

Palladino, J., 2015. Sobre la importancia del capital social en las sociedades en las que los socios poseen el beneficio de limitación de la responsabilidad y el nuevo Código Civil y comercial de la Nación, *Revista del Departamento de Ciencias Sociales, Vol. 2 Nro. 3*: 146-185

SOBRE LA IMPORTANCIA DEL CAPITAL SOCIAL EN LAS SOCIEDADES EN LAS QUE LOS SOCIOS POSEEN EL BENEFICIO DE LIMITACION DE LA RESPONSABILIDAD Y EL NUEVO CODIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACIÓN.

Juan Leonel Palladino

Departamento de Ciencias Sociales
Universidad Nacional de Luján
jlpalladinoabog@hotmail.com

RESUMEN

El régimen del capital social y los principios que lo rigen (que incluye además de una necesaria relación entre el capital y el objeto social, la normativa sobre la preservación de la intangibilidad del capital social), se aplica a todos los tipos societarios, no sólo a los de responsabilidad limitada. Como es sabido, no significa que el capital no pueda variarse (por aumento o reducción), sino que debe hacerse por los procedimientos legales. Esta noción se encuentra arraigada en la doctrina societaria europea y en la latinoamericana. Desde la doctrina economicista, en particular para las sociedades anónimas, se insiste en la necesidad de revisar este concepto llegando incluso a poner en tela de juicio su existencia sosteniendo que en la actualidad no satisface las necesidades que le dieron origen. En estos cuestionamientos, ha tenido una fuerte influencia la reforma en Estados Unidos de la *Model Business Corporation Act* de 1980. Empero, el régimen de capital social establecido por nuestro legislador en la ley 19.550 que se trata de sostener en el presente trabajo, debe mantenerse conforme lo aconseja la doctrina mayoritaria en la que se inscribe. Con acierto, así también lo interpretó un valioso fallo de la Cám. Nac. de Apelaciones en lo Comercial, Sala F del 13/05/2014 y el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación (Ley 26.994 B.O. 08/10/2014) que ha mantenido intacto el cuestionado régimen.

Recibido: 13.05.2015
Aceptado: 15.05.2015

© Juan Leonel Palladino
www.redsocialesunlu.net

Palabras claves: compañías limitadas, capital social, participación en las ganancias, infracapitalización, inoponibilidad de la personalidad jurídica.

SOME CONSIDERATIONS ABOUT THE IMPORTANCE OF THE SOCIAL CAPITAL IN COMPANIES IN WHICH ITS PARTNERS HAVE THE BENEFIT OF LIMITED LIABILITY AND THE NEW ARGENTINEAN CIVIL AND COMMERCIAL CODE.

ABSTRACT

The regime of social capital and the principles that govern it applies not only to limited liability companies but also to the others social types according to their particularities. As is known, does not mean that capital can not be modified, but must be done according to the law governing such operations. However, particularly for Corporations, outstanding opinions, have been raising for several years the need to revise this concept, even putting into question its existence holding that currently does not satisfies the needs that gave rise. However, the social capital regime established by our legislature in Law 19.550 to remember in this work, must be maintained according holds the majority doctrine. Rightly, in this way is interpreted in the new Civil and Commercial Argentinean Code (Law 26.994).

Keywords: limited companies; social capital; profit sharing; undercapitalisation; unenforceability of the legal personality.

1. Generalidades sobre el origen y evolución del derecho comercial. Una categoría histórica. La inclusión del derecho societario.

El derecho comercial no es el resultado de una concepción dogmática del derecho privado, vale decir, no se erige en rama de éste en razón de su propia naturaleza o método de investigación, sino que es el fruto de ciertas circunstancias históricas y económicas que producen su aparición como una rama separada por insuficiencia del derecho común, desbordado por las necesidades del comercio, por falta de instituciones adecuadas para la regulación de su actividad. Nace con un determinado contenido y la evolución de las circunstancias económicas que le dieron origen produce sucesivos cambios fundamentales en su materia propia, sobre la cual la doctrina contemporánea cuestiona y polemiza. En suma, el derecho comercial del que forma parte el derecho societario, no es una rama del derecho resultado de una clasificación y clarificación dogmática, sino que es una categoría histórica¹.

¹ HALPERIN, Isaac, "*Curso de Derecho Comercial*", t. I, parte general, Depalma, 1967 pág. 4

El derecho de las antiguas civilizaciones conoció las instituciones comerciales y seguramente integraba el derecho común. En Babilonia, el Código de Hammurabbi (1.760 a C.) incluía las sociedades, el depósito, operaciones bancarias. China conoció la contabilidad que influyó decididamente en el sistema de doble cuenta que introdujo fray Luca Paccioli (1445-1517). En el derecho helénico, que influyó en el romano, parece haber existido un derecho especial como consecuencia del status inferior de los comerciantes, además de la regulación del comercio marítimo (ej. la echazón con la *lex Rhodia de jactu*).

En el derecho romano no existió un derecho comercial tal como lo concebimos actualmente. La sociedad tiene una regulación rudimentaria, si bien supo elevarse cuando las exigencias económicas se lo impusieron (v.g. las sociedades de los *argentarií*, en las que algunos autores encuentran los primeros elementos de nuestra sociedad anónima); ni tampoco ignoró el cambio a distancia, como lo demuestra la carta de Cicerón para el pago de una suma para la educación de su hijo en Grecia. La obra de los pretores, principalmente el pretor peregrino, permitieron al derecho romano remediar la insuficiencia del derecho quirritario.

La aparición del derecho mercantil se produce cuando cae el imperio de occidente y se quiebra la unidad jurídica de la Europa romana por el fraccionamiento de la soberanía política y la invasión de los bárbaros, que introducen su propio sistema jurídico o lo imponen, la uniformidad jurídica también se quiebra. Sobrevino la inseguridad material y hasta se extinguió el comercio entre las ciudades próximas. Hacia el siglo XI se reanudó el comercio.

El derecho societario estudia el funcionamiento, tanto interno como externo, de este instrumento de concentración de capitales, forma parte del derecho comercial, lo que se encuentra ratificado por el art. 384 de la ley 19.550 en cuanto declara que las disposiciones de este ordenamiento forman parte del Código de Comercio, ha debido adaptarse a las circunstancias y a las modalidades del comercio. Sin desconocer la existencia de la regulación del contrato de sociedad civil (arts. 1648 y s.s. del Cód. Civ.) no puede ignorarse el proceso de comercialización de la actividad económica considerada tradicionalmente como civil y ajena al derecho mercantil (actividad minera, agropecuaria, etc.).

Por fin, el comercio es el que obliga al jurista a legislar y no el legislador el que impone sus ideas al comerciante. Dentro de las prácticas comerciales que el derecho mercantil ha debido acompañar y acotar, se encuentra la utilización del negocio societario entendido como el instrumento de concentración de capitales por excelencia para el desarrollo de actividades mercantiles de importancia. Al referirse a la personalidad jurídica, Halperín², que en nota cita a Gény, Spota, De Gregorio y Brunetti, señaló, con la precisión de siempre, que “*la sociedad constituye una realidad jurídica que la ley reconoce como*

² HALPERIN Isaac “*Sociedades Comerciales, Parte General*” pág. 88 y 50, Depalma Bs. As. 1966

medio técnico para que todo grupo de individuos pueda realizar el fin lícito que se proponen“. Tal conclusión debe tenerse presente al resolver conflictos.

2. El capital y el patrimonio social.

2.i. Conviene distinguir el aspecto económico del capital (corrientemente entendido como conjunto de bienes y elementos valorables económicamente que se destinan a la explotación de un actividad concreta) del aspecto jurídico del capital de la sociedad anónima, entendido como cifra contable (mencionada expresamente en los estatutos) cuya cuantía coincide o debe coincidir, en el momento constitutivo, con el valor total de los bienes aportados o prometidos a la sociedad ya que figura en los balances como primera partida, una cuenta invariada en el pasivo social o nominal para impedir que se repartan beneficios cuando realmente no existen (el capital como cifra de retención).³

El capital social es uno de los institutos angulares del régimen jurídico de las sociedades comerciales en el derecho continental, en especial, en las tipologías societarias que exoneran de responsabilidad a los socios por las obligaciones sociales. Lo constituye el valor del conjunto de los aportes que se mantiene invariado mientras no se modifique el contrato: incorporación de nuevos socios, aumento o reducción de capital por los procedimientos legales.

2.ii. El capital social ha sido bien caracterizado por Vivante como una “existencia de derecho” para significar de este modo que es una elaboración técnico jurídica cuya principal finalidad reside en la tutela al interés de los acreedores. Tradicionalmente su concepto se extrae por confrontación con la noción de patrimonio social: así el capital social se traduce en una cifra representativa del valor de los aportes (en especie y en dinero) efectuados por todos los socios (ver art. 186 Ley 19.550) y es, por tanto, el que figura en el contrato constitutivo, debiéndose inscribir con él (cfr. arts. 10 y 11 de la ley cit.), permaneciendo invariable a lo largo de la gestión social, pudiendo ser alterado solamente en los casos y con los requisitos impuestos en la ley (ver arts. 191 a 206 de la Ley de Sociedades). Algunos autores sostienen que el capital social asegura la capacidad de producción de la sociedad atribuyéndole a esta función preeminencia sobre las otras dos que se referirán⁴.

El aporte sirve, entonces, para: 1) fijar el capital social, 2) establecer la participación de cada socio en las ganancias y en las pérdidas, y 3) precisa la parte de cada uno en la liquidación.

³ MESSINEO F. “*Manual de Derecho Civil y Comercial*” t. V Ejea, pág 392 citado por GARRONE J.A.-CASTRO SAMMARTINO M.E. “*Manual de Derecho Comercial*” 2 ed. Abeledo Perrot Bs. As. 1996 pág. 350

⁴ RIPPE, Siegbert, “*Subcapitalización y Responsabilidad de Directores y Administradores*”, J.A., 1997-IV-725.

En cuanto al origen de la noción, Manóvil citando a Deetlev Vagts evoca el antecedente de la ciudad de Siena, que en el año 1300 dispuso que los socios de las sociedades allí constituidas responderían por las obligaciones sociales únicamente en forma mancomunada y proporcionalmente a su participación. Ello tuvo por consecuencia que los comerciantes de otras ciudades se negaran a comerciar con las sociedades constituidas en aquella⁵.

2.iii. La ley vigente, en línea con la importancia fundamental del capital social en las sociedades anónimas, ordena su imprescindible mención en el estatuto de modo que lo estima un “requisito esencial” en los términos del art. 17 inc. 2 de la LSC y así resulta para nuestro derecho. No sólo por la propia normativa del tipo de sociedad sino también de las “*disposiciones generales*” de la ley: cfr. los requisitos imprescindibles del instrumento de constitución enumerados en el “*capítulo primero*”: **arts. 11**, ap. 3 “*la designación de su objeto que debe ser preciso y determinado*”; ap. 4 “*el instrumento de constitución debe contener el capital social que deberá ser expresado en moneda argentina y mención del aporte de cada socio*”; de su juego armónico se deriva la improcedencia de la infracapitalización; **163** (caracteriza el tipo sociedad anónima como aquella en la que el capital se representa por acciones); **166** (cuando la sociedad anónima se constituye por acto único el instrumento, aps. 1 y 2 “*...contendrá los requisitos del art. 11 y los siguientes 1) Capital. Respecto del capital social: la naturaleza, clases, modalidades de emisión y demás características de las acciones; y en su caso, su régimen de aumento*” asimismo, “*...2) la suscripción del capital, el monto y forma de integración y, si corresponde, el plazo para el pago del saldo adeudado, el que no puede exceder de dos años*”; **170**, ap. 3 (en la constitución por suscripción pública el programa debe contener la naturaleza de las acciones, monto de las emisiones programadas, condiciones del contrato de suscripción y anticipos de pago a que obligan); **186 y ss.** (el capital social debe suscribirse totalmente al tiempo de la celebración del contrato constitutivo, monto mínimo, empleo indistinto de los términos capital social y capital suscripto, aumento del capital por suscripción, integración mínima en efectivo, aumento de capital, capitalización de reservas); **190** (suscripción previa de las emisiones anteriores para emisión de nuevas acciones); etc. De ahí que deba juzgársele como elemento tipificante, por su trascendencia y porque su representación por acciones negociables caracteriza a la sociedad distinguiéndola (concurrentemente con otros elementos) de los demás tipos⁶.

2. iiiii. En cambio, el **patrimonio social**, definido en el art. 2312 del Código Civil como “*el conjunto de los bienes de una persona*”, está formado por los bienes del activo con el cual la sociedad actúa y afronta el pasivo que lo integra. Inicialmente, por lo general ambos coinciden. Luego desaparece esa igualdad en función de que ese capital se invierte y

⁵ MANOVIL, Rafael M., “*Responsabilidad de los socios por insuficiencia de capital propio*”, Derecho Empresarial Actual, Buenos Aires, 1996, pág. 601 y ss.

⁶ HALPERIN, Isaac y OTAEGUI, Julio C., “*Sociedades Anónimas*”, Lexis Nexis Depalma, Buenos Aires, 1998, pág. 228 y ss.

la sociedad celebra negocios, realiza gastos de explotación. Tampoco existirá inicialmente cuando exista una valuación del aporte por encima o por debajo de su valor real.

Por representar el conjunto de todos los bienes (el haber) y de las deudas (el debe) de la sociedad, es esencialmente mutable a tenor de las contingencias de los negocios sociales, haya pérdidas o ganancias; por ello, el precitado autor lo califica como una "existencia de hecho"⁷.

En el momento de la constitución de la sociedad, partiendo de una concepción ideal, el patrimonio se corresponde con la cifra numérica representativa de esos aportes (ver art. 53 Ley 19.550); pero una vez iniciada la gestión de la empresa, mientras el patrimonio variará según la suerte de los negocios, el capital permanecerá invariable, convirtiéndose así en una cifra nominal que implica jurídicamente un compromiso para la sociedad en cuanto a mantener la equivalencia entre dicha cifra y el patrimonio. En su crítica, Manóvil E., que propicia el reemplazo del régimen del capital social, señala bien que las reglas vigentes del capital social están orientadas a crear y mantener un "colchón de capital", en protección de los acreedores, empero agrega que en algunas situaciones los socios hasta pueden beneficiarse a expensas de los acreedores⁸

3. Principios que rigen el capital social.

En consonancia con el importante cometido a que estaba destinado, el legislador organizó el régimen del capital social mediante un complejo sistema normativo, procurando asegurar al mismo su determinación, invariabilidad, integridad e intangibilidad. Cualidades estas que han sido elevadas a la categoría de *principios* de la institución. Algunos autores agregan a los mencionados el principio de unidad⁹, a saber:

a) *Principio de determinación*: Establece que el capital debe estar determinado en el instrumento constitutivo, tal como lo prescriben los arts. 11, inc. 4º y 166 de la ley de sociedades, bajo apercibimiento de anulabilidad del contrato.

b) *Principio de invariabilidad*: la modificación de la cifra del capital estará condicionada al cumplimiento de los requisitos que la ley y el estatuto establecen; por ejemplo, la adopción de resoluciones asamblearias con las mayorías que en cada caso se exige (art. 188, Ley 19.550), etc.

c) *Principio de integridad*: Obliga a suscribir la totalidad del capital en el acto fundacional (art. 186, Ley cit.).

⁷ VIVANTE, Cesare, "Traité de droit commercial", t. II, Paris, 1911, pág. 267, citado por ZUNINO, Jorge Osvaldo, "Régimen de sociedades comerciales", Astrea, 10ª edición, 1992, pág. 195 y ss.

⁸ MANÓVIL, Ezequiel "El capital social en las sociedades anónimas. Un análisis económico" La Ley 2010 A 585 Bs. As.

⁹ MARTORELL, Ernesto Eduardo, "Sociedades Anónimas", Depalma, Buenos Aires, 1988, pág. 73.

d) **Principio de intangibilidad:** se desprende del conjunto de normas destinadas a mantener dentro del patrimonio bienes por un valor equivalente al del capital social (normativa que será materia de individualización y comentario infra). Este principio que es de orden público representa en forma exponencial la filosofía que rige el instituto.¹⁰ El artículo 205 de la ley 19.550 lo concibe como “...*el equilibrio entre el capital y el patrimonio sociales.*”

Principio de unidad: Considera al capital como una unidad con independencia del establecimiento, sucursal, agencia, etc., en que pudieron originarse las obligaciones.

4. Funciones del capital social.

Cabe mencionar las siguientes:

Función productiva: Esta función es de contenido económico. El capital sirve como fondo patrimonial empleado para la obtención de un beneficio (cfr. art. 1 de las LCT) por medio del desarrollo de una determinada actividad empresarial.

Función organizativa o de determinación de la posición del socio en el ente: Es que mediante la cifra capital social se mide matemáticamente la participación y eventualmente la responsabilidad de los socios en las sociedades anónimas y de responsabilidad limitada, vale decir, en las que limitan su responsabilidad por las deudas de la sociedad.

Función de garantía frente a los acreedores sociales: Al limitarse la responsabilidad de los socios frente a las obligaciones societarias, la elaboración técnico jurídica capital social busca preservar una porción del patrimonio fuera del ámbito de disponibilidad de los accionistas, y así servir de garantía a los acreedores. La cifra capital es un dato muy importante para los acreedores sociales ya que les permite conocer los bienes, dinerarios o no con que cuenta el ente para responder frente a los terceros, por las obligaciones sociales. Por ser ésta la función más importante del capital, cierta ineficacia en el cumplimiento de la misma ha dado lugar al cuestionamiento de ese concepto. No obstante, debido a esta función es que el legislador ha establecido una serie de normas que enunciaré para asegurar su intangibilidad. Obviamente que la inobservancia de las mismas “per se” no conlleva la condena del instituto capital social y por el contrario insta a la reflexión para procurar conocer qué lo torna lável y facilita el incumplimiento de la ley. En efecto, la ausencia de una norma de carácter general que establezca la exigencia de que el valor del capital social sea adecuado a la naturaleza del objeto social contribuyó a que no se asegurara, en algunos casos, convenientemente a los terceros la función de garantía.

¹⁰ HALPERÍN Isaac, “Manual de sociedades anónimas” Depalma, Bs. As. 1967 pág.79

De otro lado, la justicia comercial y la laboral en menor medida, han sido renuentes a la aplicación de la teoría de la inoponibilidad jurídica en materia de responsabilidad de los socios por infracapitalización. La doctrina elaborada, entre otros, por Nissen, Manóvil R.M., Vítolo, Fabier Dubois (h), Richard, Junyent Bas y Araya autoriza a exigir de la justicia una mayor aplicación de la teoría citada (art. 54 tercer párrafo de la LSC). Se contribuiría así al fortalecimiento del principio de intangibilidad del capital social y la protección de los terceros.

Asimismo, la solución correcta se encuentra, en la jurisprudencia judicial, a partir del caso “Veca Constructora SRL”, fallo del 30/06/1980 del Juzgado de Pra. Inst. en lo Comercial de Registro; lo resuelto en autos “Ceretti César Roberto c/ Ditto SA y otro s/ ordinario”, fallo del 24/08/1987 de la Cám Nac. en lo Comercial Sala E., entre otros. Igualmente la jurisprudencia administrativa en el expediente “Gaitán, Barugel & Asociados SRL” por Resolución IGJ N°1416 del 04/11/2003 (firme), que es necesario aplicar contando, obviamente, con un control eficiente. Por fin, el reciente fallo dictado en autos “Victor Carballude SRL s/ Quiebra s/ Incidente de inoponibilidad de persona jurídica” dictado por la CNCom. Sala F. el 13/05/2014¹¹ Para Nissen, un fallo histórico en materia de derecho societario y concursal; para otros es un fallo valioso. Los menos, lo consideran inconducente. Luego, al tratar la infracapitalización se transcribirán partes de los antecedentes citados siguiendo su cronología.

5. La función de garantía frente a los acreedores sociales y las normas que preservan la intangibilidad del capital social.

El capital como cifra nominal constituye el "tope" o "techo" sólo por sobre el cual los socios pueden repartirse utilidades, vale decir, cuando el activo patrimonial supera la cifra de capital existen "ganancias" que pueden distribuirse; caso contrario no podrá haber reparto de utilidades e, incluso, no puede haberlo respecto de eventuales utilidades de un ejercicio sin antes compensar las pérdidas de ejercicios anteriores (cfr arts. 68 y 71 de la ley 19.550). Cabe recordar que el régimen legal sobre dividendos mencionado es criticado por parte de la doctrina economicista. Empero, bien se ha sostenido que el capital es a la sociedad lo que son los bienes para el deudor, persona física, con relación a la responsabilidad frente a los terceros acreedores¹²

¹¹ NISSEN, Ricardo Augusto, “Un fallo histórico en materia de derecho societario”, ED del 28/08/2014 (n° 13.555), y BOQUIN, Gabriela, “Un fallo histórico en materia de derecho concursal”, ED del 28/08/2014 (n°13.555) VITOLLO Daniel R. “Responsabilidad por infracapitalización societaria. ¿Soplan nuevos vientos en la jurisprudencia? Reflexiones y algo más” Revista de las sociedades y Concursos director Ricardo A. Nissen t.3 2014 pág. 97 Fidas Legis, Bs.As. 2014.

¹² HALPERIN Isaac “Curso de Derecho Comercial” t. II Depalma Bs. As. 1975 pág. 231

Si el patrimonio es la garantía directa de los acreedores sociales, el capital es la garantía indirecta, al impedir el reparto de utilidades sin antes compensar las pérdidas¹³. Se comprende así el principio de "intangibilidad del capital" que, como tutela al interés de terceros, informa a la filosofía de la ley y que se traduce, en lo que aquí atañe, también en los condicionamientos y requisitos que respecto de su aumento o reducción establece el articulado de la ley de sociedades. Este principio exige que se mantenga o por lo menos se trate de mantener la intangibilidad del capital¹⁴, es decir, **no deben existir fugas injustificadas de capital**. El significado múltívoco que se le asignó en la legislación derogada ha quedado eliminado en la ley de sociedades. Para ésta, es el monto global del valor asignado a los bienes aportados o prometidos aportar en ejecución de las suscripciones en el acto constitutivo (art. 166 Ley 19.550) o en el llamado a suscripción pública (arts. 170 ap. 3 y 173 Ley cit.)¹⁵.

La ley 22.182 modificó a la ley 19.550, **art. 186**, estableciendo que el capital "*...no podrá ser inferior a pesos argentinos 100.000. Este monto podrá ser actualizado por el Poder Ejecutivo cada vez que lo estime necesario*". Actualmente dicho monto mínimo es de \$ 100.000 (cfr. Dec.1331/2012).

Se ha señalado que "*...la razón fue evitar la constitución de sociedades anónimas cuyo reducido capital resulta inoperante para la prosecución del objeto societario y distorsionador de los fines originalmente previstos por el legislador, en las normas estructurales que regulan el tipo...*"¹⁶.

Se ha advertido que la actualización del mínimo facultativa del Poder Ejecutivo corresponde exclusivamente al momento de la constitución, y que detrás de esta última no podría aquel disponer aumentos compulsivos de capital¹⁷.

El monto del capital social, así como el procedimiento para reunirlo, repercuten sobre la organización de la sociedad. La fiscalización estatal permanente ha sido establecida por el inc. 1º del art. 299 de la ley 19.550 para las sociedades abiertas, vale decir las que hagan oferta pública de sus acciones o debentures; y según el inc. 2º, también cuando el capital social supere los \$ 10.000.000 (art. 1 de la Disposición N° 6/2006 de la Subsecretaría de Asuntos Registrales B.O. 17/05/2006), monto éste que podrá ser actualizado por el poder ejecutivo cada vez que lo estime necesario.

¹³ BRUNETTI, Antonio, *"Tratado del derecho de las sociedades"*, t. II, Buenos Aires, 1960, pág. 81

¹⁴ FARINA, Juan M., *"Tratado de Sociedades Comerciales"*, Parte General, Zeuz, Rosario, 1978, pág. 347.

¹⁵ HALPERIN, Isaac y OTAEGUI, Julio, *"Sociedades anónimas"*, Lexis Nexis Depalma, 2º edición, 1998, pág. 227

¹⁶ VERON, Alberto V., *"Sociedades comerciales"*, t. III, Astrea, 1986, pág. 247, nota 30; mensaje de elevación de la ley 22.182, 2º párr.

¹⁷ NISSEN, Ricardo A., *"Ley de sociedades comerciales"*, t. 3, Abaco, 1982, pág. 227, par. 597

El principio general de intangibilidad se aplica a toda clase de sociedades. No significa, se reitera, que el capital no pueda variarse (por aumento o reducción) sino que esa variación debe hacerse con arreglo a la ley con sujeción a los requisitos de fondo y de forma establecidos. Si la falta de aumento, por no autorizarse por las mayorías necesarias u otra razón, hace imposible la consecución del objeto social, la sociedad deberá disolverse¹⁸.

Esta función de garantía es la que mejor diferencia el capital social del patrimonio de la sociedad, pues éste, definido legalmente, es plena y enteramente disponible por su titular, aunque esencialmente mutable, a punto tal que sólo puede ser conocido, tratándose de compañías mercantiles, a través de la confección de sus estados contables, los cuales nos ilustrarán el contenido del mismo en un momento determinado. El capital social, por el contrario, al construir una cifra de retención que obliga a la sociedad a mantener una masa de bienes en su patrimonio, resulta indisponible por sus administradores, pues de lo contrario la sociedad podría incurrir en causal de disolución y liquidación (art. 94 inc. 5 de la ley 19.550)¹⁹.

El beneficio de la limitación de la responsabilidad por las deudas de la sociedad que tienen los accionistas y en menor medida los titulares de cuotas, opera siempre que el capital social resulte proporcional al nivel de gastos o al pasivo de la sociedad, por lo que es lógico que la ley les imponga la necesidad de contar con un capital adecuado a esos gastos y la obligación de los socios de efectuar los desembolsos necesarios para alcanzar tales topes, respondiendo ellos en forma solidaria e ilimitada en caso de infracapitalización²⁰

La ley 19.550 ha dispuesto una serie de normas, criticadas por un sector minoritario de la doctrina, consideradas de orden público, que tienden a preservar la intangibilidad o inviolabilidad²¹ del capital social, en resguardo y protección no sólo de quienes integran la misma, sino fundamentalmente en defensa de los acreedores sociales, ya sea directa o indirectamente, específica o accesoriamente, a saber:

Art. 32: también de orden público, consagra la nulidad de las participaciones recíprocas para evitar un capital social aparente.

Art. 33: conceptualiza a las sociedades controladas y a las vinculadas.

Art. 39: prescribe que en las sociedades de responsabilidad limitada los aportes sólo pueden consistir en bienes determinados susceptibles de ejecución forzada en las sociedades anónimas y de responsabilidad limitada.

¹⁸ HALPERIN, Isaac, "*Sociedades Comerciales*", Parte General, Depalma, 1966, pág. 66

¹⁹ ARAYA, Miguel, "*Repensar la noción de capital*", en "*Derecho societario argentino e iberoamericano*", t. II, Ad-Hoc, pág. 279

²⁰ NISSEN Ricardo "*Curso de Derecho Societario*" Ad-Hoc. Bs. As. 1998 pág. 55

²¹ RICHARD E.H.-MUIÑO O.M. "*Derecho societario*" Astrea, pág 421 parág. 252 Bs. As.1998

Art. 45: autoriza los aportes de uso o goce sólo en las sociedades de interés. En las sociedades de responsabilidad limitada y en las sociedades por acciones sólo son admisibles como prestaciones accesorias.

Art. 50: Diferenciación de las prestaciones accesorias de los aportes a la sociedad.

Art. 53: requiere la necesaria aprobación por la autoridad de contralor en la valuación de los bienes no dinerarios aportados a una sociedad por acciones. La coherencia normativa nos dice que cuando menor es la responsabilidad del socio por las obligaciones de la sociedad es mayor la exigencia en el aporte.

Art. 68: prohíbe la distribución de dividendos a los accionistas, cuando éstos no provienen de ganancias realizadas y líquidas resultantes de un balance aprobado por una asamblea o reunión de socios.

Art. 70: impone a las sociedades de responsabilidad limitada y las sociedades por acciones constituir reserva legal no menor del 5% de las ganancias realizadas y líquidas que arroje el estado de resultados del ejercicio, hasta alcanzar el 20% del capital social. Cuando esta reserva quede disminuida, no pueden distribuirse ganancias hasta su reintegro.

Art. 71: prohíbe la distribución de las ganancias hasta tanto no se cubran las pérdidas de los ejercicios anteriores, lo mismo sucede con las amortizaciones, reservas, etc. Lo contrario llevaría a calcular la utilidad como si la sociedad se liquidara al fin de cada ejercicio, lo que es inadmisibles atento a que los ejercicios son solidarios. La ley 23.576, para preservar el capital ante la conversión de las obligaciones en acciones, prescribe “*Las sociedades por acciones pueden emitir obligaciones convertibles, a opción del obligacionista en acciones de la emisora. El valor de conversión y su reajuste no pueden establecerse o determinarse de modo que la conversión afecte la integridad del valor nominal del capital social.*”.

Art. 78: otorga derecho de receso cuando no se requiera unanimidad para el cambio de tipo, pudiéndose retirar el socio con reembolso de su parte social.

Art. 166: establece que cuando la sociedad anónima se constituye por acto único el instrumento contendrá los requisitos del art. 11 y, respecto del capital social, la naturaleza, clases, modalidades de emisión y demás características de las acciones; asimismo, la suscripción del capital, el monto y forma de integración y, si corresponde, el plazo para el pago del saldo adeudado, el que no puede exceder de dos años.

Art. 172: prevé que en la constitución de sociedades anónimas por suscripción pública, el contrato de suscripción debe ser preparado en doble ejemplar por el banco, debe contener transcripto el programa que el suscripto declarará conocer y aceptar y, además, el número de las acciones suscriptas, anticipo de integración en efectivo y, en caso de aportes no dinerarios, los antecedentes referidos en el art. 170 inc. 4.

Art. 179: establece el orden del día que tratará la asamblea constitutiva. Entre otros puntos: la valuación provisional de los aportes no dinerarios y la determinación del plazo de integración del saldo de los aportes en dinero.

Art. 185: prohíbe que los beneficios pactados de promotores y fundadores menoscaben el capital social. Su retribución podrá consistir en una participación hasta el 10% de las ganancias por el término máximo de diez ejercicios.

Art. 186: prescribe que el capital debe suscribirse totalmente al momento del contrato constitutivo y consagra un importe mínimo que será reajustado por el poder ejecutivo cuando lo estime necesario.

Art. 187: permite la integración en dinero efectivo no menor al 25% de la suscripción y exige que los aportes no dinerarios se integren totalmente.

Art. 188: autoriza a que el estatuto prevea el aumento del capital social hasta su quíntuplo; en tal caso, se decidirá por la asamblea sin requerirse nueva conformidad administrativa. En las sociedades anónimas autorizadas a hacer oferta pública de sus acciones, la asamblea puede aumentar el capital sin límite alguno ni necesidad de modificar el estatuto.

Art. 190: permite que las nuevas acciones sólo puedan emitirse cuando las anteriores hayan sido suscriptas (evitando fraudes y capitales ficticios).

Art. 191: mantiene las obligaciones asumidas por los suscriptores y la sociedad aún cuando el aumento del capital no sea suscripto en su totalidad en el término previsto en las condiciones de emisión.

Art. 192: fija sanciones para el socio que no cumpla con el aporte en las condiciones convenidas: mora de pleno derecho, obligación de resarcir daños e intereses y suspensión del ejercicio de los derechos inherentes a las acciones en mora.

Art. 193: contempla la posibilidad de que el estatuto disponga que los derechos de suscripción correspondientes a las acciones en mora sean vendidos en remate público o por medio de un agente de bolsa, si se tratare de acciones cotizables, sin perjuicio de la responsabilidad por los daños. La sociedad podrá optar por el cumplimiento del contrato de suscripción

Art. 202: consagra la nulidad absoluta de la emisión de acciones bajo la par, vale decir, por debajo del capital nominal emitido, excepto en el supuesto de la ley 19.060 (sociedades autorizadas a cotizar en bolsa)²². El fundamento es evitar que el capital realmente integrado no se corresponda con el suscripto y autorizado, con engaño a los terceros y afectación del mentado principio que es de orden público.

Art. 203: prescribe cómo se implementa la reducción voluntaria (efectiva o real) del capital social. La asamblea extraordinaria lo decide previo informe del síndico, en su caso.

Art. 204: establece el derecho de los acreedores a oponerse a la reducción del capital sin ser previamente desinteresados.

Art. 205: prevé la posibilidad de reducir voluntariamente el capital social por pérdidas sufridas por la sociedad a los efectos de “...restablecer el *equilibrio entre el capital y el patrimonio sociales*”. Este artículo consagra y conceptualiza expresamente el principio de intangibilidad del capital social.

²² Ver fallo E.D. 40-859.

Art. 206: obliga a la sociedad a reducir el capital social cuando las pérdidas insuman las reservas y el 50% del capital. Esta intangibilidad es de orden público, por ende, no puede afectársela por el estatuto ni por las decisiones de la asamblea de accionista, salvo en los supuestos y con los recaudos del art. 244 de la ley de sociedades.

Art. 220: condiciona que sólo por excepción la sociedad puede adquirir acciones que emitió: 1) para cancelarlas y previo acuerdo de reducción de capital; 2) con ganancias realizadas y líquidas o reservas libres completamente integradas y para evitar un daño grave lo que será justificado en la próxima asamblea ordinaria; y 3) por integrar el haber de un establecimiento que adquiere o de una sociedad que incorpore.

Art. 221: obliga al directorio a enajenar las acciones adquiridas en los supuestos de los incs. 2 y 3 del artículo anterior en el término de un año, salvo prórroga por asamblea. Se reconoce derecho de suscripción preferente.

Art. 222: prohíbe a la sociedad recibir sus acciones en garantía.

Art. 223: determina que sólo el estatuto puede autorizar la amortización de acciones, con ganancias realizadas y líquidas por resolución de asamblea, justo precio, igualdad, sorteo e inscripción.

Art. 224: impone como requisito para la distribución de dividendo o pago de interés, que resulten de ganancias realizadas y líquidas correspondientes a un balance de ejercicio regularmente confeccionado y aprobado. Prohíbe la distribución de intereses o dividendos anticipados o provisionales o resultantes de balances especiales, salvo en las sociedades comprendidas en el art. 299.

Art. 234: determina la competencia por materia de la asamblea ordinaria: aprobar, rechazar, rectificar balance general, estado de resultados, distribución de ganancias, memoria, informe del síndico, aumentos de capital, etc.

Art. 235: determina la competencia por materia de la asamblea extraordinaria en todos los asuntos que no sean de competencia de la asamblea ordinaria, en especial, aumento, reducción y reintegro del capital; rescate, reembolso y amortización de acciones, etc.

Art. 334 incs. 2 y 3: imposibilita la conversión de los debentures en acciones si la emisión fuere bajo la par en desmedro de la integridad del capital social; y prohíbe, pendiente la conversión: amortizar o reducir el capital, aumentarlo por incorporación de reservas o ganancias, distribuir las reservas o modificar el estatuto en cuanto a la distribución de ganancias.

Como surge del texto legal, lo que está prohibido a los socios, a menos que cumplan las formalidades relativas a la reducción regular del capital, es “convenir” la reintegración de sus capitales o remisión de las cuotas impagas, es decir, toda operación que signifique la reducción clandestina del capital. Por la función de garantía que frente a terceros cumple el capital social, es evidente sostener que dicha cuenta no es variable ni se modifica automáticamente por la suerte de los negocios sociales, como sucede con el patrimonio,

pero de ello no se deriva que no deba existir necesariamente relación entre uno y otro instituto.

6. La Infracapitalización societaria. Concepto. La doctrina y la jurisprudencia.

6.1. Concepto. Usandizaga²³ refiere que ha pasado más de una década de debates e investigaciones sobre el tema. Luego opta por la definición de Paz Ares, para quien la infracapitalización es “...*la desproporción conmensurable entre la magnitud del capital fijado estatutariamente y el nivel de riesgos de la empresa que en cada caso se programe para llevar a cabo el objeto social*”. Además, en su enjundioso trabajo, agrega que actualmente se considera que lo apropiado resulta medir la adecuación del capital con la actividad social más que con su objeto, en tanto este último puede comprender cuestiones que jamás serán desarrolladas por la sociedad.

Cuando la ley 19.550 prevé en su **art. 11** la exigencia, como elementos imprescindibles del contrato constitutivo de toda sociedad comercial, la mención del aporte de los socios, del capital social y del objeto que desarrollará la compañía, está implícitamente reconociendo la necesidad de una íntima relación entre todos esos datos, en la medida de que la sumatoria de aportes constituye el capital social inicial de la sociedad, con el cual deberá afrontar las actividades propias de su objeto, por lo que, inicialmente, capital social y patrimonio coinciden.

Esa íntima relación que debe existir entre los referidos elementos del contrato de sociedad (aportes, capital social y objeto), permite sostener la necesidad de que la sociedad se inicie suficientemente capitalizada, esto es, con la posibilidad de contar con los medios necesarios para poder desarrollar el objeto social y cumplir con los compromisos que la sociedad debe contraer para el desarrollo de su actividad. Así lo ha reconocido la jurisprudencia de nuestros tribunales a partir del caso “**Veca**”²⁴, con todo acierto, pues si la sociedad no cuenta con fondos y efectos necesarios para cumplir con sus compromisos, la limitación de la responsabilidad de los socios a los aportes efectuados por éstos (**arts. 146 y 163** ley 19.550) carece de todo sentido, pues no es admisible sostener que a través de este excepcional beneficio, que quiebra el régimen general previsto por el Cód. Civil en materia de unidad e indivisibilidad del patrimonio, deban ser los terceros y no los integrantes de la sociedad los que deban soportar los riesgos empresarios.

La suficiente capitalización de la sociedad, al momento de su constitución y posteriormente, durante todo el desarrollo de su actividad empresarial es la mejor manera de evitar la insolvencia de la misma, atento que la sociedad cuenta con mecanismos

²³ USANDIZAGA Manuel “*La carente autonomía de la infracapitalización societaria*” Biblioteca UCU Año 10 N° 2412 del 21/11/2014

²⁴ Fallo del Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Comercial de Registro, 30/06/80, autos “*Veca Constructora S.R.L.*”, L.L. 1980-D-464

internos para obtener financiación. Parece desde todo punto de vista lógico concluir que la sociedad debe contar con un capital social adecuado al nivel de los gastos que su actividad insume. Lo contrario, esto es, la existencia de sociedades con capitales exigüos y desproporcionados con el giro empresarial, conducen al triste espectáculo que presenciamos, con sociedades en quiebra, acreedores frustrados y socios o accionistas que se hacen los desentendidos apelando al dogma de la limitación de la responsabilidad, pretendiendo con ello que con los reducidos desembolsos efectuados, quedan a cubierto de todo riesgo empresarial.

La sociedad anónima o de responsabilidad limitada no es un recurso otorgado por el legislador para la limitar la responsabilidad de sus integrantes, sino un instrumento técnico que el legislador, desde antiguo, ha previsto a los fines de aumentar la concentración de capitales para el desarrollo de empresas de envergadura.

Es cierto que la propia ley permitió que el capital mínimo para las sociedades anónimas de pesos doce mil permaneciera sin modificaciones en medio de un proceso inflacionario desde 1991 a 2012 que se fijó en cien mil pesos. También es verdad que el poder ejecutivo tiene facultades para actualizarlo cuando lo estime necesario (cfr **art. 186**). Ya que la integración al momento de la constitución de la sociedad se establece en un 25% de esa suma, es probable que un buen número de las sociedades anónimas fundadas en nuestro país se registren infracapitalizadas en tanto y en cuanto el control de legalidad que compete a la autoridad de contralor no funcione en forma eficiente.

6.2. La doctrina. La realidad cotidiana nos enseña que las sociedades anónimas se utilizan para cualquier emprendimiento mercantil, por pequeño que sea, e incluso se utiliza viciosamente y con frecuencia este tipo societario para ser titular de bienes registrables, sin actividad mercantil de ninguna naturaleza.

Al respecto Nissen²⁵ señaló que hay fenómenos propios de esta época que constituyen graves desviaciones al régimen legal de las compañías mercantiles. Se presentan con apariencia de legalidad y defendidos por aquellos que ven en las sociedades anónimas una forma de quebrar el principio de universalidad del patrimonio y no como una manera de concentración de capitales. Caben citar como ejemplos de novedosas cuentas de la ciencia contable a “los aportes irrevocables a cuenta de futuras emisiones” que encubren mutuos dinerarios; o la cuenta “resultados no asignados del patrimonio neto” que esconde reservas facultativas constituidas sin cumplir los requisitos la ley 19.550. Así los balances reflejan incremento en el patrimonio neto en lugar de agravar el pasivo o diferir, con la constitución de resultados no asignados, y en forma indefinida, la distribución del dividendo.

²⁵ NISSEN, Ricardo A. y colaboradores, “*Panorama actual de derecho societario*”, prólogo, Ad-Hoc, Bs. As. 1998.

Sin embargo Halperín, al reseñar los criterios generales que inspiraron la ley 19.550, afirmó, para su aplicación concreta, que existe interés nacional en que las sociedades en general funcionen adecuadamente, y en especial las sociedades anónimas cuyo fracaso económico tiene hondas repercusiones y consecuencias sociales²⁶.

La necesidad de custodiar ese funcionamiento y evitar tan nefastas consecuencias, sólo puede ser lograda si la sociedad cuenta con un capital social adecuado, suficiente y proporcional a su giro empresarial.

La doctrina aborda desde distintos aspectos a la infracapitalización²⁷, a saber: a) *Infracapitalización técnica*. Se presenta cuando el valor real del patrimonio neto es inferior al valor nominal del capital social. b) *Infracapitalización funcional*. Es cuando existe un desfase entre el capital social y el capital real que se requiere para lograr el objeto social. Está vinculada a la naturaleza de la misma. A su vez puede ser clasificada en *infracapitalización material* e *infracapitalización nominal*. La primera se da cuando la sociedad se encuentra absolutamente privada de medios propios -reservas, créditos de los socios o aportes irrevocables- para el cumplimiento de su objeto social. La segunda, cuando la sociedad no cuenta con un capital adecuado para el cumplimiento de su objeto pero, aquél se encuentra reforzado con reservas o con créditos de los propios socios.

También se sostiene, siempre respecto su naturaleza, que la infracapitalización tiene dos variantes, que pueden presentarse en forma alternativa o combinada, a saber: la *infracapitalización material*, que tiene lugar cuando los recursos aportados son insuficientes para el desarrollo del objeto social, y la *infracapitalización nominal*, que se verifica cuando los socios aportan recursos como pasivo de la sociedad es decir, no integrando el capital social. Respecto a la oportunidad en la cual puede suscitarse, es *originaria* cuando se produce en el momento mismo de la constitución de la sociedad y *sobreviniente* para el supuesto en que la desproporción surja durante el transcurso de la actividad empresarial.

El objeto de análisis está centrado en la infracapitalización material, sea originaria o sobreviniente, que concentró mayoritariamente la atención de los investigadores y también concitó algunas polémicas.

En realidad, reitero, hay un cierto consenso doctrinario en exigir que el monto del capital social se adecúe a la actividad de la sociedad. Igualmente existe en lo que respecta a la responsabilidad, también en lo concerniente a los administradores sociales, quienes deberán afrontar los perjuicios ocasionados con motivo en la actuación de una sociedad infracapitalizada. Sin perjuicio de que tanto las normas específicas de los artículos 157 y 274 L.S.C. son aplicables para fundar normativamente la responsabilidad de los

²⁶ HALPERIN, Isaac, "Sociedades anónimas", Depalma, 1975, pág. 9

²⁷ LISDERO, Alfredo R., "Una posible solución a la infracapitalización societaria", E.D. 191-804.

administradores, la pauta del buen hombre de negocios del artículo 59 L.S.C. resulta también aplicable en casos de infracapitalización societaria. 6.3.1. La jurisprudencia judicial. En lo referente a los socios, además de los casos contemplados en los dos primeros párrafos del art. 54, la única norma que permitiría responsabilizarlos sería el tercer párrafo del artículo citado “inoponibilidad de la personalidad jurídica”, cuya aplicación ha generado polémicas en el ámbito laboral a partir del caso “Palomeque”²⁸, en el que la Corte modificó un fallo de la Sala X de la Cámara Nac. de Apel del Trabajo Sala X que había condenado (a su vez modificando el fallo del “a quo”, y entendiendo aplicable la doctrina del art. 54 LSC) a directores (no son sujetos pasivos de la acción del art. 54) y socios de la sociedad demandada porque ésta no registraba parte del salario que se abonaba a los empleados. La CSJN sobre la base de un dictamen del procurador que acoge, consideró errónea la condena contra socios y directores sobre éstos presupuestos argumentales: a) la personalidad diferenciada de socios y sociedad es el eje sobre el donde surge prístina (se trata de un caso de responsabilidad societaria por art. 59 LSC y no de aplicación de la inoponibilidad) la falta de sustento probatorio del supuesto fáctico que se pretende alegar, es decir, reafirma que este criterio es la norma y no la excepción; b) la causal de responsabilidad que se pretende aplicar es excepcional, por lo que con el sustrato probatorio existente en la causa no puede habilitarse tal hipótesis de excepción; c) no se ha probado que la demandada sea una sociedad ficticia o fraudulenta constituida con abuso de derecho y con el propósito de violar la ley; d) no hay entre los codemandados y el actor un contrato de trabajo.

Este fallo, en apariencia restrictivo del instituto, es positivo al establecer un criterio de interpretación adecuado consistente en que la aplicación del 3º párr. del art. 54 de la LSC no debe hacerse automáticamente y que su operatividad está sujeta a la configuración, en cada caso en particular de los presupuestos fácticos y normativos que le dan lugar. Esto no importa desresponsabilizar a quienes incumplen su rol dentro de la sociedad, sino hacerlo mediante el remedio normativo aplicable (cfr. arts. 59; 157; 274 y 279 LSC.; y ley 24.522). Se encuentra habilitada la aplicación de la teoría de la inoponibilidad de la personalidad jurídica, que recepta los principios del *disregard* anglosajón, con dos finalidades expresas: 1) permitir la imputación directa de los actos abusivos o fraudulentos a quienes los hayan cometido utilizando la sociedad como pantalla o instrumento; b) soportar las consecuencias que conlleva en cada caso el desbaratamiento del negocio o fraudulento según el punto anterior, sancionar la responsabilidad solidaria e ilimitada de socios y/o controlantes²⁹. Es de recordar que la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo es la que procede al corrimiento del velo societario con mayor asiduidad.

²⁸ CSJN “Palomeque, Aldo René c/ Benemeth S.A. y otro s/ recurso de hecho deducido por Gabriel Lipovetzky, Jacobo Lipovetzky y Sergio Lipovetzky” del 03/04/2003, El Dial del 12/5/2003. Fallos: 326; 1062.

²⁹ ZUNINO Jorge O. “Régimen de sociedades comerciales” 10ªed. Astrea, Bs. As.1992 pág 114

Se acompaña a los autores mencionados (Nissen, Richard, Vítolo, y demás), la doctrina mayoritaria, en cuanto a que la infracapitalización está relacionada con la posibilidad de contar con los medios necesarios para poder desarrollar el objeto social y cumplir con los compromisos que la sociedad debe contraer para el desarrollo de su actividad. Por consiguiente, hay infracapitalización cuando se produce la situación contemplada en los casos siguientes: fallos “*Veca Constructora S.R.L.*”; “*Ceretti César Roberto c/ Ditto S.A. y otro s/ordinario*”³⁰; La Resolución IGJ N° 1416 del 04/11/2003 suscripta por el Dr. Nissen titular entonces del órgano de aplicación en el caso “*Gaitán, Barugel & Asociados. SRL*” y el reciente fallo “*Víctor Carballude SRL s/quiebra s/ incidente de inoponibilidad de la personalidad jurídica*” CNCom Sala F del 13/05/2014³¹, comentado por el Dr. Daniel R Vitolo³²; igualmente por el Dr. Efraín H. Richard³³.

Con respecto a la infracapitalización funcional, la doctrina mayoritaria exige para el funcionamiento del instrumento una relación adecuada entre el capital y el objeto social. Un sector minoritario entiende que se debe permitir que las sociedades actúen con un capital mínimo desproporcionado en relación a su objeto social.

En el fallo, pasado en autoridad de cosa juzgada, “**Veca Constructora S.R.L.**”³⁴, el Juez Nacional de Primera Instancia en lo Comercial de Registro, Dr. Enrique M. Butty, el **30/06/80**, Secretaría del Dr. Eduardo M. Favier Dubais, sentenció, con sólidos fundamentos que en parte se transcribirán, que ante la imposibilidad de cumplir el objeto social procede denegar la inscripción. Sostuvo que “...es cierto que la materia mercantil es autónoma y dentro de ella constituye un universo sistemático la ley societaria, pero de ello no se sigue que quepa prescindir, en la interpretación judicial, de la consideración del derecho como unidad, incluso por observancia de los arts. 1 del título preliminar y 207 del Cód. de Comercio. Si el objeto social define el conjunto de actividades que los socios se proponen cumplir bajo el nombre social (Colombres, Gervasio R., “Curso...”, p. 113, Buenos Aires, 1972), 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 (Halperín, I. “Curso...”, p. 246, parág. 29; Buenos Aires, 1978; ídem, “Sociedades Anónimas”, p. 31, parág. 22, Buenos Aires, 1974) 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 fácticamente posible conforme al art. 953 del Cód. Civil (verdadero principio general de derecho) (Colombres, op. cit., pág. 113 parág. 2; Halperín, I. “Curso...” cit. p. 231, parág. A; Zaldívar y otros “Cuadernos...” págs. 93,

³⁰ J.A. 1990-I*318 CNCom. Sala E 24/08/1987

³¹ L.L. del 21/11/2014

³² “Revista de las Sociedades y Concursos” director R.A.Nissen N° 3 2014 “Responsabilidad por infracapitalización societaria ¿Soplan nuevos vientos en la jurisprudencia? Reflexiones y algo más” Fidas Legis, Bs. As. págs. 97 y s.s. .

³³ “Revista de las Sociedades y Concursos” director R.A.Nissen N° 3 2014 “En torno al capital y la insolvencia”, Fidas Legis Bs. As. págs. 3 y s.s.

³⁴ L.L. 1980-D-464

parág. 55 y 260, parág. 17.2, Buenos Aires, 1973). Estatuyendo la cláusula del contrato social que se pretende inscribir, como objeto societario, “la construcción y refacción de toda clase de inmuebles, ya sea por cuenta propia, de terceros o asociada a terceros, la compra, venta, permuta, administración, explotación de toda clase de inmuebles, urbanos, suburbanos y rurales, en todas las modalidades existentes o a crearse, inclusive las relacionadas con la ley de propiedad horizontal...el capital de \$ 1.000.000 pactado en otra cláusula resulta irrisorio para una posibilidad de cumplir el objeto apreciada con seriedad. Y a tal conclusión no se opone la distinción entre capital y patrimonio, ni la aducida restricción eventual de las operaciones sociales a realizar con relación a la construcción de inmuebles por cuenta ajena. Frente al irrisorio capital pactado de la sociedad que se pretende inscribir, en relación al objeto fijado para el ente, aún cuando el decurso posterior de la vida societaria determinaría el desdoblamiento de los rubros capital y patrimonio, no coincidentes, con el más que probable incremento del patrimonio –concebido como activo social fijo- por sobre el capital, con la consecuencia de responder la sociedad ante los terceros –y cumplir el objeto- más bien con el patrimonio que con el capital, también es cierto que el Juez de Registro es juez de la legalidad de la constitución social (art. 6º, ley 19.550), en cuyo momento capital y patrimonio coinciden (Halperín I., “Sociedades de Responsabilidad Limitada”, págs. 84/85, Buenos Aires, 1972). Por ello, no cabe –en el momento de determinar la procedencia de la inscripción de la constitución de la sociedad en el registro- prescindir del análisis de la posibilidad de cumplir el objeto con el capital asignado, único parámetro aprehensible siendo que la mención del capital constituye imposición de la ley a los constituyentes (art. 11 inc. 4º ley 19.550) y tiene obvio sentido instrumental en tanto la legislación como medio político prescriptivo, no se agota en sí misma. 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 la 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, de unidad entitativa, y ello no parece querido por la ley que ha dejado subsistente la posibilidad del ejercicio individual del comercio (art. 1º Cód. de Comercio). No resulta óbice para denegar la solicitud de inscripción del acto constitutivo de una sociedad en razón de la insuficiencia del capital pactado para cumplir el objeto social que se estatuye, la circunstancia de que la ley 19.550 no haya reeditado –para las sociedades de responsabilidad limitada, como la de autos- el requisito de capital mínimo contenido en la ley 11.645: nada dice la Exposición de Motivos de la ley nacional al respecto (Sección IV, núms. 1 a 12), pero de la referencia a una mayor amplitud no se sigue necesariamente que ésta comprende la permisibilidad de capitales ínfimos. Por el contrario, autorizada doctrina postula el abandono del capital mínimo, precisamente

porque el proceso inflacionario terminaría por permitir a contrario capitales exiguos atribuidos en la formación de sociedades de mínima consistencia económica (así, Zaldívar y otros “Cuadernos...” p. II, primera parte, págs. 167/8 parág. 32.3, nota 32, Buenos Aires, 1973); o bien señala expresamente que la supresión del tope mínimo no significa de modo alguno habilitar a los socios para estipular montos exiguos de capital (Mascheroni, Fernando H. “Manual de Sociedades de Responsabilidad Limitada”, p. 66, Buenos Aires, 1979). Resulta ilustrativa en esto, la opinión de Isaac Halperín “...no interesa que nazca el mayor número de sociedades, sino que estas sean viables, que cuenten con medios que aseguren su vida ulterior próspera...” (“Sociedades de Responsabilidad Limitada”, Ed. 1972, p. 101). En este orden (abandono de capital mínimo), la opinión de Halperín no es contraria a lo concluido supra, como quizá pudiera parecer una primera lectura, dice el ilustre maestro que “...la independencia económica no se asegura fijando una capital mínimo, porque ella depende de muchos factores, y está vinculada a la relación del capital con objeto perseguido...” y que “...no se ve porqué las empresas modestas no merecen que limite la responsabilidad de sus titulares...”. Los socios se habían acordado, entre otras cosas, la construcción de inmuebles, lo que no parece ser una empresa tan modesta que pueda asumírsela aún en su origen más liminar con \$ 1.000.000. La sociedad tiene un sentido instrumental, responde a un determinado intento empírico, real y actual de los socios; mientras que la ausencia de un sentido finalista inmediato es lo que descalifica a la denominada sociedad ‘predispuesta’, circunscripta a la mera forma legal exigida, que se agote en la inscripción registral (Jelonche, Edgar I., “Capital Social...” Rev. La Ley 10480 págs. 1 y ss.) para atribuir después la estructura a una empresa que incluso se individualizará económicamente ‘ex post facto’. Aún cuando esta no sea la situación de la sociedad que se pretende inscribir, la declinación del juzgado de registro en el control acerca de la posibilidad de cumplimiento del objeto social, atento al ínfimo capital que se estatuye, conduciría inevitablemente en general, a tan disvaliosa consecuencia. A no ser que se recurriese inicialmente al crédito, el cual sería otorgado entonces, en presencia del referido capital, con consideración del patrimonio de los socios, con lo que tenemos entonces lo arriba descripto: el ejercicio por los “socios” del comercio al modo del comerciante individual contemplado en los arts. 1 y concs. del Cód. de Comercio con el cómodo recurso a la técnica societaria y a la consecuente limitación de la responsabilidad, cuyos resultados para los terceros en caso v.gr. de ruina de la obra son de imaginar pues un ilícito aquiliano no autorizaría ciertamente, por principio, el manido “disregard”. Conviene tener presente en cuanto a este último otro aspecto del capital social: pues este constituye la garantía de los acreedores (Halperín, I. “Sociedades Comerciales”, cit., p. 55, parág. 35 b), función que adquiere especialísima significación en los tipos que suponen responsabilidad limitada de los socios (Halperín, I. “Sociedades de Responsabilidad Limitada”, cit., p. 650, parág. 24). En cuanto al desprestigio de ciertos tipos, los resultados están a la vista: el criterio permisivo fundado en el interés de un supuesto favorecimiento de la actividad económica (interés que no excluye la actuación de título individual o el recurso a otros tipos que no obliguen a extremar la apreciación de la congruencia capital-objeto como sucede en la especie a partir de los arts. 146 y 150 ley 19.550), conduce a que en los hechos el instrumento social no valga por sí con la intensidad que el legislador ha

querido según doctrina del art. 2 de la ley 19.550; las instituciones crediticias exigirán la garantía personal de los socios; o bien la empresa social quedará reducida a mínimos emprendimientos frustrados del objeto originariamente propuesto y la finalidad querida por la ley: la realidad del ente social como instrumento operativo... ”.

El fallo “**Ceretti César Roberto c/ Ditto S.A. y otro s/ordinario**” de la sala E de la CNCom del **24/08/1987**³⁵ dejó sentado que “...*el principio de la responsabilidad limitada de una sociedad anónima presupone que la misma debe cumplir con un capital adecuado para cumplir su objeto*”.

La función de garantía a los acreedores sociales motiva esta defensa del capital social. Nissen sostiene que **la única vía para asegurar la protección de los terceros, consiste en exigir, durante toda la vigencia del contrato social, la relación entre el capital social y el objeto de la misma**³⁶.

6.3.2. Jurisprudencia administrativa. **La Resolución IGJ N° 1416 del 04/11/2003 suscripta por el Dr. Nissen titular entonces del órgano de aplicación en el caso “Gaitán, Barugel & Asociados SRL”** se relaciona con el objeto de la sociedad, las facultades de la Inspección General de Justicia, la infracapitalización originaria y sus efectos. El decisorio denegó la inscripción y resultó inimpugnado. El sumario es el siguiente:

1. La constatación de la relación que debe existir entre el capital social y el objeto de la sociedad es función 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 ley 19550.
2. 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.
3. 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.

³⁵ J.A.1990-I-318

³⁶ NISSEN, Ricardo Augusto, “*Ley de Sociedades Comerciales*”, t. III, Abaco, Buenos Aires, 1985, pág. 186.

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.

4. El derecho societario no se construye ni debe interpretarse como una elaboración desmembrada del derecho común, pues todo lo contrario surge de lo dispuesto por el artículo 1° de la ley 19550 el cual define a la sociedad comercial como un contrato. Pues bien, y concebido como tal al negocio societario, 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 Código Civil).

5. 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.

6. 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 4° de la ley 19550).**

7. El capital social, que es requisito indispensable de todo contrato de sociedad (art. 11 inciso 4° de la ley 19550) no solo constituye un parámetro para medir la situación económica o financiera de una sociedad, ni una cifra apta exclusivamente para el cómputo del quórum y mayorías en las asambleas de accionistas o reuniones de socios. Tal manera de entender las cosas desconoce la función más importante que cumple el capital social en toda compañía, que es la función de servir de garantía a los acreedores de la sociedad para el cobro de sus créditos, lo cual constituye 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 solo 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.

8. 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.** Corresponde

concluir en tal sentido que si el capital social no guarda directa relación con el objeto de la sociedad, no es ni será posible hacer realidad la célebre expresión de Georges Ripert, en el sentido de que **el capital social es la contrapartida de la limitación de la responsabilidad del socio**, del cual se desprende, con absoluta nitidez, 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.

9. Predicar que la ley prevé la limitación o exclusión de responsabilidad de los socios en ciertos tipos sociales con la condición de que el recurso a estos tipos cumpla con el sentido y la finalidad de dotar a la compañía de un patrimonio propio de riesgo, realista y adecuado a la actividad social, que sirva de garantía efectiva al mundo económico y jurídico en el que se inserta y desenvuelve la sociedad, tiene sustento normativo explícito en el **art. 2º de la ley 19550 cuando habla del alcance fijado en esta ley, para otorgar la condición de sujeto de derecho a estas sociedades. Aunque lo que está en juego en el caso no es la condición de persona de la sociedad, jurisprudencia y doctrina anteriores a la introducción del tercer párrafo del artículo 54 por la reforma de 1983, se sustentaron en el artículo 2º para desestimar la personalidad societaria, en forma principal, precisamente para responsabilizar a los socios por los pasivos sociales.**

10. Si de las constancias del acto constitutivo de la sociedad de responsabilidad limitada que se pretende inscribir surge evidente que el valor del capital asignado por esta sociedad, de cinco mil pesos, integrado solo en un 25% - resulta sumamente exiguo con relación al objeto social, que comprende actividades tan onerosas como, entre otras, la constructora, inmobiliaria o financiera, descriptas en su contrato social, debe concluirse que se trata de una sociedad que padece de **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)**, con los nocivos efectos que ello provoca para el tráfico mercantil y los intereses de los terceros, quienes son las naturales víctimas de las sociedades que presentan un capital social insuficiente para poder desarrollar el objeto previsto en el contrato de sociedad.

11. El artículo 18 de la Resolución General I.G.P.J. N° 6/80 (“Normas de la Inspección General de Justicia”), establece que **el objeto social debe circunscribirse a aquellas actividades que la sociedad se proponga realizar y que guarden razonable relación con el capital social**, de lo cual se deduce que ni el objeto puede incluir actividades respecto de las cuales no exista por parte de los socios, al tiempo de constituir la sociedad, el efectivo propósito de emprenderlas en forma de sociedad ni la cuantía del capital puede ser inadecuada respecto a las previsiones del objeto social. En el presente caso, tal inadecuación resulta indiscutiblemente manifiesta.-

7. Las críticas al capital social. Respuesta.

7.1. En rigor de verdad, calificadas opiniones vienen planteando desde hace varios años la necesidad de revisar este concepto considerado medular, llegando incluso a poner en tela de juicio su existencia sosteniendo que en la actualidad no satisface las necesidades que le dieron origen. Sobre esta cuestión, ha tenido una fuerte influencia la reforma en Estados Unidos de la *Model Business Corporation Act* de 1980, que siguiendo el rumbo señalado por la *California General Corporation Law* de 1976, ha optado por prescindir del concepto de capital social. Esta solución fue ratificada por la *Revised Model Business Corporation Act* de 1984 y su reforma de 1987³⁷.

La noción de capital y la utilidad de su función son entonces cuestiones controvertidas³⁸. La doctrina que considera que no existe inconveniente alguno en que las sociedades funcionen infracapitalizadas se basa en que: i) la sociedad no debe cumplir inmediatamente con su objeto. Es posible, se afirma, que una sociedad que pretenda desarrollar un determinado objeto comience su existencia con un capital mínimo a efectos de no comprometer gran parte del patrimonio de los socios, sea porque el negocio que pretenden desarrollar es sumamente riesgoso, sea porque no encuentran inicialmente financiamiento suficiente. De esta forma la sociedad comienza el giro de sus negocios con un capital reducido pero direccionando su actuación a la obtención del financiamiento y demás requisitos necesarios para poder cumplir con el objeto propuesto. ii) El patrimonio es la garantía de los acreedores y no el capital social que es un concepto jurídico que en la realidad no funciona como garantía para los acreedores sociales y sólo cumple una función interna para determinar los derechos y obligaciones de los socios. El tercero que contrata con la sociedad no toma en cuenta el capital social sino que, por el contrario, concentra su análisis en la situación patrimonial de la sociedad.

Es más, Le Pera³⁹ sostiene la futilidad del capital y afirma que *la protección del capital social es una creación del siglo XIX, en que, a falta de otros medios para conocer el crédito de una sociedad no se puede más que leer sus estatutos y la cantidad en ellos fijada como capital. El capital es sólo el número que refleja la cantidad de dinero recibido por la sociedad en pago de sus acciones.* Desde el conocimiento profundo del derecho estadounidense, afirma *“la futilidad de las reglas del capital mínimo ha quedado en evidencia en el marco de la Unión Europea a partir de la doctrina sentada por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en la causa Centros del 09/03/1999 (caso C 212/97).* Agrega, si el capital es tangible, sirve para ser invertido, trabajar con él, o de otra

³⁷ RIBEIRO, Álvaro, “Irrelevancia y crisis del concepto de capital social”, E.D. 204-729.

³⁸ BOLLINI SHAW, Carlos (h), “Capital y patrimonio en las sociedades anónimas. El principio de la intangibilidad del capital social. Consecuencias”, E.D. t. 65, pág. 813; LE PERA, Sergio, “Sobre la utilidad de la noción de capital social”, L.L.1986-B-972; VERLY, Hernán, “Apuntes para una revisión del capital social (Con especial referencia a la sociedad anónima)”, L.L. 1997-A-756; ARAYA, Miguel C., “Capital y Patrimonio”, J.A. 1986-IV-676

³⁹ LE PERA, Sergio, “Sobre la futilidad de la noción de capital social”, L.L. 1986-B-972

manera ser usado peligrosamente. El principio de intangibilidad es el que no permite utilizar el ponderado como la del Project Financing, mecanismo con un alto nivel de endeudamiento de gran utilidad para el desarrollo empresarial.

Lisdero⁴⁰ propicia modificar el artículo 70 de la LS.C. en el sentido de que se debe tomar como base para el cálculo de las reservas del 20%, el patrimonio y no sobre el capital social. Es decir, a mayor patrimonio social, mayores deberán ser las reservas legales. Y aduna, como una segunda modificación, la obligatoriedad de capitalizar reservas, de esa manera se adecuaría el capital social al patrimonio e, indirectamente, el capital a su objeto social.

En opinión de Manóvil Ezequiel⁴¹ nuestro régimen de capital social vigente es ineficiente y debe ser reemplazado. En particular propicia substituir las reglas sobre distribución de utilidades (arts. 68, 70, 71), adquisición de sus acciones por la sociedad (arts.220 y 221) y reducción de capital (comprendiendo la reducción voluntaria de los arts. 203 y 204, la reducción por pérdidas del art. 205 y la reducción obligatoria del art. 206). Ello a cambio de una normativa “*con enfoque que se concentre en un análisis realista de la solvencia de la sociedad, en línea con los mecanismos vigentes en ciertos países como Nueva Zelanda, Australia, Canadá y los Estados Unidos.*”. Como puede advertirse, se trata precisamente de países desarrollados los citados como ejemplo en el enjundioso trabajo. En el porvenir, sin duda, lo propiciado se tendrá en consideración.

7.2. Como respuesta a las críticas, se dan por reproducidos los argumentos precedentes ya que este trabajo adhiere al concepto mayoritario en la doctrina y la jurisprudencia que sostiene la necesaria vigencia de toda la normativa citada como integrante del instituto del capital social, que incluye además de una necesaria relación entre el capital y el objeto social, la relacionada con la preservación de la intangibilidad del capital social.

No se tiene noticia de la derogación de la segunda directiva del 13/11/1976 emanada de la Comunidad Económica Europea que, entre otros temas, reguló precisamente sobre la protección de este dato de indispensable inclusión en el estatuto, requiriendo la existencia de un capital social mínimo, la garantía de efectividad en la constitución de la entidad, la garantía de integridad del referido capital, así como la expresa prohibición de repartir dividendos ficticios.

El decisorio citado por Le Pera del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en la causa Centros del 09/03/1999 (caso C 212/97) es un precedente en la casuística. Un caso aislado que hace recordar el tema de las sociedades constituidas en el extranjero.

⁴⁰ LISDERO, Alfredo R., “Una posible solución al problema de la infracapitalización societaria”, E.D. 191-804

⁴¹ Ob.cit.

Los argumentos marginan indebidamente la limitación de la responsabilidad por las deudas de la sociedad tanto en las sociedades de responsabilidad limitada como en las anónimas; también la posibilidad de ejercer el comercio individualmente, como bien lo advierte el fallo del Dr. Butty transcripto. Asimismo, llama la atención que la emisión de obligaciones negociables y de debentures no las mencione la crítica en responde, máxime que se trata de eficaces mecanismos de financiamiento. El régimen impediría “*un alto nivel de endeudamiento de gran utilidad para el desarrollo empresarial*”, reproche injusto si los hay y desmentido por la realidad.

Por lo demás, si el préstamo que solicita el ente exorbita la cifra del capital social, desde antiguo se requiere que alguien con patrimonio satisfactorio para el prestamista (v. g. un banco) firme como fiador (eufemismo), codeudor, liso, llano y principal pagador. No podría ser de otro modo.

En resumen, la omisión de capitalizar a la sociedad y el desprecio de la función de garantía que frente a terceros cumple el capital social, constituye culpa grave de los socios, en la medida que esa actuación permite, facilita y prolonga la disminución de la responsabilidad patrimonial de la sociedad deudora. El régimen legal vigente no es ineficiente aunque reconoce una dosis importante, máxime que los órganos de aplicación son locales, de no acatamiento, lo que no conlleva la necesidad de reemplazarlo. La situación mejoraría, como en otras materias, si se respetara la ley y se sancionara a los infractores. La fiscalización estatal es necesaria aunque generalmente genere resistencias por parte de ese control⁴².

8. La Infracapitalización y la Quiebra de la sociedad. El fallo “*Víctor Carballude SRL s/quiebra s/ incidente de inoponibilidad de la personalidad jurídica*” CNCom Sala F del 13/05/2014, comentado por el Dr. Daniel R Vitolo; igualmente por el Dr. Efraín H. Richard (v.notas 31, 32 y 33 pág 17).

8.1. La infracapitalización de la sociedad habilita a exigir la responsabilidad patrimonial de los socios, cuando éstos han dejado de lado la función de garantía que cumple el capital social, en especial en aquellas sociedades donde los socios limitan su responsabilidad a los aportes efectuados.

Lo contrario implica privilegiar los dogmas por sobre el ser humano. Ha sostenido la jurisprudencia, que todas las construcciones efectuadas en torno a las sociedades y a su personalidad jurídica radican en definitiva en un problema de hombres, y cuando más allá de ellos se sostiene a ultranza el valor absoluto de las instituciones jurídicas, se corre el peligro de crear escudos protectores de la ilicitud, haciendo caer al derecho en una profunda

⁴² NISSEN, Ricardo Augusto, Inspector General de Justicia, ver nota de lectores diario “*La Nación*” 13/01/04.

contradicción o reduciendo su papel a un mero conjunto de reglas en juego, vacías de todo contenido moral o político⁴³.

En conclusión, la infracapitalización de la sociedad abre el camino para exigir la responsabilidad de los socios o accionistas por las obligaciones sociales, aunque ello sólo será admisible en las sociedades de responsabilidad limitada o sociedades anónimas cerradas o de familia, habida cuenta que en las sociedades anónimas que hacen oferta pública o cotización de sus acciones, sus integrantes revisten más el carácter de inversores que de verdaderos socios sin proximidad con la administración social.

A los efectos de hacer extensiva la responsabilidad de los socios o accionistas por las obligaciones sociales por infracapitalización de la sociedad, es preciso efectuar las siguientes distinciones:

(i) Si la infracapitalización ha sido originaria, esto es, desde la misma constitución de la sociedad, resultando manifiestamente insuficiente el capital social inicial, con respecto a la actividad desplegada, no hay duda alguna de que todos los accionistas deben responder por las obligaciones sociales sin posibilidad de invocar el beneficio de la limitación de la responsabilidad.

(ii) Si la infracapitalización ha sido sobreviniente, la inoponibilidad del beneficio de la limitación de la responsabilidad es directamente aplicable a los socios controlantes, cuya definición viene impuesta por el art. 33 inc. 1 y 2 de la ley 19.550 en tanto ellos, ya sea como integrantes del órgano de administración o como titulares de la mayoría del capital social, tienen la posibilidad de utilizar las herramientas legales para obtener de los accionistas la afluencia de los fondos necesarios para capitalizar a la sociedad y evitar la frustración de los derechos de los terceros a la percepción de sus créditos.

(iii) Lo expuesto no cambia, salvo situaciones excepcionales, con respecto a los accionistas no controlantes, en la medida de que, durante la existencia de la sociedad, estos pueden y deben conocer la situación patrimonial y financiera de la sociedad, al menos anualmente y si bien su participación en la sociedad no les permitirá formar la voluntad social en las asambleas de accionistas, no pueden permanecer ajenos ante una sociedad que exhiba un desequilibrio manifiesto entre el capital social y el nivel de gastos de la compañía, aceptando sin reservas los estados contables presentados por el directorio a la asamblea ordinaria. Sin embargo, la inoponibilidad frente a terceros del beneficio de la limitación de la responsabilidad de los accionistas no controlantes no puede ser automática, debiendo evaluarse las circunstancias de cada caso, quedando exento de responsabilidad el accionista que ha exhibido al directorio o gerencia la necesidad de aumentar el capital social con resultado negativo, lo cual encuentra normativa analógica en lo dispuesto por el art. 274 in fine de la ley 19.550.

⁴³ C.N.Civ., Sala D, 05/12/97, "G. de P. c/ G. A. y G. I. y otros", L.L., Fallo 98.179

A tenor de lo expuesto, se advierte que la infracapitalización de la sociedad se evidencia cuando esta se encuentre en estado de insolvencia, legalmente llamado estado de cesación de pagos (cfr. art. 1 y conchs. de la ley 24522) esto es, cuando la sociedad no cuente con patrimonio para afrontar sus deudas y el capital social se muestre insuficiente para responder por el pasivo, tornándose ilusorio el objetivo previsto por el legislador al erigir al capital como elemento imprescindible del estatuto de la entidad.

En el tema de la responsabilidad de los socios podría derivarse implícitamente del **art. 39 inc 7 de la ley 24.522** que establece el deber del síndico de informar (en el informe general), en caso de sociedades, si los socios realizaron regularmente sus aportes, y si existe responsabilidad patrimonial que se les pueda imputar por su actuación en tal carácter. Una primera interpretación de la norma, que podría ser calificada como tradicional, entiende que dentro del precepto quedan encuadrados sólo la integración y sobrevaluación de los aportes (cfr. arts. 150 y 187 de la LSC).

Empero, una segunda interpretación, más acorde con la realidad, y comprendiendo con sentido finalista la palabra "regularmente" contenido en el inc. 7 del art. 39 de la ley 24.522 admite que la norma implica también los supuestos en los cuales la suma de los aportes no se corresponda con la actividad concreta perseguida o desarrollada, y en consecuencia, los socios deberán responder frente a la masa concursal hasta la integración de la diferencia entre el capital efectivamente aportado y aquel necesario para el desarrollo de la concreta actividad emprendida⁴⁴.

Sin perjuicio de la inoponibilidad de la personalidad jurídica del art. 54 tercer párrafo, una de las acciones de responsabilidad que podría ser encuadrada en los términos del art. **175 de la ley 24.522** (la impulsa el síndico) es la acción que tienda a imputar responsabilidad a los socios limitadamente responsables, cuando éstos no han efectuado los desembolsos necesarios para el desarrollo de la concreta y real actividad emprendida. El desapego por la función de garantía configura culpa grave de los socios al permitir la disminución de la responsabilidad patrimonial de la sociedad deudora y es obligación de los socios cumplir con las diligencias necesarias para que la sociedad mantenga un capital social equivalente a su nivel de gastos (arts.513 y 902 del código civil).⁴⁵ Por último, se indica como aplicable la petición de extensión del art. 163 y ss. de la ley 24.522.

8.2. Es un hecho auspicioso que puede significar un cambio radical de perspectiva en la jurisprudencia, lo decidido por la Cámara Nac. de Apelaciones en lo Comercial Sala F en consonancia con el dictamen del Ministerio Público de la Nación, en el caso "*Víctor Carballude SRL s/Quiebra s/Inc. de Inoponibilidad de la persona jurídica*". El fallo

⁴⁴ BADOLA, María Claudia y JELONCHE, Paola Hebe, "*Responsabilidad de los socios con responsabilidad limitada por infracapitalización de la sociedad en quiebra*", "Derecho concursal argentino e iberoamericano", t. III, Ad-Hoc, 1997, pág. 351

⁴⁵ NISSEN Ricardo Augusto y colab. "*Panorama actual de Derecho Societario*" pág.32 Ad-Hoc Bs. As. 2000

revocó la decisión del Juez de Primera Instancia en cuanto había desestimado la pretensión del acreedor laboral, admitido en la quiebra de la S.R.L., que dedujo incidente de inoponibilidad de la persona jurídica, esgrimiendo que la sociedad había actuado infra capitalizada en perjuicio de terceros. Advirtió que la sociedad fallida se constituyó y funcionó sin integrar el capital suscrito y con carencia de cualquier activo para respaldar las obligaciones asumidas frente a terceros, de manera que procede declarar la inoponibilidad de la personalidad jurídica (tercer párr. del art. 54 de la Ley 19.550) y extender a los socios del ente la condena al pago del crédito del incidentista, ya que se configuró una infracapitalización agravada. La empleadora quebró y un ex trabajador promovió el incidente para responsabilizar a los socios y administradores con relación al pago de su crédito laboral de carácter indemnizatorio. La sindicatura propició que se accediera al reclamo, máxime la ausencia de registros contables y cualquier tipo de activo presumiendo la existencia de fraude por parte de los demandados. La Cámara dejó constancia que la fallida había desaparecido del lugar de su domicilio y la falta de colaboración del socio gerente a los efectos de la formalización de una audiencia informativa. Por fin, explicó que la sociedad se encontraba **infracapitalizada** ya que el capital oportunamente suscrito en 1991 por la suma de A2.800.000, equivalentes a \$ 280 de hoy, no había resultado readecuado por los socios, no era el apropiado a la actividad social concretada por la empresa. Es más, el monto no había sido integrado por los socios. La resolución de la Alzada consideró que el art. 54 incorporó al ordenamiento societario los conceptos de fraude, simulación ilícita, el ejercicio abusivo de derechos y la utilización anómala de la estructura societaria. Dejó sentado que la infracapitalización responde a una notoria malformación de la estructura patrimonial societaria decidida por los administradores y los socios, la cual ocasiona daños a terceros por emprender actividades fuera de sus posibilidades. Por tanto, si el capital social, garantía de terceros contratantes, no ha sido dotado adecuadamente, queda sin fundamento la limitación de la responsabilidad de los socios como consecuencia de la conducta abusiva que significaría trasladar todo el riesgo empresario hacia los acreedores de la entidad.

Usandizaga⁴⁶ afirma, pienso que con razón, que la infracapitalización societaria merece gozar de autonomía como mecanismo de responsabilidad de socios y administradores. Los tribunales hasta ahora bastante renuentes en aplicar estas soluciones, quizás, como antes lo propiciara Nissen, modifiquen el restrictivo criterio en el sentido del fallo citado. No sorprende que tanto Vitolo, Nissen y Richard al comentar el fallo lo elogiaron. El Sumario, elaborado por Ricardo A. Nissen, se transcribe:

1.-La personalidad que el sistema legal atribuye a las sociedades comerciales se estructura sobre la base de la diferenciación del sujeto de derecho y las personas físicas -o jurídicas, dato irrelevante en el caso- que la integran en carácter de socios. Tal lo previsto expresamente por el CCiv. 33, 39, 41 y LSC 2 y 56

⁴⁶ ob.cit.

2.-La personalidad atribuida a entes distintos de las personas de existencia visible, como técnica jurídica (o medio técnico, tal como se expresó en la exposición de motivos de la LSC), resulta útil para asumir la compleja normativa que concierne a una disciplina de relaciones entre una pluralidad de personas y determinados patrimonios.

3.-El particular modo de reglar los efectos jurídicos de las relaciones entabladas entre distintos sujetos y referidas a determinados patrimonios conduce a la diferenciación, que tiene expreso reconocimiento en el ordenamiento legal nacional, en la imputación de la responsabilidad que la actuación de la sociedad en el medio económico genere. Ello, por cuanto la sociedad tiene un patrimonio propio distinto del de los socios singulares respecto de los acreedores de la sociedad, pero esa personalidad se manifiesta no solamente en las relaciones externas, sino también en las relaciones internas, en lo que se refiere a los socios.

4.-La persona jurídica es un recurso técnico que permite establecer una organización autónoma con patrimonio propio y capacidad de gestión que se distingue de sus instituyentes, estructurando un esquema de simplificación de relaciones y de impermeabilidad patrimonial. No obstante, la equivocidad del término persona jurídica ha traído aparejado en el ámbito del derecho un largo debate que hoy se mantiene.

5.-La distinción patrimonial que reconoce el artículo 56 de la ley 19550 no es absoluta. La LSC 2 expresamente dispone que la sociedad comercial es sujeto de derecho con el alcance fijado en la ley, lo que ha llevado a afirmar a uno de sus redactores que la razón de ser de la personalidad está en dar al grupo de personas el medio técnico para el logro de los fines lícitos que sus miembros persiguen en común.

6.-La incorporación de la delimitación de la personalidad jurídica con el alcance establecido en la ley, mediante la reforma del año 1972, se debió a la necesidad de reafirmar el principio de la personalidad diferenciada ante un emergente fenómeno de sociología jurídica: la desmedida aplicación de la doctrina del disregard of legal entity surgida luego del resonante fallo Swift de la CSJN (del 4/9/73).

7.-La denominada inoponibilidad de la personalidad jurídica, no implica una modificación, cambio, reemplazo o alteración alguna, sino una explicación o desarrollo discursivo del significado de la originaria frase con el alcance fijado en esta ley, con el sentido de precisar y completar el alcance y límites del sistema societario mercantil y, consecuentemente, de la atribución a las variantes asociativas acuñadas por la ley 19.550, de personalidad corporativa diferenciada respecto de sus miembros.

8.-El instituto de la inoponibilidad de la personalidad jurídica se presenta como un remedio con el que se cuenta para descorrer la personalidad de los entes asociativos, con el objeto de imputar cierta obligación o derecho a un sujeto distinto -tales como sus controlantes o socios-, si se reúnen las especiales circunstancias que enumera el párrafo tercero del artículo 54 de la ley 19550.

9.-La personalidad diferenciada de la sociedad y sus integrantes y administradores, constituye el eje sobre el que se asienta la normativa societaria, y configura un

régimen especial que se explica porque los entes ideales constituyen una herramienta que el orden jurídico provee al comercio.

10.-La introducción en la LSC: 54 parece haber establecido, en el ordenamiento societario, la regulación específica del fraude, la simulación ilícita o el ejercicio abusivo de derechos, añadiendo el fin extra societario como defecto propio derivado de la utilización anómala de la estructura societaria, que apareja la inoponibilidad de la personalidad del ente frente a los perjudicados, imputando responsabilidad directa, solidaria e ilimitada a los socios o controlantes que la hicieron posible.

11.-En materia de personalidad jurídica el derecho aplica este remedio técnico mientras se mantenga dentro de los fines lícitos perseguidos y previstos por la ley, toda vez que cuando se aparta, la ley y el juez deben prescindir de tal personalidad, porque no puede emplearse con fines ilícitos, de engaño o de fraude; y ello supone tener especialmente en cuenta que la ley 19550 exige que la actuación societaria -y la de sus órganos, socios y controlantes que guarden vinculación con la gestión patrimonial- se acomode al principio general de la buena fe (c.civ 1198) y al ejercicio regular de los derechos (doctrina cciv 1071). 12.-El acierto de la inclusión de la figura de la inoponibilidad de la personalidad jurídica se centra en que la aplicación de la solución tradicional para un caso de abuso de derecho - nulidad, por tratarse de un hecho ilícito - aparecería excesivamente rígida en el marco de la regulación societaria.

13.-Es posible sostener que la norma del artículo 54 in fine de la ley 19550 abrió un campo de aplicación mucho más amplio que el que permite la noción de abuso del derecho y entre otros efectos, permite objetivar soluciones que, si debieran examinarse a la luz del instituto del abuso del derecho, no podrían predicarse sin la presencia del elemento subjetivo.

14.-La técnica de la personalidad jurídica diferenciada y de la limitación de la responsabilidad son técnicas que funcionan cuando se configuran sus presupuestos que, en materia de sociedades mercantiles, no constituyen sino la causa final contractual o de actuación que consiste en la ordenación a la titularidad de una hacienda empresarial verdadera; de no ser así habrá inoponibilidad que surge aun antes de los supuestos de fraudes a la ley o derechos de terceros. Esta no se traduce ni en la caída del sujeto de derecho ni en el impedimento a su funcionamiento sucesivo, simplemente se dan las dos alternativas que como efecto práctico de la inoponibilidad prevé el art. 54 que son la imputación directa del obrar -responsabilidad por ende ilimitada-, y además una responsabilidad por daños y perjuicios, título distinto que está establecido por el mismo art. 54 y también la habrá cuando por vía de la desviación de la causa contractual, o como efecto empírico de la actuación posterior, se produzca el desbaratamiento del derecho de terceros.

15.-Mediante la normativa del artículo 54 último párrafo de la ley 19.550 se analiza la inoponibilidad de la personalidad jurídica bajo el presupuesto de suponer la desaparición de los límites formales impuestos por la sociedad a la cual afecta. La desaparición de esos límites tiene como consecuencia jurídica la imputación de la

actuación a quien resulte ser el socio o controlante que haya hecho posible la utilización desviada de la sociedad.

16.-La naturaleza de la acción de inoponibilidad presenta algunas peculiaridades: (i) Es societaria pues se trata de una medida que tiene por objeto declarar irrelevante la diferenciación entre la personalidad del ente social y la de sus componentes (socios); (ii) Es accesoria desde que tiene sentido en tanto y en cuanto existe una actuación social encubridora, violatoria o frustratoria; y (iii) Es una acción declarativa toda vez que su finalidad se agota en la declaración. La sentencia que se obtenga será, dentro de la clásica división procesal, una sentencia declarativa o de mera declaración, cuyo objeto es la pura declaración de que ha acaecido el efecto desestimatorio de la personalidad societaria.

17.- Se trata, la solución prevista por el artículo 54 in fine de la ley 19550, de una declaración al solo efecto de imputar determinados actos. No puede ejecutarse. Lo ejecutable será la acción principal que da pábulo a la accesoria de inoponibilidad, no la declaración misma.

18.-La finalidad que propende la acción de la inoponibilidad de la personalidad jurídica será la de hacer cesar el estado de incertidumbre sobre la distinción entre ambas personalidades.

19.-Para que sea aplicable la LSC 54 deben existir pruebas concluyentes respecto de las situaciones excepcionales que dicha disposición contempla a fin de prescindir de la personalidad jurídica, porque ello sólo resulta procedente cuando se trata de resguardar intereses de orden superior.

20.-La desestimación de la personalidad societaria debe ser utilizada cuidadosamente, pues su aplicación irrestricta llevaría a consagrar la excepción como regla: circunstancia que no fue la que inspiró el nacimiento de tal remedio jurídico, claro que ello no puede conducir a la introducción de restricciones irrazonables, que conviertan al dispositivo de la LSC 54, párrafo tercero, en letra muerta y que, además, carecen de expresa previsión legal.

21.-No se admite, por vía de principio, la ponderación restrictiva de la solución legal prevista en el artículo 54 último párrafo de la ley 19550.

22.-La teoría de la distinta personalidad de las sociedades y los propios componentes que la integran, no puede convertirse en una valla artificial e insalvable que, con apoyo en una deducción meramente maquinal que, en la doctrina de la Corte Suprema (CSJN, Fallos 307:1046), es impropia de la función judicial, impida en la práctica la adecuada aplicación de esa doctrina y prescindiendo de la realidad, único campo en el que debe indagar el juez, conduzca a un fin no querido por el propio ordenamiento jurídico, dejándose de lado el adecuado servicio de justicia que constituye la función que los jueces deben tener como deber primario.

23.-Se ha definido a la subcapitalización societaria desde dos aristas: (i) una material que se presenta cuando su capital propio no es suficiente para satisfacer, de acuerdo al tipo y dimensión de la actividad económica efectiva o propuesta, las necesidades financieras de mediano y largo plazo no susceptibles de ser normalmente cubiertas por créditos de terceros y (ii) una nominal que es aludida en los casos en que se

presenta una cuestión vinculada con la sinceridad de la expresión del monto del capital e incluye, por ejemplo, la cuestión de los préstamos sustitutivos de aportes - esto es, cuando la sociedad resulta dotada de los medios financieros necesarios para el desarrollo de su objeto social, pero las necesidades de fondos propios se financian con créditos provenientes de los mismos socios.

24.-Habrá infracapitalización material en el supuesto de que la sociedad carezca totalmente de medios adecuados para cumplir su objeto social. Y será meramente formal cuando exista un capital social inadecuado pero los socios o accionistas lo maquillen proveyendo de recursos financieros a la sociedad, tales como préstamos o constitución de reservas distintas a las legales.

25.-Como línea de principio el daño producido por una malformación de la estructura patrimonial societaria o por decisiones impuestas por socios o controlantes que la fuerzan a emprender actividades que exceden de sus posibilidades, no debe quedar excluido del ámbito de la norma del artículo 54 último párrafo de la ley 19550, aunque debe subrayarse la necesidad de extrema cautela en el juzgamiento del caso concreto.

26.-Es preciso rechazar la confusión de los dos efectos diferenciados que trata el art. 54 tercer párr. de la LS, o sea la inoponibilidad en sí misma y la extensión o traslado de la imputación que es su efecto, por una parte y, por la otra, la responsabilidad por los perjuicios causados por quienes hicieron posible la actuación. Es cierto que en la mayoría de los supuestos existirá intencionalidad. Pero en otros puede que solamente haya mediado negligencia o que, simplemente, la concatenación de los acontecimientos haya tenido por resultado una de las situaciones que la LS habilita para declarar la inoponibilidad.

27.-Los elementos de juicio colectados acreditan con claridad las distintas circunstancias que justifican la aplicación a la sociedad fallida de la figura de la inoponibilidad de la personalidad jurídica, cuando de la revisión del expediente de la quiebra y de la causa laboral se desprende que: a) No se arrimaron libros contables (sin que se haya brindado siquiera una mínima razón que pudiera hipotéticamente justificar tal ausencia), lo cual permite inferir el desarraigo institucional; b) A lo largo del desarrollo del proceso se ha observado una notoria falta de cooperación de los socios de la fallida; c) La ausencia de la persona jurídica fallida en el propio domicilio legal constituido ante la Inspección General de Justicia; d) La valuación del activo arroja cero y el sujeto societario no cuenta con ningún bien registrable a su nombre, no obstante que la empresa se habría dedicado al transporte de carga y e) Únicamente se integró un 25% del capital social suscripto al momento de la constitución de la sociedad, que data del año 1991 (que ascendía a australes 2.800.000 -hoy \$280-) y no hay elemento de juicio que permita corroborar que a lo largo de la vida social se hubiera saldado el 75% restante.

28.-La ausencia de registros contables, la falta de colaboración del socio gerente en el proceso falencial, la inexistencia de la sociedad en el domicilio social inscripto, la carencia total de activos y la falta de integración de los aportes originales, ponen en evidencia una relevante desprolijidad en la administración societaria y no dejan

resquicio de duda en cuanto a que el ente societario se constituyó y funcionó sin integrar, al menos, el capital suscrito y con notoria carencia de cualquier activo que pudiera respaldar las obligaciones asumidas frente a terceros (trabajadores en relación de dependencia, acreedores, etc.). Ello autoriza, consecuentemente, a la aplicación en el caso del instituto previsto en el artículo 54, párrafo tercero; es decir, a la declaración de la inoponibilidad de la persona jurídica de la fallida.

29.-Es dable sostener que la disponibilidad del capital social es esencial para el cumplimiento del objeto, único y preciso, de la sociedad, por lo que, ligados ambos conceptos, si ésta presenta una ruptura manifiesta entre el capital y la actividad que lleva a cabo, estamos hablando entonces que la sociedad se encuentra infracapitalizada.

30.-El capital social, como está planteado en la LSC, es una cifra de retención y ello es lo que realmente constituye la garantía de terceros, por lo que si los socios o accionistas vulneran esta garantía, su responsabilidad ya no será limitada y responderán más allá del capital aportado.

31.-La sociedad comercial, centro de imputación de normas diferenciado de las personas que lo integran, es tal en virtud de ciertos presupuestos o condicionamientos que se deben cumplimentar para excluir de responsabilidad a los sujetos que la forman. Como consecuencia, de no cumplirse aquellos presupuestos, no habrá tal limitación a la responsabilidad. La infracapitalización, en este sentido, no hace otra cosa más que trasladar los riesgos propios de la empresa hacia terceros y, por lo tanto, no se estaría llenando el presupuesto de dotación de capitales propios a la sociedad, resintiéndose el patrimonio social y la función de garantía frente a los acreedores.

32.-En los casos de infracapitalización resultaría jurídicamente viable correr el velo societario para así poder exigir la responsabilidad de los socios o accionistas por sus obligaciones que ocultan tras la estructura normativa de la persona jurídica, constituyendo, de esta forma, una clara sanción por no haber relación entre el capital y el objeto social.

33.-Más allá de la delgada línea que es posible trazar ante los diversos supuestos de infracapitalización societaria que puedan presentarse, es evidente que ella se encuentra configurada cuando solo se integró el 25% del capital social y aquella omisión ha subsistido a lo largo de todo el desarrollo de la empresa, constituyendo una evidente afectación de derechos de terceros, que quedó perfeccionada con la impotencia patrimonial para asumir las deudas contraídas y la devenida declaración de la quiebra de la sociedad. Medió en consecuencia una infracapitalización agravada susceptible de quedar aprehendida como causal de declaración de inoponibilidad de la persona jurídica y ello aún cuando la cuestión pudiese ser analizada desde su perspectiva más restrictiva.

34.-La frustración de los derechos de los terceros -en este caso: acreedores sociales- encuentra su fundamento en la violación de una premisa tan sencilla como elemental: el patrimonio es la prenda común de los acreedores. Y aquí, como se vio, jamás fue constituido ese capital social diferenciado que actuaría como garantía por las obligaciones asumidas por el ente. Ello pone en evidencia, además, una deficiencia en

el cumplimiento de los requisitos esenciales que fluyen del artículo 1° de la ley de sociedades, con la consecuente externalización de los riesgos empresarios.

35.-La insuficiente capitalización de la sociedad puede constituir un medio para hacerla actuar como recurso para violar la buena fe negocial así como para frustrar derechos de terceros, lo que hace aplicable el instituto de la inoponibilidad de la personalidad jurídica conforme al art. 54, tercer párrafo de la LS. Justifica así que la actuación de la sociedad o las consecuencias de la misma, en este caso el pasivo insoluto de la sociedad caída en insolvencia, y la misma situación jurídica falencial, se imputen a los socios o controlantes que la hicieron posible, siendo importante insistir en que la elección de esta vía puede resultar más apropiada que la extensión de la quiebra fundada en la LCQ 161, cuyos presupuestos pueden no estar configurados por el solo hecho de una deliberada subcapitalización de la sociedad.

36.-La limitación de la responsabilidad de los socios se fundamenta en una dotación adecuada de capital social. Si esa dotación no se produce, los socios estarían abusando de la institución del capital social, razón por la cual quedaría sin fundamento la limitación de responsabilidad. Como consecuencia de esto, los socios deberían responder ilimitada y solidariamente frente a los acreedores y para llegar a esa responsabilidad, se recurre a la doctrina del levantamiento del velo.

37.-La infracapitalización societaria importa un desplazamiento del riesgo empresario hacia los acreedores, en tanto ellos están soportando las consecuencias de la insolvencia de la sociedad. Es decir, la sociedad fue utilizada como un recurso para vulnerar los derechos de terceros al actuar en el mercado sin un capital acorde a su actividad.

38.-No todos los acreedores de la sociedad se encuentran en iguales condiciones para averiguar cuál es la solvencia de su deudor, piénsese por ejemplo en los acreedores laborales que pueden carecer de información al respecto al decidir si trabajan o no para determinado empleador.

39.-La aplicación de la solución prevista por el artículo 54 último párrafo de la ley 19550 al caso de infracapitalización societaria, acompaña la tendencia mayoritaria de la doctrina nacional y extranjera que se inclina a que los remedios para combatir la infracapitalización sustancial se busquen mediante la utilización de la doctrina de la inoponibilidad de la persona jurídica, descorrimiento del velo societario o disregard of the legal entity. Rafael F. Barreiro, Juan Manuel Ojea Quintana.

9. El Código Civil y Comercial de la Nación aprobado por ley 26.994 promulgado según decreto 1795/2014 (B. O. 08/10/2014) que entrará en vigencia el 1 de agosto de 2015.

El segundo hecho auspicioso lo constituye la ley 26.994 B.O. 08/10/2014 que mantiene incólume el régimen del capital social. En la especie ratifica nuestra tradición legislativa y no introduce modificación alguna al criticado régimen del capital social.

No debe dejar de repararse que Ricardo A. Nissen integró la nómina de “*los asesores técnicos*”, y que entre “*los profesores que cooperaron en las áreas de su especialidad*” podemos citar: a Alegría, Bergel, Fargosi, Kiper, Manovil Rafael M, Martorell, Nissen, Richard, Rivera, Roitman (cfr nómina en págs. VI y VII del Código Civil y Comercial de la Nación Infojus sistema argentino de información jurídica).

La denominación “ley de sociedades comerciales” de la ley 19.550 t.o. 1984 ha sido sustituida por punto 2.1 del Anexo II de la Ley N° 26.994 B.O. 08/10/2014 Suplemento. Vigencia: 1° de agosto de 2015, texto según art. 1° de la Ley N° 27.077 B.O. 19/12/2014) por Ley General de Sociedades N° 19.550, t.o. 1984.

La ley 26.994 incorpora las sociedades unipersonales que sólo podrán ser constituidas como sociedades anónimas. A las sociedades no constituidas regularmente las autoriza a adquirir bienes registrables a nombre de la sociedad debiéndose indicar la proporción en que participan los socios en tal sociedad, y ordena que los socios responden frente a los terceros como obligados simplemente mancomunados y por partes iguales, salvo que la solidaridad con la sociedad o entre ellos, o una distinta proporción resulten de una estipulación expresa, de una estipulación del contrato social en los términos del art 22, de las reglas comunes del tipo que manifestaron adoptar (art.24).-

10. Conclusiones.

No considero satisfactorios los argumentos expuestos para rebatir la importancia del capital social y del consecuente principio de su intangibilidad. Ello luego de persuadirme que la mejor solución es procurar, en esta como en otras materias, que ningún ciudadano pueda eludir la observancia de las leyes. La imposibilidad de cumplir el objeto social y el incumplimiento de la función de garantía del capital social llevan a sostener que debe haber una relación adecuada entre el capital y el objeto social. Los argumentos esgrimidos por la doctrina tradicional citada y recordada por el Juzgado de Primera Instancia en lo Comercial de Registro de la Capital Federal en el decisorio firme del 30 de junio de 1980 en autos “*Veca Constructora S.R.L.*” se mantiene sin menoscabo. Igualmente la jurisprudencia administrativa de la IGJ sentada en el caso *Gaitán Barugel y Cía. SRL*. Por fin, el bien ponderado fallo, dictado en consonancia con el dictamen del Ministerio Público Fiscal, por la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial Sala F del 13/05/2014 en autos “*Víctor Carballude S.R.L. s/ quiebra, Incidente de inoponibilidad de la personalidad jurídica* y el nuevo Código B.O.08/10/2014 antes referidos.

Es de destacar que se ha presenciado una gran cantidad de perjudicados integrantes de un gigantesco pasivo, generado en gran medida por infracciones al régimen legal, que gira alrededor de un capital mínimo de una sociedad anónima quebrada. Estaba casi siempre presente, la infracapitalización de la sociedad anónima fallida. Por otra parte, las

consecuencias de responsabilizar merecidamente a los administradores y a los socios, es comprensible que resulte resistida por una parte de la doctrina.

El reemplazo propuesto de las reglas sobre distribución de utilidades, adquisición de sus acciones por la sociedad, reducción del capital y demás, no ha sido acompañado por la doctrina ni la jurisprudencia. Con la mayoría convengo en que hay que evitar las fugas del capital social.

La importancia y trascendencia que cumple el capital social durante la actividad de las sociedades de responsabilidad limitada y anónimas, en particular, ha sufrido serios embates desde hace varios años, como consecuencia de un enfoque meramente economicista de la cuestión, que pretende ver en ese imprescindible elemento del contrato de sociedad, un simple parámetro a los fines de evaluar la situación financiera y económica de la entidad, marginando que la función del capital en las sociedades comerciales es manifiestamente diferente.

La permisibilidad en materia de infracapitalización resulta contraria al interés nacional en que las sociedades en general –y en especial las sociedades anónimas– funcionen adecuadamente, como antes se ha referido al reseñar los criterios generales que han inspirado la ley 19.550. De allí la necesidad de que los órganos que ejercitan el control de legalidad de las sociedades comerciales cumplan la función encomendada por la ley eficientemente sin que las críticas conocidas como las que imputan el freno a las inversiones extranjeras, agravar los costos empresariales, demorar los trámites inscriptorios, contrariar prácticas comerciales internacionales o desalentar la integración de directorios, obstaculicen la gestión.

La cifra capital brinda a los acreedores sociales un dato de fundamental importancia, pues les permite conocer los bienes, dinerarios o no, con que cuenta la sociedad para responder frente a los terceros por las obligaciones sociales.

Con razón señalaba Ripert⁴⁷ hace ya muchos años que el “...*capital social constituye la contrapartida de la limitación de la responsabilidad de sus integrantes pues los socios lo afectan a la garantía de los compromisos que la sociedad contraerá respecto de terceros...*”. Así lo ha ratificado la jurisprudencia de nuestros tribunales mercantiles, al sostener que: “...*el principio de la responsabilidad limitada de una sociedad anónima presupone que la misma debe cumplir con un capital adecuado para cumplir su objeto...*”⁴⁸.

⁴⁷ RIPERT, George, *Tratado elemental de derecho comercial*, t. II, Sociedades, Tea, 1954 citado por NISSEN Ricardo A. en “*Panorama Actual del derecho societario*” pág 24 Ad Hoc Bs. As. 2000

⁴⁸ C.N.Com., Sala E, 24/08/87, autos “Ceretti, César Roberto c/ Ditto S.A. y Otro s/ Ordinario”.

En suma, además es alentador, en mi opinión, dos hechos ya calificados como auspiciosos en cuanto a la consolidación del régimen del capital social. Ellos son, en primer término el mencionado y comentado fallo dictado por la CNCom. Sala F el 13/05/2014 en el caso “*Víctor Carballude S.R.L. s/ quiebra, Incidente de inoponibilidad de la personalidad jurídica*”, y por último, el nuevo Código Civil y Comercial que lo mantiene incólume. Se subraya, para finalizar, que un cambio de perspectiva se ha producido en la jurisprudencia con dicho fallo, que declaró la inoponibilidad de la personalidad jurídica con el fin de combatir la infracapitalización societaria, extendiendo la responsabilidad por las deudas de la sociedad a los administradores y a los socios de la misma.

Referencias bibliográficas

- HALPERIN, Isaac, "*Curso de Derecho Comercial*", t. I, parte general, Depalma, Bs, As. 1967
- HALPERIN Isaac "*Sociedades Comerciales, Parte General*", Depalma, Bs. As. 1966
- MESSINEO F. "*Manual de Derecho Civil y Comercial*" t. V Ejea, pág. 392 citado por GARRONE J.A. CASTRO SAMMARTINO M.E. "*Manual de Derecho Comercial*" 2 ed. Abeledo Perrot Bs. As. 1996
- RIPPE, Siegbert, "*Subcapitalización y Responsabilidad de Directores y Administradores*", J.A., 1997-IV-725.
- MANOVIL, Rafael M., "*Responsabilidad de los socios por insuficiencia de capital propio*", Derecho Empresarial Actual, Buenos Aires, 1996
- HALPERIN, Isaac y OTAEGUI, Julio C., "*Sociedades Anónimas*", 2º ed. Lexis Nexis Depalma, Bs. As. 1998
- VIVANTE, Cesare, "*Traité de droit commercial*", t. II, Paris, 1911, citado por ZUNINO, Jorge Osvaldo, "*Régimen de sociedades comerciales*", Astrea, 10º edición, 1992
- MANÓVIL, Ezequiel "*El capital social en las sociedades anónimas. Un análisis económico*" La Ley 2010 A 585 Bs. As.
- MARTORELL, Ernesto Eduardo, "*Sociedades Anónimas*", Depalma, Buenos Aires, 1988
- HALPERÍN Isaac, "*Manual de sociedades anónimas*" Depalma, Bs. As. 1967
- NISSEN, Ricardo Augusto, "*Un fallo histórico en materia de derecho societario*", ED del 28/08/2014 (nº 13.555)
- BOQUIN, Gabriela, "*Un fallo histórico en materia de derecho concursal*", ED del 28/08/2014 (nº13.555)
- VITOLLO Daniel R. "*Responsabilidad por infracapitalización societaria. ¿Soplan nuevos vientos en la jurisprudencia? Reflexiones y algo más*" Revista de las sociedades y Concursos, director Ricardo A. Nissen t.3 2014 Fidas Legis Bs. As. .
- HALPERIN Isaac "*Curso de Derecho Comercial*" t. II Depalma Bs. As. 1975

BRUNETTI, Antonio, "*Tratado del derecho de las sociedades*", t. II, citado por HALPERIN-OTAEGUI "*Sociedades Anónimas*" Lexis nexis Depalma, Bs.As.1998

FARINA, Juan M., "*Tratado de Sociedades Comerciales*", Parte General, Zeuz, Rosario, 1978

VERON, Alberto V., "*Sociedades comerciales*", t. III, Astrea, 1986, mensaje de elevación de la ley 22.182, 2º párr.

NISSEN, Ricardo A., "*Ley de sociedades comerciales*", t. 3, Abaco, 1982

HALPERIN, Isaac, "*Sociedades Comerciales*", Parte General, Depalma, 1966

ARAYA, Miguel, "*Repensar la noción de capital*", en "*Derecho societario argentino e iberoamericano*", t. II, VI Congreso Argentino de Derecho Societario Ad-Hoc Bs. As. 1995
NISSEN Ricardo "*Curso de Derecho Societario*" Ad-Hoc. Bs. As. 1998

RICHARD E.H-MUIÑO O.M. "*Derecho societario*" Astrea, Bs. As.1998

USANDIZAGA Manuel "*La carente autonomía de la infracapitalización societaria*" Biblioteca UCU Año 10 N° 2412 del 21/11/2014

La Ley 1980-D-464 Fallo del Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Comercial de Registro, 30/06/80, autos "*Veca Constructora S.R.L.*"

NISSEN, Ricardo A. y colaboradores, "*Panorama actual de derecho societario*", Ad-Hoc, Bs. As. 1998
HALPERIN, Isaac, "*Sociedades anónimas*", Depalma, Bs. As. 1975

LISDERO, Alfredo R., "*Una posible solución a la infracapitalización societaria*", E.D. 191-804.

FALLOS: 326; 1062. CSJN "*Palomeque, Aldo René c/ Benemeth S.A. y otro s/ recurso de hecho deducido por Gabriel Lipovetzky, Jacobo Lipovetzky y Sergio Lipovetzky*" del 03/04/2003

ZUNINO Jorge O. "*Régimen de sociedades comerciales*" 10ªed. Astrea, Bs. As.1992

CNCom. Sala E 24/08/1987

VITOLO Daniel R. "*Responsabilidad por infracapitalización societaria ¿Soplan nuevos vientos en la jurisprudencia? Reflexiones y algo más*" Revista de las Sociedades y Concursos, director R.A.Nissen N° 3 2014 Fidas Legis, Bs. As.

RICHARD Efraín "*En torno al capital y la insolvencia*" Revista de las Sociedades y Concursos, director R.A.Nissen N° 3 2014, Fidas Legis Bs. As.

NISSEN, Ricardo Augusto, "*Ley de Sociedades Comerciales*", t. III, Abaco, Buenos Aires, 1985.

J.A.1990-I-318 "*Ceretti César R. c/ Ditto SA y ot s/ordinario*" CNCom Sala E fallo del 24/08/1987

NISSEN, Ricardo Augusto, "*Ley de Sociedades Comerciales*", t. III, Abaco, Buenos Aires, 1985

RIBEIRO, Álvaro, "*Irrelevancia y crisis del concepto de capital social*", E.D. 204-729
BOLLINI SHAW, Carlos (h), "*Capital y patrimonio en las sociedades anónimas. El principio de la intangibilidad del capital social. Consecuencias*", E.D. t. 65

LE PERA, Sergio, "*Sobre la utilidad de la noción de capital social*", L.L.1986-B-972

VERLY, Hernán, "*Apuntes para una revisión del capital social (Con especial referencia a la sociedad anónima)*", L.L. 1997-A-756

ARAYA, Miguel C., “*Capital y Patrimonio*”, J.A. 1986-IV-676

LE PERA, Sergio, “*Sobre la futilidad de la noción de capital social*”, L.L. 1986-B-972

LISDERO, Alfredo R., “*Una posible solución al problema de la infracapitalización societaria*”, E.D. 191-804

MANOVIL Ezequiel “*El capital social en las sociedades anónimas. Un análisis económico*” LA LEY 2010 A 585

NISSEN, Ricardo Augusto, Inspector General de Justicia, nota de lectores diario “La Nación” 13/01/04.

La Ley, Fallo 98.179 C.N.Civ., Sala D, 05/12/97, “*G. de P. c/ G. A. y G. I. y otros*”.

BADOLA, María Claudia y JELONCHE, Paola Hebe, “*Responsabilidad de los socios con responsabilidad limitada por infracapitalización de la sociedad en quiebra*”, “*Derecho concursal argentino e iberoamericano*”, t. III, Ad-Hoc, 1997

NISSEN Ricardo Augusto y colab. “*Panorama actual de Derecho Societario*” Ad-Hoc Bs. As. 2000

VITOLLO, Daniel Roque “*El fenómeno de la Infracapitalización societaria*” t III IX Congreso Argentino de Derecho Societario y V Congreso Iberoamericano de derecho societario y de la empresa.

RIPERT, George, “*Tratado elemental de derecho comercial*”, t. II, Sociedades, Tea, Bs. As.1954 citado por NISSEN Ricardo A. en “*Panorama Actual del derecho societario*” Ad Hoc.Bs. As. 2000

L.L. 21/11/2014 fallo de la CNCom. Sala F del 13/05/2014 “*Víctor Carballude S.R.L. s/ quiebra, Incidente de inoponibilidad de la personalidad jurídica*”.