

LA INFRACAPITALIZACIÓN COMO VICIO DEL ACTO CONSTITUTIVO

POR GUILLERMO CASH¹

Sumario

Todo contrato de sociedad debe designar la cifra del capital social y describir el objeto social, los cuales deben guardar una obligada proporción entre sí. Los aportes de los socios al fondo común para el desarrollo del objeto social deben ser acordes a la actividad elegida. La infracapitalización tiene lugar cuando el capital social incurre en el vicio de insuficiencia en relación al objeto, desnaturalizando un requisito esencial del acto constitutivo. El vicio de insuficiencia del capital social hace anulable el contrato. La nulidad puede ser subsanada adecuando el capital social al objeto.

La infracapitalización es posible únicamente en origen, pues el defecto sólo puede apreciarse legalmente cuando la cifra del capital social coincide con la del patrimonio. En lo sucesivo, puede tener lugar el desequilibrio patrimonial ó acaso la insolvencia, pero no ya la infracapitalización propiamente dicha. Carecemos de una normativa que obligue a realizar el aumento del capital para equipararlo al giro social, siendo el aumento una decisión reservada a los socios. Por el contrario, la normativa obliga en ciertas circunstancias a reducir el capital social. En cuanto a la responsabilidad por la infracapitalización propiamente dicha, la sanción es la nulidad. En cambio, excepto dolo o culpa grave, el patrimonio insuficiente para afrontar las operaciones sociales no puede extender la responsabilidad del tipo societario. La responsabilidad personal, ilimitada y solidaria de los socios o administradores de una sociedad de capital, surge si se

comprueba el fraude o mal desempeño de los administradores, en cuyo supuesto se aplica la normativa específica prevista por los artículos 54, 59, 157 y 274 de la Ley 19.550.

Ponencia

1. La infracapitalización propiamente dicha, se presenta cuando el capital social incurre en el vicio de insuficiencia en relación al objeto, desnaturalizando un requisito esencial del acto constitutivo. El vicio de insuficiencia del capital social hace anulable el contrato -artículo 17, 2º párrafo de la Ley de Sociedad Comercial (en adelante, LSC).

2. La suficiencia o insuficiencia del capital social en relación al objeto que la sociedad tiene previsto desarrollar, debe ser apreciada en el acto constitutivo, cuando la cifra del capital y la del patrimonio social coinciden.

3. Ante la imposibilidad de evaluar la adecuación entre capital social y objeto social adoptado, para todas y cada una de las actividades comerciales permitidas por la realidad económica, cabe recurrir a una regla económica uniforme, con base en un monto mínimo, aplicable a todas las sociedades de capital.

4. El patrimonio insuficiente no suprime la limitación de la responsabilidad del tipo societario, salvo el caso de fraude o nulidad del contrato social derivado del vicio de insuficiencia del capital social en el acto constitutivo.

Fundamentación

1. ¿Qué se entiende por infracapitalización? El vicio que afecta al capital

En la actualidad de la doctrina societaria, el término “infracapitalización” se encuentra desgastado por su uso indiscriminado, aunque su etimología se refiere puntualmente a una capitalización insuficiente, pues surge de anteponer el latinismo *infra* (inferior, por debajo) al sustantivo que indica la dotación del capital.

Se ha dicho con acierto que el capital social se forma inicialmente con los aportes de los socios y éste debe ser adecuado al objeto que la sociedad pretenda desarrollar².

La doctrina societaria mayoritaria en nuestro país acepta, con diversos matices, el instituto de la infracapitalización.

Ahora bien, la vasta doctrina de la infracapitalización se encuentra dividida en dos corrientes principales, la primera de las cuales sostiene que ésta sólo puede ser originaria, en la que me enroló; y la segunda, que predica que también puede ser derivada o posterior al comienzo de la actividad del ente.

Cabe recordar que el capital social se traduce en un monto determinado, designado en moneda de curso legal, el cual en principio debe permanecer inmutable, obediendo a los principios de determinación y de invariabilidad.

De acuerdo a dichos principios, la cifra del capital social sólo puede ser modificada cumpliendo procedimientos formales para su aumento o reducción. En tal sentido, se diferencia del concepto de patrimonio que es esencialmente cambiante.

El término infracapitalización ha sido utilizado tanto para calificar al capital inadecuado en relación al objeto como para describir la situación de insolvencia de la que adolece la sociedad cuando el patrimonio resulta insuficiente para afrontar el pago de sus acreedores. La doctrina recurre a la adjetivo "originaria" cuando se refiere a la primera de las figuras, y "derivada" cuando el patrimonio de la empresa en marcha se demuestra insuficiente para cumplir los compromisos asumidos.

Así también sucesivamente, se quiso calificar a la infracapitalización como "material" cuando se encuentra desprovista tanto de aportes de socios como de recursos ajenos, y "formal" o aparente cuando los socios proveen de créditos a la sociedad para financiarla desde una posición de acreedores.

Destacadas ponencias propiciaron que el capital social debería revalorizarse y ser permanentemente actualizado para que cumpla acabadamente la función de garantía frente a los compromisos asumidos por el ente³.

A este punto debo señalar, como primer salvedad, que a mi entender la infracapitalización se verifica al comienzo del

² Nissen, Ricardo. *Curso de Derecho Societario*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 2005, p. 106.

³ Pardini, Marta. Conferencia en *Jornadas Nacionales de Derecho Societario en Homenaje al Prof. Enrique M. Butty*, 2007, p. 92

nacimiento del ente y no posteriormente. Ante un capital estatutario fijo como el que recepta nuestra legislación, resulta inviable que el capital social mantenga equivalencia con el nivel de gastos de la sociedad durante toda la vigencia del plazo social. Se ha generalizado el término "infracapitalización" para designar a diversos indicios de insolvencia patrimonial, siendo necesario volver a la fuente de donde proviene la acepción.

Esto nos conduce nuevamente al capital social⁴ y nos aleja de los vaivenes del patrimonio. Tanto es así que las pérdidas del patrimonio no influyen sobre la cifra del capital, ni alteran la obligación de consignarlo en el pasivo, excepto que aquellas sean de tal gravedad que obliguen a su reducción⁵.

Además de los argumentos expuestos que conducen a circunscribir el instituto de la infracapitalización al origen de la sociedad, encuentro también un fundamento de orden formal para que así sea, acudiendo al régimen de anulabilidad de los contratos sociales.

El capital social se encuentra enumerado como un requisito de inclusión esencial en el del instrumento constitutivo artículo 11, inciso 4° de la Ley de Sociedades Comerciales (en adelante, LCS), exigible a todo contrato de sociedad. Se trata de elemento esencial no tipificante.

Observo que la infracapitalización propiamente dicha describe una circunstancia objetiva, en que la cifra del capital social se aprecia como inicialmente insuficiente para realizar la actividad comercial descrita en el objeto social, afectando el principio de productividad.

Cuando se verifica que la cifra del capital social resulta nimia en relación al fin propuesto, dicho elemento carece de virtualidad para satisfacer el requisito esencial impuesto a fin de perfeccionar el acto constitutivo de la sociedad.

⁴ Halperin, Isaac. *Manual de Sociedades Anónimas*, Buenos Aires, Depalma, p. 78. "El capital debe distinguirse del patrimonio social: el capital está constituido inicialmente por los aportes de los socios, y durante la vida de la sociedad permanece inalterado, figurando en los balances como una cuenta invariada en el pasivo social (pasivo nominal). En cambio, en sentido estrictamente jurídico, patrimonio es el conjunto del haber y debe sociales, es decir, del activo y pasivo sociales (bienes y deudas), tal como ocurre con el patrimonio de las personas físicas; cuando se lo emplee con este alcance, debe tenerse en cuenta que activo neto es la diferencia entre estos rubros".

⁵ Vivante, Cèsare. *Le Società Commerciali*, Vol. II, Milano, Vallardi, p.249.

Partiendo de estos postulados, la presente ponencia se endereza a sostener que la infracapitalización propiamente dicha, se presenta cuando el capital social incurre en el "vicio de insuficiencia" en relación al objeto pactado, desnaturalizando un requisito esencial del acto constitutivo y quedando por ende afectada la estructura societaria.

El vicio de insuficiencia del capital social hace anulable al contrato social porque tal defecto equivale a la omisión misma del requisito. El capital social nulo en relación al objeto nulifica el contrato. En consecuencia, se produce un supuesto de nulidad del contrato social por omisión de un requisito esencial no tipificante⁶ artículo 17, 2º párrafo de la LSC.

En tal caso de verificarse el vicio de insuficiencia del capital social, siguiendo el principio de conservación de la empresa artículo 100 de la LSC, la nulidad del contrato social admite ser subsanada por los socios, en la medida en que la sociedad no haya sido impugnada judicialmente.

El principal efecto de la subsanación en tiempo hábil de un elemento no tipificante está impuesto por el efecto retroactivo al día del acto, salvo los derechos de terceros artículo 1065 Código Civil.⁷

La inscripción del acto constitutivo en el Registro Público de Comercio no impide el planteo de la nulidad en sede judicial, desde que la inscripción otorga una presunción *iuris tantum* respecto de su legalidad, la cual puede ser revertida por prueba en contrario.

En caso de prosperar la acción de nulidad, la sanción prevista es la liquidación del ente, dando lugar a la responsabilidad solidaria e ilimitada de los socios.

2. ¿Cuándo debe apreciarse la relación capital-objeto?

Como destacamos, la suficiencia del capital social en relación al objeto que la sociedad tiene previsto desarrollar, debe ser apreciada en el acto constitutivo, cuando las cifras del capital y la del patrimonio social coinciden.

⁶ Artículo 17, 2do. párrafo., Ley de Sociedades Comerciales: "La omisión de cualquier requisito esencial no tipificante hace anulable el contrato, pero podrá subsanarse hasta su impugnación judicial".

⁷ Gagliardo, Mariano. *Sociedades Anónimas*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1990, p. 310.

El organismo de contralor mercantil Inspección General de Justicia (en adelante, IGJ) verifica la adecuación del capital al objeto, en oportunidad de examinar el contrato o estatuto social que se pretende conformar artículo 6, Ley 19.550. Este control tiende a se endereza a verificar la debida proporción entre ambos elementos.

Hace más de treinta años atrás, en épocas de fuerte inflación, una sentencia de primera instancia⁸ fundó la necesaria adecuación del capital social de una sociedad de responsabilidad limitada, por resultar el mismo palmariamente exiguo en relación al objeto social propuesto. El sentenciante, entonces juez de registro Dr. Enrique Butty, sostuvo –citando a Isaac Halperín– que es en el acto constitutivo la oportunidad en que los rubros del capital social y del patrimonio coinciden, siendo ese el momento en que el primero debe ser apreciado en relación con el objeto.

De acuerdo a nuestra Ley de Sociedades Comerciales⁹, el capital social debe determinarse en el acto constitutivo y encontrarse íntegramente suscrito por los socios o accionistas del ente.

El vínculo entre el capital social y el objeto se encuentra plasmado en la propia Ley de Sociedades, en cuanto para definir el concepto de sociedad señala también expresamente la necesaria existencia de aportes de los socios para aplicarlos a la producción o intercambio de bienes o servicios artículo 1° de la LSC.

Por lo contrario, se han alzado voces que han considerado dogmático exigir la suficiencia del capital social en relación al objeto, por no ser el único e exclusivo recurso con que cuenta la sociedad para tornar realizable el objeto social¹⁰.

Insisto en afirmar que todo razonamiento que nos lleve a considerar la evolución del patrimonio social por oposición al capital social, nos aleja del capital suscrito por los socios, es decir de los aportes efectivamente comprometidos, siendo estos

⁸ Juzgado Nacional de Registro, a cargo del Dr. Enrique M. Butty, Secretaria del Dr. Eduardo Favier Dubois, 30 de junio de 1980, *in re*, “Veca Constructora S.R.L.”. La Ley 1980-D-464.

⁹ Ley 19.550, del artículo 11, inciso 4°; artículo 149, artículo 166, incisos 1 y 2; artículo 186.

¹⁰ Di Chiazza, Iván G. *La Relación Capital-Objeto Social*, La Ley 2004-F p. 1493.

últimos los únicos que deben ser apreciados para considerar su adecuación al objeto social.

Según la presente ponencia, el vicio de insuficiencia hace anulable el contrato social, dando lugar a la impugnación judicial, aunque el contrato o estatuto social haya sido conformado.

3. ¿Cómo se mide la insuficiencia del capital social?

En sede administrativa, la suficiencia del capital social en relación al objeto puede apreciarse acudiendo a un criterio de "racionalidad" o bien aplicando una regla económica uniforme determinada normativamente artículo 186, 1° párrafo.

Las mayores dificultades para aplicar un criterio de racionalidad fuera de los casos de palmaria evidencia, surgen de la ausencia de información atinente a la organización económica de la sociedad.

Por una parte, se desconoce la envergadura del emprendimiento, y también se ignora la tecnología que habrá de ser utilizada en la producción de bienes o servicios.

Pese a estos escollos, el organismo de contralor societario con jurisdicción en la Ciudad de Buenos Aires actualmente examina mediante un criterio de razonabilidad la adecuación del capital social al objeto, prescindiendo de la cifra mínima para las sociedades accionarias que todavía se encuentra establecida en \$ 12.000 (doce mil pesos) por el artículo 186, 1° párrafo de la Ley 19.550.

Considero que el atraso en la sanción de un nuevo decreto reglamentario en materia del monto mínimo del capital social de las sociedades accionarias, acarrea múltiples dificultades al organismo de contralor mercantil, ante la carencia de una regla de apreciación uniforme. Ello también ha contribuido a imponer la restricción del objeto único, en aras de facilitar la apreciación de la relación capital-objeto.

El monto mínimo del capital social establecido normativamente y regularmente actualizado, proporcionaría una regla económica en base a la cual se podría presumir *iuris tantum* la suficiencia de dicha dotación de capital en relación con el objeto comercial.

El anteproyecto de LSC elaborado por la comisión creada por la Resolución 102/02 del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, propiciaba establecer monto mínimo de \$ 100.000

para el capital social de las sociedades anónimas, sin que llegara a sancionarse el proyecto.

Por otra parte, cabe recordar que la Directiva de la Unión Europea estableció en la suma de €120.000 (ciento veinte mil euros) el monto mínimo de capital social de la sociedad anónima europea, sin limitar el objeto social elegido a una sola actividad.

Si se prescinde de una regla uniforme, la apreciación puede quedar librada a la discrecionalidad, aún en casos que se intente aplicar un criterio de razonabilidad.

Se ha sostenido que no sería posible determinar cual es el capital adecuado para el desarrollo de una u otra actividad económica, ya que una actividad descripta de la misma manera podría ser desarrollada de diversas formas¹¹.

En el ámbito de la IGJ, la Resolución General N° 9/2004, incorporada a los artículos 66 y 67 del Anexo "A" de la Resolución General N° 7/2005, respaldó las amplias facultades del organismo, en orden a ejercer el control de legalidad sustancial de los estatutos y contratos sociales presentados para la inscripción en el Registro Público de Comercio.

Parte de la doctrina objetó el temperamento de la Resolución General 9/2004 y puso en tela de juicio las facultades del organismo para reglamentar la materia¹².

La IGJ impuso por la vía reglamentaria la necesaria correspondencia entre el capital y el objeto social, en sintonía con el antecedente administrativo "Gaitán, Barugel & Asociados S.R.L."¹³, agregando la exigencia de un objeto único o circunscrito a actividades conexas, accesorias y complementarias entre sí.

Si a raíz de una impugnación judicial, se tachara de nulidad al contrato social, por alegado vicio de insuficiencia del capital social, el impugnante habría de ofrecer y producir prueba conducente a fin de demostrar la insuficiencia *ex origine* del capital suscrito. Para ello, la parte interesada en perseguir la nulidad deberá procurar la mayor cantidad de elementos objetivos ten-

¹¹ Stirparo, Marta Liliana. *Relación entre Capital y Objeto. Evaluación por parte del organismo de control*, X Congreso de Derecho Societario, Tomo II, Fes- presa, 2007, p. 417.

¹² Grigioni, María Gabriela; Paolantonio, Martín; Petrantonio, Javier; Lavia Haidempegher, Laura. *Sociedades Comerciales*, Director Julio César Rivera, Suplemento Especial La Ley, diciembre de 2004.

¹³ Resolución Particular IGJ N° 1416/03, del 04 de noviembre de 2003.

dientes a demostrar la virtual omisión del elemento esencial no tipificante capital social, en relación al emprendimiento que se puso en marcha.

4. La responsabilidad de los socios por el desequilibrio patrimonial

La posibilidad de cuestionar la suficiencia del capital social y requerir su correspondencia con el objeto que la sociedad pretenda desarrollar, junto con la imposición de un objeto único, se consideró una eficaz manera de combatir la infracapitalización y evitar que las sociedades comerciales, en especial aquellas donde sus integrantes gozan del beneficio de la limitación de su responsabilidad, trasladen el riesgo empresarial a los terceros.

Sin embargo, como pude desarrollar precedentemente, la suficiencia del capital para atender a la actividad que se pretende realizar no puede verificarse en forma continua, sino que se examina al someter el acto constitutivo al organismo de contralor societario para su inscripción. Es en dicha oportunidad en que debe objetarse la infracapitalización del ente, pues la misma se refiere al capital social fijado en el instrumento y no al devenir patrimonial.

Aún suponiendo que la sociedad fue correctamente dotada de aportes por los socios y que el capital social se presentaba exuberante en relación al objeto elegido, tal circunstancia no impediría que a raíz de los negocios emprendidos, se acumularan pérdidas que afectaran la solvencia del patrimonio.

Vá de suyo que la adecuación del capital social al objeto elegido carece de la virtualidad de conjurar los desequilibrios patrimoniales que el ente pueda sufrir a futuro.

Si se acumulan pérdidas, procederá a la reducción voluntaria o incluso obligatoria del capital¹⁴ y no a la inversa. Pero para el caso en que se incrementara el flujo de fondos, carecemos de una norma que obligue al aumento del capital social para equipararlo al nivel de gastos del giro social.

A mi entender, el patrimonio insuficiente no suprime la limitación de la responsabilidad del tipo societario *per se*, salvo el caso de dolo de los socios o administradores que haga incurrir a la sociedad en la figura del fraude artículo 54 de la LSC.

¹⁴ Artículos 205 y 206 de la Ley 19.550.

Asimismo, si el capital social se encontraba viciado de insuficiencia *ex origine*, tornando anulable el contrato social, corresponde a los socios subsanar la nulidad mediante un aumento del capital social que permita adecuarlo al objeto social emprendido, a fin evitar la impugnación judicial que podría prosperar decretando la nulidad del contrato social y la consiguiente extensión de la responsabilidad.