El Capital Social en una era de grandes cambios

María Blanca Galimberti

"Para gobernar en este período de cambios vertiginosos , desilusion y conflicto casi fratricida en la sociedad, necesitamos un enfoque coherente para el siglo XXI"

Alvin y Heidi Toffler

La creación de una nueva civilización

1.- El fenómeno asociativo

"Desde el comienzo de la historia el hombre buscó la asociación con sus pares para el logro de diversas metas "empresariales" entendidas éstas en su más amplia acepción como la reunión y organización de recursos para lograr un fin. Respondiendo luego a las necesidades del momento, creó la forma societaria como vehículo para llevar a cabo grandes emprendimientos económicos" . Esta creación en su evolución fue dotada a imagen y semejanza del hombre de una personalidad distinta a la de sus integrantes de modo tal que le permitiera desenvolverse en el ámbito de los negocios con la capacidad necesaria para concretar sus objetivos. Estos entes "se mueven y obran en la vida jurídica como los individuos humanos: para el cumplimiento de sus fines se ponen en relación con otros hombres o con otras entidades jurídicas, pueden adquirir derechos, ser propietarios, acreedores, adquirir obligaciones, incurrir en responsabilidad, comparecer en juicios como actores o demandados, sufrir condenas, estar sujetos a ejecuciones legales, etc.".

2.- El capital : uno de los elementos del ente que nace como respuesta a la necesidad de asociarse.

El pase del comerciante individual -cuyo crédito descansa en sus dotes personales- a la forma asociativa de la colectiva no significó desprenderse del factor individual aún presente en ella. Pero ese factor individual se desvanece cuando el movimiento asociativo comienza a servirse de otros modelos. "Hoy tiene primacía el derecho de la sociedad anónima. Ya no se valora el socio por lo que es sino por lo que tiene y como las aportaciones son regularmente en dinero y por lo tanto fungibles, la persona del socio que aporta deviene por esa razón también fungible. Se prescinde de la persona para atender a su aportación y, paralelamente, se personifica a la colectividad por estimar que es algo más que un patrimonio afecto a un fin de ganancia".

Convergen en el mercado la necesidad de financiamiento de grandes obras y la existencia de inversores dispuestos a arriesgar sumas limitadas en un negocio, pero no su patrimonio entero. Así, históricamente la limitación de la responsabilidad aparece como "respuesta a una necesidad del tráfico, y no como una construcción dogmática de los juristas" y " se convirtió en regla lo que nació como una excepción. En efecto : la admisibilidad de la limitación de la responsabilidad recién comenzó a ser conocida a principios del siglo XIX. En la antigüedad, lo natural era todo lo contrario: los socios respondían solidariamente por las deudas sociales".

Desvinculado el crédito de las dotes del comerciante individual, y a falta de otros medios, éste surge de los estatutos y de la cantidad fijada en ellos como capital. Más tarde a los efectos de evitar " a los terceros la lectura de los estatutos para determinar el verdadero crédito de esa sociedad" se estableció que la mención del capital debía acompañar además al nombre social.

La limitación de la responsabilidad de los socios al aporte comprometido, cuya máxima expresión se alcanza en la anónima, pone de relieve la noción de capital social. Circunstancia que lleva a graficar a la sociedad anónima como "un capital con personalidad jurídica".

3- Las nociones de Capital y Patrimonio

Como una primera aproximación a la complejidad que presenta la temática del capital social,

destacamos que éste puede ser abordado desde dos perspectivas: "una netamente económica referida a los bienes cuya titularidad corresponde a la sociedad, y otra estrictamente jurídica, atinente a una cifra estatutaria". Esta última es "una institución creada por el legislador como contrapartida a la exoneración de la responsabilidad de los socios y para facilitar el crédito comercial de la compañía".

Sin embargo a poco que ahondemos en la temática concluiremos que ni los economistas ni los juristas llegan a un acuerdo sobre un concepto unitario de capital.

Superando las diversas acepciones de los economistas en torno al mismo, se podría en esencia concluir que la noción económica del instituto alude "al conjunto de bienes que la empresa (individual o colectiva) dedica a la explotación de su negocio". Conjunto de bienes que incluye tanto de los aportes de los socios como de los préstamos otorgados a la sociedad por terceros. "La noción económica de capital resulta así comprensiva de la financiación interna y externa de la empresa" , resultando indiferente la procedencia de los fondos.

Difiere la noción económica con la contable por cuanto la última circunscribe la cifra capital a un rubro del patrimonio neto, que se corresponde con los aportes de los socios y no con los préstamos de terceros los que se ubican el pasivo -art. 63 LSC- . Diferencia la técnica contable la cifra capital de "otros rubros patrimoniales que tienen su origen en la aportación de los socios y que no integran el capital. Tal es el caso de las primas de emisión y de los llamados aportes a cuenta de futuras suscripciones en el derecho argentino y el capital suscripto o integrado en el derecho uruguayo" . Y salvo "el caso brasilero donde la ley prevé expresamente el ajuste del capital social, los restantes procedimientos de ajustes por inflación dejan incambiada la cifra capital expresada en valores históricos del momento del aporte creando un rubro especial (ajuste de capital) diferente del capital social"

La noción jurídica dista de ser unánime. Se identifica al capital como una cifra íntimamente vinculada con los aportes de los socios o como una representativa del total de las acciones, así se refieren a ella con caracteres diferenciales : Suarez Anzorena -"cifra que explicita la suma de los valores nominales del total de las acciones que existen suscriptas" - Vergara del Carril - "cifra anodina, histórica y meramente nominal, que sólo indica el importe de las acciones pertenecientes a los accionistas en un momento dado" - Le Pera - "sirve solo como recordatorio de las sumas que fueron aportadas por los accionistas" -.

Es que "tradicionalmente la noción de capital se extrae por comparación con la noción de patrimonio social. El capital se traduce como una cifra representativa del valor de los aportes efectuados por los socios, y por lo tanto, figura en el acto constitutivo, debiendo permanecer invariable a lo largo de la gestión social y solo alterarse en los casos y sujeto a los requisitos establecidos por la ley".

Así se presenta al capital social como "valor del conjunto de los aportes" se mantiene invariado mientras no se modifique el contrato: ya sea por aumento o reducción conforme los procedimientos que establece la ley. El patrimonio social por su parte esta representado por "el conjunto de bienes del activo con el cual la sociedad actúa y afronta el pasivo que lo integra". Destacando que al inicio, o sea en el acto fundacional, "por lo general, capital y patrimonio coinciden, más tan pronto ese capital se invierte y la sociedad celebra negocios, realiza gastos de explotación, esa igualdad desaparece" .

Los períodos inflacionarios provocaron "ajustes" en los conceptos y se entendió que el capital "debe necesariamente integrarse con la modificación introducida por la Ley 22.903 al art. 62 de la LS. Modificación ésta que, al hacer abandono del tradicional nominalismo monetario ha conmocionado la normativa societaria, reflejando sus efectos en las distintas referencias que la ley contiene acerca del capital social".

En "procura" de "aproximar la cifra de capital a la cifra de patrimonio neto" los arts 287 y 288 de la Ley de Sociedades Uruguaya plantean supuestos de capitalización obligatoria de revalúos del activo y reservas - ya sea frente al ingreso de nuevos socios o cuando el capital sea menor al 50% de las reservas-. Estableciendo la citada ley como parámetro de disolución la reducción del "patrimonio social" -inc 6 art. 159- "a una cifra inferior a la cuarta parte del capital social integrado".

4- Funciones y principios que rigen el instituto

La noción de capital queda diseñada por la doctrina tradicional en base a cuatro principios: (1) de unidad: es una cifra única y singular, (2) de determinación: es una cifra exacta expresada en moneda de

curso legal, (3) de correspondencia: entre la cifra capital y patrimonio, (4) de invariabilidad: debe corresponderse con el patrimonio durante toda la vida social.

Principios todos ellos que deben correlacionarse con las funciones del capital social, destacándose tres de importancia a) de garantía frente a los acreedores sociales. , b) de determinación del socio en el ente o función organizativa en tanto establece "la medida de los derechos patrimoniales y políticos de los socios y por ello estos están protegidos por el derecho de suscripción preferente y el derecho de acrecer" y c) de productividad o vinculada con la capacidad de la empresa de producir ganancias derivadas de la aptitud para explotarla provechosamente.

Iluminando las soluciones habidas en cada instituto en particular - ya sea aumento, reintegro o reducción- se encuentran los principios básicos que juegan en torno a toda la estructuración del derecho societario: (i) la conservación o permanencia de la empresa y (ii) la autonomía de la voluntad de los socios.

La función de garantía se correlaciona con el principio de intangibilidad . Intangibilidad que es "de orden publico" y cuyos referentes son entre otros las normas previstas en las siguientes regulaciones:

a) El artículo 53 de la ley argentina que sujeta la valuación de los aportes de bienes no dinerarios en las sociedades por acciones a la aprobación de la autoridad de contralor, en razón de la limitación de la responsabilidad del socio al monto del aporte comprometido. Refiriéndose los artículos 282 y 8 respectivamente de la ley uruguaya y brasilera, a la valuación por peritos o empresa especializada.

b) Los artículos 68, 98 y 201 respectivamente de las leyes argentina, uruguaya y brasilera, que prohiben la distribución de dividendos a los accionistas salvo que los mismos resulten de ganancias realizadas y liquidas provenientes de un balance aprobado.

c) Los artículos 71 y 98 respectivamente de la ley argentina y uruguaya, que expresamente prohiben la distribución aludida en al apartado anterior hasta tanto no se cubran las perdidas de los ejercicios anteriores.

d) Los artículos 202, 297 y 13 respectivamente de la ley argentina, uruguaya y brasilera, que sancionan con la nulidad toda emisión de acciones bajo la par.

e) Los artículos 205, 292 y 173 respectivamente de la ley argentina, uruguaya y brasilera, que prevén la reducción del capital social por las pérdidas sufridas por la sociedad a los efectos de restablecer el equilibrio entre el capital y el patrimonio social. Tal previsión deviene para la normativa argentina y uruguaya obligatoria cuando las mismas insumen los porcentajes de capital que respectivamente indican los artículos 206 y 293.

La función organizativa del capital -determinación de la posición del socio en el ente- se estructuró en torno a una rígida diferenciación entre títulos representativos del capital social -inversión de riesgo, recurso propio- y títulos representativos de deuda -inversión con retorno fijo, recursos ajenos-. La titularidad de los primeros otorgaba el carácter de accionista, y los segundos eran los acreedores. La moderna doctrina destaca que "este esquema rígido se ha roto, por una doble tendencia convergente: por una parte se reproducen en ciertos títulos las prerrogativas tradicionalmente atribuidas a los valores representativos del capital social - el llamado cuasi capital de los franceses - y, por la otra, ciertos títulos representativos de capital social son privados de sus atributos más característicos - el voto, por ejemplo en las acciones sin voto - este proceso se acentúa a partir del momento en que se acepta la atipicidad en los títulos valores - en la Argentina, en virtud del articulo 40 de la ley 23.697" .

Son referentes de esta función los derechos de preferencia, de acrecer y de receso, los que puestos en juego nos enfrentan con nuevos tópicos que requieren soluciones con necesaria jerarquización de los principios de intangibilidad o garantía o de autonomía de la voluntad. Priman así en los supuestos que enmarcan los apartados siguientes el derecho de preferencia sobre el de acrecer en el caso de reintegro del capital, o el de tercero acreedor con fundamento en la intangibilidad del capital sobre el de restitución del aporte del socio en caso de nulificación de un aumento o el del lucro frente al de la intangibilidad del capital en caso de constitución de reservas o pase a cuenta nueva. Así :

(a) Aprobado el reintegro de capital, el socio cumplidor tiene si "lo solicita el derecho de acrecer por el remanente no reintegrado. Ello con fundamento en que si la ley otorga al socio disconforme con el reintegro el derecho de receso, lógico es que al que

reintegra le otorgue el de acrecer en caso de remanente, operándose la caducidad de los derechos hasta el monto no reintegrado en relación al socio que no recede ni reintegra" .

(b) Nulificado un aumento de capital, el tercero que contrató con la sociedad cuyo capital debe devolverse al socio que lo integró, tiene derecho a oponerse pues no puede ser colocado en peor situación que la que se estructura en caso de reducción voluntaria. Por tanto, el socio que integró en base a un aumento que fue nulificado, no puede retirar su aporte hasta tanto cumpla la sociedad con el procedimiento fijado para la reducción voluntaria de capital. Por lo cual hasta que los acreedores tengan la oportunidad de manifestarse, deberán esos fondos permanecer en el patrimonio social como una reserva "especial" -de propiedad aquellos que integraron mal- para "devolución aportes" .(c) La no distribución de utilidades o pase a cuenta nueva de las de un ejercicio al siguiente requiere el cumplimiento del procedimiento relativo a la constitución de reservas -mayorías especiales e informe fundado-. Por el contrario, no se requiere ninguno en especial para su desafectación -distribución- en tanto los acreedores conocen que esos fondos -utilidades- son esencialmente distribuíbles y las reglas que se establecen hacen a la función de organización y no a la de intangibilidad .

Finalmente, "el capital cumple una función de productividad. Bajo el punto de vista económico este es su principal función: proveer a la sociedad de los medios económicos necesarios para el cumplimiento de su objeto. Curiosamente sin embargo no existen normas que permitan exigir que la sociedad deba poseer un capital acorde con su finalidad, que la ponga a cubierto de una denominada infracapitalización, esto es la insuficiencia de los medios patrimoniales de los que la sociedad puede disponer para lograr el cumplimiento de su objeto. "

La temática es compleja ya que requiere de la elección de un parámetro en razón del cual se ordene el quantum de los recursos propios necesarios en relación con las diversas fuentes de financiamiento de terceros de las que pueda la sociedad, en cada situación en concreto disponer.

5.- La crisis de la noción Reinventar o replantear el capital social

El hombre como sustrato de las instituciones nominadas como "conservadoras", la sociedad, la comunidad y la familia, trata de mantener la estabilidad y de frenar o postergar el cambio. Asiste en parte atento y en parte atónito a los cambios con que la organización moderna nos enfrenta. "Las corporaciones construidas en le pasado para perdurar como pirámides son ahora más parecidas a tiendas de campaña. Mañana habrán desaparecido o estarán en medio de la confusión". La organización moderna es desestabilizadora, tiene que estar organizada para la innovación y esta es, según un conocido economista norteamericano -Schumpeter- "destrucción creativa" . Y tiene que "estar organizada para el abandono sistemático de todo lo establecido, lo acostumbrado, lo familiar y lo cómodo, tanto si se trata de un producto, de un servicio o de un procedimiento, de un conjunto de conocimientos , de las relaciones humanas y sociales o de la organización misma. En pocas palabras tiene que estar organizada para un cambio constante".

El arraigo a lo conocido como única forma de enfrentar lo cotidiano nos lleva precisamente a desconocerlo en su capacidad motorizadora del cambio. "El enamoramiento por las construcciones lógico jurídicas de impecable arquitectura debe ceder ante la fuerza implacable de la realidad que reclama su contención normativa".

Esta era de crisis y de cambio alcanza también a las funciones antes expuestas del capital social. Nadie piensa en el capital social cuando negocia con una sociedad. Así el rol de garantía queda limitado. Y como muy bien señala Araya "el patrimonio mismo, hoy no alcanza para asegurar la solvencia de una empresa, y las nuevas exigencias establecidas en materia bancaria, apuntan a resaltar otros elementos de análisis (capacidad de repago, en función de las utilidades por ejemplo)".

Las nuevas soluciones aún siendo comprensivas de la mentada "destrucción creativa" no pasan por una "propuesta de eliminar el concepto de capital como elemento básico, en nuestras legislaciones de sociedades anónimas" .

La destrucción creativa plantea un cambio de lugar. Es un proceso de recreación, nunca de supresión. Requiere crear antes que eliminar y siempre para integrar las nuevas realidades con lenguajes conocidos.

Destaco como punto de partida que "El capital propio de una sociedad, en el sentido que aquí interesa,

está constituido por los aportes de los socios, por las reservas y por las utilidades no distribuidas (en rigor solamente por aquellos bienes integrantes de los rubros mencionados que tiene valor de realización y son susceptibles de ejecución forzada) " .

Recoge la noción de capital como comprensiva de todos los aportes de los socios, estén o no representados en acciones, incluyendo como tales los irrevocables a cuenta de futuras suscripciones, las reservas y las utilidades no distribuidas, la Resolución 195/92 de la Comisión Nacional de Valores. Requiriendo con tal alcance la normativa para Fondos Comunes de Inversión, sea sociedad gerente o administradora, o la relativa a Fideicomiso, para la fiduciaria, un mínimo de "patrimonio" en lugar de un "capital mínimo".

Tal corriente de pensamiento nos conduce a aconsejar la supresión de la reducción obligatoria por pérdidas la que, como está concebida, sólo se traduce en una disminución de la cifra capital nominal con el pretendido efecto de "equiparar capital y patrimonio". Equiparación a la que se arriba, en este específico caso, restando y no incorporando nuevos aportes. Equiparación obligatoria que con el tiempo tiende a "ocultar" una gestión negativa de los negocios sociales.

Desde otro ángulo y en aras de "equiparar el capital social con el giro de la empresa" las propuestas abarcan tanto una norma general que establezca tal exigencia -con antecedente en la Ley Belga de 1967- llegando a otras que específicamente establecen una correlación - capital proporcionado a los gastos o pasivos, art. 3 del Real Decreto 1084/91 sobre sociedades anónimas deportivas, o los activos a los pasivos para permitir una distribución de utilidades como la Ley de California -

La búsqueda de tales parámetros así como la elección de uno entre varios posibles es tarea ardua dado la cambiante realidad económica en general y para cada sociedad en lo particular.

Si la propuesta es pretender que los accionistas aporten los fondos necesarios al giro que resuelven dar a la empresa, como marco que da sentido a la limitación de la responsabilidad que estructura el tipo - SRL o sociedad por acciones- la solución esta comprendida en la regulación actual. Ello en tanto, el no mantenimiento de un patrimonio adecuado al financiamiento de terceros obtenido en el desarrollo de la operatoria social, puede determinar el nacimiento de la responsabilidad de los socios -y administradores- por aplicación del art. 99 y inc. 4 del art. 94 LS.-imposibilidad de lograr el objeto-.

Ello sin perjuicio de la posible aplicación otras disposiciones que como las contenidas en el art. 54, último párrafo, podrían coadyuvar al logro de una mayor "transparencia" del capital social a los efectos de su funcionamiento como garantía al financiamiento de terceros.

Como cierre una pregunta, es el capital, o la limitación de la responsabilidad que estructuran ciertos tipos societarios, lo que inicia y da curso a nuestros pensamientos en torno a la reinvención o al replanteo.