

**LA INFRACAPITALIZACIÓN MATERIAL
ES UN PRESUPUESTO NECESARIO PERO NO
SUFICIENTE DE LA DECLARACIÓN
DE INOPONIBILIDAD DE LA PERSONALIDAD
JURÍDICA EN EL MARCO DE ACCIONES
QUE PRETENDEN ATRIBUIR RESPONSABILIDAD
A LOS SOCIOS O CONTROLANTES
POR DEUDAS SOCIALES**

POR DIEGO COSTE Y JOSÉ DAVID BOTTERI (H)

Sumario

1. El artículo 54 última parte exige, como hecho condicionante de la inoponibilidad, que la actuación de la sociedad constituya un *mero recurso* para la violación de la ley, el orden público, la buena fe y para la frustración de derechos de terceros.

2. El *mero recurso* debe interpretarse como la actuación de la sociedad que pretende, sin riesgo alguno para sus socios y en beneficio individual de estos últimos, trasladar las consecuencias negativas de los negocios sociales hacia terceros que no tuvieron posibilidad ni el deber de neutralizar esa situación.

3. La sociedad que se encuentra adecuadamente patrimonializada durante su plazo de vigencia, que produce e intercambia bienes y servicios en el mercado, que genera trabajo y riqueza, nunca puede configurar, como así tampoco su actuación, un *mero recurso* en los términos del artículo 54 precitado.

4. La patrimonialización adecuada es la medida del riesgo que asumen los socios en las operaciones sociales y que justifica su limitación de responsabilidad en algunos tipos societarios.

5. La infrapatrimonialización de la sociedad es presupuesto necesario, pero no suficiente, de la declaración de inoponibilidad de la personalidad jurídica.

6. La prueba de la adecuada patrimonialización de la sociedad queda a cargo de los socios por aplicación de las cargas dinámicas.

La presente ponencia se refiere con exclusividad a las acciones de inoponibilidad a través de las cuales se pretende atribuir responsabilidad a los socios o controlantes por las deudas de una sociedad que realmente produce e intercambia bienes y servicios en el mercado. Quedan excluidas, por ende, las acciones de inoponibilidad que se agotan en la imputación de la actuación social sin avanzar en materia de responsabilidad y aquellas que involucran a sociedades simuladas, fraudulentas o que son simples depositarias de bienes personales de sus socios.

La idea central de este trabajo es dotar de contenido a la frase *mero recurso* cuando estamos en presencia de sociedades que actúan verdaderamente en el mercado, revitalizando la noción de riesgo como fundamento de la limitación de responsabilidad de sus socios y vinculando aquella noción de riesgo con la patrimonialización adecuada de la sociedad durante toda su vigencia.

La infrapatrimonialización, también denominada infracapitalización material, no se encuentra descrita literalmente en el artículo 54 última parte como hecho condicionante de la inoponibilidad.

Sin embargo, una interpretación finalista del artículo precitado nos permite concluir que únicamente procede la declaración de inoponibilidad de la personalidad jurídica en aquellos supuestos en los cuales la sociedad no ha sido capitalizada adecuadamente bajo una óptica material¹.

¹ Sobre infracapitalización nominal y material y su incidencia en materia de inoponibilidad de la personalidad jurídica se puede consultar, entre otros: Richard, Efraín H. "Patrimonio social y objeto posible", ponencia presentada en las *XV Jornadas de Institutos de Derecho Comercial de la República Argentina*, p. 5; Vitolo, Daniel R. "La relación entre capital social y objeto social y la autoridad de contralor", ponencia presentada en las *XV Jornadas de Institutos de Derecho Comercial de la República Argentina*, p. 45; Nissen, Ricardo A. "Infracapitalización societaria y responsabilidad de los socios y

La limitación de la responsabilidad de los socios es la contrapartida del riesgo asumido por estos últimos cuando aportan capital para producir o intercambiar bienes y servicios en el mercado.

El riesgo afrontado por los socios, comprometiendo su patrimonio personal en forma equilibrada con la magnitud de las operaciones sociales, es un elemento que siempre debe ser ponderado a los efectos de analizar la procedencia de la aplicación del artículo 54 última parte de la Ley N° 19.550.

Es por ello que entre los hechos condicionantes de la inoponibilidad se exige acreditar que la actuación de la sociedad haya constituido un *mero recurso*, tanto para violar la ley, el orden público y la buena fe, como así también para frustrar derechos de terceros.

La frase *mero recurso* contiene implícitamente la noción de infrapatrimonialización, porque una sociedad que se encuentra capitalizada materialmente en armonía con el volumen e intensidad de sus negocios, que verdaderamente produce o intercambia bienes y servicios en el mercado, que genera trabajo y riqueza, nunca puede configurar un *mero recurso* para violar la ley, el orden público y la buena fe, como así tampoco para frustrar derechos de terceros.

Resulta indistinto hablar de sociedad o actuación de sociedad, pues la noción de *mero recurso* desdibuja tal diferenciación: si los socios comprometen su patrimonio personal mediante aportes de capital adecuados al giro social, asumen un importante riesgo que justifica la limitación de su responsabilidad.

Estas sociedades pueden incumplir, y de hecho lo hacen, normas específicas como por ejemplo laborales o tributarias². Pero tales incumplimientos no darán lugar, en la medida que se encuentren debidamente capitalizadas bajo una óptica material, a una declaración de inoponibilidad sino tan sólo a la aplicación

accionistas por deudas laborales", publicó en *Responsabilidad de los administradores y socios por deudas laborales*, Buenos Aires, Fundación para la investigación y desarrollo de las ciencias jurídicas, 2009, p. 235; Junyent Bas, Francisco y Chiavassa, Eduardo Néstor. "La infracapitalización societaria como presupuesto de la responsabilidad de los administradores y socios", publicado en *Responsabilidad de los administradores y socios por deudas laborales*, Buenos Aires, Fundación para la investigación y desarrollo de las ciencias jurídicas, 2009, p. 235.

² En numerosas ocasiones esa imposibilidad de cumplir con normas laborales o tributarias es consecuencia de la ausencia de leyes coherentes con la realidad económica, social y política de nuestro país.

de las sanciones previstas por el ordenamiento jurídico con relación al sujeto incumplidor en ese caso concreto: la sociedad.

Únicamente en el supuesto de que los socios hayan actuado a través el recurso técnico societario sin asumir riesgos, es decir, obviando el equilibrio que debe existir entre el capital en sentido material y la magnitud de los negocios sociales, trasladando la totalidad de las eventuales consecuencias negativas de tales negocios hacia los acreedores sociales de buena fe, quedaría configurado el *mero recurso* descrito por el artículo 54 última parte.

Adviértase que hacemos referencia a infrapatrimonialización y no a infracapitalización nominal como presupuesto de la inoponibilidad. Mientras que la sociedad comercial cumpla con sus obligaciones, a nadie interesa si aquélla posee una cifra nominal que se corresponde con la importancia de sus negocios o que resulta coherente con su patrimonio. El problema comienza cuando la sociedad deja de honrar sus compromisos. Y allí adquiere relevancia el modo en que sus socios y administradores protegieron el patrimonio de la sociedad como garantía de los acreedores.

Poco importa que la sociedad ostente una cifra nominal de capital social millonaria, debidamente inscrita ante el organismo de control, si frente a la aparición de problemas financieros o económicos graves el patrimonio social desaparece en los hechos sin darse cumplimiento a ninguna de las normas relativas a la intangibilidad de aquel capital social.

Es cierto que, en ese supuesto, socios y administradores serán responsables por la inobservancia de los artículos 39, 53, 68, 71, 187, 205, 206, 220, etc., de la Ley N° 19.550.

Pero no es menos cierto que en caso de no contar la sociedad con un patrimonio adecuado para la magnitud de las operaciones sociales, o bien, desapareciendo físicamente este último cuando la sociedad comienza a tener problemas, los socios y administradores también serán responsables por inobservancia de las mismas normas y por aplicación específica del artículo 54 última parte de la Ley N° 19.550, conforme ha sido resuelto en numerosos fallos nacionales y extranjeros.

Con relación a la prueba de este presupuesto necesario de la inoponibilidad, por aplicación de la teoría de las cargas dinámicas corresponde a los socios o controlantes demandados acreditar que la sociedad se encontraba adecuadamente capitalizada desde el punto de vista material y cuál fue el iter del patrimonio social hasta el momento del incumplimiento de las obligaciones.

Es verdad que son los administradores sociales quienes conocen la real situación económica y financiera de la sociedad. Son estos últimos quienes, frente a supuestos de infracapitalización, deben convocar a asamblea y someter a consideración de los socios dicha circunstancia. Pero no es menos cierto que los socios, al concurrir a las reuniones del órgano de gobierno deben conocer mediante un análisis adecuado de los estados contables si la sociedad tiene un equilibrio entre su patrimonio y su giro operativo. Entendemos, en principio, que un socio no podría invocar su absoluto desconocimiento de los datos sociales como escudo para evitar su legitimación pasiva en materia de inoponibilidad. Evidentemente el socio podrá demostrar que concurrió a las reuniones del órgano de gobierno y que los estados contables eran falsos, no teniendo forma de conocer tal circunstancia y no exigiendo la Ley de Sociedades Comerciales una auditoría contable de su parte.

En definitiva, la casuística es tan amplia que no se condice con la estructura de una ponencia.

Pero todo ello sirve de ejemplo para señalar las dificultades que enfrenta una declaración de inoponibilidad seria y debidamente fundada en los términos del subsistema de derecho societario.

A modo de conclusión, uno de los ministros de la Corte Suprema de Justicia, el Dr. Lorenzetti, ha introducido un recaudo no exigido, en principio, por la normativa societaria a los efectos de la procedencia de la inoponibilidad de la personalidad jurídica societaria: *que el sujeto de derecho se encuentre en estado de insolvencia*³.

Tal doctrina despertó fuertes críticas, a las cuales nos hemos adherido oportunamente.

Insolvencia e infracapitalización material no son sinónimos. La insolvencia no es consecuencia necesaria de la ausencia de patrimonio coherente con el giro social. Puede surgir, por ejemplo, de situaciones de iliquidez derivadas de externalidades macroeconómicas.

³ Los fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, 28 de mayo de 2008, "Funes, Alejandra Patricia contra Clínica Modelo Los Cedros S.A. y otro"; Corte Suprema de Justicia de la Nación, 26 de febrero de 2008, "Ventura, Guillermo Salvador contra Organización de Remises Universal S.R.L. y otros"; y Corte Suprema de Justicia de la Nación, 29 de mayo de 2007, "Daverede, Ana M. contra Mediconex S.A. y otros".

Sólo cuando los socios generaron los incentivos para actuar en el mercado sin asumir los riesgos que justifican la limitación de su responsabilidad, trasladando de ese modo los efectos negativos de tal actuación hacia terceros de buena fe, queda configurado un presupuesto de antijuridicidad contenido en la norma societaria, que habilita, en tanto se cumplan los restantes recaudos, una declaración de inoponibilidad.