

Infracapitalización Originaria

Por Juan José Méndez

1.- Introducción: Objeto del presente trabajo [\[arriba\]](#)

El presente trabajo tiene por finalidad intentar valorar la posibilidad de la configuración de la llamada infracapitalización originaria y examinar con mayor cuidado y detalle dicho supuesto tanto a los efectos de valorar la posibilidad de denegación de inscripción de una sociedad por parte del Registro correspondiente, como al analizar la posibilidad de una eventual extensión de responsabilidad a los socios que la constituyen, en caso de que el referido registro no impida su inscripción.

De ésta forma se intenta brindar una solución efectiva y posible al problema de la insuficiencia patrimonial de la sociedad en el momento de su constitución, evitando que sociedades que cumplen con todas las previsiones legales, deban adecuarse sin que exista razón aparente para ello a criterios subjetivos de los distintos Registros a los efectos de la determinación de cual es el capital congruente para la realización de determinados negocios.

Luego de repasar brevemente la naturaleza jurídica del capital social y del instituto de la responsabilidad limitada, que son a mi entender los dos elementos esenciales para dilucidar una solución, trataré el tema de la denominada “infracapitalización originaria” individualizando los elementos necesarios para la determinación de la misma, se intentará proponer una solución al innegable problema de la existencia - en determinados casos excepcionales - de la insuficiencia patrimonial manifiesta en los primeros momentos de vida de la sociedad.

2.- Los conceptos en juego: El capital social y la responsabilidad limitada. Breve reseña de las funciones del capital social y del fundamento y finalidad de la responsabilidad limitada [\[arriba\]](#)

Dada la naturaleza y extensión del presente trabajo no pretendo agotar en el presente el estudio la naturaleza jurídica que ambos conceptos. Sin perjuicio de ello corresponde hacer una remisión a la investigación realizada la tesina final del Master de Derecho Empresario de la Universidad Austral[1] presentada por el suscripto con la dirección del Dr. Jaime Luis Anaya, en el que se desarrolla sucintamente el origen y evolución histórica de ambos institutos, determinando finalmente su naturaleza.

En éste sentido éste trabajo toma como base el anterior para focalizarlo en el aspecto específico de la infracapitalización originaria.

2.1. Capital Social Funciones Enumeración, finalidad y sujetos tutelado. Función de garantía específica y Función Empresarial.

2.1.1. El Concepto de Capital Social: Tal como se desprende del trabajo citado precedentemente en mi opinión en la definición del concepto de capital social se destaca su esencia eminentemente instrumental, y teniendo en cuenta ello se puede lo definir como una “*unidad de medida*”[2], que encuentra su finalidad en el cumplimiento de sus funciones.

En efecto, el concepto de capital social se encuentra directamente ligado a las funciones que a lo largo de la historia le han confiado los distintos ordenamientos jurídicos. En definitiva el capital social ha demostrado ser una herramienta jurídica de gran utilidad a la cual se le ha

encomendado cumplir con: (i) una función de organización de la sociedad, (ii) una función de garantía específica de acreedores y (iii) finalmente una función llamada “empresarial” o de producción.

2.1.2. La función de Organización: En lo que resulta relevante para este trabajo, la primera de las funciones del capital social, la de organización se encuentra destinada servir de base para regular y proteger los derechos económicos y políticos de los socios, utilizándose éste como “unidad de medida” sobre la base del cual puede establecerse la determinación de los mismos.[3]

Esta función rige a mi entender las relaciones de los socios entre sí y tiende a fundamentalmente a proteger la participación de los socios en el capital social y el correcto ejercicio de los derechos de éstos. Son herramientas típicas para la tutela de los mismos las normas referidas al derecho de preferencia y al derecho a acrecer, sin perjuicio de la existencia de otras que también se encuentran en ésta línea, como son la relativa expectativa de los accionistas a recibir dividendos del negocio social en el caso de que existan ganancias realizadas y líquidas[4] y el reconocimiento de un valor patrimonial de las acciones con la posibilidad de emitir acciones con prima para preservar la llamada “consistencia patrimonial” de las mismas[5].

2.1.3. La Función de Garantía: La segunda función del capital social desarrollada especialmente a partir de la sanción del Código Napoleónico es la función de garantía específica de los acreedores.

Esta función que tiende a establecer a través del capital social una suma de retención que constituya una protección relativa de los acreedores sociales se encuentra receptada fundamentalmente en disposiciones de que podríamos agrupar en pasivas y activas.

(i) Por un lado las normas que definimos como de tipo “pasivo” podemos enunciar las disposiciones relativas a la publicidad del capital social y sus modificaciones las cuales refieren tácitamente a un “*público compromiso*” adoptado por la sociedad frente a terceros consistente en que su patrimonio neto se mantendrá igual o mayor a su capital social. Todo ello con la finalidad que las pérdidas que eventualmente pueda tener la sociedad no afectarán el capital social y en caso de hacerlo - en determinada proporción - deberá procederse a la reducción del mismo.

En éste grupo de normas se encuentran las que imponen la exigencia de su reducción obligatoria[6] “*cuando las pérdidas insumen las reservas y el cincuenta por ciento del capital social*”, así como las referidas a la pérdida total de capital como una causal de disolución de la sociedad.

(ii) Por otro lado y desde un punto de vista “activo” la función de garantía específica del capital social también se encuentra receptada en una serie de normas que tienden a lograr la consistencia patrimonial del capital social, pudiendo diferenciar dos subgrupos de normas según los distintos momentos en que se encuentre la sociedad: a) en el momento fundacional; y b) en el momento en que la sociedad ya desarrolla su actividad.[7]

a) En el primer caso resulta importante a los efectos de la tutela de los acreedores sociales el principio de la determinación del capital previo a la publicación, el principio de la unidad y especialmente el principio de realidad o efectividad de los aportes y consecuentemente del capital social. Éstos principios exigen determinados criterios para la determinación de los bienes aportables[8], pautas para la valuación de los bienes aportados (en especial en lo que se refiere a la aportación de bienes en especie), la exigencia de la suscripción íntegra del capital social, o

referidas a la integración mínima en efectivo, y las referidas al plazo máximo para la integración del remanente del capital suscrito y la mora en la integración del aporte, o la necesidad de integración de la totalidad del capital previo a un aumento. También se engloban dentro de este grupo las normas referidas a la amortización de acciones, a la prohibición de emisión de acciones bajo la par prevista en nuestro ordenamiento jurídico, incluso - desde otro punto de vista - las que se refieren a la posibilidad de emitir acciones con prima y sin duda las que se refieren al rescate o adquisición de las propias acciones, entre otras normas.

b) En un segundo momento en el que la sociedad se encuentra ya en funcionamiento, sin perjuicio de los principios desarrollados, se ponen de resalto otros principios - siempre dentro del análisis de la función de garantía - referidos a la limitación relativa de la disposición de las ganancias sociales. A mi entender éste grupo de normas parten del desarrollo de una pauta o premisa básica que es la necesidad de existencia de ganancias realizadas y líquidas para la distribución de dividendos establecida en el artículo 68 de la ley 19.550.[9]

De éste principio se desprenden una serie de normas encabezadas por el denominado principio de solidaridad de balances contemplado en el artículo 71 de la norma mencionada. También resulta propio de éste grupo de normas la exigencia de la constitución de la denominada reserva legal que requiere que se retenga determinada proporción de las ganancias del ejercicio, y la constitución de reservas especiales con los *“saldos que arroje el importe de la prima”* de emisión, la relativa indisposición del capital social estableciendo un régimen de publicidad para la reducción de capital. En alguna medida el proceso de oposición exigido en los casos de fusión y escisión refleja también el reconocimiento de la función de garantía específica de los acreedores que tiene el capital social.

Existen otras muchas disposiciones de diversa naturaleza que se encuentran destinadas a que el capital social cumpla justamente esta función de garantía específica, siendo en todos los casos una *“unidad de medida”* con ésta misma finalidad.

A los efectos de el cumplimiento de ésta función, resulta relevante el principio de publicidad del capital social (desde el punto de vista pasivo) y el principio de consistencia patrimonial antes enunciado (desde el punto de vista activo).

Finalmente, nos encontramos con las disposiciones relativas al capital mínimo de las sociedades, las cuales si bien en un principio fueron desarrolladas como parte de la función de garantía del capital social, resultaron en definitiva el comienzo del desarrollo de la denominada función empresarial o de producción del capital que seguidamente desarrollaremos

En efecto a fin del siglo XIX surge la idea del capital mínimo para determinados tipos sociales, los cuales fueron perdiendo eficacia ante los niveles inflacionarios de la entre-guerra en Europa. Sin perjuicio de ello hoy resultan de suma utilidad para las sociedades que desarrollan una actividad regulada como las entidades financieras, las compañías de seguro y en general las que comprometen el ahorro público que exigen capitales mínimos (e incluso en determinados casos niveles de endeudamiento) especiales adecuados a las dichas actividades.

2.1.4. La Función Empresarial o de Producción: A partir de la segunda mitad del siglo XX algunos autores reconocen en el capital social una tercera función de naturaleza empresarial o productivística. Éste desarrollo coincide para muchos con el fracaso de la función de garantía y de la política de los capitales mínimos que en fuerza a llevar los criterios de capitalización a parámetros relacionados con la actividad de la sociedad.

Es así que se comienza a desarrollar ésta función está dirigida normalmente a la preservación del principio por el cual el capital social debe tener cierta adecuación con la actividad

efectivamente realizada por la sociedad, y que hemos intentado definir como el principio de “*congruencia patrimonial*”. Ésta función se encuentra destinada a posibilitar el funcionamiento adecuado de la sociedad en relación a la actividad a desarrollar, y pretende la protección de la sociedad en si misma.

Si bien no resulta pacíficamente aceptado en general que deba existir una relación aceptable o “*al menos no manifiestamente inadecuada*” entre el capital social y el objeto social “o mejor aún” entre el patrimonio neto de la sociedad[10] y la actividad efectivamente realizada por dicha sociedad, es dable destacar que existe una tendencia cada vez mas fuerte a reconocer dicho principio receptado también en nuestro derecho con cierta rigurosidad.

En las últimas décadas del siglo pasado, los juristas de distintos países han rescatado con mayor o menor elaboración este principio fundado en ésta relación[11] constatándose algunos precedentes jurisprudenciales en los cuales se establece que esta relación y el incumplimiento manifiesto de ésta relación podía llegar a ser generador de responsabilidad, o en determinados casos habilitar a la autoridad de contralor a denegar la inscripción de una sociedad por dicho motivo.

En mi opinión la finalidad de ésta función del capital social es la protección de la sociedad en si misma y a través de la protección del negocio jurídico la protección de acreedores y terceros.[12]

Esta última función del capital social, ha sido muy controvertida sin perjuicio de lo cual entiendo que resulta de cierta utilidad para determinar situaciones en las cuales puede existir un abuso de la personalidad jurídica o de la responsabilidad limitada de los socios establecida por la ley para determinados tipos sociales.

2.2. La responsabilidad limitada. Naturaleza y finalidad. Los efectos de dicha prerrogativa: La transferencia a terceros de los riesgos propios del negocio.

En lo que se refiere a la responsabilidad limitada de los accionistas o de determinados socios de acuerdo al tipo social, nos interesa descubrir cual es su naturaleza, finalidad y efectos. Para ello es recomendable la revisión del desarrollo histórico de responsabilidad limitada de los socios[13] respecto del cual, no obstante la remisión que realizamos a la tesina antes mencionada, intentaremos realizar un breve resumen.

Desde los remotos orígenes de las sociedades anónimas con las Compañías de Indias Orientales hasta la fecha, las notas características de éstas están dadas por la división del capital en acciones (en orden a facilitar su transmisión) y la limitación de la responsabilidad de los socios al aporte comprometido (en orden a la atracción de capitales). Estas dos cualidades fueron obtenidas originariamente como prerrogativas especiales a favor de determinados sujetos que las exigían a los efectos de comprometer su capital en el desarrollo de determinados emprendimientos de interés de los soberanos que resultaban sumamente riesgosos - de hecho su riesgo era imposible de mensurar - pero que de llegar a buen puerto tenían la posibilidad podían generar grandes beneficios.

Esta naturaleza de prerrogativa de la responsabilidad limitada de los socios persistió en el tiempo y fue generalizada por primera vez, luego del dictado del Código Napoleónico que incluye a las sociedades anónimas dentro de los tipos sociales previstos, como una concesión a la clase comerciante en general, resultando accesible a finales del siglo XIX incluso a la pequeña y mediana empresa.

Es éste avance el que obliga a desarrollar todas las disposiciones descriptas al desarrollar función de garantía del capital social, las cuales intentaron justamente la configuración de circunstancias abusivas para los acreedores sociales.

Sin perjuicio de ello es importante reconocer que la existencia de una sociedad cuyos socios no responden sino hasta el límite del capital suscrito es una realidad que se encuentra prevista en nuestro ordenamiento jurídico por lo cual se entiende que es una herramienta jurídica necesaria y querida por el legislador.

Más aún, la existencia de responsabilidad limitada de los socios supone de por sí y en todos los casos la producción de un fenómeno propio de estos tipos sociales: la traslación del riesgo propio del negocio o de la empresa a terceros.

En efecto contrariamente a lo que ocurre en las sociedades de personas donde los socios asumen en forma subsidiaria la totalidad del riesgo del desarrollo de la actividad social, en las sociedades anónimas los socios no asumen el riesgo del negocio sino hasta el monto de su aporte, por lo que indefectiblemente se produce ésta traslación del riesgo del negocio a los acreedores sociales o a terceros que se vinculan de la más variada forma con la sociedad.[14]

2.3. El carácter relativo de la protección de los acreedores: El régimen de la responsabilidad de los socios de acuerdo al tipo social elegido y la transferencia de riesgos a terceros. La función de producción y su carácter relativo.

La función de garantía persigue la protección relativa de los acreedores, evitando que los socios de la sociedad anónima abusen del privilegio de la responsabilidad limitada otorgado por el ordenamiento jurídico. En efecto la protección de los acreedores es, como vimos, relativa ya que el propio ordenamiento jurídico prevé algunos tipos sociales en los cuales los socios responden en forma limitada, lo que supone una aceptación de cierta “transferencia de riesgos propios del negocio” a terceros.

Es así que el desarrollo de un supuesto excepcional de responsabilidad como es el que se estudia no puede nunca generalizarse ya que desvirtuaría un elemento esencial del tipo social adoptado como es el de la responsabilidad limitada de los accionistas. En definitiva la aplicación de una eventual responsabilidad de los socios por infracapitalización supone un remedio excepcional que debe basarse en un caso concreto y una vez acreditado el abuso de la prerrogativa de la responsabilidad limitada.

En cuanto a la tercera de las funciones del capital social, debemos decir que el principio que la sostiene tampoco es absoluto, dado que dicha función tiende a tutelar proteger a la sociedad misma a través de cierto control sobre la congruencia del patrimonio neto con la actividad efectivamente desarrollada por la sociedad.

Aquí la relatividad viene dada por la naturaleza esencialmente instrumental de las sociedades comerciales, por lo que ésta no es un fin en sí misma del ordenamiento jurídico sino que es un “*mero recurso*”[15] y un simple medio.

Es decir que si existe un principio por el cual el ordenamiento jurídico protege la viabilidad de la actividad a desplegar por la sociedad, ello es al solo efecto de evitar un uso abusivo de la personalidad jurídica y puntualmente de la prerrogativa de la responsabilidad limitada de los socios en fraude a terceros, y no porque la sociedad en sí misma sea un fin del ordenamiento jurídico que sea menester conservar, o tutelar preferentemente.

Finalmente y éste mismo sentido, es menester destacar que la función productiva del capital social no pregona el principio por el cual el capital social o mejor aún el patrimonio neto de la sociedad deba ser “suficientes” para la realización de la actividad social, como parece desprenderse del fallo comentado, sino que el principio es el de la congruencia del capital social o del patrimonio neto con la actividad efectivamente realizada, es decir que prevé la exigencia de que éste no sea manifiestamente inadecuado.

La pretensión de que la sociedad cuyo tipo prevé la responsabilidad limitada de los socios mantenga en todo momento un capital social “suficiente” implica la tácita y completa derogación del régimen de la responsabilidad limitada de los socios y por tanto resulta inaceptable.

Por el contrario, el hecho de que la responsabilidad limitada de los socios se encuentre incluida como elemento esencial del tipo legal supone que el apartamiento del régimen general de la responsabilidad limitada de los socios en determinados tipos sociales debe ser de carácter excepcional y solo debe producirse ante la constatación de la configuración de una utilización abusiva de la sociedad anónima o del privilegio de la responsabilidad limitada.

3.- La infracapitalización como elemento fáctico de atribución de responsabilidad. La necesidad de configuración de los presupuestos de la responsabilidad [\[arriba\]](#)

3.1. Concepto, Naturaleza, Clasificación propuesta por la doctrina. Elementos necesarios para su Configuración.

3.1.1. Un ensayo de definición: no resulta fácil definir un concepto cuya naturaleza y alcance no es aceptado unívocamente por la doctrina y su recepción en el ordenamiento jurídico comparado ha tenido alcances absolutamente diversos. Sin perjuicio de ello podríamos decir - insistiendo en una postura adoptada hace ya algunos años - que la infracapitalización es *un estado* en el que se encuentra la sociedad como caracterizado por una manifiesta y profunda falta de congruencia o adecuación del Patrimonio Neto (o del conjunto de los “medios propios” de la sociedad) con la actividad efectivamente desarrollada por la sociedad.

Ahora bien, la configuración de este estado de infracapitalización no resulta de fácil constatación, en este sentido: ¿Cuales son las características que debe reunir este desfazaje para que pueda considerarse un elemento generador de responsabilidad?

No caben dudas que no existe un parámetro unívoco y objetivo de naturaleza financiero o contable para la determinación de esta, es decir que la solución, que como vimos es de naturaleza excepcional debe meritarse en el caso concreto siendo preciso además de la configuración fáctica de éste estado que se haya producido perjuicios a terceros así como que se cumplan los restantes presupuestos generadores de responsabilidad.

3.1.2. Clasificación: La doctrina concuerda en clasificar los distintos supuestos de infracapitalización en relación a: (i) el tiempo en el que ésta se presenta; y (ii) en razón de su contundencia con la que ésta misma se presenta.

La primera clasificación diferencia a la infracapitalización originaria, que es la que se presenta desde el comienzo del desarrollo de la actividad social; e infracapitalización sobreviniente que se presenta cuando ésta haya devenido como consecuencia del desarrollo de la actividad social.

La segunda clasificación se refiere al modo en que se presenta la situación de infracapitalización distinguiendo entre la infracapitalización material y formal. La primera de ellas se presenta

cuando la sociedad carece en forma absoluta de los “medios propios” para el desarrollo de la actividad, mientras que la infracapitalización formal se configuraría cuando si bien la sociedad carece de bienes propios para el desarrollo de la actividad, se encuentra dotada de fondos de los socios necesarios para el desarrollo del negocio pero que los mismos han sido otorgados bajo otra forma diversa del aporte de capital (por ejemplo a través de préstamos denominados comúnmente como “sustitutivos de capital” ya que dichos préstamos son otorgados en condiciones similares al aporte de capital).

Nos referiremos a la primera de éstas clasificaciones.

3.2. El carácter excepcional de toda ampliación de responsabilidad. La necesidad de la existencia de un supuesto de “abuso de derecho”. La exigencia de configuración de los distintos presupuestos de la responsabilidad. La necesidad de la determinación en el caso concreto. Reafirmación del carácter excepcional.

Una vez analizado el elemento fáctico generador susceptible de generar responsabilidad veamos seguidamente la naturaleza jurídica de la responsabilidad que podría llegar a generar a los efectos de determinar los recaudos necesarios para la atribución de responsabilidad.

Como hemos dicho se trata de un caso de extensión de responsabilidad es decir que resulta de aplicación excepcional, y solo puede darse en un supuesto en el cual exista una utilización en forma abusiva del privilegio de la responsabilidad limitada que constituya una violación al ordenamiento jurídico.

En efecto el carácter excepcional de la responsabilidad que puede llegar a generar un supuesto de infracapitalización debe implicar un salto del ordenamiento jurídico en virtud de una situación que amerite el apartamiento del derecho vigente por una situación de notoria injusticia, y la configuración de los restantes presupuestos de la responsabilidad.

Es decir que la sola configuración de una situación de infracapitalización no puede traer aparejada la responsabilidad de los accionistas, sino que es necesario acreditar una conducta dañosa que le sea imputable al accionista.

4.- La llamada infracapitalización originaria. Previsiones y exigencias legales en relación al capital mínimo. La imposibilidad de determinación de la congruencia patrimonial “ad initio” [\[arriba\]](#)

Si para la configuración del presupuesto fáctico de la infracapitalización es necesario determinar la existencia de un patrimonio neto “manifiestamente inadecuado” a la actividad que desarrolle efectivamente la sociedad, es menester concluir que, para que ello suceda resulta imprescindible que la sociedad comience a desarrollar en forma efectiva una actividad, lo cual comúnmente no ocurre cuando se presenta para su inscripción.

Si bien es cierto que el inciso 3 del artículo 11 de la ley de sociedades establece que el instrumento constitutivo de la sociedad debe contener “*la designación de su objeto, que debe ser preciso y determinado*” y también la Inspección General de Justicia primero a través de la Resolución General 9/2004 luego con mas precisión en el artículo 66 de la Resolución General 7/05 señalan que “*el objeto social debe ser único y su mención efectuarse en forma precisa y determinada mediante la descripción concreta y específica de las actividades que contribuyan a su efectiva consecución.*”, también es cierto que la descripción del objeto social no es lo mismo que la realización de tal actividad.

4.1. La distinción entre objeto social y actividad social. La imposibilidad fáctica de la determinación de la supuesta insuficiencia patrimonial “manifiesta” hasta tanto no se desarrolle la actividad social.:

En efecto de la descripción del objeto social de una sociedad, jamás puede determinarse la magnitud, envergadura de la actividad que posteriormente desarrolle ésta sociedad en forma efectiva. Tampoco surge en la mayoría de los casos el ámbito territorial del desarrollo de éste y mucho menos el grado de complejidad técnica con el que se realizará.

¿Cómo puede saber el organismo encargado de llevar el Registro, cuáles son las contingencias y complejidad de las actividades descriptas en el objeto si no surgen de la misma los elementos necesarios para su análisis?

En efecto, no me detengo aquí en el análisis del alcance del denominado control de legalidad que debe llevar tanto la Inspección General de Justicia, como los restantes registros, y si éste incluye el análisis de la congruencia del capital social o del patrimonio neto con el objeto social descripto, sino simplemente si éste puede fácticamente hacerlo.

Tampoco nos detengamos en analizar si el funcionario en cuestión tiene los conocimientos técnicos adecuados para tal análisis, solo supongamos que si. Sin embargo ¿Tiene los elementos técnicos necesarios para determinar cual va a ser la magnitud de la actividad social a desarrollar y en su caso si el patrimonio neto es adecuado.

En efecto, ante dos sociedades que se presentan para su inscripción, la descripción de la actividad principal a desarrollar por ambas puede ser la misma, pero en uno y otro caso la magnitud de ésta ser exponencialmente distinta, coincidiendo en la redacción de su objeto.

Supongamos por hipótesis que una sociedad presenta su contrato social describiendo como objeto social la realización de una actividad concreta en el rubro agropecuario como es la cría de ganado y que su objeto - por hipótesis - se reduzca solamente a ésta actividad. De que modo se puede saber cual es el capital congruente con tal actividad? En el mismo ejemplo resulta lo mismo que la sociedad se dedique a tal actividad en un pequeño campo y con una cantidad de ganado mínima, sin empleados y desarrollando todas las tareas sus socios que otra sociedad que desarrolle esta actividad con una complejidad mucho mayor, a través de la cría intensiva de ganado, requiriendo para ello de instalaciones adecuadas, con maquinarias específicas, inversiones en insumos de calidad así como en el mejoramiento genético de los animales a producir, personal especializado y de asesores técnicos, y determinada inversión en la comercialización de su producto, y todo ello se puede dar con la misma redacción del objeto social.

Se ve claramente la diferencia en un caso y otro y ello sin referirse a la magnitud del emprendimiento que con idéntica descripción puede desarrollarse en una pequeña fracción de campo propio o en varias parcelas arrendadas a lo largo de la República. En el primer caso quizás la sociedad no tenga pasivos incluso no tenga contingencias, y tenga un importante capital social (máxime si el campo ha sido aportado), en el segundo caso la sociedad deberá sin duda obtener financiamiento, asumiendo contingencias debiendo contratar personal y probablemente arrendando campos y debiendo endeudarse para la adquisición de maquinaria para la realización de la actividad. En ambos casos la descripción de la actividad a desarrollar puede ser la misma.

Es así que entiendo que no existe posibilidad fáctica de merituar al momento de la inscripción de la sociedad en el Registro, la suficiencia de los medios propios aportados por los socios -

compongan éstos el capital social o no - para alcanzar una actividad que normalmente aún no se ha iniciado, y menos aún si dicho capital resulta adecuado para la consecución del objeto como señala el fallo comentado.

4.2. El objeto como elemento de determinación de la imputabilidad de la actuación del administrador a la sociedad:

En segundo lugar es preciso recordar que el artículo 58 de la ley 19550, establece una relación - esta si claramente reconocida en el texto de la ley - entre el objeto social y la imputabilidad de los actos realizados por el administrador de la sociedad a ésta. En éste sentido el objeto social es el límite natural de la imputabilidad de los actos realizados por el administrador social a la sociedad por el sistema de representación adoptado por nuestro ordenamiento jurídico.

Consecuentemente y a los efectos del normal funcionamiento de la sociedad, es necesario que el objeto social de la sociedad describa además de las actividades específicas para la cual se constituye la sociedad, una serie de actividades accesorias o conexas indispensables para la realización de dicho negocio de modo de no coartar la actuación del administrador o de requerir una continua confirmación de la asamblea de accionistas de los actos realizados por éste.

Es por ello que la doctrina comparada al analizar un supuesto de infracapitalización, casi en forma unánime a relacionado al patrimonio neto con la actividad “efectivamente desarrollada por la sociedad” y no con su objeto.

Es así que a mi entender no puede determinarse la configuración de un supuesto de infracapitalización en el momento de la constitución de una sociedad.

4.4.2. Subsistencia del problema. La solución adoptada por otros ordenamientos. Solución mesurada: el plan de acción y su cumplimiento.

Lo dicho hasta aquí en relación al carácter excepcional de la responsabilidad bajo análisis, así como de las dificultades relacionadas con la determinación de la llamada infracapitalización originaria no excluye la existencia del problema real que conlleva la inscripción de una sociedad con un capital exiguo para la actividad que finalmente desarrolla.

Es necesario entonces adoptar una solución real y posible a dicho problema, que evite el rechazo necesariamente infundado - ya que se carece de los elementos técnicos necesarios para la determinación del supuesto - de la inscripción de una sociedad con una ponderación subjetiva de su objeto social y de su eventual relación con el capital aportado.

En un punto intermedio nos parece adecuada solución adoptada por la legislación belga que dispuso ya en el año 1978 una solución que nos parece adecuada. La norma en cuestión exige a los socios fundadores la presentación de un plan de financiamiento, relativo a la actividad a desarrollar y en base al cual determinar el capital de la sociedad en constitución.

El Plan no solo resulta útil para una correcta apreciación y determinación de capital congruente, sino que además resulta útil en caso de existencia de un eventual abuso de la personalidad jurídica o de la limitación de la responsabilidad como base para la determinación de una eventual responsabilidad de socios o administradores.[16]

5.- Conclusión: La Necesidad de analizar los supuestos de infracapitalización originaria con criterio restrictivo. Alternativas de solución [\[arriba\]](#)

De lo dicho hasta aquí se puede concluir que:

1.- La existencia de sociedades comerciales cuyos tipos prevén como elemento esencial la responsabilidad limitada de los socios, constituyen una prerrogativa otorgada por el ordenamiento jurídico que se traduce en la inexistencia de la “garantía” de la responsabilidad subsidiaria del socio en caso de insuficiencia del patrimonio de la sociedad.

Esta prerrogativa supone de por sí una transferencia de riesgos propios del negocio societario a terceros ajenos a la sociedad, lo cual en principio parece ser una situación prevista e incluso querida por el legislador en la medida en que no se produzca una situación dolosa o un uso abusivo de un derecho.

2.- Del análisis de la evolución histórica de la sociedad anónima, se puede concluir que ante el avance de la limitación de la responsabilidad, y la generalización de la utilización de ésta prerrogativa por la pequeña y mediana empresa, existió también un mayor desarrollo de la función de garantía del capital social, y en general de todas las herramientas conferidas por el ordenamiento jurídico para cumplir con tal función. También se puede recoger en el último medio siglo un desarrollo de la función empresarial o productiva del capital social, que viene a intentar cubrir determinadas falencias de la aplicación de capitales mínimos.

Ésta última función del capital social no tiende a proteger en forma absoluta la viabilidad del negocio jurídico sino que tiende más bien a establecer determinados criterios de congruencia entre los medios propios de la sociedad con la actividad que desarrolla.

No existe un principio por el cual el capital social deba ser “suficiente” para el desarrollo de la actividad social, sino que en mi opinión el principio establecido es el de la existencia un patrimonio neto congruente “o al menos no manifiestamente inadecuado” con la actividad efectivamente realizada.

3.- La infracapitalización resulta, a mi entender, un fenómeno que se produce en los casos en los que el Patrimonio Neto de la sociedad y no solo su capital social resulta **manifiestamente** inadecuado para la realización de la actividad efectivamente desarrollada por la sociedad, supone un estado en el que se encuentra la sociedad y que de por sí no resulta generador de responsabilidad alguna a ningún sujeto que no sea la misma sociedad.

Solo puede existir responsabilidad de terceros en la medida en que éste estado de infracapitalización se haya configurado como consecuencia de una maniobra dolosa y además de ello se cumplan con los presupuestos de la responsabilidad civil. La eventual responsabilidad de terceros reviste carácter excepcional y solo puede darse en la medida en que exista un abuso de la prerrogativa del régimen de responsabilidad otorgado por el ordenamiento jurídico a un tipo de sociedad.

4.- La infracapitalización denominada originaria, no puede ser determinada hasta tanto la sociedad no defina - con su efectiva realización - la actividad específica desarrollada por la sociedad dentro del conjunto de actividades diversas - conexas o no - que genéricamente define el objeto social. En efecto no puede saberse si existe una sana relación entre el conjunto de los medios propios de la sociedad y la actividad efectivamente realizada hasta tanto no se tiene una idea de la magnitud con la que se desarrollará dicha actividad.

5.- Es innegable que existen algunos casos en los cuales se utilizan en forma abusiva determinadas prerrogativas otorgadas por el ordenamiento jurídico a las sociedades comerciales. Así el abuso de la persona jurídica ha sido desarrollado suficientemente por la doctrina, lo mismo ocurre con el abuso de la prerrogativa de la responsabilidad limitada, sin perjuicio de ello

éste abuso constituye una situación excepcional. La solución a ésta situación excepcional no puede ser la arbitraria e infundada negativa a la inscripción de una sociedad cuyo tipo prevé la responsabilidad limitada de los socios, sin que existan los elementos básicos necesarios para la determinación de ésta situación.

6.- El ordenamiento jurídico comparado ha establecido variadas soluciones, en el caso de la legislación belga de 1978 establece la presentación de un plan de financiamiento en el cual se describe el modo y el alcance de la actividad a realizar determinando los medios financieros con los que se proyecta la misma y el capital social adecuado a tal plan. Esta solución se puede adoptar en nuestro país con la presentación de dicho plan indicado la proporción de capital de riesgo (aportado por los accionistas) y capital de crédito (a través de financiamiento de terceros).

7.- La existencia del mencionado plan establece criterios objetivos - adoptados por quien va a realizar el negocio y no por la entidad encargada del registro - describiendo la evolución de la actividad a realizar y a su vez los fondos con los cuales se realizará el proyecto descrito, estableciéndose el coeficiente de endeudamiento y la relación estimada entre Pasivo y Patrimonio Neto de la sociedad. Finalmente no es la entidad que lleva el registro quien pondera la adecuación del capital social, sino que en última instancia es un juez el que establece en aquellos casos excepcionales cuando existe responsabilidad de los socios de acuerdo al plan financiero acompañado

Entendemos que ésta es una solución adecuada para evitar la injustificada denegación de la inscripción a sociedades por entender que su capital social es exiguo sin que existen parámetros básicos para la determinación de ésta pretendida insuficiencia.

[1] "Responsabilidades Emergentes de la Infracapitalización Societaria" trabajo presentada por el suscripto con la dirección de Jaime Luis Anaya como Tesina final del Master de Derecho Empresarial de la Universidad Austral que lograra el premio a la mejor tesina de la promoción 2000/2001 de dicho Master. La tesina completa fue publicada con posterioridad en la Revista del Derecho Comercial y de las Obligaciones 2005- A p. 651.

[2] En éste sentido véase GIRON TENA, J. "Derecho de las sociedades Anónimas" 1952, Pág.5. ASCARELLI, Tullio, "Principios y Problemas de las Sociedades Anónimas, Pág.26. Traducción de René Cacheaux Sanabr, México, Imprenta Universitaria, 1951.

[3] No cabe duda que los derechos económicos y políticos de los socios deben guardar una cierta relación con el capital aportado. Ello no quiere decir que no pueda prever un dividendo preferido o acciones con voto plural, incluso que se establezcan clases de acciones con determinadas prerrogativas o incluso la incorporación de mayorías agravadas y una suerte de derecho de veto exigiéndose la aprobación de determinadas cuestiones por los integrantes de una clase de acciones. Todo ello no deja de lado el hecho de que la participación de los socios en el capital social es la base y "unidad de medida" de los derechos y obligaciones de los mismos.

[4] Ello es lo que refleja las Resoluciones Generales de la Inspección General de Justicia 25/04 y luego el artículo 272 de la Resolución General 7/05 en cuanto se refieren a la necesidad de exigir que las Asambleas de Accionistas "*que deban considerar estados contables de cuyo estado de resultados y resultados acumulados resulten*" (...) "*saldos positivos susceptibles de tratamiento conforme a los artículos 68, 70 párrafo tercero 189 o 224, párrafo primero de la*" ley de sociedades "*deberán adoptar resolución expresa en los términos de las normas citadas a cuyo fin deberán ser convocadas para realizarse, en su caso en el doble carácter de ordinarias y extraordinarias y prever especialmente en su orden del día el tratamiento de tales cuestiones*". Es decir que si bien no puede imponerse a las sociedades la distribución dividendos, no es posible que las ganancias realizadas y líquidas queden en cuenta de "resultados no asignados" sino que debe constituirse en su caso con ellas una reserva facultativa con determinados recaudos. Estas resoluciones recogen una tendencia jurisprudencial desarrollado a a partir del precedente "Mihura, Luis y Otros c/ Mandataria Rural S.A." Cam. Nac. Com. Sala D. 26.12.79 ED T° 89 Pág.468.

[5] Véase el voto del Dr. Jaime Anaya en "Augur S.A. s/ Quiebra c/ Sumampa, S.A." CNCCom., Sala C, diciembre 28-1984. ED T° 114 Pág. 373.

[6] También se encuentran dentro de éste ámbito de normas las disposiciones relativas a la "pérdida grave de capital social"

[7] Aquí sigo el criterio de distinción empleado por Ricardo Bayona Gimenez en su obra "*Una aproximación al problema de la Infracapitalización a la luz de la necesaria revisión de las funciones del capital social en las Sociedades*

Anónimas” publicado en Cuadernos de Derecho y Comercio, 20 Septiembre de 1996, del Consejo General de los Colegios Oficiales de Corredores de Comercio. P. 147, la cual me parece del todo adecuada al tema en análisis.

[8] Aquí toma relevancia lo dispuesto en el artículo 50 de la ley 19.550 que establece la posibilidad de realizar las denominadas “prestaciones accesorias” cuando se incorpora a la sociedad bienes que no resultan susceptibles de aporte, estableciéndose que éstas prestaciones no forman parte del capital social.

[9] La adopción del principio de lo percibido frente al principio de lo devengado conduce a tal solución legal y a todas las que se desprenden de ella. Por otro lado es menester destacar que la propia ley de sociedades establece principios contables precisos en tal sentido y siempre con la finalidad de cumplir con la función de garantía específica antes mencionada.

[10] Se entiende que el patrimonio neto es el conjunto de los bienes propios de la sociedad, es decir que constituye la totalidad del capital de riesgo, frente al pasivo que es el conjunto de los medios ajenos. El primero está constituido por la totalidad de los aportes de capital (aportes propiamente dichos y aportes irrevocables a cuenta de futuros aumentos de capital) las reservas (legales, especiales y facultativas) así como toda utilidad de la sociedad que no haya sido distribuida aún entre los accionistas. El pasivo está conformado por las distintas clases de deudas de la sociedad, tengan el origen que fuere.

[11] PORTALE, Giuseppe - COSTA, Concetto, “Capitale Sociale e società per azione sottocapitalizzate: le nuove tendenze nei paesi europei” en “Il diritto delle società per azioni: Problemi, esperienze, progetti,” Dir. por ABADESSA y ROJO, Giuffrè Editore, Milano 1993, pags. 133 y sigs.; también PORTALE en Capitale Sociale e società per azioni sottocapitalizzata” Riv.Soc. 1991 pág.3 y ss, así mismo MONTANARI, Alberto, “Capitale Nominale Adeguato all’oggetto sociale o <> proporzionali alle dimensioni? (In margine alla riforma della legge generale sulle società della California), Riv. Soc., p.571 Maggio Giugno 1980) RIPPE, Sigbert “Subcapitalización y responsabilidad de Directores y Administradores” en J.A. 1997-IV, p. 725 y ss. BAYONA GIMENEZ, Ricardo, “Una aproximación al problema de la infracapitalización a la luz de la necesaria revisión de las funciones de Capital en las sociedades anónimas” en Cuadernos de Derecho y Comercio, editado por el Consejo General de los Colegios Oficiales de Corredores de Comercio, Septiembre de 1996. MANOVIL, Rafael Mariano “Responsabilidad de los socios por insuficiencia de Capital Propio (El modelo alemán), en Derecho Empresario Actual, p. 601 y ss Cuadernos de la Universidad Austral, N° 1, Homenaje a Raymundo L. Fernandez, Ed. Depalma. 1996, GALGANO, Francesco “Diritto Commerciale” terza edizione 1988, Volumen II Le società, Bologna. , pag 225 y ss. Editado en castellano por Editorial Temmis S.A. Santa Fe de Bogotá, Colombia 1999. PAZ- ARES, Cándido, “Sobre la Infracapitalización de las sociedades” A.D.C, 1983, p.1587 y ss. y el mismo autor “La Infracapitalización. Una aproximación Contractual” en La Futura ley de Sociedades limitadas (2) Gac. Neg. Madrid 1993, p.7 y ss.

[12] Muchos autores señalan que ante el fracaso de la función de garantía del capital social, se puso mayor énfasis en la función productiva o empresarial de éste. Uno de los primeros autores que destaca ésta última función es FERRARA Francesco (h) juntamente con CORSI, Francesco, “Gli Imprenditore e la Società” Giuffrè Editore, Milano Décima Edizione, p. 275, nota (5) quienes destacan la importancia de la función empresarial al decir que “La finalidad del capital social no es aquella de garantizar directamente a los acreedores sociales, según una afirmación habitual en la doctrina y llevada a extremas consecuencias por SIMONETTO en la monografía citada, sino aquella de asegurarla vitalidad de la empresa social, conservando aquel complejo de valores que están retenidos necesarios para tal vitalidad.” Teoría compartida por PORTALE - COSTA, “Capitale Sociale e Società per azioni ... ob. cit.”. Entre los autores españoles es receptada por BAYONA GIMENEZ, Ricardo “Una aproximación al problema... ob. Cit.” Quien la enuncia señalando que se encuentra en pie de igualdad con las restantes funciones del capital social mientras que PEREZ DE LA CRUZ BLANCO, Antonio, Reducción de Capital...” Obra citada, pag. 41 y ss. señala que se trata de una función a la que asigna escasa relevancia jurídica “La valoración de tipo económico que supone decidir si el capital fijado basta o no a las necesidades de la empresa es algo que debe quedar confiado a la iniciativa de los socios, de la misma forma, corresponde a los terceros relacionados con la sociedad decidir si el capital que aquella ostenta es apto o no para poder depositar su confianza y establecer con ella relaciones crediticias”.

[13] En éste punto resulta recomendable la lectura de GALGANO, Francesco “Diritto Commerciale” terza edizione 1988, Volumen II Le società, Bologna. , pag 211 y ss. Editado en castellano por Editorial Temmis S.A. Santa Fe de Bogotá, Colombia 1999. en donde explica con claridad la formación de las sociedades por acciones y el otorgamiento de la responsabilidad limitada como privilegio. Mas profundo desarrollo se puede ver en ASCARELLI, Tullio, “Principios y problemas de las sociedades anónimas” Traducción de René Cacheaux Sanabrck, México. Imprenta Universitaria. 1951.p. 5. En lo que se refiere a la evolución de las sociedades en nuestro derecho MARILUZ URQUIJO, José M. “Notas sobre la evolución de las sociedades comerciales en el Río de la Plata” en Revista del Instituto de Historia del Derecho Ricardo Levene, editado por la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires, N°22, pag.92 y ss. Buenos Aires. 1971. Véase también MÉNDEZ BALSARCE, Luis, Instituciones y Doctrinas de Comercio, Montevideo 1848, reeditado en su versión original por el Instituto de Investigaciones de Historia del Derecho, Buenos Aires. En relación a la diferenciación del origen de la Sociedad Anónima y la Sociedad de Responsabilidad Limitada está claramente explicada por ANAYA, Jaime Luis, en “Sociedades inicialmente Unipersonales” E.D. T° 124, pag.725 y ss. Allí también el autor señala el progresivo abandono de los fundamentos que justificaban la imputación de responsabilidad limitada de los socios en las sociedades de capital.

[14] En este sentido véase “Derecho Comercial” Volumen II Las Sociedades de Galgano, Francesco Editorial Temis S.A. Santa fe Bogotá - Colombia 1999, el que señala que: “La esencia de la responsabilidad limitada está en el hecho de que el riesgo de la empresa lo corren los socios solo en parte, esto es, solo dentro de los límites de su aporte a la sociedad; en lo que excede a este límite el riesgo se transfiere a los acreedores de la sociedad” agregando que “ los acreedores de la sociedad no se encuentran todos en el mismo plano, pues el efecto traslativo se verifica solo en perjuicio de los

acreedores más débiles económicamente, sobre los pequeños proveedores, sobre la masa de los trabajadores dependientes, sobre los empresarios auxiliares o satélites, como los agentes, los concesionarios, los comisionistas, etc. Los acreedores mas fuertes se encuentran en cambio en condición de exigir, cuando dan crédito a la sociedad, formas suplementarias de garantía, y en particular, de pedir una garantía real o personal de uno o de varios socios”

[15] Resulta relevante el desarrollo del punto 2 de la Sección Primera, Capítulo Primero de la exposición de motivos de la ley 19.550, que señala que la sociedad comercial es una *“realidad jurídica que la ley reconoce como medio técnico para que todo grupo de individuos pueda realizar el fin lícito que se propone.”* Asimismo, la exposición de motivos de la reforma orgánica de dicha ley, la ley 22.903 destaca en el punto 3 de la Sección V del Capítulo Primero que *“la misma constituye un mero recurso técnico para tratar en forma unitaria a ciertos efectos y dadas determinadas hipótesis, a un sustrato plurilateral”*

[16] Es ésta la solución adoptada por los artículos 29- ter, 35, 120- ter y 123 de la *Lois coordonnées de sociétés commerciales*” luego de la reforma del 4 de agosto de 1978. Citada tanto por PAZ ARES, Cándido en la obra ya citada *“Sobre la infracapitalización de las sociedades”* como por PORTALE, Giuseppe B. - COSTA Concetto en *“Il diritto della società per azioni. Problema esperienze, progetti, Giuffrè 1993. “Capitale Sociale e Società per azioni sottocapitalizzate: Le Nuove tendenze nei paesi europei”* p.149.