

# LA INFRACAPITALIZACION SOCIETARIA Y SU VINCULO CON LA MATERIA CONCURSAL

*Fernando C. Aznar*

## Sumario

I. Introducción. II. Infracapitalización. Noción. III. Cesación de pagos. IV. Beneficiosa conexión entre ambos conceptos. V. Nuestra propuesta.

## Resumen

El tema de la infracapitalización societaria ha preocupado y preocupa profundamente tanto a la doctrina como a la jurisprudencia.

Si bien el abordaje sobre el tema ha merecido un tratamiento profundo desde hace ya algunos años, incluso en congresos de derecho societario anteriores, sin embargo debemos reconocer que a pesar de los esfuerzos, no se ha arribado en la actualidad a una solución concreta que ponga fin a los conflictos que suscita la conexidad entre el capital social y el objeto social.

Esta escasez de soluciones, sobre todo en la faz práctica de la dinámica societaria, es la que nos lleva a continuar en la búsqueda de soluciones concretas que hagan frente a los efectos absolutamente disvaliosos que ha generado y, no dudamos, continuará produciendo el fenómeno de la infracapitalización.

Estamos convencidos que una solución posible transita por vincular y tratar a estas cuestiones que parecieran ser eminentemente de índole societaria, bajo la óptica de la materia concursal, puesto que es en definitiva ésta la que procura hoy por hoy alternativas a los conflictos de índole económico-financieros como, entendemos, lo es la infracapitalización que afecta a los entes societarios.

En esa línea de pensamiento, creemos que considerar a la infracapitalización como un hecho revelador del estado de cesación

de pagos brinda una alternativa que además de ser novedosa resulta ser efectiva ya que, brindaría el camino a una posible apertura de un concurso preventivo al ente infracapitalizado, procurando la restauración del equilibrio entre capital y objeto sociales, vía reestructuración de pasivos, protegiendo de este modo tanto a los terceros que contratan con la sociedad, al mismo ente y a los propios accionistas.

Si por el contrario se mantiene como solución la disolución del ente no vemos interés alguno protegido, los terceros deberán ver morir su garantía y los socios su capital, todos pierden.

## I. Introducción

Sabido es que en el mundo actual, el comercio se presenta con una fisonomía que difiere mucho de aquella que presentaba al momento de dictarse el Código de Comercio. Actualmente ha quedado relegada la actuación individual del comerciante; el proceso de globalización va evolucionando a una velocidad vertiginosa y alcanzando a extremos impensados. Por su parte, los límites de los mercados comienzan por disiparse, dado que los mismos se ven atestados por empresas multinacionales. De modo que no puede dudarse que el sujeto de derecho comercial es, hoy por hoy, este instrumento técnico denominado sociedad, por la adopción generalizada que la empresa ha hecho del mismo. Sin embargo, no debe perderse de vista que la determinación del capital social, adquiere mayor relevancia en aquellas sociedades en donde los socios limitan su responsabilidad, justamente al capital social suscrito, cumpliendo el mismo, de este modo, con una función esencial de garantía frente a los terceros.

La presente ponencia tiene por objeto analizar el vínculo existente entre el estado de Infracapitalización bajo el cual puede encontrarse un ente societario por un lado, y el estado de cesación de pagos como requisito de apertura del Instituto del Concurso Preventivo por el otro.

Proponemos efectuar primeramente una sintética aproximación al fenómeno de la infracapitalización societaria y hacer lo propio respecto del estado de Cesación de pagos para luego, brindar una conclusión respecto de la posibilidad de vincular ambos conceptos determinando en su caso la conveniencia de su análisis para prevenir

las situaciones de insolvencia. Finalmente brindaremos nuestra propuesta al respecto.

Aclaremos que no es una no es fruto de una decisión arbitraria por nuestra parte la intención de efectuar la presente vinculación entre fenómenos que pertenecen a realidades de materias diversas como son la societaria y la concursal. Por el contrario, no va mas allá nuestro esfuerzo de encontrar nuevas vías de protección de intereses en juego ante supuestos que, como el de la infracapitalización societaria, se hallan huérfanos de solución.

## II. Infracapitalización. Noción

En líneas generales, la doctrina es conteste en referir mediante este fenómeno, al supuesto de insuficiencia de capital social incluido en el estatuto social, para dar cumplimiento al objeto social. Situación ésta que puede verificarse *ab initio*, o bien, posteriormente cuando la sociedad se haya en funcionamiento.

Así, se ha distinguido a la infracapitalización en Originaria y Derivada. Se ha entendido que la primera, es aquella que se manifiesta en el momento mismo de la constitución de la sociedad, la sola cifra de capital social expuesta en el estatuto resulta "insuficiente" a los fines de dar cumplimiento al Objeto social manifestado en el mismo instrumento. Mientras que la infracapitalización derivada o sobreviviente, es aquella que surge posteriormente con el desarrollo de la actividad empresaria.

Asimismo se ha clasificado a la infracapitalización en sustancial o material y nominal. Habrá infracapitalización material cuando los socios no suministran a la sociedad los recursos necesarios para su evolución negocial <sup>(1)</sup>, mientras que se dará el supuesto de infracapitalización nominal, cuando los socios si bien suministran los recursos necesarios para atender la evolución negocial pero o bien lo hacen solo en concepto de créditos o préstamos o bien, en parte en concepto y aportes y en parte como créditos o prestamos. Ello con la sola finalidad de sustraer tales bienes de las contingencias que puede

---

(1) Verón, Alberto Victor, *Tratado de los Conflictos Societarios*, La Ley, Bs. As., p. 172.

sufrir el patrimonio social y así ante eventuales supuestos de insolvencia lograr recuperar todo o parte de los mismos por medio de la calidad de “acreedores” de la sociedad.

Aclaremos que no nos detendremos sobre ciertos temas relacionados con el fenómeno de la infracapitalización que, si bien resultan de una relevancia indiscutible, tales como a) la existencia misma del fenómeno, respecto de lo que se ha sugerido “Aquella premisa que vincula de un modo directo (como una especie de causalidad necesaria) al capital social con el objeto social es una afirmación que no se controvierte, se transforma así en un dogma que se transmite automáticamente sin reparar en ella.... acaso es el capital social (legalmente entendido) el único y exclusivo recurso o medio (en sentido lato del término) con el que cuenta la sociedad para cumplir con su objeto social?”<sup>(2)</sup>, b) la conveniencia de derogar lisa y llanamente el elemento “capital Social” del ordenamiento societario argentino<sup>(3)</sup>, c) La conveniencia de la eliminación de montos mínimos de capital social o bien para el caso de conservarlos, d) Si los mismos deben ser fijos o variables<sup>(4)</sup>, como así también e) Quien

---

(2) Di Chiazza, Iván, “La relacion capital- objeto social”, L.L. 2004-F.

(3) Balonas, Ernesto D, “La derogación del capital social” en *VIII Congreso argentino de Derecho Societario IV Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa*, Rosario, 2001, t. III, p. 91. Este autor tras criticar la existencia del capital social como garantía frente a terceros, se efectúa un análisis de los beneficios que importarían tomar como referencia al patrimonio neto mas que al capital, toda vez que si se toma al patrimonio neto quedan indisponibles también las resrvas libres y los resultados no asignados (a los que se considera reservas libres “de hecho”). Se propone luego y a modo de conclusión, tomar como base para fijar un patrimonio mínimo al patrimonio neto pero que ese mínimo sea una relación con el activo, no con una cifra fija. Por último se propone que se fijen dos límites máximos de endeudamiento, uno por el cual los socios no podrán retirar utilidades, y otro por debajo del cual la sociedad se debería necesariamente disolver salvo que se reintegre el patrimonio en un determinado lapso de tiempo

(4) Esto es, a los fines de que el capital no resulte insuficiente o desproporcionado al objeto social, fijar una cuantía de acuerdo a la realidad económica y financiera del ente societario que a su vez se modificará periódicamente en función de las variaciones que vayan sufriendo dichas realidades y, de este modo siempre podrán “equilibrarse” el capital y el objeto social.-.

resultará en definitiva encargado de fijar la suficiencia de capital social<sup>(5)</sup>, debido a la extensión permitida al presente nos obligan solo a dejarlos planteados como inquietudes y en espera a su tratamiento por otras ponencias que no dudamos los tratarán adecuadamente.

### III. Cesación de pagos

A los fines de dejar sentada sintéticamente una noción del concepto de cesación de pagos y con la intención de hacerlo de la manera más práctica posible, omitiremos ingresar en el estudio de las diversas teorías que se han esbozado en torno al concepto.

En dicha línea y en honor a la brevedad, distinguiremos dos aspectos del patrimonio tan bien diferenciados por las ciencias económicas como son el aspecto económico y el aspecto financiero.

A los fines de interpretar claramente aquellos, acudimos a otra distinción invocada por las mismas ciencias como son los conceptos de activos y pasivos corrientes de los activos y pasivos no corrientes. Cuando hablamos de activos y pasivos corrientes nos referimos a aquellos que o bien se encuentran en caja, o sin estarlo, son liquidables dentro del año para el caso de los activos o bien que deben cumplirse inmediatamente o dentro del año para el caso de los pasivos corrientes.

Por el contrario, los activos no corrientes, son aquellos que no se encuentran en caja y no podrán ser satisfechos dentro del año, mientras que los pasivos no corrientes son aquellos que no deben ser satisfechos inmediatamente o a corto plazo, sino luego del año.

---

(5) Sostenemos que no puede de ningún modo dejarse librado a la voluntad discrecional del registrador determinar cuando el capital resulte suficiente y cuando no, pues tal obrar importa una evidente violación a los derechos de raigambre constitucional como lo son la libertad, igualdad y el derecho de asociarse con fines lícitos. Entendemos que resulta necesaria la implementación, por vía legislativa, de organismos establecidos específicamente para la determinación de la suficiencia del capital social en relación a su objeto, los cuales deberían distribuirse por materias, para así obtener de especialistas en cada una de ellas, opiniones imparciales y sustentables científicamente, emitidas por medio de dictámenes fundados y objetivos acerca de las razones por las que debe exigirse una cantidad precisa de capital para desarrollar una actividad determinada.

Sentado ello, debe tenerse presente que cuando nos referimos a dificultades de tipo económicas hacemos referencia al desequilibrio entre el activo y el pasivo totales, o sea, nos referimos a dicha relación cuando el pasivo supera el activo. Quedan excluidos aquí los conceptos de activos y pasivos “corrientes y no corrientes”.

En cambio, cuando el desequilibrio se presenta en el aspecto Financiero, significa la imposibilidad de atender los pasivos corrientes, con lo activos corrientes disponibles. Así, la sociedad podrá poseer por ejemplo grandes valores en inmuebles, pero igualmente puede verse impedida de atender a los créditos de cumplimiento inmediato puesto que aquellos resultan de difícil o imposible liquidación a corto plazo.

En este último aspecto, el financiero, ubicamos al estado de cesación de pagos, agregando solamente que tal situación debe ser permanente e insuperable, no un simple retardo en el cumplimiento de una obligación.

#### **IV. Vínculo infracapitalización-cesación de pagos**

En base a lo expuesto creemos conveniente estructurar nuestra conclusión respecto de la posibilidad de considerar al fenómeno de la infracapitalización como un estado de alerta de hallarse la sociedad en cesación de pagos en base a dos interpretaciones que, entendemos, son las que han dividido tanto a la doctrina como a la jurisprudencia en torno a la cuestión planteada, si bien no de modo directo ya que la discrepancia ha versado sobre la existencia o no del fenómeno, sin embargo la misma resulta de gran utilidad a los fines de concluir acerca de nuestro objetivo.

Así es que podemos adoptar dos posturas como lo son las siguientes: a) considerar que el capital social ha sido considerado por nuestra ley de sociedades como el único y excluyente medio de dar cumplimiento al objeto social, o bien b) considerar que el capital social es un medio más de lograr cumplir con el objeto social, pero que de ninguna manera excluye la posibilidad de acudir a otros mecanismos de financiamiento externo por parte del ente societario.

Si adherimos a la primera tesis, deberemos concluir necesariamente que en una sociedad en la que su “único medio de vida” es insuficiente a los fines de ejercer el total o parcialmente el cúmulo de actividades que engloba su objeto se halla no solo infracapitalizada sino además en un evidente estado de cesación de

pagos, pues parece claro que el desarrollo de aquellas importa un respaldo financiero que de resultar insuficiente generará día a día la acumulación de pasivos corrientes cada vez mas abultados, generándose en consecuencia la ecuación expuesta en el punto anterior en donde los activos corrientes (derivados del propio capital social) resultarán insuficientes para atender a los compromisos a cumplir. De modo que no parece resultar forzada la posibilidad frente a la tesis planteada.

Si, por el contrario, somos partidarios de la segunda tesis, esto es, considerar que el capital social es un medio mas de dar cumplimiento del objeto, lo cual no excluye incluir otros medios permitidos expresa o tácitamente por nuestro ordenamiento societario a los fines de procurarse financiamiento independientemente de su capital social como los son el financiamiento bancario, la prima de emisión, la emisión de Obligaciones Negociables, emisión de debentures, etc; el análisis parece exigir un mayor grado de profundidad ya que aquí resurge la distinción entre capital y patrimonio social, toda vez que la liquidez que puedan arrojar estas actividades no necesariamente se incluirá en el capital social, permaneciendo técnicamente, hasta que la Asamblea lo decida, como patrimonio social.

Admitir entonces la distinción apuntada entre capital y patrimonio, si bien no parece ser de gran novedad, sin embargo implica reconocer que es el patrimonio social y no el capital social el que en la mayoría de las oportunidades atiende en definitiva al cumplimiento de las actividades incluidas en el objeto social.

No es este reconocimiento de manera alguna una simple cuestión teórica, pues si afirmamos que es el patrimonio el vehículo para cumplir el objeto, carecerá entonces de toda significación a los fines de considerar respecto del estado de cesación de pagos del ente, si la cifra inmersa en el Contrato Social es suficiente para atender a la dinámica societaria del mismo.

Sin embargo, no puede perderse de vista que en nuestro ordenamiento la herramienta seleccionada por el legislador a los fines de procurar un recurso tanto económico como financiero para el desarrollo de los entes societarios ha sido y es el capital social, entendido como un "patrimonio de afectación" destinado a conservar la vida de la sociedad, que deriva de la naturaleza jurídica propia del contrato social. Bien o mal, con acierto o sin el, lo real es que en la actualidad nuestro legislador opto por este sistema.

Por ello concluimos de modo coincidente con el primer supuesto que, a pesar que el ente societario tenga la posibilidad de acudir a financiamientos externos, frente a evidentes desajustes entre la cifra de capital y la envergadura actual del objeto social, debería considerarse que la misma se halla en un real estado de cesación de pagos ya que si las actividades englobadas en el objeto generan pasivos corrientes y la sociedad, fuere por la causa que fuere, no ha generado un patrimonio social que sea capaz de afrontarlo, la cesación de pagos generada por la insuficiencia de capital social resultará evidente.

Sin embargo, no debe interpretarse esta afirmación como un castigo a las sociedades que se hallan infracapitalizadas. Por el contrario, importa justamente brindar la posibilidad a las mismas de procurarse de un remedio reconocido por la ley como es el Concurso Preventivo, ya que la Legislación concursal exige a la cesación de pagos como requisito *sine qua non* a los fines de la apertura del mismo<sup>(6)</sup>.

## V. Nuestra propuesta

En base a las consideraciones expuestas en el desarrollo de la ponencia pretendemos haber dejado expuesta nuestra visión respecto de la importancia que implica vincular las nociones de infracapitalización societaria y de cesación de pagos.

Sin embargo estamos convencidos que detenernos en análisis puramente doctrinarios que no aporten ninguna herramienta al ordenamiento jurídico, si bien pueden resultar en la teoría

---

(6) Desafortunadamente debemos advertir que nuestro ordenamiento concursal continúa al día de hoy exigiendo el estado de cesación de pagos como requisito de apertura del concurso preventivo. Si bien no es objeto del presente, entendemos que resulta ser un sinsentido pues, la exigencia de un estado que "presuntamente" se quiere evitar, esto es, se establece un mecanismo que procura evitar la insolvencia de la empresa pero se exige que la empresa se halla en cesación de pagos, se pretende salir de un estado de insolvencia cuando en realidad este ya está instalado. Este sinsentido es el que nos lleva a emplear todos nuestros esfuerzos a los fines de brindar a las sociedades infracapitalizadas la posibilidad de acceso al "remedio legal" del concurso preventivo.

sumamente atractivos, sin embargo en la práctica resultan ser estériles, carentes de sentido, dejando al lector y a los operadores con las manos vacías.

Por ello es que nos atrevemos a propugnar desde este lado una inminente reforma a la normativa societaria, donde se considere la necesidad de relacionar al capital y al objeto social, poniendo fin a las dudas sobre su vínculo, sin tener por ello que prohibir la posibilidad a las sociedades de procurarse de financiamiento externo pero sí, reconociendo en el capital social el “termómetro” a los fines de meritar la solvencia del ente.

Entendemos que dicha reforma no debe limitarse a reconocer el mencionado vínculo, conservando frente a supuestos de infracapitalización, el simplista e inadecuado recurso imperante actualmente en el ordenamiento societario como es la solución receptada en el art. 94 de la ley 19.550 que “decreta” el estado de disolución ante supuestos de este tipo, mas allá de tenues alternativas como lo es la del art. 96 de la L.S..

Así es que proponemos la confección de una normativa que procure la interpretación del estado de infracapitalización, sea ésta de la clase que sea, como un hecho revelador del estado de cesación de pagos en los términos del art. 79 de la L.C.Q, permitiendo al ente societario, para el caso de cumplir con los demás requisitos concursales, el acceso a la petición de su concurso preventivo de acreedores.

No desconocemos que otra alternativa podría consistir en introducir, vía normativa, la distinción entre capital y patrimonio, asignando a cada uno las funciones y los fines que poseen e incluso hasta tal vez derogando el requisito de un capital social, en donde en vez de propugnar el reconocimiento del estado de infracapitalización como hecho revelador del estado cesación de pagos, se promovería la consideración del estado de “infrapatrimonialización” como hecho revelador y dejaríamos por completo fuera de este análisis al tan vapuleado capital social. Igualmente no consideramos estar hoy preparados para semejante cambio.

Sin embargo, el presente de ninguna manera pretende ser una solución de tipo absolutista que ponga fin a conflicto en cuestión, es solo un intento por disparar en el lector la inquietud de la búsqueda de soluciones y nuevas alternativas. El desafío esta propuesto, la solución es una meta de todos.