

## Infracapitalización

Fernando Aznar

### Introducción [\[arriba\]](#)

Damos la bienvenida a un peculiar viaje, dirigido a la búsqueda de nuevos horizontes, de nuevas soluciones frente a un conflicto societario de indiscutida vigencia como lo es la infracapitalización societaria, viaje al que hemos titulado “La infracapitalización societaria como hecho revelador del estado de cesación de pagos”.

Si bien durante el trayecto a recorrer se analizará el fenómeno referido a la insuficiencia del capital social respecto del objeto social, igualmente no se agota allí la meta propuesta sino que la misma se orientará a la obtención de soluciones alternativas, concretas y reales respecto de este problema.

Por supuesto que las vías de solución que pueden buscarse no son excluyentes, pueden ser éstas de la más variada índole y de la más variada naturaleza, motivo por el cual y teniendo en cuenta la misión que tiene una tesina como así también la extensión otorgada a la misma, hemos estructurado este trabajo de acuerdo a dichos parámetros.

Se propone un análisis referido a la viabilidad de una alternativa, frente al conflicto que genera la insuficiencia del capital social en relación al objeto social, pretendiendo que dicha alternativa surja de la conexión entre elementos pertenecientes al derecho societario (infracapitalización) y otro al derecho concursal (estado de cesación de pagos).

Como puede advertirse, la vía de solución no es una alternativa simple, no se trata de la aplicación de una teoría, de reflexiones sobre un tema puntual ni de la promoción sobre la aplicación de una norma expresa para terminar con el conflicto de la infracapitalización, sino que se propone vincular elementos de dos materias que actúan en esferas independientes en el derecho comercial (como lo son el derecho societario y el derecho concursal), ambas atienden a situaciones disímiles y que tienen funciones y fines distintos.

Concretamente proponemos un viaje en busca de una solución a la problemática de la infracapitalización societaria que surja del propio ordenamiento jurídico, más precisamente de la aplicación del Concurso Preventivo a las sociedades que sufran del desequilibrio entre su capital social y su objeto social, procurando de ese modo que la solución provenga de esa institución vigente y de aplicabilidad concreta, práctica e inmediata.

Con acierto ya podría argumentarse en este momento y en desmedro del viaje propuesto que la infracapitalización societaria tiene ya una solución legal y prevista en la propia legislación societaria vigente, en el art. 94 inc. 5 de la ley 19.550, donde prevé la disolución del ente para el caso de “pérdida del capital social”.

Sin embargo, este trabajo encuentra justamente su razón de ser en el convencimiento de que aquella no es una “verdadera solución”, que en realidad no es una solución sino más bien una salida cómoda y simplista derivada de una falta

de imaginación que permita extinguir el conflicto de la “infracapitalización”, pero respetando y cumpliendo con el principio de continuidad de la sociedad y de la empresa, esto es, reemplazando las hipótesis de disolución y liquidación por la de subsistencia del ente.

Para ello, se propone echar mano a una institución del derecho concursal como lo es el concurso preventivo, no sólo porque ha demostrado dicho instituto soluciones concretas frente a problemas financieros sino que además estamos convencidos que, de poder vincularse ambos elementos, podrá aplicarse una solución exitosa sin generar cambios drásticos en nuestro sistema societario actual, como podría ser la derogación lisa y llana del capital social como elemento del contrato constitutivo.

En una primera y tal vez apresurada lectura del título que hemos asignado al trabajo, podría inferirse que el mismo presupone dar por aceptado dogmáticamente que la infracapitalización puede y debe ser considerada como un hecho revelador del estado de cesación de pagos.

Desde ya negamos categóricamente esa afirmación. Justamente determinar la factibilidad o no de esa posibilidad es a lo que se dirige el presente, con la única y sincera intención de hallar una solución operativa frente a un conflicto que, estamos convencidos, no ha sido superado seriamente en la actualidad.

A los fines de cumplir con este viaje transitaremos tres etapas en las que se expondrán, primeramente todos los aspectos concernientes a la infracapitalización societaria, luego abordaremos la temática referida a la cesación de pagos propiamente dicha y en la última etapa, se analizará la conexidad de ambos elementos.

De modo previo a dar inicio a nuestro viaje, se expondrá la justificación del tema seleccionado. Allí se exponen los motivos que invitan a la obtención de una solución que si bien puede concebirse actualmente como un “ideal”, estamos convencidos que a corto plazo podría verse plasmada en la realidad jurídica mediante su incorporación legislativa en el ordenamiento societario vigente.

Luego daremos ya inicio a nuestro trabajo, ingresaremos en el capítulo I, el que se halla dedicado al estudio en profundidad del primer elemento de nuestro análisis, la infracapitalización societaria.

Imposible resultaría nuestra misión, sin conocer a la perfección todos y cada uno de los elementos que hacen a la estructura del dilema en cuestión. Necesariamente para atacar una enfermedad deben conocerse previamente sus causas, sus síntomas, su estructura, su peligrosidad para luego recién sí ir tras un remedio eficaz, que pueda sanar al enfermo pero sin generarle efectos colaterales más gravosos, como es en este caso la disolución del ente.

A tales fines, dirigiremos primeramente nuestro estudio hacia los dos elementos que conforman el fenómeno de la infracapitalización societaria, el capital social y el objeto social. Se persigue allí un profundo estudio de cada uno; sus conceptos; su conformación; sus funciones; sus principios; etc.

Tras el análisis de los elementos independientemente considerados, dirigiremos el foco de investigación a la relación entre ambos, nos detendremos a analizar la

posibilidad de relacionarlos, la conveniencia de hacerlo, el origen de la tan discutida relación, el tratamiento que la Inspección General de Justicia ha dado a la infracapitalización y las consecuencias que ella genera.

En la segunda etapa nos abocaremos al estudio del otro extremo que hace al éxito nuestra misión, la cesación de pagos. Elemento este de naturaleza absolutamente compleja y perteneciente a una esfera ajena a la legislación societaria, motivo por el cual nos detendremos en el análisis de su naturaleza jurídica y económica, en las distintas teorías que han intentado interpretar su significación y finalmente se analizará detenidamente las vías por las cuales este estado se revela, sus síntomas, los denominados “hechos reveladores” de la cesación de pagos.

Finalmente ingresaremos en la tercera y última etapa. A esa altura ya habremos analizado detenidamente cada uno de los extremos que hacen a la tan ansiada solución respecto de la infracapitalización societaria, por lo que en este momento estaremos en condiciones de sumergirnos en la posibilidad de vincular a la infracapitalización como uno de los hechos reveladores del estado de cesación de pagos, finalidad perseguida como remedio integral y efectivo frente a la insuficiencia de capital social, o bien determinar la imposibilidad de hacerlo.

En este Capítulo III se analizará la posibilidad de vincular a la infracapitalización con el estado de cesación de pagos, teniendo en cuenta la naturaleza que cada uno presenta y la función que el capital social cumple en la dinámica societaria respecto de las actividades económicas y financieras del ente. Consideraremos primeramente el supuesto de que el capital social es el único y excluyente medio de dar cumplimiento con el objeto social y, posteriormente, analizaremos la posibilidad de que el capital social es solo un medio más de cumplir con el objeto social, pero no es excluyente ni el único sino solo uno de los tantos recursos que hay para cumplir con aquel.

Luego, en base a las dos posibilidades expuestas, brindaremos nuestra postura al respecto pero, desde ya anticipamos, una visión que no pretende ser omnicompreensiva sino tan sólo un aporte más en la dificultosa lucha contra la infracapitalización societaria.

Finalmente, expondremos ciertas conclusiones que, como podrá advertirse de las mismas, si bien reflejan una postura, puntos de vista, sin embargo no se trata conclusiones herméticas, todo lo contrario, hasta podrán extraerse conclusiones inversas a las que se han arribado en este trabajo sin que por ello el mismo se vea perjudicado ya que, creemos que el mayor mérito al que puede aspirarse es que el mismo brinde una puerta de invitación para encontrar alternativas que, reiteramos, pueden provenir de ámbitos absolutamente diversos, lo importante es que las mismas sean buscadas y, porqué no, halladas.

### **El porque del tema propuesto [\[arriba\]](#)**

Surge la necesidad en este momento de informar al lector acerca de los motivos que han guiado a la elección del tema propuesto.

Se propone, que esta tesina brinde soluciones reales, concretas y prácticas a los conflictos que presenta la práctica jurídica, específicamente en lo que a la

dinámica societaria atañe, en uno de sus grandes conflictos como lo es la infracapitalización societaria.

En el presente, se analiza la existencia de posibles vínculos como así también, sus efectos o consecuencias en relación a dos temáticas absolutamente independientes y supuestamente autónomas como lo son la infracapitalización societaria por un lado y al estado de cesación de pagos por el otro, temas ambos que parecen pertenecer a ámbitos diversos e inconciliables. Sin embargo, dicha percepción, por ser apriorística puede resultar un tanto engañosa e inconveniente.

¿Cuál ha sido el motor que impulsó la necesidad de desarrollar una temática como la propuesta? Informamos al lector que la inquietud no ha sido otra que encontrar alternativas viables frente a un conflicto cuya solución real, entendemos, no ha sido desentrañada realmente hasta la actualidad. La superación de una enfermedad jurídica que en silencio va aumentando día a día y con mayor peligrosidad debido a la inexistencia de soluciones reales y definidas, como la infracapitalización societaria.-

No desconocemos que al respecto se han escrito ya innumerables cantidades de páginas y muchas de ellas, reconocemos, con un alto contenido científico.

Sin embargo, resultaría hipócrita nuestra posición si no reconociéramos que luego de haber ingresado en el estudio del tema, nos hemos encontrado con un panorama un tanto desalentador ya que gran parte de los textos referidos a la infracapitalización, solo se limitan a exponer sobre la esencia del instituto, o sea, que es lo que debe interpretarse con esa denominación, o sino se dirigen al análisis de los efectos que ésta puede generar, poniendo el acento del trabajo hacia las responsabilidades societarias y/o concursales de los administradores por haber favorecido o participado ya sea directa o indirectamente en el desarrollo de tal patología.

Finalmente encontramos otro grupo que ha centrado su atención en dudar directamente en la existencia misma del fenómeno por considerar inconexos al capital social respecto del objeto social[1].

No es bajo ningún concepto intención nuestra, desmerecer las publicaciones y/o estudios que revisten las características apuntadas ya que, de hecho, aquellas habrán de nutrir este trabajo y han sido el motor principal que despertó nuestra inquietud.

Sin embargo, entendemos que analizar aisladamente al fenómeno de la infracapitalización pero sin propugnar alternativas de solución concretas, reales y efectivas, no contribuiría demasiado ni a quienes dedican su vida al estudio del derecho, mucho menos a quienes ejercen la profesión, y absolutamente nada a las principales damnificadas, las propias sociedades.

Determinante ha sido también, a los fines de seleccionar el tema, nuestra experiencia vivida en los últimos congresos de derecho societario. En ellos tuvimos la oportunidad de intercambiar opiniones con distinguidos colegas guiados por el mismo interés.

Si bien el intercambio de experiencias y puntos de vista siempre resulta absolutamente fructífero, igualmente debemos reconocer un dejo de decepción.

Ello porque no hemos encontrado soluciones concretas y viables, sino tan solo defensas férreas de posturas que si bien resultan atendibles, igualmente no se muestran como superadoras del conflicto sino más bien se limitan a reconocer el problema y determinar quienes resultan responsables en su consecuencia.

No pueden haber dudas ya que la infracapitalización societaria es un conflicto existente y real, entendemos que no sirve hoy por hoy continuar discutiendo sobre si debe considerarse su existencia o no, tan existente es que incluso ha sido planteada judicialmente, soluciones se han reclamado y castigos se han impuesto en la mencionada órbita judicial.

Si esto es así, si decidimos dejar de hacer oídos sordos a lo que la realidad y la práctica muestran, si decidimos salir de una postura netamente doctrinaria para ofrecer tareas de investigación realmente útiles y principalmente prácticas, debemos entonces dirigir nuestra tarea a procurar soluciones reales y concretas.

Este es y ha sido el objetivo primordial, el motor que nos llevó a seleccionar un tema que reiteramos, si bien ha sido tímidamente abordado y de modo indirecto por la doctrina, igualmente no se ha planteado de modo concreto y serio la conveniencia de acudir al estado de cesación de pagos como alternativa válida y superadora del estado de infracapitalización societaria.

Como indicamos, tan solo han utilizado unos pocos la conexidad, pero igualmente cuando lo han hecho, ha sido con la finalidad de desentrañar las responsabilidades en caso de que la infracapitalización se manifieste como un “hecho revelador” de la cesación de pagos. Así, por un lado se dirigen mayoritariamente a la selección de la sanción que debe imprimirse a una sociedad que se halla infracapitalizada, por ejemplo, si debe aplicarse la responsabilidad societaria, la concursal o ambas, o si debe aplicarse la teoría de la inoponibilidad jurídica; mientras que no se detienen a analizar si es posible la conexión entre ambos institutos. Pareciera que la naturaleza económica o financiera que puede presentar cada uno de ellos es un tema menor.

Justamente por ello es que decimos que la tendencia ha sido analizar las consecuencias de la infracapitalización pero jamás de hallar vías superadoras de la misma. Se analizan los efectos dañinos que genera pero no se analiza como evitarlos.

Así las cosas, y habiéndonos enfrentado con ese panorama, decidimos emprender el camino propuesto con una primordial y sincera intención, la de encontrar una alternativa eficaz que brinde soluciones reales al problema de la infracapitalización societaria.

Creemos que, de acuerdo con las herramientas legislativas vigentes y asimismo sin dejar de tener en cuenta que la problemática en cuestión (tanto la cesación de pagos como la infracapitalización) transitan por cuestiones de índole económico - financieras, la vía de solución más adecuada no puede ser otra que la alternativa concursal.

Ello porque, de lograrse la compatibilización de ambos institutos y, tras lograr incorporar a una sociedad infracapitalizada por los conductos del derecho concursal, entonces se estará en condiciones de la apertura de un concurso preventivo al ente infracapitalizado, procurándose así 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 accionistas.

Reconocemos que la tarea no ha de ser simple, considerando la naturaleza compleja que presenta tanto la infracapitalización societaria como el mismo estado de cesación de pagos, pero igualmente no nos resignamos a considerar que el tema no encuentra solución y que una sociedad infracapitalizada, cuando padece dicha enfermedad, no tiene otra salida que la del art. 94 inc. 5 de la ley 19.550 debiendo en consecuencia disolverse y liquidarse.

De continuar bajo estas reglas, la sociedad morirá; los acreedores verán morir a su acreedor principal, y por ende, disuelta su garantía, y los socios verán la liquidación del capital que alguna vez aportaron como del patrimonio generado con el transcurso del tiempo del cual ya no son más propietarios; todos pierden.

## Capítulo I - La infracapitalización societaria [\[arriba\]](#)

### A) Primer elemento: *El capital Social.*-

#### 1). *Concepto.*-

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 extremos impensados.

Los límites de los mercados comienzan a disiparse como consecuencia de verse atestados por empresas multinacionales. No puede dudarse que el sujeto de derecho comercial es, hoy por hoy, el instrumento técnico-jurídico denominado sociedad, toda empresa ha adoptado de modo generalizado dicho ropaje jurídico.

De acuerdo a las nociones propias de nuestro derecho societario, todo contrato social posee elementos generales y elementos específicos. Entre éstos últimos se incluye la existencia de un fondo común, conformado por fondos que los socios deberán aportar para el cumplimiento del fin mismo de la sociedad (intercambio de bienes y/o servicios de acuerdo al art. 1 LSC). “Tales aportes, que individualmente considerados no son sino obligaciones de dar, una vez efectuados pasan a formar parte del capital de una sociedad cuya diferente personalidad jurídica respecto de sus socios hace que pertenezcan con exclusividad a aquella”[2].

Asimismo, el legislador ha establecido en el art. 11 de la ley 19.550, como requisito esencial para la constitución de cualquier sociedad, la conformación de ese capital social (o fondo común), sin embargo solo se limitó en el inc. 4 del referido artículo a indicar que éste deberá ser expresado en moneda argentina y que deberá mencionarse el aporte de cada socio.

Por su parte, 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 suscripto, cumpliendo el mismo de ese modo con una función esencial de garantía frente a los terceros.

Es por ello que el legislador ha buscado, mediante diversas normas y en miras a la protección de los acreedores, la conservación a ultranzas del capital social ya que parece ser una verdadera cifra de retención, que imposibilita distribuir dividendos entre los socios si los mismos no emergen de ganancias realizadas y liquidadas. Esto es, se deberá alcanzar y superar patrimonialmente esta cifra, expresada en el capital social, para poder distribuir tales dividendos.

Ahora bien, entendiendo el capital social como “el monto establecido en el acto constitutivo de la sociedad, expresado en moneda nacional, que valora los aportes comprometidos por los accionistas”[3], debemos distinguir dos nociones de capital que nos permitirán comprender con mayor precisión, cuando el capital podrá afectar derechos de terceros.

Distinguiamos entonces a la noción Jurídica y la noción económica o contable, “Cuando nos referimos a la primera, hacemos referencia al capital como conjunto de aportes suscripto por los socios, en cambio en la segunda, nos referimos al capital efectivamente integrado por ellos. Esta última, llamada también corriente activa, corresponde a la fracción del patrimonio que efectivamente han aportado los socios, mientras que aquella, vertiente pasiva, representa el valor de esos bienes, indicando la cifra contable que se inscribe en el pasivo”[4]. Ampliaremos esta distinción más adelante, al ocuparnos de la función económica y jurídica del capital social.

## *II. Capital Social y Patrimonio social - Distinción.-*

Asimismo, a los fines de comprender la dinámica del instituto y de modo previo a ingresar en el estudio propiamente dicho del fenómeno de la infracapitalización, debe tenerse comprendida acabadamente la distinción entre el capital social y el patrimonio de la sociedad ya que será ésta diferencia la que en definitiva nos conduzca a determinar donde radica realmente la garantía de terceros, y asimismo, ha de ayudarnos a forjar una postura respecto si debe y/o puede considerarse a la infracapitalización de una sociedad como hecho revelador del estado de cesación de pagos.

Si bien determinar las diferencias conceptuales entre ambos elementos no parece generar mayores dificultades al lector e incluso las mismas han sido desarrolladas de manera acabada y suficiente por la más reconocida doctrina, sin embargo no es menos cierto que “la ley de sociedades comerciales no ha regulado suficientemente los alcances y sentido del patrimonio social, otorgando al capital una trascendencia que no tiene, en desmedro de lo verdaderamente importante para los socios y terceros, que es el patrimonio”[5], por ello hemos decidido reconsiderar la distinción ya que justamente esta diferencia es la que inclinará la balanza a favor o en desmedro de considerar viable al vínculo pretendido al momento de realizar nuestras conclusiones.

Lo cierto es que, si bien se muestran como conceptos coincidentes en determinado momento de la existencia del ente societario[6], resultan ser en esencia sumamente distintos ya que su existencia, reconocimiento y cuantía producen efectos diversos.

Así, decimos que el capital social es un concepto estático, inicialmente constituido por el valor atribuido al conjunto de los aportes de los socios[7], que debe permanecer durante la vida de la sociedad inalterado, invariable, inmutable salvo que se lleven a cabo los supuestos legales de aumento o disminución de capital, los que deberán respetar los requisitos de validez impuestos por el ordenamiento vigente.

Se ha señalado que “el origen de este concepto se encuentra directamente relacionado con el principio de limitación de la responsabilidad de los socios preestablecido para ciertos tipos de sociedades comerciales, ya que el concepto de capital social es introducido a nuestra legislación para individualizar la porción de bienes que queda indisponible y, por ello, es garantía de los acreedores, mientras que los restantes bienes si pueden ser retornados a los socios, cumpliendo las exigencias de la ley, vía distribución de utilidades”[8].

Tal como lo establece nuestra ley de sociedades y de acuerdo lo ha manifestado el maestro Vivante, el capital como elemento esencial no tipificante “representa un asiento constante en la formación del balance social; que figura de acuerdo la propia imposición legal en el pasivo de cada ejercicio con la suma establecida por el acto constitutivo, para que, en contrapartida del mismo, se pueda inscribir en el activo un total equivalente en bienes, de créditos o de pérdidas, para garantía o advertencia de los acreedores sociales. Realiza la función de moderador legal y contable de la vida social, determina en función reguladora, cuál es el máximo límite de los beneficios que se pueden repartir, cuál ha de ser el importe de las reservas, cuándo se deba proceder a la disolución de la sociedad o cuándo se tenga que modificar el Estatuto social a causa de las pérdidas sufridas.”[9]

En el punto siguiente trataremos las funciones que cumple el capital social, pero, tal como lo indicamos, antes de ingresar en su análisis debemos distinguir claramente al capital social del patrimonio social, “concepto éste que no tiene características propias en el derecho de sociedades” [10], sino que se halla presente en todas las ramas del derecho, pues es un atributo de la persona.

El concepto de patrimonio ya ha sido definido por nuestro gran codificador en el art. 2312 del Código Civil como “El Conjunto de bienes de una persona”. Comprensivo tanto del activo como del pasivo. Refiere este concepto al conjunto de derechos y obligaciones de la sociedad en tanto sujeto de derecho.

En contraste con el concepto de capital social, se trata de un concepto dinámico, que se modifica permanentemente, es variable, mutable, aumentará o disminuirá de acuerdo a los resultados positivos o negativos de la actividad financiera de la sociedad.

En reiteradas oportunidades se ha indicado que ambos conceptos solo coinciden en el momento inicial de constitución de la sociedad ya que en dicho momento la sociedad posee solamente el patrimonio constituido por el aporte de los socios, sin incremento financiero alguno y tampoco deudas preexistentes.

Sin embargo, dejamos sentado nuestro desacuerdo con esa afirmación ya que, adherir a la misma significaría hacer oídos sordos a lo que la realidad y la práctica societaria muestran, ¿Cómo fundamos dicha afirmación?, de la siguiente manera.



La ecuación es simple, de acuerdo a lo receptado por nuestra ley de sociedades, se establecen diversas acepciones de capital social, distinguiéndose entre capital suscrito y capital integrado. Si bien establece el cuerpo normativo la obligación de suscribir en un cien por ciento los aportes, ya sean estos en dinero o en especie, sabido es también que la propia ley faculta a que la integración de los mismos, en el caso de realizarse en dinero efectivo, se efectúe sólo en un 25%, relegándose el complemento del 75% restante a un plazo de dos años de modo que, de practicarse la integración mediante esta modalidad (como usualmente sucede) difícilmente a los inicios del funcionamiento del ente coincidan los conceptos de capital y patrimonio sociales.

Por su parte, y continuando con el razonamiento. ¿Cómo se satisface, en la práctica, el cumplimiento de la integración del 25% del capital y posteriormente el restante 75% dentro de los dos años?

Se cumplen acreditando por ante la autoridad de contralor el respectivo depósito bancario del que surge el monto que ha sido destinado a una cuenta abierta a nombre de la sociedad (reiteramos, generalmente no es superior al 25% del capital suscrito). Luego, una vez acreditado el depósito, la autoridad de contralor continúa con las exigencias tendientes a disponer la inscripción de la sociedad, situación ésta que perdura por un lapso cuya duración dependerá de la jurisdicción en la que se pretenda inscribir el ente societario. Finalmente, y una vez inscripta la sociedad en el registro público de comercio, los socios estarán en condiciones de retirar los fondos depositados en la cuenta abierta a nombre de la sociedad.

Entonces, si imaginamos una sociedad que posea un capital social de veinte mil pesos, constituida mediante aportes en efectivo y ejerciendo los socios la posibilidad de depositar solo el 25% del capital suscrito, en ese momento inicial el patrimonio será de cinco mil pesos y el capital de veinte mil. A su vez, luego de inscripta la sociedad, cuando ya los socios pueden dirigirse al banco para retirar los fondos depositados, el patrimonio se reduce a cero pesos y el capital se mantiene en veinte mil. ¿No Estamos acaso frente a una subcapitalización de origen, permitida legalmente?

Lo mismo debemos advertir respecto del supuesto de sobrevaluación de los bienes a aportar. Si bien es cierto que existe la posibilidad de impugnar dichas valuaciones, en tanto ello no ocurra, mientras no haya reclamo alguno, ¿No estamos ante una infracapitalización encubierta legalmente?

Por ello entendemos que la afirmación que capital y patrimonio social son dos conceptos distintos pero que coinciden necesariamente en un momento inicial debe ser cuanto menos, relativizada.

Finalmente resulta necesario, teniendo en cuenta los fines perseguidos mediante este trabajo, advertir que, según los conceptos de capital social y patrimonio social analizados, pareciera entonces que la escasez o insuficiencia de uno y de otro generan efectos absolutamente distintos ya que, a pesar de tratarse de conceptos entrecruzados, uno atiende a un elemento estructural del ente societario y a cuestiones vinculadas con las garantías “económicas” que debe acreditar la sociedad como es el capital social, mientras que el patrimonio social atiende al aspecto “dinámico o financiero” de la misma.

Dicha interpretación, que el capital social no interfiere con la cuestión financiera del ente societario sino más bien responde a cuestiones de tipo económicas, respetaría toda la concepción doctrinaria y jurisprudencial en la materia. Sin embargo nuestra misión justamente consiste en desentrañar si el capital social cumple o no también una misión financiera en la vida del ente para así lograr compatibilizarla con la dimensión concursal del derecho.

### *III. Funciones del capital social.-*

En el presente apartado analizaremos las funciones que cumple este elemento esencial, ya que solo conociendo el verdadero papel que juega en los entes sociales, podremos determinar en que grado la insuficiencia o escasez del mismo, respecto del objeto social, puede o no comprometer la viabilidad de la organización empresaria de la sociedad e incluso, si puede determinar “per-se” la necesidad de acudir a un remedio preventivo y/o liquidativo del ente.

Por ello y debido a que en doctrina se han clasificado a las funciones que cumple el capital social de múltiples maneras, para no abusar con clasificaciones y denominaciones que se han esbozado respecto de las mismas, hemos decidido exponer sólo las que consideramos más adecuadas y ejemplificativas.

Así, se ha indicado que las principales funciones que cumple el capital social pueden clasificarse en: Función de garantía, función organizativa y función de productividad [11], o bien, y de un modo tal vez mas genérico pero no por ello menos adecuado, se ha distinguido las funciones económicas y funciones jurídicas que cumple el elemento.[12]

#### *III a). Clasificación tripartita de las funciones: Garantía, Organizativa y Productividad.-*

##### *1) Función de Garantía.-*

Tomando la primera clasificación, puede advertirse que hemos ubicado a la función de garantía en primer lugar. Ello no responde a motivos netamente aleatorios, sino a que en nuestro sistema jurídico, sobre esta función es donde reposa, o bien se ha pretendido que repose, el fundamento de la propia existencia del capital social como elemento esencial de las sociedades comerciales ya que tal como se ha instrumentado en la legislación vigente, en el capital social radica la garantía (supuestamente indirecta e indirecta) de los terceros respecto de sus relaciones con la sociedad.

La función de garantía del capital social busca entonces asegurar que una porción del patrimonio social no sea distribuida entre los socios, adquiriendo mayor importancia, en cuanto garantía patrimonial a los terceros, las nociones de solvencia y liquidez.[13]. Puede advertirse de este concepto ya, un vínculo entre el capital social y la situación financiera del ente societario.

Justamente se debe a la semejante trascendencia que se ha dado a la función de garantía que cumple el capital social, que el sistema normativo societario ha dotado al mismo de ciertos principios protectorios del mismo tales como la unidad; determinación, efectividad; inviolabilidad e invariabilidad; diseminados ellos en diversas normas del cuerpo legal.

Con acierto, se ha señalado que “esta función de garantía relaciona indirectamente al capital social con el objeto social ya que es justamente éste último el que enmarca el cúmulo de actividades que desarrolla o puede desarrollar la sociedad y que al momento del inicio de las actividades, breve momento en la vida de la sociedad, es cuando la función de garantía del capital social adquiere mayor relevancia, ya que en esos momentos el capital social se va a confundir o asimilar con el patrimonio neto de la sociedad”[14].

No cabe duda que no puede efectuarse un estudio serio sobre cualquier temática que compete al capital social, tal como es nuestro caso, sin desarrollar el contenido de esta función de garantía, que se muestra y ha sido considerada por la mayoría de la doctrina como la piedra angular de nuestro sistema jurídico - societario, sustentado en todos los casos, en la existencia de un capital social. Más allá, que tanto la existencia del mismo como su función de garantía tanto en doctrina como en la misma práctica societaria ha comenzado a generar serias dudas, cuestión que no desconocemos.

Coincidimos con la interesante reflexión efectuada por el Dr. Di Chiazza, en una ponencia presentada en el IX Congreso Argentino de Derecho Societario titulada “La malsana función de garantía del capital social. Acerca de un artificio hipócrita que se repite cual verdad sagrada”. Allí critica severamente la función de garantía asignada al capital social indicando que es un “artificio hipócrita” ya que “El capital social no cumple una función de garantía. Considera desde una perspectiva ontológica, que el capital social no desempeña ni está llamado a desempeñar tal función ya que atento al comportamiento racional de los acreedores a los que teóricamente protegería el capital social y a la existencia de regímenes especiales protectorios que son, en definitiva, quienes conciertan un plus de protección a los acreedores vulnerables[15]”.

Fundamenta este autor su afirmación mediante un análisis referido especialmente a los sujetos supuestamente protegidos por la llamada “función de garantía”, esto es, a los terceros.

Se pregunta el autor, ¿A qué acreedores se alude cuando se señala que es en protección de ellos que ha sido instituida la función de garantía del capital social? Para contestar dicho interrogante, efectúa una clasificación de acreedores, a los que agrupa en acreedores vulnerables y acreedores invulnerables.

En el último grupo, o sea de acreedores invulnerables, incluye a los acreedores contractuales, con posibilidades de requerir información respecto de con quien están contratando y la solvencia de su co-contratante, como así también a los que conocen la necesidad de requerir garantías suficientes para asegurar el cobro de su crédito. En cambio ubica a los acreedores vulnerables a aquellos acreedores extracontractuales, incapacitados o bien imposibilitados de realizar un análisis de riesgos crediticios, ya sea por desconocimiento o por ligereza e inexperiencia.

Respecto de los acreedores invulnerables cuestiona la supuesta función de garantía que cumpliría frente a ellos el capital social de una sociedad, justamente por el hecho de resultar en estos casos absolutamente posible la propia protección del crédito por parte de cada acreedor, sin necesidad de acudir a un régimen legal especial que los proteja. Por su parte, para los acreedores vulnerables entiende que resulta más apropiado y más efectivo acudir a regímenes de seguros que

tutelen la situación de los terceros o bien, acudir a la aplicación de la doctrina del corrimiento del velo societario para conseguir la ansiada protección.

Culmina su análisis argumentado que el verdadero perjuicio para los acreedores “vulnerables” recién aparecerá cuando la sociedad se insolvente o cuando dejare de cumplir con sus obligaciones. Entiende que en este supuesto entrará en escena la ley de concursos y quiebras, conclusión a la que adherimos.

En igual línea de pensamiento se ha indicado que “Tal función de garantía, al menos en un sentido clásico del término, debe ser reformulada. Los sujetos responden con todo su patrimonio, dentro del cual el capital es solo un instituto de naturaleza societaria que debe ser entendido mayormente como una cuenta o asiento integrante de aquel. El tercero que evalúa la solvencia de un ente difícilmente repare únicamente -siquiera principalmente- en la cuenta capital” [16]

No pretendemos extendernos en demasía con el análisis de la viabilidad o no del capital social en tanto garantía frente a los acreedores, ya que es muy probable que dicha tarea abarque cuanto menos un trabajo especialmente dedicado a dichos fines, sin embargo debemos señalar igualmente dos elementos que a nuestro entender resultan de especial importancia sobre cualquier reflexión que al respecto se pretenda realizar.

Por un lado, no puede perderse de vista que siempre, por más que circunstancialmente se olvide, son las fuentes del derecho quienes brindan respuestas a inquietudes que parecen no tener solución. Asimismo, no debemos tener una mentalidad jurídica “necia”, pues si las decisiones legislativas plasmadas en un cuerpo normativo no dan soluciones a la realidad jurídica actual, deberemos entonces emprender una infructuosa lucha en la búsqueda del cambio necesario para luego arribar a posibles soluciones reales.

Nos explicamos: Cuando decimos que las fuentes del derecho son quienes en definitiva nos van a aportar soluciones concretas y reales, queremos recordar un principio que parece, hemos olvidamos a medida que vamos transitando el devenir de la práctica profesional, “El patrimonio es la garantía común de los acreedores”.

Así, si releemos las grandes distinciones apuntadas precedentemente entre los conceptos de patrimonio social y capital social fácil resultará advertir a donde es que debemos dirigirnos, esto es, deberá aceptarse que es en realidad el patrimonio neto (con todos sus rubros) de la sociedad quien esta llamado a cumplir con la mencionada función de garantía frente a terceros por el cumplimiento de las obligaciones sociales.

Por su parte, cuando propugnamos la necesidad de adoptar una mentalidad abierta en busca de soluciones alternativas a las previstas normativamente, queremos advertir que, parece resultar evidente la inconveniencia del establecimiento de un capital fijo y mucho menos un capital mínimo, pues siempre nos encontraremos con la evidente situación de que cada emprendimiento es único, independiente, distinto del resto y esencialmente variable, al igual que la realidad económica del país.

De modo que un emprendimiento que comenzó según ciertos parámetros de la realidad podrá ir sufriendo variaciones propias de la actividad que el capital social

no podrá jamás acompañar por lo menos al ritmo de aquella, como consecuencia de la invariabilidad prevista para el mismo por la propia legislación vigente.

A pesar de ello la ley, haciendo oídos sordos a la individualidad y distinción de cada emprendimiento, mide a todos con la misma vara imponiendo la misma “garantía” o “capital mínimo” para todos por igual.

Parece entonces más que aceptable la inquietud que ha venido desarrollando la doctrina en torno a la necesidad de un profundo replanteo acerca de la propia existencia del capital social como garantía de terceros. Reconocemos que se han efectuado interesantes alternativas de sustitución del capital social[17].

Sin embargo lo cierto es que hasta la actualidad, ya sea por cuestiones de política legislativa o simplemente por inacción del legislador ninguna ha sido plasmada normativamente, nuestro sistema por suerte o por desgracia, sigue siendo el mismo desde hace varias décadas, a pesar que la realidad ha mutado de manera imprevisible.

Pero no debemos desviar nuestra atención, no es el objetivo del presente analizar las inexplicables causas que motivan la continuidad de una legislación que luce vetusta e insuficiente, nuestro objetivo se dirige a determinar si resulta viable una solución efectiva ante supuestos en que la sociedad se halla infracapitalizada, concretamente si dicha sociedad puede ser considerada ante ese desequilibrio entre el capital social y el objeto social, en estado de cesación de pagos y asimismo, en caso de resultar positiva la respuesta, si resulta conveniente hacerlo.

Continuamos con el análisis de las otras funciones que, ha entendido la doctrina, cumple el capital social. No sin antes advertir que, adherimos a la postura que entiende que no es verdaderamente el capital social el que va a poder proporcionar satisfacción a los intereses de terceros sino más bien el patrimonio.

## *2.- Función Organizativa.-*

Asimismo se ha indicado que el capital social posee una función organizativa, la que se manifiesta en un doble sentido pues organiza la estructura financiera de la sociedad y precisa la posición jurídica de los socios en la vida social[18].

Esta función hace referencia a la utilidad del capital social en cuanto fija pautas desde la propia génesis del ente societario tanto en las relaciones internas del mismo como en las externas. Será el capital social, de acuerdo a la función organizativa entre otras situaciones: 1) El que fije la participación que posee cada accionista en la toma de decisiones sociales; 2) La participación en los dividendos que arroje el balance de ejercicio; 3) La existencia de órganos de fiscalización independientes o no; 4) La composición orgánica del directorio, 5) Los casos de reducción obligatoria, etc.-

## *3.- Función de Productividad.-*

Por último, nos ocupamos de la función de productividad que cumple o cumpliría el capital social.

A los fines de ser comprendida acabadamente, recordamos la acepción de capital social como “el conjunto de las aportaciones sociales”[19].

Acudimos a dicha acepción de capital social ya que justamente ese conjunto de aportaciones, ya sea efectuado en efectivo o mediante bienes en especie, conforma un complejo económico que se halla afectado al cumplimiento de las actividades previstas en el objeto social, por ello es que se entiende que es el capital social el que constituye en definitiva el núcleo productivo de la actividad empresaria[20] del ente.

Se ha entendido que “Esta función, de contenido económico y no jurídico, se relaciona con la aplicación del fondo común, traducido en capital social, para la producción e intercambio de bienes y servicios. Así entendido, lógicamente tendrá vinculación con el principio de adecuación y suficiencia, a los que antes aludiéramos, y que relacionan -si bien de manera equívoca- el importe de la cuenta capital con los factores productivos. Su aplicación ha ido mermando a medida que los mercados desarrollaban medios alternativos de financiamiento, de forma tal que esta función, hoy día, ha perdido virtualidad”[21].

*III b).- Clasificación bipartita de las funciones: Función económica y Función jurídica.-*

En realidad no es una clasificación que difiera en esencia con la expuesta precedentemente, sino que organiza las funciones tomando como base dos aspectos tan trascendentales para la vida de la sociedad como son el jurídico y el económico.

Cuando referimos a la función económica, hacemos referencia al rol que cumple el capital de “servir como elemento funcional generador de la actividad productiva de la empresa; de aquí que la determinación de su cuantía adquiera relevancia conforme a la naturaleza y magnitud de dicha actividad.”[22].

Respecto de esta dimensión económica del capital social, cabe advertir que existe cierta discordancia entre las prescripciones de la ley de sociedades y la práctica contable respecto de la naturaleza y ubicación de la cuenta “capital social” dentro del balance. Ello debido a que la legislación vigente establece que el capital social se ubica dentro del pasivo social (como una especie de cifra de retención a favor de la garantía de terceros) mientras que la práctica contable lo ubica como una cifra del Patrimonio Neto.

Al respecto se ha indicado que “Contablemente, la LS alude en el art. 63 inc. 2° ap. II a) y d) la cuenta capital. Esta, al igual que las cuentas de reservas y utilidades no distribuidas, integra el pasivo social que no corresponde a terceros. Se la incluye dentro del patrimonio neto, pese a la omisión de la norma en tal sentido, por tratarse de una deuda de la sociedad con sus socios que se encuentra postergada y sólo se hará efectiva al tiempo de la liquidación, y por una cuestión de índole técnica destinada a retener en el haber social una porción de elementos de contenido patrimonial que sirvan de garantía a terceros”[23].

Especial atención merecen las palabras del Dr. Jesús Rubio al indicar que “como bien lo ha expresado la jurisprudencia, la determinación de la potencia patrimonial de una sociedad resulta de la interacción recíproca de los componentes activos y

pasivos de su patrimonio, así como la liquidez, elasticidad, etc. de tales componentes y no del monto del capital aportado por los socios a la sociedad”[24].

Decimos que ese llamado de atención requiere un análisis especial ya que en el mismo reside, creemos, el meollo de la cuestión. Estamos en un ciento por ciento de acuerdo con la advertencia efectuada precedentemente ya que no es real que en la práctica sea el capital social quien determine la capacidad o potencia económico - financiera del ente. No es real que quienes contratan con la sociedad lo hagan como consecuencia de la solvencia que emerge del capital social, sino que lo relevante es el patrimonio que el ente posea.

Sin embargo, esta circunstancia no parece haber sido considerada expresamente por nuestra legislación societaria la que sólo se ha ocupado de determinar la existencia de un capital social, sentenciando la muerte anunciada o estado de disolución al ente para el caso de que “pierda” dicho elemento, de acuerdo lo establece el art. 94 inc. 3.

De modo que por medio de esta función económica que cumple el capital social pareciera que el mismo determina la potencia económica y financiera del ente, si bien en la práctica no es absolutamente de ese modo, para nuestra legislación “es o debería” ser así.

Asimismo, el hecho de que la ley no haya diferenciado de manera alguna los conceptos de patrimonio social y capital social, tendrá amplias repercusiones en nuestro viaje ya que para vincular a la infracapitalización con la cesación de pagos resultará de vital importancia el determinar si el elemento económico del capital social también abarca las cuestiones financieras. Dejamos este tópico para ser considerado al momento de analizar el vínculo infracapitalización - cesación de pagos.

Respecto de la función jurídica del capital social, en realidad ésta incluye particularmente la función de garantía analizada en la división tripartita de las funciones del capital social.

Así, se tiene dicho que “La función jurídica del capital social gira alrededor de dos consideraciones principales; la primera es que sirve de garantía frente a los acreedores y la segunda, que sirve como elemento básico determinante de la posición de socio. Araya añade algunas consideraciones que así sintetizamos: 1) El capital social protege a los terceros a partir del principio de la limitación de la responsabilidad del accionista. 2) En rigor, la garantía de los acreedores está constituida por los bienes que la sociedad tienen en su activo; luego, hablar de la función de garantía del capital social equivale a resaltar lo previsto legalmente para que los socios no puedan cercenar esa porción del patrimonio llamada capital social”[25] .

#### *IV.- Principios que rigen el capital social.-*

Por último, concluyendo con el análisis de este primer elemento que conforma el fenómeno denominado infracapitalización societaria, a los fines de arribar a una visión acabada del mismo, se expondrán sintéticamente los denominados “principios que rigen el capital social”, que a saber son: De Unidad; de determinación; de inviolabilidad; de intangibilidad o inmutabilidad.

El principio de unidad determina que el capital social es sólo uno, único, más allá que la sociedad posea unidades económicas diversas, distribuidas físicamente distantes unas de otras, el capital social será siempre el mismo. Este principio encuentra su fundamento en la propia distinción entre sociedad y empresa, en donde la organización económica (empresa) que el sujeto de derecho (sociedad) decide tener, si bien puede ser múltiple, mediante el establecimiento de sucursales o filiales, sin embargo ello no significa que el capital social del ente sea múltiple y que debido a ello halla tantos capitales sociales como sucursales o filiales haya, el capital social seguirá siendo el mismo, aplicado a diversos emprendimientos económicos.

Respecto del principio de determinación del capital social, establece que el capital debe ser expresado, en el contrato constitutivo, en forma precisa y exacta, en moneda de curso legal al momento de la constitución[26]. Como puede advertirse la necesidad de que el capital sea expresado en forma precisa persigue que la garantía frente a terceros sea real, que los terceros puedan conocer a ciencia cierta cual es la garantía directa con la que cuentan al momento de contratar con la sociedad.

El principio de Inviolabilidad o también denominado de intangibilidad, invariabilidad o inmutabilidad del capital social[27], ha sido definido como “aquel que dispone que el capital social no puede ser variado (aumentado o disminuido) sin arreglo a las disposiciones legales pertinentes”[28]

Como surge del concepto vertido, intangibilidad o invariabilidad no significan en absoluto que el capital deba mantenerse estático durante toda la vida de la sociedad, ya que ello importaría que la sociedad jamás podría, ya sea por necesidad o como consecuencia del éxito o del fracaso en su actividad empresarial, aumentar o disminuir su capital. Intangibilidad significa entonces que para poder variarlo habrá que cumplir con los mecanismos jurídicos establecidos por la ley 19.550 para hacerlo, pero si los mismos se cumplen nada impide que la cifra sea modificada.

El Principio de efectividad significa (o mejor dicho pretende significar) que el capital social expresado en el contrato constitutivo, debe existir realmente o efectivamente en el activo de la sociedad, siendo equivalente a las aportaciones efectuadas por los socios.

No puede dejar de señalarse la crisis que este principio ha demostrado en la práctica societaria, ya que son innumerables los casos en que los entes societarios poseen pasivos que superan ampliamente a sus activos, y asimismo a la cifra de capital social, generándose la situación en la que si la sociedad debe cumplir ciertas deudas echando mano a la supuesta cifra de capital social, ésta es inexistente o sumamente inferior a la indicada en el contrato social.

*B). Segundo elemento: el objeto social*

*I. Concepto.-*

Pasamos ahora a analizar el otro componente que hace a la existencia misma del fenómeno de la infracapitalización societaria, el objeto social.



Resulta de vital trascendencia su estudio ya que será éste el elemento que en definitiva indique si aquel conjunto de aportes que constituyen el capital social resulta o no suficiente para la concreción de las actividades sociales.

Por ello debe delimitarse con precisión qué se entiende por objeto social. Asimismo deberá distinguirse ese elemento de lo que son las actividades sociales que la sociedad ejerce por encontrarse descritas y englobadas en aquel. A esta tarea nos avocaremos a renglón seguido.

Si bien no caben dudas respecto de la importancia de este elemento, cabe recordar que, además de constituir uno de los pilares sobre los cuales se nutre la teoría de la infracapitalización societaria fija también, nada más y nada menos que el centro imputativo del régimen general de responsabilidad de los administradores; determina posibles supuestos de disolución del ente societario e incluso es el objeto social quien dirige en definitiva la actuación de la vida económica y jurídica de la sociedad misma.

En ese sentido se ha indicado que “El objeto cumple una triple función de garantía, según se atiendan los intereses de la sociedad, sus socios y terceros. A) respecto de la sociedad, por cuanto al establecer los actos o categorías de actos que podrá realizar la sociedad para lograr su fin, delimita su ámbito de actuación; B) respecto de los socios, al circunscribir a aquellos la actuación de los administradores y el evitar que destino de los aportes realizados por los socios sea otro que el requerido para la consecución de los fines sociales (art. 58 LSC); C) respecto de los terceros, es el objeto el que les permite conocer la validez de las obligaciones que los administradores procuren atribuir al ente (art. 58 LSC).[29]”

Al igual que el capital social, se han vertido en doctrina numerosos conceptos sobre objeto social. Por ello es que hemos decidido incorporar un concepto que sea comprensivo y que abarque por un lado, aquellas corrientes que identifican al objeto con la materia que hace al contrato social y por el otro aquellos que identifican el objeto con el contenido del negocio jurídico propiamente dicho.

Hemos considerado apropiada aquella que define al objeto social como “el dato de la normativa societaria que estatuye la actividad, o el complejo de actividades, que los socios se proponen cumplir bajo el nombre social, por actuación de los órganos sociales y en las condiciones de responsabilidad que determine cada tipo social”[30].

Tal como se advierte, la descripción de las actividades que el mismo contiene, por haber sido incluidas por los socios fundadores en el acto o contrato constitutivo, determinará en definitiva la capacidad para actuar que detendrá durante su actividad el ente (salvo modificación estatutaria que cambie el objeto social).

Asimismo, fijará también el ámbito de imputación de responsabilidad del ente[31], así lo ha dispuesto nuestra ley de sociedades, pues según el propio art. 58 los actos que excedan el objeto social no obligan a la sociedad. Cuestión ésta, la de determinar cuando un acto excede o no al objeto social a la que sólo hacemos referencia, ya que su estudio en profundidad que excede nuestro propósito.

Como lo indicamos al comenzar el tratamiento de esta temática, debe distinguirse claramente al objeto social, de las actividades sociales incluidas expresa o tácitamente en el mismo, a los fines justamente de lograrlo.

Mientras que “el objeto social esta determinado por la categoría de actos para cuyo ejercicio se constituyó la sociedad, la actividad social, en cambio, es el ejercicio efectivo de actos por la sociedad en funcionamiento...”[32], de modo que para determinar un capital social, necesariamente se deberá prestar atención a la actividad económica descripta en el acto de constitución del ente societario.

Si ello se cumple, si se tienen presente las actividades que los socios pretenden cumplir mediante la figura societaria, relacionándolas con el capital social, seguramente habrán de evitarse exigencias por parte de la autoridad de contralor respecto de capitales sociales requeridos como mínimos pero que resultan para los interesados sumamente abultados, debido a que los socios han previsto (tal vez imprudentemente o tal vez no) en el objeto realizar numerosas actividades que resultan ostensiblemente onerosas para lo que es el emprendimiento propiamente dicho, pero que en el futuro podrían realizarse.

## *II. Objeto Social. Caracteres.-*

El objeto social de toda sociedad debe ser posible, lícito, no prohibido, preciso y determinado.

Creemos que resulta necesario profundizar dichos conceptos e interpretar a que refirió el legislador en el inc 3. del art. 11 de la LSC, cuando estableció expresamente los requisitos de precisión y determinación del objeto, ya que de acuerdo a la interpretación que se les de resultará necesario, o no, la delimitación de un capital equilibrado al objeto y en consecuencia podremos determinar la existencia o no del propio fenómeno de la infracapitalización societaria.

Cuando decimos que debe ser “posible”, hacemos referencia a una posibilidad de tipo física, ya que de no ser físicamente posible el objeto habrá de incurrir la nulidad de la sociedad en los supuestos de nulidad societaria, por tratarse de una sociedad con objeto imposible, o bien podría ingresar el ente societario en estado de disolución a consecuencia de tornarse operativo el supuesto de imposibilidad de cumplimiento del objeto social.

Cabe agregar que, a los fines de considerar que el objeto social satisface este requisito, que “La posibilidad fáctica debe valuarse en base a la viabilidad práctica, a la luz de las circunstancias que rodean a la sociedad, de llevar a cabo las actividades previstas”[33].

Asimismo, el objeto debe ser jurídicamente lícito, entendiéndose por aquel que no sea contrario a la ley, la moral o las buenas costumbres. La ley de sociedades se ocupa expresamente de proteger la licitud del objeto social mediante la sanción de nulidad o anulabilidad para los supuestos en que la sociedad se constituya con un objeto ilícito o bien se desarrollen actividades ilícitas a pesar de existir un objeto lícito.

Sirve aclarar que el supuesto de constitución de sociedades con objeto ilícito resulta de improbable o imposible realización práctica ya que justamente la autoridad de contralor se ocupa de examinar los requisitos formales en la

constitución del ente, igualmente la LSC se ha ocupado de sancionar con la pena máxima a dicho supuesto (nulidad absoluta).

Distinto es el caso en que lo que resulta ilícito son las actividades desarrolladas como consecuencia del objeto social ya que aquí sí se requiere un examen en profundidad a los fines de determinar si la actividad resulta en ese caso y respecto a ese objeto, ilícita o no[34].

No debe confundirse este requisito de licitud con la circunstancia prevista por el art. 19 de la L.S, respecto de que el objeto no se halle expresamente prohibido en razón del tipo. Esto es, el objeto puede ser absolutamente lícito pero pese a ello no estar permitido a ciertos tipos de sociedad el desarrollo del mismo como es el caso de los bancos, aseguradoras, etc.

Respecto de los caracteres de precisión y determinación, se ha indicado que "...el carácter de preciso y determinado que la ley exige al objeto social no supone necesariamente un objeto único, sino sólo concreción"[35], o sea debe interpretarse que el mismo sólo, "debe ser enunciado con exactitud, evitando ambigüedades y vaguedades"[36].

Es decir, si bien el objeto debe ser individualizado, ello no implica que no puedan incluirse actividades diversas entre sí, pero destinadas a concretarlo. Más aún, creemos que hace a la responsabilidad de quien confecciona el contrato social incluir en la cláusula referida al objeto social el espectro lo más amplio posible de actividades relacionadas al objeto social pero siempre, claro está, respetando los requisitos de precisión y determinación en post de la protección respecto de los terceros.

Avala dicha interpretación, el propio régimen general de responsabilidad establecido por el art. 58 de la L.S, cuando recepta la teoría de la apariencia[37], que sostiene que la sociedad es quien responderá y deberá soportar las consecuencias del acto celebrado vulnerando la representación plural, preservando de este modo a los terceros de buena fe que contratan con el ente.

Deja a un costado de este modo nuestra ley la denominada "teoría del ultra vires", que entiende que la capacidad de la sociedad se halla circunscripta al objeto social, entiende que existe un listado preestablecido de actividades determinadas que la sociedad puede realizar, resultando nulas todas las actividades no enumeradas en dicho listado. Contrariamente a ello para nuestra legislación vigente, precisión y determinación no significan taxatividad.

Ahora bien, ha sido objeto de amplio debate en doctrina si las actividades incluidas en el estatuto deben ser o no complementarias o conexas al objeto social. Asimismo, la interpretación por parte de la Inspección General de Justicia respecto de si resulta exigible la conexidad entre las actividades incluidas en el objeto y el objeto en sí, ha ido variando con el transcurso del tiempo.

Lo cierto es que en la actualidad la existencia de la conexidad se ha tornado un requisito ineludible para la autoridad de contralor, una exigencia para la inscripción de sociedades comerciales.

### *III. Expresiones de la Inspección General de Justicia respecto de la Infracapitalización Societaria.-*

Al respecto, cabe tener presente por un lado el antecedente que consideramos de mayor relevancia en la materia como lo ha sido el expediente “GAITÁN, BARUGEL & ASOCIADOS S.R.L”, de fecha 04 de noviembre de 2003 (encontrándose en vigencia por aquel entonces la resolución 6/80), como así también la resolución N° 7 dictada por la Inspección General de Justicia del año 2005, aún vigente.[38]

Respecto del primero, el expediente “Gaitán, Barugel & Asociados SRL”, su relevancia está dada porque el inspector general de justicia resolvió allí denegar la inscripción en el Registro Público de Comercio la constitución de dicha sociedad, por considerar que la misma padecía de una “...notoria infracapitalización funcional desde su inicio, lo cual constituye una actuación encuadrada dentro de la figura del abuso del derecho (art. 1071 del código Civil)”[39].

La decisión tuvo como presupuestos que, el estatuto de la Sociedad, cuya inscripción se solicitaba, contenía un objeto social amplio, que incluía actividades tales como consultoría; financieras; inmobiliarias; constructora, mandatos y servicios, incluyendo a su vez sub-actividades vinculadas a las enunciadas anteriormente; y por su parte, un capital social suscripto de cinco mil pesos.

Los motivos expuestos de mayor trascendencia fueron los siguientes: “...las funciones de la autoridad de control se encuentran centradas en la comprobación de la legalidad sustancial del acto constitutivo, verificando si fueron cumplidos los requisitos a que la ley sujeta la constitución de una sociedad... la fiscalización que debe efectuarse en torno al acto constitutivo impone relacionar el objeto de la sociedad con el capital asignado para lograr su cumplimiento... la relación entre objeto de la sociedad y el capital social asignado a la misma se encuentra dentro del ordenamiento societario vigente, cuando dispone la disolución de la sociedad por imposibilidad de lograr el objeto para la cual se constituyó... si bien la sociedad podrá hacer literalmente lo que quiera con su patrimonio, ello no sucede con el capital, pues los terceros solo se encontrarán amparados por los principios concernientes al capital social...”[40].

Respecto a la Resolución N° 7/2005, la misma resulta sumamente relevante en nuestra temática ya que en su art. 66 expresamente dispuso: “El objeto social debe ser único y su mención efectuarse en forma precisa y determinada mediante la descripción concreta y específica de las actividades que contribuirán a su efectiva consecución. Es admisible la inclusión de otras actividades, también descritas en forma precisa y determinada, únicamente si las mismas son conexas, accesorias y/o complementarias de las actividades que conduzcan al desarrollo del objeto social. El conjunto de las actividades descritas debe guardar razonable relación con el capital social”.

No nos detendremos en este momento en el estudio de estas normas ni de otras equivalentes, como así tampoco de fallos al respecto ya que no es nuestro objetivo, sino que tan sólo nos limitamos a informar las “expresiones” que la autoridad de control ha efectuado en referencia a la infracapitalización.

El análisis sobre la normativa confeccionada por la Inspección General de Justicia (vía resoluciones administrativas) como así también de su legitimidad será realizado mas adelante, al momento de considerar la exigencia sobre la necesidad

de un equilibrio entre el capital social y el objeto social (exigencia ésta plasmada en la Resolución 07/05 de la IGJ).

*C). Tercer elemento: La relación entre el capital social y el objeto social.-*

*I. Infracapitalización. Concepto y clases.-*

Hasta aquí hemos delimitado los extremos que conforman y se relacionan el fenómeno societario base de nuestro estudio, esto es, la infracapitalización.

Sin embargo no se agota allí la ruta, solo se han expuesto los pilares sobre los que se asienta el fenómeno. Continuamos aún en deuda con el lector de sumergirnos en la conceptualización del instituto en sí, en la delimitación de sus alcances, sus consecuencias e incluso, en el análisis de su propia existencia para luego recién sí, estar en condiciones de analizar la viabilidad de su consideración como hecho revelador del estado de cesación de pagos.

Al ocuparnos de las funciones que cumple el capital social, indicamos que el mismo se orienta, entre otras, a organizar y dotar de garantía frente a terceros respecto de las actividades que desarrolla la sociedad. Asimismo se indicó que la doctrina contemporánea ha puesto en tela de juicio dichas funciones del capital social llegando incluso a replantearse la conveniencia del establecimiento del capital social en cuanto elemento del contrato de sociedad.

Ahora bien, ¿Qué es concretamente la infracapitalización societaria?

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 que puede verificarse ab initio o bien posteriormente, cuando la sociedad se haya en funcionamiento.

A los fines de procurar una clasificación de los supuestos en los que puede presentarse dicha circunstancia, 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 expresado en dicho instrumento, mientras que la infracapitalización derivada o sobreviviente, es aquella que surge posteriormente con el desarrollo de la actividad empresarial.

De la sola clasificación, se advierte una confusión entre los conceptos de capital y patrimonio puesto que en realidad lo que varía con el devenir de la vida societaria es el patrimonio y no el capital.

Asimismo se ha clasificado a la infracapitalización en sustancial o material y nominal. Habrá infracapitalización material cuando los socios no suministren a la sociedad los recursos necesarios para su evolución negocial, mientras que se dará el supuesto de infracapitalización nominal, cuando los socios suministren los recursos necesarios para atender la evolución negocial, solo en concepto de créditos o préstamos. Ello con la sola finalidad de sustraer tales bienes de las contingencias que puede 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 [41].

Ahora bien, se advierte que el fenómeno de la “infracapitalización” implica hablar, en absolutamente todos los casos y en todas las categorías en que la misma puede manifestarse de insuficiencia de capital social con respecto al objeto social, o sea, siempre supone considerar necesaria la relación entre ambos elementos, dato este que no ha sido considerado expresamente por el legislador de la ley 19.550, no surge como dato cierto de la ley.

No existe en el desarrollo del texto de toda la normativa societaria tal exigencia, por lo que se han generado diferencias tajantes tanto en doctrina como en la jurisprudencia respecto de la necesidad o no de relación apuntada[42].

De modo que, si de la propia ley no surge expresamente (aunque para muchos si surge tácitamente) la relación capital - objeto, entonces el interrogante sobre la existencia de dicha relación se torna mas que necesario, imprescindible. Nos preguntaremos entonces, ¿debe existir necesariamente relación entre capital y objeto social?

Gran parte de la doctrina entiende que el principal medio para el cumplimiento del objeto social esta dado justamente por el capital social.

En tal sentido se ha sostenido que “es de toda evidencia la relación entre el capital y el objeto de la sociedad, en tanto éste define el conjunto de actividades que la sociedad se propone cumplir y el capital social es el conjunto de aportes de los socios ordenados a la consecución de dicho fin”[43]; “...la apreciación del capital adecuado no se limita a la actividad concretamente ejercida o propuesta, sino que debe hallarse en relación con el objeto social”[44].

Asimismo se ha entendido que “Es de suponer que el capital necesario para una empresa debe ser lo suficiente como para alcanzar el objeto que se propone, a manera de una razonable proporcionalidad entre capital y objeto sociales al momento de su constitución....una futura reforma de la legislación en materia de sociedades comerciales debe permitir la denegación del pedido de inscripción de una sociedades cuando el capital suscrito fuere manifiestamente insuficiente para alcanzar el objeto determinado en el acto constitutivo”[45].

Coherentemente con lo expuesto, ante la insuficiencia de capital social para atender el objeto social se ha argumentado, sobre la base de lo prescripto por la norma del art. 94 inc. 3 LS, que la sociedad entraría en un estado de disolución por imposibilidad de cumplimiento del objeto con el cual fue constituida.

Por su parte y en atención a las funciones que según la doctrina mayoritaria “cumple” el capital social, se ha expresado que “el capital social cumple una función productiva, sobre todo al momento de constituirse la sociedad, en función de la cual el capital social debe ser acorde a las actividades que se propone ejercitar la sociedad, esto es a su objeto. Cuando no se presenta esta concordancia entre capital social y objeto social, la sociedad no contará ab-initio con los recursos patrimoniales necesarios para cumplir su objeto, o sea que estará infracapitalizada...”[46]

En dicha línea de razonamiento se enmarca la postura del Dr. Zaldívar, que sostiene que “debe abandonarse el capital mínimo puesto que el proceso inflacionario terminará por permitir capitales exigüos atribuidos en la formación de sociedades de mínima consistencia económica”[47]. Manifiesta asimismo que la mencionada supresión del capital mínimo no significa de modo alguno habilitar a los socios para estipular montos exigüos de capital.

Por otro lado, se ha manifestado otra postura que, si bien no excluye la necesidad de un capital social adecuado al objeto, en cambio sostiene que dicha adecuación no viene impuesta por ser el capital el único y excluyente medio de lograr la consecución del objeto, sino que además existen otros medios o vías.

Se ha sostenido en tal sentido que “...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?...la idea de la relación cuasi necesaria) entre el capital y el objeto social, aunque bien intencionada, da la espalda a las complejidades metajurídicas (financieras, económicas y organizativas que inexorablemente inciden sobre el concepto y la praxis) del capital social, tornando aquella idea insuficiente”.[48]

En igual sentido se indicó que “la pretendida coincidencia -suficiencia- entre capital y objeto obedece más a un resabio de las primeras compañías, en las que los aportes de los socios resultaban esenciales para la consecución del objeto, que a la evolución de sociedades y mercados. En la actualidad son el desarrollo del sistema financiero y la estructura de financiamiento las herramientas de desarrollo y cumplimiento de los fines previstos por los socios, por sobre los aportes que estos dispongan para la confección de la cuenta capital.”[49]

En un todo coherente con lo expuesto y endureciendo aún más esta postura se ha entendido que “separados los conceptos de capital y patrimonio, y reconocida la ineficiencia del capital social como cifra de retención que sirva de protección a los acreedores sociales, volveremos a recurrir a históricos y verdaderos conceptos del derecho comercial en que la prenda común de los acreedores es el patrimonio del deudor”[50]. De modo que se propone reubicar las nociones de capital y de patrimonio y en consecuencia desvincular totalmente al capital social del supuesto de impotencia económica o financiera ya que será en última instancia el patrimonio social el que se vea comprometido.

Sin embargo, como se observa, ninguna de esas posturas deja de lado la función que cumple o debería cumplir el capital en toda sociedad, esto es, ser la garantía frente a terceros, por lo que se considera que, ya sea considerado el capital social como el único medio para cumplir con el objeto social, ya sea que se incluyan otros, tales como la actividad financiera de la empresa, el capital social siempre deberá ser proporcionado al objeto social. Tanto para posibilitar su cumplimiento, como para protección de terceros que podrán exigir el cumplimiento a la sociedad, siempre que los actos no sean notoriamente extraños al mencionado objeto.

Por último, se enmarca una tercera posición que viene manifestándose desde hace algún tiempo y que propone lisa y llanamente la derogación del capital social y su

reemplazo por sistemas alternativos (pero no por ello menos efectivos) como por ejemplo el sistema de tests, adaptado por en el derecho norteamericano [51] .

Las diferencias doctrinarias señaladas precedentemente, han guiado indefectiblemente a un planteo conexo, esto es, la conveniencia o no de fijar montos mínimos fijos de capital social a los fines de la constitución y el funcionamiento del ente societario, o bien la inserción de montos variables a los fines de fijar un capital social “suficiente” para así atender al cumplimiento del objeto social y garantizar a terceros.

Respecto de la posibilidad del establecimiento de montos mínimos fijos, éste no es ni más ni menos que el sistema vigente en nuestro sistema jurídico societario, concretamente para el tipo de las Anónimas.

En defensa de la conveniencia de la continuidad de este sistema se ha entendido que “La opción por la determinación de un capital mínimo de elevado monto significará la elección de la forma Sociedad Anónima para la gran empresa y la reserva para las sociedades de tipo cerrado o familiar de la forma societaria de la responsabilidad limitada...Creemos que la eliminación del monto mínimo no es la solución más adecuada....Parece razonable exigir capital mínimo de mayor envergadura para, de alguna manera, determinar que la forma de la sociedad anónima con responsabilidad limitada, con el riesgo que la misma supone de limitación de responsabilidad al capital, encuentre una correspondencia interna más efectiva con el patrimonio y signifique de consumo una garantía también más concreta y real respecto de los acreedores sociales”[52].

Asimismo existen aspectos propios del sistema de montos fijos que han generado discordancias en la propia doctrina que lo sostiene como por ejemplo los parámetros para determinar el monto[53], la cuantía del mismo y asimismo quien debe poseer en definitiva la potestad de fijarlo.

Otra posición entiende que resultaría mas conveniente, abandonar el sistema del monto mínimo fijo y establecer en su reemplazo montos variables, 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 al momento en que se constituye que a su vez se modificará periódicamente en función de las variaciones que vaya sufriendo en el devenir de su actuación en el mundo de los negocios. De este modo, entienden, siempre podrán “equilibrarse” armónicamente el capital social y el objeto social[54].

Ahora bien, salvo para el caso en el que se decidiera optar por la eliminación del capital social, y en consecuencia adoptar un sistema diverso, tanto para el supuesto de establecer montos mínimos fijos o para el caso de fijar montos variables, en ambos casos nos enfrentaremos al mismo inconveniente, ¿quién debe ser en definitiva el que fije dicho monto? Analizaremos este aspecto seguidamente.

## *II. Infracapitalización. Su determinación.*

Tan fuerte es y ha sido la discusión acerca de la propia existencia del fenómeno de la infracapitalización, como lo es y ha sido la referida a quien debe resultar en definitiva el responsable de fijar los parámetros objetivos que determinen su existencia.



Si bien analizamos ahora cual es el modo más adecuado de fijar la suficiencia del capital social para cumplir el objeto social, igualmente no debe perderse de vista la existencia de diferentes acepciones del capital social, esto es, capital nominal, capital suscrito, capital real (nos referimos al “valor actualizado del patrimonio neto, que se encuentra en el pasivo del balance y que es aprobado en todos los ejercicios por los socios”[55]). Creemos que, el monto de capital social necesario para atender el objeto social siempre debe comprender los valores reales en tanto dichos valores son los que a ciencia cierta podrán determinar, para el caso de existir la relación, si el cumplimiento del objeto ha de lograrse con el rubro capital.

Plantaremos entonces la problemática de la determinación de la relación objeto - capital en base a tres posibilidades que entendemos, pueden presentarse para la fijación del capital y por último expondremos nuestra opinión. A saber dichas posibilidades son: a) La fijación del capital social por parte de los mismos socios. - b) La fijación por parte de terceros. - c) La fijación por parte de la autoridad de Contralor. - d) Nuestra Opinión. -

## *II. a) Determinación del capital social por parte de los socios.*

En la primer hipótesis, el capital inicial es fijado por parte de los socios que deciden formar un ente societario o bien modificarlo posteriormente. Es éste el supuesto previsto expresamente en nuestra ley de sociedades, aunque en la práctica no se cumpla fielmente como consecuencia de la injerencia del órgano de contralor en el acto de fijación del capital social.

En esta hipótesis, son los socios quienes al momento de reunirse para acordar las pautas de organización, fijan el monto de capital social que se incluirá en el contrato social como así también el modo en que se integrará el mismo, con la única limitación legal dispuesta para el tipo de las anónimas del monto mínimo de \$12.000.

Este supuesto cuenta con la gran ventaja de que al ser los socios quienes fijan el monto del capital social entonces son quienes deciden la cuantía del capital necesario para el desarrollo del emprendimiento. Decimos que es una ventaja ya que son ellos a quienes más interesa una prospera marcha de la sociedad como así también quienes en principio conocen mejor las actividades sobre las cuales versa el objeto social y quienes mejor conocen los reales recursos con los que cuentan para aplicarlos al emprendimiento, y por ende con los medios que contará la sociedad para iniciar sus actividades.

Sin embargo no es menos cierto que, si bien es a los socios a quienes les interesa más que a nadie la “buena marcha de la sociedad”, dicho interés no siempre será coincidente con el de los terceros acreedores, de modo que éstos últimos podrían ver perjudicados sus intereses al fijarse cierto monto de capital y no poder hacer nada al respecto.

Asimismo, si bien los socios son los que “supuestamente” conocen perfectamente sobre la actividad que se disponen a desarrollar entonces tal vez si pueden resolver sobre el capital originario pero no por ello sobre la suficiencia que se requerirá a futuro ya que ésta es absolutamente incierta y variable, excede incluso el ámbito societario interno, abarca ítems desconocidos por los socios al momento de la

constitución del ente como es la variación de la economía del país y más aún en el nuestro.

*II. b) Fijación del Capital Social por terceros.*

Respecto del segundo supuesto, que la fijación del capital social sea readecuada por parte de los terceros que contratan con la sociedad, debemos admitir que en contraposición a los intereses propios del ente, son éstos los que resultan ser los interesados directos con el mantenimiento de una garantía “suficiente” de sus créditos.

Sin embargo, también debemos admitir que resultaría un tanto incoherente y contraproducente permitir la injerencia de extraños al ente societario que poseen intereses propios y “contrapuestos” a los intereses propios de la sociedad y que desconocen la dinámica societaria propia del ente, pues generalmente resultan ser proveedores, financistas, acreedores comerciales, etc.; y no resultan ser especialistas en la materia propia de la sociedad que les otorgue cierta autoridad como para determinar su capital necesario y suficiente.

No parece resultar aconsejable en lo absoluto la adopción de éste sistema, la sociedad es tan solo elemento técnico que los socios pueden utilizar y a ellos debe ser de utilidad.

*c) Fijación del capital social por la Autoridad de Aplicación.*

Otra posibilidad es la determinación del capital adecuado sea efectuada por parte de la Autoridad de Contralor, supuesto éste no desconocido por nosotros ya que es el que se viene ejecutando desde hace ya algún tiempo en nuestro país.

En efecto, viene desarrollándose un “sistema mixto”, ya que si bien los socios son quienes deciden que monto aportar para la conformación del ente, luego es la Autoridad de Aplicación quien determina si el criterio adoptado por los socios es o no adecuado, exigiendo su aumento si así lo considera.

Resulta por demás interesante analizar el tratamiento que ha dado la autoridad de control y fiscalización en materia societaria a este fenómeno, ya que como vimos la misma no ha quedado al margen del mismo, sino que por el contrario ha dictado resoluciones referidas a éste.

Al respecto cabe reiterar, sin desconocer los esfuerzos del juez de registro por atenuar ciertos conflictos societarios, que no necesariamente las vías utilizadas por ésta son ajustadas a derecho, sino que muchas veces transgreden normas y principios tanto de derecho societario como de derecho constitucional y administrativo.

Tal lo manifestado anteriormente en el punto III. del segundo segmento del capítulo I, en donde se analizaron las expresiones de la Inspección General de Justicia al respecto, el antecedente de mayor relevancia en la materia se halla en el expediente “GAITÁN, BARUGEL & ASOCIADOS S.R.L”, de fecha 04 de noviembre de 2003 (encontrándose en vigencia por aquel entonces la resolución 6/80, la cual ha sido modificada según veremos), en donde el inspector general de justicia resolvió denegar la inscripción en el Registro Público de Comercio la constitución de dicha sociedad, por considerar que la misma padecía de una “...notoria

infracapitalización funcional desde su inicio, lo cual constituye una actuación encuadrada dentro de la figura del abuso del derecho (art. 1071 del código Civil)”[56]. Los presupuestos considerados en el decisorio han sido expuestos en el punto señalado al cual remitimos.

También indicamos que a nivel normativo, en lo que refiere a la relación capital - objeto, la Inspección General de Justicia ha dictado la Resolución General N° 9/04, por la cual ha modificado la resolución 6/80 en su art. 18. y que si bien en ésta ya se establecía como requisito que el objeto social debía circunscribirse a aquellas actividades que la sociedad se propusiera realizar y que guarden razonable relación con el capital social.

Cabe destacar que los fundamentos vertidos por el Inspector General de Justicia en esta resolución n° 9/04, se dirigieron principalmente a la modificación efectuada en relación a la precisión y determinación del objeto, sin ahondar mayormente en los fundamentos que inspiraron la inserción de exigencias referidas al capital social tales como que las actividades descritas deberá guardar razonable relación con el capital, o bien la facultad de elevar la cifra mínima exigida para las sociedades por acciones.

Con referencia a la suficiencia del capital, el argumento vertido fue“ ...Que la constitución de una sociedad originariamente infracapitalizada comporta el ejercicio abusivo de la garantía constitucional de asociarse para fines útiles y es enmarcable en lo dispuesto por el art. 1071, párrafo segundo del Código Civil, pues no de otra forma puede calificarse a la actuación de quienes pretenden obtener el privilegio excepcional de la limitación de su responsabilidad mediante el mero desembolso de una cifra totalmente desproporcionada con las erogaciones que supone desarrollar cualquier actividad empresarial, con total olvido que la relación entre el capital social y el objeto de la sociedad constituye el presupuesto básico e indispensable para que el beneficio de la limitación de la responsabilidad no constituya un instrumento de fraude en perjuicio de terceros.”[57]

#### *II. d) Nuestra Opinión.*

Creemos que la práctica imperante en materia societaria según la cual es el Organismo de Aplicación, concretamente la Inspección General de Justicia quien dispone los parámetros económicos y financieros para considerar si una sociedad se halla “libre de infracapitalización” y entonces inscribirla, no parece ser la vía mas aconsejable a los fines de un sistema jurídico societario viable.

Respecto de las resoluciones y dictámenes emitidos por la Inspección de personas jurídicas, entendemos que resulta apropiado analizar las normas y principios propios del derecho constitucional como así también del derecho administrativo ya que son en definitiva éstas, las ramas que rigen la competencia y facultades de todo organismo administrativo, como lo es la Autoridad de Aplicación en materia societaria.

Si bien es cierto que nuestra ley de sociedades ha dispuesto en su art. 11 que el objeto social debe ser preciso y determinado, sin embargo no ha hecho referencia a la necesidad de que el objeto sea “único”.

Compartimos la idea de que “nada se opone a que la sociedad anónima se constituya con un objeto plural (siempre que los objetos singulares sean precisos y

determinados). O sea que no se presupone necesariamente el objeto único como tampoco que las diversas actividades que pueda abarcar el pluriobjeto deban ser conexas y complementarias entre sí...no es necesario que el objeto se redacte teniendo en cuenta sólo las reales actividades a desarrollar por la sociedad en forma inmediata, sino que puede preverse una razonable variedad de objetos que se irán cumpliendo en el transcurso del tiempo”[58].

Genera confusión la expresión incluida en la norma del art. 66 de la Resolución 07/05 emitida por la IGJ (norma ya transcripta), respecto de la posibilidad de incluir “otras actividades” en el objeto social pero solo si las mismas son “conexas, accesorias y/o complementarias”.

Contrariamente a su finalidad, al intentar precisar conceptos y diferenciar el objeto social de las actividades desarrolladas por la sociedad, incluidas en el objeto, la norma ha introducido mayores confusiones aún, ya que si bien parece dejar claro que admite la inserción de un abanico de actividades dentro del objeto, sin embargo dispone que las mismas deben ser necesariamente conexas con el objeto social, generando así, una situación en la que al momento de seleccionarse las actividades, los socios deberán preguntarse ¿Cuáles actividades resultan conexas y cuáles no?, ¿Quién determina si existe tal conexidad o no? ¿Bajo que parámetros determinará la conexidad?, ¿No resultan acaso los términos conexidad, accesoriedad y complementariedad vagos, a los fines de dilucidar que actividades deben quedar comprendidas en el objeto? ¿Será necesario poseer conocimientos técnicos referidos al objeto social para determinar si las actividades resultan o no conexas?

Entendemos que en general la respuesta a dichos interrogantes ha de ser negativa. Sumamente difícil resulta determinar si una actividad es conexas con el emprendimiento, ya que quien la inserta podrá argumentar por ejemplo que si bien no es directamente conexas, igualmente su realización facilita otras actividades que si lo son y, por consiguiente debe preverlas el contrato.

A igual conclusión llegamos respecto de la posibilidad por parte de la autoridad de contralor de dictaminar sobre la conexidad en cada caso concreto. Evidentemente podrá perfeccionarse día a día ese Organismo sobre cuestiones de índole jurídico, pero jamás podrá abarcar todas y cada una de las materias que hacen a los objetos sociales que se les presentan. Pareciera que, en caso de pretender desarrollar esa tarea adecuadamente deberá acudir por lo menos a medios auxiliares externos o crearlos internamente.

Por último, hacemos un análisis genérico, referido no a una norma en particular, sino a la propia resolución N° 7/2005, aunque el mismo resulta aplicable a toda resolución emitida por la Inspección General de Justicia.

Tal como se advierte, la IGJ mediante el dictado de sus Resoluciones procura establecer pautas de funcionamiento a los entes societarios en procura de ejercer sus facultades de fiscalización en tanto Organismo de Contralor que es.

Sus facultades de fiscalización, tanto de los requisitos legales para la constitución, como así también sobre el funcionamiento posterior de las sociedades, deriva de los arts. 6 y 167 de la ley 19.550 y el art. 34 del Código de Comercio, mientras que para su funcionamiento se ha creado la ley orgánica de la Inspección General de Justicia 22.315 (complementada por la ley 22.316), que le otorga expresamente las

potestades registrales y fiscalizadoras, estableciendo expresamente en sus arts. 4 y 6 las facultades que quedan comprendidas para el ejercicio de las mismas.

Sus facultades fiscalizadoras no serán puestas en tela de juicio en este trabajo. Sin embargo, si advertiremos al lector sobre cierta particularidad respecto de la extensión de sus facultades fiscalizadoras. Es decir, si mediante el dictado de ciertas resoluciones con el “pretexto” de tener facultades de fiscalización no se entromete en terrenos protegidos y resguardados incluso constitucionalmente como es el derecho de asociarse con fines lícitos.

Si bien la Inspección General de Justicia, al ser un Organismo Público encargado de fiscalizar a los entes societarios, posee el denominado “poder de policía”, en virtud del cual podrá imponer limitaciones a los derechos individuales en razón del interés público, sin embargo, no por ello debe olvidarse que dichas limitaciones son de carácter excepcionalísimo y que “.. Toda restricción a la libertad y a los derechos debe necesariamente tener su origen en la ley (arts. 14 y 28 C.N), .... Los derechos de los administrados son reconocidos por el ordenamiento jurídico, pues muchos de ellos les vienen dados por su naturaleza, por su condición de hombres, de seres en libertad...puesto que la regulación policial es una limitación a la libertad individual, aquella está sujeta a los “límites - garantías”(razonabilidad, intimidad, legalidad)[59].

Se sostiene y con acierto, que la IGJ posee el control de legalidad para la constitución y funcionamiento de las sociedades comerciales. Pero ello no autoriza a desconocer ciertos axiomas constitucionales como aquel que predica que “los derechos se ejercen según las leyes que reglamenten su ejercicio” (art. 14 C.N); ni tampoco puede desconocerse el principio de igual jerarquía que establece que “nadie está obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe”, por lo que como lo ha entendido el Dr. Roberto Dromi, “las limitaciones que no tengan contenido legislativo son inconstitucionales puesto que el principio es que “no hay limitación sin ley”, y la capacidad de hacer lo que la ley no prohíbe es anterior a la ley y a toda constitución”.

Pareciera asimismo que el registrador al momento del dictado de ciertas resoluciones que exigen mayores requisitos que la propia ley de fondo ha desconocido o ha omitido recordar el principio de jerarquía constitucional previsto por el art. 31 de la Constitución Nacional en virtud del cual la constitución, las leyes de la nación que en su consecuencia se dictan por el congreso, y los tratados internacionales son ley suprema de la nación. “Precisamente, para asegurar la imprescindible armonía en un sistema normativo armonía en un sistema normativo y evitar el caos y la anarquía, se impone la necesidad de la gradación jerárquica de tales normas y que ellas se escalonen en planos distintos”[60].

Contrariamente a lo manifestado, mediante ciertas normas incluidas en sus Resoluciones, la Inspección General de Justicia ha dispuesto ciertos requisitos de legalidad para la constitución y el posterior funcionamiento de las sociedades que exceden ampliamente las disposiciones de la propia legislación de fondo en materia societaria, como por ejemplo la exigencia de que el objeto sea descripto en forma precisa y determinada, asimismo que las actividades que se incluyan deban ser “conexas” con el objeto, y como corolario, la necesidad de que ese conjunto de actividades “debe guardar razonable relación” con el capital social.

No caben muchas dudas entonces respecto a que, mediante el dictado de ciertas resoluciones, la IGJ ha traspasado los límites de la legalidad. Parece que ejerce un

control más bien de oportunidad y de mérito que de legalidad, materia aquella obviamente no incluida dentro de las facultades de fiscalización de la administración.

Suponiendo, por un momento, que fuera la propia ley de sociedades la que otorgara expresamente la facultad al inspector de determinar la “suficiencia” del capital, pero sin fijar ningún otro parámetro que la sola facultad de fijarlo, ¿Que parámetros consideraría para fijarlo? ¿No resultaría fácilmente violable el derecho de igualdad respecto de cada uno de las sociedades que solicitan su inscripción? ¿Resultaría realmente apto el registrador para determinar la suficiencia frente a materias cuyo dinamismo desconoce?

Tal como se advierte de los interrogantes precedentes, la inseguridad jurídica que se ha creado mediante estas Resoluciones de la Inspección General de Justicia amerita expresar cuanto menos alguna solución que luzca viable al respecto.

No parece aconsejable dejar librado a la voluntad discrecional del registrador el determinar cuando el capital social resulta suficiente para atender al objeto social y cuando no, justamente allí es donde se abre la posibilidad a la violación de la libertad, de la igualdad y del derecho de asociarse con fines lícitos. El depender de criterios absolutamente subjetivos y sin fundamento técnico alguno puede generar perjuicios insubsanables.

Pero tampoco sirve tener una visión parcial del conflicto. Si bien la actividad desarrollada por la Inspección General de Justicia, mediante la norma del art. 66 de la Resolución 07/2005 resulta violatoria del ordenamiento jurídico, no por ello podemos desconocer la innumerable constitución de sociedades con capitales sociales ínfimos, que se constituyen con finalidades distintas a las previstas en el contrato y que constituyen verdaderos ilícitos societarios.

Se muestra como una posibilidad inobjetable la implementación, por vía legislativa, de organismos (que podrían pertenecer a la administración pública) establecidos específicamente para la determinación de la suficiencia del capital social en relación al objeto social.

Dichos Organismos deberían distribuirse por materias, para así obtener de especialistas ubicados en cada una de ellas, opiniones imparciales y sustentables en conocimientos técnicos y científicos, emitidos por medio de dictámenes fundados y objetivos acerca de las razones por las que debe exigirse una cantidad precisa de capital para desarrollar la actividad en cada caso concreto.

## **Capítulo II - La cesación de pagos [\[arriba\]](#)**

### *I. Diversas Teorías.-*

Hasta aquí hemos delimitado los extremos que conforman el primer elemento que hace a nuestro objeto de estudio, el fenómeno de la infracapitalización societaria.

Siguiendo con nuestra tarea, y a los fines de determinar si aquella puede ser considerada como un hecho revelador del estado de cesación de pagos, como primera medida analizaremos brevemente el significado de dicho estado, ya que si no tenemos bien en claro la significación económico - financiera y jurídica del mismo, resultará entonces un sinsentido nuestra tarea ya que allí es donde reside

la riqueza del presente trabajo pues creemos que relacionar ambos estados puede dar soluciones concretas y útiles frente a problemas no resueltos aún en materia societaria como el que nos compete.

Aunque parezca una obviedad, advertimos que no ha sido una decisión arbitraria de nuestra parte el considerar que una sociedad infracapitalizada padece un hecho revelador del denominado estado de cesación de pagos.

Por el contrario ello se ha debido a que, si creemos que una solución válida y eficaz al conflicto de la infracapitalización puede transitar por medio de la vía concursal, entonces necesariamente deberemos determinar si el estado cuya solución se persigue, exterioriza de algún modo la cesación de pagos ya que, como todos sabemos, el mismo es un requisito sine qua non exigido por la propia ley concursal a los fines de la apertura del Concurso Preventivo[61].

Sin embargo debe aclararse que no se pretende efectuar en el presente un estudio pormenorizado de la cesación de pagos ya que no se halla este trabajo destinado a ese fin, sino que por resultar ese instituto un elemento inescindible para arribar a la solución pretendida debemos cuanto menos comprender su significado de que se trata para luego si, concluir sobre la viabilidad de nuestra misión.

Ha resultado sumamente dificultoso y aún hoy continúa siéndolo, tanto para la doctrina como para la jurisprudencia, delimitar y conceptualizar el estado de “cesación de pagos”.

Por ello es que primero expondremos brevemente las teorías que se han manifestado al respecto para luego brindar una exposición de tipo teórica y práctica referida a la cesación de pagos.

#### *1. a) Teoría Materialista.-*

Esta teoría interpreta al estado de cesación de pagos como sinónimo de “incumplimiento”, esto es, existiendo un incumplimiento sea cual fuere la causa que lo genera e independientemente de la situación económico-financiera del deudor, por el solo hecho de existir un incumplimiento ya debe decretarse su estado de cesación de pagos. “No hay, pues, que tener en cuenta para nada el estado patrimonial del deudor, no ya el desequilibrio aritmético entre el activo y el pasivo, sino ni aún el desequilibrio económico entre los bienes realizables y las obligaciones a cumplir... ¿el deudor no paga?, eso es lo único que interesa”[62].

Los fundamentos más relevantes de ésta teoría pueden sintetizarse en los siguientes: a). El incumplimiento constituye de por sí el hecho revelador más significativo del estado de cesación de pagos. b) De acuerdo a las características propias del comercio, es esencial el estricto cumplimiento de las obligaciones. c) Basta con atenerse al hecho de exterior de incumplimiento sin resultar necesario investigaciones en la hacienda o libros del deudor.

Si bien no es nuestra intención juzgar sobre los aciertos o desaciertos propios de cada teoría, igualmente parece adecuado advertir lo extremadamente rigurosa y casi injusta que ha resultado esta teoría al sostener que una sola situación un mero incumplimiento de una obligación ya de por si significa que una persona se halle financieramente impotente.

Tal lo ha expuesto tan distinguidamente el Dr. Raimundo Fernández al sostener que “No puede decirse que la cesación de pagos sea algo más o algo menos que el incumplimiento o una serie de incumplimientos; es una cosa distinta, los incumplimientos son hechos y en cambio la cesación de pagos es un estado patrimonial; el incumplimiento no constituye el estado de cesación, sino que es una consecuencia del mismo”[63].

Parece absolutamente coherente dicha afirmación toda vez que resulta evidente que el concebir a una situación de incumplimiento en forma aislada como si ella permitiera inducir la existencia de un estado, indefectiblemente conducirá a una confusión entre lo que es una situación fáctica y un estado general del patrimonio.

#### *I. b). Teoría Intermedia.-*

Esta teoría posee un concepto menos riguroso de cesación de pagos. Considera que si bien es cierto que no hay cesación de pagos sin incumplimiento o incumplimientos, sin embargo éstos no siempre conducen al estado de cesación de pagos sino que deben ser apreciados por el juez a los fines de determinar si tal estado existe o no.

Deberá entonces el incumplimiento o el conjunto de ellos poseer cierta entidad, permanencia y generalidad que induzca al intérprete a considerar si es o son susceptibles de generar por sí el estado de cesación de pagos del deudor.

Sin embargo, y a pesar de la distinción que se observa respecto de la teoría materialista, al establecer distinciones en cuanto a la entidad que deben revestir los incumplimientos que sean capaces de generar un estado de cesación de pagos, igualmente continúan sosteniendo que sólo los incumplimientos conducen a la cesación de pagos.

De modo que, los partidarios de esta teoría intermedia no discrepan con los seguidores de la teoría materialista respecto de que solo los incumplimientos pueden ser considerados como “hechos reveladores” del estado de cesación de pagos, y sin que ningún otro hecho pueda inducirlo, sino que sólo lo hacen respecto de la entidad de los mismos.

Por ello es que jamás podría admitirse de acuerdo a los parámetros de esta teoría, un texto semejante a los términos en que luce nuestro actual art. 79 L.C.Q. Ninguna entidad tendría un reconocimiento judicial o extrajudicial del mismo, la ocultación o ausencia del deudor o de los administradores de la sociedad, la clausura de la sede de la administración, la venta a precio vil, ocultación o entrega de bienes en pago, la revocación judicial de actos realizados en fraude a los acreedores, etc.

Siguiendo nuestra línea, no nos detendremos en las críticas que pueden efectuarse a esta teoría, solo basta con destacar que si bien ha generado un avance, ya que ha restado el extremismo que según la teoría materialista puede producir cualquier situación de incumplimiento, igualmente resulta peligroso sostener como único y excluyente elemento inductor del estado de cesación de pagos al incumplimiento, por mas que se valore su graduación judicialmente.

#### *I. c). Teoría Amplia.-*



Finalmente ingresamos en la que se ha dado en llamar “teoría amplia” respecto de la conceptualización del estado de cesación de pagos.

La “amplitud” que se ha adjudicado a esta teoría recae justamente en el giro que produjo respecto de la interpretación del concepto mismo de cesación de pagos.

Concretamente ha puesto el foco de análisis sobre el estado en el que se halla el patrimonio, el que se halla incapaz de responder con sus propios medios al cumplimiento de las obligaciones que lo gravan, relegando a un segundo plano a las consecuencias que dicho estado ha de generar, los incumplimientos.

Con gran claridad se ha indicado que la cesación de pagos “no es un hecho como el incumplimiento de una obligación, ni una serie de incumplimientos; la insolvencia o cesación de pagos preexiste al incumplimiento, pues si el deudor no cumple es precisamente porque su estado económico no se lo permite; el incumplimiento es un hecho jurídico generado por el fenómeno económico de la cesación de pagos, estado patrimonial que se revela por hechos exteriores, entre los cuales figura en primer término, el incumplimiento de las obligaciones, y a la par de éste, todos los actos del deudor que pongan de manifiesto su impotencia frente a las deudas o imposibilidad de pagar o insolvencia, como, por ejemplo, su confesión expresa judicial o extrajudicial.”[64]

El avance que ha manifestado esta teoría respecto de las precedentes, parece evidente e incuestionable, ya que por un lado considera el verdadero y real fundamento del proceso falencial, como lo es la existencia de un estado de crisis por el que se haya transitando el deudor, el cual procura superar en post de su propio beneficio y asimismo respecto de los acreedores, quienes participaran universalmente en el proceso.

Asimismo, logra hacer desaparecer el hermetismo de concebir como único hecho revelador del estado de cesación de pagos al incumplimiento. No se ciñe entonces el fenómeno a un hecho puntual sino que los hechos que lo revelan serán múltiples y la intención de incluirlos en un listado omnicompreensivo resultará siempre imposible.

Sin embargo, creemos que esta teoría si bien ha producido un gran avance en materia alimentaria, incluso ha sido adoptada por nuestra legislación, igualmente creemos que adolece de imperfecciones a los fines de brindar una interpretación adecuada de lo que cesación de pagos significa.

Dicha afirmación radica en la falta de desarrollo que se ha dedicado respecto de ciertos conceptos propios de las ciencias económicas que debieron necesariamente ser considerados a los fines de esbozar una teoría como la que se considera, máxime si nos hallamos ante una situación de tipo económico-financiera, conceptos ambos que son propios de las ciencias económicas. La interrelación es más que necesaria, imprescindible.

Reiteramos, resulta incongruente pretender abarcar el fenómeno de la cesación de pagos desde un aspecto netamente jurídico, entendemos que nos hallamos ante una situación que debe ser interpretada, estudiada y concebida interdisciplinariamente. Tarea que será plasmada en las líneas siguientes.

## *II. Cesación de pagos. Concepto.*

Si bien se han vertido innumerables conceptos sobre el estado de cesación de pagos, igualmente estamos convencidos que limitarnos a transcribir algunos de los conceptos brindados por la doctrina, además de que no aportaría mucho a los fines científicos, tampoco brindará elementos suficientes al lector a los fines de compartir o disentir con la finalidad de la presente.

Retomamos palabras del Dr. Raymundo Fernández quien magistralmente indicó que “La cesación de pagos es el estado de un patrimonio que se revela impotente para hacer frente a los compromisos que sobre él gravitan. No es un hecho sino un estado de hecho que por ser tal abarca un periodo de tiempo más o menos largo; comienza generalmente con ciertos actos de significado ambiguo, cuya interpretación no deja ya lugar a dudas”[65].

En un sentido similar y tomando los parámetros del gran maestro ya citado se ha dicho que el estado de cesación de pagos “Es la impotencia de un patrimonio exteriorizada por hechos (calificados como reveladores) del deudor (comerciante o no, persona real o ideal de derecho) para satisfacer obligaciones inherentes a la actividad patrimonial (comercial o no, que puede incluir una o varias empresas)[66]

Por último, resulta interesante el concepto brindado por Quintana Ferreyra, quien incluye aspectos que consideramos trascendentales ya que considera el concepto de “bienes realizables”, lo que ayudará a determinar el carácter de económico o financiero del estado. Así define este autor al estado de cesación de pagos “como aquel estado del patrimonio que sin disponibilidad de crédito, se revela impotente para atender las obligaciones exigibles, con los bienes normalmente realizables en oportunidad de dicha exigibilidad”[67]

De acuerdo a la idea expresada al comenzar el presente apartado, procuraremos ahora analizar detalladamente el fenómeno de la cesación de pagos pero echando mano a elementos y conceptos propios de las ciencias económicas.

Si bien parece ser unánime la opinión de que se trata de un dilema relacionado con el patrimonio del sujeto insolvente, inexplicablemente en general los autores no se detienen a determinar si se trata concretamente de un conflicto de tipo económico, financiero o de ambos a la vez. Cuestión ésta que, además de determinar la naturaleza jurídica de la cesación de pagos, resultará de suma importancia para compatibilizar a la cesación de pagos con la infracapitalización societaria.

Por ello, partiremos de una base cierta sobre la cual ninguno de los autores que se han avocado al estudio de la problemática de la cesación de pagos discrepa, como es que cuando hablamos de cesación de pagos referimos a un estado de impotencia del patrimonio.

De modo que partiendo de esa premisa, no tardaremos mucho en arribar a la necesidad de distinguir dos aspectos del patrimonio como son el aspecto económico y el financiero, utilizados erróneamente y en numerosas oportunidades como sinónimos pero tan bien diferenciados por las ciencias económicas.

Cuando nos referimos a dificultades de tipo económicas, hacemos referencia al desequilibrio entre activos y pasivos totales de la sociedad, o sea, nos referimos a dicha relación cuando el pasivo total supera el activo total. Quedan excluidos aquí los conceptos de activos y pasivos “corrientes y no corrientes”, distinción ésta que expondremos luego.

En cambio, cuando el desequilibrio se presenta en el aspecto Financiero, el mismo manifiesta la imposibilidad de atender los pasivos corrientes, con lo activos corrientes disponibles.

Entonces, teniendo en cuenta la distinción apuntada entre lo “económico” y lo “financiero” podría darse el supuesto en que una sociedad posea en sus balances grandes valores en inmuebles (activos no corrientes), pero igualmente verse impedida de atender a los créditos de cumplimiento inmediato puesto que aquellos resultan de difícil o imposible liquidación a corto plazo (pasivos corrientes) y en consecuencia hallarse financieramente impotente.

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

Fijada esa distinción, deberemos acudir a otros conceptos también propios de las ciencias económicas como son los de activos corrientes y pasivos corrientes de los 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 (activos corrientes) o bien que deben cumplirse inmediatamente o dentro del año (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.

Un breve ejemplo nos ayudará entender la distinción. Supongamos que una Sociedad Anónima posee en su balance un activo no corriente (inmuebles) por un total de un millón de pesos. Asimismo posee un activo corriente de Cien mil pesos (conformado por dinero en caja mas créditos a cobrar a corto plazo), de modo que sus activos totales serán de un millón cien mil pesos.

Asimismo, dicha sociedad posee un pasivo corriente de trescientos mil pesos (deudas que vencen en los próximos diez días) y un pasivo no corriente de doscientos mil pesos (documentos a vencer a largo plazo), con lo cual, su pasivo total es de quinientos mil pesos.

Gráficamente la situación sería la siguiente:

Activo no corriente \$ 1.000.000 Pasivo no corriente \$ 200.000

Activo corriente \$ 100.000 Pasivo corriente \$ 300.000

---

TOTAL ACTIVO \$ 1.100.000 TOTAL PASIVO \$ 500.000

PATRIMONIO NETO \$ 600.000

Entonces, de acuerdo con los conceptos analizados precedentemente, podremos concluir lo siguiente:

- a) Que económicamente dicha sociedad se halla en un próspero estado de solvencia, su activo total supera holgadamente a su pasivo total, resultando de dicho contraste un patrimonio neto positivo de seiscientos mil pesos.
- b) Sin embargo, este ejemplo nos permite apreciar claramente como desde el aspecto financiero, la realidad resulta ser proporcionalmente inversa, porque se advierte como con su activo corriente, no puede hacer frente a su pasivo corriente, ya que el activo corriente es de cien mil pesos, mientras que el pasivo corriente es de trescientos mil pesos. Por lo que si dicha situación financiera resultara ser general, permanente e insuperable nos encontraremos ante una sociedad que se halla económicamente solvente pero financieramente insolvente o en estado de cesación de pagos, estado éste que indudablemente hará desaparecer luego la solvencia económica.

Tal como lo indicáramos dicha situación debe ser general permanente e insuperable. Cuando decimos que debe ser general, referimos a que dicha situación engloba de modo integral y potencial la situación del deudor, así no solo se incluirán las obligaciones vencidas sino que también las obligaciones a vencer. Asimismo, decimos que dicha situación debe ser permanente e insuperable ya que de otro modo y siguiendo al maestro Raymundo Fernández ello “importaría sostener que cualquier deudor por sólida que sea su situación económica, puede encontrarse en determinado momento sin los recursos necesarios para afrontar sus vencimientos y nadie podría fundadamente sostener que tal detención en los pagos, rápidamente subsanable, revele un estado de insolvencia y ningún deudor escaparía a la quiebra”.

### *III. Cesación de pagos. Sus hechos reveladores.*

De acuerdo luce el título que hemos dado a la presente tesina, nuestro objeto de estudio está guiado a determinar si la infracapitalización puede ser considerada como uno de los denominados “hechos reveladores” del estado de cesación de pagos.

Ahora bien, ¿Qué debe entenderse por “hechos reveladores”?

Para que el estado de cesación de pagos produzca efectos jurídicos concursales (la apertura del concurso preventivo por ejemplo) debe exteriorizarse, debe ponerse de manifiesto.

Tal lo indicado, la teoría amplia referida a la naturaleza jurídica del estado de cesación de pagos es la que ha sido adoptada por nuestra ley de Concursos, por tratarse la cesación de pagos de un verdadero estado del patrimonio y “que reconoce que los hechos de bancarrota son sólo elementos reveladores, o sea, signos o síntomas de una situación económica que afecta a todo el patrimonio,

pero que no se confunden con la situación económica del patrimonio”[68]. De modo que irremediamente, toda enumeración de tipo taxativa que se intente sobre los hechos que la presumen resultará incompleta ya que la misma puede revelarse por hechos de diversa naturaleza aunque de igual significado, de modo que pretender englobar todos ellos resultaría imposible.

Aquella es la interpretación que ha adoptado nuestra ley de concursos y quiebras al indicar en el art. 79 que “Pueden ser considerados hechos reveladores del estado de cesación de pagos, entre otros (esta expresión ya muestra el carácter enumerativo de la norma): 1) Reconocimiento judicial o extrajudicial del mismo, efectuado por el deudor; 2) Mora en el cumplimiento de una obligación; 3) Ocultación o ausencia del deudor o de los administradores de la sociedad, en su caso, sin dejar representante con facultades y medios suficientes para cumplir sus obligaciones; 4) Clausura de la sede de la administración o del establecimiento donde el deudor desarrolle su actividad; 5) Venta a precio vil, ocultación o entrega de bienes en pago; 6) Revocación judicial de actos realizados en fraude de los acreedores; 7) Cualquier medio ruinoso o fraudulento empleado para obtener recursos (este último supuesto evidencia la apertura de la norma, la cual admite hechos de otra naturaleza que ameriten ser considerados por el juez como reveladores del estado de cesación de pagos).

En un todo coherente con lo señalado, toda clasificación que se quiera efectuar respecto de los hechos reveladores resultará incompleta.

Sin embargo interesante resulta la clasificación efectuada por Bonelli[69], quien procurando la mayor exactitud posible ha distinguido a los hechos reveladores en: a) Hechos de manifestación directa, que importan un reconocimiento explícito o implícito por el deudor de su impotencia para los pagos, como por ejemplo reconocimiento judicial o extrajudicial y; b) Hechos de manifestación indirecta, que son aquellos que ocurren cuando el deudor evita de revelarse insolvente y deja que los acontecimientos sigan su curso, o bien simula una insolvencia artificiosa, como por ejemplo los incumplimientos de sus obligaciones.

Cabe tener presente que, independientemente de su naturaleza propia, el hecho para ser considerado como revelador del estado de cesación de pagos deberá atravesar un “test” judicial. Siempre dependerá del arbitrio judicial la determinación respecto de la circunstancia fáctica. “Son simples hechos reveladores del estado de cesación de pagos, que no limitan las posibilidades del juez de computar otros, lo trascendente es dejar en libertad de apreciación al órgano jurisdiccional para que precise el hecho revelador de la cesación de pagos”[70].

No es de poca importancia este último aspecto ya que es allí donde adquiere relevancia el presente trabajo, toda vez que la intención es desentrañar si un fenómeno propio del derecho societario como es la infracapitalización, podrá ser considerado por el magistrado concursal como un hecho revelador de la patología falimentaria y en consecuencia disponer la apertura del concurso preventivo.

Si concluimos en que no podrá ser considerado por el juez como hecho revelador, entonces deberemos aceptar que el concurso no podrá ser abierto y en consecuencia la vía concursal no será una solución admisible. Por el contrario si la

respuesta es afirmativa entonces habremos encontrado una solución cuanto menos aceptable al problema de la infracapitalización societaria.

### **Capítulo III - Vínculo entre la infracapitalización y la cesación de pagos [\[arriba\]](#)**

#### *I. Introducción.-*

Habiendo examinado, dentro de los límites propios del presente trabajo, los institutos que hacen a nuestro objeto de estudio, pasaremos ahora concretamente a analizar si ambos conceptos pueden ser vinculados de manera tal que, ante la aparición de síntomas de uno (infracapitalización), entonces pueda acudir como “remedio jurídico” a la apertura del concurso preventivo de acreedores.

No parece ser muy sencilla la tarea. Pareciera que nos encontramos frente a dos supuestos absolutamente distintos, que representan realidades diversas y que en consecuencia la conexidad perseguida resulta improcedente y hasta tal vez imposible. Ello porque en principio parecen ser conceptos causalmente distintos.

La reacción que intuimos, debe surgir del lector en este momento ha de ser seguramente la negación lisa y llana frente a cualquier posibilidad de compatibilización.

Parece entendible y hasta inobjetable que al intentar la tarea de armonizar ambos institutos, inmediatamente surja el siguiente razonamiento: Si por una parte decimos que el capital social, es un concepto eminentemente económico, y por la otra decimos que la cesación de pagos resulta ser un estado general y permanente de crisis financiera, entonces no harían falta mayores precisiones para abortar nuestra tarea y concluir en que se tratan de dos aspectos inconciliables que atienden a cuestiones diversas, uno a la económica y el otro a la financiera.

Bajo esa línea deberíamos aceptar un supuesto como el siguiente: Si una sociedad a pesar de haber logrado las mayorías necesarias para la homologación de su acuerdo preventivo, o sea, se encuentra superando exitosamente su concurso preventivo, pero se presenta un acreedor disconforme y plantea que esa sociedad no puede continuar su vigencia ya que se encuentra infracapitalizada y por ende en estado de disolución y posterior liquidación, entonces el concurso resultará estéril transformándose la situación de preventiva en liquidativa.

Lejos estamos aún de arribar a una conclusión negativa respecto de nuestra misión. Se nos hace difícil la idea que la infracapitalización se ha convertido en un dilema o estigma sin solución alguna, por el contrario, profundizaremos más aún nuestro esfuerzo.

El nuevo punto de partida consiste en analizar una controversia que ha dividido tanto a la doctrina como a la jurisprudencia, son “las verdaderas funciones y roles que cumple en la actualidad el capital social”.

Para ello distinguiremos primeramente las posiciones que al respecto se han desarrollado, aquella que considera que el capital social ha sido considerado por nuestra ley de sociedades como el único y excluyente medio de dar cumplimiento al objeto social, y por el otro lado, aquella que considera que el capital social es un medio más para 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.

*II. Posiciones en torno a las verdaderas funciones que cumple el capital social. -*

*II. a) Capital social como único medio de cumplir con el objeto social.*

Sostiene esta corriente que, de acuerdo al importante papel que cumple el capital social, impuesto por el legislador como requisito esencial a los fines de la constitución de todo ente societario, resulta ser el único y excluyente medio con que cuenta una sociedad a los fines de cumplir con el cúmulo de actividades incluidas en su objeto social. Entiende que la propia estructura diagramada por nuestra ley de sociedades indica que las sociedades cuentan con una meta a cumplir (objeto) y un medio para lograrla (capital social)[71].

Como consecuencia de ello, si una sociedad no cuenta con suficiente capital, su “único medio de vida” para cumplir total o parcialmente con el cúmulo de actividades que engloba su objeto es el capital social, entonces se halla no solo infracapitalizada sino que además en un evidente estado de cesación de pagos, pues resulta claro que por ser el capital social el único medio de subsistencia, entonces éste no solo dota de respaldo económico a la sociedad sino que además del financiero, y al resultar el capital social insuficiente, generará día a día la progresiva acumulación de pasivos corrientes y no corrientes.

Dicha situación generará la expansión de esos pasivos, que como consecuencia lógica cada vez serán más abultados, generándose así la ecuación expuesta en el capítulo donde analizamos la cesación de pagos, ya que los activos corrientes derivados del propio capital social, resultarán insuficientes para atender a los compromisos a cumplir inmediatamente o a corto plazo por el ente.

Ello por la simple razón de que al ser el único medio de subsistencia del ente, abarca tanto a los activos corrientes como los no corrientes y responde ante los pasivos corrientes y los no corrientes, en suma, abarca todo.

Tomando este criterio, debemos alejarnos entonces de la idea de que el capital social solo posee un aspecto económico pero no uno financiero ya que abarca todas las esferas del ente, incluida la financiera.

Entonces podrá afirmarse, mediante esta tesis que, producido el desequilibrio entre capital social y el objeto social, esa sola situación ya importa un hecho revelador del estado de cesación de pagos, no resultando en consecuencia “un ideal” el pretender vincular los conceptos de infracapitalización y cesación de pagos, uno puede derivar en el otro.

*b) Capital social como un medio más a los fines de lograr el cumplimiento del objeto social.*

De acuerdo a lo propuesto, y presentada ya la posibilidad de considerar al capital social como el único medio de cumplimiento del objeto social, continuamos ahora analizando el supuesto inverso, esto es, el capital social como un medio más para dar cumplimiento del objeto pero el cual no excluye a otros medios por los cuales puede también el ente cumplir con su objeto social, como pueden ser el financiamiento bancario, la prima de emisión, la emisión de Obligaciones

Negociables, emisión de debentures, etc. Ello sustentado en que si bien dichos medios no están reconocidos expresamente por la ley, igualmente estarían tácitamente permitidos por ella.

De modo que, lejos de considerar al capital social como un requisito esencial y como el único medio capaz de dar cumplimiento al objeto social, le restamos importancia ya que sólo se trataría de un elemento que no hace a la existencia de la sociedad sino que es un simple elemento “no tipificante” del contrato constitutivo previsto por el art. 11 de la L. S.

Se sostiene al respecto que “La idea de que el capital es el conjunto de aportes de los socios única o principalmente ordenados a la consecución del objeto del contrato debe repensarse. Es mayormente en función del propio giro del negocio, o más bien del crédito que el ente sea capaz de captar, que este llevará a cabo sus actividades, cuya intensidad fluctuará según el momento económico que atraviese. Por otra parte, la ley no se ocupa de la coincidencia entre el monto del capital y el objeto social, prescindiendo de disposiciones generales destinadas a regular la adecuación de aquel con el desarrollo del negocio, lo que permite encarar cualquier género de actividad empresarial sin necesidad de demostrar a priori la suficiencia de los recursos comprometidos”[72].

Tratándose solo de un requisito no tipificante, su omisión solo hace anulable el contrato y por ende podrá subsanarse hasta su impugnación judicial a tenor de lo prescripto por el art. 17 parte 2ª de la ley 19.550. Esto significa incluso que, mientras no haya impugnación judicial, el contrato producirá efectos propios de un contrato de sociedad aunque no se haya incluido una cifra de capital social en su contenido.

Entonces, según los parámetros de esta visión, se pregunta ¿Cuál es la real importancia que reviste el capital social en nuestro sistema jurídico?, ¿Cuáles son las verdaderas funciones que cumple?, ¿Existe una adecuada interpretación de la verdadera intención del legislador respecto de la importancia dada al capital social en la legislación vigente?

Adoptar esta posición exige un mayor grado de profundidad de análisis ya que necesariamente resurgirá la distinción entre capital social y patrimonio social que en el “capítulo I” ha sido analizada. Ello porque si el capital social no es en realidad un elemento determinante para la marcha económica y financiera de la sociedad, deberemos necesariamente de tener en cuenta al elemento que si parece serlo como lo es el patrimonio social.

Esa distinción conceptual entre capital social y patrimonio social, si bien no resulta ser actualmente un tema de análisis novedoso, sin embargo normalmente implica reconocer que es el patrimonio social y no el capital social el elemento que atiende en definitiva al cumplimiento de las actividades incluidas en el objeto social.

Reiteramos, ese reconocimiento no debe considerarse sólo como una simple cuestión teórica ya que si entendemos que es el patrimonio social el vehículo mas apto para cumplir el objeto social, carecerá entonces de toda significación, a los fines de considerar respecto de la existencia de hechos reveladores del estado de



cesación de pagos del ente, si la cifra inmersa como capital social en el Contrato es suficiente para atender a la dinámica societaria del mismo o no.

De modo que, adoptar este criterio nos conduciría lisa y llanamente a concluir que nuestro objeto de trabajo es de imposible realización práctica ya que si resulta ser el patrimonio social y no el capital el que realmente cumple la función de garantía y es quien dota económica y financieramente a la sociedad, entonces jamás podría ser la insuficiencia del capital social la que revele el estado de impotencia financiera del ente.

Sin embargo, no es tan simple sostener dicha afirmación. Ingenua sería nuestra postura si pretendiéramos modificar toda una concepción jurídica, toda la normativa vigente, por el solo hecho de aferrarnos a una visión doctrinaria.

No puede perderse de vista que en nuestro ordenamiento societario independientemente de la mayor o menor importancia que se le dé al capital social, igualmente la herramienta elegida por el legislador a los fines de procurar un recurso tanto económico como financiero para la constitución y el desarrollo de los entes societarios ha sido y continúa siendo el capital social, entendiéndolo 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, nos guste o no nos guste, con acierto o sin el, lo real es que en la actualidad nuestro legislador opto por este sistema y es el sistema que nos rige.

Esta realidad es la que nos permite sin lugar a dudas compatibilizar la “realidad jurídica”, en virtud de la cual todo ente societario debe contar con un capital social propio para atender a su giro comercial y dar garantías a los terceros que contratan con el ente, con la “realidad práctica de la dinámica societaria” que muestra la existencia de fondos provenientes de fuentes extrañas al capital social; de modo que en la gran mayoría de las sociedades comerciales el objeto social no es satisfecho con el capital social y que lo habitual es que éste sea sólo una cifra inmersa en el contrato social que solo se tiene en cuenta al momento de la formación del ente para luego pasar al olvido, incluso por los propios socios.

Sin embargo creemos que, si bien en la faz práctica el financiamiento externo resulta imprescindible y resulta ser la directriz del real funcionamiento del ente, igualmente no debe confundirnos esa circunstancia.

A pesar de que el ente societario tenga la posibilidad de acudir a inyecciones financieras externas, igualmente puede darse un desequilibrio entre la cifra capital social y objeto social, de modo que también pueden presentarse en esos casos síntomas de infracapitalización societaria.

Traduciremos la situación en un ejemplo. Supongamos una sociedad que se constituye con un capital de doce mil pesos y un objeto social destinado a la fabricación y comercialización de productos de cocina en la Provincia de San Juan. Luego debido a la alta calidad de sus productos y la innovación en sus formas de producción, la sociedad aprovecha la posibilidad de comenzar a exportar sus productos a Europa, destinando a tal fin un 80% de la totalidad de su producción, la que a su vez se vio aumentada en cantidad y en diversidad ya que el mercado europeo requiere productos, además de los de cocina también de baño.

Es de suponer que tras el crecimiento empresario, al comenzar con las exportaciones, la sociedad haya conseguido como mínimo, crédito bancario o sea, financiamiento externo.

Sin embargo es posible que la sociedad al momento de comenzar con las exportaciones no haya efectuado ninguna modificación a su contrato constitutivo por resultar innecesario ya que, de hecho, la posibilidad de importar o exportar mercadería se hallaba prevista en su objeto social. Lo mismo sucedería respecto del capital social ya que al recibir la sociedad el financiamiento externo no se encontrará obligada a modificarlo, quedando establecido en los mismos términos que los fijados momento de su constitución, esto es doce mil pesos.

De modo que se trataría de una sociedad con un alto financiamiento externo que a su vez generará el engrosamiento de pasivos ya que el aumentar el cúmulo de negocios le significa aumentar endeudamientos con proveedores y con los bancos que le aportan el crédito, pero continuando con un capital social insuficiente a los fines de atender el desarrollo actual del objeto social.

En ese supuesto podemos advertir claramente como cualquier acreedor del ente podría invocar que dicha sociedad se encuentra en estado de disolución y hasta solicitar la propia quiebra del ente, mientras que no es menos cierto que la sociedad podría invocar que no se encuentra en estado de insolvencia, a pesar de la discordancia entre la cifra de capital social y el objeto social, ya que cuenta con un amplio crédito bancario.

De modo que la subsistencia misma del ente parece verse fácilmente vulnerable e incluso en peligro de extinción frente a eventuales planteos que terceros ajenos al ente puedan plantear como consecuencia del estado de infracapitalización.

Pero no es menos cierto que la filosofía tanto de nuestro ordenamiento societario como del ordenamiento concursal, tiende a procurar la continuidad del ente, la subsistencia de la sociedad y de la empresa. Por lo que indefectiblemente, frente a desajustes entre la cifra de capital y la envergadura actual del objeto social, deberá acudir al medio más adecuado que tiende a reequilibrar ambos polos.

En realidad esta situación, que podemos denominar como “gris” ya que existen fondos suficientes pero capital es insuficiente a los fines de atender el giro comercial, se presenta por el simple motivo de que se interpreta erróneamente el concepto de capital social.

Nuevamente deberemos aceptar que en el vago concepto de capital social se incluyen tanto los activos y pasivos corrientes como los no corrientes, importa dicho concepto aspectos económicos como financieros (por más que la práctica demuestre otra cosa).

Por ello ratificamos aquí una conclusión ya expuesta, entendemos que deberá considerarse que una sociedad cuyo objeto social no puede ser satisfecho o afrontado con su capital social, podría estar evidenciando un hecho revelador del estado de cesación de pagos y que como tal, merece ser sometido al arbitrio judicial a los fines de la apertura de su concurso preventivo de acreedores.

Sin embargo, debe quedar en claro que la vía de solución propuesta no se presenta como un castigo a las sociedades que se hallan infracapitalizadas, justamente todo

lo contrario. Significa brindar la posibilidad a los entes de procurarse de un remedio reconocido por la ley como es el Concurso Preventivo, ello teniendo en cuenta que la Legislación concursal exige a la cesación de pagos como requisito sine qua non a los fines de la apertura del mismo.[73]

Por último, cabe dejar en claro que tampoco se busca, mediante la aplicación del derecho concursal al problema de la infracapitalización, dejar inmunes posibles conductas antijurídicas realizadas por administradores, que a sabiendas, o por un actuar negligente, llevaron justamente a que el ente se vea inmerso en esta situación.

Creemos que ante dichas conductas, serán las acciones de índole concursal y/o societarias que pudieran corresponder, las encargadas de aplicar las sanciones adecuadas, pero no porque deban aplicarse las acciones concursales a un fenómeno de otra naturaleza como es la infracapitalización, sino porque ya se ha abierto un concurso preventivo como consecuencia de aquella y por ende estaríamos aplicando, de corresponder, sanciones concursales a un problema previsto por la materia concursal.

#### *II. c). Nuestra Propuesta.-*

Sobre la base de las reflexiones expuestas, creemos haber dejado de manifiesto nuestra visión respecto de cómo las nociones de infracapitalización y cesación de pagos pueden conectarse[74], como así también la importancia que revestiría vincular las nociones de infracapitalización societaria y de cesación de pagos a los fines prácticos y de la superación del problema capital - objeto.

Sin embargo, no cesamos en nuestra idea de que detenernos en análisis puramente doctrinarios, si bien desde la teoría resultan ser sumamente atractivos, e incluso favorecen a la creación del derecho, no es a donde se dirige este trabajo.

Por ello es que nos atrevemos a propugnar desde este lado una propuesta que de soluciones reales. Si hemos llegado a conclusiones como las que aquí se han expuesto, entonces nos vemos en la obligación de extender nuestra tarea a manifestar de qué modo vemos posible cristalizar la conexidad pretendida.

Parece que la realidad una vez más ha superado al derecho y exige de algún cambio. Pero ¿Qué cambiar?; ¿Cómo llevar adelante ese cambio?; ¿Cuál es el cambio adecuado?

Si bien la respuesta a dichos interrogantes no resulta fácil, creemos que el meollo de la cuestión consiste en reexaminar el verdadero conflicto que genera la infracapitalización societaria.

Si el problema recae en los efectos negativos que genera la relación “no reconocida legalmente” entre dos elementos que componen a la figura societaria, entonces indefectiblemente o bien eliminamos uno de los elementos (por ejemplo el capital social) de modo que suprimimos el tan discutido vínculo, o bien hacemos la ecuación inversa y reconocemos abiertamente la existencia de un nexo entre ambos y nos ocupamos de regularlo adecuadamente.

Pero, ¿Qué opción tomar?

Estamos convencidos que no podrá arribarse a una solución eficaz hasta tanto no se conciba una “inminente” reforma a la normativa societaria vigente. Incoherente resulta hoy por hoy seguir sin un ordenamiento societario que considere la relación entre capital y objeto social que ponga 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.

Por ello propugnamos 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 legislación 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 como significaría el suprimir lisa y llanamente al capital social de nuestro ordenamiento Jurídico.

No debe perderse de vista que, 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.

### *III. Conclusiones.-*

Hemos llegado al final de nuestro viaje, ha llegado el momento de la despedida tras un paseo que, esperamos, haya sido tan provechoso para el lector como lo ha sido para nosotros.

Éste, como todo viaje, resultará o no positivo en tanto y en cuanto enriquezca de algún modo a sus pasajeros, en nuestro caso lo será si genera la posibilidad de extraer conclusiones respecto de su contenido.

Felizmente, tras haber recorrido el trayecto propuesto al comenzar el trabajo, estamos en condiciones de exponer ciertas conclusiones, independientemente de otras a las que también pueda arribarse, sobre de la viabilidad o no de considerar a

la infracapitalización societaria como hecho revelador del estado de cesación de pagos.

De acuerdo a los contenidos estudiados, no caben dudas hoy respecto que el conflicto de la infracapitalización societaria es un dilema real, vigente y en francas vías de expansión, sin que exista en la actualidad alguna “vacuna jurídica” apta para disuadir totalmente sus efectos nocivos.

Lo cierto es que nuestra legislación, mas allá de las discusiones doctrinarias al respecto sobre cuales sean las verdaderas funciones del capital social, mas allá de las variaciones jurisprudenciales respecto de la insuficiencia del capital en las sociedades comerciales, mas allá del acierto del sistema del capital social, mas allá de todo, lo real es que nuestra sistema jurídico no puede dar hoy soluciones reales a la infracapitalización.

Circunstancia ésta que por sí misma autoriza a emprender cualquier búsqueda de soluciones reales y concretas al respecto, por lo que una primera conclusión es que la meta propuesta es más una necesidad de la que adolece nuestro ordenamiento jurídico que un mero objetivo de una tesina.

Es cierto que esa necesidad puede ser satisfecha mediante diversas alternativas y que la propuesta en este trabajo es sólo una dentro del amplio cúmulo de posibilidades que podrían encontrarse, por lo que mantenemos nuestra invitación a que este pensamiento sea sólo un punto de partida en la búsqueda de la superación del problema de la infracapitalización, reiterando que nuestra misión se ha dirigido tan solo en determinar la viabilidad de una de las soluciones posibles.

Debemos concluir asimismo que nuestro sistema jurídico societario, basado en el capital social como elemento económico - financiero además de evidenciar serias fisuras ya que en innumerables supuestos no cumple ni siquiera con las funciones que el mismo “supuestamente” debería cumplir, asimismo y contrariamente a lo deseado por el legislador, lo cierto es que la inclusión del mismo en el ordenamiento societario, lejos de cerrar herméticamente un sistema presuntamente coherente, ha dejado la puerta abierta a innumerables conflictos, como lo es en este caso la infracapitalización societaria.

De acuerdo lo manifestáramos en el punto anterior, no creemos estar hoy por hoy preparados para abandonar al capital social como elemento esencial no tipificante de las sociedades comerciales ya que ello significaría modificar drásticamente de forma casi instantánea toda la política legislativa societaria, motivo por el cual las soluciones, entendemos, deben surgir o bien del propio ordenamiento o bien de reformas que se introduzcan al mismo pero sin alterarlo del tal forma que como consecuencia de ello y pretendiendo solucionar vacíos, se genere una inseguridad jurídica mayor.

Si bien la viabilidad de nuestra propuesta ha sido analizada durante el desarrollo del presente, a modo de síntesis reiteramos que el concepto de capital social abarca aspectos de la estructura societaria no contemplados por el legislador de la ley 19.550, como por ejemplo el financiero y que por ende, frente al vacío legal, debemos reconocer que el mismo cumple funciones económicas y asimismo financieras. Por ello, ante supuestos en que las mismas no sean cumplidas

adecuadamente, debe subsanarse el error y parece posible hacerlo mediante la vía concursal.

Sin embargo, no creemos que absolutamente todas las situaciones de desequilibrio entre capital social y el objeto social puedan ser subsanadas mediante la apertura del concurso preventivo. Debemos tener presente que sólo será útil la herramienta del concurso preventivo en las situaciones en que éste brinde soluciones reales y resulten aplicables.

De modo que la apertura del concurso preventivo de una sociedad que se encuentra infracapitalizada sólo será productivo en tanto y en cuanto esa infracapitalización sea consecuencia directa de pasivos reales generados por la sociedad en favor de terceros que contratan con la sociedad y no de meros desequilibrios nominales entre la cifra de capital respecto del objeto social.

Entendemos que el instrumento del concurso preventivo será viable y eficaz sólo en aquellos supuestos en que la actividad comercial, desplegada como consecuencia y en cumplimiento de lo previsto en el objeto social, genere pasivos corrientes que superen a los activos corrientes del ente de una manera general, permanente e insuperable, en estos casos sí se muestra como factible y necesario el permitirle a la sociedad peticionar la apertura del concurso, invocando como hecho revelador la insuficiencia del capital social que torna impotente al sujeto para hacer frente a aquellas deudas generadas de la propia actividad empresarial (o sea de las actividades previstas en el objeto social).

De modo que será la mala fortuna de la puesta en marcha del objeto social la que en caso de influir negativamente, produciendo un desequilibrio financiero en el capital social del ente, generará la necesidad de acudir a la apertura de la vía concursal.

La ecuación a la que aludimos es inversa a lo que normalmente se define como infracapitalización, no es el capital social el que se halla imposibilitado de cumplir con el objeto social, sino que son las actividades del objeto social las que generan un déficit financiero en el elemento capital social.

Entendemos que sólo en esos casos resultará aplicable, debido a que el mayor beneficio que otorga el concurso preventivo es la posibilidad para el concursado de refinanciar sus pasivos para así poder cumplir con éstos, ya sea mediante la obtención de esperas, fijación de nuevos plazos, quitas<sup>[75]</sup>, etc; de modo que si la subsistencia del ente no pasa por cuestiones de índole financiera relacionada a terceros, entonces pierde sentido la apertura concursal.

La búsqueda sobre la viabilidad de ambos institutos motivó la realización del presente. Sin embargo, no debe la temática seleccionada generar confusiones que induzcan a considerarla como un supuesto “éxito” jurídico. El proyecto desarrollado en la presente tesina es sólo una visión respecto de la salida de la infracapitalización societaria, que podrá ser compartido o no, podrá ser perfeccionado o no, pero entendemos que el verdadero aporte consiste en haber sido un vehículo que abra la puerta al debate, que genere posturas encontradas pero que finalmente consigan generar modificaciones al sistema vigente cuyos flagelos deben ser superados con el aporte de todos.

Debe ser interpretado correctamente tanto el planteo del tema seleccionado como todo el desarrollo de los contenidos del presente trabajo, entendiendo que se trata sólo de una posibilidad de solución frente al conflicto societario en cuestión, tal vez la que menor reestructuración al sistema societario requiera.

A los fines de ser llevada a la práctica la propuesta del presente, podrá preverse la inserción de una norma que disponga la causal de infracapitalización como hecho revelador de cesación de pagos; podrá resolverse la derogación lisa y llana del capital social; podrá invocarse la coexistencia de este elemento pero con una modificación normativa que reconozca la figura del patrimonio social como elemento distinto al capital o bien la adopción del patrimonio social como único elemento económico y financiero. Sea cual sea la postura que se adopte siempre deberán hallarse fundamentos sólidos que la respalden y asimismo analizarse los costos y beneficios de la postura adoptada.

Finalmente debe tenerse presente que sólo se ha pretendido vincular a la infracapitalización societaria con el estado de cesación de pagos, a los fines de la apertura de un concurso preventivo de acreedores, ello con la finalidad primordial de la conservación y subsistencia de la sociedad y por ende de la empresa.

Sin embargo el vínculo entre ambos elementos no excluye la utilidad del mismo para los casos en que la actividad de la sociedad infracapitalizada se muestra como no viable, creemos que también resultará una práctica herramienta que permita la apertura de la vía falencial cuando la sociedad además de sufrir el desequilibrio entre capital y patrimonio, tampoco posea una actividad empresarialmente provechosa.

Con ello queremos decir que, si bien no ha sido objeto de nuestro estudio la conveniencia de invocar la infracapitalización como hecho revelador de la cesación de pagos para la apertura de la quiebra de la sociedad, ya que lo que se pretendió es soluciones a favor de la subsistencia de la sociedad y que permitan la continuidad de la empresa, igualmente la ecuación parece ser de utilidad en estos casos.

Así, respecto de una sociedad que se halle infracapitalizada, en vez peticionarse la disolución y liquidación de la misma de acuerdo lo prescripto por la ley 19.550, podría peticionarse la quiebra del ente. El tema no es sólo teórico ya que de este modo podrán utilizarse recursos y acciones de responsabilidad previstos tanto por el régimen societario como por el concursal a los fines de la recomposición patrimonial de la masa falencial. Reiteramos, si bien la temática referida a las acciones de responsabilidad derivadas del estado de infracapitalización es sumamente interesante, excede nuestro campo de estudio motivo por el cual será objeto de análisis para un futuro trabajo.

El conflicto ha sido planteado, el vacío legal que evidencia la legislación societaria debe ser necesariamente superado, la solución, una meta de todos.

## **BIBLIOGRAFIA**

- ARAYA, C. Miguel, "El Capital Social", Revista de Derecho Privado y Comunitario. -

- ARAYA Miguel C., "Capital y patrimonio", JA, 1996-IV.-
- AZNAR Vicente "Hacia un nuevo derecho Concursal Argentino", Ed. Alveroni.
- BALBÍN Sebastián "Tratado Teórico Práctico de Derecho Comercial". FERNANDEZ Raymundo, GOMEZ LEO Osvaldo y BALBIN Sebastián.
- 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".-
- BONFANTI M. A. y GARRONE J.A "Concursos y Quiebras" Ed. Abeledo Perrot. -
- COLOMBRES Gervasio," Curso de derecho societario", Ed Abeledo Perrot. -
- DI CHIAZZA Iván G "La malsana función de garantía del capital social. Acerca de un artificio hipócrita que se repite cual verdad sagrada" en "IX congreso Argentino de Derecho Societario, V Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa. -
- DROMI, Roberto, "Derecho Administrativo", ed. Ciudad Argentina, 10ª edición
- DASSO Ariel Angel y DASSO Gustavo Ariel. "El capital Mínimo en la sociedad Anónima", en "Derecho societario y de la Empresa. Congreso Iberoamericano de derecho societario y de la empresa. V Congreso de derecho"
- FASSI C. Santiago y GEBHADT Marcelo en "Concursos y Quiebras - Comentario exegético de la ley 24.522" Ed. Astrea
- FERNANDEZ Raimundo. "Fundamentos de la Quibra" Ed. Compañía Impresora Argentina S.A. 1937.-
- HALPERÍN Isaac y Julio Otaegui, "Sociedades Anónimas". Ed Depalma, 2ª edición. -
- JUNYENT BAS Francisco y MOLINA SANDOVAL A. Carlos "Ley de Concursos y Quiebras Comentada" Tomo II. Ed. Lexis Nexis Depalma. Pg. 13. -
- LORENZETTI Ricardo " Tratado de los contratos"
- NISSEN Ricardo, "Ley de Sociedades Comerciales comentada". -
- QUINTAN FERREYRA "Concursos" Ed. Astrea
- RICHARD Hugo y MUIÑO Manuel, "Derecho Societario", Ed. Astrea
- RICHARD Hugo Efraín "Armonización del derecho de sociedades - La problemática del capital social y la responsabilidad limitada." - Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba
- ROITMAN Horacio. "Ley de Sociedades Comerciales - Comentada y



- ROUGES JULIO M. “Capital y Patrimonio. Su significación” en “VIII Congreso argentino de derecho societario IV congreso iberoamericano de derecho societario y de la empresa”.- anotada”. Ed. LA LEY.-

- SALVATIERRA Leandro. “Que es la Infracapitalización”. en “IX congreso Argentino de Derecho Societario, V Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa.-

- TRIOLO Ignacio L. “Capital Social e infracapitalización. Aportes para la introducción de la noción de capital variable en nuestra ley de sociedades.”

- TON Walter Ruben, “¿Quién fija el monto mínimo de capital con relación al objeto social?”en “IX congreso Argentino de Derecho Societario, V Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa

- VERÓN ALBERTO VICTOR, “Tratado de los conflictos societarios”. Ed. LA LEY.-

- ZALDIVAR Enrique, MANÓVIL RafaelM, RAGAZZI Guillermo, ROVIRA Alfredo L. y SAN MILLÁN Carlos “Cuadernos de derecho societario”, Ed. Macchi.-

- ZUNINO Osvaldo Jorge “Ley de sociedades comerciales - revisada y comentada”. Ed. Astrea.

- ZARINI Helio Juan, “Constitución Argentina - Comentada y Concordada” Ed. Astrea

- Autos “Veca Constructora, S. R. L. Inscripción Registral - Juzgado Nacional de 1a Instancia en lo Comercial de Registro(JNComdeRegistro) - 30/06/1980”

- Autos “Arancibia Nora y otro c/ Rodríguez Ricardo Marcos y otro s/ ejecución de créditos laborales’ - CNTRAB SALA III - 22/09/2008”

- “RESOLUCIÓN 1416/03 de la Inspección General de Justicia (Caso Gaitán, Barujel & Asoc. S.R.L.).”

- “RESOLUCION Nº 6/80 De la Inspección General de Justicia.-

- “RESOLUCIÓN Nº 9/04 De la Inspección General de Justicia.-

-“REVISTA DE DERECHO PRIVADO Y COMUNITARIO - SOCIEDADES”, Ed. Rubinzal - Culzoni, 2003-2.-

-----  
[1] VERLY H. indica que “La ley no se ocupa de la coincidencia entre el monto del capital y el objeto social, prescindiendo de disposiciones generales destinadas a regular la adecuación de aquel con el desarrollo del negocio...”en “Apuntes para una revisión del concepto de capital social” LL 1997 - A, p 756 citado por BALBÍN Sebastián en “Tratado Teórico Práctico de Derecho Comercial”. FERNANDEZ

Raymundo, GOMEZ LEO Osvaldo y BALBIN Sebastián. Ed - Abeledo Perrot. Tomo V - A, Pg. 169.-

[2] BALBÍN Sebastián “Tratado Teórico Práctico de Derecho Comercial”.

FERNANDEZ Raymundo, GOMEZ LEO Osvaldo y BALBIN Sebastián. Ed, Abeledo Perrot, Tomo V - A, Pág. 165.-

[3] ARAYA, C. Miguel, “El Capital Social”, Revista de Derecho Privado y Comunitario, 2003-2

[4] Op. cit., citando a PORTGALE, G., I conferimenti in natura atipici nella S. per A., Giuffrè, 1974, p.1

[5] .ROUGES JULIO M. “Capital y Patrimonio. Su significación” en “VIII Congreso argentino de derecho societario IV congreso iberoamericano de derecho societario y de la empresa” Rosario 2001Tomo III. Pág. 607.

[6] Entendemos que sólo resultará posible la similitud entre capital social y patrimonio social si al inicio del desarrollo de las actividades del ente, el capital integrado lo es en un cien por ciento, sosteniéndose la similitud sólo hasta tanto la sociedad haga tan sólo un movimiento económico, por más ínfimo que éste sea.

[7] ROITMAN Horacio. “Ley de Sociedades Comerciales Comentada y anotada”. Ed. LA LEY. Tomo I pg. 226

[8] ARAYA, Miguel C., “Capital y patrimonio”, JA, 1996-IV, p. 676.-

[9] VIVANTE, Citado en “El capital en las sociedades anónimas” LA LEY 2006.1.-

[10] COLOMBRES Gervasio,” Curso de derecho societario”, Ed. Abeledo Perrot. Pg. 134.-

[11] ARAYA, Miguel “El capital social” RDPC 2003-2

[12] VERÓN ALBERTO VICTOR, “Tratado de los conflictos societarios”. Ed. LA LEY. Pg. 158

[13] ROITMAN Horacio, “Ley de Sociedades Comerciales comentada y anotada”, Ed. LA LEY. Tomo I. Pg. 227.-

[14] Op cit. Pg. 238.-

[15] DI CHIAZZA Iván G “La malsana función de garantía del capital social. Acerca de un artificio hipócrita que se repite cual verdad sagrada” en “IX Congreso Argentino de Derecho Societario, V Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa, Tomo III. Pg. 133”.-

[16] BALBÍN Sebastián “Tratado Teórico Práctico de Derecho Comercial”.

FERNANDEZ Raymundo, GOMEZ LEO Osvaldo y BALBIN Sebastián. Ed. Abeledo Perrot, Tomo V - A, Pg. 170.-

[17] 1).- 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 2001Tomo III. Pg. 91. En esta ponencia tras criticarse 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 reservas 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.

2).- TRIOLO Ignacio L. “Capital Social e infracapitalización. Aportes para la introducción de la noción de capital variable en nuestra ley de sociedades.” en “VIII Congreso argentino de derecho societario IV congreso iberoamericano de derecho societario y de la empresa” Rosario 2001Tomo III. Pg. 743. En esta ponencia, tras indicar el capital no cumple con la función de garantía frente a terceros se manifiesta que, incluso no cumple con otras funciones como con la de

productividad ya que a consideración de lo manifestado por la doctrina mayoritaria el capital entendido como conjunto de aportes “para ser aplicados al intercambio de bienes y servicios”, debe necesariamente ser proporcionado al objeto social, sino se produce lo que se conoce como infracapitalización. Luego, en contra de dicha tesis y citando a Lepera indica que en realidad mientras la sociedad pueda cumplir con su objeto y pueda brindar las garantías adecuadas, sean cuales fueren, no se encuentran objeciones para que la sociedad se halle infracapitalizada pues en definitiva el capital social es “solo el número que refleja la cantidad de dinero recibido por la sociedad en pago de sus acciones”

[18] ARAYA Miguel “El capital Social”, citado por ROITMAN Horacio, “Ley de Sociedades Comerciales comentada y anotada”, Ed. LA LEY. Tomo I. Pg.227. -

[19] RICHARD Hugo y MUIÑO Manuel, “Derecho Societario”, Ed. Astrea. Pg. 417.

[20] En este sentido, repárese la diferencia entre los conceptos de sociedad y empresa, entendiendo que el capital social del ente societario esta afectado al cumplimiento de la actividad económica del verdadero sujeto de derecho como lo es la sociedad. -

[21] BALBÍN Sebastián “Tratado Teórico Práctico de Derecho Comercial”. FERNANDEZ Raymundo, GOMEZ LEO Osvaldo y BALBIN Sebastián. Ed. Abeledo Perrot, Tomo V - A, Pg.170. -

[22] VERÓN ALBERTO VICTOR, “Tratado de los conflictos societarios”. Ed. LA LEY. Pg. 158. -

[23] VERLY H. indica que “La ley no se ocupa de la coincidencia entre el monto del capital y el objeto social, prescindiendo de disposiciones generales destinadas a regular la adecuación de aquel con el desarrollo del negocio...” en “Apuntes para una revisión del concepto de capital social” LL 1997 - A, p 756 citado por BALBÍN Sebastián en “Tratado Teórico Práctico de Derecho Comercial”. FERNANDEZ Raymundo, GOMEZ LEO Osvaldo y BALBIN Sebastián. Ed - Abeledo Perrot. Tomo V - A, Pg. 165. -

[24] RUBIO Jesús “Curso de derecho de las sociedades anónimas, 2ª ed. Derecho Financiero, Madrid 1964 Pg. 51 citado por VERÓN ALBERTO VICTOR en “Tratado de los conflictos societarios”. Ed. LA LEY. Pág. 158.

[25] PEREZ DE LA CRUZ Blanco “La reducción” y ARAYA, Celestino R. “El capital social: bienes aportables” citados por VERÓN ALBERTO VICTOR, “Tratado de los conflictos societarios”. Ed. LA LEY. Pg. 159. -

[26] Nuestra ley de sociedades no ha previsto los supuestos de variación en la denominación de la moneda, esto es, supuestos en donde la sociedad se constituye con cierta denominación monetaria y luego, durante el transcurso de la vida del ente, esa denominación monetaria varía. Ante estos supuestos, si bien la ley nada ha dicho, de acuerdo al tenor literal del art. 11, el capital social debe expresarse en moneda de curso legal por lo que, ante variaciones de denominación del dinero, las sociedades deberían adecuar la denominación de su capital a la denominación vigente.

[27] VERÓN A. Víctor, se ocupa de analizar la aplicación que tienen estos términos utilizados indistintamente, efectuando las siguientes aclaraciones: “Descartamos la palabra invariabilidad, pues no parece adecuarse al concepto del capital social; invariabilidad significa que no padece o no puede padecerse variación, y el capital social (sujeto a variaciones) no puede confundirse con una expresión semántica restringida. Si la inmutabilidad importa la calidad de no mudable ...pero obviamente, excluye toda consideración jurídica en punto a sus futuras alteraciones posibles. La intangibilidad indica que no debe o que no puede tocarse, con lo que aparece como inadecuada su aplicación al concepto de capital social, dado que éste es factible de aprehenderse para modificarlo. La inviolabilidad significa que no se debe o no se puede violar o profanar, con lo que puede inferirse que la expresión admite que el capital social pueda o deba ser tocado cada vez que sea necesario su

aumento o disminución sin que ello signifique violarlo o profanarlo. “Tratado de los conflictos societarios”, Ed. La Ley. Pg. 165.-

[28] ZALDIVAR Enrique, MANÓVIL Rafael M, RAGAZZI Guillermo, ROVIRA Alfredo L. y SAN MILLÁN Carlos “Cuadernos de derecho societario”, Ed. Macchi, Buenos Aires, 1973, Pg. 208.-

[29] BALBÍN Sebastián “Tratado Teórico Práctico de Derecho Comercial”. FERNANDEZ Raymundo, GOMEZ LEO Osvaldo y BALBIN Sebastián. Ed. Abeledo Perrot, Tomo V - A, Pág. 147.-

[30] COLOMBRES, Gervasio, “Curso de derecho societario, ed. Abeledo Perrot, pg. 113”

[31] BALBÍN Sebastián “Tratado Teórico Práctico de Derecho Comercial”. FERNANDEZ Raymundo, GOMEZ LEO Osvaldo y BALBIN Sebastián. Ed. Abeledo Perrot, Tomo V - A, con acierto se destaca que “El objeto no mide ni limita la capacidad del ente. De allí que el art. 58 LS establezca un régimen de oponibilidad al ente de los actos de sus representantes, y no de su validez, la que sí se vería afectada de guardar estos relación directa con la capacidad de la sociedad (se trataría en tales casos de actos nulos; art. 1040 Código Civil). El Dr. Butty -a quien aquí seguimos- señala que la diferencia no es menor, ya que un acto inoponible, pero válido, puede ser asumido voluntariamente por aquel a cuyo respecto fuese inoponible, mientras que el acto nulo por incapacidad del agente no es factible de ratificación”. Pg. 148.-

[32] RICHARD, Hugo Efraín y MUIÑO, Manuel Orlando, “Derecho Societario, ed. Astrea, pg. 132”

[33] CABANELLAS DE LAS CUEVAS G. “Derecho Societario...cit., -parte general”. t. II, ps. 269 y 270 “Si la actividad consiste en enviar equipos a Saturno para realizar allí explotaciones de recursos minerales, es físicamente posible desde el punto de vista científico, pero es hoy en día irrealizable”, citado por BALBÍN Sebastián en “Tratado Teórico Práctico de Derecho Comercial”. FERNANDEZ Raymundo, GOMEZ LEO Osvaldo y BALBIN Sebastián. Ed - Abeledo Perrot. Tomo V - A, Pg. 150.-

[34] Así, una sociedad puede tener incluido en su objeto social el préstamo de dinero, pero de acuerdo a la normativa del BCRA, para no violentar la legislación vigente, los fondos que preste deberán ser propios y no de terceros.-

[35] NISSEN, Ricardo, Ley de Sociedades Comerciales comentada, pg. 161.

[36] C. Nac. Com., Sala B, 24/06/2003, Foros, Eduardo A. v. Unantú S.A y otros. JA, 2003-IV-897. citado por ROITMAN Horacio en “Ley de sociedades comerciales comentada y anotada”. Ed. LA LEY. Pg. 221.-

[37] LORENZETTI Ricardo “Tratado de los contratos” Ed. Rubinzal - Culzoni, Santa Fé 2000 T. II. Pg. 161.-

[38] En este sentido se ha indicado que “El Registro Público de Comercio se encuentra facultado para exigir la adecuación del capital social al objeto de la sociedad cuya inscripción se pretende pues, conforme a lo establecido en el art. 34 del Código de Comercio y los arts. 6° y 167 de la ley 19.550 el procedimiento de inscripción de sociedades comprende un control de legalidad sobre el contrato presentado. Cuando el capital social aparece como manifiestamente inadecuado para cumplir el objeto de la sociedad, el juez tiene facultades para denegar la inscripción solicitada. (Cám. C. C. II, LL Litoral 2006, 1452 - LL Litoral 2007, 157.)

[39] BARUGEL & ASOCIADOS S.R.L, Expte. 1.730.338, segundo párrafo punto 8 de los “CONSIDERANDOS”.

[40] Op. Cit. puntos 1 a 7 de los “CONSIDERANDOS”.

[41] VERÓN Alberto Víctor “Tratado de los Conflictos Societarios”. Ed. LA LEY, Pág. 172.

[42] 1).- “Veca Constructora, S. R. L. Inscripción Registral - Juzgado Nacional de 1a Instancia en lo Comercial de Registro (JNComdeRegistro) - 30/06/1980”. A los fines de denegar la inscripción del ente por resultar “infracapitalizado”, se mantuvieron

los siguientes argumentos: Si el objeto social define el conjunto de actividades que los socios se proponen cumplir bajo el nombre social, guarda entonces relación de necesaria proporción con el capital en tanto que conjunto de aportes de los socios, ordenados a la consecución de dicho fin, de lo que se sigue que un capital desproporcionadamente reducido en su magnitud, determinará la imposibilidad "ex origine" de cumplir el objeto que debe, por esencia, ser fácilmente posible conforme al art. 953 del Cód. Civil....2. El eventual despliegue parcial y sucesivo de la actividad comprendida en el objeto social de la sociedad cuya inscripción se pretende, no puede constituir un modo de eludir el análisis de la realidad en la constitución del ente, particularmente referido -en el caso- a la posibilidad de cumplir el objeto atento el ínfimo capital que se estatuye para el ente. Lo contrario importaría la posibilidad de constituir una sociedad parcialmente ficticia, ya que ello estaría implícito en haber atribuido un objeto en parte tan imposible, que fuese necesario primero circunscribirse a la otra parte y con el producido acometer la plenitud de la empresa social. Si el recurso a la técnica, societaria es medio contingente de actuar en economía, tal desdoblamiento importaría ni más ni menos que constituir dos sociedades en la realidad de los hechos, con generación de una apariencia vacua, económicamente innecesaria, y ello no parece querido por la ley que ha dejado subsistente la posibilidad del ejercicio individual del comercio (art. 1º, Cód. de Comercio).

2).- En los autos caratulados "Arancibia Nora y otro c/ Rodríguez Ricardo Marcos y otro s/ ejecución de créditos laborales" - CNTRAB - SALA III - 22/09/2008", se dispuso "...todo este esquema institucional tiene como presupuesto que el capital con el que la SRL es dotada -y que es el límite normal de la responsabilidad de sus socios- sea suficiente para respaldar su giro. Existe un límite mínimo de capital para la constitución de una sociedad: si ese requisito se cumple la sociedad puede formarse, ya que no es dado a la autoridad administrativa predecir cuál ha de ser el giro futuro de la empresa. Pero es responsabilidad de los propios socios mantener una relación razonable entre el giro real de la sociedad y el capital con el que ésta se halle dotada: de otro modo, lo que se presenta en el mercado como una empresa sólida y próspera puede encubrir la ausencia casi total de solvencia para hacer frente a las obligaciones contraídas.... La existencia de capital social tiene varias funciones, pero sin duda la más importante es la de ser garantía frente a los acreedores sociales, por ello la ley 19550 dispone una serie de normas que tienden a preservar la intangibilidad del capital social en defensa fundamentalmente, de los acreedores del ente. Es claro que debe existir una razonable relación y proporción entre el capital y el objeto social, el capital debe ser congruente o cuanto menos no manifiestamente inadecuado al objeto social, pues de lo contrario recaerán sobre los acreedores el riesgo empresarial, los eventuales beneficios serán para los socios, mientras que las pérdidas recaerán sobre los acreedores sociales. A la luz de tales reflexiones y aun prescindiendo de si al momento de constituirse la sociedad empleadora estaba o no infracapitalizada, no debe perderse de vista que ese capital social se tornó manifiestamente inadecuado durante la vida y el desarrollo de la actividad de la sociedad y tal hecho no pudo pasar desapercibido para los socios y administradores, quienes como buenos hombres de negocios debieron adoptar las medidas necesarias para mantener la adecuada correlación entre el capital y el giro social, procurando asegurar el cumplimiento del objeto de la sociedad de modo de evitar la insolvencia de la entidad (art. 59 ley 19550). La necesidad de adecuada correlación entre capital y objeto social se evidencia en que la ley de sociedades contempla como causales de disolución de la sociedad tanto la imposibilidad sobreviviente de lograr el objeto para el cual se formó como la pérdida del capital social (art. 94, incs. 4 y 5). Por lo tanto las personas demandadas pudieron evitar dicha situación por medio de un reintegro total o

parcial del capital o bien su aumento (art. 96), de lo contrario debieron requerir la disolución y liquidación del ente... ”

[43] NISSEN, Ricardo, “Curso de derecho societario, ed. Ad-Hoc pág. 118”,

[44] HALPERIN, Isaac y OTAEGUI Julio, “Sociedades Anónimas, Ed. Lexis Nexis Depalma, 2 edición

[45] VERÓN Alberto Víctor, “Tratado de los conflictos societarios”, Ed. La Ley. Pg. 170 y 171.

[46] ROITMAN Horacio, “Ley de Sociedades Comerciales comentada y anotada” Ed. LA LEY, Tomo I, Pág. 235.-

[47] ZALDIVAR Enrique y otros., “Cuadernos de Derecho Societario”, Ed. Macchi, Pág.167 y 168.

[48] DI CHIAZZA, Iván , “La relación capital - objeto social”, Tomo La Ley 2004 F.

[49] Verly H. “Apuntes para una revisión del concepto de capital social” citado por BALBÍN Sebastián en “Tratado Teórico Práctico de Derecho Comercial”.

FERNANDEZ Raymundo, GOMEZ LEO Osvaldo y BALBIN Sebastián. Ed. Abeledo Perrot, Tomo V - A, Pg. 169.-

[50] SALVATIERRA Leandro. “Que es la Infracapitalización”. en “IX congreso Argentino de Derecho Societario, V Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa, Tomo III. Pg 265.

[51] ARAYA Miguel “El capital social” RDPC, 2003-2. Este autor explica como es el funcionamiento societario en el derecho americano, en donde la solvencia y liquidez patrimonial imperan por sobre el capital social, de modo que se procura la protección de los terceros mediante el establecimiento de tests, el (bankruptcy o bien el equity insolvency test), y si la sociedad los aprueba recién ahí podrá distribuir utilidades. Sin embargo si bien reconoce este autor la “decadencia” que ha sufrido la noción de capital social, entiende que no es la eliminación del mismo la solución mas adecuada, pues continúa advirtiendo la importancia del mismo en tanto que establece un cierto equilibrio entre los derechos del accionista y los derechos de los acreedores.

[52] DASSO Ariel Ángel y DASSO Gustavo Ariel. “El capital Mínimo en la sociedad Anónima”, en “Derecho societario y de la Empresa. Congreso Iberoamericano de derecho societario y de la empresa. V Congreso de derecho”. Ed. Advocatus. Córdoba 1992. Tomo III. P 164/165.

[53] Como señala el Dr. Rojo otra característica dentro de esta línea se advierte en el sistema del Estado de California que requiere en el momento de constitución proporción entre los fondos propios de la sociedad y el pasivo, o bien el ejemplo del derecho belga que exige un plan financiero previo que fije adecuadamente el capital mínimo exigible. ARAYA Miguel “El capital social” RDPC, 2003-2. Pg. 164.-

[54] 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 Tomo III. Pg.97. Propone lo siguiente: Que se fijen dos índices de endeudamiento. Uno por debajo del cual los socios no podrían retirar utilidades, y otro por debajo del cual la sociedad se debería disolver, salvo que se reintegre el patrimonio, en un instituto similar al del Art. 96 de nuestra ley.

TRIOLO Ignacio Luis. en “Capital Social e Infracapitalización. Aportes para la Introducción de la noción del Capital Variable en nuestra ley de Sociedades” ha manifestado que mediante la introducción de montos variables. Op. Cit. Pg. 743 , manifiesta lo siguiente: “ No se afecta la garantía de los acreedores y terceros que brinda el capital social pues, como se demuestra, el capital no cumple efectivamente con la función de garantía y es necesario rever el concepto....se apoyan las soluciones consistentes en tomar como base de cálculo de la reserva legal establecida por el art. 70 de la L.S.C no el capital social sino el patrimonio social y, adicionalmente, establecer la obligatoriedad de capitalizar reservas cuando las mismas superen una determinada proporción del capital social.

ROITMAN Horacio, “Ley de Sociedades Comerciales comentada y anotada” Ed. LA LEY, Tomo I, Pg. 241. “ Tal vez habría que mirar la cuestión desde esta perspectiva, la de la relación entre capital nominal y patrimonio neto. Con el avanzar de los negocios sociales, se produce un desfase entre la “garantía” nominal del capital social y la garantía “real” del patrimonio neto, por lo que, si lo que se pretende es revitalizar la utilidad del capital social, tal vez habría que idear un sistema que implique una actualización periódica del monto del capital social en relación a la evolución del patrimonio neto de la sociedad, en más o en menos. De esta manera, los terceros que contraten con la sociedad podrán, con el simple cotejo de la cifra del capital social, hacerse una idea del respaldo patrimonial del ente.-

[55] TON, Walter Ruben, “¿Quién fija el monto mínimo de capital con relación al objeto social?” en “IX congreso Argentino de Derecho Societario, V Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa, Tomo III. Pg. 284.-

[56] BARUGEL & ASOCIADOS S.R.L, Expte. 1.730.338, segundo párrafo punto 8 de los “CONSIDERANDOS”.

[57] RESOLUCIÓN GENERAL I.G.J. 9/04, párrafo 15 de los “considerandos”.

[58] VERÓN Alberto, “Sociedades Comerciales Ley 19.550 anotada y comentada”, Ed. Astrea. Tomo I Pág. 94.

[59] DROMI, Roberto, “Derecho Administrativo”, ed. Ciudad Argentina, 10ª edición. Pág. 933.-

[60] ZARINI Helio Juan, “Constitución Argentina - Comentada y Concordada” Ed. Astrea. Pg. 134.-

[61] AZNAR Vicente, en absoluta oposición al mantenimiento de la cesación de pagos como requisito sustancial de apertura del concurso preventivo manifiesta “¿Por qué combatir una enfermedad cuando se instaló la insolvencia y no prevenirla para que no llegue? ...No se prevé que de la crisis a la insolvencia hay un camino abierto muy claro que el no verlo significará el fin...Deberá prevenirse la insolvencia o cesación de pagos eliminando la misma como requisito de procedencia del instituto al que erróneamente accede...Deberá legislarse un procedimiento tendiente a prevenir o evitar la insolvencia....preventivo de insolvencia y no preventivo de quiebra....El presupuesto anual o de mayor proyección en el tiempo, según sea el pasivo a atender, mostrará la cara de las posibilidades y el camino a transitar...Todo el sistema legal nacional en la materia vinculada a las sociedades comerciales exige constancias del pasado; reflejar lo que ya pasó. No hay otra norma que exija proyectar el futuro y marcar el razonable camino a transitar con un presupuesto financiero adecuado y, además sea parte de un “plan de empresa”.- “Hacia un nuevo Derecho concursal Argentino” Ed. Alveroni. Pág. 85/97.-

[62] FERNANDEZ Raimundo. “Fundamentos de la Quiebra”, Ed. Compañía impresora argentina S.A. Pg. 249

[63] Op. Cit. Pág. 252.

[64] FERNANDEZ Raimundo. “Fundamentos de la Quiebra”, Ed. Compañía impresora argentina S.A. Pág. 274.

[65] Op. Cit. Pág. 294

[66] BONFANTI M. A. y GARRONE J.A “Concursos y Quiebra” Ed. Abeledo Perrot. Pg. 74.

[67] QUINTAN FERREYRA “Concursos” Ed. Astrea. Pág. 17.

[68] JUNYENT BAS Francisco y MOLINA SANDOVAL A. Carlos “Ley de Concursos y Quiebras Comentada” Tomo II. Ed. Lexis Nexis Depalma. Pág. 13.-

[69] BONELLI, citado por Raymundo Fernández en “fundamentos de la Quiebra”, Pg. 373.-

[70] ARGERI, Saúl A, “Consideraciones sobre el anteproyecto de la ley de concursos mercantiles “ JA, doctrina 1970-435, citado por FASSI C. Santiago y GEBHADT

Marcelo en “Concursos y Quiebras - Comentario exegético de la ley 24.522” Ed. Astrea. Pág. 219.-

[71] Al respecto se ha entendido que el objeto del contrato de sociedad, en tanto conjunto de actividades que los socios se proponen cumplir bajo el nombre social, debe guardar una necesaria proporción con el capital social, entendido este como conjunto de aportes ordenados a su consecución, ya que lo contrario importaría la imposibilidad de cumplimiento de aquel (art. 953 Código Civil). Juzg. 1ª, Inst. Com. de de Registro, Capital Federal -firme-, LL 1980-D, p. 464.-

[72] Verly H. “Apuntes para una revisión del concepto de capital social” citado por BALBÍN Sebastián en “Tratado Teórico Práctico de Derecho Comercial”.

FERNANDEZ Raymundo, GOMEZ LEO Osvaldo y BALBIN Sebastián. Ed. Abeledo Perrot, Tomo V - A, Pág. 169.-

[73] 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.

[74] RICHARD Hugo Efraín, sostiene que “La infracapitalización aparece como la genética de la insolvencia. La falta de recursos patrimoniales (por ser insuficientes o por sobreendeudamiento) para satisfacer normalmente las obligaciones asumidas constituyen el escenario del problema societario que estamos analizando. Y de allí se generan efectos básicos: la imposibilidad sobreviniente para el cumplimiento del objeto social -a veces no aparece una pérdida del capital estatutario- como causal de disolución y efecto propio de la funcionalidad societaria” en “Armonización del derecho de sociedades - La problemática del capital social y la responsabilidad limitada.” - Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba.-

[75] AZNAR Vicente, en franca oposición a la quita como fórmula concordataria expresa lo siguiente: “Pensamos que no deben consagrarse porcentajes de quitas. Que no deben permitirse las quitas. Que el deudor debe pagar el ciento por ciento de sus deudas más sus acrecidos normales devengados hasta la presentación en concurso (repárese que los efectos del concurso se producen con la demanda de apertura y no con la sentencia que hace lugar a la misma) y los devengados hasta el efectivo pago...Si el deudor no puede atender aquí y ahora sus pasivos exigibles y la empresa es viable, reprogramarlos es diferirlos en el tiempo y eso se llama espera pero no quita...Si el problema, y ya lo explicitamos suficientemente, es “financiero” y “no económico” advertimos que para la problemática financiera es connatural la espera para superarla pues lo que no se puede pagar aquí y ahora se supera esperando; difiriendo pero no “quitando”. La quita es propia y connatural de los problemas “económicos” y solución para ellos. Cuando el pasivo total supera al activo total, sólo la quita en el pasivo o el incremento en el activo puede igualarlos pero no es éste un problema del derecho concursal. “Hacia un nuevo derecho Concursal Argentino”, Ed. Alveroni. Pg. 117/118.-