora bien, esa porción es ideal, no representa un conjunto de bienes susceptibles de ser agredidos, por lo que su función de garantía es mediata o indirecta.

¹

² GARRIGUES, Joaquín, “Curso de Derecho Mercantil”, Imprenta Aguirre, Madrid, 1974, p. 359.

Está claro que la verdadera garantía directa e inmediata de las deudas es el patrimonio (art. 242 y 743 CCC), no sólo visto como conjunto de activos y pasivos, sino en su estructura funcional y dinámica que permite analizar su índice de endeudamiento, el costo de financiación, la capacidad para generar fondos propios, capacidad de repago, política de inversiones y gastos, capital de trabajo, etcétera.

A pesar de su largo recorrido y de sus muchas críticas, en la mayoría de las legislaciones herederas de la tradición continental europea se sigue sosteniendo al capital social como “pilar funcional y garantístico del sistema de sociedades comerciales”³. Por su parte, en el derecho anglosajón, encontramos otra concepción que pretende imponer diferentes tipos de límites a las transferencias de recursos de la sociedad a sus accionistas, cualquiera sea su causa; esos límites se imponen a través de diferentes test de liquidez que permiten autorizar -o no- tales transferencias en la medida que las mismas no perjudiquen el normal desenvolvimiento del giro social, lo cual incluye el cumplimiento regular de sus obligaciones.

Nos encontramos así con lo que podemos llamar el modelo del “test de solvencia y liquidez”, propio del derecho anglosajón versus el modelo del “test de contabilidad” o “test de balance”, al que responden los sistemas continentales europeos, dentro de los cuáles podemos ubicar al sistema argentino.

Por una parte, los sistemas que se apoyan en los “test de solvencia” parecen estar limitados a condicionar los repartos o distribuciones a los socios a que los mismos no pongan en peligro la solvencia o la liquidez de la sociedad. En cambio, “el test de balance” al que acude la LGS parece menos dinámico, más formalista y menos eficiente en relación a la exigencia de que los administradores comprueben la capacidad de la sociedad para atender al pago de sus deudas en un escenario de medio plazo a pesar de las distribuciones destinadas a los socios⁴.

El capital social, como primera partida del pasivo y cifra de retención, no es apto para garantizar el pago de las obligaciones, tampoco protege a los acreedores frente a las pérdidas que pueda generar la sociedad. Frente a las pérdidas, su función se limita a obligar a los socios a tomar la decisión de disminuir el capital social, disolver la sociedad o recapitalizarla, lo que en nuestro derecho se plasma con el juego de los artículos 94, inciso 5, 96, 205 y 206 LGS. Podemos decir que indirectamente contribuye a prevenir situaciones de insolvencia ya que restringe la distribución de dividendos en favor de los socios⁵.

Pero como bien explica la doctrina, la pérdida de capital y la cesación de pagos son dos situaciones bien diferentes; por un lado, la “crisis de capitalización” y por otro lado la “crisis de solvencia”. No necesariamente una conlleva a la otra, sus causas y sus remedios son diferentes. No obstante, en los hechos, muchas veces se verifican conjuntamente⁶.

En la lógica de la LGS, el capital se puede reducir voluntariamente, pero su reducción puede ser obligatoria o incluso generar la disolución social (art. 94, inc. 5 LGS)⁶. El esquema que presenta la ley societaria es el siguiente: a) si las pérdidas insumen las reservas y menos del 50% del capital social, nos hallamos frente a una reducción del capital, por pérdidas, regulada en el art. 205 LGS,

³ NETRI, Federico G, “El rol del capital social en el derecho societario argentino”, RDCO 300, 10/02/2020, 83, Cita Online: AR/DOC/3611/2019.

⁴ ALFARO, Jesús, “La doctrina del capital social como mecanismo protectorio de acreedores”; <https://almacenderecho.org/ladoctrina-del-capital-social-derecho-sociedades-mecanismo-proteccion-los-acreedores>.

⁵ ALFARO, Jesús, “La doctrina del capital social como mecanismo protectorio de acreedores”; <https://almacenderecho.org/ladoctrina-del-capital-social-derecho-sociedades-mecanismo-proteccion-los-acreedores>. Sigue explicando el autor que como el Derecho no puede evitar que la compañía sufra pérdidas, no puede obligarse a los accionistas a que mantengan en todo momento un patrimonio neto positivo; de manera que la protección de los acreedores se articula prohibiendo el reparto del patrimonio social entre los socios y obligando a la compañía a recapitalizarse o a disolverse. La doctrina nacional explica que, de este modo, el capital tienen a la preservación del patrimonio “por su juego en el balance, cumpliendo una función de contención: para que puedan distribuirse ganancias, el activo deberá superar al pasivo incrementado por el monto del capital social”, COLOMBRES, Gervasio R. “curso de derecho Societario”. Parte General”, Abeledo Perrot, Bs.As., 1972, p. 134. ⁶ ARAYA, Miguel, “Pérdida del capital social e insolvencia”; AR/DOC/3278/2005.

⁶ Cabe recordar que la norma estuvo suspendida en el año 1989 (Ley 23.697), en el año 2002 (decreto Ley 1269/02) y en el año 2019 (Ley 27541).

aconsejable pero no obligatoria. Su finalidad es restablecer el equilibrio entre el capital y el patrimonio; b) si las pérdidas insumen el 50% del capital o más, nos encontramos frente a la

reducción obligatoria normada en el art. 206.; c) si las pérdidas insumen las reservas y la totalidad del capital social; nos encontramos frente a una causal disolutoria. Esta es la denominada crisis disolutoria⁷. El remedio es el aumento o reintegro, aunque no hay plazo para su recomposición, no la pueden pedir los terceros ni hay sanciones específicas ni acciones de recomposición⁸.

No obstante tratarse de dos situaciones diferentes, encontramos ciertos puntos de contacto entre la crisis disolutoria y la crisis de insolvencia, dentro de los cuales podemos destacar:

i) art. 39, inc. 7) Ley 24.522, impone al Síndico del concurso preventivo informar en el Informe General si los socios realizaron regularmente sus aportes, y si existe responsabilidad patrimonial que se les pueda imputar por su actuación en tal carácter, es decir impone un deber de información acerca del estado del capital social de la sociedad que transita una situación de insolvencia; ii) la pérdida de capital como hecho revelador de la insolvencia: si bien no está mencionado en el art. 79 LCQ, es indudable su carácter enunciativo de esta norma. Evidentemente la pérdida del capital social devela una estructura patrimonial incapaz de generar ganancias y de mantener esa cifra mínima de retención “auto impuesta” por los socios en el estatuto. Por supuesto que por sí sola no es sinónimo de insolvencia sino solo eso, un hecho revelador. iii) El concurso (o APE) como forma de recomponer la pérdida de capital. La crisis de insolvencia, es más amplia y grave y, por lo tanto, abarca la crisis disolutoria impuesta por la pérdida de capital social, de ahí que la insolvencia tenga como remedio específico las herramientas reguladas en la legislación concursal⁹. iv) El aumento de capital como forma de resolver la insolvencia. El caso es más acotado. Una sociedad sin concursarse puede resolver una crisis de solvencia a través del aumento de capital, utilizando mecanismos como el *Debt-to-Equity Swap* (capitalización de deuda) que permita el ingreso de los acreedores al capital de la sociedad, o bien por el aporte de sus accionistas o terceros que permitan generar un esquema de refinanciación de la deuda. Ello puede ser ofrecido por la sociedad que no se encuentra concursada, pero también puede hacerlo como parte de la propuesta a sus acreedores (art. 43 LCQ).

v) El concurso como forma de liquidar la sociedad. Constatada la causal disolutoria (art. 94, inc. 5), la sociedad podría concursarse y ofrecer como propuesta su liquidación. Ello puede significar un recurso más seguro para los acreedores ya que el régimen concursal posee mayores controles que el régimen liquidatorio de la LGS. Si la pérdida de capital social es una causal disolutoria y -en la mayoría de los casos- es anterior a la crisis de solvencia, el concurso preventivo puede ser un camino para disolver y liquidar a la sociedad, p.ej: haciendo una propuesta de adjudicación de bienes a los acreedores.

Capital mínimo

Cabe preguntarse si le corresponde al legislador y, en su caso, con qué sentido, establecer criterios de capitales mínimos que deban cumplirse para constituir determinados tipos societarios. Los economistas, los administradores de empresas y los especialistas en finanzas se consideran incapaces para establecer criterios generales de capitalización adecuada y ratios de equilibrio entre recursos

⁷ SCHNEIDER, Lorena, “La pérdida de capital social. Causal de disolución no prevista en el Código Civil y Comercial”, AR/DOC/1125/2016.

⁸ ARAYA, Miguel, “Pérdida del capital social e insolvencia”; AR/DOC/3278/2005.

⁹ ARAYA, Miguel, “Pérdida del capital social e insolvencia”; AR/DOC/3278/2005. Sigue explicando el autor que La presentación en concurso preventivo, suspende hasta el momento de su desenlace (homologación o quiebra), la disolución obligatoria que impone el art. 94, inc. 5 LSC. Si la solución concursal prevalece (homologación), se modificará sin dudas el estado patrimonial de la sociedad, pudiendo en ese caso superarse la crisis disolutoria, por el favor otorgado por los acreedores; Si la solución preventiva fracasa (quiebra indirecta), se declara la quiebra y la sociedad se disuelve por quiebra (art. 94, inc. 6 LGS), acá se comprueba cómo la crisis de solvencia abarca la de pérdida de capital.

propios y recursos ajenos¹⁰. Además, estos criterios pueden variar drásticamente de acuerdo a las diferentes actividades que desarrolle la sociedad, su plan de negocios, el contexto macro económico y muchísimas otras variables.

La doctrina intentó responder que “con la exigencia de un capital mínimo se responde al propósito, fundado en puras razones económicas, de que no se utilice la forma de sociedad anónima en las pequeñas empresas”¹¹. Entiendo que el monto de capital no es un criterio suficiente para calificar a una empresa y persuadirla que adopte un tipo determinado. La realidad económica diaria nos demuestra que existen numerosas empresas (muchas multinacionales) que adoptan el tipo de SRL y numerosas pequeñas y medianas empresas que eligen organizarse como SA.

Dicho esto, podemos sacar algunas conclusiones acerca de ciertas normas que indirectamente muestran el paulatino abandono del criterio de exigir un capital mínimo y, en su caso, la necesidad de reemplazarlo por otros conceptos.

En primer lugar el CCC, cuando regula las causales de disolución habla de “el agotamiento de los bienes destinados a sostenerla” (CCCN art. 163, inc. i). Si bien se refiere a las personas jurídicas privadas en general, el término que utiliza puede considerarse equivalente a “infrapatrimonialización”, esto es carencia de patrimonio suficiente para la continuación de la actividad regular de la sociedad. Es decir, la causal disolutoria apunta a la insuficiencia de bienes para cumplir con sus obligaciones.

Por otro lado, la Ley 27.349 (LACE establece un capital mínimo ínfimo para las SAS: “el capital no podrá ser inferior al importe equivalente a dos (2) veces el salario mínimo vital y móvil” (art. 40). En este caso, el capital pasa a ser casi un requisito de forma para la constitución de este tipo de sociedades. En las Sociedades Anónimas, el capital mínimo actual es de \$30.000.000 (Decreto 209/2024), el cual no parece una suma exorbitante para el giro normal de una Pyme.

La Resolución CNV 717/17, al regular las plataformas de financiamiento colectivo, impone que se constituyan cómo sociedades anónimas las cuáles deberán contar con un “patrimonio neto mínimo”, presentado y justificado anualmente¹².

Finalmente la Ley 27.742 (Ley de Bases y Puntos de Partida para la Libertad de los Argentinos) regula el Régimen de Incentivos para Grandes Inversiones (RIGI). Para ingresar al mismo, es necesario constituirse como una sociedad VPU (Vehículo de Proyecto Único) para las cuales se exige un mínimo de “activos computables”. El monto total de “activos computables” no se identifica necesariamente con el monto de su capital social. Tampoco se debe interpretar esta exigencia como un capital mínimo en el sentido que la da la ley societaria. La ley se refiere a activos computables, es decir a bienes que efectivamente integrarán el activo de la sociedad destinados al proyecto (no otros) y que pueden ser bienes aportables o no de acuerdo al tipo social (arts. 174, 179 LB). El mismo artículo 174 LB (cuarto párrafo) establece límites para el cómputo de ciertas inversiones en el total del proyecto entre las que menciona determinados bienes que no son aportables a las sociedades anónimas ni a las sociedades de responsabilidad limitada tales como los derechos reales de usufructo sobre bienes inmuebles y las concesiones de explotación minera, de petróleo y gas (incisos 3 y 4). Tampoco interesa la forma de “ingreso” de esos bienes al patrimonio de la sociedad.

Otra circunstancia que demuestra que los activos computables no necesariamente deben coincidir con el capital social es que el proyecto de inversión debe estar detallado en la solicitud de

¹⁰ CABANELLAS de las CUEVAS, GUILLERMO, “Estudio económico del Derecho Societario”, Ediciones Universidad Austral, Bs.As., 2023, p. 320.

¹¹ URÍA, Rodrigo, “Derecho Mercantil”, Marcial Pons, Barcelona, 2002, p. 235.

¹² DASSO, Ariel A., ““El capital social repensado: el patrimonio neto mínimo (la nueva regulación en el Código Civil y Comercial de la Nación y las reformas según leyes 26.994, anexo ii. 2 y 27.349 arts. 22 a 33)”, en Revista DECONOMI, Año V, Nro. 15, <https://www.derecho.uba.ar/publicaciones/revista-deconomi/articulos/Ed-0015-N03-DASSO.pdf> “El novedoso sistema constituye un avance que significa evitar las consecuencias negativas que se siguen de la doctrina de la infracapitalización, basada en la pérdida, o disminución del capital social y ubicar la función de garantía en el sistema de la suficiencia permanente o constante del “patrimonio neto mínimo”, en cuya regulación es inmanente y sustancial la exigencia de su “adecuación” (rectius. recomposición) toda vez que en razón de las pérdidas el patrimonio neto se ubique por debajo de su mínimo legal”

adhesión al régimen y es independiente del proyecto de contrato o estatuto. Por otra parte, la solicitud de adhesión debe incluir un cronograma estimado de la inversión total en el proyecto en el cual se debe detallar el monto de la inversión en activos computables que se realizará durante el primer y segundo año contados desde la notificación del acto administrativo de aprobación de la adhesión al RIGI y del plan de inversión, así como las fuentes de financiación (art. 176, incisos f, g y j), plazos que exceden al de integración de los aportes, sean en dinero o en especie (art. 37, 149 y

166 LGS)¹³.

Con esta lógica, una SRL (sin la exigencia de capitales mínimos) podría convertirse en un VPU para inscribirse en el RIGI y, para ello, debe acreditar el monto exigible de activos computables.

Con ello quiero decir que la utilidad de exigir capitales mínimos debe ser reconsiderada y pensar en alternativas como la del “patrimonio neto mínimo” o “activos computables”, exigibles por la legislación u organismos de control específicos de cada actividad mas no por la norma general que regula los tipos societarios.

Bibliografía:

- ALFARO, Jesús, "La doctrina del capital social como mecanismo protectorio de acreedores"; <https://almacendederecho.org/la-doctrina-del-capital-social-derecho-sociedadesmecanismo-proteccion-los-acreedores>;
- ARAYA, Miguel, "Pérdida del capital social e insolvencia"; AR/DOC/3278/2005;
- CABANELLAS de las CUEVAS, GUILLERMO, "Estudio económico del Derecho Societario", Ediciones Universidad Austral, Bs.As., 2023.
- DASSO, Ariel A., "“El capital social repensado: el patrimonio neto mínimo (la nueva regulación en el Código Civil y Comercial de la Nación y las reformas según leyes 26.994, anexo ii. 2 y 27.349 arts. 22 a 33)”, en Revista DECONOMI, Año V, Nro. 15, <https://www.derecho.uba.ar/publicaciones/revista-deconomi/articulos/Ed-0015-N03-DASSO.pdf>
- GARRIGUES, Joaquín, "Curso de Derecho Mercantil", Imprenta Aguirr, Madrid, 1974;
- NETRI, Federico G, "El rol del capital social en el derecho societario argentino", RDCO 300, 10/02/2020, 83, Cita Online: AR/DOC/3611/201;
- PRONO, Patricio, "Aspectos societarios del Régimen de Incentivo para Grandes Inversiones", La Ley, 29/7/2024;
- SCHNEIDER, Lorena, "La pérdida de capital social. Causal de disolución no prevista en el Código Civil y Comercial", AR/DOC/1125/2016;
- URIA, Rodrigo, "Derecho Mercantil", Marcial Pons, Barcelona, 2002, p. 235.

¹³ PRONO, Patricio, "Aspectos societarios del Régimen de Incentivo para Grandes Inversiones", La Ley, 29/7/2024.

