

## **DEL PANORAMA QUE PROYECTA LA INFRACAPITALIZACIÓN ORIGINARIA. NUEVAS PERSPECTIVAS**

ILEANA RAMELLO

### **FUNDAMENTOS**

Motiva el trabajo el fenómeno de la infracapitalización originaria que experimenta adolecer la estructura societaria; y que sobre todo resulta ser soportado por aquellas realidades jurídicas en las que el capital social es un elemento que desempeña una marcada importancia, en tanto que determina el límite de la responsabilidad asumida por los socios frente a los terceros ajenos a la sociedad (la que queda equiparada al nivel de los aportes efectuados; tipos sociales como S.R.L.; S.A.).

El intento por reforzar legislativamente el método utilizado a diario por los intérpretes del derecho y que se describe como la “adecuación del capital social al objeto social” pero que manifiesta, sin embargo, ser insuficiente para evitar la génesis de sociedades con disminuido capital.

La orfandad que en este tópico evidencia sufrir el plexo normativo, lo que torna necesario realizar una exégesis a la normativa legal a los fines de descubrir en ella vías alternativas que puedan aplicarse, a los fines de solucionar esta situación, o en su caso, desarrollar nuevas

técnicas que puedan prever de alguna manera su resolución.

La inadecuación a los tiempos que corren de las previsiones legales contenidas en el art. 149 L.S. y 186 L.S., en tanto disponen circunstancias cuya virtualidad no resulta adaptable a la realidad que imprime el tráfico jurídico cotidiano.-

## DEL TEMA EN CUESTIÓN

Sucede como algo natural e inherente al devenir propio del mundo económico, el constante y continuo nacimiento de nuevas personas jurídicas, que actúan y se desenvuelven en dicho ámbito bajo el título de "Sociedades Comerciales". Así, todas aquéllas realidades jurídicas que logran satisfacer los requerimientos legales específicamente ordenados por el plexo mercantil (Ley 19.550), adquieren personalidad jurídica propia y devienen al mundo real como sujetos de derecho reconociéndoseles, desde su existencia virtual, el poder de proyectar su acción y producir consecuencias en el ámbito jurídico.

Ahora bien para que ello suceda y sin reparo alguno pueda aplicarse la legislación mercantil es necesario que, previo a adquirir el carácter de sujetos de derecho, cumplan una serie de exigencias ordenadas en el procedimiento de constitución o también llamado "*iter constitutivo*" de la sociedad.

Este camino, tal como se encuentra legislado principia con la emisión de un acto formal o contrato constitutivo de la sociedad, entendido como aquél instrumento jurídico donde coinciden en acuerdo mutuo una plurilateralidad de voluntades que buscan alcanzar un fin social determinado. Dada la importancia que se le asigna a este elemento jurídico su contenido no ha sido librado al azar sino que y por el contrario, el legislador ha previsto su regulación en la normativa legal mediante un articulado específicamente destinado a tales efectos. En ese sentido dentro del ordenamiento aparece, como una de las normas más previsoras, la letra del artículo 11 L.S. que ordena en sus diferentes incisos cuales son las exigencias que deberán suscribirse a los fines de otorgar los rasgos distintivos y tipificantes al sujeto social que se pretende concebir. Entre estas exigencias hay una, especialmente tratada en el inciso 4, que reza "**...el capital social, que deberá ser expresado en moneda argentina, y la mención del aporte de cada socio.**"

Mediante la letra de este inciso resulta ordenado un elemento necesario y primordial que debe observarse a la hora de concebir una sociedad y en aras a permitir la existencia de la misma, dada su implicancia social y los efectos que de él se derivan en el quehacer so-

cietario. Tal figura es la que se conoce en la jerga societaria bajo el título de “CAPITAL SOCIAL”.-

### CONCEPTO - IMPORTANCIA

Se entiende por capital social el elemento cuantitativo de la sociedad, representado por el monto o la cifra numérica que se forma mediante el aporte que cada uno de los socios hace a la sociedad en oportunidad de su constitución y que evidencia el conjunto de recursos o fondos con que cuenta el ente social al inicio de sus actividades – coincidiendo en esta única instancia con el patrimonio social-. Tiene la cualidad de estar inscripto en el contrato organizativo de la sociedad por lo que permanecerá invariable durante la vida de la misma, salvo que mediante procedimientos formales pre-establecidos –legal o contractualmente- se decida su modificación (aumento o reducción).

Para comprender el grado de importancia que desarrolla este elemento, es necesario referirse a cuales son las funciones que se le atribuyen y desde esta perspectiva meritar la trascendencia que debe concedérsele a dicho término.

Podemos decir entonces que es viable reconocerle una función tríplica, en primer lugar actúa como medio de producción puesto que es el instrumento con que cuenta el emprendimiento social para realizar sus actividades iniciales en pro de acrecentar a la sociedad y a su patrimonio y en definitiva poder permitir el desarrollo de su objeto social; luego y en segunda instancia indica la participación que cada uno de los integrantes de la sociedad tiene en la formación de la misma determinando también, la legitimación con que cuenta cada socio de acceder a una futura distribución de ganancias y/o pérdidas; y por último pero no por ello menos importante, cumple la función de tutelar el interés de los terceros que contraten con la sociedad, quienes al hacerlo conocen que dicha cifra es la que marca el tope o límite hasta el cual la sociedad responderá por sus obligaciones sociales –siempre refiriéndonos a sociedades donde la responsabilidad de los socios se encuentra limitada al nivel de sus aportes-, sirviendo de esta manera como medio de garantía para los terceros contratantes.-<sup>1</sup>

Entonces cabe destacar que, tal como se encuentra planteado el tema, el papel que cumple este elemento cuantitativo en el contrato social y en el desenvolvimiento de la actividad societaria es de elevada importancia. Es por ello que dada la relevancia atribuible, el mismo deberá ser objeto de una profunda fiscalización por parte de los órganos de contralor correspondientes –ya sean administrativos o jurisdiccionales-, quienes al efectuar el control de legalidad que les ha sido

impuesto deberán realizar un pormenorizado análisis de dicho ítem en punto a determinar la aptitud, o grado de aptitud, que demuestre dicho capital para cumplir con las funciones que le han sido encomendadas y todo ello, previo a otorgarles a los solicitantes el carácter de sujetos de derecho y permitirles operar en el tráfico jurídico.-

## REALIDAD PRÁCTICA

Ahora bien, de la práctica jurídica se advierte que el estudio de dicha situación nos enfrenta a una realidad legislativa que debemos meritar; esto es, la existencia en este punto de un vacío legal puesto que no se encuentran dentro del ámbito normativo reglas jurídicas que exijan, en oportunidad de prever la constitución de una sociedad, un capital social piso –con excepción que respecto de las S.A. contempla el art. 186 L.S.-.

Tal circunstancia señalada ha llevado tanto a la doctrina como a la jurisprudencia, en el intento por sanear dicha laguna, a buscar soluciones de fácil y rápida aplicación práctica. Así, en la búsqueda de pautas sobre las cuales sustentar el deber social que pesa sobre todo organismo de control, que debe regular el ingreso de toda nueva persona jurídica al ámbito social, se llegó a la elaboración de un pensamiento que intentó encontrar en la congruencia que “debe” existir entre dos elementos del contrato social –estos son capital social / objeto social- la solución del problema.

En base a ello se sostiene como criterio que, a los efectos constitutivos de una sociedad, debe exigirse que el importe del capital social aportado sea adecuado al objeto que la sociedad pretende o intenta desarrollar.

Esta idea sostenida por la mayoría de los pensadores y que resulta ser la solución utilizada cotidianamente por los intérpretes del derecho, podría encontrar su apoyatura técnica en la letra del art. 1 L.S. cuando al definir las sociedades expresa, respecto de las obligaciones que pesan en cabeza de los socios, que éstos “...se obliguen a realizar aportes para aplicarlos a la producción o intercambio de bienes o servicios...”, de donde puede inferirse que el uso que se hace de la expresión “aplicarlos” podría significar que ordena el hallar la correcta equivalencia entre ambos extremos de la ecuación manejada (capital-objeto); pudiendo la misma ser graficada mediante la correlación que deberá existir entre los aportes realizados por los socios -que conformarán el capital social- y que asimismo deberán ser de una entidad suficiente para permitir su aplicación a la producción o intercambio de bienes o servicios, que configura el objeto de la sociedad.

Sin embargo, de la práctica mercantil se deduce que la tal pretendida correspondencia buscada entre los dos requisitos que se mencionan, y que debe darse en términos de adecuación y suficiencia de uno para solventar al otro, no se produce.

La pregunta entonces se vincula a cómo es posible que la relación entre estos dos ítems precisos y objetivamente determinados no se efectivice.

La respuesta a esa inquietud planteada esta dada porque, como bien sabemos, es función que pesa sobre el organismo de contralor el evaluar la correcta consecución que deberá existir entre estos dos supuestos, hecho que implica necesariamente respecto de este órgano, la obligación que le ocupa de emitir un juicio de valor o si se quiere, de efectuar una apreciación de naturaleza subjetiva sobre la relación que debe darse entre estos dos elementos y todo ello a los efectos de permitir la constitución de un nuevo ente social.

Ahora bien, este tan mentado juicio que deberán emitir, siempre contendrá consideraciones de índole cuantitativas como cualitativas que responderán a las realidades sociales en las que cada organismo deba intervenir, viéndose influenciado por las circunstancias del tiempo, lugar y modo que actúan como elementos determinantes y que a su vez imprimirán al juzgador una particular perspectiva de lo que puede ser considerado como apropiado, perfilándolo a asumir en cada caso una actitud distinta, ya sea más o menos permisiva. En mérito a ello y sobre estas estimaciones, la búsqueda de la pretendida equidad o equivalencia entre la dualidad propuesta, y que debe ser objeto de cumplimiento por los respectivos organismos de control, resulta ser una exigencia de cumplimiento harto difícil, por no decir casi imposible.-

## **REALIDAD JURÍDICA**

Coadyuva a que se mantenga esta situación la falta o vacío jurídico que soporta el plexo normativo al no contener normas que dispongan pautas lo suficientemente objetivas como para prever solución a situaciones de esta naturaleza. De ello se deduce lo difícil que resulta pretender encontrar entre los juzgadores su conformidad o anuencia respecto de lo que debería considerarse como suficiencia del capital aportado y en su caso, sentirse autorizados a desestimar la constitución de todo aquél sujeto de derecho que demostrase insuficiencia de capital social en su momento constitutivo, atento que el mismo sea visto como obsoleto para cumplir con los objetivos sociales y aún más para responder por las obligaciones asumidas frente a los terceros, futuros titulares de créditos incobrables.

Junto a esta circunstancia y haciendo más contradictoria y riesgosa la situación, el texto normativo en su art. 149 admite –en el caso de tratarse de aportes dinerarios- la integración del capital social suscrito en un 25% como mínimo, otorgándoles a los socios constituyentes un plazo de gracia de 2 años para completarlo. De esta manera dicha norma jurídica hace posible la constitución de sociedades que serán admitidas para actuar en el mundo jurídico sin estar *in bonis*, es decir, sin contar con un capital completamente integrado para hacer frente a las erogaciones sociales asumidas. Esta realidad alarmante que se describe transcurre, independientemente de la responsabilidad solidaria e ilimitada que ordena el art. 150 en su 1er. párrafo porque, más allá de la responsabilidad por integración que se le impone a los socios; sabemos que partimos de una verdad evidente que ancla en otros mares y que se vincula con la ausencia de dinero efectivo suficiente para formar el capital social, que resulta mínimamente requerido a los fines de poner en marcha al sujeto social.

En igual sintonía se ubica la normativa dispuesta respecto de las S.A., a las que si bien se intentó legislar en atención a la funcionalidad que prestan<sup>2</sup> los postulados sostenidos en dicha oportunidad redundaron insatisfechos ante la fenomenología que esbozó la realidad cotidiana, donde dado el esquema de responsabilidad limitada que instala este tipo social y las facilidades y mínimos requerimientos exigidos a sus fines constitutivos –léase art. 186 al exigir una mínima cuota para conformar el capital social- condujo a que se hiciera de esta figura societaria un astuto y hábil manejo, adaptándola a los fines de poder encuadrarla en realidades sociales de naturaleza totalmente diferentes a las previstas en oportunidad de su regulación. La adaptación de este tipo social a supuestos especiales produjo una desnaturalización de esta estructura societaria, alejándola elípticamente de los principios que la forjaron y por los que resultó mundialmente conocida como el “pilar del capitalismo moderno”.-

## **CAMINOS ALTERNATIVOS**

Así presentado el panorama, no quedaría culminada la labor si no intentamos esbozar tímidamente un camino de salida, porque si es verdad aquél adagio que sostiene que todo aquél que plantea un problema sin solución no es más que parte del problema, la única vía posible para superar la verdad de este axioma resultará de pergeñar una resolución. Debe recordarse que todo nuevo pensamiento que aparece como una sugerencia puede contener una cierta cuota de fantasía unida a un toque de ingenuidad, pero ello no lo torna inverosímil,

sino que más bien le imprime el carácter de ideal, carácter que debe dirigir y subyacer en toda acción que de alguna manera busca alcanzar fines loables.

Conforme las circunstancias hasta aquí expuestas como son la ausencia de normativa suficiente, la inadecuación de las reglas jurídicas a las exigencias que impone la realidad –en tanto ordenan un mínimo de capital integrable-, y la desnaturalización sufrida por las disposiciones regulatorias de las S.A., hacen que prácticamente a diario observemos y seamos testigos del surgimiento de sociedades infracapitalizadas, o fenómeno que también se ha dado en llamar como de infracapitalización originaria.<sup>3</sup> Ante este fenómeno se hace necesario recordar que toda posible solución deberá estar orientada por los postulados que estructuran el edificio legal en esta materia y que como puntos cardinales guían toda acción. Tales son los principios de intangibilidad e integridad del capital social.

Sobre la base de lo detallado creo que:

- Buscar una salida a través de la creación de una norma jurídica que contenga una cifra o monto mínimo, que sirva como indicativo a la manera de un piso standard o parámetro legal, para constituir toda nueva sociedad –tal como lo hace la letra del art. 186 L.S.-resultaría inocuo y hasta inoficioso dado que, por la celeridad que impone el tráfico mercantil en las transacciones y los términos que se manejan en la economía argentina, la misma podría tornarse obsoleta e incluso a veces verse trasbasada, en su candidez o iniquidad, por el devenir propio de la realidad jurídica. Asimismo, y a lo largo de la historia legislativa se ha evidenciado que el prever en una disposición legal tal circunstancia hipotética no significa más que crear una norma que en poco tiempo deviene en desuso.-
- Ello nos lleva a analizar, con visión de futuro, la viabilidad de la solución manejada actualmente esto es, la utilización del método de la correspondencia entre los dos elementos citados, capital social-objeto social. En virtud de lo expuesto, es posible colegir que dicho método debe ser utilizado a los fines de operar como premisa indicativa de una realidad, pero que *per se* resulta ser insuficiente para servir como criterio común utilizable. Esto quiere decir que necesita ser complementado por una norma jurídica que lo refuerce, o lo que es lo mismo, por una regla normativa que asentada en bases sólidas -lo que queda demostrado a través del conocimiento que tenga la norma de la realidad donde actúa- admita la posibilidad de constituir sobre esas hipótesis de supuesta iliquidez, cualquier tipo societario. Pero para que ello ocurra, en

esa regla que reconoce y admite la realidad deberá requerirse también, a cargo de los socios, una contraprestación de tal manera que partiendo de una premisa reconocida por todos de “insuficiencia de capital inicial” se pueda asegurar, mediante una exigencia personal que pese en cabeza de los socios, la formación en el futuro de un capital social eficaz y suficiente. Esto significará que los socios se comprometan durante la vida de la sociedad a **lograr**—en caso de inexistencia- o **mantener** —en caso de existir- la equidad de la relación capital-objeto. ¿Cómo? A- Mediante la actualización anual del capital social. Esto podría significar la creación de una norma jurídica que ordenara a los socios a que en el cierre de cada ejercicio anual destinen, del porcentaje que obligatoriamente forma la reserva legal (art. 71 L.S.), un porcentaje —pudiendo ser un 10% de ese 20%- para que pase a integrar el capital social, es decir, sea capitalizado anualmente. Así lo que deberá exigirse es que se prevea que un porcentaje de la reserva legal se destine para integrar el capital social, logrando de esta manera incrementar anualmente la cifra del capital en una porción que, no sea tan excesiva para no perjudicar la actividad de la sociedad, pero que a la vez resulte suficiente para ir paulatinamente agigantando el monto que conforma dicho capital. ¿Con qué fin? A los fines de que el mismo quede equiparado al nivel de la actividad que desenvuelve la sociedad, quien necesita contar con un capital lo suficientemente sólido para hacer frente a sus erogaciones sociales y garantizar las relaciones con los terceros. Considero que una medida de esta naturaleza implantada en la legislación y que genere una obligación respecto de los socios para con la sociedad (a través del mandato de realizar una capitalización anual) responde de alguna manera a criterios de estabilidad económica y le otorgan a la sociedad proyección de futuro, ya que si bien no la tornan infranqueable le insuflan una mayor solidez a la estructura societaria.<sup>4</sup> ¿Qué problema enfrentaría? Que tal como dijimos al estar inscripto el capital social en el contrato organizativo de la sociedad importaría la modificación anual de dicho instrumento tornando engorroso el trámite. Esto podría evitarse si al momento de constituir la sociedad se dispone, respecto del monto que configura el capital social, que el mismo estará sometido a un paulatino aumento de conformidad al porcentaje que dentro del monto de la reserva legal los socios determinaron que deberá destinarse a capitalización. B- Y como otra solución que puede plantearse respecto al tema de la infracapitalización, y tal vez concibiendo una idea un poco extravagante, podría adaptarse la



solución pergeñada por el art. 53 segunda parte L.S.. Como bien sabemos, la situación contemplada por esta norma hace referencia a los casos de infravaluación y sobrevaluación de los aportes en especie. Si bien el caso desarrollado en marras no se encuadra en la mentada regla, es honorable la idea de poder llegar a considerar la existencia de un capital social en dinero que hubiese sido sobrevaluado, al inicio, en su relación con el objeto social. Ello ocurrirá cuando de las circunstancias que se produzcan *a posteriori* se demuestre la inadecuación de los aportes para ser aplicados a la realización del objeto, evidenciando con ello que hubo una sobrevaluación inicial del capital aportado en relación al objeto. Lo que debe buscarse es que luego atento darse las circunstancias referidas, pueda obligarse de alguna manera a los socios aportantes a suscribir e integrar la diferencia de dinero necesaria para posibilitar el cumplimiento de la actividad de la sociedad.

- Debemos también referirnos a la encrucijada en que nos pone la norma del art. 149 L.S. que tal como dijimos, tiende a desvirtuar aún más la situación planteada. El texto de este artículo creo, es criticable en dos puntos: 1) al permitir la integración del capital suscrito en un 25% como mínimo; porcentaje que evidencia la falta de respaldo económico suficiente con el que se inicia una sociedad. Respecto de ello se debe destacar que si bien resultaría utópico, dadas las circunstancias que se viven, el exigir la suscripción e integración del total del capital social en un sólo y mismo acto, la situación esbozada sólo podrá corregirse aumentando el volumen de la cifra porcentual exigida para la integración en el momento constitutivo de la sociedad, pudiendo ésta rondar en un 50% -mínimo- ó 75% -máximo-. 2) al permitir que pueda completarse la integración del total del capital en un plazo de 2 años. Con ello el ordenamiento adoptó una medida que si bien privilegia la posibilidad de constituir nuevas personas jurídicas deja desprotegidos a los terceros contratantes, puesto que el tiempo otorgado al sujeto social evidencia ser demasiado lato para las modalidades con que se desenvuelven las relaciones comerciales en la actualidad, marcadas por los rasgos de inmediatez y celeridad en las transacciones y que exigen a los sujetos intervinientes el contar con un respaldo económico sólido, circunstancia que no se verifica en la instancia. Ahora bien, la particularidad que nos proyecta la norma al autorizar a los entes sociales a intervenir en el mercado sin la totalidad de su capital no se condice con la realidad que enfrentan los individuos particulares quienes al actuar deben hacerlo involucrando la totalidad de su

patrimonio. Atento ello aparece que el plazo temporal otorgado no es razonable, en tanto redundaría en beneficio del sujeto social y en desmedro de los terceros –individuos particulares desprotegidos por la realidad normativa–, por lo que creo debe restringirse dicho término temporal a un período más breve, el que puede estar determinado por el cierre del primer ejercicio económico donde deberá quedar integrado todo el capital que sostiene a la sociedad.-

## BIBLIOGRAFÍA

NISSEN, Ricardo Augusto, *Curso de Derecho Societario*, ED. AD-HOC. BS. AS. 2.000.-

VERÓN, Alberto, *Sociedades Comerciales*, ED. ASTREA. TOMO I. BS. AS. 1.986.-

ZUNINO, Jorge Osvaldo, *Régimen de Sociedades Comerciales –Ley 19.550–*, ED. ASTREA BS. AS. 1.994.-

## CITAS

<sup>1</sup> “La importancia del capital social está fuera de toda discusión, pues además de servir como fondo patrimonial para la obtención de beneficios a través del ejercicio por la sociedad de una determinada actividad empresarial (función de productividad) o como parámetro para medir matemáticamente la participación del socio en la sociedad, cumple el capital social una trascendentalísima función de garantía frente a los terceros, en especial en las sociedades de responsabilidad limitada y en las sociedad anónima, donde los accionistas limitan su responsabilidad a las cuotas o acciones suscriptas...” Ricardo A. NISSEN, *Curso de Derecho Societario*, Ed AD-HOC. Buenos Aires, Año 2.000. pág. 106.

<sup>2</sup> Conforme los dichos expresados por la Comisión Redactora en la Exposición de Motivos de la Ley 19.550 al decir “La reforma de este tipo societario es la que ha preocupado más intensamente a la Comisión ... dada la creciente trascendencia que esta clase de sociedad tiene para el desarrollo de la economía del país...” (Exposición de Motivos, Ley 19.550, Ed. Astrea, 1ª Edición, pág. 49).-

<sup>3</sup> Se entiende por infracapitalización originaria la que se da “desde la misma constitución de la sociedad, resultando manifiestamente insuficiente el capital social inicial, con respecto a la actividad desplegada...” Ricardo A. NISSEN, *Panorama Actual de Derecho Societario*, pág. 26.

<sup>4</sup> La búsqueda del fortalecimiento del capital social es una constante en las legislaciones contemporáneas. Dice Nissen “...la tendencia mayoritaria en la doctrina nacional y extranjera, así como en las modernas legislaciones contemporáneas, tienden a fortalecer el concepto del capital social y la prueba de ello lo constituye la segunda directiva ... de la C.E.E. que entre otros temas reguló precisamente sobre la protección de este dato de indispensable inclusión en el estatuto, requiriendo la existencia de un capital social mínimo, la garantía de efectividad en la constitución de la entidad y la garantía de integridad del referido capital ... etc.” “La legislación española ha aportado una original solución a los efectos de evitar los perniciosos efectos de la infracapitalización. Se trata del art. 3 del Real decreto 1084 ... sobre sociedades anónimas deportivas, según el cual estas sociedades deben tener un capital social que represente al menos la mitad de la media de los gastos realizados en los últimos tres ejercicios más el pasivo existente al final de la temporada deportiva...” Ricardo A. NISSEN, *Curso de Derecho Societario*, Ed AD-HOC. Buenos Aires. Año 2.000. págs. 53 y 55.-