

## RESPONSABILIDAD DE LOS DIRECTORES Y ADMINISTRADORES POR LA INFRACAPITALIZACIÓN

ROBERTO DAVID KROCHIK

### CAPITAL SOCIAL Y PATRIMONIO. RELACIONES.

Dentro de los elementos que caracterizan a las sociedades, sin lugar a dudas el capital social es uno de los esenciales que conforman cualquiera de los tipos societarios previstos por la ley, principalmente en aquellas sociedades donde se limita la responsabilidad de los socios al valor de las cuotas sociales o acciones suscriptas.

El *capital social* está constituido inicialmente por los aportes de bienes de los socios y durante la vida de la sociedad permanece inalterado -excepto los aumentos de capital-, figurando en el balance como una cuenta invariada en el pasivo social (pasivo nominal). En cambio, el *patrimonio social* es el conjunto del haber y deber social, es decir, el activo y el pasivo social, tal como ocurre con el patrimonio de las personas físicas. El activo neto es la diferencia entre ambos rubros.

La importancia del capital social está dado por las *funciones* que lo caracterizan, entre las cuales se encuentra la de *constituir la garantía patrimonial respecto a los terceros* -en especial en las sociedades de capital donde los socios responden en forma limitada-, permitiendo a estos conocer los bienes con los que la sociedad cuenta para afrontar sus obligaciones.

La cifra que nos brinda el capital nos permite medir la solvencia del ente jurídico al momento de su constitución, y según una interpretación doctrinaria moderna que ve en dicho elemento una **función de productividad**, también el capital social nominal **nos indicaría la posibilidad de cumplir el objeto social propuesto por los socios**.

Siguiendo la doctrina, uno de los principios fundamentales del capital social es el de **intangibilidad, invariabilidad o inviolabilidad**, entendiéndose por tal “ la relación necesaria e inviolable que debe existir entre el patrimonio y el valor nominal del capital suscrito destinada a establecer un paralelismo o equivalencia entre ellos, que solamente puede alterarse en sentido favorable al patrimonio”<sup>1</sup>.

A ello se agrega, que la intangibilidad implica “*la equivalencia entre el valor de integración y el valor nominal del capital suscrito, la correcta valuación de los aportes en especie, la prohibición de distribución a los socios de las ganancias habidas en el ejercicio, prohibición de distribución de dividendos provisionales, entre otros*. La relación entre capital y patrimonio, en que la intangibilidad de capital consiste, además de garantizar la solidez de éste, mide su deterioro. Tal medición la cumple el valor constante comprometido por la cifra parámetro capital suscrito”<sup>2</sup>.

## **INFRACAPITALIZACION. CONCEPTO Y CLASES**

Durante el desarrollo de la vida societaria, *la cifra del valor real que resulta del patrimonio neto puede resultar inferior o estar por debajo de la cifra asignada al capital social suscrito por los socios, situación que la doctrina ha calificado como subcapitalización técnica*.

Por el contrario, *si la cifra del capital suscrito originariamente por los socios conforme a la ley de sociedades comerciales resulta insuficiente para la consecución del objeto social propuesto y convenido por los socios al formalizarse el contrato constitutivo del ente jurídico en virtud de criterios económicos que posteriormente analizaremos, nos encontramos frente a la llamada subcapitalización funcional*.

La misma, supone *analizar la relación entre los fondos aporta-*

<sup>1</sup> COLOMBRES Gervasio R.; “Curso de derecho Societario - Parte General”, Editorial Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1964, pag. 137 y 138..

<sup>2</sup> LUENGO Diego Gerardo , “Responsabilidad de los administradores por afectación al principio de intangibilidad. Sus posibles consecuencias”, en VII Congreso Argentino de Derecho Societario y III Congreso Iberoamericano de derecho Societario y de la Empresa – La Sociedad Comercial ante el tercer Milenio - TOMO II, pag. 302. \* Aclaremos que la prohibición de distribución de dividendos provisionales no rige en las sociedades comprendidas en el art. 299 L.S.C

*dos por los socios al momento del nacimiento de la sociedad, con la concreta actividad propuesta por los mismos, presentándose cuando existe un desfase notorio y evidente entre el capital social y el capital real (fondos suficientes para lograr la consecución del objeto social).*

A su vez, *la doctrina ha clasificado la subcapitalización funcional* en:

- **subcapitalización nominal o formal:** se da cuando la sociedad obtiene fondos ajenos o créditos para cubrir necesidades de fondos propios, esto es cuando el financiamiento debería un verdadero autofinanciamiento y en realidad no lo es.
- **subcapitalización material o sustancial:** cuando la sociedad carece tanto de fondos propios como de fondos ajenos.

La determinación y/o aparición de *la denominada infracapitalización no solo es factible al momento de la constitución de la sociedad (lo que podría denominarse infracapitalización funcional), sino que la misma puede darse durante toda la vida del ente societario*, como puede ser por ejemplo la aparición de la subcapitalización técnica y/o el mantenimiento de la subcapitalización funcional durante la vida de la sociedad sin que los socios adecuen el monto del capital social al objeto del mismo.

## ANÁLISIS DE LA SUBCAPITALIZACIÓN FUNCIONAL MATERIAL

En este primer punto, el problema que trataremos de resolver es *si en nuestra legislación vigente existe algún tipo de relación entre el capital social y el objeto social, y si en verdad existe, cuales son las consecuencias o implicancias de la misma.*

Para ello es necesario inicialmente dar un somero concepto de los dos elementos en cuestión, de los cuales se puede afirmar que:

“Por *objeto social* entendemos la concreta actividad económica que los socios acuerdan realizar en común, al estipular el contrato de sociedad o posteriormente por modificación de este. Por actividad ha de entenderse una serie de actos coordinables entre sí con relación a una común finalidad. Pero lo que hace el objeto es describir un género de explotación, un proceso productivo de bienes o servicios, sin que importe cuales actos serán cumplidos “coordinadamente” para llevarlos a cabo”.<sup>3</sup>

“El **capital social** ha sido caracterizado por Vivante (Traité de

<sup>3</sup> JELONCHE Edgar I., La Ley, Año 1980, Tomo “B”.

droit commercial, París, 1911, t II, p. 267) 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. Su concepto se extrae por confrontación con la noción de patrimonio social; así el capital social se traduce a una cifra representativa del valor de los aportes (en especie y/o en dinero) efectuados por todos los socios y es, por tanto el que figura en el contrato constitutivo, debiéndose inscribir con él, permaneciendo invariable a lo largo de la gestión social salvo modificación del mismo de acuerdo a las disposiciones legales. En cambio el patrimonio social por representar el conjunto de todos los bienes y de las deudas de la sociedad, es esencialmente mutable a tenor de las contingencias de los negocios sociales; por ello se lo califica como una existencia de hecho”<sup>4</sup>.

Partiendo pues de una concepción ideal, en el momento de la constitución de la sociedad, *el patrimonio se corresponde con la cifra numérica representativa de esos aportes, pero una vez iniciada la gestión de la empresa, mientras el patrimonio variará en forma positiva o negativa 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.*

**Constituyen principios rectores del mismo la seriedad, intangibilidad y efectividad, además de cumplir una función de garantía con relación a los terceros. El capital social cumple o desarrolla una función de PRODUCTIVIDAD.**

La anterior es una función de contenido naturalmente económico. Coincide con la noción del instituto en su aspecto de fondo patrimonial empleado en el giro empresarial con el objeto de obtener beneficios. *Los socios efectúan sus aportes con el ánimo de proveer a la sociedad de los recursos materiales necesarios para la consecución de su objeto.*

Según estas ideas, *la lógica intrínseca de este aspecto funcional del capital indica que el monto del mismo debería guardar una razonable relación con el emprendimiento al cual se abocará la sociedad.* Así, el capital que desde un punto de vista macroeconómico constituye uno de los factores de la producción clásicamente considerados, es trasladado por la doctrina tradicional al plano de la microeconomía empresarial con idéntico sentido funcional, sirviendo al cumplimiento del objeto societario en su aspecto material.

<sup>4</sup> ZUNINO Jorge Osvaldo, “*Régimen de Sociedades Comerciales*”, Editorial Astrea, 16<sup>a</sup> edición actualizada y ampliada.

Podemos afirmar por lo tanto, que **en virtud o con fundamento en esta función que debe cumplir, debe existir una necesaria correspondencia entre el capital social aportado por los socios y/o accionistas y el objeto social de la sociedad.**

**Esta relación existente entre el objeto social y el capital social no surge expresa o explícitamente de norma jurídica societaria alguna, solo es inferida del análisis coherente e integral de dicha normativa.**

Esta función de productividad ha sido destacada por el Dr. Ricardo Olivera García quien dice:

“La función de productividad alude a que el capital social tiene como misión básica servir de fondo patrimonial para la obtención de beneficios mediante una determinada actividad empresarial. Esto determina que gran parte de la doctrina afirma que en *las sociedades anónimas y en las sociedades de responsabilidad limitada, deberá necesariamente existir una relación proporcional mínima entre el objeto que la sociedad se propone desarrollar y los recursos aportados por los socios*. La insuficiencia de capital para el desarrollo del objeto social propuesto se llama infracapitalización o subcapitalización. Esta consiste tanto en el aporte de recursos insuficientes para el desarrollo del objeto propuesto (material), como su aporte como pasivo no formando parte del capital social (nominal).”<sup>5</sup>

A partir de lo analizado precedentemente, surgen algunos interrogantes que trataré de dilucidar de una u otra manera ante la carencia de una regulación legal expresa:

- ¿Cuál es el capital social que los socios deben aportar para constituir una sociedad de capital?
- ¿Existen criterios científicos que nos permiten dar pautas para cuantificar el capital mínimo requerido para constituir ab-initio una sociedad que en su desarrollo posterior sea viable económicamente de acuerdo a la actividad propuesta por las partes, sin perjuicio de la posibilidad de la insolvencia por causas o factores ajenos a la misma?
- ¿Quién es el sujeto de derecho tutelado cuando se exige un capital razonable, adecuado y proporcional al objeto social pretendido?

Estos problemas que se presentan en nuestra legislación vigente, también han surgido en el *Derecho Comparado*.

A modo de referencia, podría señalarse que, algunos regímenes jurídicos han buscado de *un modo parcial e imperfecto* superar el pro-

<sup>5</sup> OLIVERA García Ricardo, “La crisis del Concepto de Capital Social”, Revista del Derecho Comercial y de las Obligaciones N° 181, Editorial Depalma.

blema de la infracapitalización mediante el *establecimiento de un capital mínimo para la constitución de las sociedades anónimas*. Este es el caso de Alemania, Dinamarca, Egipto, Honduras, Italia, Líbano, México, Noruega, Polonia, Siria, Suecia, Suiza, algunos estados de E.E.U.U., Uruguay, etc.

El Derecho Español ha seguido el mismo camino, ya que: "La sociedad anónima tiene que tener un capital que no puede ser inferior a \$ 10.000.000 de pesetas (art. 4 L.S.A) dividido en acciones. *Como no existe regla legal de adecuación del capital al objeto social, pueden constituirse sociedades anónimas con ese capital mínimo cualquiera que sea la actividad que integren dicho objeto, salvo, naturalmente, que la legislación especial (sociedades bancarias, de seguros, inversión, mobiliaria, etc.) exija un capital mínimo superior*".<sup>6</sup>

Se ha sostenido que *esta imposición de un capital mínimo general para las anónimas trae aparejado como implicancia negativa la renuncia a exigir una correcta capitalización de la sociedad como requisito sustantivo de constitución*.

Además, podríamos efectuarle a dicho requisito legal las siguientes críticas:

1. Como la ley no distingue ni establece categorías de actividades económicas, diferenciando entre las mismas el capital social mínimo requerido que se debe aportar en cada caso para obtener la constitución de la sociedad, *parecería que en principio, basta con que los socios aporten el capital mínimo exigido, cualquiera sea la actividad, magnitud o importancia de la misma que quieran emprender*.
2. Otro problema que presenta está relacionado con *el fenómeno de la inflación*, tan frecuente en nuestra economía, que trae como consecuencia *el desajuste inmediato entre el valor nominal establecido en la ley y el valor real (ajustado por el índice de inflación respectivo) del capital que debería ser aportado como consecuencia de la actualización monetaria*.
3. A su vez, propugnar un monto mínimo para el capital inicial para todas las sociedades por igual sin hacer ningún tipo de distinción entre las mismas, tal como sucede en varios países, *encierra el peligro de prohibición de las denominadas sociedades anónimas de familia o cerradas*, cuyos miembros quedarían imposibilitados de utilizar este tipo social por el solo hecho de no haber reunido el

<sup>6</sup> ROJO Angel, "Consideraciones sobre la función de garantía del capital de la sociedad anónima en el Derecho Español", Revista del derecho Comercial y de las Obligaciones, Editorial Depalma, N° 181, Enero- Marzo 1.998.

mínimo legal exigido (que por otro lado puede ser que en un momento determinado ese mínimo legal sea cuantitativamente elevado, ya que dicho valor queda librado a la discrecionalidad del P.E.).

*En nuestra legislación societaria vigente se nos presentan los mismos problemas que en el derecho comparado, atendiendo que el art. 186 ha optado por exigir actualmente como capital social mínimo la suma de pesos doce mil (\$12.000) para cualquier sociedad anónima que se quiera constituir regularmente en nuestro territorio, sin que la normativa efectúe distinción en cuanto a la actividad a desarrollar o la magnitud de la misma. Dicho valor mínimo puede ser reactualizado por el Poder Ejecutivo cada vez que este lo considere necesario.*

Coincidiendo con lo expresado por el Dr. Hernán Verly, podemos decir que:

“La ley no parece preocuparse demasiado por la coincidencia entre el monto del capital y el objeto social. *El ordenamiento general prescinde de toda previsión normativa general destinada a regular la eventual adecuación de las cifras de capital a la naturaleza del negocio empresario objeto de la sociedad* (sí bien algunas leyes especiales requieren para ciertas sociedades que exploten determinadas actividades, un capital mínimo diferenciado del exigido por el régimen general, parece dudoso que tal requerimiento provenga estrictamente de una apreciación del legislador del capital social como factor productivo). Más bien parece estar orientado a alcanzar ciertos coeficientes de solvencia que hacen a la función de garantía y no de productividad”<sup>7</sup>.

Ante la ausencia de norma positiva expresa, pregunto:

*¿Significa que en nuestro derecho positivo vigente, puede constituirse una sociedad anónima cualquiera sea su objeto con el simple hecho de que los socios aporten el capital mínimo legal?*

*Entiendo que la respuesta debe ser contundentemente negativa, ya que a pesar de la carencia de norma en tal sentido, siempre debe existir una razonable adecuación entre el capital social y la actividad económica material y concreta que los socios quieran emprender.* Los intentos de constituir sociedades anónimas sin el capital adecuado no pueden ser admitidos, porque aparecen desprovistas de seriedad y *en fraude a los terceros que contraten de buena fe con la misma.*

<sup>7</sup> VERLY Hernán, “Apuntes para una revisión del concepto de Capital social”, La Ley, año 1997, tomo “A”, pag.757.

*A pesar de que esta exigencia de adecuación no es exigida por la ley de fondo, la autoridad de contralor se ha sentido en la necesidad de hacer explícita dicha relación, a partir de una interpretación y aplicación armoniosa, coherente y finalista de la ley societaria.*

Se postula por la doctrina el **principio de seriedad del capital social en función del objeto social perseguido**. Empero, *la definición capital serio tiene una zona de vaguedad en su campo de referencia, no existiendo criterios legales que nos permitan determinar en cada caso concreto, cuál es el capital que se requiere aportar para la consecución de dicho objeto social.*

A partir de esta insuficiencia normativa, creo que *las pautas o criterios* que se deben tener en cuenta al momento de la constitución para comprobar si existe o no relación de proporcionalidad entre el capital aportado y el objeto social pretendido, *deben provenir de las ciencias económicas, ya que se debería hacer un estudio en concreto teniendo en cuenta cuales son los recursos con que contará la futura sociedad, y a partir de los mismos poder dar una conclusión de carácter científico, acerca de la viabilidad o no de la sociedad.*

*Dicho estudio económico podría concretarse en la práctica mediante un dictamen de Contador Público Nacional y/o Licenciado en Administración o materias afines, que debería exigir la autoridad de contralor de las sociedades comerciales, en forma similar a la valuación de aportes de bienes no dinerarios en las sociedades de capital.*

Dejar librado dicha apreciación como actualmente ocurre, a la Inspección General de Justicia o al Juez de Registro, para que los mismos aprécien y comprueben dicha adecuación según las circunstancias concretas del caso, *trae aparejado la cuasi-inexistencia de control estatal alguno, con el consiguiente potencial daño a los terceros* que en definitiva son los más perjudicados en caso de una hipotética insolvencia de la sociedad infracapitalizada ex-origine.

En la jurisprudencia podemos reseñar como trascendental en relación al tema tratado, el **fallo del Dr. Enrique Butty** quien hace más de dos décadas se refería a este tema diciendo:

- “Si el objeto social define el conjunto de actividades que los socios se proponen cumplir bajo el nombre social, guarda entonces relación de necesaria proporción con el capital en tanto que conjunto de aportes de los socios, ordenados a la consecución de dicho fin, de lo que se sigue **que un capital desproporcionadamente reducido en su magnitud, determinará la imposibilidad “ex origine” de cumplir el objeto que debe, por esencia, ser fácticamente posible conforme al art. 953 del C.C.**
- Frente al irrisorio capital pactado de la sociedad que se pretende



inscribir, con relación al objeto fijado para el acto, aun cuando el decurso posterior de la vida societaria determinará el desdoblamiento de los rubros capital y patrimonio no coincidentes, con el mas 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 legalidad de la constitución social** (art. 6, ley 19.550), en cuyo momento capital y patrimonio coinciden. **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. 4, ley 19.550) y tiene obvio sentido instrumental en tanto la legislación como medio político prescriptivo, no se agota en sí misma.

- ...., **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 tener disvaliosas consecuencias.**<sup>8</sup>

Un *segundo problema que nos presenta la infracapitalización funcional*, cuya dilucidación es aun más difícil y por ende, más discutible la solución y/o soluciones a las que se puede arribar, es la siguiente:

*Supongamos el siguiente caso hipotético:* una sociedad anónima es inscrita en el Registro Público de Comercio, cumpliendo con todos los requisitos legalmente exigibles, pero con posterioridad y durante el transcurso de su actuación, por cualquier circunstancia se comprueba que en realidad la misma puede ser subsumida en la categoría antes expuesta de infracapitalización funcional, ya que luego de un análisis en concreto se advierte que el capital aportado no se adecuaba al objeto propuesto por las partes del mismo. Ante estos hechos:

- ¿Cuál es la conducta que deben adoptar los accionistas y/o administradores de dicha sociedad?
- ¿Existe algún tipo de responsabilidad de los directores de la S.A. y/o de los accionistas por dicha infracapitalización funcional?
- ¿Qué derechos subjetivos tienen los terceros acreedores de dicha

<sup>8</sup> La Ley, Año 1980, Tomo "D", pag. 464.

sociedad infracapitalizada en caso de insolvencia de la misma? ¿ Pueden demandar por responsabilidad civil a los accionistas y/o administradores de dicha sociedad anónima?

- ¿ Existe algún tipo y/o especie de responsabilidad estatal por incumplimiento del deber de control de legalidad en la constitución de dicha sociedad?

Sin duda alguna, podemos afirmar que *no existe una respuesta concreta y cierta a dichos interrogantes*. Podemos si dar pautas que nos ayudaran a brindar algunas soluciones y conclusiones al respecto:

- **Si los miembros del Directorio comprueban la existencia de infracapitalización funcional**, debido a que el capital social aportado por los socios no se adecua en el caso particular al objeto social, deben plantearse la posibilidad *de existir en dicha sociedad una de las causas de disolución establecidas en el art. 94 L.S.C.*, como lo es la **imposibilidad sobreviniente de consecución del objeto social para la cual se constituyó** - es cierto que en este caso la imposibilidad no es sobreviniente sino originaria, pero ello no excluye la aplicación analógica y extensiva de dicha causal de disolución-. Al no existir un capital adecuado al objeto pretendido, **debe convocarse en forma inminente por el Directorio - so pena de responsabilidad por los daños y perjuicios - a una asamblea extraordinaria** a los efectos de su tratamiento, la cual decidirá los caminos a seguir. Dicho órgano de gobierno podría decidir:
  - a) la disolución de la sociedad por imposibilidad de cumplimiento del objeto con el capital aportado,
  - b) *el cambio del objeto social, adecuándolo al capital aportado originariamente* (se daría en el caso una disminución de las actividades que puede desarrollar la sociedad con la consiguiente reducción de la capacidad de derecho de dicho ente jurídico en virtud del principio de especialidad),
  - c) *el aumento del capital social con el correlativo aporte de los socios*,
  - d) no obstante las anteriores posibilidades, *no cabe descartar que los accionistas decidan mantener la situación actual, sin realizar modificación alguna al capital y/o al objeto social*, sin perjuicio de una hipotética responsabilidad de los accionistas en caso de insolvencia de la sociedad, por el hecho de haber constituido una sociedad anónima infracapitalizada conforme a lo que más adelante expondré.
- **La responsabilidad de los miembros del Directorio por infracapitalización funcional, puede ser correctamente fundada en los arts. 59 y 274 de la ley de sociedades comerciales.** “La

exigencia impuesta a los administradores de actuar con el criterio de un buen hombre de negocios, el requerimiento de no actuar con abuso, dolo o la culpa grave es validamente aplicable en los supuestos de subcapitalización funcional – nominal y material-. No es posible que un director o administrador social actúe con lealtad, se conduzca como un buen hombre de negocios; resulte diligente en el manejo de su gestión, si no previene la infracapitalización o subcapitalización, toma las decisiones convenientes o necesarias para corregirla o superarla, ejecuta o hace ejecutar los actos adecuados a esa circunstancia, realiza, en definitiva, una administración eficiente y eficaz de los recursos sociales para el logro del objeto social, que incluye la administración de recursos sociales propios y ajenos (arts. 59 y 274 LSC)”<sup>9</sup>. **Dicha responsabilidad deriva no de una acción, sino de una omisión de actuar, entendida en el sentido de no convocar la asamblea extraordinaria a los fines de que esta resuelva la suerte de la sociedad conforme lo referido supra.** Dicha conducta de omisión constituye una violación a la ley societaria y a los deberes que pesan en todo administrador, ya que a pesar de que la L.S.C. no exige expresamente dicha adecuación entre el capital y el objeto, la misma es inferida de acuerdo a la interpretación armoniosa e integral de la ley de sociedades como así también en virtud de la función de productividad del capital social. Dicha responsabilidad de todos los miembros del Directorio es de carácter ilimitado y solidario hacia la sociedad, los accionistas y terceros, sin perjuicio de la aplicación de las reglas de exención de responsabilidad previstas en la segunda parte del art. 274 de la L.S.C. (me refiero por ejemplo al supuesto de que uno y/o algunos de los miembros del directorio haya/n estado de acuerdo en cuanto a la necesidad de convocar a una asamblea extraordinaria a los fines del tratamiento de la infracapitalización existente, y la resolución del directorio al respecto fuera negativa). Dejo aclarado que *dicha responsabilidad civil de los administradores propugnada para el caso en cuestión, debe ser interpretada con criterio restrictivo*, siendo necesaria la existencia de todos los elementos propios de la responsabilidad.

***El factor de atribución es subjetivo, siendo necesaria la prueba por el damnificado de la conducta activa y/o pasiva en forma dolosa o culposa de los miembros del directorio.***

“Para hacer extensiva la responsabilidad por la subcapitaliza-

---

<sup>9</sup> LUENGO Diego Gerardo, Ob. Cit.

ción es menester la *relación de causalidad entre la imposibilidad de pago y la insolvencia de la sociedad* (debidamente comprobada)... Dado que no existen –en algunos casos– normas objetivas sobre cual es el capital propio necesario para una actividad económica y ello impide una apreciación exacta, es imprescindible que la subcapitalización haya sido reconocible en el caso, lo que importa por lo menos una negligencia culpable de los socios y de los órganos sociales.”<sup>10</sup>

En cuanto a cual es el *daño que deben reparar* los miembros del directorio en caso de subcapitalización funcional, el mismo está dado por la *diferencia entre el capital social efectivamente aportado y el que hubiese sido realmente necesario para desarrollar la actividad contenida en el objeto*.

Disiento totalmente con la opinión de los Dres. Luengo y Manovil, quienes al respecto opinan que: “*si la violación del deber de una correcta dotación de capital trae como consecuencia dañosa la insolvencia, parece lógico que el socio responsable deba indemnizar ese daño, esto es, hasta cubrir la totalidad del pasivo social no satisfecho con el patrimonio de la sociedad fallida*. Tal responsabilidad es solidaria. Responden de esa manera, los socios que hubieran podido evitar la subcapitalización – dice Manovil – o por lo menos quienes pudieron haberla evitado. En tanto que si la subcapitalización es originaria, responden los socios fundadores....Las disposiciones de los arts. 2 y 54 primer y último párrafo L.S.C. dan basamento jurídico a las acciones de responsabilidad por subcapitalización”.<sup>11</sup>

*Mi opinión contraria se debe a que en el caso en particular, no existe ningún supuesto de extensión de quiebra según lo prescripto en el art. 161 de la L.C.Q. que pueda hacer responsables a los socios y/o administradores por todo el pasivo social, ni mucho menos que sea aplicable la tesis de la inoponibilidad de la personalidad jurídica contemplada en el art. 54 segunda parte de la ley N° 19.550.*

Citando la opinión del Dr. Germán Luis Ferrer, con él coincido en que:

*“...el último párrafo del artículo 54 de la L.S.C. citado trata el supuesto en el cual los socios o controlantes utilizan la actuación de la sociedad como instrumento idóneo para violar la ley, y no el supuesto en el cual la sociedad que persigue finalidad societaria, que realiza actos de comercio merced a los aportes de sus socios quienes lo hacen en miras a una utilidad, viola alguna disposición del orden jurídico. En este orden de ideas, hay muchas violaciones de la ley o*

<sup>10</sup> LUENGO Diego Gerardo, Ob. cit..

<sup>11</sup> LUENGO Diego Gerardo, Ob. cit..

*de obligaciones por parte de sociedades comerciales y no por ello corresponderá la desestimación de la personalidad jurídica en cada uno de estos casos... frente a un incumplimiento legal que eventualmente puede producir daños a un tercero, pero ese incumplimiento, esa actuación de la sociedad, no encuadra dentro del "tipo" legal previsto en el tercer párrafo del artículo 54, segundo supuesto (constituir un mero recurso para violar la ley)"<sup>12</sup>*

Conforme con dicha doctrina, *entiendo que la constitución de una sociedad anónima infracapitalizada no queda subsumida dentro de los alcances de la teoría de la desestimación de la personalidad societaria, cuya interpretación debe ser restrictiva. Es cierto que en la infracapitalización existe una violación y/o incumplimiento legal, pero nunca podemos entender que dicho ilícito cae dentro del ámbito de aplicación material del art. 54 párrafo tercero.*

La aplicación extensiva de esta doctrina de la *inoponibilidad atenta contra la misma Persona Jurídica*, y en el caso de las sociedades de capital *contra el fundamento mismo de ellas cual es la limitación de la responsabilidad de los socios a los aportes comprometidos*. Tal como lo señala Dobson: "Lentamente se ha ido introduciendo en los distintos regímenes jurídicos del continente europeo y latinoamericano la noción de que el muro de la responsabilidad limitada puede ser penetrado. No obstante, ello ha movido a la elevación de voces que claman por cautela, ante el evidente peligro que puede surgir para la responsabilidad limitada como sistema mismo, frente a estos embates"<sup>13</sup>. Para concluir el tema de la responsabilidad de los Directores por infracapitalización funcional, entiendo que la misma no existe en caso de que los mismos hayan convocado a la asamblea extraordinaria conforme a lo explicado supra, debido a que su conducta estaría justificada no existiendo reproche alguno hacia ellos. En tal supuesto, los únicos responsables por la infracapitalización serían los socios.

- Con relación a la *responsabilidad de los socios frente a los terceros* para el supuesto que la sociedad anónima este subsumida dentro de los términos de infracapitalización funcional, y la misma caiga en cesación de pagos, remito a lo que posteriormente se explicará para el fenómeno de la infracapitalización y la falencia so-

<sup>12</sup> FERRER Germán Luis, "La responsabilidad de los directores de sociedades anónimas y la inoponibilidad de la persona jurídica en la relación de empleo "en negro" (a propósito del caso "Duquelsy" y sus comentarios)", Revista de Derecho Privado y Comunitario - 2000-1 -, Sociedades Anónimas, Rubinzal - Culzoni Editores, pag. 212.

<sup>13</sup> DOBSON Juan M., "El abuso de la personalidad jurídica", Editorial Depalma, Buenos Aires, año 1985.

cial sobreviniente.

Solo quiero destacar, que en el supuesto de **que uno de los socios advierta la existencia de infracapitalización funcional** y el órgano de administración no convoque la asamblea respectiva por cualquier circunstancia o motivo, a los fines de evitar una posterior responsabilidad por daños, debería peticionar al directorio y/o al síndico – siempre cumpliendo con el requisito legal de reunir por lo menos el 5% del capital social – la convocatoria de dicha asamblea. Si recibida la solicitud de tales accionistas el directorio o él síndico omiten la convocatoria, ella podrá ser convocada por la autoridad de contralor o el juez competente.

- Por último, cabría analizar la posible **responsabilidad del Estado por incumplimiento de sus deberes como autoridad de contralor**, la cual debería regirse conforme a los principios y reglas específicas del Derecho Administrativo, que modifican el sistema de responsabilidad civil. Dicho análisis debido a la profundidad del mismo, queda pendiente para un futuro tratamiento, no siendo conveniente analizarlo en esta oportunidad. Lo mismo digo acerca de las facultades que tiene el Estado como órgano de fiscalización permanente o limitado de dichos tipos societarios, lo cual deberá ser ahondado su estudio en el futuro.

#### ANÁLISIS DE LA SUBCAPITALIZACIÓN TÉCNICA

Otro de los matices que nos presenta el tema de la infracapitalización está dado por la denominada subcapitalización técnica, es decir, *aquella que se produce como consecuencia de la pérdida del capital social con relación al patrimonio social, debido al desenvolvimiento de la sociedad luego de su constitución.*

En tal supuesto podemos afirmar que: “ En tutela no solo de la legalidad en la administración en general sino de evitar los efectos dañosos de una eventual descapitalización, la ley impone a los administradores el deber de reclamar las integraciones debidas a los socios, denunciar en la memoria y señalar en los estados contables en general toda situación que afecte al capital social, de prevenir distribuciones de utilidades que afecten la integridad del mismo, de preservar las reservas, de promover el reintegro o la reducción del capital o la disolución de la sociedad en su caso, etc.”<sup>14</sup>

Ante la pérdida del capital social por cualquier causa que fuere, le compete al directorio de la S.A. utilizar los mecanismos previstos

---

<sup>14</sup> LUENGO Diego Gerardo, ob. cit..

en la ley de sociedades - en los arts. 203 a 206 - a los **fines de reducir el capital social**.

*Dicha reducción efectiva, y en su caso, nominal del capital social puede ejecutarse dentro del esquema societario sin que dichas decisiones comprometan la responsabilidad de sus administradores (siempre que no mediere a raíz de las mismas alguna causal de reproche según las previsiones de la ley societaria y/o concursal).*

No obstante lo dicho, **podría plantearse algunas hipótesis claras de responsabilidad de los directores** si como consecuencia de pérdidas que insuman las reservas y el cincuenta por ciento del capital no se procede de inmediato a su reducción -que en tal caso se torna de carácter obligatorio (art. 206)-, es decir que en este supuesto estamos ante un imperativo ineludible con connotaciones patrimoniales para los eventuales responsables por las conductas omisivas.

**Si hipotéticamente la sociedad pierde la totalidad del capital social, en este caso el directorio debería convocar a una asamblea extraordinaria - no a los fines de reducir el capital social - con el objeto de declarar la disolución de la sociedad por pérdida de capital social según lo prescripto por el art. 94 inc. 5. L.S.C.**

Esta disolución requiere pronunciamiento de la asamblea extraordinaria porque es un supuesto de disolución anticipada de la sociedad anónima. *Nada impide que la asamblea rechace la disolución y opte por la reducción del capital (art.205) y el reintegro total o parcial, o el aumento del capital (art.96).*

La pérdida requiere ser verificada por la asamblea, y en caso de discrepancia es revisable judicialmente dicha decisión.

Esa pérdida ha de resultar del estado patrimonial no susceptible de variación en el curso de los negocios, y debe destacarse que no se subordina la existencia de la sociedad a una apreciación del directorio, sino que los interesados reales que son los accionistas, deben pronunciarse por la vía y en la forma que la ley acordó: la asamblea general.

**Dicha convocatoria reiteramos, debe realizarse sin dilación alguna por el Directorio, de lo contrario contraen los administradores responsabilidad hacia los terceros y la sociedad, sin perjuicio de la indemnización por un mayor daño que esa demora pueda causar.** Esta última responsabilidad podría también alcanzar en su caso *al síndico*, si conecedor del estado patrimonial no actúa con la diligencia debida.

**En todos estos supuestos de subcapitalización técnica por pérdida del capital social que impone la reducción del mismo y/o la disolución de la sociedad, no existe responsabilidad de los socios ni de los administradores siempre que estos actúen con la diligencia exigida.**

*Los accionistas de la sociedad anónima solo responden en forma limitada conforme al tipo societario del cual forman parte, por ende su responsabilidad se limita a la integración de las acciones suscriptas.*

*No cabría bajo modo alguno, una acción de responsabilidad civil por la subcapitalización técnica, ya que la pérdida del capital social se debe en este supuesto a circunstancias extrañas y ajenas a los mismos, y los terceros que contrataron con dicha sociedad anónima, sabían o al menos deberían conocer cual es la responsabilidad de los socios y cual es la garantía patrimonial de sus créditos.*

*Lo mismo cabe afirmar con relación a la responsabilidad de los administradores de dicha S.A., quienes no responden por la insolvencia de la sociedad, salvo que se den los supuestos de responsabilidad contemplados en el art. 274 de la L.S.C.*

Únicamente podría intentarse en caso de cesación de pagos de la S.A., la acción de responsabilidad civil contemplada en el art. 173 de la L.C.Q. que procede contra los representantes, administradores, mandatarios, etc., que dolosamente hubieren producido, facilitado, permitido o agravado la situación patrimonial del deudor o su insolvencia, debiendo en su caso indemnizar los daños y perjuicios producidos.

Pero aclaremos que *dicha responsabilidad no deriva de la infracapitalización técnica de la sociedad anónima*, sino que tiene como sustento las conductas señaladas anteriormente que provocaron la insolvencia.

## **ANÁLISIS DE LA INFRACAPITALIZACIÓN FUNCIONAL Y LA FALENCIA SOCIAL SOBREVINIENTE**

Por último corresponde hacer un análisis de la hipótesis que se presenta cuando existe el supuesto de subcapitalización funcional-supuesto que se da como explicamos supra cuando la cifra del capital social resulta insuficiente para la consecución del objeto social y dicha sociedad a pesar de haber sido regularmente constituida, cae en insolvencia o cesación de pagos con la correspondiente declaración de quiebra.

Al respecto podemos citar cierta doctrina que ha tratado de fundamentar la responsabilidad de los socios con responsabilidad limitada con base a las siguientes argumentaciones de hecho y de derecho:

“A nuestro criterio, **el supuesto encuadra dentro de lo normado por el art. 39 inc. 6°, ley 24.522**, que establece el deber del síndico de informar, 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. La interpretación tradicional de esta norma entiende que - dentro del precepto - quedan encuadrados la integración y valuación de los aportes, a reclamarse por vía de incidentes.

Según nuestra interpretación, *comprende también los casos de aporte "insuficiente", quedando involucrados los supuestos en los cuales la suma de los aportes no se corresponde con la actividad concreta perseguida o desarrollada. 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 emprendida".*<sup>15</sup>

A su vez el Dr. Ariel A. Germán Macagno refiriéndose al mismo problema a dicho que:

*"La intervención del legislador va mas allá del propio texto de la norma y más si hacemos una interpretación amplia e integradora con las demás instituciones del derecho concursal y societario. Si a los socios les es exigido el aporte adeudado al tiempo de la apertura de la quiebra ipso jure, más se debe responsabilizarlos por las irregularidades o deficiencias que pueden sucederse en torno al capital social, cuando por imperio de la 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 pudiese llegar a existir, de haberse configurado un capital insuficiente para dar 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 objeto.*

El hecho de 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, creemos encontrar el verdadero fundamento en el art.1 de la L.S.C., 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

---

<sup>15</sup> BADOLA María Claudia y JELONCHE Paola Hebe, "Responsabilidad de los socios con responsabilidad limitada por infracapitalización de la sociedad en quiebra", en Derecho Concursal Argentino e Iberoamericano. Tomo III, Editorial Ad-Hoc, pag. 351.

venimos propugnando.

*El funcionario concursal deberá al emitir el informe del art. 39, 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 de “soportar las pérdidas”, debe denunciar y responsabilizar a los socios frente a los supuestos de infracapitalización que venimos examinando.”<sup>16</sup>*

Creo que esta es la postura correcta en cuanto a hacer responsables a los socios por la infracapitalización funcional, ya que *dicho supuesto configura una conducta ilícita por parte de los socios que debe ser sancionable frente al estado falencial de la sociedad en aras de la protección del patrimonio y de la intangibilidad del capital social, que constituyen la garantía de los terceros.*

*Dejo aclarado que el límite de dicha responsabilidad ilimitada y solidaria de los socios está dada por la diferencia existente entre el capital efectivamente aportado y el que resultaba necesario para la consecución del objeto social, no siendo responsables los socios por todo el pasivo concursal.*

#### CONCLUSIONES:

- Durante el desarrollo de la vida societaria, la cifra del valor real que arroja el patrimonio neto puede resultar inferior o estar por debajo de la asignada al capital social suscripto por los socios, situación que la doctrina ha calificado como subcapitalización técnica.
- Por el contrario, si la cifra del capital suscripto originariamente por los socios conforme a la ley de sociedades comerciales, resulta insuficiente en virtud de criterios económicos para la consecución del objeto social propuesto por los mismos al constituirse dicho ente jurídico, nos encontramos frente a la llamada subcapitalización funcional.
- El capital social cumple una función de productividad, debiendo existir una necesaria correspondencia mínima entre el objeto social que la sociedad se propone desarrollar y los recursos aportados por los socios y/o accionistas.

---

<sup>16</sup> MACAGNO Ariel Germán, “El fenómeno de la infracapitalización y la falencia social sobreviniente”, Revista de las Sociedades y Concursos N° 3, Marzo- Abril 2.000, Editorial Ad-Hoc.

- Ante la carencia de normas jurídicas que impongan esa necesaria correspondencia inicial entre el capital social y el objeto propuesto por los socios, agravado por la cuasi- inexistencia de control estatal alguno, de lege ferenda propongo como requisito para constituir una SOCIEDAD DE CAPITAL, la exigencia por parte de la Autoridad de Contralor de un DICTAMEN de carácter CIENTIFICO y TECNICO certificado por un C.P.N y/o LICENCIADO EN ADMINISTRACION, a los fines de que este acredite y se responsabilice por la correspondencia mínima que debe existir entre el capital-objeto, de un modo similar a lo exigido actualmente en materia de valuación de aportes no dinerarios.
- La infracapitalización funcional puesta de manifiesto con posterioridad a la constitución en forma regular de la sociedad, es un hecho generador de consecuencias jurídicas disvaliosas para los accionistas, administradores y/o directores de dicha sociedad infracapitalizada, debiendo estos adoptar las medidas del caso que en particular contempla la L.S.C., so pena de aplicar las reglas de responsabilidad civil para los sujetos responsables por dicho hecho ilícito.
- En caso de producirse la quiebra de la sociedad infracapitalizada funcionalmente, el síndico concursal debe informar conforme a la interpretación del art. 39 inc. 6 de la ley N° 24.522, si los socios realizaron sus aportes en forma regular, comprendiéndose el caso de aporte insuficiente. Si se comprueba dicho irregularidad, los socios son responsables frente a la masa concursal en forma ilimitada y solidaria por la diferencia existente entre el capital efectivamente aportado y el que resultaba necesario en su caso para el desarrollo normal del objeto, pero nunca por todo el pasivo social.

#### **BIBLIOGRAFIA GENERAL Y ESPECIAL**

BADOLA María Claudia y JELONCHE Paola Hebe, *“Responsabilidad de los socios con responsabilidad limitada por infracapitalización de la sociedad en quiebra”*, en Derecho Concursal Argentino e Iberoamericano, Tomo III, Editorial Ad-Hoc, pag. 351.

BOLINI SHAW Carlos, *“Capital y Patrimonio en las Sociedades Anónimas”*, El Derecho, Tomo 65, pag. 813.

COLOMBRES Gervasio R., *“Curso de derecho Societario - Parte General”*, Editorial Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1964, pag. 137 y 138.

DOBSON Juan M., *“El abuso de la personalidad jurídica”*, Editorial Depalma, Buenos Aires, año 1985.

FERRER Germán Luis, *“La responsabilidad de los directores de sociedades anónimas y la inoponibilidad de la persona jurídica en la relación”*

de empleo "en negro" (a propósito del caso "Duquelsy" y sus comentarios)", en Revista de Derecho Privado y Comunitario 2000-1 - Sociedades Anónimas-, Rubinzal y Culzoni Editores, pag. 212.

HALPERIN Isaac, "Sociedades Anónimas", Ediciones Depalma Buenos Aires, año 1974.

JELONCHE Edgar I., La Ley, Año 1980, Tomo "B".

JELONCHE Edgar I., "Capital Social, Objeto y Estatuto de las Sociedades Anónimas", La Ley, Año 1980, Tomo "B".

JUNYENT BAS Francisco, "Responsabilidad de los administradores por fraude laboral (apuntes a los fallos "Delgadillo Linares" y "Duquelsy")", en Revista de Derecho Privado y Comunitario - Sociedades Anónimas -, año 2000/1, editorial Rubinzal Culzoni, pag. 183.

La Ley, Año 1980, Tomo "D", pag. 464.

LUENGO Diego Gerardo, "Responsabilidad de los administradores por afectación al principio de intangibilidad. Sus posibles consecuencias", en VII Congreso Argentino de Derecho Societario y III Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa - La Sociedad Comercial ante el Tercer Milenio, TOMO II, pag. 302.

MACAGNO Ariel Germán, "El fenómeno de la infracapitalización y la falencia social sobrevenida", en Revista de las Sociedades y Concursos N° 3, Marzo- Abril 2.000, Editorial Ad-Hoc.

NISSEN Ricardo, "Curso de Derecho Societario", Editorial Ad Hoc Buenos Aires.

OLIVERA García Ricardo, "La crisis del Concepto de Capital Social", en Revista del Derecho Comercial y de las Obligaciones, N° 181, Editorial Depalma.

OTAEGUI, Julio C., "Administración societaria", Editorial A baco de Rodolfo Depalma, año 1979.

REYNOSO José, "Capital Social: Mínimo Legal y Suficiente para el Cumplimiento del Objeto social (responsabilidad de los administradores por infracapitalización material)", en Jurisprudencia Argentina, Año 1997, Tomo IV, pag. 731.

ROJO Angel, "Consideraciones sobre la función de garantía del capital de la sociedad anónima en el Derecho Español", en Revista del Derecho Comercial y de las Obligaciones, Editorial Depalma, N° 181, Enero-Marzo 1.998.

SIEGBERT RIPPE, "Subcapitalización y Responsabilidad de Directores y Administradores", en Jurisprudencia Argentina, Año 1997, Tomo IV, pag. 725.

VERLY Hernán, "Apuntes para una revisión del concepto de Capital social", La Ley, año 1997, tomo "A", pag.757.

ZUNINO Jorge Osvaldo, "Régimen de Sociedades Comerciales comentada", Editorial Astrea, 16ª edición actualizada y ampliada.