

INFRACAPITALIZACIÓN DE SOCIEDADES COMERCIALES. ABUSO DE DERECHO Y RESPONSABILIDAD DE LOS SOCIOS Y CONTROLANTES

RICARDO AUGUSTO NISSEN

1. GENERALIDADES. LAS SOCIEDADES ANÓNIMAS HOY EN LA REPÚBLICA ARGENTINA. LA OPINIÓN QUE DE ELLAS TIENE LA COMUNIDAD

Teniendo en consideración el panorama existente en la República Argentina, la realidad demuestra que las sociedades anónimas no son creadas con el objetivo de concentrar capitales para el desarrollo de una actividad empresaria de escala, como fue concebida dicha sociedad históricamente, sino como instrumento para limitar la responsabilidad de sus integrantes por el riesgo empresario, o para esconder detrás de su personalidad jurídica, bienes de titularidad de su controlante, liberándolos de cualquier agresión por parte de sus acreedores, presentes o futuros, ciertos o eventuales.

A diferencia de lo que debe suceder, en el sentido de ver en una sociedad anónima una forma jurídica eficaz para la organización de empresas industriales, un factor de producción, de desarrollo económico y de empleo, en la República Argentina, la sociedad anónima es mirada hoy por toda la comunidad con mucho recelo, pues ella es

identificada por lo general como un instrumento de fraude, existiendo consenso -también general- de que su legislación requiere inmediatas reformas para evitar los abusos que su funcionamiento provoca. Esta particular manera de ver y sentir las cosas es advertido no solo entre quienes se encuentran vinculados con el tráfico mercantil sino entre personas absolutamente ajenas al mundo empresario, víctimas de fraudes conyugales, sucesorios y laborales, cometidos a través de sociedades comerciales, por lo general de naturaleza accionaria.

No podemos dejar de coincidir con quien, a mi juicio, ha sido uno de los juristas más importantes de la República Argentina del siglo XX, el Profesor Isaac Halperín¹, quien sostuvo hace más de 25 años la existencia de interés nacional en que las sociedades en general funcionen adecuadamente, y en especial las sociedades anónimas, en razón de que, atento sus dimensiones, *“su fracaso económico tiene hondas repercusiones, además de las consecuencias sociales por la importancia como fuente de trabajo”*. Por tan evidentes razones, y habida cuenta que las expresas previsiones contenidas en la vigente ley 19.550 del año 1972, se exhiben totalmente insuficientes para evitar los abusos que el mal empleo de las sociedades anónimas provoca, es que el ordenamiento societario argentino necesita un inmediato “aggiornamiento”, no para entorpecer la constitución y desarrollo de las sociedades anónimas, sino para desalentar y reprimir la consecución de maniobras ilegítimas a través de ese formidable instrumento de concentración de capitales.

2. EL BENEFICIO DE LA LIMITACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD EN LAS SOCIEDADES DE RESPONSABILIDAD LIMITADA Y EN LAS SOCIEDADES ANÓNIMAS. NECESIDAD DE PONER LÍMITES A TAN EXCEPCIONAL BENEFICIO

El Código Civil ha adoptado, como principio rector en materia de derechos patrimoniales, el criterio de la universalidad e indivisibilidad del patrimonio, conforme al cual el patrimonio del deudor constituye la garantía de sus acreedores. Ello es justificado por Arauz Castex², para quien los principios de unidad e indivisibilidad del patrimonio han sido pensados en salvaguardia de los acreedores, al no permitírsele a la persona dividir su patrimonio a su mera voluntad,

¹ HALPERÍN, Isaac, *Sociedad Anónima*, Ed. Depalma, p. 9.

² ARAUZ CASTEX, Manuel, *Derecho Civil. Parte General*, Empresa Técnico Jurídica Argentina, Buenos Aires, 1965, tomo II p. 45, parágrafo 1008.

“...pretendiendo tabicarlo para negar el derecho que tiene cada uno de los acreedores con relación a cada parte del activo, ni provocar su insolvencia, absteniéndose de incorporar bienes que le corresponden o sacando real o aparentemente de él bienes en detrimento de los acreedores...”

La constitución por el socio de sociedades comerciales en donde se admite la limitación de su responsabilidad patrimonial por el riesgo empresario al monto del aporte efectuado a la compañía, no constituye una manera legal de dividir su patrimonio, pues al realizar ese aporte, aquel recibe una cuota social representativa del capital social que ha formado mediante aquella aportación, la cual puede ser agredida por sus acreedores.

Pero es de toda evidencia que para que este sistema pueda ser eficiente y que el socio o accionista pueda ser solo responsable patrimonialmente por las pérdidas sufridas por la sociedad, **el capital de ésta, como persona jurídica distinta del socio, debe estar en permanente relación con el nivel de gastos incurrido por aquella**, con el compromiso tácito de sus socios de aportar los fondos necesarios para restablecer permanentemente esa equivalencia y que el valor de la cuota social representativa del capital de la sociedad esté en directa proporción con el verdadero capital de la compañía. Sin tales requisitos, solo con los cuales es posible hacer realidad la célebre expresión de Georges Ripert³, en el sentido de que **“el capital social es la contrapartida de la limitación de la responsabilidad del socio”**, el excepcional beneficio de la limitación de la responsabilidad del socio o accionista carece de todo fundamento con el más que probable riesgo que la sociedad anónima así infracapitalizada se convierta en un instrumento de fraude, como ha sucedido efectivamente.

El capital social no es 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. Quien así lo entiende desconoce la

³ RIPERT, Georges, *Tratado Elemental de Derecho Comercial*, Buenos Aires, Tea, 1954, tomo 2, Sociedades, p. 235, quien afirma: “En toda sociedad existe un capital social, pero en las sociedades anónimas esta noción reviste una importancia particular. El capital social es en cierto modo *contrapartida de la limitación de la responsabilidad* y de esa manera ha sido concebido en su origen en Inglaterra. Los socios lo afectan a la garantía de los compromisos que la sociedad contraerá con respecto a los terceros. Existe sin embargo, en esta función del capital social, una gran parte de ilusión, porque el mismo *se halla invertido en la empresa* y la garantía de los acreedores es el activo de la sociedad y no el capital social. No obstante, la pérdida del capital social es un indicio de la mala situación de la sociedad y ya veremos que en caso de pérdida de las tres cuartas partes del capital, los socios deben deliberar respecto de la disolución de la sociedad.”

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 -transcribiendo palabras de Butty⁴- 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 capital⁵.

⁴ BUTTY, Enrique en *Curso de Derecho Comercial* de Isaac Halperin, Volumen I. Editorial Depalma 2000 p. 312 y en *Responsabilidad de los socios por la disminución del efectivo contravalor de la cifra expresiva del capital*, ponencia presentada en el VI Congreso Argentino de Derecho Societario y II Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa”, Mar del Plata 1995, tomo II, p. 347.

⁵ La noción de capital social no es un concepto meramente contable o de exposición de una cuenta en los estados contables de la entidad. De acuerdo con la ley 19550 de sociedades comerciales, una sociedad no puede carecer de capital social, el cual debe estar adecuado al objeto que pretende desarrollar, a punto tal que es facultad del Organismo de Control Externo de las sociedades, a cargo del control de legalidad de los actos societarios celebrados por las entidades bajo su fiscalización, observar todo contrato social de sociedades de responsabilidad limitada o sociedad anónima, en donde no exista relación entre el capital social y objeto (ver fallo del Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Comercial de Registro de la Capital Federal, en el caso “Veca Constructora SRL”, del 30 de junio de 1980, publicado en la Revista La Ley 1980 -D- 464). Por otra parte, la sociedad no puede consumir su capital social, ni siquiera parcialmente. Pueden sí sus administradores disponer libremente del patrimonio de la sociedad, pero no de su capital social, cuya cifra ha sido calificada como “cifra de retención”, en el sentido de que los acreedores sociales deberán necesariamente encontrar entre los bienes de su activo el contravalor patrimonial de la cifra capital (HALPERÍN, Isaac, *Curso de Derecho Comercial*, Cuarta Edición actualizada y ampliada, Editorial Depalma, Septiembre de 2000, actualizado por Enrique Butty, p. 312 y BUTTY, Enrique, *Responsabilidad de los socios por la disminución del efectivo contravalor de la cifra expresiva del capital*, Ponencia presentada al VI Congreso Argentino de Derecho Societario y II Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa, Mar del Plata 1995, tomo II, p. 347). Cuando el capital social pretende ser reducido por decisión de sus socios, los acreedores tienen derecho de oposición, precisamente por quedar afectada la garantía que el capital social supone, y cuando una sociedad pierde todo su capital como consecuencia de los resultados negativos obtenidos en el desarrollo de los negocios sociales, la sociedad cae en disolución y debe entrar en el período liquidatorio (art. 94 inc. 5° de la ley 19.550), pues el derecho argentino no concibe, precisamente en tutela del crédito de los terceros, la existencia de sociedades sin capital social. Ello justifica sobradamente que si la sociedad, carente de capital social, ignora el trámite liquidatorio y continúa con sus actividades habituales, sus administradores son ilimitada y solidariamente responsables respecto a los terceros y los socios por cualquier operación ajena a los fines liquidatorios, sin perjuicio de la responsabilidad de los socios (art. 99 de la ley 19.5509). Tal es la importancia que los redactores de la ley 19.550 de sociedades comerciales de la República Argentina han otorgado al capital social.

Tan elementales conceptos no han sido recordados por parte de nuestra doctrina, que, seducidos por una mera concepción “contable” del concepto del capital social, olvidaron la función de garantía que cumple el capital social en las sociedades de responsabilidad limitada y en las sociedades anónimas, desvinculando la íntima relación que existe entre capital social y el beneficio de la limitación de la responsabilidad. Predicar que tal beneficio es absoluto, desvinculado de la noción del capital social, y que no admite excepción de ninguna naturaleza⁶, constituyó dogma que permitió, como es de suponer, todo tipo de abusos y maniobras, alentando la constitución de miles de sociedades ficticias, nacidas exclusivamente para ser titulares de bienes registrales, sin actividad comercial alguna.

3. LA INFRACAPITALIZACIÓN SOCIAL COMO SITUACIÓN QUE IMPLICA CLARO EJEMPLO DE ABUSO DE DERECHO. NECESIDAD DE REFORMAS LEGISLATIVAS QUE SANCIONEN ESA ACTUACIÓN

No obstante lo expuesto, el principio de la limitación absoluta de responsabilidad de los socios o accionistas por las deudas sociales en los tipos sociales descriptos fue objeto de serios embates en el mundo entero desde principios de la segunda mitad del siglo veinte. Así, por ejemplo, Solá Cañizares nos recordaba que la Ley de Nueva York era una de las pocas que hacían excepciones al principio de la limitación de la responsabilidad de los accionistas, cuando se trataba de deudas de la sociedad a obreros o empleados, respondiendo los accionistas en forma personal e ilimitada por dichas deudas⁷. Con la misma orientación, se fue desarrollando en Alemania y en Estados Unidos la doctrina de la infracapitalización o subcapitalización de la sociedad, como fenómeno generador de la responsabilidad de los socios o accionistas, encuadrable en el abuso subjetivo del derecho⁸. En

⁶ Dentro de tal concepción, Zavala Rodríguez, analizando el artículo 316 del Código de Comercio, que disponía que “Los socios no responden tampoco de las obligaciones de la compañía anónima, sino hasta el valor de las acciones o del interés que tengan en la sociedad”, afirmaba que la limitación de la responsabilidad del accionista al aporte efectuado es otro de los rasgos típicos de la sociedad anónima, en la cual los accionistas no responden jamás más allá de su aporte, y si hay abusos, son los directores o administradores los únicos responsables (ver obra citada en nota 2, página 381).

⁷ SOLÁ CAÑIZARES, Felipe, *Aspectos de las sociedades anónimas en el derecho comparado*, conferencia publicada en “La sociedad anónima actual”, tomos III-IV, p. 378.

⁸ MANÓVIL, Rafael, *Responsabilidad de los socios por insuficiencia de capital propio (El modelo alemán)*, publicado en *Derecho Empresario Actual Homenaje al Dr. Raymundo Fernández*, Editorial Depalma 1996, p. 601.

tal sentido, en los Estados Unidos la regla de la capitalización suficiente de la compañía fue enunciada en el año 1946 por Ballantine, en su célebre obra "*On Corporations*", sosteniendo que si una sociedad es constituida originalmente o interviene en el comercio con capitales tal reducidos que resulta probable que los bienes disponibles no sean suficientes para atender a las deudas, no resulta equitativo que los accionistas puedan montar una estructura tan endeble que les permita eludir su responsabilidad individual. Tal actitud implica un evidente abuso de derecho, en los términos del artículo 1071 del Código Civil y art. 54 in fine de la ley 19550 que engendra responsabilidad individual de los socios respecto de las deudas de la sociedad⁹.

La enorme cantidad de sociedades anónimas subcapitalizadas que funcionan en la República Argentina, muchas de las cuales nacen con tal deficiencia, en la medida que solo se requiere la suma de 12.000 pesos para constituir una sociedad de esta característica (art. 186 de la ley 19550)¹⁰, impone la necesidad de aumentar sustancialmente ese capital social original. Pero ello no será suficiente si no se prevé una norma que imponga la necesaria aportación de los socios para equilibrar el capital social de la sociedad con el nivel de gastos de la empresa, a los fines de dotar a la sociedad de un capital social suficiente, que cumpla adecuadamente con la función de garantía para la cual ha sido previsto, como concepto diferente del patrimonio social. En tal sentido, debe destacarse que el ordenamiento legal de España, en materia del capital social de las sociedades anónimas deportivas, ha brindado pautas fundamentales para ser tenidas especialmente en cuenta en materia de sociedades anónimas en general.

4. CONCLUSIONES

Las conclusiones de todo lo expuesto son las siguientes:

- a) Las sociedades comerciales, en especial aquellas en las cuales los socios limitan su responsabilidad al aporte efectuado, no

⁹ DOBSON, Juan M., *El abuso de la personalidad jurídica*, Ed. Depalma, ps. 475 y siguientes, quien ilustra que la aplicación jurisprudencial de la regla de la capitalización insuficiente ha sido vasta en los Estados Unidos, incluso antes de la formulación de ella por Ballantine. En el caso "*Shea contra Leonis*", en donde el locatario intentó eludir su responsabilidad personal por los alquileres adeudados mediante la sublocación a una sociedad insolvente, se resolvió que los socios resultaban responsables por las deudas sociales cuando el mecanismo utilizado hubiera sido sólo un intento de eludir la responsabilidad por prestaciones ya recibidas, haciendo asumir las obligaciones a una sociedad carente de bienes para responder.

¹⁰ Ello ha ido en contra de la tendencia de las legislaciones extranjeras más recientes, las cuales han exigido legalmente en las sociedades anónimas un capital social importante a fin de impedir que pequeñas empresas recurran al anonimato.

pueden nacer infracapitalizadas. La autoridad de control tiene suficientes facultades, en ejercicio del control de legalidad que la ley 19550 le otorga, a los fines de requerir un capital social adecuado al objeto de la sociedad que se pretende inscribir.

- b) Es necesario elevar sustancialmente el capital social inicial de la sociedad anónima, para desalentar la constitución de sociedades ficticias, simuladas o extrasocietarias.
- c) Es preciso reforzar la función de garantía que cumple el capital social en las sociedades de responsabilidad limitada y en las sociedades anónimas, estableciendo una relación o equivalencia entre el mismo y el nivel de gastos de la empresa, mensurado a través de los estados de resultados anuales.
- d) Encuadrar la infracapitalización de la sociedad como un supuesto de abuso de derecho (art. 1071 del Código Civil) que permite la aplicación del artículo 54 in fine de la ley 19.550, con todos sus efectos.