

INFRACAPITALIZACIÓN. PROPUESTAS DE SOLUCIÓN

POR J. IGNACIO FERNÁNDEZ VIÑA

Sumario

La infracapitalización material originaria resulta ser un instituto cuya prevención resulta ser de imposible cumplimiento. La imposibilidad de tipo técnica en establecer un capital adecuado, se traduce en una conducta arbitraria de los órganos de contralor, tal como lo demuestra la propia experiencia. Al mismo tiempo se advierte conforme los datos de la realidad financiera actual del mercado, la proliferación abusiva de sociedades que se constituyen con escaso capital de riesgo. En razón de ello y a los fines de evitar ambos abusos, el único camino a seguir resulta de seguir manteniendo el esquema de la ley actual, aunque elevando considerablemente el mínimo de capital exigible para las S.A. a la suma de \$100.000 y de exigir un capital mínimo para el caso de las S.R.L. elevándolo a \$30.000. Los administradores, síndicos y socios son responsables por la infrapatrimonialización o mal llamada infracapitalización material sobreviniente, para el caso de que la misma surja en forma inconstatable y no haya sido evitada una vez verificada la insolvencia. Las acciones societarias siguen siendo las propias de los artículos 279, 276, y 54 de la Ley de Sociedades (LS), resultando también aplicable el artículo 1071 del Código Civil (CC). Otras informaciones tales como índices de solvencia, de endeudamiento, apalancamiento financiero, aportes necesarios proyectados, incluidos en la Memorias, permitirían verificar la gestión de los administradores sobre el patrimonio e informar tanto a los propios socios como a los terceros las proyecciones sobre el mismo. Dicha información, como las de los demás documentos contables, siempre y cuando sea confeccionada en forma veraz y completa, servirá para apreciar junto con otros elementos, la responsabilidad de

todos los sujetos intervinientes: administradores, síndicos, socios e inclusive los acreedores sociales conforme su posibilidad de acceso a la información. En principio, los acreedores que cuenten con acceso a la información contable, no estarían en condiciones de reclamar responsabilidad por infracapitalización material, al haber asumido el riesgo. Puesto que en definitiva, los riesgos de la infracapitalización se reducen a haber podido asumir voluntariamente o no, el estado de la garantía que presente el patrimonio de la sociedad. Los remedios ensayados por el Anteproyecto de Reforma de la Ley de Sociedades de los Dres. Anaya, Bergel y Etcheverri para prevenir o sancionar la infracapitalización nominal o formal, resultan satisfactorios.

Ponencia

Nuevamente se trae a discusión la cuestión de la infracapitalización, que fuera materia de críticas y adhesiones en anteriores congresos¹.

Con la intensión de apaliar el abuso que largamente se ha cometido y se sigue cometiendo en diferentes jurisdicciones² referido a la constituciones de sociedades donde los socios limitan su responsabilidad, arriesgando su patrimonio personal con solo \$12.000, o en otros casos incluso a un valor inferior, haciendo cargar a los acreedores sociales con el riesgo empresario. Se ha echado uso al instituto de la infracapitalización con sus diferentes vertientes, con la finalidad de, o bien intentar prevenir el abuso de la figura societaria a través de las autoridades de contralor, o bien dando respuestas una vez padecido el daño, a través de la responsabilidad personal de los administradores, síndicos y socios por deudas sociales que resultarían a la postre incobrables con el patrimonio de la sociedad.³

¹ VIII Congreso Argentino de Derecho Societario, y IV Congreso Iberoamericano de Derecho Societario, Rosario, 2001.

² Tal es el caso de la realidad de la provincia de Buenos Aires, donde se siguen exigiendo los mínimos legales.

³ Más allá de poder apreciarse algunos desaciertos respecto a la interpretación del instituto, los pocos casos con que se cuentan a nivel jurisprudencial pertenecen mayormente al ámbito de reclamaciones por deudas laborales. Entre otros Tribunal de Trabajo n° 2 de Mar del Plata, *in re* "Sado Oscar Roberto contra Expreso Diagonal S.R.L. y Otros sobre Despido". Expediente 44976, 21 de diciembre de 2006. Disponible en: mev.scba.gov.ar; Cámara de Santiago de Estero, *in re*, "Salazar, Oscar contra Forestal El Milagro S.R.L.",

En el primer caso, el instituto ha sido aplicado por las propias autoridades de contralor donde ejerciendo sus facultades algunas veces expresas, otras tantas de carácter implícitas⁴, han venido exigiendo un capital social originario supuestamente acorde con el objeto social.⁵

Si bien parecería que la solución resultara loable, lo cierto es que se está apreciando claramente el ingreso a nuevas conductas arbitrarias de parte de los organismos citados.

En este sentido, la práctica se ha encargado de demostrar un nuevo abuso, ya previsto en anteriores críticas al instituto⁶,

15 de 2005. Disponible en: <http://diarioelaccionista.com.ar>; C. N. Trabajo, Sala III, *in re*, "Arancibia, Nora y otro contra Rodríguez, Ricardo Marcos y otro", 22 de septiembre de 2000. La Ley, 19 de noviembre de 2008. En materia comercial, C. N. Com., Sala E, *in re*, "Cereti Cesar R. contra Ditto S.A. y otros", 24 de agosto de 1987 (JA, 1990-I-317).

⁴ Al respecto, postura de la IGJ Nacional mediante la Resolución 9/04, en forma implícita se puede citar las posturas seguidas en el ámbito de la provincia de Santa Fe.

⁵ A nuestro entender la tesis de la exigencia de un capital adecuado conforme el objeto social, parte de un error conceptual en relación con que se entiende por Objeto Social. Al respecto, el Objeto social contempla una actividad o conjunto de actividades que la sociedad puede desarrollar desde antes de su constitución, luego de su constitución y hasta antes de su disolución. Es por ello que resulta erróneo intentar adecuar el capital social en relación con todas y cada una de las actividades que la sociedad planifique solo como idea a desarrollar. Puesto que seguramente una de dichas actividades será desarrollada o inclusive ya se haya ido desarrollando antes de constituirse. Pero seguramente la misma actividad u otras actividades podrán o no desarrollarse en el futuro. Por otra parte, el capital social solo cumple en parte con su función financiera en los primeros desenvolvimientos de la sociedad, vale decir en relación con la primera actividad o proyecto de negocios que se pretende engendrar a través de la sociedad. Luego la cuestión del financiamiento pasa por observar el estado del patrimonio, siendo que el capital social solo cumple una mera función de garantía al actuar como cifra de retención. Resulta irrazonable dotar a una sociedad en momentos de su constitución de un capital social necesario para financiar todas y cada una de las actividades sociales de las cuales ni siquiera, como se dijo, se sabe si se van a desarrollar. Esto resultaría no solamente imposible de establecer al no existir la posibilidad de elaborar un proyecto de negocios abarcativo de todas y cada una de las actividades que en la vida de la sociedad se van a desarrollar. Sino también porque desde el punto de vista económico detentariamos un capital desmesurado que a la larga implicaría su reducción, al impedir un correcto rendimiento en relación a la distribución de dividendos y las necesidades financieras de la actividad.

⁶ Entre otros, MANOVIL Rafael. "Diez ejemplos de desaciertos e ilegalidades en la Resolución IGJ 7/2005", en *Revista del Colegio de Abogados de la Ciudad de Buenos Aires* N° 12- 2005, T° 65, N° 2, p. 108 y siguiente. PAOLANTONIO, Martín. "Algunas consideraciones sobre el objeto social y la Resolución Gene-

cual es que en los hechos se tenga que acudir el funcionario de turno para determinar el capital que conforme su voluntad y facultades de predicción resulte acorde a la/s actividad/es que se manifiesta en la letra muerta del estatuto social, más precisamente en el objeto social.

Los hechos están demostrando que el camino seguido para prevenir la infracapitalización originaria, está arrojando consecuencias a la postre indeseadas.

En este sentido, se advierte que es tan abusivo constituir una sociedad con los capitales mínimos exigibles de la actualidad, como la de exigir un capital del cual siquiera se sabe inclusive a *grosso modo*, si pudiera resultar exorbitante, adecuado o ínfimo en relación con la actividad o actividades que la sociedad pretende llevar a cabo.⁷ Esta arbitrariedad no solo nace de realidades de los propios órganos de contralor, sino que resultan por cuestiones técnicas de carácter muchos más profundas. Al respecto ningún especialista en economía ha podido determinar desde el punto de vista de la financiación, cual resulta ser el *capital propio adecuado para una sociedad*. Una de las explicaciones radica en la propia dinámica de la actividad empresarial. La falta de exacta previsión sobre dicha dinámica impide una exacta proyección sobre el capital. Por otra parte, también se explica que cada sociedad es una realidad distinta y en consecuencia resulta imposible llevara cabo estudios de comparación. Resulta imposible comparar sociedades siquiera que compitan en una misma área o sector del mercado puesto que sus políticas empresariales, entre otras cosas, bien pueden resultar distintas y no por ello inválidas. Esto que decimos lo expresamos respecto de las sociedades en marcha. Mal entonces podemos aplicar el instituto cuando la sociedad ni siquiera ha comenzado a operar. El plan o proyecto de negocios, además de que no resulta exigible exponer ante el organismo de contralor, lo que resulta saludable al menos que queramos vulnerar el

ral 9/2004 de la Inspección General de Justicia". Publicado en *Suplemento Especial Sociedades Comerciales 2004*, diciembre, p. 106.

⁷ Al respecto nos preguntamos, ¿cómo puede un funcionario, sin exigir un plan o proyecto de negocios saber cual puede ser la cifra de capital adecuado de la actividad o actividades que la sociedad pretende desarrollar en sus primeros pasos? En los hechos esto se traduce en que el socio fundador o su mandatario deba apelar a la buena voluntad del funcionario, acatando las resoluciones administrativas o bien, dando a conocer (seguramente a medias) el plan de negocios a los fines de orientar su subjetivismo.

secreto comercial, y la libertad de asociación, y postergar la marcha de los negocios, solo podría llegar a explicar una ínfima parte de la/s actividad/es de la sociedad y tan solo a grandes rasgos en sus primeros meses de evolución. Por otra parte, debemos considerar que solo resultaría lógico exigir una función financiera del capital en un primer comienzo de la actividad y no para toda la vida de la sociedad. Puesto que se supone que el propio capital se va a ir realimentando y con ello producir un áuto financiamiento producto de la propia administración y/o en su defecto, esta misma deberá exigir nuevos aportes para paliar el déficit que se pueda suceder o, en su caso, liquidar el ente. Es por ello que resulta más aún impensable exigir un capital al momento de constituir la sociedad, si se quiere en consideración a la actividad o conjunto de actividades que la sociedad pueda desplegar a lo largo de toda su vida.

Pero así como es cierto que los caminos seguidos por las diferentes jurisdicciones administrativas resultan ser abusivos, también es cierto que alguna solución debemos arbitrar para terminar con el incesante abuso que se advierte con la utilización de sociedades con escaso capital de riesgo.⁸ Los datos de la realidad demuestran que en la generalidad de los casos, las sociedades argentinas son financiadas a lo largo de su desenvolvimiento y sobre todo en sus comienzos que es cuando más se requiere capital a los fines de que el patrimonio se pueda desarrollar, mediante aporte de los socios en un inmenso porcentaje. Ello sucede entre otras razones, por los altos costos o directamente por el imposible acceso al financiamiento bancario o extrabancario. Este dato nos está indicando que la realidad financiera actual, no se condice con la exigida por la propia Ley de Sociedades. En consecuencia, se puede fácilmente advertir que la cifra de capital mínimo exigible de la actualidad, en la mayoría de los casos produce un efecto contrario, que es el de ayudar a la proliferación de sociedad infracapitalizadas materialmente y, sobre todo, formalmente. El derecho en este sector se muestra claramente deficiente.

Por ello es que la exigencia de un capital propio de consideración deviene ineludible a los fines de paliar los abusos perpetrados sobre ciertos tipos de acreedores.

⁸ En este sentido, a nadie le escapa que los tres mil pesos iniciales, si quiera pudieran resultar suficientes para afrontar los gastos de la propia constitución.

Nos convence la idea de que la única forma de prevenir la infracapitalización material originaria, y en buena parte la sobreviniente y la formal, es mediante la exigencia de un valor de capital fijo⁹, aunque indudablemente mucho más elevado de los irrisorios mínimos requeribles de la actualidad. Con ello, no solo zanjaríamos las arbitrariedades que se están empezando a denotar en los ámbitos jurisdiccionales, sino que también el elevar dichos capitales servirá para, al menos, intentar reacomodar los tipos sociales que fueran ideados en su origen, conforme la magnitud de la empresa. Volviéndose a utilizar la S.A. para grandes y medianas actividades y las S.R.L. para los medianos y pequeños emprendimientos.

La cuestión radicará en que cifra de capital establecer. Imposición que de por sí sola podrá resultar arbitraria, aunque como se dijo, al mismo tiempo favorecerá la seguridad jurídica en el tráfico comercial. No solo respecto de los terceros, quienes contarán con una garantía superior sobre todo en los primeros meses de desarrollo de la sociedad producto de un capital financiero más importante, al menos comparativamente con las realidades actuales. Sino también, respecto de los socios fundadores quienes sabrán cual será exactamente el capital que se deberá suscribir, y el tipo social indicado al momento de peticionar la constitución de una sociedad.

Nos parece propicio, quedarnos con el monto fijado en el proyecto de Reforma de la ley de los Dres. Anaya, Etcheverri y Bergel en el cual imponen una cifra de capital para las Sociedades Anónimas de \$100.000, Monto que resulta equiparable al exigido por la legislación Italiana donde se ha determinado una cifra de capital de 120.000 Euros¹⁰. En lo que respecta a las S.R.L. no nos cabe duda de que la ley en dicha materia se debe modificar, aunque de hecho ya se está haciendo vía administrativa, y exigir un capital social mínimo de \$30.000. Monto que se asemeja a las legislaciones alemana que determina un capital de 25.000 euros y a la anterior S.R.L. española que exigía una capital de 30.000 euros y al capital a integrar en el

⁹ Si bien, puede resultar odiosa la comparación que se pueda hacer del instituto se advierte de analizar otras legislaciones, que ninguna salvo la legislación Belga, ha reglamentado expresamente la cuestión de la infracapitalización.

¹⁰ En España se exige un capital mínimo de 60.102 euros. Para sociedades dedicadas a la banca, seguros, etc., puede exigirse que el capital supere al momento de su constitución la cantidad mínima exigida.

Anteproyecto de Reforma¹¹. Al mismo tiempo dichos capitales deberán ser actualizables automáticamente conforme índices de inflación, a los fines de no volver a padecer en pocos años los mismos inconvenientes suscitados.

En lo que hace a la responsabilidad por infracapitalización material sobreviviente, nos parece que solo podrá atribuirse responsabilidad a los administradores, síndicos y en su caso socios, en los casos en que se pueda apreciar incontrastablemente una total falta de relación entre la deuda tomada y el capital propio invertido una vez acontecida la insolvencia, en razón de la dificultad de determinar el adecuado capital, como ya se expresara. En otras palabras, la falta clara de readecuación de capital propio que en realidad sería readecuación del patrimonio neto, vía nuevas aportaciones de los socios, permitirán atribuir responsabilidad a los administradores y en su caso a los síndicos y socios, pero solo en los casos en que la desproporción resulte notoria. En este sentido, tanto como herramienta de prevención como verificación de responsabilidad, consideramos útiles exigir la exposición de datos como ser índices (de solvencia, endeudamiento, prueba ácida, etc.), los aportes de capital que pudieran ser requeridos a los socios conforme el plan de negocios proyectado en el ejercicio subsiguiente dentro de la Memoria de ejercicio, tal como requiere la Resolución 6/06 de la IGJ. Ello contribuirá, no solo a servir como herramienta de control de los propios socios, administradores y síndicos, sino sobre todo, a verificar la responsabilidad de dichos sujetos para el caso de que dicha información no sea observada en relación con las circunstancias de la actividad.

Como causa de eximente de responsabilidad, nos parece importante incorporar la valoración de la conducta sobre el propio acreedor social. Valoración que se sustanciara sobre el acceso a la información con que cuentan los propios acreedores sociales. Ya que al fin de cuentas, se trata de un problema de acceso a la información patrimonial del ente. En este sentido, compartimos las ideas que algunos años propiciara el Dr. español Paz Ares¹², agrupando a los acreedores conforme su acceso

¹¹ No obstante requerirse en el Anteproyecto un capital mínimo de \$15.000, se elevó su integración al momento de constituirse al 50%.

¹² PAZ ARES, Cándido. *Sobre la infracapitalización de las sociedades*. Universidad Autónoma de Madrid. *Derecho de Sociedades de Responsabilidad Limitada*, Tomo 1, Madrid, 1996. Más recientemente con algunas variantes aunque con iguales conclusiones: "La Infracapitalización, Una aproximación

a la información patrimonial. En un primer grupo se situarían aquellos acreedores que resultan vulnerables por no contar directamente con acceso a la información, tales como los laborales, los consumidores, los extra contractuales (salvo que compongan al mismo tiempo algún status social), en el otro caso entrarían los Bancos, grandes proveedores, los entes de recaudación, en general aquellos acreedores con poder negocial superior. Luego quedarían por ver en el caso puntual los casos grises, como ser los pequeños proveedores. Resulta evidente que los Bancos o grandes proveedores, cuentan con la carga de informarse respecto del estado de situación patrimonial de la sociedad, para analizar no solo en qué consiste la "prenda común", sino también cuál resulta ser la capacidad de pago que la sociedad detenta como cualquier otro deudor. En estos casos, si dichos acreedores no hicieron valer su carga de información asumiendo con ello el riesgo, entonces luego no podrán intentar alegando su propia torpeza, las acciones de responsabilidad contra los propios administradores, socios o síndicos, vía acción del 279, 54 ter. LS o 1071 CC.

En lo que hace a la responsabilidad por infracapitalización f3rmal, los caminos recorridos por el propio Anteproyecto de Reforma de los Dres. Anaya, Bergel y Etcheverri (art3culos 45, 190), permiten aplicar correctamente el instituto.