

Mas realismo económico en el derecho societario

Gustavo Adrián Somoza Lopez¹

Capital Social. Objeto social . Adecuación. Infra capitalización. Nuevos modos de financiamiento

I. Capital social:

Como primera parte de la presente ponencia propongo realizar un análisis sobre el concepto de Capital Social .

El análisis del capital social es uno de los temas societarios donde se muestra el derecho tan fuertemente atado a sus propios dogmas y desconectado en algunas ocasiones de la realidad donde actúan las sociedades, el mercado.

El capital social reviste gran importancia en todo tipo social, si en particular lo analizamos en las sociedades anónimas, vemos que su existencia legal depende de la configuración de un capital social adecuado, a tal punto, que se ha llegado a sostener que las sociedades anónimas son “un capital con categoría de persona jurídica.”ⁱ

En todo momento se debe evitar confundir la figura del capital social con el patrimonio de la sociedad. Se entiende por patrimonio social el conjunto de bienes que posee una sociedad en un momento determinado, siendo el patrimonio neto en sí, es un concepto contable recogido y adaptado por nuestro ordenamiento societario, ubicado junto al pasivo, dentro del balance. A diferencia del capital social, su cuantía va a ir fluctuando dependiendo del devenir del negocio empresarial, por lo cual el patrimonio neto equivale a la diferencia entre el activo y el pasivo, desde el punto de vista de la ecuación contable fundamental. El capital social es una cifra contable abstracta, en principio inalterable, que no posee correspondencia patrimonial, la cifra capital sirve de base para el patrimonio neto, siendo el parámetro que indica el monto real del patrimonio que debe existir en toda sociedad. La Ley General de Sociedades (Ley nro. 19550) (a partir de ahora la denominare en el presente como L.G.S.) advirtiendo su importancia, le otorga la categoría de “requisito esencial” debiendo consignarse obligatoriamente su cifra en el contrato constitutivo.ⁱⁱ

En el acto constitutivo de cualquier tipo social la cifra-capital y el monto del patrimonio coinciden, pero cuando la persona jurídica sociedad inicia su giro comercial, dichas cifras perderán correlato. Ante una situación de ganancia o pérdida, el valor del patrimonio aumentará o disminuirá, mientras que la cifra-capital permanecerá -en principio- intacta -“así como la línea de capital es fija, la línea del patrimonio es, por esencia, movable.”ⁱⁱⁱ

El Capital social reconoce los siguientes principios:

- a) Principio del capital mínimo: Al constituirse, las sociedades anónimas deben contar con un capital mínimo de \$ 100.000. Así lo dispone el decreto 1331/2012, que tuvo en mira la adecuación del capital inicial a la realidad económica. Creo que se trata de una cifra arbitraria tendiente a renovar el importe irrisorio de \$ 12.000 que establecía la Ley de Sociedades Comerciales y ampliar así el control de legalidad formal y sustancial de la autoridad de contralor. Es de destacar que dicha cifra que claramente en una futura modificación en el régimen societario local debería preveer la

actualización de modo al menos semestral ajustando por un índice como el IPC que publica mensualmente el INDEC (de ese modo se evitara la desactualización del capital de las sociedades), se trata de un mínimo no solo fundacional, sino también, funcional y debe mantenerse a lo largo de la vida de la persona jurídica.

- b) Principio de unidad: La cifra-capital debe ser única y singular.
- c) Principio de la determinación: El art. 11, inc. 4 de la LGS dispone que el monto del capital social debe mencionarse expresamente en el instrumento constitutivo.
- d) Principio de integridad: La suscripción en el acto constitutivo debe ser total.
- e) Principio de correspondencia: El patrimonio de una sociedad no debe situarse por debajo de la línea que traza la cifra-capital.
- f) Principio de invariabilidad o de intangibilidad: La cifra-capital que fuere consignada en el estatuto no puede ser alterada sino por los medios que establece la ley.

Es destacar que el capital social tiene las siguientes funciones:

- a) Función de productividad: la sociedad utiliza el capital como fondo patrimonial para emplearlo en una determinada actividad empresarial y así obtener beneficios.
- b) Función de determinación de la posición del socio y su eventual responsabilidad, representando la base de los derechos políticos y económicos.
- c) Función de garantía: el capital social no se traduce en bienes físicos sino que es una cifra contable fija que sirve de base para el patrimonio. Debemos recordar que el capital social representa solo una cuenta específica dentro del patrimonio neto. Esta cifra determina el límite por debajo del cual no puede encontrarse el patrimonio social. Podemos al respecto concluir que la función de garantía que cumple el capital social se relaciona con el compromiso público que asume una sociedad de que su patrimonio neto siempre será igual o superior a la cifra-capital.^{iv} Ahora debemos preguntarnos si ello es real y si sigue teniendo vigencia. Porque no preguntarnos sino sería más lógico dejar el concepto de capital social a una función de determinación de la posición del socio y que la garantía como ocurre en la vida económica transite por la idea del patrimonio y más aún porque no atrevemos a ver a las sociedades como flujos permanentes de dinero.

II. Objeto social:

Si bien siempre decimo que el capital tiene que guardar íntima relación con el objeto social, es momento de poner en crisis esa afirmación por algo tan simple como que la vida económica ya la puso en crisis.

No es solo el capital lo relevante para evaluar la posibilidad o no de cumplir el objeto social sino la capacidad de la sociedad de generar recursos para poder cumplir su objeto social durante el giro de su negocio y para poder cumplir con las obligaciones que tengan con terceros contratantes o bien con organismos públicos tales como el fisco.

“La constitución de una sociedad supuestamente infra capitalizada implica, a criterio de IGJ, un ejercicio abusivo de la garantía constitucional de asociarse con fines útiles, en los términos del art. 1047, segundo párrafo del Código Civil”.^v

Pero reitero que considero conveniente introducir una idea que tal vez, pueda considerarse como contraria al concepto tradicional de capital social, cual es: considerar que lo relevante para determinar si una persona jurídica puede cumplir las obligaciones que asuma no sería solamente el capital social sino el flujo de fondos que la persona jurídica genera.

...tampoco puede pasar desapercibido que el mismísimo art. 202 LGS sanciona con nulidad relativa la emisión de acciones bajo la par. Consecuentemente, aun cuando pudiera especularse que el aumento del capital sin prima podría lesionar derechos patrimoniales de los accionistas que no suscribieron las nuevas acciones, no se trata más que de derechos individuales de contenido patrimonial, de suyo disponibles”. “...en el aumento de capital como negocio jurídico colegiado de naturaleza societaria

no hayamos comprometido usualmente el orden público. Antes bien, saltan a la vista dos intereses bien concretos: el interés societario en alcanzar financiamiento genuino y el interés particular del accionista de suscribir o no dicho aumento. En definitiva, aquellos intereses pueden coincidir o repelerse y en este último caso el accionista disconforme con la operación de financiación no le quedará otro camino que soportar los costos de verse diluido en su participación accionaria”. “...las particularidades apuntadas (v. gr. tiempo transcurrido, inexistencia de impugnación judicial, carácter relativo de la nulidad, objeto social y motivación para el aumento) aconsejan desechar las observaciones levantadas para la registración del acto, en la inteligencia que aquellas se perciben como irrazonables en el contexto de opinabilidad reseñado”.^{vi}

III. Infracapitalización :

Podemos definirla como un estado del patrimonio que se da como consecuencia de la incongruencia entre el capital social y la actividad que indica que dicho ente social desarrolla según lo consignado en el objeto social.

“..dado que el artículo 151 de la ley 24.522, al igual que las demás normas previstas en la sección que él integra, sólo marca un estándar o pauta a cuya luz deben ser resueltos los casos que no hayan sido objeto de una regulación particular (art. 159), forzoso es concluir que aquél será aplicable cada vez que corresponda determinar el tratamiento a asignar a créditos que, por la función económica que han cumplido, deban ser equiparados al capital”.-^{vii}

Hay destacados autores que proponen introducir en la regulación societaria una norma que de modo expreso limite la aplicación del beneficio de la responsabilidad limitada de los socios a la existencia de una sociedad solvente, capitalizada, esto es, con suficiente capital para hacer frente a sus deudas, indicando que no es legítima la existencia de una sociedad infra capitalizada que no pueda desarrollar sus actividades y en la que los socios gocen del beneficio de la responsabilidad limitada.^{viii}

Otros autores indican que en su opinión el ordenamiento societario prescinde de una norma específica que haga referencia a la eventual proporcionalidad que debe haber entre capital y objeto, por ende la cuantía del capital social queda librada entonces a la voluntad de los socios. Estiman que la exigencia de que la sociedad deba adecuar su capital social para hacer frente a sus actividades obedece a la equivocada creencia de que la sociedad debe autofinanciarse, olvidando que la mayor cantidad de recursos financieros que puede obtener una empresa proviene de terceros. Esta es la gran ventaja de la que goza toda sociedad anónima.^{ix}

Ante esta situación cabe traer a debate, lo que considero un idea superadora y con realismo en la vida económica actual, cual es el rol de que flujo de fondos de la sociedad tiene para que la persona jurídica pueda cumplir con el objeto social y cumplir con sus obligaciones con terceros contratantes, tal vez en la actualidad no sea suficiente analizar el capital social sino también evaluar el flujo de fondos del ente social .

Para respaldar mi propuesta les traigo una simple pregunta: si una sociedad quiere tomar un crédito con el sistema financiero, la entidad financiera que analizara el capital social o la capacidad del ente social de generar flujos de fondos positivos que le permitan cumplir con el repago del mutuo.

Considero que debemos debatir si en una eventual modificación del régimen societario debemos considerar que en la actividad empresarial el capital social ya no es considerado como un índice relevante para tomar la decisión de celebrar un contrato con una sociedad o para otorgarle crédito (tal como indico Roitman en el año 2006^x). En ambos casos, el cotejo de la cifra consignada en el estatuto cedió su importancia a la indagación de la verdadera situación patrimonial de la sociedad (que será - en definitiva- la única manera de sopesar su solvencia) y de su liquidez, determinada por los flujos de fondos esperados -*cash flow*-^{xi}

"el capital es solo el número que fija la cantidad de dinero recibido por la sociedad en pago de sus acciones. A poco de iniciada las operaciones este dinero se convertirá en bienes o en créditos o en cualquier otra cosa integrante del activo -y del pasivo-. A partir de ese momento la palabra capital sirve solo como recordatorio de las sumas que fueron aportadas por los accionistas y para determinar utilidades y pérdidas las que resultaron de comparar la diferencia entre activo y pasivo de la sociedad con las cantidades aportadas por los accionistas."^{xii}

"La referencia al escaso capital social con que se constituyó la presunta fallida y la denunciada inactividad comercial -que se contradice con lo que más adelante se explica en cuanto a la envergadura del negocio, el público de turistas extranjeros que lo frecuenta, etc.- en todo caso podrían ser indicios de un estado de cesación de pagos. Pero de todos modos, y aunque por hipótesis se tuviera ello por probado -sobre lo cual no se hará juicio definitivo aquí- subsistiría el impedimento ya mencionado: el peticionario no ha logrado acreditar sumariamente ser titular de un crédito exigible contra la sociedad." "Toda la argumentación vinculada con los supuestos "testaferros", los vínculos familiares entre los integrantes de la sociedad, la existencia de una asociación ilícita excede el marco de este proceso y, de todos modos, nada predica en cuanto a la existencia de una deuda líquida de la sociedad con Fornelli. Nótese que si bien se alude a cierta interposición de la personalidad jurídica, no se pide la quiebra de las personas físicas que serían según la versión del apelante- los verdaderos dueños del negocio, sino la de la entidad. A ello se suma, que el pretensor está siendo demandado por división de condominio y en dicha demanda quien dice ser titular del 50% indiviso del inmueble pone en duda la existencia de derecho de propiedad en favor de Fornelli."^{xiii}

Toda vez que fue admitida la demanda de responsabilidad societaria por infra capitalización, incoada por la sindicatura de la quiebra de una SRL fallida contra sus dos socios, en tanto se les imputó ser controlantes internos de la fallida, corresponderá que las personas humanas demandadas sean condenados al pago del capital de todos y cada uno de los créditos verificados o declarados admisibles que resten actualmente insolutos..... lo que se justifica porque tratándose de un pago extraconcursal no hay razones para dispensar al solvens de las reglas sobre la integridad del pago, que exigen la inclusión de los accesorios, ni para beneficiarlo con un efecto propio de la quiebra, que favorece solo al sujeto fallido, como es la suspensión de los intereses (conf. Rivera, J., Derecho Concursal, Buenos Aires, 2010, "Derecho Concursal", Buenos Aires, 2010, t. III, p. 572).^{xiv}

Debemos considerar que los remedios para combatir la infracapitalización sustancial se busquen mediante la utilización de la doctrina de la inoponibilidad de la persona jurídica, el corrimiento del velo societario o disregard of the legal entity (Daniel Roque Vítolo, Responsabilidad de los directores al ingresar la sociedad en la zona de insolvencia, La Ley, 22/12/2004).^{xv}

Cuando se verifica -como debe entenderse ocurrido en el caso a la luz del mismo reconocimiento del interesado- un supuesto de infracapitalización formal de la sociedad del que se desprende que, pese a haber perdido su capital de riesgo, la sociedad siguió operando en plaza gracias a los fondos entregados, no a título de aporte, sino en calidad de préstamo por los socios, éstos no pueden aspirar en el concurso a disputar derechos a los referidos acreedores..... Lo contrario importaría tanto como admitir la posibilidad de trasladar el riesgo 3 comercial propio a terceros, lo cual es inadmisibles y justifica que los créditos así nacidos, sólo puedan ser admitidos con el carácter de subordinados.-^{xvi}

En el caso, los actores encontraron razón en el sostén de la petición cautelar en: las consecuencias patrimoniales que se seguían de la calidad formal de directores de una Sociedad Anónima de las que resultarían -por imperativo de normas laborales y fiscales- coobligados solidarios; que no se había regularizado la situación de la sociedad en torno de la obtención de la unificación de la clave fiscal ante la AFIP; que la absoluta disponibilidad de todos los activos de la sociedad de que goza la accionada en forma personal o desde el punto de vista societario (derivado de su representación legal) constituía una clara evidencia de peligro frente a lo abrupto del corte de la relación de colaboración y confianza que se había llevado a cabo sin fisura durante más de 30 años; si todo el patrimonio social

fuera transferido a esos terceros por la sola voluntad de la demandada, la sociedad entraría en estado de infracapitalización o de pérdida de capital, lo que forzosamente desembocaría en su disolución y ulterior liquidación y finalmente que existiendo la facultad legal de la prohibición de innovar al sólo efecto de enajenar uno o varios de los inmuebles, no había mediado petición en tal sentido, lo que revelaba que la vigencia de la resolución cuestionada no les producía efecto perjudicial alguno del que surgiera la existencia actual de las accionadas que resultare vulnerado).^{-xvii}

IV. Nuevos modos de financiamiento empresarial

Más allá de clásicos medios de financiar a la sociedad que tienen un alto condicionamiento por el contexto macroeconómico del país, estimo que para todo tipo social debemos analizar cómo desarrollar el crowdfunding. Dicho mecanismo consiste en utilizar pequeñas cantidades de capital de un gran número de personas para financiar nuevos negocios. Dependiendo del tipo de crowdfunding, los inversores donan dinero de forma altruista o reciben recompensas, como capital en la empresa que recaudó el dinero. Mecanismo que se incluyó en la ley 27.349 de Apoyo al capital emprendedor pero aun no se desarrolló en gran escala debiendo también ampliarse el mecanismo para otro tipo social además de la SAS.

ⁱ Verly, Hernán, “Apuntes para una revisión del concepto de capital social”, La Ley 1997 -A- 75 ⁱⁱ Enrique Fowler Newton La Ley, Enrique Contabilidad superior • 6a edición. Buenos Aires: La Ley, 2010. ⁱⁱⁱ Garrigues, Joaquín, Curso de Derecho Mercantil: El capital social, t. I, 5ta. Edición, Ed. Imprenta Aguirre, Madrid, 1968, pág. 359 ^{iv} Méndez, Juan José, “Responsabilidad Emergentes de la Infracapitalización Societaria”, Revista de Doctrina, Jurisprudencia, Legislación y Práctica, 2005 -A, Año 38, pág. 672.

^v Di Chiazza, Ivan G., “La relación capital-objeto social”, L.L. ejem., 16.11.2004

^{vi} “Inspección General de Justicia c/ Akeba SA s/organismos externos” – CNCOM – SALA F – 25/10/2018

^{vii} “Díaz y Quirini SA s/ concurso preventivo s/ incidente de revisión (promovido por Quirini Augusto)” – CNCOM – SALA C -

31/05/2012 ^{viii} Nissen, Ricardo A., Vitolo, Daniel Roque, Verón, Alberto Víctor, “Infracapitalización societaria”, La Ley, 29/04/2013 ^{ix} López Tilli, Alejandro, “Infracapitalización”, en X Congreso Argentino de Derecho Societario y VI Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa, Tomo II, Córdoba, 2007, pág. 305. ^x Roitman, H. (2006). Ley general de sociedades comentada y anotada. Buenos Aires: La Ley.

^{xi} (Ross, Westerfield & Jaffe, 2002; Kieso, Weygandt & Warfield, 2013).

^{xii} Le Pera, Sergio, Sobre la futilidad de la noción de capital social, LL 1986-B, pág. 973

^{xiii} “La Perla de Caminito SRL s/ le pide la quiebra (Fornelli Rodolfo Eduardo)” – CNCOM – SALA E – 12/09/2008

^{xiv} INTERINDUMENTARIA SRL S/ QUIEBRA C/ FABREGAS, ERNESTO EMILIO Y OTROS S/ ORDINARIO. Heredia - Vassallo - Garibotto. Cámara Comercial Sala : D. Fecha: 04/02/2020

^{xv} VICTOR CARBALLUDE SRL S/ QUIEBRA S/ INCIDENTE (DE INOPONIBILIDAD DE PERSONA JURIDICA). Barreiro - Ojea Quintana. Cámara Comercial Sala : F. Fecha: 13/05/2014.

^{xvi} DÍAZ Y QUIRINI SA S/ CONCURSO PREVENTIVO S/ INCIDENTE DE REVISIÓN (PROMOVIDO POR QUIRINI AUGUSTO).-Machin - Garibotto - Villanueva.-CÁMARA NACIONAL DE APELACIONES EN LO COMERCIAL - SALA C. Fecha: 31/05/ 2012

^{xvii} KIBRICK DE SCHIAPIRA, MYRIAM C/ MUÑOZ, MARGARITA S/ MEDIDA PRECAUTORIA S/ INCIDENTE DE APELACION (ART. 250 CPCC).-Ojea Quintana - Barreiro - Tévez.-Cámara Comercial:Sala F.-Fecha: 22/06/2010