

INFRACAPITALIZACIÓN E INSOLVENCIA

Ignacio Luis Triolo

SUMARIO: 1. Introducción. 2. El concepto clásico de capital social. 3. Funciones y principios del capital social. 4. La crisis del concepto clásico de capital social y la función de garantía. 5. La función de productividad y la infracapitalización societaria. 6. Infracapitalización, insolvencia y responsabilidad. 6.1. Responsabilidad de los administradores. 6.2. Responsabilidad de los socios controlantes. 7. Jurisprudencia judicial y administrativa.

1. INTRODUCCIÓN

En el presente capítulo nos proponemos, en primer lugar, estudiar al capital social desde su perspectiva clásica, así como sus funciones y principios, analizando si el capital social cumple o no con los mismos y qué alternativas de solución o reformulación del instituto se han planteado. Asimismo, nos introduciremos en los diversos tipos y aspectos de la llamada infracapitalización societaria y analizaremos si las sociedades pueden desarrollar su objeto social “infracapitalizadas” y si dicha actuación acarrea algún tipo de responsabilidad a los administradores y a los socios controlantes ante la insolvencia originada por la infracapitalización.

2. EL CONCEPTO CLÁSICO DE CAPITAL SOCIAL

Analizando el Artículo 1º de nuestra Ley de Sociedades N° 19.550 (en adelante la “LSC”) veremos que entre los elementos que configuran el concepto de sociedad encontramos la “*obligación de los socios de realizar aportes para aplicarlos a la producción o intercambio de bienes o servicios*”¹. De este artículo, se extrae la noción clásica de capital social entendido como “*la suma de los aportes en numerario y en especie (obligaciones de dar) que los socios se comprometen a*

¹ Ley de Sociedades Comerciales N° 19.550, Artículo 1º.

efectuar”² y la obligación de capitalización de la sociedad (sin introducirnos todavía a juzgar si dicha capitalización debe ser suficiente o acorde con “*la producción o intercambio de bienes o servicios*” que los socios pretenden llevar a cabo mediante la utilización de uno de los tipos societarios previstos en la LSC).

El concepto clásico de capital debe ser distinguido de otros conceptos afines para evitar confusiones. Así, cabe distinguir los conceptos de Fondo Común y de Patrimonio respecto de la noción de capital social³:

a) Fondo Común: Está constituido por los aportes de los socios, los cuales deben efectuarse en el momento y de la manera establecida para cada tipo societario y estatutariamente. Este concepto ha caído en desuso y se reflató con la incorporación de los Contratos de Colaboración Empresaria a nuestra LSC por parte de la Ley N° 22.903 (fondo común operativo), aunque en rigor de verdad, no tiene demasiada relevancia a los efectos jurídicos por su carencia de utilidad práctica.

b) Patrimonio: Halperín lo define expresando que “*el patrimonio social está formado por el conjunto de bienes del activo con el cual la sociedad actúa y afronta el pasivo que lo integra*”. Otros autores lo definen como “*el conjunto de relaciones jurídicas de las que es titular el ente societario*”⁴.

Nuestro Código Civil, en su Art. 2312 establece que “... *el conjunto de los bienes de una persona constituye su patrimonio*”. Y en la nota a dicho artículo, Vélez Sarsfield aclara que “... *El patrimonio de una persona es la universalidad jurídica de sus derechos reales y de sus derechos personales bajo la relación de un valor pecuniario, es decir, como bienes. Es la personalidad misma del hombre*

² Zaldívar, Manóvil, Ragazzi, Rovira y San Millán, “*Cuadernos de Derecho Societario*”, Volumen 1, Pág. 206, Editorial Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1973.

³ Halperín, Isaac, “*Curso de Derecho Comercial*”, Tomo 1, Págs. 246 y 247, Editorial Depalma, Buenos Aires, 1975.

puesta en relación con los diferentes objetos de sus derechos. El patrimonio forma un todo jurídico, una universalidad de derechos que no puede ser dividida sino en partes alícuotas, pero no en partes determinadas por sí mismas, o que puedan ser separadamente determinadas. Una pluralidad de bienes exteriores tal, que pueda ser considerada como una unidad, como un todo, se llama una universalidad en este Código. Si es por la intención del propietario, es ‘universitas iuris’. El patrimonio de una persona presenta una universalidad de la segunda especie. Una universalidad de derecho puede ser transformada en una universalidad de hecho por la voluntad del propietario por ejemplo, cuando un testador lega, a título singular, una parte de su sucesión”.

Por otro lado, desde un punto de vista estrictamente económico, se puede considerar al patrimonio como el conjunto de bienes, derechos y obligaciones pertenecientes a una persona física o jurídica.

De lo explicado precedentemente, surgen las principales características del patrimonio, a saber:

- a) Está formado por el conjunto de bienes del activo con el cual la sociedad actúa y afronta el pasivo que lo integra;
- b) Es variable constantemente; y,
- c) Al ser el patrimonio uno de los atributos de la personalidad, es imposible concebir una sociedad sin patrimonio.

Con respecto a la “variabilidad” del patrimonio, siempre se ha dicho que, al momento de la constitución de la sociedad, existe coincidencia “numérica” entre capital y patrimonio pero que esa igualdad desaparece rápidamente a medida

⁴ Zaldívar y otros, “Cuadernos ...”, Volumen 1, Pág. 205.

que la sociedad desarrolla su objeto social, realiza inversiones, gastos, etc. A los fines prácticos y didácticos coincidimos con tal precisión, pero en rigor de verdad debemos efectuar algunas salvedades.

Analizando detenidamente la afirmación precedente, descubrimos que capital y patrimonio no siempre coinciden (ni siquiera al momento inicial de la constitución de la sociedad). Siguiendo a Cabanellas⁵, opinamos que, tanto la definición de capital (entendida como el conjunto de aportaciones de los socios) como la identidad entre capital y patrimonio al momento de la constitución, no tienen en cuenta situaciones que hacen que ni siquiera inicialmente capital y patrimonio coincidan. Algunas de esas situaciones son el cambio de valor que pueden experimentar los bienes aportados (tanto dinero como bienes muebles e inmuebles) durante la vida de sociedad, debido a las fluctuaciones producidas por la depreciación monetaria, el desgaste de los bienes muebles, etc.; la existencia de emisiones sobre y bajo⁶ la par; las prestaciones accesorias y las obligaciones de hacer (que en definitiva constituyen aportes aunque la LSC no las tenga en cuenta a los fines de su valuación en numerario); las diferencias entre el valor real de determinados aportes y el valor contable que se les asigna (que muchas veces difieren en más o en menos); etc.

c) Capital Social: Es la cifra numérica que expresa la suma del valor de los aportes de los socios, la cual se mantiene, en principio, invariada y estática; ello es así por cuanto, los casos de aumento y reducción de capital sólo pueden darse conforme con los procedimientos legales y estatutarios vigentes.

De la definición anterior, podrá advertirse que quedan excluidas las

⁵ Cabanellas de la Cuevas, Guillermo, “*Derecho Societario*”, Tomo 2, Págs.. 629 y SS, Editorial Heliasta, Buenos Aires, 1993.

⁶ Aunque las emisiones bajo la par están expresamente prohibidas por el Artículo 202 de la LSC, las aceptamos en un plano estrictamente doctrinario.

obligaciones de hacer, debido a que éstas no pueden figurar en el activo del balance como bienes susceptibles de ejecución.

Los aportes efectuados por los socios al momento de la constitución de la sociedad o al momento de su incorporación a la misma, integran el capital de la sociedad el cual se contabiliza en sus estados contables en la cuenta del pasivo. Por lo tanto, como principio general, queda vedada su distribución bajo cualquier causa. La razón de la prohibición de distribución del capital social se debe, entre otras causas, a que el mismo constituye una garantía para los acreedores de la sociedad.

Por otra parte, desde el punto de vista contable, el capital designa el monto de los valores que, juntamente con las reservas de capital, representan la posición y el interés del socio en la sociedad, siendo en definitiva los valores comprometidos por los socios; de allí la razón por la cual la cuenta de capital forma parte del pasivo social.

De acuerdo con lo anterior, el concepto de capital social cobra relevancia, especialmente, en las sociedades en las que los socios pueden limitar su responsabilidad. Dicha relevancia también existe en las sociedades con responsabilidad colectiva. Si bien en estos casos los acreedores tienen acción contra los socios personalmente, estos deberán previamente ejecutar los bienes de la sociedad, conforme a lo dispuesto por el Art. 56 de la LSC.

Más arriba señalamos que el capital es la suma de los aportes en numerario y en especie que los socios se comprometen a efectuar. De ahí deducimos que el capital social es una cifra ideal: el enunciado numérico del valor que representa aquella suma.

Esa cifra ideal está destinada a reflejar, a través de la vida de la sociedad, el valor de los bienes que los socios han aportado o se han comprometido

a aportar al constituirse la sociedad o al aumentar su capital en un momento dado.

Lo anterior nos lleva a hacer una nueva distinción: capital social y activo social. Éste último se encuentra constituido por el conjunto de bienes, créditos, derechos, etc., de los que la sociedad es titular. La diferencia entre el activo social y el pasivo es el patrimonio neto de la sociedad. El activo social y el patrimonio social son valores reales, mientras que, como dijimos, el capital es un valor ideal.

Ya explicado el concepto clásico de capital social, veremos ahora cuáles son las funciones que cumple el capital y bajo qué principios se rige.

3. FUNCIONES Y PRINCIPIOS DEL CAPITAL SOCIAL

La mayoría de nuestra doctrina coincide en que el capital social cumple básicamente tres funciones⁷: de productividad, de organización y de garantía, las cuales explicaremos brevemente a continuación:

a) Función de productividad: Es una función económica. El capital sirve como elemento generador de la actividad productiva de la empresa. De aquí que la determinación de su cuantía cobra relevancia según la naturaleza y la magnitud de esa actividad⁸.

b) Función de organización: El capital sirve como elemento básico determinante de la posición del socio (medición “matemática” de su responsabilidad y participación). Asimismo, sirve para determinar los derechos y obligaciones de

⁷ Ver Colombres, Gervasio R., “*Curso de Derecho Societario*”, Pág. 135, Editorial Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1972.

⁸ Verón, Alberto Víctor, “*Sociedades Comerciales*”, Tomo 1, Pág. 329, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1986.

cada uno de los socios, actuando como guía para fijar los derechos políticos y patrimoniales en la sociedad. Esta afirmación, según Araya, no constituye una verdad total y debe ser corregida teniendo presentes los privilegios atribuidos estatutariamente a ciertas clases de acciones, citando como ejemplo el caso del Artículo 216 de la LSC⁹.

c) Función de garantía: Es considerada por la doctrina tradicional como la función esencial del capital; ello es así por cuanto el valor del capital social hace a la garantía de los acreedores y, en definitiva, de todo aquel que contrata y hace negocios con la sociedad. Así, como principio, les está vedado a los acreedores dirigirse contra los socios para cobrar sus deudas, pues deben hacerlo contra la sociedad (según las reglas establecidas para cada tipo societario). En virtud de ello, siempre se ha dicho que el capital social cumple una función garantista al prohibir la disposición del mismo porque “siempre va a estar ahí” (pues es “indisponible” e “intangibles”, además de estar contabilizado en el pasivo de los estados contables).

Refirámonos brevemente a los principios en los que se fundamenta la noción de capital social. En primer lugar, el principio de unidad el cual indica que el capital debe ser único y singular (aún en caso de que existan sucursales, agencias u oficinas de representación a las que se les asigne capital, pues en esos casos no se afecta el principio de unidad dado que el capital pertenece a la matriz). En segundo lugar, el principio de determinación, el capital debe ser fijado en forma exacta y precisa y se lo deberá expresar en una cifra única que señale numéricamente su monto en moneda de curso legal; como veremos más adelante, este principio no rige en otros sistemas jurídicos. En tercer lugar, el principio de efectividad: el capital debe ser aportado y debe existir en la realidad. Y en cuarto y último lugar, el principio de permanencia, intangibilidad o integridad del capital social, que significa

⁹ Araya, Miguel C., “*El Capital Social: Bienes Aportables*”, en Revista del Derecho Comercial (Nº 33), Págs. 7 y SS., Editorial Depalma, Buenos Aires, 2000.

que, en principio, el capital debe permanecer inalterado (salvo los casos de aumento y reducción de capital conforme a la ley y a los estatutos). Esto impone que el capital no puede (o no debe) tocarse, tampoco puede violarse o profanarse y tampoco puede cambiar de naturaleza.

Este último principio, el de intangibilidad, es el que está más íntimamente ligado y relacionado con la función de garantía que cumple el capital social.

La inalterabilidad del capital se mantiene sin perjuicio de que los bienes aportados a la sociedad cambien de valor o salgan de su patrimonio. El principio de la intangibilidad es un principio de orden público y no puede ser dejado sin efecto ni aún por la voluntad unánime de los socios. La razón está dada por la voluntad del legislador de proteger a los acreedores actuales y futuros de la sociedad contra maniobras de los socios; a todos los socios, contra la administración deficiente o maliciosa; y a los socios presentes y futuros contra quienes pretenden utilidades ficticias, lo cual no es otra cosa que la distribución de parte del capital.

Aunque la LSC no dispone expresamente que el capital constituye la garantía de los acreedores, se extrae de varias de sus normas la fortaleza que quiso darse a este concepto¹⁰. A manera de ejemplo citamos las siguientes: el Artículo 13° inciso 3° declara nulo el convenio que asegure al socio su capital o las ganancias eventuales; el Artículo 31° fija montos que no pueden ser excedidos por una sociedad para participar en otra (salvo que la sociedad participante tenga objeto exclusivo financiero o de inversión); el Artículo 32° prohíbe la constitución de sociedades o los aumentos de capital mediante participaciones recíprocas y, además, fija topes para la participación de las sociedades controladas en la controlante y en las controladas por ésta; las disposiciones de los Artículos 37° a 54° referidas a la

¹⁰ Ver Verón, Alberto V., “*Sociedades ...*”, Tomo 1, Pág. 329 y Cabanellas de las Cuevas, Guillermo, “*Derecho ...*”, Tomo 2, Págs. 629 y SS.

integración del capital cuando se realiza con bienes no dinerarios (requisitos, tipos de bienes que pueden aportarse, valuaciones, acciones que pueden ejercerse, etc.); las disposiciones de los Artículo. 61° a 73° referidas al régimen de balances y cuentas que tienden a otorgar la máxima seguridad y protección al capital social; el Artículo 68° establece que los dividendos deben ser distribuidos solamente si provienen de ganancias líquidas y realizadas que surgen de un balance confeccionado y aprobado por el órgano social correspondiente; el Artículo 70° impone la obligación de constituir una reserva legal; el Artículo 11 inciso 4° y el Artículo 163° imponen para las sociedades por acciones la representación del capital mediante acciones con expresión de su valor nominal en moneda argentina; el Artículo 185° establece que los promotores y fundadores no pueden reservarse para sí ventaja alguna que importe la afectación del capital (salvo una retribución que podrá consistir en una participación que no debe exceder del 10% de las ganancias y por un término máximo de 10 ejercicios); el Artículo 186° impone la suscripción total del capital¹¹; el Artículo 187° impone a las sociedades por acciones que los aportes en especie deberán consistir únicamente en obligaciones de dar, las cuales deben integrarse totalmente al momento de realizar el aporte; el Artículo 202° prohíbe la emisión de acciones bajo la par; los Artículos 203° a 206° regulan los casos y los procedimientos para la reducción del capital social (sea esta reducción obligatoria, voluntaria o para absorber pérdidas); el Artículo 220° prohíbe la adquisición por parte de la sociedad de sus propias acciones, salvo en los casos autorizados; el Artículo 222° establece que la sociedad no puede recibir sus propias acciones en calidad de garantía; el Artículo 223° expresa que la sociedad puede amortizar total o parcialmente las acciones integradas solamente con ganancias líquidas y realizadas (sujeto al cumplimiento de determinados requisitos y a la

¹¹ A manera de recordatorio, tengamos en cuenta que nuestro Código de Comercio, que regulaba las sociedades comerciales con anterioridad a la sanción de la Ley 19.550, facultaba la suscripción parcial del capital de las sociedades anónimas (Artículo 318°, inciso 2°). Luego, por medio del Decreto 852/55 se introdujo la figura del capital autorizado. Sobre este tema ver: Mascheroni, Fernando H., *“Manual de Sociedades Anónimas”*, Págs. 77 a 79, Editorial Cangallo, Buenos Aires, 1975 y Alegría, Héctor, *“Sociedades Anónimas”*, Págs. 38 y 39, Editorial Fórum, Buenos Aires, 1963.

autorización del estatuto); el Artículo 224° prohíbe distribuir intereses o dividendos anticipados o provisionales resultantes de balances especiales (salvo el caso de las sociedades comprendidas en el Artículo 299°); y, finalmente, la regulación de los bonos de goce o participación contenida en los Artículos 227° a 232°.

4. LA CRISIS DEL CONCEPTO CLÁSICO DE CAPITAL SOCIAL Y LA FUNCIÓN DE GARANTÍA

Desde hace algún tiempo, han comenzado a aparecer en nuestra doctrina diversas corrientes que opinan que el capital social no cumple adecuadamente con sus funciones, especialmente la de servir de garantía para los acreedores¹². Estas opiniones aparecen, además, en la doctrina extranjera (Alemania, Italia, España, Uruguay, etc.). En tal sentido, Olivera García¹³ cita trabajos de Luttés¹⁴ y de Kübler¹⁵ en Alemania, de Simonetto¹⁶ y Portale¹⁷ en Italia, de Paz-Ares¹⁸ y Vicent Chuliá¹⁹ en España, y de Ferro Astray²⁰ y Olivera García²¹ en el

¹² Dentro de nuestra doctrina podemos citar a los siguientes autores: Le Pera, Sergio, “*Sobre la futilidad de la noción de capital social*” en *La Ley*, 1986-B, Págs. 972 y SS.; Araya, Miguel C., “*Repensar la noción de capital social*” en *Derecho Empresarial Actual*, Pág. 33, Buenos Aires, 1996.

¹³ Olivera García, Ricardo, “*La Crisis del Concepto de Capital Social*” en *Revista de Derecho Comercial* (Nº 32), Págs. 369 y SS., Editorial Depalma, Buenos Aires, 1999.

¹⁴ “*Kapital, Sicherung dur Kapitalaufbringung und Kapitalerhaltung in den Aktien*”, -und GmbH-Rechten der EWG, Karlsruhe, 1994.

¹⁵ “*Aktie, Unternehmensfinanzierung und Kapitalmarkt*” (Azioni, Finanziamento delle Imprese e Mercato Finanziario), en *Il Diritto delle Società per Azioni: Problemi, esperienze, progetti*, de Abbadessa y Rojo, Milano, 1993, Págs. 101 y SS.

¹⁶ “*Responsabilità e garanzia nel diritto delle società*”, Padova, 1959; “*Concetto e composizione del capitale sociale*”, en *Riv. Dir. Comm.*, Vol. LIV, Págs. 48 y SS.

¹⁷ “*Capitale sociale e società per azioni sottocapitalizzata*”, en *Riv. Soc.*, 1991, Págs. 8 y SS.

¹⁸ “*Sobre la infracapitalización de las sociedades*”, en *Anuario de Derecho Civil*, 1983, Págs. 1587 y SS; “*La infracapitalización. Una aproximación contractual*”, en *Revista de Sociedades*, 1994, número especial, Págs. 253 y SS.

¹⁹ “*Compendio crítico de derecho mercantil*”, Barcelona, 1991, Tomo I, Volumen 1, Págs. 422 y 423.

Uruguay, entre otros. Las posiciones más extremas proponen directamente eliminar la figura del capital social e incluso algunas modernas legislaciones de los Estados Unidos de América ya han eliminado el concepto²².

Por nuestro lado, y tratando de no ser tan “drásticos”, propusimos como solución intermedia atenuar el “protagonismo” del capital social y otorgarle mayor versatilidad mediante la introducción de un sistema de capital variable al estilo de la Ley General de Sociedades Mercantiles de México²³.

De la definición de capital social se extrae que el mismo está íntimamente ligado a las aportaciones de los socios²⁴, a la indisponibilidad de esa suma por parte de los mismos²⁵ y a la retención de una porción del patrimonio social.

Coincidiendo con Olivera García²⁶, podemos decir que la vinculación

²⁰ “El capital social en las sociedades anónimas”, ponencia presentada al 2º Encuentro Argentino - Uruguayo de Institutos de Derecho Comercial, Colonia, 1997.

²¹ Olivera García, Ricardo, “La Crisis ...”, Págs. 369 y SS.

²² Como es el caso, por ejemplo, de algunas legislaciones societarias de los Estados Unidos de América como la reforma de la Model Bussines Corporation Act de 1980 que elimina la noción del capital social.

Dentro de nuestra doctrina, Vergara del Carril propuso eliminar la cifra del capital social del estatuto. Ver Vergara del Carril, Angel Daniel, “La Cifra del Capital no debe figurar en el Estatuto”, ponencia presentada en el Segundo Congreso de Derecho Societario celebrado en Mar del Plata en octubre de 1979.

²³ Triolo, Ignacio L., “Capital social e infracapitalización. Aportes para la introducción de la noción de capital variable en nuestra ley de sociedades”, ponencia presentada en el VIII Congreso Argentino de Derecho Societario, Tomo III de su publicación, Pág. 743.

²⁴ Hecho que ya hemos demostrado que no siempre es así. Ver Cabanellas de las Cuevas, Guillermo, “Derecho ...”, Tomo 2, Págs. 629 y SS.

²⁵ Según la opinión de Le Pera (Le Pera, Sergio, “Sobre ...”, Págs. 912 y SS) “(...) el capital de una sociedad no es “intangibile”, por definición solo sirve para ser “tocado”, es decir para ser invertido, trabajar con él, o de otra manera ser usado peligrosamente”.

²⁶ Olivera García, Ricardo, “La Crisis ...”, Págs. 369 y SS.

entre capital social y los aportes realizados por los socios resulta incorrecta e inútil, pues, entre otras cosas, no existe una correspondencia necesaria entre los aportes de los socios y el capital, ni aún en el momento mismo de la creación de la sociedad como ya explicáramos.

Asimismo, en nuestro país, los procesos inflacionarios alteraron la noción de capital²⁷, debiendo recurrirse a procedimientos para exponer el efecto de la devaluación monetaria a través de los procedimientos de “ajustes por inflación”²⁸.

Por otra parte, siempre con relación a la función de garantía que cumple el capital (o al menos que debería cumplir), es indudable que la garantía de los acreedores no está dada por el capital social sino por el patrimonio social. Lo cierto es que en la actualidad, cuando se contrata con una sociedad, se presta más atención a su patrimonio que a su capital social. A manera de ejemplo, existen en la actualidad muchas sociedades que desarrollan sus negocios de manera efectiva y exitosa - muchas de las cuales hasta son subsidiarias de importantes corporaciones americanas y europeas - que poseen capitales sociales irrisorios, en algunos casos de sólo centavos. Por otra parte, también existen sociedades con cifras de capital social “adecuadamente proporcionadas con su objeto” pero que, cuando se examinan sus estados contables al momento de contratar o hacer negocios con ella, no brindan una adecuada garantía.

Es por todo ello que opinamos que el capital social no cumple adecuadamente con la función de garantía, la cual está dada por el patrimonio social.

5. LA FUNCIÓN DE PRODUCTIVIDAD Y LA

²⁷ Araya, Miguel C., “*Capital y Patrimonio*”, LL 1996 IV-676.

²⁸ El denominado ajuste por inflación fue nuevamente introducido por medio del Decreto 1269/2002 (el cual fue receptado por la Resolución General de la Inspección General de Justicia N° 11/2002),

INFRACAPITALIZACIÓN SOCIETARIA

Así como hemos concluido que el capital social no cumple adecuadamente con la función de garantía, tampoco es enteramente correcto sostener que cumple con la función de productividad. Veamos por qué.

El Artículo 1º de la LSC se refiere a la realización de aportes “*para aplicarlos a la producción e intercambio de bienes o servicios*”. En virtud de ello, calificada doctrina opina que debe existir una adecuada proporción entre capital social y objeto social²⁹. Es decir, el capital debe ser “*suficiente*” y “*acorde con el objeto que se pretende cumplir*”.

Si el capital social es insuficiente para cumplir con el objeto que la sociedad se propone cumplir, estamos ante la llamada infracapitalización. Siguiendo a Rippe y Costa, citados por Lisdero³⁰, podemos hablar de dos tipos de infracapitalización:

a) la infracapitalización técnica: cuando el valor real del patrimonio neto es inferior al valor nominal del capital social.

b) infracapitalización funcional: cuando existe un desfase entre el capital social y el capital real que se necesita para lograr el objeto social. Dentro de este tipo, podemos hablar de dos subtipos: infracapitalización material e infracapitalización nominal. La material se da cuando la sociedad se encuentra absolutamente privada por medios propios de cumplir con el objeto social. La

siendo luego eliminado por medio del Decreto 664/2003 (el cual fue receptado por la Resolución General de la Inspección General de Justicia N° 4/2003).

²⁹ Halperín, Isaac, “*Sociedades de Responsabilidad Limitada*”, Editorial Depalma, Buenos Aires, 1972, Pág. 53; y, Verón, Alberto V., “*Los Balances. Tratado sobre los Estados Contables*”, Editorial Errepar, Buenos Aires, 1997, Pág. 389; entre otros.

nominal, cuando la sociedad no cuenta con un capital adecuado para el cumplimiento de su objeto pero el capital se encuentra reforzado con reservas, con créditos de los propios socios o con financiaciones externas.

Si nos referimos a la infracapitalización funcional nominal, no existe acuerdo en nuestra doctrina sobre si debe haber o no una relación adecuada entre capital social y objeto social, o bien, si esa relación puede no darse, es decir, que una sociedad puede actuar con un capital irrisorio en perfectas condiciones.

Los que apoyan la idea de que debe haber una adecuada relación entre capital social y objeto social se apoyan en la doctrina sentada por el fallo Veca Constructora S.R.L.³¹ (en el cual se denegó la inscripción de una sociedad porque se determinó que el capital social que se le había fijado era insuficiente para el objeto social que la sociedad se proponía cumplir) y en la garantía debida a los acreedores y a los terceros (entendida como que el capital debe en todo momento mantener una adecuada relación con el objeto social para brindarles a aquellos la debida protección).

Se han propuesto diversas vías para solucionar el problema de la infracapitalización. Algunas de ellas propusieron analizar los índices de solvencia o de endeudamiento de la sociedad³²; fijar un patrimonio neto mínimo como porcentaje del activo debajo del cual no puedan efectuarse distribuciones de

³⁰ Lisdero, Alfredo R., “Una posible solución al problema de la infracapitalización societaria” en Diario El Derecho del 6 de marzo del 2001, Pág. 4.

³¹ Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Comercial de Registro, 30/6/1980, “Veca Constructora S.R.L.”, LL 1980 D-464. Resuelto por Butty. Dicho fallo se apoyó en el Artículo 953 del Código Civil. La sociedad es un contrato (plurilateral de organización) y por lo tanto el objeto de dicho contrato debe ser de posible cumplimiento. Un capital desproporcionado en relación al objeto de la sociedad no permitiría su cumplimiento, por lo tanto la inscripción fue denegada.

³² Prono, Javier y Gómez Bausela María Silvia, “Capital Social. Necesidad de vincular el capital social con el objeto de la sociedad y propuestas alternativas para ello”, ponencia presentada en el VIII Congreso Argentino de Derecho Societario, Tomo III de su publicación, Pág. 557.

utilidades y otro por dejado del cual la sociedad deba ser disuelta³³; determinar el capital necesario mediante el análisis del volumen de los negocios de la sociedad, etc.

Incluso nuestra LSC fija, en su Artículo 186º, y a nuestro entender arbitrariamente, un capital mínimo de \$ 12.000 (pesos doce mil). Consideramos que el requisito del capital no es la solución. (tampoco que lo fije la autoridad de contralor). Según Uría y Menéndez³⁴ al referirse a la reforma de la Ley de Sociedades Anónimas de España del año 1989 *“No es función del capital mínimo, sin embargo, garantizar la constitución en la sociedad de un patrimonio suficiente para el desarrollo de su objeto social. La ley impone un requisito de capital mínimo pero no exige que el capital sea “suficiente” en atención al nivel de riesgo de las actividades que la sociedad pretenda acometer”*.

A nuestro entender, mientras la sociedad cumpla con su objeto y pueda brindar las garantías adecuadas, sean cuales fueren, no encontramos objeciones a la infracapitalización funcional nominal, pues, en definitiva, *“El capital es solo el número que refleja la cantidad de dinero recibido por la sociedad en pago de sus acciones”*³⁵.

Con respecto a las posibles soluciones al problema de la infracapitalización funcional nominal, coincidimos y apoyamos las propuestas por Lisdero³⁶, consistentes en tomar como base de cálculo de la reserva legal establecida por el Artículo 70º de la LSC no el capital social sino el patrimonio social y,

³³ Balonas, Ernesto Daniel, *“La Derogación del Capital Social”*, ponencia presentada en el VIII Congreso Argentino de Derecho Societario, Tomo III de su publicación Pág. 91.

³⁴ Uría, Rodrigo y Menéndez, Aurelio, *“Curso de Derecho Mercantil”*, Tomo 1, Pág. 776, Editorial Civitas, Madrid, 1999.

³⁵ Le Pera, Sergio, *“Sobre ...”*, Págs. 972 y SS.

³⁶ Lisdero, Alfredo R., *“Una posible ...”*, Pág. 4.

adicionalmente, establecer la obligatoriedad de capitalizar reservas cuando superen una determinada proporción del capital social. Creemos que esta solución constituirá una verdadera garantía. A lo propuesto por Lisdero, nosotros le agregamos que debería preverse para el cálculo de la reserva legal sobre el patrimonio, algún mecanismo que no importe una inmovilización de fondos significativa.

Ahora bien, ¿qué ocurre cuando nos encontramos ante un caso de infracapitalización funcional material? Evidentemente, el tema cambia radicalmente pues la sociedad se encuentra absolutamente privada por medios propios de cumplir con el objeto social. En este supuesto, los administradores y los socios de la sociedad deberán arbitrar los recursos técnicos y legales que correspondan para revertir dicha situación y de esa manera evitar que la sociedad actúe infracapitalizada, bajo pena de incurrir en responsabilidad si conocían el estado patrimonial de la sociedad y a pesar de ello, la sociedad siguió contratando. Este es el camino a la cesación de pagos y son claros en este caso, los potenciales perjuicios que pueden causarse a terceros y a acreedores.

6. INFRACAPITALIZACIÓN, INSOLVENCIA Y RESPONSABILIDAD

Explicado el concepto de infracapitalización, corresponde analizar como juega la responsabilidad de los administradores societarios y de los socios controlantes en caso de darse una situación de insolvencia societaria motivada en la misma.

De acuerdo a lo que expusimos en el presente capítulo, adelantamos que la responsabilidad por infracapitalización en caso de insolvencia sólo puede darse en los casos de infracapitalización funcional material pues recordemos que en la infracapitalización funcional nominal, a pesar de que la sociedad no cuente con un capital social adecuado para el cumplimiento de su objeto, dicho capital se

encuentra reforzado con reservas, con créditos de los propios socios o con financiaciones externas. Aquí volvemos a hacer hincapié en la importancia del patrimonio social por sobre el capital, resaltando su importancia por sobre la noción clásica de capital que expusimos al principio del presente capítulo.

6.1. Responsabilidad de los Administradores.

El Artículo 59° de la LSC obliga a los administradores societarios a “*obrar con lealtad y con la diligencia de un buen hombre de negocios*”. A nuestro entender, el “standard de conducta” fijado por el legislador es una obligación de medios y no de resultados. Los administradores (gerentes, directores, etc.) no aseguran el éxito de la gestión empresarial sino en definitiva, y a grandes rasgos, se comprometen a arbitrar los medios necesarios para que los socios obtengan ganancias y el emprendimiento comercial sea exitoso. Los administradores de ninguna manera serán responsables si el éxito comercial se frustra; sin embargo, la limitación de responsabilidad de los administradores esta basada en el supuesto de un comportamiento leal de su parte.

En virtud de lo anterior, es lógico preguntarse cómo juega la responsabilidad individual de los administradores societarios por obligaciones asumidas en estado de cesación de pagos y en el seno de una sociedad infracapitalizada (siempre desde el punto de vista de la infracapitalización funcional material).

La realidad nos demuestra que en muchos casos, una situación de insolvencia implica una infracapitalización funcional material. Cuesta imaginarse qué ocurriría si dicha situación no es advertida por el administrador societario

(creemos que en ese caso se configuraría un obrar culposo del administrador por el cual entendemos no le cabe responsabilidad³⁷).

Pero, ¿qué ocurre en el caso en que dicha situación de infracapitalización sí es advertida por el administrador y a pesar de ello la sociedad continúa operando en estado de cesación de pagos? En ese caso, opinamos que estamos frente a una situación de dolo que legitimaría a los acreedores sociales posteriores a esa situación a iniciar una acción individual de responsabilidad contra los administradores que siguieron operando en estado de cesación de pagos.

Según Richard³⁸ *“La infracapitalización aparece como la genética de la insolvencia”* y *“La falta de recursos patrimoniales para satisfacer normalmente las obligaciones asumidas constituyen el escenario del problema societario que estamos analizando”*, o sea, deben darse los siguientes supuestos: i) que la sociedad se encuentre infracapitalizada, ii) que los administradores tengan conocimiento y deliberadamente no tomen las medidas que correspondan (por ejemplo, la presentación temporánea en concurso), iii) que en virtud de esa infracapitalización, la sociedad se encuentre en estado de cesación de pagos y iv) que al estar la sociedad privada de recursos propios o ajenos (como ser créditos de terceros o de los propios socios) no sea posible cumplir con el objeto social.

¿Cuál es entonces el hecho generador de la responsabilidad de los administradores? No adoptar las medidas necesarias para revertir dicha situación y no evitar causar un daño a los terceros al continuar la sociedad contrayendo obligaciones sabiendo de antemano que no va a poder satisfacerlas. En pocas

³⁷ Contrariamente a nuestra posición, Richard expresa que *“Una doctrina permisiva tendió a limitar las acciones de responsabilidad en la quiebra a supuestos de dolo, sujetas a autorizaciones que parecían difíciles de alcanzar, coherentemente con ciertas posiciones que tienden a acotar la responsabilidad de administradores societarios”*. Conf. Richard, Efraín H., “Responsabilidad de Administradores Societarios” en www.quiebras-concursos.com.ar

³⁸ Richard, Efraín Hugo, *“Responsabilidad ...”*

palabras, una clara violación al deber fiduciario de los administradores fijado por el Artículo 59 de la LSC³⁹.

Algunas legislaciones extranjeras, como es el caso de algunos ordenamientos societarios de estados norteamericanos, han solucionado este problema, a nuestro entender, de una manera muy práctica: mediante la utilización de los denominados “Tests de Insolvencia”.

Mediante estos “tests” se busca, principalmente, proteger a terceros y a acreedores. Son utilizados al momento de distribuir dividendos y utilidades a los socios de la sociedad logrando, mediante la correcta aplicación del test que corresponda, no menoscabar los derechos de los acreedores. Ellos son el “*Earned Surplus Test*”, el “*Insolvency Test*” y el “*Nimble Dividends Test*”, por medio de los cuales se prohíbe distribuir dividendos cuando la sociedad deviene insolvente luego de dicha distribución⁴⁰. De esta manera, el administrador tiene la obligación de determinar el capital necesario para afrontar la continuidad de la sociedad sin que la misma devenga insolvente, protegiendo de esta manera a los terceros.

Por otro lado, debemos tener en cuenta que un patrimonio insuficiente para desarrollar el objeto para el cual la sociedad se constituyó, implica la existencia de una causal de disolución de acuerdo a lo dispuesto por el Artículo 94°, inciso 4° (segunda parte) de la LSC: “*La sociedad se disuelve (...) 4) (...) por la imposibilidad sobreviniente de lograrlo*” (el objeto social), y aquí también nos encontramos frente a un supuesto de responsabilidad de los administradores, e incluso de los socios. Si el patrimonio no es suficiente, existe una causal de disolución aunque nominalmente

³⁹ Asimismo, el Decreto 677/01 denominado de Transparencia, dispone en su Artículo 8° que los directores, administradores y fiscalizadoras de las sociedades emisoras deben “*hacer prevalecer, sin excepción, el interés social de la emisora en que ejercen su función y el interés común de todos sus socios por cualquier otro interés, inclusive el de o los controlantes*”.

⁴⁰ Para ampliar ver Clark, Robert Charles, “*Corporate Law*”, Págs. 612 a 618, Aspen Law & Business, 1986.

el capital se mantenga intacto. Asimismo, además del deber de los administradores de determinar si la sociedad cuenta con un patrimonio suficiente y apto para el cumplimiento del objeto social, también deben informar a los socios cuando esto no es así, acotando, en este último caso, su responsabilidad.

En conclusión, y a manera de resumen:

i) Los administradores societarios deben velar para que la sociedad cumpla con su objeto social de acuerdo con un patrimonio que sea suficiente para ello. De lo contrario, es muy probable que la sociedad caiga en estado de insolvencia o transite el camino hacia la liquidación por imposibilidad de cumplir con su objeto. Esto, sin perjuicio de la responsabilidad que podrá recaer sobre los socios y sobre los administradores por no cumplir con sus obligaciones. Asimismo, la omisión en comunicar la situación por parte de los administradores a los socios, perjudicando de esta manera a la sociedad y a éstos, puede dar lugar a las acciones sociales de responsabilidad e incluso, si la omisión ha sido dolosa, configurarse el supuesto de responsabilidad previsto en el Artículo 173° de la Ley 24.522.

ii) En caso de que no sea posible revertir el estado patrimonial, los administradores deben arbitrar las medidas necesarias para evitar causar perjuicios a los acreedores sociales mediante la presentación temporánea en concurso.

iii) Los administradores deben prevenir la insolvencia de la sociedad evitando de esta forma transferir los daños a los acreedores ante esta situación. En caso contrario, los acreedores sociales que acrediten haber sufrido daño por el accionar de administradores de sociedades que hubieran asumido esas obligaciones en conocimiento del estado de insolvencia pueden promoverles acciones individuales de responsabilidad.

6.2. Responsabilidad de los Socios Controlantes.

Las sociedades comerciales son personas jurídicas y por lo tanto son sujetos de derecho con el alcance fijado en la LSC⁴¹. Dicha personalidad jurídica implica que las obligaciones de la sociedad se atribuyen a su propia persona jurídica y no a la de sus socios. Sin embargo, el Artículo 54 de la LSC ordena que: i) el daño ocurrido a la sociedad por dolo o culpa de socios o de quienes no siéndolo la controlen, constituye a sus autores en la obligación solidaria de indemnizar, sin que puedan alegar compensación con el lucro que su actuación haya proporcionado con otros negocios, y ii) la actuación de la sociedad con fines extrasocietarios (violación de la ley, el orden público o las buenas costumbres, frustración de derechos de terceros), se imputará directamente a los socios o a los controlantes que la hicieron posible, quienes responderán solidaria e ilimitadamente por los perjuicios causados. Esto último es lo que se conoce como la “Teoría de la Inoponibilidad de la Personalidad Jurídica”⁴², que se encuentra también plasmada indirectamente en la normativa concursal sobre extensión de la quiebra a los accionistas y controlantes⁴³.

Lo que busca la normativa es castigar el uso desviado del recurso técnico de la sociedad con limitación de responsabilidad de los socios y el consiguiente abuso de dicha limitación para actuar en fraude de terceros.

Con relación al tema que nos ocupa, creemos que los socios sólo serán responsables por infracapitalización que devenga insolvente a la sociedad, únicamente en aquellos caso en que se demuestre el actuar doloso o culposo “grave”

⁴¹ Conf. Artículo 2º LSC.

⁴² Nuestros tribunales tuvieron oportunidad de aplicar esta teoría (conocida también como “Levantamiento del Velo Societario” o “*Disregard*”) en varias oportunidades. Como relevantes podemos citar el caso “*Parke Davis y Cía. S.A.*” resuelto por la CSJN el 31/8/73, el caso “*Mellor Goodwin S.A.*” resuelto por la CSJN el 18/10/73 y el caso “*Swift – Deltec*”, resuelto también por la CSJN en 1973.

⁴³ Artículo 160 y concordantes de la Ley 24.522 de Concursos y Quiebras.

(“cuasi doloso” dado que la noción de culpa grave no existe en nuestro ordenamiento jurídico) de los mismos.

Sin embargo, varios autores encuentran en el primer párrafo del Artículo 54 de la LSC y en el Artículo 39, inciso 7° de la Ley 24.522 (la regularidad de los aportes de los socios sobre la que el síndico debe pronunciarse en oportunidad de emitir el informe general)⁴⁴ el fundamento para responsabilizar a los socios por infracapitalización. En virtud de esto, se interpreta que deben responder frente a la masa concursal hasta la integración de la diferencia entre el capital efectivamente aportado y aquél necesario para el desarrollo del objeto para el cual la sociedad se constituyó.

Como ya lo expresáramos, no coincidimos totalmente con dicha afirmación. A nuestro entender, los socios deben responder hasta la integración de la diferencia entre el capital efectivamente aportado y el capital necesario, solamente en los casos en que se demuestre un abuso de la personalidad y un acto ejecutado a sabiendas y con la intención de dañar (dolo). El fundamento de nuestra opinión se basa en que, dentro del ámbito de un proceso concursal, existe el peligro de abusar de la postura de la “responsabilidad amplia” en detrimento de la teoría de la realidad y del alea a la que generalmente están sujetos los emprendimientos comerciales. Los acreedores siempre van a pretender que se aporte más dinero a la masa pues esto incrementaría sus posibilidades de cobro. Por otra parte, nos preguntamos de qué manera se puede determinar con exactitud si el capital aportado a la sociedad fue suficiente o no para el negocio que se pretendió realizar. En última instancia, apoyar tal teoría nos llevaría a tener una “visión negativista” de las sociedades comerciales: las sociedades comerciales (principalmente las S.A. y las S.R.L.) existen para limitar la responsabilidad de sus socios, siempre y cuando no se violen las disposiciones del Artículo 54° de la LSC y del a veces “olvidado” Artículo 2° también de la LSC.

7. JURISPRUDENCIA JUDICIAL Y ADMINISTRATIVA

Nuestros tribunales han tenido escasas oportunidades de fallar sobre la infracapitalización.

Sin embargo existe el “*leading case*” Veca Constructora S.R.L.⁴⁵ que nombramos al principio del presente capítulo, en el cual se resolvió denegar la inscripción de dicha sociedad en el Registro Público de Comercio por entender que un capital social desproporcionado en relación al objeto de la sociedad no permitiría su cumplimiento. Dado que la sociedad es un contrato (plurilateral de organización) y que por lo tanto el objeto de dicho contrato debe ser de posible cumplimiento, el juez se apoyó en lo dispuesto por el Artículo 953 del Código Civil (el objeto debe ser posible) para no autorizar la inscripción.

No coincidimos con algunos aspectos de este fallo dado que el juez de registro no tuvo en cuenta la circunstancia de que las sociedades, en muchos casos, no comienzan inmediatamente a desarrollar su objeto social, ni que pueden financiarse con créditos de terceros y/o de los propios socios, ni que pueden incorporar inversores institucionales para el cumplimiento del proyecto, etc.

También existen algunos antecedentes de tribunales extranjeros⁴⁶. Así, en el Estado de Nueva York es conocido el caso denominado “*Walkovsvy vs. Carlton*”⁴⁷. En este caso, el Sr. Walkovsvy resulta dañado por un taxi que era

⁴⁴ Conf. Badolá, María C. y Jelonche, Paola H., “*Responsabilidad de los Socios con responsabilidad Limitada por Infracapitalización de la Sociedad en Quiebra*”, Derecho Concursal Argentino e Iberoamericano, Págs. 351 a 354, Ed. Ad-Hoc., Buenos Aires, 1997.

⁴⁵ Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Comercial de Registro, 30/6/1980, “*Veca Constructora S.R.L.*”, LL 1980 D-464.

⁴⁶ Citados por Deyá, Federico S., “*Infracapitalización Societaria desde una Perspectiva Económica del Derecho*”, RDCO N° 200, Págs. 813 a 832, Editorial Depalma, Buenos Aires, 2002.

propiedad de una empresa de la cual el Sr. Carlton era su accionista principal. El damnificado demandó al Sr. Carlton, entendiendo que el mismo era personalmente responsable atento a la infracapitalización de la sociedad que operaba el taxi.

Pese a que los tribunales de Nueva York no hicieron lugar a la demanda instaurada por Walkovsky, el voto minoritario del Juez J. Keating expuso una serie de argumentos orientados a extender la responsabilidad a los accionistas por las deudas de la sociedad en caso de existir una infracapitalización dolosa en perjuicio de los acreedores. El principio sentado por dicho voto minoritario es que cuando una persona utiliza el control societario en beneficio propio y no de la sociedad, ésta resultará responsable por los actos de la sociedad bajo el principio “*respondeat superiori*”, principio éste aplicable aún cuando el agente sea una persona física. Para ello, sostuvo que la intención de realizar negocios societarios sin proveer la suficiente base de responsabilidad patrimonial (infracapitalización) a favor de los acreedores era un abuso de la personalidad societaria que indefectiblemente derivaría en la extensión de la responsabilidad a los accionistas.

Queremos hacer hincapié nuevamente, en que en el fallo americano, el principal argumento desarrollado por el juez a favor de la extensión de la responsabilidad al controlante por la infracapitalización de la sociedad controlada fue la intención dolosa de limitar la responsabilidad de los accionistas hacia los terceros y una manifiesta inadecuación del capital para el correcto desarrollo de los negocios societarios.

Con respecto a la jurisprudencia administrativa local, si bien la Inspección General de Justicia de la Capital Federal no se había pronunciado directamente sobre el tema de la infracapitalización, ya había dicho que “*el*

⁴⁷ 223 N.E. 2d 6, N.Y.C.A. 1966, “*Walkovsky vs. Carlton* “.

excepcional régimen de limitación de responsabilidad de que gozan los accionistas de sociedades anónimas (...) exige asegurar con mayor rigor (...) la efectiva integración del capital suscrito, pues la sociedad responderá de sus obligaciones solamente con él. Consecuencia de esa excepcional limitación de responsabilidad, son las mayores exigencias que la ley sustantiva ha establecido respecto al capital social y a su efectiva preservación durante toda la vida social, tendientes a proteger el principio de la intangibilidad o permanencia de aquél”⁴⁸; que “al legislador le resulta en principio indiferente la cifra nominal del capital, toda vez que aquellas finalidades (el cumplimiento del objeto social)⁴⁹ tienen respaldo en la consistencia del patrimonio social”⁵⁰ y que “es responsabilidad central de los accionistas velar por que la cifra del capital guarde adecuada equivalencia con el patrimonio social y, en tal supuesto, su función de garantía indirecta de los acreedores sociales quedará salvaguardada con la imposibilidad jurídica de que se distribuyan utilidades por debajo de esa cifra (...)”⁵¹.

Sin embargo, recientemente la Inspección General de Justicia se expidió sobre el tema por medio de la Resolución IGJ N° 1416 del 4 de noviembre de 2003, en el expediente “Gaitán, Barugel & Asociados S.R.L.”. En dicha resolución, la IGJ dejó sentado lo siguiente:

a) La constatación de la relación que debe existir entre el capital social y el objeto de la sociedad es función es propia del control de legalidad que el legislador ha otorgado a la Inspección General de Justicia, por expresa previsión de los artículos 34 del Código de Comercio y 6° de la LSC.

⁴⁸ Resolución IGJ N° 0055/02 del 14/1/2002, “Duque Seguridad S.A.” e “Investigaciones Duque S.A.”

⁴⁹ El paréntesis es nuestro.

⁵⁰ Resolución IGJ N° 00574/01 del 3/7/2001, “Chubasco S.A.” y “Viejo Cimarrón S.A.”

b) En materia de sociedades comerciales, 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 y en tal sentido, 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, como lo dispone el Artículo 18 de la Resolución General 6/80 de la Inspección General de Justicia, que expresamente prevé la razonable relación del capital social con el objeto de la sociedad.

c) La doctrina nacional es pacífica en sostener la estrecha e íntima vinculación entre capital suficiente y objeto social, habiéndose sostenido al respecto que la desproporcionalidad entre éstos tiene consecuencias y un significado tan profundo como sería negar o por lo menos modificar el objeto social. Análoga orientación exhibe la doctrina comparada, en la cual se ha destacado que en la instancia de constitución de la sociedad, el capital debe ser congruente o cuanto menos no manifiestamente inadecuado al objeto social expresado en el contrato.

d) Siendo la sociedad comercial como un contrato, le son aplicables al mismo las reglas generales que regulan los actos jurídicos, en aras de los cuales, entre otros principios generales, se postula la exigencia de que los mismos deben tener por objeto hechos posibles (Art. 953 del Código Civil).

e) El objeto social define y enmarca el cumplimiento de las actividades sociales guardando estrecha relación la proporción con el capital social y los aportes de los socios, ordenados a la consecución del referido objeto, de todo lo cual se sigue que un capital social desproporcionadamente reducido en su magnitud determinará la imposibilidad “*ex origine*” de cumplir el objeto que debe, por esencia ser fácticamente posible.

⁵¹ Resolución IGJ N° 00574/01, “*Chubasco ...*”

f) La relación entre el objeto de la sociedad y el capital social asignado a la misma se encuentra plasmado dentro del ordenamiento societario vigente, cuando dispone la disolución de la sociedad por imposibilidad de lograr el objeto para la cual se constituyó (Art. 94 inciso 4º de la LSC).

g) La función más importante que cumple el capital social en toda sociedad, es la función de servir de garantía a los acreedores de la sociedad para el cobro de sus créditos, lo cual constituye la esencial diferencia entre el capital social y el patrimonio de la persona jurídica, en el sentido que si bien la sociedad podrá hacer literalmente lo que quiera con su patrimonio, ello no sucede con el capital, pues los terceros sólo se encontrarán amparados por los principios concernientes al capital social, en especial, el de servir como cifra de retención, en el sentido que si estos principios son efectivamente cumplidos por la sociedad y socios en la génesis y desenvolvimiento del ente societario, los terceros saben “*ex ante*” que siempre encontrarán en la caja social, por lo menos, el contravalor patrimonial de la cifra del capital.

h) El principio de limitación de la responsabilidad de los socios por las obligaciones sociales debe ser considerado como un privilegio que constituye una excepción al principio de unidad del patrimonio consagrado por el ordenamiento común. Tal derecho tiene como contrapartida la obligación de los socios de otorgar fondos suficientes para su cometido, en tanto el orden natural de las cosas obliga a concluir que deben ser éstos quienes deben soportar las consecuencias del actuar en una sociedad que ellos mismos han constituido, haciendo uso de un instrumento legal que el legislador ha otorgado con fines eminentemente prácticos.

i) El capital social es la contrapartida de la limitación de la responsabilidad del socio, del cual se desprende, que el excepcional beneficio de la limitación de la responsabilidad del socio o accionista carece de todo fundamento sin un capital social suficiente, con el más que probable riesgo que la sociedad

anónima así infracapitalizada se convierta en un instrumento de fraude, como ha sucedido efectivamente en las sociedades que presentan tales características.

Con relación a la función de garantía que debe cumplir el capital social, en el fallo “*Ceretti c/ Ditto S.A.*”⁵², la Cámara Comercial resolvió que la sociedad controlante de Ditto S.A. (Estampería y Tintorería Thames S.A.) debía responder ante los terceros por las deudas de ésta última, por cuanto existía confusión de administraciones entre la sociedad controlante y la controlada, que llevaba a que los terceros no pudiesen distinguir entre una y otra sociedad, y que existía una insuficiente capitalización de Ditto S.A. para cumplir con el objeto social, lo que la convertía en una mera “sociedad fantasma” sin patrimonio que respalde sus operaciones comerciales frente a los acreedores.

En este último caso, sí creemos que corresponde aplicar la figura de la inoponibilidad de la personalidad societaria, por cuanto de esta manera se estaría violando el principio de la buena fe en perjuicio de los terceros.

También recientemente la Inspección General de Justicia se expidió sobre la función de garantía que debe cumplir el capital social. En ese sentido, por Resolución del 15 de diciembre de 2003, en el expediente “Empresa Naviera Petrolera Atlántica Sociedad Anónima”, se dejaron sentados los siguientes conceptos:

a) El excepcional régimen de responsabilidad que asumen los socios de las sociedades anónimas, acotado a la integración de las acciones suscriptas, exige asegurar con mayor rigor que para los demás tipos sociales, la efectiva integración del capital suscrito, pues la sociedad responderá de sus obligaciones solamente con él. Consecuencia de esa excepcional limitación de responsabilidad,

⁵² CNCom, Sale E, 24/8/1987, “*Ceretti, César R. C/ Ditto S.A. y Otros*”, JA-1990-I- 318.

son las mayores exigencias que la ley ha establecido respecto al capital social y a su efectiva preservación durante toda la vida social, tendientes a proteger el principio de la intangibilidad o permanencia de aquél.

b) La trascendencia de la efectiva integración del capital social, en resguardo del orden público, terceros y los propios socios, motivó la inclusión en la ley 19.550 de diversas normas tendientes a su protección desde el acto de constitución y durante toda la existencia de la sociedad.

c) La función de garantía del capital social debe resguardarse en tutela de terceros, frente a los cuales las negociaciones entre las partes no pueden traducirse en potencial desmedro de la garantía de sus créditos.