

SUBCAPITALIZACIÓN Y QUIEBRA DE LA SOCIEDAD

ARIEL A. GERMÁN MACAGNO

PONENCIA

Nuestra propuesta tiene por meta determinar que el fenómeno de la infracapitalización en el marco de un proceso concursal, no debe quedar impune.

En este sentido, estimamos que los miembros de una sociedad fallida subcapitalizada deberán responder ilimitadamente con su peculio personal hasta alcanzar equiparar la cifra patrimonial del contravalor capital (patrimonio social), con el capital social, o bien, responder por la diferencia entre el capital efectivamente aportado y el que resulta necesario para desarrollar el objeto social, fundando nuestra tesitura en el deber que pesa sobre los socios de soportar las pérdidas irrogadas durante la vida del ente.

1. SUCINTA RESEÑA SOBRE LA DIFERENCIA ENTRE LAS NOCIONES DE CAPITAL Y PATRIMONIO SOCIAL

Debemos seguir considerando al capital social dentro de los elementos esenciales que conforman cualquiera de los tipos societarios previstos por la ley, fundamentalmente aquellos donde se limita la responsabilidad de los socios a las cuotas o acciones suscritas, y no

como un mero cartabón devenido en abstracto, por las influencias desbastadoras de la globalización que caracteriza la vida socio - económica de esta última década¹.

El capital social debe ser analizado atendiendo a la función que lo caracteriza, cual es, de garantía respecto a los terceros² -en especial en las sociedades de capital- permitiendo a estos conocer los bienes con que la sociedad cuenta para afrontar sus obligaciones.

No constituye la prenda común de los acreedores, función que califica al patrimonio, atributo de todo sujeto de derecho.

Resulta necesario señalar, que la cifra que nos brinda el capital permite medir la solvencia del ente al momento de su constitución y la posibilidad de cumplir con el objeto social, pero de ninguna manera frente a terceros y una vez que el ente colectivo inició su giro comercial, rol que cumple indefectiblemente el patrimonio social³.

Lo afirmado no atenta contra la importancia del capital -en especial- respecto de terceros, por el contrario -como aseveramos- esta cifra resulta imprescindible y debe ser tenida en cuenta por aquellos, no sólo como sinónimo de garantía, sino que además existe el deber de cada uno de los socios de mantenerla, evitando que se frustren los derechos de quienes contraten con la sociedad⁴.

A los fines de dar cumplimiento a la precitada obligación, cada uno de aquellos debería dotar a la sociedad de fondos suficientes para evitar que durante la vida de la sociedad se licue su capital social.

Nuestra legislación no contempla una norma de carácter general para asegurar la garantía que cumple el capital social, lo que en la práctica a llevado a la constitución de sociedades -en especial las que limitan la responsabilidad de los socios- como instrumentos de fraudes o abusos en perjuicio de terceros.

¹ Resulta útil resaltar las palabras del Maestro Ascarelli, en el sentido de que el jurista no puede mantenerse extraño a la realidad económica ni tampoco a las exigencias de la realidad social.

² Nissen nos pone de manifiesto que el capital social se presenta como una cifra permanente en la contabilidad de la sociedad que indica a los terceros con que cifra responderá el ente frente a esos terceros por las deudas de la sociedad. NISSEN, Ricardo A., *Curso de derecho societario*, año 1998, Edit. Ad Hoc, pág. 398.

³ "Con relación a los acreedores, si bien se reconoce hoy que la mayor garantía es el patrimonio social, como éste es variable, solo le sirve de garantía inmutable la cifra del capital, ya que es una cifra de retención que obliga a mantener una masa de bienes en el patrimonio". ARAYA, M. C., *Repensar la noción de capital*, Derecho Societario Argentino e Iberoamericano, T. II Edit. Ad Hoc, 1995, págs. 279 y ss.

⁴ Como bien señala Garriguez -en torno a la significación que debe atribuirse a la determinación de la cifra capital en el contrato constitutivo- "la declaración de que los socios han aportado u ofrecido aportar un conjunto de bienes -patrimonio- equivalente a esa cifra y que la sociedad asume la obligación de conservar en interés de los acreedores un patrimonio igual, por lo menos, a la cuantía del capital.

Por otro lado, la cifra capital y patrimonio solo resulta asimilable al tiempo de la constitución de la sociedad, sufriendo este último - a partir de tal momento- las variaciones propias de todo emprendimiento empresarial.

El capital de la sociedad⁵ se exterioriza a través de una cifra de valor nominal que -en principio- se mantiene constante e invariable, desvinculada del incremento o disminución de su valuación económica.

Actúa como cifra de retención o medida, por debajo de la cual el patrimonio no debe fluctuar, además se encuentra estructurado por una serie de principios rectores -seriedad, intangibilidad y efectividad- que refuerzan la idea de capital social entendido como garantía de los terceros respecto de las obligaciones asumidas por el ente, en otras palabras, determina -respecto de aquellos- la certeza de existir siempre el contravalor patrimonial de la cifra capital⁶.

Del concepto de sociedad contemplado en el art. 1 de la L.S., surge prístino que los socios se obligan a realizar aportes para aplicarlos a la producción e intercambio de bienes o servicios, participando de los beneficios y soportando las pérdidas.

Actividades que quedan plasmadas en el estatuto social mediante la designación de su objeto⁷, que como lo contempla el art. 11 inc. 3 L.S. debe ser preciso y determinado, a lo que debe adicionarse los recaudos exigidos para el objeto de cualquier acto jurídico -art. 953 C.C.-.

Destacamos, que el capital social debe guardar necesariamente una adecuada relación de proporcionalidad con el objeto, toda vez, que se constituyó con los aportes de cada socio, ordenados a la consecución de dicho fin⁸.

En definitiva, el capital social resulta ser una cifra que indefectiblemente debe perdurar durante la vida del ente y servir de garantía a los terceros, respecto de las obligaciones asumidas por la sociedad, atento las prerrogativas con que cuentan los socios, en cuanto a la

⁵ El capital social constituye -a diferencia del patrimonio- un componente técnico exclusivo del derecho de sociedades... elemento fundamental que está en relación con todo el ordenamiento legal de éstas. COLOMBRES, Gervacio -Curso de derecho societario- Parte general, año 1966, Edit. Abeledo-Perrot, págs. 134 y ss.

⁶ BUTTY, Enrique M. -Responsabilidad de los socios por la disminución del efectivo contravalor de la cifra expresiva del capital- Derecho Societario Argentino e Iberoamericano, año 1996, Edit., Ad-Hoc.

⁷ Se lo define como la actividad económica en vista de la cual se estipula en contrato, y a través de él, el organismo societario se manifiesta y desenvuelve. NISSEN, Ricardo A. -Ley de Sociedades Comerciales-, T. I, año 1995, Edit. Abaco, pág. 158.

⁸ HALPERÍN, I. -Curso de Derecho Comercial-, T. I, año 1980, pág. 231.

exoneración de sus patrimonios personales en aquellos tipos sociales donde su responsabilidad se limita a la integración de sus prestaciones.

A esto, debe adicionarse la necesidad de suficiencia⁹ que debe revestir aquél para llevar adelante la actividad propia del objeto social.

De resultar insuficiente, conduciría a la sociedad al estado de liquidación por imposibilidad de cumplimiento del objeto, sin perjuicio de la responsabilidad que acarrearán los socios por su incumplimiento.

2. LA QUIEBRA DE LA SOCIEDAD Y SU INFRACAPITALIZACIÓN

Incursionando en el ámbito del derecho concursal y sin dejar de reconocer los diversos matices que plantea la infracapitalización¹⁰, los principales efectos que operan -como consecuencia de la declaración falencial- pueden evidenciarse en mayor proporción frente al acuerdo plurilateral de organización por medio del cual se estructura la sociedad.

Los conflictos que suelen sucederse al tiempo que opera la falencia societaria, no escapan a la normativa propia de la materia que estamos analizando.

Existen normas tendientes a mantener no sólo la integridad del patrimonio del ente, resguardando a los acreedores, sino que además están dirigidas a conservar la intangibilidad del capital social.

Así, tenemos el art. 149 L.C.Q. que impone el reintegro al curso de todo lo percibido por los socios con motivo del ejercicio del derecho de receso, cuando la sociedad ya se encontraba en estado de cesación de pagos; o el art. 150 íd., que torna exigible -una vez declarada la quiebra- los aportes no integrados por los socios.

En torno a estas directrices normativas debemos buscar la solución al problema de la infracapitalización de una sociedad cuya quiebra ha sido declarada.

⁹ "...un capital social desproporcionadamente reducido en su magnitud determinará la imposibilidad ex origine de cumplir el objeto, que debe, por esencia, ser fácticamente posible..." "Ve-ca Constructora S.R.L." Fallo del Dr. Butty LL. 1980-D, págs. 464 y ss.

¹⁰ la infracapitalización presenta diversos aspectos pero relacionados entre sí, estos son, la necesidad para la constitución de la sociedad de un capital adecuado, o por lo menos, no manifiestamente inadecuado al objeto estatutario o real o el tratamiento de reservas en caso de infracapitalización -formal- si en ausencia del capital adecuado, tales préstamos son libremente reembolsables a los socios, y si éstos, en caso de insolvencia de la sociedad, son tratados a la par de los otros acreedores. PORTALE, G. y COSTA, C. -*Capitale sociale e società per azioni sottocapitalizzate: le nuove tendenze nei paesi europei*-.

La intención del legislador -consideramos- va mas allá del propio texto de la norma¹¹, y más si hacemos una interpretación amplia e integradora con las demás instituciones del derecho concursal y societario.

Notamos, que el problema de los aportes sociales adeudados al tiempo de la apertura de la quiebra, es de tanta importancia como el ejercicio de derecho de receso -al que hicimos alusión precedentemente- pues, en uno y otro caso, está en juego la integridad del capital y la responsabilidad de los socios frente a los acreedores.

Si bien el fundamento surge de la propia Exposición de motivos de la ley concursal¹², éste, radica en que, así como los débitos pecuniarios del fallido se consideran vencidos como efecto directo de la falencia, análogamente puede ser anticipados el vencimiento de los débitos de los socios para con la sociedad fallida, en incremento de la masa activa.

Esto, visto desde cualquiera de las formas en que puede presentarse la infracapitalización¹³, parecería inaplicable.

Pero por el principio de que, "...quien puede lo más, puede lo menos..." si a los socios les es exigido el aporte adeudado -ipso iure- con la apertura de la falencia, mas aun -entendemos- que deben responsabilizarse por las irregularidades o deficiencias que pueden sucederse en torno al capital social, más aun cuando por imperio de ley son ellos mismos quienes deben soportar las pérdidas de la sociedad.

Los socios -frente a un supuesto de infracapitalización- deben responder ilimitadamente (no solidariamente) hasta alcanzar el equilibrio del contravalor patrimonial de la cifra capital -patrimonio- cuando ha caído por debajo de la cifra capital, o por la diferencia que pudiera llegar a existir, de haberse configurado un capital insuficiente para dar

¹¹ Como bien señala Escuti, la investigación jurídica necesaria para aplicar la ley, debe concentrarse en los grandes principios reguladores de la materia, en las directrices lógicas y teleológicas de las instituciones, en sus notas fundamentales, teniendo en cuenta que las normas tienden a satisfacer necesidades y que han de interpretarse en el sentido que mejor las satisfagan. ESCUTI, Ignacio A. -*Receso, Exclusión y Muerte del Socio*-, año 1978, Edit. Depalma.

¹² Exposición de Motivos de la Ley Concursal 19.551 "hacer inmediatamente exigible los aportes se compadece con la necesidad de agilizar los trámites del concurso, con la efectiva responsabilidad de los socios hasta el monto de sus aportes y con la disolución de la sociedad..."

¹³ Nissen inteligentemente hace notar que si se parte de la idea que el beneficio de la limitación patrimonial de que gozan los accionistas cobra sentido cuando el capital es proporcional al nivel de gastos o al pasivo, no debe sorprender a nadie que legislativamente se imponga a las sociedades anónimas la necesidad de contar con un capital adecuado a esos gastos, con la consiguiente obligación de los socios o accionistas de efectuar los desembolsos que sean necesarios para alcanzar tales topes, respondiendo en caso de infracapitalización en forma solidaria e ilimitadamente. NISSEN, Ricardo A. -*Curso de Derecho Societario*-, año 1998, Ad-Hoc, pág. 55.

cumplimiento al objeto social.

En otras palabras, los socios deberán responder por la diferencia entre el capital efectivamente aportado y el que hubiera sido realmente necesario para desarrollar la actividad contenida en el objeto¹⁴.

Siguiendo a nuestro estimado profesor Butty, y que sirve para reforzar lo que hasta ahora venimos proponiendo, el hecho que los socios respondan hasta la reintegración o por la diferencia hasta lograr la adecuación a que hacíamos referencia, es una situación que guarda analogía marcadamente próxima con la falta de integración de los aportes al momento de la constitución del ente.

Además -y como lo expresáramos precedentemente- creemos encontrar el verdadero fundamento en el art. 1 de la L.S., toda vez, que claramente contempla que así como los socios participan de las ganancias, en la misma medida deben soportar las pérdidas, siendo perfectamente admisible la responsabilidad que venimos propugnando.

El juez del concurso, debe una vez iniciado el procedimiento de recuperación -que puede ser vía incidental- atendiendo a las circunstancias de cada caso, decretar de inmediato las medidas cautelares necesarias para asegurar el cobro, cuando no se trate de socios ilimitadamente responsables.

Creemos, que podrá embargar a cada socio la cuota parte que le corresponde en cada uno de los supuestos mencionados precedentemente.

Sin perjuicio de lo anterior, el Funcionario concursal, deberá al emitir el informe que prescribe el art. 39 de la Ley Concursal, informar si los socios realizaron regularmente sus aportes y si existe responsabilidad patrimonial que se les pueda imputar por su actuación en tal carácter.

Y una vez más, a través de una interpretación amplia y analógica con el supuesto de integración de los aportes al momento de la constitución del sujeto de derecho sociedad, como por el deber que determina la ley "soportar las pérdidas", debe denunciar y responsabilizar a los socios frente a los supuestos de infracapitalización que ve-

¹⁴ No podemos dejar de destacar -a nuestro humilde entender- el aporte de las Dras. Badolá y Jelonche, que sirvieron de motivación para el desarrollo de este trabajo. Claramente hacen responsables a los socios -frente a la masa concursal- hasta la integración de la diferencia entre el capital efectivamente aportado y el necesario para llevar adelante el desarrollo de la concreta actividad emprendida. BADOLÁ, 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, año 1997, Edit. Ad-Hoc, págs. 351 y ss.

nimos examinando, no limitándose -su función- a la interpretación tradicional de la norma in examine, esto es, integración y valuación de los aportes.

3. CONCLUSIÓN

La infracapitalización en sus diversos matices resulta plenamente sancionable frente al estado falencial de la sociedad.

La normativa concursal y la societaria, nos brindan un abanico de posibilidades que tienen por objetivo primordial -aun en forma implícita- la protección del patrimonio en resguardo de los acreedores y conservación de la intangibilidad del capital social.

En la quiebra, los acreedores sólo se satisfacen agrediendo el patrimonio del ente, siendo este el que responde por las obligaciones asumidas y si bien es equitativo que cuando resulta insuficiente para satisfacer lo adeudado, la ley prevé, que al menos los socios integren la parte del capital a la que se comprometieron; más aun -estimamos ajustado a derecho- cuando existen supuestos de infracapitalización.

Ante un supuesto de esta naturaleza, los socios deberán responder ilimitadamente hasta alcanzar la equiparación de la cifra patrimonial del contravalor capital, con la cifra capital social o responder por la diferencia entre el capital efectivamente aportado y que resulta necesario para desarrollar el objeto social; fundado en el deber que pesa sobre los socios de soportar las pérdidas irrogadas durante la vida del ente.