

Responsabilidad por infracapitalización, SAS y control societario

Una introducción

Gonzalo Fuertes

I. Introducción [\[arriba\]](#)

Dos fenómenos caracterizarán en el futuro cercano la dinámica societaria: uno dogmático, la revisión de los institutos clásicos en la materia, y el otro económico, la tendencia a la concentración de capitales. Solo a título ilustrativo, en el presente se aborda el primero de los aludidos fenómenos a través de las sociedades por acciones simplificadas, mientras que se realiza lo propio respecto del restante mediante la referencia al control societario.

Ciertamente, ninguno de dichos temas es el objeto central de este ensayo y menos aún lo es realizar una reflexión sobre el futuro desenvolvimiento del derecho societario. Sin perjuicio de ello, ante el escenario brevemente descrito y por la índole de la cuestión central en tratamiento, una referencia aquéllos resulta insoslayable.

Así las cosas, a través de las siguientes líneas, se realizan ciertas reflexiones elementales sobre la responsabilidad por infracapitalización, con el fin de establecer una plataforma sobre la que se apoyen algunas ideas, con carácter introductorio, en relación con las mencionadas sociedades por acciones simplificadas y con el control societario, ámbitos en los que cabe imaginar que el tema de referencia puede alcanzar gran predicamento.

II. Una panorámica mirada sobre la responsabilidad por infracapitalización [\[arriba\]](#)

1. Delimitación del ámbito de interés. Precisiones terminológicas

a. Un concepto introductorio de infracapitalización

La infracapitalización es la situación de una sociedad cuando su capital social es menor al que requiere la magnitud y el riesgo de su actividad[1], es decir, cuando existe una inadecuación o incongruencia entre el capital y la envergadura y riesgo de la actividad efectivamente realizada por la sociedad[2]. De esta manera, la infracapitalización surge de la desproporción entre recursos propios y ajenos de la sociedad[3].

El concepto provisto solo tiene una función introductoria, es decir, únicamente tiene por fin permitir el abordaje de los aspectos que seguidamente se exponen. Asimismo, evidentemente, aquél encierra la asunción de posiciones sobre diversas cuestiones no exentas de discrepancias, las cuales son expuestas y tratadas en este capítulo.

b. Las ideas expuestas se encuentran más allá de las críticas al capital social

El abordaje de la responsabilidad por infracapitalización suele involucrar críticas o defensas respecto de la institución del capital social. En ese sentido, es posible advertir que quienes rechazan la existencia de dicha responsabilidad suelen sustentar parte de sus argumentos en la necesaria reforma o, incluso, en directa la eliminación de la regulación existente sobre el capital social. A la inversa, quienes

sostienen la existencia de dicha responsabilidad tienden a justificar su posición, al menos en parte, en las bondades del capital social.

El enfoque indicado, por lo tanto, es el mismo, aunque conduzca en las distintas posiciones a conclusiones de signo contrario. Si bien dicho enfoque es válido, cabe advertir, no es el asumido en el presente. Por el contrario, en estas líneas se trata de adoptar, de la forma más objetiva posible, los lineamientos actualmente vigentes del ordenamiento jurídico como una premisa, es decir, no se cuestiona el mayor o menor acierto de la legislación sino que, por el contrario, se pretende dilucidar cuál es el criterio adoptado por aquél y de qué manera podría resultar más afectivo, siempre dentro de los límites de la ley vigente.

La tarea realizada, por supuesto, no es acética, de hecho, no pretende ni podría serlo. Por el contrario, lo indicado solo tiende a señalar que cuanto se expresa en el presente no implica una toma de posición respecto del acierto o del eventual desacierto de la legislación sobre el capital social. En concreto, se intenta partir del ordenamiento jurídico vigente y, además, aportar ideas para que aquél, en la práctica, sea efectivo.

c. Las referencias aluden a la infracapitalización funcional

La doctrina especializada en la materia en tratamiento efectúa una distinción entre la infracapitalización técnica y la funcional. La primera de estas se produce cuando el valor del patrimonio neto es inferior al capital social, mientras que la segunda, como se adelantó en la noción introductoria, existe cuando una sociedad carece de capital adecuado a la entidad y riesgo de la actividad que realiza[4].

El objeto de interés en el presente ensayo solo atañe a la denominada infracapitalización funcional, no a la técnica, tal como lo devela el concepto proporcionado para transitar estas líneas. Por lo tanto, las reflexiones seguidamente expuestas entiéndanse aplicables únicamente a la primera de aquéllas.

d. Las reflexiones deben entenderse aplicables a las sociedades cerradas

Los supuestos fácticos que convocan la atención en torno la temática de la responsabilidad por infracapitalización se encuentran, normalmente, relacionados con las denominadas sociedades cerradas, no así con las sociedades abiertas. Ello se debe, al menos en parte, a que en estas últimas, en apretada síntesis, la mayor influencia de las fuerzas del mercado de capitales, así como la tendencia a la separación entre administradores y accionistas, tornan menos frecuente dicho fenómeno[5].

Adviértase que, en principio, solo en las sociedades cerradas se desdibuja la situación del accionista como inversor y únicamente ante dicha situación podría evaluarse superar la limitación de la responsabilidad de aquél, en tanto que, de lo contrario, debería preservarse la función económica de la sociedad, la cual requiere, al menos en la economía moderna, la separación patrimonial[6].

e. La necesaria distinción entre infracapitalización sustancial y formal

Precedentemente, se trazó una distinción entre la infracapitalización técnica y la funcional. Asimismo, se indicó que las reflexiones volcadas en el presente solo resultan aplicables a la última de ellas.

En el mismo sentido, es preciso señalar que el abordaje de la infracapitalización funcional requiere, a su vez, distinguir dentro de ella entre la denominada infracapitalización sustancial y la formal. Si bien ambas categorías se encuentran comprendidas dentro de los alcances de este ensayo, resulta indispensable atender a dicha clasificación, en tanto ciertos aspectos en que ella incide exigen un tratamiento diferenciado.

Así las cosas, cabe indicar que la infracapitalización sustancial, también denominada real o material, se produce cuando los socios no dotan a la sociedad con recursos propios necesarios para afrontar su giro, mientras que la infracapitalización formal, también denominada nominal, tiene lugar cuando los socios suministran recursos a la sociedad pero no lo hacen en forma de aportes[7], es decir, recurren a títulos diversos[8], el más común de ellos, el mutuo. Entonces, concretamente, lo que caracteriza al primero de los supuestos aludidos es que los socios no proporcionan en absoluto recursos a la sociedad, mientras que en el segundo de dichos supuestos aquéllos entregan recursos pero no los integran al capital social[9].

2. Aunque imperfecto el capital social es un medio de protección de terceros

a. Un necesario planteo preliminar

El tratamiento de la infracapitalización coloca inmediatamente a quien pretenda abordarlo frente a un primer interrogante consistente en determinar si existe o no existe un deber de capitalizar adecuadamente a las sociedades. De hecho, la cuestión es a tal punto esencial que dependiendo de la posición que se adopte se hallará o, por el contrario, no se hallará sentido y viabilidad jurídica a dicha pregunta.

Sin embargo, si bien en el orden temporal aquél suele ser el primer cuestionamiento que surge al aproximarse a esta temática, lo cierto es que desde el plano lógico se nace un necesario planteo preliminar, consistente en determinar si el capital social cumple o no cumple una función de garantía. Adviértase que carecería de sentido jurídico plantear la cuestión de la suficiencia o insuficiencia del capital social si este no tiene asignada una función de garantía.

Por lo tanto, la secuencia lógica que se impone para afrontar el tema de la infracapitalización se encuentra signada, primero, por dilucidar si el capital social cumple o no cumple una función de garantía, para luego establecer si existe el aludido deber de capitalización adecuada, de lo que, finalmente, se desprenderá la existencia o inexistencia de responsabilidad por infracapitalización.

b. Acerca de la función de garantía del capital social

El capital social, como garantía, es destinatario de múltiples críticas. La doctrina lo califica como fútil[10] y señala la indiferencia del público respecto de él[11]. Incluso, con evidente elocuencia, se destaca su crisis graficándolo como una reliquia destinada a formar parte de un museo arqueológico del derecho societario[12].

En ese sentido, se señala que el capital social solo permite determinar la participación de los socios en la sociedad y delinear la intensidad en el ejercicio de los derechos, tanto políticos, como económicos, que se desprenden de dicha calidad. Por fuera de ello, se indica que es el patrimonio el que permite desarrollar la actividad social, pudiendo integrarse este como se mejor estime[13].

Asimismo, se destaca que los aportes realizados por los socios para integrar el capital social serán invertidos por la sociedad y nada obsta a que aquél se pierda en ese contexto. Así las cosas, el capital social se reduce a una mera cifra histórica que reflejará el monto de los aportes de los socios pero fundamentalmente la proporción entre ellos con incidencia en la determinación de sus derechos, sin proporcionar garantía alguna a terceros[14].

Frente a ello, otro sector de la doctrina señala que el capital social se identifica con, al menos, las siguientes funciones: función de productividad (consistente en el suministro de bienes para el cumplimiento de la actividad social); función instrumental u organizacional (consistente en la determinación del ejercicio de los derechos de los socios); y, de garantía frente a los acreedores sociales[15], resaltándose especialmente esta última[16].

Más allá de que la regulación actualmente vigente sobre el capital social es ciertamente perfectible y, además, sin soslayar que la adopción de un sistema diferente en la materia podría aportar soluciones superadoras, cabe inclinarse por la postura de quienes sostiene que aquél tiene una función de garantía. Un primer aspecto para pronunciarse así está dado en que quienes critican la noción de capital social no suelen negar que se encuentre regulado como una garantía sino que, por el contrario, pretenden resaltar su ineficacia.

Lo señalado, a criterio de quien suscribe, es dirimente, puesto que al operador jurídico no cabe prescindir de la legislación vigente, con la excepción de que medie un supuesto de inconstitucionalidad. Por lo tanto, si es posible sostener que, aunque imperfecto, el capital social es un pretense medio de protección de terceros, dicho operador debe propiciar la interpretación del instituto que tienda a dotarlo de la efectividad y eficacia necesarias para el cumplimiento de su fin y no, por el contrario, prescindir de él por discrepancias en materia de política legislativa.

Sin perjuicio de ello, es posible realizar algunas puntualizaciones en relación con las críticas precedentemente indicadas. Como se señaló, cierta doctrina sostiene que nada obsta a que los bienes aportados por los socios en concepto de capital social se pierdan, sin embargo, lo cierto es que esta crítica también es aplicable respecto del patrimonio en general de la sociedad y normalmente no se pone en cuestión que aquél tenga una función de garantía.

Más allá de ello, sobre el punto resulta de fundamental relevancia procurar no caer en una disputa meramente terminológica. Concretamente, antes de plantear argumentos en defensa de una u otra postura sobre la función de garantía del capital social, es necesario determinar qué se entenderá por garantía. Esto, aunque sencillo, disipa problemas que son más aparentes que reales, en tanto es posible suponer que si por garantía se entiende la efectiva existencia de bienes con el alcance dispuesto en el capital social no ofrecerá demasiadas dudas negar tal calificación a este último, mientras que si dicha función se cumple de manera

indirecta mediante la limitación de la disposición de fondos, siendo exigible la existencia de resultados positivos a tal fin, la respuesta afirmativa se impone[17].

Así las cosas, pareciera innegable la función de garantía, en sentido amplio, del capital social, encerrando la primera de las acepciones una crítica más direccionada a su efectividad que a su esencia. Aquella convicción se sustenta en múltiples disposiciones normativas, de las que, solo a título meramente ilustrativo, cabe mencionar la prohibición de emisión de acciones bajo la par, la prohibición de aumentar el capital social mientras que se encuentre pendiente la integración de aumentos anteriores, la prohibición de distribución de dividendos anticipados, las normas sobre valuación de aportes en especie, las normas sobre integración de los aportes, la imposición de reservas legales en relación con el capital social, la imposición de reducción del capital ante ciertos supuesto, entre otras[18].

Nuevamente, se puede considerar adecuada o inadecuada la figura del capital social, así como también es posible criticar su efectividad como garantía, pero no pareciera existir demasiado espacio para cuestionar dicha función. Por lo tanto, el hecho de que los bienes aportados para la integración de aquél puedan eventualmente disiparse o perderse no constituye un señalamiento idóneo para soslayar la función en cuestión. El punto es que la protección de los acreedores no está dada por la tangibilidad, como podría suceder con el patrimonio, sino por la existencia de un parámetro relativo a la solvencia de la sociedad, el cual impondrá ciertas obligaciones de hacer o de no hacer según la situación, por ejemplo, impidiendo la distribución de dividendos[19].

Otra de las críticas advertidas previamente consiste en resaltar la falta de atención en el tráfico mercantil respecto del capital social. Ahora bien, dicha situación puede funcionar en el sentido inverso, es decir, justificando la intervención del legislador allí donde, por una u otra razón, los particulares no actúan. Repárese en que dicha omisión admite diversas explicaciones con un consiguiente distinto impacto argumental.

Al respecto, cabe señalar que ciertos terceros, acreedores sofisticados, cuentan con herramientas para evaluar la situación de la sociedad infracapitalizada, tienen posibilidades de requerir y acceder a información y, fundamentalmente, pueden imponer condiciones para proteger su situación. Frente a ellos, la regulación del capital social pareciera no revestir mayor importancia, sin embargo, el universo de potenciales terceros que se relacionen con la sociedad, ciertamente, no finaliza allí. Además de aquéllos, existen otros acreedores que cuentan con la posibilidad de advertir la situación de infracapitalización pero no se encuentran en condiciones de obtener seguridades y medidas de protección.

Finalmente, otros terceros no solo carecen de la posibilidad de establecer seguridades y garantías ante una situación de infracapitalización, sino que, de hecho, ni siquiera se encuentran en condiciones de ser conscientes de ella. El caso de los acreedores involuntarios, sin dudas, es el supuesto más claro, pero, a su vez, se encuentran otros terceros que se relacionan voluntariamente con la sociedad aunque los costos del acceso a la información desincentivan cualquier actividad al respecto. En todos estos casos, tanto en los que no se puede acceder a la información, como en los que no existen incentivos para obtenerla, pareciera justificada la exigencia de adecuada capitalización a fin de proteger la necesaria confianza en las relaciones comerciales[20].

Por cuanto antecede, es posible afirmar que el capital social es un elemento técnico que, junto con las normas que regulan su funcionamiento, tiene por fin proteger a terceros[21]. No se trata de soslayar la función de garantía del patrimonio en los términos del arts. 242 y 723 del Código Civil y Comercial, sino de advertir que, mientras este constituiría una garantía directa, el capital social opera de manera indirecta[22], en tanto tiende a dejar fuera del ámbito de disponibilidad de los socios una parte del patrimonio social[23]. Repárese en que el capital social es la base del patrimonio neto, obligando la constitución de reservas con sujeción a él y condicionando la existencia de utilidades en tanto cifra de retención[24], razón por la cual es lógico e, incluso, deseable que presente alguna proporcionalidad con aquél[25].

En atención a ello, cabe adelantar que podría intuirse una responsabilidad de los socios en el mantenimiento de una cierta adecuación entre el patrimonio y el capital[26], como contrapartida de la limitación de su responsabilidad de acuerdo a las reglas del tipo social[27], puesto que, de lo contrario, la función de aquél como garantía, siquiera mínima e indirecta sería neutralizada[28]. Repárese, solo a título ilustrativo, en que de lo contrario la prohibición de distribución de dividendos resultaría absolutamente distorsionada, inutilizada[29].

c. La función de garantía del capital social paradójicamente iluminada por los sistemas que lo abandonaron

Normalmente, la doctrina que se pronuncia en contra de la utilidad del capital social destaca que ciertos ordenamientos, como el de la mayoría de los Estados Unidos de América, lo han abandonado. En ese sentido, se suele mencionar que la Revised Model Business Corporation Act eliminó el concepto de stated capital.

Ahora bien, otra lectura sobre la situación en Estados Unidos bien podría conducir a sostener conclusiones de signo contrario a las expuestas por dicha doctrina. Fíjese que, en primer lugar, el precio de emisión de acciones es libre, es decir, es determinado directamente por el mercado[30] en la mayoría de los sistemas de ese país, por lo que la información disponible es mayor y más transparente que en nuestro medio[31]. Esa situación impone soluciones diferentes, puesto que en Argentina el mercado de capitales no se halla desarrollado ni ejerce potencia disciplinadora alguna, además de que la concentración accionaria prevalece como situación típica de la empresa local, lo cual favorece la alineación entre socios y administradores, reduciendo los posibles controles recíprocos cuando estos responden solo a una mayoría claramente identificada[32].

Asimismo, no puede soslayarse que allí las distribuciones de utilidades suelen encontrarse condicionada a la superación de dos test, los dominados equity insolvency test y balance sheet test. El primero de ellos, consiste en impedir dicha distribución si luego de realizarla la sociedad no podría afrontar sus deudas en el normal curso de su giro comercial, mientras que el restante de aquéllos impide repartir utilidades cuando, como resultado de ello y en una hipotética disolución en ese momento, los activos sociales fueran inferiores a sus deudas[33]. Adviértase, concretamente, que cualquier distribución de utilidades requiere el mantenimiento de adecuados ratios de solvencia a corto y mediano plazo, exigiéndose que el activo corriente sea superior al pasivo actual y, además, que la sociedad cuente con un patrimonio neto en una proporción no inferior de cinco a cuatro[34].

Por lo demás, no se debe ignorar la proliferación cláusulas contractuales (denominadas covenants) por las que ciertos acreedores establecen diversas

obligaciones de hacer y de no hacer tendiente a asegurar sus créditos, es decir, su situación, tales como aquéllas que limitan la capacidad de endeudamiento y la distribución de dividendos. A todas luces, dichas figuras son sucedáneas del capital social, solo que, en lugar de tener origen legal, su fuente es contractual[35].

Cuanto antecede, a criterio de quien suscribe, no hace más que confirmar la función de garantía que cumple, aunque de manera perfectible, el capital social[36] y que, por lo tanto, se impone la necesaria búsqueda de alternativas que permitan una mayor efectividad del instituto.

3. Una necesaria aunque perfectible exigencia ante la limitación de la responsabilidad

Con lucidez, se ha puesto en evidencia que, en tanto el legislador tiene la facultad de atribuir o no atribuir personalidad jurídica y, asimismo, puede establecer distintos regímenes de responsabilidad, ya sea de limitación, subsidiaridad o solidaridad, es lógico admitir que también puede someter la concesión de la limitación de responsabilidad, en los tipos sociales que así lo prevén, al cumplimiento de ciertos recaudos, en este caso, a la dotación de capital social adecuado a la actividad que desarrolle la sociedad[37].

Sobre la base de dicho razonamiento, es posible sostener que la operatividad de la limitación de la responsabilidad puede encontrarse condicionada o, si se prefiere, presupone como condición necesaria la existencia de capital social adecuado[38]. En otros términos, las reglas del tipo atinentes a la limitación de la responsabilidad requieren que los socios mantengan un capital social, aunque sea mínimo[39], acorde para llevar a cabo las actividades sociales[40], puesto que, de lo contrario, se consagraría una prerrogativa potencialmente perjudicial para terceros sin garantía alguna[41]. La exigencia, pues, luce razonable, en tanto la limitación de responsabilidad pareciera exigir algún contrapeso[42] para la protección de terceros, algún contravalor[43], dado por la seriedad del capital de riesgo integrado por los socios[44].

No se soslaya que, en clave económica, si se admite como hipótesis que el funcionamiento de empresas bajo la estructura de tipos sociales que limitan la responsabilidad de sus socios constituye una pauta eficiente, en principio, la responsabilidad por infracapitalización resultaría ineficiente. Sin embargo, dicha eficiencia requiere la existencia de una capitalización adecuada[45], por lo que, cuando esta no concurra, la imposición de la referida responsabilidad, ante determinados supuestos, tiene sustento económico.

Así las cosas y apareciendo como sensata la existencia de alguna garantía frente a la limitación de la responsabilidad, debe bregarse por su efectividad. Se puso en evidencia que, aunque perfectible, dicha garantía, en el ordenamiento jurídico vigente, es el capital social, por lo que pareciera existir sustento suficiente para exigir el mantenimiento de una adecuada relación o proporción entre el giro de los negocios y aquél[46]. Se trata de lograr un equilibrio entre el interés de los socios por la obtención y el mantenimiento de la limitación de la responsabilidad, por un lado, y la prevención y respuesta ante la infracapitalización, como garantía de terceros, por el otro, lo cual es posible mediante el requerimiento de aportes adecuados a la actividad social[47]. De lo contrario, la disociación del capital social de la realidad económico-financiera de la sociedad lo torna inútil[48].

4. El acostumbramiento a la irregularidad. Una profecía autocumplida

a. La infracapitalización como regla

La doctrina que se ocupa del tema de referencia señala que existe una enorme cantidad de sociedades infracapitalizadas[49], sosteniendo que la actuación en esas condiciones es un fenómeno que sucede constantemente[50], en tanto es habitual la disociación entre el patrimonio de la sociedad, eminentemente variable, y el capital social de ella, predominantemente estático[51].

En ese sentido, se indica que es usual la ruptura entre el giro de la sociedad y su capital social[52], es decir, la actuación de aquélla en condiciones de infracapitalización, lo cual se observa diariamente[53], no siendo ello un impedimento para que muchas de dichas sociedades desarrollen sus negocios de manera efectiva e incluso exitosa [54]. La situación es descripta, con elocuencia, como una patología con visos de cronicidad[55].

Con mayor precisión, se destaca que la situación descripta comenzó a producirse en las últimas décadas del siglo XX[56], acompañando, cabe agregar, el vuelco de la economía hacia un enfoque más monetarista que privilegia la especulación financiera. Por lo demás, se precisa que la aludida tendencia se agudiza en aquellos sectores con mayores riesgos en términos económicos y financieros[57], lo cual, como se expondrá, constituye un dato de evidente trascendencia para la consideración de la temática de referencia.

b. Una profecía autocumplida

Se advirtió previamente que no es el propósito del presente ponderar la regulación existente sobre el capital social así como tampoco lo es criticarla. De hecho, se destacó que amplios sectores de la doctrina asumen una posición sumamente crítica sobre él y no se descarta la existencia de alternativas mejores para abordar los aspectos tratados por la figura. Sin perjuicio de ello, se indicó que pareciera ser un dato insoslayable que, a pesar de ser perfectible, aquél tiene una función de garantía, en sentido amplio, asignada por el ordenamiento jurídico y no debiera el operador jurídico prescindir de ella, sin más.

Sobre la base de las consideraciones preliminarmente indicadas sobre el funcionamiento del capital social, cabe advertir que, en gran medida, la ineficacia que se le asigna se encuentra provocada por la infracapitalización que se ha tornado habitual en un número cada vez más amplio de sociedades. No pareciera resultar muy aventurado pensar que si dichas sociedades funcionaran con una razonable proporcionalidad entre la magnitud y el riesgo de sus operaciones y su capital social, este tendría mayor efectividad.

En ese sentido, cabe destacar que, de alguna manera, el capital social funciona como una medida del patrimonio y, según la situación de este, condiciona ciertas operaciones[58]. Ante ese escenario, resulta evidente que si no se procura por parte de quienes adoptan decisiones en el seno de una sociedad la existencia de una mínima proporción entre el capital social y las actividades de ella, aquél poca utilidad tendrá. Ahora bien, entonces, dicha ineficacia pareciera ser producto de la situación en la que el capital social debe operar y no una deficiencia propia de este.

Así las cosas, sería distinta la posición del capital social si los responsables internos de la sociedad no lo colocaran habitualmente en una evidente situación de desproporción, en la cual tiene pocas o nulas posibilidades de operar. Si lo que se denominó como profecía consiste en prejuzgar que el capital social no reportará utilidad alguna y como consecuencia de ello no se lo dota de la entidad suficiente para que pueda producir sus efectos propios, aquélla se cumplirá pero no por características intrínsecas del capital sino por la actitud asumida frente a él.

De igual manera, no resulta insensato imaginar que, justamente, porque el capital social sí cumple una función de garantía es que múltiples sociedades desarrollan sus actividades en condiciones de infracapitalización, puesto que de tal manera pueden eludir los condicionamientos que se desprenden del funcionamiento de aquél. De ser así, en lugar de criticar la herramienta provista por el ordenamiento jurídico debiera observarse dicho comportamiento y procurar brindar respuestas para su corrección. En ese contexto, la responsabilidad por infracapitalización adquiere sentido y razón de ser.

5. La capitalización como cuestión justiciable. Acera del criterio aplicable

a. Acerca de la posibilidad de juzgamiento

La jurisprudencia ha sostenido que, en principio, las actividades empresariales y la gestión de los negocios se encuentran exentas del control judicial[59]. A su vez, en materia de distribución de dividendos, se ha observado ese mismo criterio[60], lo que también ha ocurrido en relación con las decisiones atinentes al aumento del capital. En ese sentido, se ha indicado que

“la decisión sobre la necesidad o conveniencia y sobre la oportunidad del aumento del capital constituye una cuestión de política empresarial -más particularmente de índole comercial y financiera- que, como principio -salvo el caso de arbitrariedad extrema o de irracionalidad del cual resulten perjuicios para terceros- debe quedar exclusivamente reservado a los órganos societarios naturales, que tienen competencia legal sobre tal materia...constituyendo una cuestión no justiciable”[61].

En líneas generales, el razonamiento es compartible, no pudiendo someterse a juzgamiento la estructura de financiación de la empresa y las políticas en materia económica adoptada por la sociedad, como criterios de administración que solo debieran tener implicancias intrasocietarias. Sin embargo, cuanto antecede, a tenor de la buena fe, del abuso del derecho, del deber de prevención del daño, de la amplia conceptualización de este en el art. 1737 del Código Civil y Comercial, así como de la consagración de un criterio de antijuridicidad material (no formal) mediante el art. 1716 de aquél, entre otros elementos considerados en este ensayo, pareciera que debe tener implicancias sobre el criterio aplicable a la apreciación de los reseñados aspectos y no para excluir su abordaje.

Al respecto, repárese que no se trata de indicar a comerciantes profesionales cómo deben cumplir con el objeto social, de hecho, este no es un dato de relevancia, sino que, por el contrario, solo se trata de establecer pautas mínimas respecto de la distribución de riesgos. Dígase lo mismo con otros términos: no se trata de señalar a dichos comerciantes profesionales cómo manejar su negocio, su empresa, desde la

faz productiva y comercial, sino, simplemente, de evitar que se coloque al capital social en una situación de evidente inoperatividad como garantía frente a terceros.

Por lo demás, es preciso considerar que la doctrina de las cuestiones políticas no justiciables (como tema equivalente dentro del ámbito derecho público) se encuentra en franco retroceso e, incluso, dentro del derecho societario, se ha ido gestando una notable apertura al juzgamiento de decisiones sociales en materia de distribución de dividendos. En síntesis, pareciera que nada impide, con las reservas efectuadas, de que se pueda hacer lo propio en la temática en tratamiento.

b. El criterio aplicable

Por cuanto antecede, no cabría pretender excluir de posible juzgamiento las decisiones adoptadas en materia de estructura de financiamiento y, en particular, sobre el capital social[62], sino que, en realidad, es preciso sostener debe procederse con especial cautela sobre el particular. En este sentido, la doctrina indica que, para que exista responsabilidad por infracapitalización, esta debe ser manifiesta[63], evidente[64], notoria[65], calificada[66], inequívocamente constatable[67], puesto que se trata de un remedio excepcional[68] que debe ser aplicado con criterio restrictivo[69], a fin de no alterar la seguridad jurídica ni las reglas de los tipos sociales que prevén la responsabilidad de los socios. Por lo tanto, solo la manifiesta desproporción existente entre la financiación a través de recursos propios y mediante recursos ajenos colocará a la sociedad ante una situación de infracapitalización[70].

En esa línea, debe considerarse, además, que la cuestión en análisis se complejiza al tener que mantener una debida protección a los intereses de los grupos minoritarios. Fíjese que la política de autofinanciación mediante, por ejemplo, la distribución de dividendos en acciones como forma de evitar la infracapitalización, eventualmente, podría funcionar como excusa, como vehículo, para concretar una maniobra de las mayorías[71]. Por lo tanto, se trata de mantener un delicado equilibrio entre los diferentes intereses comprometidos, en que la recta interpretación del interés social desempeña una función esencial[72], vital, cuando se trata del derecho al reparto anual de utilidades[73]. Así, adviértase que la aplicación de un criterio restrictivo en la materia se encuentra línea con la preservación de la causa fin del contrato de sociedad, receptada por el art. 1 de la Ley N° 19.550, al aludir a la realización de aportes “participando de los beneficios”. En concreto, como regla, el socio participa en una sociedad para obtener un beneficio económico[74] y el tratamiento de la infracapitalización debe atender a dicha circunstancia, entre otros aspectos, propiciando un criterio de juzgamiento restrictivo.

En atención a ello, resulta indispensable adoptar una perspectiva de juzgamiento ex ante, no ex post, de las actividades sociales involucradas, puesto que ello desembocaría en la ampliación del criterio aplicable y distorsionaría las normas sobre responsabilidad en los tipos sociales que, como regla, la limitan. Sobre el particular, se advierte que, desde una apreciación ex post, los jueces tienden a decidir en términos redistributivos, a fin de resolver equitativamente el problema que se le presenta, en lugar de plantear normas eficientes hacia el futuro[75], lo cual, no solo es positivo, sino, incluso, necesario en esta materia. Por lo tanto, sin perjuicio de las precisiones que se realizan en este ensayo, es necesario anticipar que la eventual atribución de responsabilidad a los socios debe depender, tanto del conocimiento que estos tengan o pudieran haber tenido del estado y nivel de

infracapitalización, como así también de la posibilidad que tengan de tomar las medidas adecuadas para revertirlo[76].

6. La cuestión no se centra en la pretendida adecuación del capital al objeto social ni en el establecimiento de un capital mínimo legal

a. Acerca de la pretendida adecuación entre el capital y el objeto social

El tratamiento de la infracapitalización suele presentarse vinculando el capital y el objeto social. De hecho, múltiples normas han sido dictadas en esa dirección, pudiendo mencionarse, sin ánimo de exhaustividad, el art. 18 de resolución general 6/80, el art. 67 de la resolución general 7/2005, el art. 68 de la resolución general 7/2015 y el art.2 de la resolución general 5/2020, todas ellas de la Inspección General de Justicia.

Sin embargo, pareciera que para el tratamiento de la infracapitalización con los alcances propuestos en el presente, introducir la noción de objeto social, lejos de portar un elemento valioso para la dilucidación de la temática, trae aparejadas complicaciones ciertamente innecesarias. En ese sentido, la exigencia de la adecuación entre el objeto social y el capital resultaría inconciliable con los términos sumamente amplios con los que se define aquél, máxime cuando, a su vez, suele contener un catálogo sumamente amplio de actividades[77].

Asimismo, ante esa situación, es preciso indicar que no resulta factible juzgar si determinado capital social resulta suficiente o insuficiente para el cumplimiento de cierto objeto si la sociedad no ha comenzado a operar y no desarrolla actividades concretas, más allá de los aludidos términos amplios y genéricos con los que se define aquél[78].

En consecuencia, como se adelantara al proporcionar a los efectos del presente una definición preliminar de infracapitalización, pareciera que resulta técnicamente correcto vincular la consideración y juzgamiento de aquélla a la luz de la actividad efectivamente desarrollada por la sociedad en cumplimiento de su objeto y no apriorísticamente sobre la base de los términos abstractos y normalmente amplios con el que aquél suele preverse[79].

b. Acerca de la imposición de capitales mínimos

Así como en el acápite anterior se sugiere abordar la temática provista por la infracapitalización con independencia del objeto social y ciñendo su análisis a las actividades que específicamente realice cada sociedad, sujeto a los concretos alcances con que lo hace, también se sugiere, mediante este apartado, dejar a un lado las alusiones al capital mínimo, las cuales también suelen observarse en ensayos sobre la temática.

Fíjese que las sociedades no necesitan un capital mínimo para comenzar a funcionar[80], puesto que nada obsta a que aquéllas puedan arbitrar los medios necesarios para obtener de terceros los recursos que necesita para desarrollar las actividades propuestas[81]. Si bien dicha afirmación, en rigor, también es aplicable respecto de sociedades en funcionamiento y esa lógica podría conducir a tornar insostenible la temática de la infracapitalización, lo cierto es que luce determinante el hecho de que en sus estadios primigenios la magnitud de las actividades y, por lo tanto, los niveles de riesgos son menores, por lo que la disciplina del capital social

reporta en ellos menos beneficios y, por el contrario, la exigencia de capitales mínimos elevados podría impedir la formación de sociedades potencialmente prósperas sustentadas en sólidas ideas de negocios pero con pocos activos propios[82].

Asimismo, es preciso señalar que la existencia de capitales mínimos, al menos con el temperamento captado a través del art. 186 de la Ley N° 19.550, no resulta útil para garantizar la solvencia de la sociedad ni tutela los intereses de terceros, máxime cuando no se establece límite alguno a la posibilidad de endeudamiento de aquélla[83]. A su vez, lo exiguo del capital mínimo legalmente exigido tampoco lo torna idóneo para asegurar la pretendida función productiva del capital social.

Ahora bien, sin perjuicio de dichos señalamientos, el aspecto esencial sobre el que recae la propuesta de tratar la temática de referencia con independencia del capital mínimo reside en que es posible advertir una idea ciertamente distorsiva del sistema consistente en equiparar lo mínimo con lo suficiente. Concretamente, pareciera poder observarse la consideración de que el cumplimiento del capital mínimo anularía la posibilidad de infracapitalización, es decir, tornaría abstracta la cuestión[84], cuando ello conduce a que se neutralice la función de garantía del capital social, como se expuso previamente.

En síntesis, discernir la existencia de un capital mínimo con la suficiencia de este y la adecuada capitalización de la sociedad es un aspecto fundamental del que depende la operatividad del capital social en su función de garantía. Distinguir dichos aspectos constituye el primer paso para arribar a la capitalización como una exigencia dinámica de adecuación al concreto giro de los negocios sociales, según su magnitud y riesgos.

7. La congruencia del capital con la actividad, una exigencia dinámica. Acerca del momento del control

a. El control no debe ser originario

La doctrina que se ocupa de la temática en tratamiento distingue entre la dada en llamar infracapitalización originaria y la sobreviniente. Al respecto y como lo anticipan sus respectivas denominaciones, la primera de ellas es la que se encuentra presente desde el momento de la constitución de la sociedad al contrastar el capital social con el objeto social, mientras que la restante es aquella que se genera con motivo del devenir de la actividad social[85].

Una posición, más allá de las implicancias propias de la infracapitalización sobreviniente, sostiene la importancia de la revisión y control, al momento de la constitución de la sociedad, de una adecuada relación entre el capital suscrito y el objeto social, con el fin de evitar la entrada en funcionamiento de aquélla en condiciones de manifiesta infracapitalización[86]. En ese sentido, con especial énfasis respecto de los tipos sociales que limitan la responsabilidad de los socios, se avala la existencia de facultades suficientes en cabeza de las autoridades de contralor sobre el particular[87].

La posición no resulta convincente. Si bien en el presente ensayo se tiene específico interés en la prevención del daño, no pareciera ser la mejor alternativa imponer controles como los aludidos al momento de la constitución de una sociedad. En primer lugar, dicha postura conduce a centrar el análisis sobre el objeto social,

cuando debiera centrarse en las concretas actividades sociales y la magnitud del giro del negocio, por lo que en nada contribuye al correcto abordaje de la cuestión. A la vez, la improcedencia de un control previo de capitalización[88] resulta de considerar que la función de financiación del capital social, en la actualidad, es o, al menos, puede ser reemplazada por múltiples instrumentos económicos y financieros[89].

Asimismo, cabe agregar que, en sus orígenes, la envergadura del giro social será menor, por lo que también menores serán los potenciales riesgos, resultando ante ello razonable priorizar la formación de sociedades evitando colocar mayores barreras de ingreso al mercado. Considérese especialmente que la visión propia del empresario se funda en una estimación del futuro en condiciones de incertidumbre, por lo que justamente es allí, en el cambio, donde reside la ganancia empresarial[90] y parte de ello tiene lugar a partir de poder realizar las mismas actividades con menores aportes, lo cual es admisible, al menos, en sus comienzos.

b. La congruencia como exigencia dinámica

En la visión tradicional de la materia, el capital social se traduce en una cifra dentro del patrimonio neto que refleja los aportes que han realizado o deben realizar los socios, en su condición de tales, la cual, en principio, permanece invariable durante la gestión social, solo pudiendo modificarse a través de los mecanismos y requisitos expresamente previstos por la ley. Es decir, según aquella, el capital social se desvincula de la evolución de los resultados económicos de la sociedad[91], más allá de la eventual reducción obligatoria o de la disolución social por su pérdida.

Frente a ese posicionamiento, es preciso poner de resalto la operatividad del capital social tendiente a la solidez del patrimonio, función que se extiende durante toda la vida de la sociedad[92]. No se soslaya que cuanto antecede pudiera no surgir expresamente de los textos legales pero es posible extraerlo sin mayor dificultad del juego armónico de las disposiciones involucradas en la materia y del propio sentido de la institución. Repárese en que, si el capital social resulta una medida, un instrumento de medición del patrimonio, resulta indispensable que conserve alguna correspondencia con la evolución que experimente este, puesto que, de lo contrario, se quebrará una relación mínima entre ellos, manteniéndose formalmente el capital social pero, en rigor, neutralizándose su operatividad. Gráficamente, el instrumento de medición o la unidad de medida deben mantener cierta relación con el objeto sobre el que pretenden funcionar.

Así las cosas, la aludida invariabilidad del capital social puede conducir a equívocos y a distorsionar su funcionamiento, ya que aquél no solo puede variar sino que, incluso, en algunos supuestos será necesario que así suceda, no únicamente mediante su reducción obligatoria en el caso del art. 206 de la Ley N° 19.550, sino también para acompañar el desarrollo económico de la sociedad, según el tipo y dimensión de su actividad, a fin de no quedar obsoleto[93]. Es en este contexto en que debe entenderse la responsabilidad de los socios y administradores en el mantenimiento de una relación razonable entre el giro real de la sociedad y el capital con el que ésta se halle dotada[94] y es allí donde se insertan las propuestas de este ensayo, como búsqueda de fundamentos para responder ante su inobservancia[95].

Respalda esta visión el entendimiento de que la denominada crisis del concepto del capital social como cifra fija e inmutable no debe ser reemplazada, necesariamente, por una concepción totalmente ajena aquél[96], siendo ello indispensable mientras

no opere una reforma legal. Con ese ánimo, es correcto advertir una tendencia que, hasta el momento, solo comprende a las sociedades cotizadas y que exhibe un progresivo apartamiento de la objetada visión clásica al permitir el aumento de capital sin límites y sin modificaciones estatuto, la presentación de estados contables en moneda constante[97], así como las demás reglamentaciones dictadas por la Comisión Nacional de Valores en materia de exposición del patrimonio neto y de aportes irrevocables a cuenta de futuras emisiones de acciones.

Cuanto antecede, en concreto, permite revisar los alcances de la denominada inmutabilidad del capital social y, en su lugar, exigir su congruencia con el giro empresarial, con el tipo y magnitud de la actividad social, como requerimiento dinámico que permita el mantenimiento de la función y eficacia de aquél, es decir, del capital social como garantía de terceros.

8. El reconocimiento y la aceptación de riesgos. Su distinción con la traslación de riesgos. La supuesta capacidad de respuesta

a. La razonable aceptación de riesgos

La actividad económica necesariamente entraña riesgos. Es connatural al comercio la presencia de un alea. Cualquier análisis que se realice sobre este tipo de actividad, es decir, económica, comercial, debe considerar ello y aceptar su existencia. Las sociedades de la Ley N° 19.550, así como las sociedades por acciones simplificadas de la Ley N° 27.349, que aunque ya no se indique siguen siendo comerciales, no son la excepción.

En consecuencia, el tratamiento que se efectúe sobre el capital social y su función de garantía, así como las conclusiones que se extraigan sobre la eventual responsabilidad de socios o administradores, no deben soslayar que la potencial producción de daños es una circunstancia ínsita en el comercio, aceptada, consentida, socialmente. No todo daño, en sentido genérico y coloquial, no jurídico, debe ser reparado.

De hecho, la limitación de la responsabilidad en diversos tipos sociales constituye no solo la aceptación de la existencia de riesgos en la actividad económica sino, a su vez, una distribución de ellos. No debe perderse de vista, entonces, que la constitución de una sociedad con limitación de responsabilidad trae aparejada una distribución de riesgos consentida, avalada, por la ley, en tanto condición indispensable para la realización de proyectos empresariales no solo beneficiosos sino incluso necesarios en el marco de una economía capitalista[98].

Esas ideas básicas deben ser la plataforma conceptual a partir de la cual tratar los restantes aspectos involucrados en este apartado y, en general, en este ensayo. Se reitera, las actividades económicas, comerciales, entrañan riesgos, en principio, socialmente aceptados y, asimismo, la constitución de una sociedad cuyo tipo implique limitación de la responsabilidad representa una distribución de riesgos con terceros que, también en principio, se encuentra consentida como un mecanismo necesario para el progreso económico. Así las cosas, cabe plantearse si existen o son exigibles ciertos límites para ello.

b. La traslación de riesgos. Un necesario límite

El estado de infracapitalización inevitablemente provoca otro fenómeno, consistente en la traslación de los propios riesgos empresarios hacia los terceros que se relacionen con la sociedad[99]. En ese escenario, el origen de los fondos con los que se financie la actividad empresarial constituye un dato ciertamente esencial, puesto que la mayor presencia de fondos propios disminuirá el traslado de los riesgos, mientras que, a la inversa, la mayor presencia de fondos de terceros implicará un aumento de la transferencia de riesgos hacia ellos[100]. De esta manera, se establece una relación inversamente proporcional entre el aporte de fondos propios y la trasladación de riesgos a terceros[101], consecuencia ineludible frente a tipos societarios que limitan la responsabilidad de los socios[102].

Adviértase que, ante un eventual fracaso empresarial, con un capital social que no observe una mínima relación de proporción respecto del giro de los negocios, los socios no deberán responder por los pasivos sociales, si las reglas del tipo así lo disponen, siendo los terceros quienes asuman, en definitiva, los riesgos de la actividad comercial desarrollada sin éxito[103]. En consecuencia, no luce irrazonable, sino, de hecho, todo lo contrario, exigir que los socios asuman un riesgo suficiente, a fin de mitigar posibles daños a terceros[104], máxime si se repara en que aquéllos carecen de incentivos para aumentar el capital social, puesto que las actividades sociales pueden ser realizadas en condiciones de infracapitalización e incluso la rentabilidad por acción será mayor[105].

Sobre el particular, resulta ciertamente elocuente la comparación de la estructura empresarial con la del mercado, en el sentido de proceso dinámico de complejo equilibrio en el que participan diversos agentes (trabajadores, proveedores, administradores, accionistas, acreedores financieros, entre otros) que pretenden maximizar sus beneficios[106]. En ese escenario, no se trata de que los socios asuman todos los riesgos de la actividad de la empresa sino, por el contrario, de que exista una razonable relación de proporcionalidad entre el capital social y esos riesgos, es decir, cierta congruencia entre ambos o, al menos, no se presente una manifiesta separación que desequilibre los distintos intereses comprometidos[107], lo que sucede, solo como ejemplo, cuando sociedades con capitales insignificantes desarrollan empresas sumamente ambiciosas[108], puesto que fácticamente pueden hacerlo.

En síntesis, se insiste, no se trata de negar la existencia de riesgos ni tampoco la eventual producción de daños (en sentido genérico, no jurídico) sino de armonizar los intereses involucrados, considerando especialmente que dichos riesgos son gestionados por la sociedad pero, al menos en parte, recaerán sobre terceros que no lo hacen[109], debiéndose, consecuentemente, adoptar ciertos recaudos mínimos para evitar actitudes oportunistas y maniobra abusivas.

c. Acerca de la supuesta capacidad de respuesta de los terceros

i. Sobre la posibilidad de evaluar riesgos y exigir garantías

Frente a la expuesta traslación de riesgos, con alcances que no parecieran ser los asumidos o consentidos socialmente, puesto que dejan de responder a las necesidades del comercio y, por el contrario, se relacionan exclusivamente con el beneficio personal en detrimento de terceros, se ha indicado que, si bien estos usualmente pueden resultar perjudicados, lo cierto es que no son seres incapaces de

adoptar los recaudos necesarios para evitarlo, por lo que no resultarían admisibles las exigencias y eventuales responsabilidades que en el presente se abordan[110].

La respuesta brindada ante tal posicionamiento luce convincente. Al respecto, se indica que ese argumento solo responde a la situación de quienes se encuentran en condiciones de exigir seguridades, es decir, quienes actúan en condiciones de profesionalidad para evaluar riesgos y, además, tienen la posibilidad de imponer términos en una negociación. Sin embargo, a la par de quienes se hallan en la situación descrita, existe un universo ciertamente más extenso de sujetos que no pueden evaluar dichos riesgos o, incluso, pudiendo hacerlo no tienen la posibilidad de exigir garantías. Piénsese en la situación de los entes recaudadores de impuestos, de los contratantes de menor envergadura, de los trabajadores en relación de dependencia, de los acreedores derivados de la responsabilidad extracontractual, entre otros[111].

Evidentemente, no todos los acreedores sociales se encuentran en condiciones de evaluar riesgos ni de advertir la situación en la que se encuentre la sociedad involucrada. Incluso, existen otros múltiples sujetos que, pudiendo hacer ello, carecen de la posibilidad de exigir garantías y seguridades. A todas luces, la supuesta capacidad de respuesta no es tal o, al menos, aplica a un sector minoritario del universo de sujetos con quienes se relacionará la sociedad.

ii. A modo de teoría del derrame

Asimismo, atendiendo a los reparos precedentemente expuestos, suele indicarse que, si bien es cierto que no todos los acreedores de la sociedad tendrán la posibilidad, los incentivos o los recursos para indagar la situación de ella, así como no todos tendrán el poder de negociación suficiente para mejorar su posición mediante la existencia de garantías o seguridades, la presencia de otros acreedores que sí tengan los incentivos, recursos y posibilidad de hacerlo beneficiará a los restantes, como consecuencia indirecta, al imponer condiciones contractuales a fin de protegerse. En ese sentido, se señala, a modo ejemplificativo, que la incorporación de una cláusula a instancias de un solo acreedor que importe una limitación en la distribución de utilidades redundará en beneficios para los restantes acreedores sociales[112].

Nuevamente, la respuesta opuesta frente a esa línea argumental pareciera certera. Fíjese que esa suerte de garantía colectiva que pretende observarse en los acuerdos que celebren los acreedores con mayor capacidad de negociación resulta más aparente que real. En ese sentido, se señala que aquéllos, como es natural, persiguen la protección de sus propios intereses los cuales, no sería extraño, pueden entrar en colisión con los de los restantes acreedores; es que, en realidad, antes que la solvencia general de la sociedad, se pretenderá la satisfacción de los propios créditos, incluso en detrimento otras acreencias. Adviértase, solo ilustrativamente, que a la par de la aludida limitación de distribución de utilidades, puede haberse previsto la exigencia y pago anticipado del crédito ante ciertas circunstancias. Por lo demás, es preciso tener presente que, a diferencia de soluciones de origen legal, es decir, permanentes y generalizadas, los acuerdos de referencia (usualmente denominados covenants) pueden celebrar o no celebrarse, así como también pueden ser modificados o eliminados sin intervención ni conocimiento de los restantes acreedores[113].

Por lo tanto, una vez más, la alternativa contractual, no luce suficiente ni pareciera permitir soslayar los mecanismos legales que, aunque perfectibles, se encuentran

previstos para la protección de la situación de terceros operando sobre el capital social de la sociedad.

d. Un punto de equilibrio

Por cuanto antecede, cabe sostener que la visión más razonable sobre la cuestión parte de la necesaria admisión de la existencia de riesgos propios de la actividad empresarial y económica, tanto para terceros, como para los propios socios. Sin perjuicio de ello, en atención a la posición de privilegio de estos últimos, pareciera indispensable propender a la plena efectividad de los mecanismos legales direccionados a equilibrar la situación de los diversos sujetos involucrados.

Concretamente, siempre admitiendo la existencia de riesgos, es preciso bregar por una equitativa distribución de ellos, impidiendo la desnaturalización del capital social como herramienta legal y la consiguiente desproporcionada traslación de los señalados riesgos, aunque sin caer en una visión meramente resultadista sino, por el contrario, sosteniendo un criterio centrado en la conducta, en las medidas tomadas sobre el particular.

9. La posible generalización de los criterios del art. 70 LGS. Su operatividad bifronte

El art. 70 de la Ley N° 19.550 establece que en cualquier tipo de sociedad podrán constituirse otras reservas además de las legales, siempre que sean razonables y respondan a una prudente administración. Por lo tanto, la citada disposición condiciona la constitución de reservas facultativas a que esa decisión responda a los criterios de razonabilidad y prudencia.

Dichos criterios, no solo debieran operar para condicionar la constitución de reservas sino que, asimismo, deberían generalizarse y tener una operatividad bifronte. No solo se trata de que los criterios señalados se utilicen para determinar cuándo es posible o no es posible constituir reservas facultativas sino que, además, deben aplicarse en materia de distribución de dividendos. Al respecto, se ha señalado que el criterio de razonabilidad impuesto por el art. 70 de la Ley N° 19.550, si bien desde su literalidad solo se refiere a las reservas facultativas, se irradia a toda otra decisión relativa a la aplicación de las utilidades del ejercicio[114].

En ese sentido, cabe destacar que, de acuerdo con lo dispuesto por los arts. 68 y 224 de la Ley N° 19.550, la distribución de dividendos solo se encuentra condicionada a que estos respondan a ganancias realizadas y líquidas resultantes de un balance confeccionado de acuerdo con la ley y el estatuto y aprobado. Frente a ello, una sociedad infracapitalizada puede distribuir sistemáticamente dividendos desentendiéndose de efectuar un mínimo ajuste entre su capital social y el giro del negocio.

No se trata de pretender ajustar el capital social al objeto social para asegurar o posibilitar su realización sino de evitar la dilución de aquél como mecanismo de garantía para terceros, tal y como ha sido previsto en la Ley N° 19.550, más allá de la perfectibilidad del instituto e incluso su eventual reemplazo por otros sistemas. Repárese en que, según los lineamientos del ordenamiento jurídico vigente, un aspecto fundamental de dicha función de garantía reside en condicionar la distribución de dividendos a que las ganancias superen el capital social y la reserva

legal. Así las cosas, la falta de ajuste, aunque sea mínimo, entre el capital social y el giro de los negocios neutraliza la efectividad de la señalada función de garantía.

Para evitar ello, es preciso problematizar una lectura meramente lineal de la exigencia de ganancias líquidas y realizables y complementarla con los criterios de razonabilidad y de prudente administración que proporciona el art. 70 de la Ley N° 19.550. Así como estos condicionan la constitución de reservas facultativas, también deben operar en el sentido de impedir la distribución de dividendos en efectivo, en todo o en parte, si ello solo es posible por la infracapitalización de la sociedad y la consecuente neutralización del capital social como garantía frente a terceros. Ese criterio pareciera que es el que debe animar la interpretación y aplicación de lo dispuesto por el art. 66, inc. 4, de la Ley N° 19.550, en cuanto impone que la memoria debe contener, en su caso, las causas detalladamente expuestas por las que se propone el pago de dividendos o la distribución de ganancias en otra forma que en efectivo.

Por lo tanto, se trata de superar un criterio meramente contable en materia de distribución de dividendos o, al menos, que esa posibilidad surja de confrontar las diferentes partidas y coeficientes a fin de garantizar la operatividad del capital social. En otros términos, se trata de redimensionar la categoría de ganancias realizadas y líquidas y cuestionar cuándo, con sujeción a los criterios legales en materia de capital social, puede considerarse que existen utilidades reales susceptibles de ser distribuidas.

Por cuanto antecede, según el caso y como alternativa práctica, la distribución de dividendos se deberá realizar en acciones, aumentando el capital social. Ella pareciera ser la mejor forma de armonizar los diversos intereses comprometidos. Concretamente, condicionar la distribución de dividendos en efectivo cuando, de acuerdo a criterios de razonabilidad y prudente administración, el capital social deba ser aumentado para mantener aunque sea una mínima proporción con la magnitud del giro empresarial, a fin de no desnaturalizar aquél como garantía frente a terceros.

En esta línea, resulta de interés el criterio introducido en la regulación de las sociedades con responsabilidad limitada alemanas a través del párrafo 1 del § 32.a de la GmbHG al proponer como pauta interpretativa la hipotética decisión que adoptarían los socios si actuaran como ordinarios comerciantes[115]. Si bien no sería apropiado pretender equiparar dichas situaciones, no es menor cierto que la utilización de ese planteamiento es útil a fin de evaluar el tenor de las decisiones que se adopten en materia de capitalización y distribución de dividendos.

En síntesis, mediante la propuesta efectuada se intenta responder, al menos parcialmente, a la inquietud manifestada por la doctrina al referirse al art. 206 de la Ley N° 19.550 e indicar que estando vigente un régimen de capital social debe ser bienvenida una norma que pretenda reducir la habitual disociación existente entre el cambiante patrimonio de una sociedad y la estática cifra del capital social[116]. Fíjese que, aplicando las pautas del art. 70 de la Ley N° 19.550 del modo señalado, junto con el resto de precisiones efectuadas a través del presente, podría mantenerse una correcta disposición entre los medios propios y los ajenos (determinados, a título meramente ilustrativo, a través del coeficiente de endeudamiento), y entre éstos y la dimensión de la empresa[117], es decir, adecuar el capital de riesgo a los que entrañe el giro comercial, ya sea por su naturaleza o dimensiones.

10. La efectividad del capital social. La contracara del art. 206 LGS

a. La efectividad del capital social

Resulta un lugar común en la doctrina existente sobre el capital social el señalamiento de tres principios fundamentales que lo gobiernan, a saber: la determinación, la efectividad y la estabilidad[118]. Sin ánimo de exhaustividad, cabe señalar que es posible extraer el principio de determinación de lo dispuesto por los art. 11, inc. 4, y 166, inc. 1 y 2; el principio de efectividad de lo establecido por los art. 168, 187, 190, 202 y 224; y, por último, el principio de estabilidad de lo previsto por los art. 188, 205 y concordantes, todos ellos de la Ley N° 19.550.

A los fines del presente, es preciso centrar el análisis en el aludido principio de efectividad, en tanto este plasma, al menos parcialmente, la función de garantía del capital social, ya que tiende a que este se relacione con un capital efectivo[119]. Fíjese que, en cierta medida, la efectividad del capital conduce a la solidez del patrimonio social y ello, evidentemente, repercute en favor de la función de aquél como garantía. Al respecto, elocuentemente, se alude a la sustentabilidad del capital[120], lo cual también grafica de buena manera la idea que se pretende transmitir.

Ahora bien, si se admite el juego de palabras, una sociedad puede encontrarse efectivamente infracapitalizada y ninguna garantía representará, en tal caso, el capital social. Así las cosas, cabe proponer que la efectividad del capital no sea juzgada solo a la luz de su correlato con una cifra sino con los alcances y riesgos de la actividad social. Dígase lo mismo con otros términos: si el principio de efectividad exige la contrapartida de la cifra capital con bienes, una adaptación de aquél a la actual dinámica societaria conduce a que también se deba considerar la concreta magnitud y riesgos de la actividad empresarial. Solo así es posible sustentar la necesaria aportación de los socios para la existencia de equilibrio entre capital social y el giro empresarial, consiguiendo que aquél resulte suficiente y pueda cumplir su función de garantía[121].

En ese sentido, se señala que la efectiva protección de los terceros requiere de un mecanismo que actualice la cifra capital y de una mínima correspondencia entre aquélla y el patrimonio, considerando especialmente el nivel de endeudamiento de la sociedad. De esta manera, en concreto, se limita la distribución de dividendos, entre otros aspectos, al monto necesario para hacer frente al pasivo corriente[122]. La responsabilidad por infracapitalización, aunque sea indirectamente, tiende a ello.

b. Una vía interpretativa a través del art. 206 LGS

El art. 206 de la Ley N° 19.550 establece que la reducción del capital social es obligatoria cuando las pérdidas insumen las reservas y el 50% del capital y, si bien su mención podría resultar paradójica en el marco de la temática de la infracapitalización, lo cierto es que dicha disposición entraña una noción ciertamente útil para la comprensión de la cuestión.

Adviértase, en lo esencial, que el ordenamiento jurídico no es indiferente frente a la disociación entre el capital social y el patrimonio. No se soslaya, ciertamente, que la citada norma alude a una situación de avance de las pérdidas sobre el patrimonio, mientras que un deber de capitalización adecuado captaría la situación

de signo contrario, es decir, la exigencia de aumentar el capital ante el crecimiento del giro empresarial, pero, se insiste, en esencia, el fenómeno es equivalente, direccionado a sostener una necesaria relación entre el capital social y el patrimonio.

La efectividad del capital como necesario correlato con bienes en el patrimonio, también a la luz del art. 206 de la Ley N° 19.550 pero propiciando una solución en sentido inverso, conduce a la exigencia del mantenimiento de cierta relación entre capital social y patrimonio, de cierta correspondencia entre la complejidad del negocio y de las operaciones y el nivel de capital[123]. Solo un capital social serio y realista[124], entendido como mínimamente adecuado con la entidad y riesgo de las actividades desarrolladas, cumple la función de garantía que le asigna el ordenamiento jurídico[125].

Evidentemente, la nitidez de la situación en la que la disposición de referencia impone la reducción del capital social no existe en relación con el deber de capitalización adecuado y, de hecho, pareciera que este debiera obedecer a criterios más laxos y flexibles, dados por la dimensión de la actividad, las características del sector en que se desarrolla, los métodos y planes de financiación, entre otros[126], lo cual tendrá su correlato, a su vez, en el criterio restrictivo con el que se juzgue la responsabilidad por infracapitalización.

11. La prevención del daño, el abuso de derecho y la diligencia de un buen hombre de negocios

a. La prevención del daño como eje interpretativo

La adopción del temperamento clásico en la materia conduce a afirmar que los directores, en el caso de las sociedades anónimas, y los administradores sociales, en general, no tiene ningún deber específico de velar por los intereses de terceros, en particular, por el interés de los acreedores de la sociedad[127]. Sin embargo, las modificaciones legislativas en torno a la prevención del daño, principalmente, a través de los arts. 1710 y conchs. del Código Civil y Comercial imponen efectuar una nueva lectura sobre el particular[128].

Al respecto, es preciso señalar que, incluso antes de operada la reforma a la legislación civil y comercial, la doctrina destacaba que nuestro sistema normativo adopta una perspectiva *ex ante*, en el sentido de que pretende prevenir la producción de daños a los acreedores sociales. En ese sentido, se destaca la función del capital social, el cual, si bien no elimina el riesgo de insolvencia y los daños que como consecuencia de esta se provocan en los acreedores sociales, tiende a evitarla, operando mediante la retención de una determinada cifra a resguardo, al menos parcialmente, del accionar de administradores y socios[129].

Frente a dicho sistema, la doctrina contrapone la opción usualmente observada en el derecho norteamericano, el cual relega la prevención del daño a la iniciativa privada, centrándose la legislación, por el contrario, en el derecho concursal, es decir, implementando una perspectiva *ex post*. De esta manera, en esos ordenamientos no opera el capital social como cifra de retención, otorgándose a los administradores amplios márgenes de discrecionalidad, sujetos a su revisión judicial ante un eventual escenario falencial[130].

En consecuencia, en atención a la opción de la legislación societaria nacional, así como por la consagración de la prevención del daño mediante el Código Civil y Comercial de la Nación, cabe afirmar la existencia de un deber, aunque sea genérico, de prevención del daño en cabeza de socios y administradores sociales. Concretamente, en lo que atañe a la temática en tratamiento y con especial referencia a los tipos societarios que limitan la responsabilidad, es posible afirmar la exigibilidad de una ordenada y adecuada financiación de la empresa[131], con el fin de prevenir la producción de daños a terceros.

b. Sobre la existencia de un posible abuso del derecho

Se ha sostenido a través del presente que, aunque perfectible, el capital social desempeña una función de garantía. Así las cosas, desvincular manifiestamente la cuantía de aquel respecto de la evolución económica de la sociedad y la magnitud del giro comercial, conduce a que esa garantía o, si se prefiere, esa herramienta de protección de terceros se neutralice. De tal manera, quienes resulten responsables de ello, según los casos, pueden incurrir en una conducta reñida con la buena fe, que configure un abuso del derecho[132], en los términos del art. 10 del Código Civil y Comercial, máxime cuando terceros pueden haberse relacionado con la sociedad basados en una apariencia de solidez patrimonial, es decir, a partir de la confianza creada sobre una imagen que no se condice con un estado de infracapitalización.

No se soslayan, ciertamente, las múltiples críticas que recibe la institución del capital social. Sin embargo, como se ha indicado, ello no puede conducir a hacer caso omiso a la legislación vigente. Sea desde una interpretación literal o a partir de una interpretación sustentada en la finalidad de las normas y la coherencia sistémica, de acuerdo con las pautas establecidas por el art. 2 del Código Civil y Comercial, es posible sostener la función de garantía del capital social. De hecho, en su mayoría, los principales detractores del instituto no niegan tal carácter sino que, por el contrario, lo admiten pero niegan su eficacia. Ahora bien, ante ese escenario, el intérprete no debería ignorar la legislación vigente y su finalidad, como paradójicamente suele ocurrir, sino que debiera intentar proponer la interpretación y formas de aplicación de la normativa involucrada que permitan una mayor eficacia del instituto, en cumplimiento de la función para la cual ha sido previsto.

Por cuanto antecede, como se ha expuesto, con sustento en la finalidad de la normativa involucrada y para evitar o, en su caso, subsanar la desproporcionada e indebida traslación de riesgos a terceros, la insuficiente provisión de medios propios puede ser considerada como un abuso del derecho[133]. Fíjese que la neutralización de la función de garantía del capital social puede derivar en un abuso en la limitación de la responsabilidad en los tipos sociales que así lo prevén[134]. Desde otra perspectiva, pareciera que la asunción de riesgos, aunque sea mínimamente proporcionada a los puestos en cabeza de terceros, constituye una conducta exigida por la buena fe[135], cuya transgresión debe entrañar responsabilidad frente a aquéllos[136]. De lo contrario, la operatividad del capital social como garantía quedaría absolutamente relegada a la buena disposición de los socios y administradores, sin consecuencias jurídicas.

c. Acerca de la incidencia del estándar de diligencia

De conformidad con lo dispuesto por el art. 59 de la Ley N° 19.550 los administradores y los representantes de la sociedad deben obrar con lealtad y con la diligencia de un buen hombre de negocios y, de acuerdo por lo establecido por el art. 1725 del Código Civil y Comercial, el estándar de apreciación de su conducta es

ciertamente exigente. Otro tanto resulta sostenible respecto de los socios, quienes, según su propia posición, tampoco son ajenos a la necesaria exhibición de un comportamiento diligente.

Con ese criterio, la jurisprudencia ha juzgado que la responsabilidad por infracapitalización existe más allá de que al momento de la constitución de la sociedad esta haya sido o no haya sido dotada con un capital suficiente, puesto que administradores y socios debieron adoptar las medidas necesarias para mantener una adecuada relación entre el capital social y el giro de la sociedad en su carácter de buenos hombres de negocios[137]. En ese sentido, la doctrina ha identificado tres grupos de supuestos que develan imprudencia en relación con la materia de referencia, a saber: el otorgamiento de créditos a fin de evitar el concursamiento, la continuación de la operación incluso frente a la imposibilidad de obtener créditos en condiciones de mercado y el desproporcionado recurso a la financiación externa de forma planificada[138]. Sin perjuicio de ello, además, se ha advertido la posibilidad de responsabilidad por infracapitalización ante la sistemática distribución de dividendos sin contemplar las necesidades financieras de la sociedad[139].

En consecuencia, en el análisis y juzgamiento de la responsabilidad de administradores y de socios por infracapitalización debe desempeñar una función principal su diligencia, es decir, el cuidado y previsión que exhiba su actuación. Así las cosas, en relación con los administradores resultará dirimente si estos han expuesto la situación ante la asamblea, previniendo acerca de la distribución de utilidades o sugiriendo medidas relativas al capital social[140]. En particular, respecto de aquéllos cabe propiciar la resignificación de la memoria a los estados contables prevista en el art. 66, inc. 5, de la Ley N° 19.550, en tanto, si bien en la práctica no suele suceder, mediante ella puede plasmarse un plan de empresa con objetivos de corto, mediano y largo plazo sobre bases presupuestarias que permitan un razonable análisis sobre la capitalización[141]. De similar manera, respecto de la situación de los socios, sin perjuicio de otros elementos de juicio, cabe señalar la doctrina que postula, ante un eventual escenario concursal, a través de lo dispuesto por el art. 39, inc. 7, de la Ley N° 24.522, que el pronunciamiento del síndico sobre la regularidad de los aportes de los socios no solo comprenda la integración de aquéllos sino también la suficiencia del capital para desarrollar las actividades sociales emprendidas[142].

12. Un cuadro general de responsabilidad

a. La responsabilidad no es automática

Introductoriamente, es preciso señalar que la infracapitalización no es una causal autónoma de responsabilidad[143], es decir, de su existencia no se sigue, necesariamente, la existencia de responsabilidad de socios y administradores[144], sino que ello dependerá del nivel de conocimiento y la posibilidad de adoptar medidas tendientes a su prevención[145]. Por lo tanto, la infracapitalización debe ser entendida como un elemento que permita fundar la existencia de responsabilidad o, en general, la posibilidad de recurrir a las diversas herramientas previstas por el ordenamiento jurídico pero con sujeción a los requerimientos de cada figura, puesto que de ella no se derivan automáticamente consecuencias jurídicas[146].

b. La, en principio, improcedencia de la desestimación de la personalidad jurídica

Abundante doctrina se pronuncia en favor de la posibilidad de recurrir a la desestimación de la personalidad jurídica, en los términos del art. 54, último párrafo, de la Ley N° 19.550, frente a escenarios de infracapitalización societaria[147]. Asimismo, se ha sustentado ese criterio aunque con referencia a lo dispuesto por los arts. 1 y 2 de la Ley N° 19.550[148]. La jurisprudencia[149], en particular la del fuero laboral[150], también se ha pronunciado en ese sentido.

A pesar de ello, pareciera que la doctrina que se pronuncia por el rechazo de dicho encuadre es la más correcta[151]. Piénsese, sin ánimo de exhaustividad, que, en principio, la existencia de una eventual infracapitalización no convierte a la sociedad en cuestión en un mero recurso para violar la ley, el orden público o la buena fe o para frustrar derechos de terceros, tal como lo exige el art. 54 de la Ley N° 19.550[152]. Además, corrobora la improcedencia del recurso a la inoponibilidad de la personalidad jurídica, sin perjuicio de cuando se indicará respecto del fenómeno del control y de los grupos societarios, que aquél solo pueda operar en los supuestos específicamente determinados por el legislador[153] y es de interpretación restrictiva[154].

c. Las alternativas resarcitorias

El primer recurso frente a la infracapitalización lo constituye la vía resarcitoria, es decir, el deber de reparar los daños provocados por ella en cabeza de quienes han sido responsables en la producción y mantenimiento de dicho estado. Esta alternativa, sustentada en otros ordenamientos a través del establecimiento de deberes fiduciarios sobre administradores y socios[155], en el derecho nacional halla diversas manifestaciones. Según las particularidades del caso, se podrá recurrir al art. 54, primer párrafo, 274, 278 o 279 de la Ley N° 19.550 o al art. 173 y sigs. de la Ley N° 24.522.

A su vez, es preciso aclarar que las acciones sociales de responsabilidad, en la regularidad de los casos, no serán ejercidas, puesto que su promoción dependerá, justamente, de los sujetos legitimados pasivos, por lo que la subrogación en los derechos de aquélla será una opción viable para su implementación[156], sin perjuicio del ejercicio de las acciones que por derecho propio el ordenamiento reconoce.

Por otra parte, es pertinente señalar que no todos los socios deben responder frente a los supuestos de infracapitalización sino que, por el contrario, solo deberán hacerlo a quienes la situación pueda serle imputable, aunque sea parcialmente[157], es decir, los socios controlantes o quienes no siéndolo, pudiendo conocer el referido estado y desplegar conductas para remediarlo, no lo hicieron[158]. Concretamente, el socio, para no resultar responsable, debe haber expuesto la situación, solicitar su tratamiento, requerir su subsanación, sin éxito[159].

Por lo demás, en este análisis panorámico, resta efectuar una referencia a la extensión del resarcimiento. Al respecto, en la sentencia del 4.2.2020 de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial de la Capital Federal en el caso “Interindumentaria SRL (S/ Quiebra) C.F. E. E. y otros s/ Ordinario”, se sostuvo que los socios debe responder en situaciones de infracapitalización hasta cubrir la totalidad de pasivo social no satisfecho por el patrimonio de la sociedad fallida[160], mientras que los administradores deben reparar la totalidad del daño causado a la sociedad, más allá del pasivo de la quiebra[161]. El criterio es plausible, sin embargo, cabe plantearse si la responsabilidad pudiera ser limitada, según el caso, en tanto, dentro del riesgo propio de la actividad económica, la insolvencia es un

escenario posible que, en sí mismo, no genera el deber de responder de socios y administradores. Además, de similar manera, podría plantearse las incidencias de causas ajenas, por fuera de la infracapitalización, en la producción de daños, lo cual debería impactar, a su vez, en la extensión del resarcimiento.

Finalmente, es preciso considerar que los supuestos de infracapitalización y la realización de las maniobras que suelen acompañar al fenómeno son hábiles para comprometer la responsabilidad de los síndicos, en los términos de los arts. 296 y 297 de la Ley N° 19.550, puesto que, en general, de acuerdo al art. 294, inc. 9, de aquélla, los síndicos deben vigilar el cumplimiento de la ley, el estatuto y el reglamento por los órganos sociales, además de, concretamente, expedirse sobre la situación económico-financiera de la sociedad, dictaminando sobre la memoria, inventario, balance y estado de resultados, de acuerdo al inc. 5 de la citada disposición.

d. La posible extensión de quiebra

Sin perjuicio de un necesario análisis casuístico, prima facie, la infracapitalización podría posibilitar a la extensión de una eventual quiebra si aquélla ha sido provocada a través de maniobras que develan que los controlantes dispusieron de los bienes de la sociedad como si fueran propios, en fraude a los acreedores (supuesto del art. 161, inc. 1) de la Ley N° 24.522), si se generó por el sometimiento a una dirección unificada en interés de aquéllos o del grupo económico al que accede (supuesto del inc. 2 de la citada norma) o, finalmente, si ella se inserta en un marco de confusión patrimonial inescindible que impida la clara delimitación de sus activos y pasivos o de la mayor parte de ellos (inc. 3 de la norma de referencia).

Las situaciones descritas no lucen ajenas a los escenarios propios o característicos de la infracapitalización, sino todo lo contrario. Por tal motivo, la extensión de quiebra constituye una herramienta idónea para la satisfacción de los derechos e intereses de acreedores en esa instancia, es decir, para impedir los efectos propios de aquélla, principalmente, la desproporcionada traslación de los riesgos empresarios terceros. En síntesis y si bien requiere de una aplicación prudente, la alternativa de referencia es útil a fin de responder jurídicamente frente a la infracapitalización, con los alcances expuestos en el presente.

e. La recalificación y subordinación en un escenario concursal

Una modalidad propia de la infracapitalización, según se expuso, es la denominada formal, es decir, aquella en la que los socios suministran fondos a la sociedad pero evitan hacerlo como aportes de capital social, a fin de evitar la operatividad de este como garantía frente a terceros. Ante esa hipótesis, en el marco de un escenario concursal, se ha sustentado, tanto en la jurisprudencia nacional[162], como así también en la de Estados Unidos[163] y España[164], solo por mencionar algunos ejemplos, la posibilidad de recalificar dichas entregas de dinero como aportes de capital, con la consiguiente subordinación de su cobro a los demás acreedores concursales.

En ese sentido, se destaca la legislación alemana de las sociedades con responsabilidad limitada a través de la GmbHG § 32.a, párrafo 1, en tanto dispone que los socios que otorgan préstamos a la sociedad no podrán exigir su restitución ante el concurso preventivo ni la quiebra en el supuesto en que, de haber actuado como ordinarios comerciantes, hubieran aportado capital propio[165]. Resulta de

interés señalar que al respecto se sostiene que “las disposiciones de la reforma de la GmbHG no son cuñas en el derecho societario con especificidad tipológica, sino tan sólo la expresión de principios jurídicos generales”[166].

De hecho, un criterio semejante puede extraerse del propio derecho positivo argentino. Al respecto, recuérdese que el art. 103, inc. 1. h, de la resolución 7/2015 de la Inspección General de Justicia establece que del acta de la reunión del órgano de administración de la sociedad en la cual se resuelva la aceptación de aportes irrevocables a cuenta de futura suscripción de acciones debe surgir la subordinación del crédito del aportante para el caso de cesación de pagos de la sociedad.

Sin perjuicio de ello, se impone una necesaria matización. La aludida subordinación no debiera ser aplicada mecánicamente sino que, por el contrario, solo cuando las entregas de dinero de los socios a título de préstamos para la sociedad hayan sido efectuadas estando esta imposibilitada de acceder a crédito en condiciones de mercado. Fíjese que, en líneas generales, el suministro de dinero por los socios, incluso bajo la forma de créditos, es beneficioso para sociedad, máxime cuando las condiciones en las que los otorguen pueden ser más ventajosas respecto de las impuestas por terceros, ya que los costos de agencia serán inferiores. En consecuencia, a fin de no obstaculizar esta posibilidad, es preciso reservar el remedio de referencia solo a la situación descripta[167].

f. Ineficacias concursales

Además de las opciones precedentemente reseñadas, posibles conductas asociadas a la infracapitalización, según los casos, serán pasibles de ser considerados actos ineficaces de pleno derecho en un escenario de quiebra, en los términos del art. 118 de la Ley N° 24.522. Piénsese, solo a los fines ilustrativos, en una hipótesis de infracapitalización formal en la que los socios han realizado préstamos a la sociedad y, ante una inminente quiebra, la sociedad decide pagar dichas deudas de manera anticipada. El caso planteado, se reitera, a título meramente ejemplificativo, siempre que el pago se haya realizado dentro del período de sospecha y que el vencimiento de los aludidos créditos hubiese operado el día de la quiebra o con posterioridad, configuraría el supuesto del inc. 2 de la citada disposición.

Sin perjuicio de ello, además, se podrá recurrir a los supuestos de ineficacia por conocimiento del estado de cesación de pagos que capta el art. 119 de la Ley N° 24.522 en aquellos casos en que, siendo perjudiciales y habiendo sido celebrados durante el período de sospecha, no sean encuadrables en alguno de los incisos de la disposición previamente citada.

g. Una necesaria distinción entre acreedores

Por lo demás, habiendo repasado algunas de las alterativas disponibles frente a la infracapitalización, pareciera que es necesario, en razón de justicia, realizar una distinción entre los diferentes acreedores sociales. Fíjese que, de acuerdo con algunas de las críticas efectuadas sobre la responsabilidad ante tal estado, diversos acreedores, no solo habrán podido conocer esa situación, sino también tomar medidas para proteger sus intereses. Evidentemente, la posición de estos últimos no debiera ser idéntica, en cuanto su tratamiento en derecho, que la de aquellos acreedores que no se encontraban en condiciones de conocer la infracapitalización o que incluso haciéndolo no podían adoptar seguridades. En consecuencia, la

operatividad de las medidas expuestas, de ser posible, deberían beneficiar, en primer término, a las categorías de acreedores precedentemente indicadas.

III. La situación en las sociedades por acciones simplificadas [\[arriba\]](#)

1. La flexibilidad de las SAS no ha abandonado la función de garantía del capital social

La sociedad por acciones simplificada constituye un tipo social, en los términos del art. 33 de la Ley N° 27.349 o, si se prefiere, una clase de sociedad, en atención a inexistencia de reglas que configuren una tipología concreta, signada por la flexibilidad y la libertad. Son elocuentes al respecto las amplias facultades reconocidas en materia de organización jurídica interna que admiten los arts. 49 y sigs. de la citada ley.

Sin perjuicio de ello, lo cierto es que la función de garantía del capital social, con los alcances delineados en el presente, no ha sido abandonada para las sociedades por acciones simplificadas. Repárese en la imposición de un capital social mínimo, en el art. 40; en la imposición de reglas en materia de integración de aquél, en el art. 41; en las normas sobre valuación de aportes, dispuestas por el art. 42; y, en la garantía (responsabilidad solidaria e ilimitada) de los socios frente a terceros por la integración de los aportes, en el art. 43; todos ellos de la Ley N° 27.349.

En consecuencia, las reflexiones efectuadas a través del presente, con las correspondientes matizaciones de acuerdo a las características de las sociedades por acciones simplificadas, son aplicables a estas.

2. La disociación del capital y el objeto. La improcedencia de exigir capitales adecuados al objeto

A través del presente, se ha sostenido la improcedencia pretender trazar una relación entre el objeto y el capital social. En ese sentido, se indicó que la capitalización debe ser juzgada de acuerdo con las actividades sociales, de conformidad con sus características específicas, atendiendo a la concreta magnitud del giro empresarial y a los riesgos implicados. Involucrar al objeto social, como categorías de actividades, no solo puede aportar muy poco al respecto, sino que, de hecho, tiene efectos ciertamente contraproducentes.

La regulación del objeto social en materia de sociedades por acciones simplificadas agudiza lo expuesto. Repárese en que, según el art. 36 de la Ley N° 27.349, el objeto de aquéllas puede ser plural, pudiendo involucrar múltiples actividades (la ley solo exige mencionar las principales), las cuales pueden guardar o no guardar relación entre sí. Evidentemente, el objeto social no es el elemento idóneo para el análisis sobre la capitalización, máxime en el terreno de las sociedades por acciones simplificadas.

Adviértase que exigir capitales mínimos según el objeto social, es decir, sobre la base de categorías generales de actividades, implica incurrir en lo que se conoce como one-size fits, es decir, soslayar las particularidades de las distintas sociedades involucradas, sus necesidades, las actividades que concretamente realizan y su nivel de riesgos. La respuesta, excesivamente rígida, dificulta el acceso al mercado de

nuevas sociedades potencialmente prósperas pero carentes del capital suficiente[168], lo cual es censurable.

Como alternativa, se menciona la posibilidad de exigir a los socios fundadores la presentación de planes de funcionamiento y desarrollo de la sociedad al momento de su constitución, a la usanza de la legislación belga. Dicho plan, se dice, resulta una herramienta útil para superar las dificultades a la hora de juzgar la adecuación del capital[169]. De similar manera, existen otras propuestas tendientes, por ejemplo, a la exigencia de dictámenes técnicos que acrediten la existencia de una correspondencia mínima entre el capital social y el objeto, semejante a aquellos actualmente impuestos para la valuación de aportes no dinerarios[170].

Dichas propuestas, si bien atractivas, parecieran resultar incompatibles las sociedades por acciones simplificadas. Recuérdese lo precedentemente indicado en relación con las normas que se refieren a su objeto social. Asimismo, fundamentalmente, la aplicación de los razonamientos expuestos conduce a la virtual supresión de la función empresarial, eliminándose los proyectos potencialmente más eficientes y rentables. Al respecto, se señala que esa función se manifiesta en la diferencia existente entre el precio de los factores de producción y el capital social, por un lado, y el precio final de los bienes o servicios comercializados, por el otro. En ese contexto, aplicando métodos como los aludidos, paradójicamente, los proyectos menos adecuados resultarían ser los más eficientes y los que podrían generar mayores beneficios sociales[171]. En concreto, se elimina o, al menos, se limita fuertemente la innovación empresarial.

Por lo tanto, esas propuestas no resultan apropiadas al necesario dinamismo de las sociedades por acciones simplificadas que, si se pretende que sean una herramienta para emprendedores, deben poder responder a la variación de sus actividades de acuerdo a los requerimientos del mercado y debe asumirse la existencia de riesgos, relegando las exigencias en torno a la capitalización para instancias de mayor madurez del negocio, en los que resulte posible y conveniente una mayor solidez patrimonial.

3. La confirmación acerca de la oportunidad de juzgamiento

Entre otros aspectos, la consideración de la infracapitalización a la luz de las sociedades por acciones simplificadas permite confirmar la inconveniencia de exigir capitales mínimos al momento de la constitución y, particularmente, el despliegue de facultades de contralor en esa oportunidad. Al respecto, se deben tenerse por reproducidas las alusiones referentes a la necesidad de no crear barreras del ingreso al mercado y a la posibilidad de recurrir a diversos instrumentos financieros para comenzar la actividad social.

Todo ello es aplicable y, de hecho, se enfatiza en relación con las sociedades por acciones simplificadas. Fíjese que pareciera ser que en estas sociedades es donde se encuentra llamada a relucir con mayor evidencia la función empresarial, considerada como la alteración de las condiciones de mercado a través de la innovación, el riesgo y la creatividad[172]. En ese sentido, se señala que grandes emprendimientos económicos han nacido como ideas desprovistas de capitales que las acompañen[173], los cuales solo fueron conseguidos luego de su desarrollo, al menos incipiente, situación que también pareciera previsible en las sociedades por acciones simplificadas y que imposiciones prematuras impedirían.

En consecuencia, confirmado lo ya expuesto sobre el particular, las sociedades por acciones simplificadas ilustran claramente el desacierto de pretender juzgar la capitalización al momento de la constitución, puesto que, de tal manera, los principales perjudicados resultarían ser aquellos emprendedores que cuentan con menores recursos económicos pero con ideas que pueden aportar saltos cualitativos al mercado y mejorar el bienestar general[174].

4. De la madurez de la empresa a la solidez del patrimonio

Como corolario de estas breves referencias sobre infracapitalización en relación con las sociedades por acciones simplificadas, cabe corroborar la visión del capital social como una garantía que requiere del acompañamiento de la evolución de la vida económica de la sociedad o, si se prefiere, la consideración de la capitalización adecuada como una exigencia dinámica sujeta al crecimiento del giro de los negocios y al aumento de los riesgos empresarios.

IV. La consideración de la cuestión ante el fenómeno del control societario [\[arriba\]](#)

1. Tendencia hacia la economía de grupos

La doctrina es coincidente al advertir, desde hace décadas, la existencia de una nueva dinámica en la organización societaria de la empresa, la cual consiste, básicamente, en implantar la diversidad jurídica en la unidad económica, es decir, en dotar de personalidad jurídica a los distintos sectores o ámbitos de una misma empresa, concretamente, en crear múltiples sociedades para organizar una sola empresa, dando lugar a una sociedad de sociedades[175]. Es el paso de la sociedad al grupo de sociedades[176]. La concentración empresarial, se indica, es la realidad económica e histórica de nuestro tiempo[177].

El fenómeno económico sucintamente aludido tiene su contracara y explicación jurídica, en la medida de que la formación de grupos agudiza aún más la responsabilidad limitada de quienes los dirigen[178]. Justamente, es allí donde reside el interés por realizar una mención, siquiera mínima, sobre el particular en este ensayo, en tanto, además de constituir un tema de absoluta actualidad y de importancia palpitante[179], como se expondrá, tiene especiales implicancias sobre la operatividad del capital social en función de la garantía de terceros. Cuanto antecede, máxime si se advierte que la progresiva concentración económica se corresponde con una presión por la desaparición de todo tipo de control[180].

2. La formación de grupos no es antijurídica pero es un terreno propicio para la infracapitalización. Posibles respuestas

a. Introductoriamente

La formación de grupos societarios, en principio, no constituye conducta antijurídica alguna, no implica la violación de norma alguna, concretamente, no es un comportamiento objetable en derecho[181]. La existencia de un grupo de sociedades, por sí sola, no autoriza a desconocer la existencia de personalidad diferenciada ni tampoco a extender la responsabilidad[182]. La afirmación, aunque, ciertamente, no entrañe novedad alguna, resulta de interés, puesto que el

tratamiento de la patología, de lo que trata el presente ensayo, no debe conducir a la inversión o a la tergiversación de la consideración y juzgamiento de la normalidad.

b. Terreno propicio para la infracapitalización

Sin perjuicio de ello, es preciso advertir que la doctrina ha detectado que la formación de grupos societarios es un terreno propicio para su utilización como herramienta de evasión de la agresión patrimonial de los acreedores, funcionando las distintas sociedades que conforman un grupo, en ocasiones, más como patrimonios de afectación que como sujetos de derecho[183], con el solo fin de atomizar los riesgos en minúsculas partículas de responsabilidad[184].

Se insiste, no se trata de estigmatizar la existencia de grupos societarios sino, por el contrario, de detectar la patología, dada en el caso por el vaciamiento de los sujetos controlados, a fin de que funcionen como mera interposición de persona para proteger el patrimonio de la controlante volcando los riesgos de la actividad desproporcionadamente sobre terceros. Piénsese, solo a título ilustrativo, la práctica en la que frente a acreedores con capacidad de negociación la sociedad controlante asume responsabilidad ilimitada por las deudas de sus controlantes, mientras que respecto de los restantes acreedores desprovistos de dicha capacidad, así como en relación con los denominados acreedores involuntarios, solo se responde con un capital social ínfimo[185].

En directa relación con la temática de la infracapitalización, imagínese la situación de una sociedad holding que recibe la sistemática distribución de dividendos de sus controladas, las cuales, al tener un capital mínimo, no tiene limitación alguna a tal efecto. Dicho capital social mínimo, al no observar una adecuada relación con el giro de los negocios de la sociedad, le permitirá distribuir dividendos, prácticamente, sin limitación pero ante un eventual escenario de liquidación no tendrá consistencia alguna. A fin de posibilitar ello, la sociedad holding habrá respondido a las necesidades de financiación de la controlada evitando realizar aportes y aumentar el capital social. A todas luces, este tipo de supuestos, merecen respuestas particulares.

c. Posibles respuestas

Más allá de cuanto se ha manifestado previamente en este ensayo, a lo que cabe remitirse a fin de evitar reiteraciones innecesarias, es preciso enfatizar frente a los supuestos aludidos la posibilidad de recurrir a la extensión de quiebra en los términos del art. 161 de la Ley N° 24.522 y a la acción social de responsabilidad de acuerdo con el párrafo primero del art. 54 de la Ley N° 19.550. Incluso, cierta doctrina ha sugerido la posibilidad de extraer por inducción la existencia de responsabilidad de la controlante a partir de las normas sobre extensión de quiebra para aplicarlas aun fuera de un escenario falencial[186].

Asimismo, si bien aquí se ha rechazado en general el recurso a la inoponibilidad de la personalidad jurídica en el ámbito de la responsabilidad por infracapitalización, la dinámica propia de esta ante los fenómenos del control societario y de los grupos societarios impone flexibilizar ese criterio. Lo determinante, a fin de dilucidar la procedencia de la aplicación de la alternativa prevista en el tercer párrafo del art. 54 de la Ley N° 19.550, será considerar si, en el caso concreto, la existencia de otra

u otras sociedades constituye un mero recurso para trasladar riesgos a terceros de forma evidentemente desproporcionada.

Se ha indicado, de modo general y con un razonamiento aplicable al supuesto en análisis, que

“el régimen de la persona jurídica no puede utilizarse en contra de los intereses superiores de la sociedad ni de los derechos de terceros (...), principios que cobran mayor énfasis en cuanto aparece en juego el concepto de orden económico nacional, gravemente comprometido por los intereses y actividades que la misma sentencia (...) pone de manifiesto, al demostrar que las políticas, económicas y financieras seguidas por el grupo controlante obedecen a pautas no sólo gravosas para el interés comercial sino para: el de la colectividad toda”[187].

En ese sentido, resulta de interés destacar que en el fallo de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial de la Capital Federal, sala E, en la causa “Ceretti, César R. C/ Ditto SA y Otros”, del 24.8.1987, se sostuvo la existencia de responsabilidad de las sociedades controlantes por las deudas de la controladas ante la inexistencia de un patrimonio propio de estas que les permita respaldar sus operaciones comerciales frente a terceros. A su vez y si bien la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial de la Capital Federal, sala D, en su sentencia del 3.11.1997 en la causa “Fortune, María Jane c/ Soft Publicidad SA”, rechazó la responsabilidad del controlante por la infracapitalización de la controlada, el argumento utilizado a tal fin fue la inexistencia de prueba respecto de la intencionalidad de aquél al respecto, de lo cual es posible inferir que si hubiera logrado dicha prueba la resolución hubiese sido diferente.

V. Corolario [\[arriba\]](#)

En el presente ensayo se ha intentado demostrar que, con sus falencias, el capital social es una garantía para terceros o, al menos, esa es la finalidad del instituto, en tanto, aunque de manera imperfecta, debería permitir juzgar la situación de una sociedad e imponer la adopción de ciertas medidas (como su reducción obligatoria) u obtenerse de otras (como de la distribución de dividendos). Así las cosas, se destacó que, para que dicho sistema funcione, es necesario que el capital social presente aunque sea una mínima relación de equivalencia, adecuación o proporción con el patrimonio o, más concretamente, con la magnitud del giro de los negocios y el nivel de riesgos involucrados. A pesar de ello, se advirtió que la práctica imperante soslaya esta exigencia y cercena cualquier posible funcionamiento del capital social como garantía, es decir, lo neutraliza.

Ante tal panorama, se ha pretendido presentar, sin ánimo de exhaustividad, una serie de argumentos para revertir la aludida práctica y, a su vez, responder ante ella, en derecho. Es que, más allá de posible reforma legislativa en la materia y el eventual reemplazo del capital social por sistemas que podría resultar más efectivos, lo cierto es que, en el ínterin, es función de los operadores jurídicos plantear las alternativas que jurídicamente permitan la realización de las funciones asignadas a la figura en cuestión[188]. Por lo demás, solo introductoriamente, se esbozaron una serie de reflexiones en relación con dos temas de evidente actualidad, el de las sociedades por acciones simplificadas y el del control y los grupos societarios, en los cuales tienen o, al menos potencialmente, tendrán influencia los aspectos del capital social aquí abordados.

Notas [\[arriba\]](#)

- [1] Bazán, Marcos, “Infracapitalización: conceptos esenciales en el análisis de fusiones y adquisiciones financiadas con deuda”, Thomson Reuters, Checkpoint, pág. 2; en el mismo sentido: <http://tiempojudicial.com/2018/07/04/la-infracapitalizacion-societaria-y-el-fraude-a-terceros/>, visitada el 23.6.2021, con cita de Paz Ares, Cándido, “Sobre la infracapitalización de sociedades”, 1983, pág. 1597; Bonilla, León Adolfo “Infracapitalización societaria -supuestos de responsabilidad”, VIII Congreso Argentino de Derecho Societario, IV Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa, Rosario, 2001, pág. 134.
- [2] Méndez, Juan J., pág. 676. en el mismo sentido: Della Santina, Salomé, “La infracapitalización en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación”, en http://www.zeus.com.ar/umTexto.asp?id=1357&materia=9&no_cache=1494375145000, visitada el 21.6.2021.
- [3] Paz Ares, Cándido, “La infracapitalización. Una aproximación contractual”, Revista de Derecho de Sociedades, número extraordinario, Aranzadi, 1994, pág. 240.
- [4] Triolo, Ignacio Luis, “Responsabilidad de los administradores y socios controlantes por infracapitalización ante la insolvencia de la sociedad”, IX Congreso Argentino de Derecho Societario, V Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa, San Miguel de Tucumán, 2004, pág. 792.
- [5] Paz Ares, Cándido, “La infracapitalización...”, pág. 255.
- [6] CN Com., Sala D, in re “Interindumentaria SRL (S/Quiebra) C.F. E. E. y otros s/ Ordinario”, del 4.2.2020, con cita de Ascarelli, T., Principios y problemas de las sociedades anónimas, Imprenta Universitaria, México, 1951, pág. 22.
- [7] Bazán, Marcos, pág. 2; en el mismo sentido: <http://tiempojudicial.com/2018/07/04/la-infracapitalizacion-societaria-y-el-fraude-a-terceros/>, visitada el 23.6.2021; Triolo, Ignacio Luis, pág. 13 y 14; Bonilla, León Adolfo, pág. 136; Ceserani, Luis Aníbal, “El deber de prevención en la infracapitalización y la responsabilidad del socio”, Ratio Iuris Revista de Derecho Privado, año VIII, N° 2, 2020, ISSN: 2347-0151, pág. 208; CN Com., Sala D, in re “Interindumentaria SRL (S/Quiebra) C.F. E. E. y otros s/ Ordinario”, del 4.2.2020, con cita de CN Com., Sala A, in re “Isabella Pascual c/ Bingo Caballito SA s/ Ordinario”, del 26.11.2015.
- [8] Della Santina, Salomé, con cita de Vitolo, Daniel Roque, Aportes, capital social e infracapitalización en las sociedades comerciales, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2010, pág. 401 y 409; en el mismo sentido: Manóvil, Rafael M., “Responsabilidad de los socios por insuficiencia de capital propio (en el modelo alemán)”, Derecho empresario actual, Cuadernos de la Universidad Austral, N° 1, Homenaje a Raymundo L. Fernández, Depalma, Buenos Aires, 1996, pág. 620 y 621; Méndez, Juan J., pág. 677, 680 y 681.
- [9] Krochik, Roberto David, “Responsabilidad de los directores y administradores por la infracapitalización”, VIII Congreso Argentino de Derecho Societario, IV Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa, Rosario, 2001, pág. 351, con cita de Olivera García, Ricardo, “La crisis del Concepto de Capital Social”, Revista del Derecho Comercial y de las Obligaciones, N° 181.
- [10] Cfr. Le Pera, Sergio, “Sobre la futilidad de la noción de capital social”, La Ley, 1986-B, 972; en el mismo sentido: Cfr. Di Chiazza, Iván G., “La relación capital social. Riesgo de insolvencia. El orgullo de Pitágoras”, IX Congreso Argentino de Derecho Societario, V Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa, San Miguel de Tucumán, 2004; Colombres, Federico J. A., “La

infracapitalización societaria como presupuesto de extensión de responsabilidad a los socios”, en [http://colombresa bogados.com.ar/pdf/InfracapitalizacionSocietariaComoPresupuestoDeExtensionDe ResponsabilidadALosSocios.pdf](http://colombresa bogados.com.ar/pdf/InfracapitalizacionSocietariaComoPresupuestoDeExtensionDeResponsabilidadALosSocios.pdf), visitada el 22.6.2021, pág. 3.

[11] Abdala, Martín E., “La relación entre el capital y el objeto de la sociedad en el derecho argentino”, *Revista Estudios Socio-Jurídicos*, vol. 19, núm. 1, 2017, en <https://revistas.urosario.edu.co/xml/733/73348834004/html/index.html>, visitado el 28.6.2021; en el mismo sentido: Lipschitz, Renata y Messina, Susana, “Capital social: ¿infracapitalización?”, ponencia presentada en la XXXVI Convención Notarial realizada en el Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires, 2009, pág. 3; en el mismo sentido: Colombres, Federico J.A., pág. 15; Triolo, Ignacio Luis, pág. 12; Stordeur, Eduardo, “Infracapitalización societaria, responsabilidad de los accionistas y capital social: un análisis económico”, *Revista de Instituciones, Ideas y Mercados* N° 47, octubre 2007, ISSN 1668-0693, pág. 181 y 192; Ceserani, Luis Aníbal, pág. 214; Manóvil, Ezequiel, “El capital social en las sociedades anónimas. Un análisis económico”, *La Ley* 2010-A, 585, AR/DOC/4186/2009, 2.12.2009, pág. 1.

[12] Manóvil, Ezequiel, pág. 13, con cita de Schön, Wolfgang, “The Future of Legal Capital”, *EBOR* (5), 2002, pág. 435.

[13] Lipschitz, Renata y Messina, Susana, pág. 2.

[14] Manóvil, Ezequiel, pág. 5.

[15] Méndez, Juan J., pág. 666; en el mismo sentido: Ruiz, Ricardo Alberto, “Responsabilidad de administradores y socios por infracapitalización societaria”, VIII Congreso Argentino de Derecho Societario, IV Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa, Rosario, 2001, pág. 646; Triolo, Ignacio Luis, pág. 6; Manóvil, Ezequiel, pág. 1 y 2; <https://abogados.com.ar/infracapitalizacion-societaria-deben-responder-los-socios-por-casos-de-involuntaria/10826>, página web visitada el 21.6.2021; Ceserani, Luis Aníbal, pág. 213.

[16] Stordeur, Eduardo, pág. 168.

[17] Araya, Tomás, “Valuación de los créditos que se capitalizan. Finalidad principal del capital social”, T. 2006-C, Sec. Doctrina, pág. 1225.

[18] Triolo, Ignacio Luis, pág. 8, con cita de Verón, Alberto V., *Sociedades Comerciales*, t. I, Astrea, Buenos Aires, 1986, pág. 329, Cabanellas de las Cuevas, Guillermo, *Derecho Societario*, t. II, Heliasta, Buenos Aires, 1993, pág. 629 y sig; en el mismo sentido: Alonso Ledesma, Carmen, “Algunas reflexiones sobre la función (la utilidad) del capital social como técnica de protección de los acreedores”, en *Estudios de derecho de sociedades y derecho concursal: libro homenaje al profesor Rafael García Villaverde*, v. 1, 2007, pág. 131 y 132.

[19] Fushimi, Jorge Fernando, “La crisis del capital social. Una propuesta para superar el paradigma vigente”, X Congreso Argentino de Derecho Societario, VI Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa, La Falda, Córdoba, 2007, pág. 44.

[20] Paz Ares, Cándido, “La infracapitalización...”, pág. 246.

[21] Méndez, Juan J., pág. 662.

[22] Della Santina, Salomé, con cita de Leonhart, Carolina, “Capital social e infracapitalización. La responsabilidad limitada y un capital de riesgo suficiente: la infracapitalización societaria”, Bs. As., Ad-Hoc, 2009, pág. 50.

[23] Manóvil, Ezequiel, pág. 2.

[24] Nissen, Ricardo Augusto, “Infracapitalización de sociedades comerciales. El abuso de derecho y responsabilidad de los socios y controlantes”, VIII Congreso Argentino de Derecho Societario, IV Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa, Rosario, 2001, pág. 551, con cita de Butty, Enrique en Halperin, Isaac, *Curso de Derecho Comercial*, t. I., Depalma, 2000, pág. 312 y en “Responsabilidad de los socios por la disminución del efectivo contravalor de la

cifra expresiva capital”, VI Congreso Argentino de Derecho Societario, II Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa”, Mar del Plata, 1995, pág. 347.

[25] Méndez, Juan J., pág. 673.

[26] Resolución IGJ N° 574/01 del 3.7.2001 en “Chubasco SA” y “Viejo Cimarrón SA”.

[27] Ruiz, Ricardo Alberto, pág. 651.

[28] Della Santina, Salomé.

[29] Triolo, Ignacio Luis, pág. 5.

[30] Alonso Ledesma, Carmen, pág. 136 y 137.

[31] Alonso Ledesma, Carmen, pág. 145.

[32] Manóvil, Ezequiel, pág. 10.

[33] Alonso Ledesma, Carmen, pág. 138; en el mismo sentido: Manóvil, Ezequiel, pág. 10.

[34] Alonso Ledesma, Carmen, pág. 141; en el mismo sentido: Manóvil, Ezequiel, pág. 10.

[35] Alonso Ledesma, Carmen, pág. 143 y 144.

[36] Alonso Ledesma, Carmen, pág. 142.

[37] Manóvil, Rafael M., pág. 609; en el mismo sentido: Luengo, Diego Gerardo, “Responsabilidad de los administradores por afectación al principio de intangibilidad. Sus posibles consecuencias”, VII Congreso Argentino de Derecho Societario, III Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa, Buenos Aires, 1998, pág. 305.

[38] Bonilla, León Adolfo, pág. 144, con cita de Richard, Efraín H., “Insolvencia societaria y responsabilidad”, JA. 80° aniversario, pág. 380 y sig.; en el mismo sentido: Favier Dubois (h), Eduardo M., “La infracapitalización frente a la quiebra”, en http://favierduboiss.pagnolo.com/trabajos_doctrina/LA_INF_RACAPITALIZACION_SOCIAL_F_RENTE_A_LA_QUIEBRA.pdf, visitada el 3.7.2021, pág. 2.

[39] Manóvil, Rafael M., pág. 628.

[40] Ruiz, Ricardo Alberto, pág. 652.

[41] Bonilla, León Adolfo, pág. 141.

[42] Manóvil, Rafael M., pág. 604.

[43] Méndez, Juan J., pág. 654.

[44] Manóvil, Rafael M., pág. 619.

[45] Paz Ares, Cándido, “La infracapitalización...”, pág. 239.

[46] Nissen, Ricardo Augusto, pág. 551.

[47] Bazán, Marcos, pág. 5.

[48] Salvatierra, Leandro, “¿Qué es la infracapitalización?”, IX Congreso Argentino de Derecho Societario, V Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa, San Miguel de Tucumán, 2004, pág. 265.

[49] Nissen, Ricardo Augusto, pág. 554.

[50] Ceserani, Luis Aníbal, “pág. 210.

[51] Manóvil, Ezequiel, pág. 12.

[52] <https://abogados.com.ar/infracapitalizacion-societaria-de-ben-responder-los-socios-por-casos-de-insolvencia/10826>, página visitada el 21.6.2021; en el mismo sentido: <http://tiempojudicial.com/2018/07/04/a-infracapitalizacion-societaria-y-el-fraude-a-terceros/>, visitada el 23.6.2021.

[53] Ruiz, Ricardo Alberto, pág. 651.

[54] Triolo, Ignacio Luis, pág. 12.

[55] Bonilla, León Adolfo, pág. 130, 132 y 133.

[56] Méndez, Juan J., pág. 660 y 675.

[57] Paz Ares, Cándido, “La infracapitalización...”, pág. 244.

[58] Luengo, Diego Gerardo, pág. 303.

- [59] CN. Com., Sala B, in re “Mourin López, José L. c/ Editorial Molina SA y otros”, del 29.11.1994.
- [60] Cfr. Duprat, Diego, “Distribución de dividendos: un panorama de la jurisprudencia”, Revista de las Sociedades y Concursos N° 32, Ad Hoc, aludiendo lo resulto por la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial de la Capital Federal, in re “Spota y otros c/ Azaretto Hnos Ltda. SA”, del 19.4.1932.
- [61] CN. Com., Sala D, in re “Pereda, Rafael c/ Pampagro SA”, del 22.8.1989.
- [62] Manóvil, Rafael M., pág. 623.
- [63] Méndez, Juan J., pág. 677; en el mismo sentido: Bonilla, León Adolfo, pág. 129 y 130; Paz Ares, Cándido, “La infracapitalización...”, pág. 244.
- [64] Bonilla, León Adolfo, pág. 138.
- [65] Méndez, Juan J., pág. 693; en el mismo sentido: Krochik, Roberto David, pág. 349.
- [66] Favier Dubois (h), Eduardo M., pág. 3.
- [67] <http://tiempojudicial.com/2018/07/04/la-infracapitalizacion-societaria-y-el-fraude-a-terceros/>, visitada el 23.6.2021, con cita de Paz Ares, Cándido, “Sobre ...”, pág. 1597; en el mismo sentido: Bonilla, León Adolfo, pág. 134.
- [68] Bonilla, León Adolfo, pág. 144, con cita de Richard, Efraín H., pág. 380 y sig.; en el mismo sentido: Méndez, Juan J., pág. 654.
- [69] Krochik, Roberto David, pág. 357.
- [70] Bonilla, León Adolfo, pág. 135.
- [71] Rovira, Alfredo L., “El derecho al reparto anual de utilidades y su protección”, Jurisprudencia, t. 89, El Derecho, pág. 473; en el mismo sentido: Duprat, Diego, “Distribución de dividendos. Órgano competente. principio de libertad de aplicación de los resultados sociales. Límites y restricciones”, JA, 1-4-2011, Lexis N° 0003/015377, pág. 37.
- [72] Rovira, Alfredo L., pág. 475 y 476.
- [73] Rovira, Alfredo L., pág. 476 y 477.
- [74] Duprat, Diego, “Distribución...”, pág. 6.
- [75] Paz Ares, Cándido, “La infracapitalización...”, pág. 247.
- [76] Méndez, Juan J., pág. 698.
- [77] Méndez, Juan J., pág. 677.
- [78] Abdala, Martín E.
- [79] Méndez, Juan J., pág. 670.
- [80] Abdala, Martín E.
- [81] Lipschitz, Renata y Messina, Susana, pág. 1.
- [82] Alonso Ledesma, Carmen, pág. 135.
- [83] Alonso Ledesma, Carmen, pág. 135.
- [84] Krochik, Roberto David, pág. 352.
- [85] Colombres, Federico J.A., pág. 6 y 7; <http://tiempojudicial.com/2018/07/04/la-infracapitalizacion-societaria-y-el-fraude-a-terceros/>, visitada el 23.6.2021; Bonilla, León Adolfo, pág. 136; Krochik, Roberto David, pág. 208.
- [86] Méndez, Juan J., pág. 692; en el mismo sentido: Ruiz, Ricardo Alberto, pág. 648.
- [87] Nissen, Ricardo Augusto, pág. 554 y 555.
- [88] Paz Ares, Cándido, “La infracapitalización...”, pág. 248.
- [89] Abdala, Martín E.
- [90] Stordeur, Eduardo, pág. 180.
- [91] Ruiz, Ricardo Alberto, pág. 645 y 646; <http://tiempojudicial.com/2018/07/04/la-infracapitalizacion-societaria-y-el-fraude-a-terceros/>, visitada el 23.6.2021; Triolo, Ignacio Luis, pág. 7; Manóvil, Ezequiel, pág. 1.
- [92] Luengo, Diego Gerardo, pág. 303.
- [93] Manóvil, Rafael M., pág. 624.
- [94] CN. T., Sala III, in re “Arancibia, Nora y Otro vs. Rodríguez, Ricardo Marcos y

- otro”, del 22.9.2008; en el mismo sentido: Krochik, Roberto David, pág. 353.
- [95] Luengo, Diego Gerardo, pág. 306.
- [96] Fushimi, Jorge Fernando, pág. 48; en el mismo sentido, con referencia a la Ley de Sociedades Mercantiles de México, Triolo, Ignacio Luis, pág. 11.
- [97] Fushimi, Jorge Fernando, pág. 48, con cita de Araya, Miguel C., “El Capital Social”, Revista de Derecho Privado y Comunitario, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2003, pág. 213 y Araya, Miguel C., Capital y patrimonio, t. IV, 1996, pág. 676.
- [98] Paz Ares, Cándido, “La infracapitalización...”, pág. 247.
- [99] <https://abogados.com.ar/infracapitalizacion-societaria-debe-n-responde-r-los-socios-por-casos-de-insolvencia/10826>, página web visitada el 21.6.2021; en el mismo sentido: Ceserani, Luis Aníbal, pág. 227; Favier Dubois (h), Eduardo M., pág. 2; Della Santina, Salomé.
- [100] Méndez, Juan J., pág. 661, 676, 688 y 689.
- [101] Manóvil, Rafael M., pág. 610.
- [102] Bonilla, León Adolfo, pág. 129, 132 y 148.
- [103] Ruiz, Ricardo Alberto, pág. 651.
- [104] Bazán, Marcos, pág. 2.
- [105] Bonilla, León Adolfo, pág. 129 y 135.
- [106] Paz Ares, Cándido, “La infracapitalización...”, pág. 234.
- [107] CN. T., Sala III, in re “Arancibia, Nora y Otro vs. Rodríguez, Ricardo Marcos y otro”, del 22.9.2008.
- [108] Manóvil, Rafael M., pág. 605.
- [109] Paz Ares, Cándido, “La infracapitalización...”, pág. 241.
- [110] Lipschitz, Renata y Messina, Susana, pág. 2; en el mismo sentido: Abdala, Martín E.
- [111] Manóvil, Rafael M., pág. 605; en el mismo sentido: Méndez, Juan J., pág. 695 y 696; Ceserani, Luis Aníbal, pág. 228; Alonso Ledesma, Carmen, pág. 147; Paz Ares, Cándido, “La infracapitalización...”, pág. 244 y 245; Della Santina, Salomé.
- [112] Manóvil, Ezequiel, pág. 3.
- [113] Alonso Ledesma, Carmen, pág. 147 y 148.
- [114] Duprat, Diego, “Distribución ...”, pág. 34.
- [115] Manóvil, Rafael M., pág. 616.
- [116] Manóvil, Ezequiel, pág. 12.
- [117] Méndez, Juan J., pág. 674.
- [118] Méndez, Juan J., pág. 671.
- [119] Méndez, Juan J., pág. 654 y 671.
- [120] Fushimi, Jorge Fernando, pág. 48.
- [121] Nissen, Ricardo Augusto, pág. 554.
- [122] Duprat, Diego, “Distribución ...”, pág. 16.
- [123] Bazán, Marcos, pág. 5.
- [124] Manóvil, Rafael M., pág. 627.
- [125] Bonilla, León Adolfo, pág. 129.
- [126] Manóvil, Rafael M., pág. 621; en el mismo sentido: Méndez, Juan J., pág. 694.
- [127] Manóvil, Ezequiel, pág. 10.
- [128] Ceserani, Luis Aníbal, pág. 233 y 234.
- [129] Alonso Ledesma, Carmen, pág. 132 y 149.
- [130] Alonso Ledesma, Carmen, pág. 155.
- [131] Manóvil, Rafael M., pág. 617.
- [132] Resolución IGJ N° 001416, en el marco del expediente N° 1.730.338 correspondiente a “Gaitan, Barujel & Asociados SRL”; en el mismo sentido: Bonilla, León Adolfo, pág. 144, con cita de Richard, Efraín H., pág. 380 y sig.
- [133] Manóvil, Rafael M., pág. 624, con cita de Wiedemann, Herbert, Gesellschaftsrecht, München, Ed. C. H. Beck, 1980, t. I, pág. 571.

- [134] <http://tiempojudicial.com/2018/07/04/la-infracapitalizacion-societaria-y-el-fraude-a-terceros/>, visitada el 23.6.2021.
- [135] Ruiz, Ricardo Alberto, pág. 652.
- [136] Nissen, Ricardo Augusto, pág. 554.
- [137] CN. T., Sala III, in re “Arancibia, Nora y Otro vs. Rodríguez, Ricardo Marcos y otro”, del 22.9.2008.
- [138] Manóvil, Rafael M., pág. 619.
- [139] Manóvil, Rafael M., pág. 629.
- [140] Krochik, Roberto David, pág. 360; en el mismo sentido: Luengo, Diego Gerardo, pág. 305.
- [141] Fushimi, Jorge Fernando, pág. 47.
- [142] Bonilla, León Adolfo, pág. 135, con cita de Badola, María Claudia y Jelonche, Paola Hebe, “Responsabilidad de los socios con responsabilidad limitada por infracapitalización de la sociedad en quiebra”, III Congreso Argentino de Derecho Concursal, I Congreso Iberoamericano sobre la Insolvencia, 1997, pág. 351 a 353. En el mismo sentido: Krochik, Roberto David, pág. 363, con cita de Macagno, Ariel Germán, “El fenómeno de la infracapitalización y la falencia social sobreviviente”, Revista de las Sociedades y Concursos N° 3, marzo- abril 2.000; Favier Dubois (h), Eduardo M., pág. 3.
- [143] Colombres, Federico J.A., pág. 13.
- [144] <http://tiempojudicial.com/2018/07/04/la-infracapitalizacion-societaria-y-el-fraude-a-terceros/>, visitada el 23.6.2021.
- [145] <http://tiempojudicial.com/2018/07/04/la-infracapitalizacion-societaria-y-el-fraude-a-terceros/>, visitada el 23.6.2021.
- [146] Luengo, Diego Gerardo, pág. 305.
- [147] Nissen, Ricardo Augusto, pág. 554; Ruiz, Ricardo Alberto, pág. 651; <https://abogados.com.ar/infracapitalizacion-societaria-deben-responder-los-socios-por-cause-de-insolvencia/10826>, página web visitada el 21.6.2021; Della Santina, Salomé; Luengo, Diego Gerardo, pág. 304 y 307; Ceserani, Luis Aníbal, pág. 232; Manóvil, Rafael M., pág. 628; Cabanellas de las Cuevas, Guillermo, pág. 360 y ss.; Roitman, H., Ley de sociedades comerciales, comentada y anotada, Buenos Aires, 2006, t. I, pág. 240; Manóvil, R., Grupos de sociedades, Buenos Aires, 1998, pág. 1087; Proietti, D., “La infracapitalización y la teoría del corrimiento del velo societario para responsabilizar a socios y accionistas”, LL Suplemento Actualidad del 29.9.2011; Junyent Bas, F., “Infracapitalización societaria - responsabilidad de administradores y socios”, LL 2009- C, pág. 1045; Rovira, A., “Responsabilidad por insolvencia y capital social”, en Empresa en Crisis, Buenos Aires, 2005, pág. 351.
- [148] Bonilla, León Adolfo, pág. 140, con cita de Cabanellas de las Cuevas, Guillermo, pág. 362 y 363.
- [149] CN. Com., Sala D, “Interindumentaria SRL (S/Quiebra) C.F. E. E. y otros s/ Ordinario”, del 4.2.2020, con cita CN. Com. Sala F., “Victor Carballude S.R.L. s/ quiebra s/ Incidente de inoponibilidad de la persona jurídica”, del 13.5.2004.
- [150] STJ de Córdoba, Sala Laboral, in re “Soria Héctor F. c. Roldán Alberto y otros s/ Despido”, del 21.6.2007; CN. T., Sala III, in re “Delgadillo Linares, Adela c/ Shatell SA y otros s/ Despido”, del 11.4.1997; CN. T., Sala III, in re “Duquelsy, Silvia c. Fuar SA y otros s/ Despido”, del 19.2.1998.
- [151] Abdala, Martín E.
- [152] Krochik, Roberto David, pág. 351, con cita de 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, pág. 212.
- [153] CN. Com., Sala D, in re “Gasulla, Eduardo y otros s/ Altos Los Polvorines SA y

otros s/ Sumario”, del 27.9.2009.

[154] CN. Com. Sala D, in re “Plan San Isidro SA c/ Sociedad de Beneficencia Hospital Italiano s/ Ordinario”, del 17.6.2009.

[155] Alonso Ledesma, Carmen, pág. 145.

[156] Manóvil, Rafael M., pág. 628; el mismo sentido: Bonilla, León Adolfo, pág. 143; Luengo, Diego Gerardo, pág. 306.

[157] Manóvil, Rafael M., pág. 627.

[158] Méndez, Juan J., pág. 695.

[159] Bonilla, León Adolfo, pág. 145.

[160] Con cita de: Manóvil, Rafael M., “Responsabilidad de los socios por insuficiencia de capital propio (en el modelo alemán)”, Derecho empresario actual, Cuadernos de la Universidad Austral, N° 1, Homenaje a Raymundo L. Fernández, Depalma, Buenos Aires, 1996, pág. 625 y 626; Manóvil, R., Grupos de sociedades, Buenos Aires, 1998, pág. 1087; Puliafito, G., “La infracapitalización material calificada como supuesto de excepción al beneficio de la limitación de responsabilidad de los socios”, en Embid Irujo, J. y Vítolo, D., Sociedades comerciales - los administradores y los socios - responsabilidad en sociedades anónimas, Buenos Aires - Santa Fe, 2004, pág. 241.

[161] Con cita de: Vassallo, G., “La acción de responsabilidad en la nueva ley de concursos y quiebras”, JA 1996- III, pág. 954; Rivera, J., Derecho Concursal, Buenos Aires, 2010, t. III, pág. 722; Junyent Bas, F., “Acciones de responsabilidad en el proceso falencial”, JA 1999-II, pág. 745; Boretto, M., “Notas sobre la responsabilidad de los administradores en la quiebra”, JA 2004-II, pág. 996; Usandizaga, M. en Sánchez Herrero, A., Tratado de Derecho Civil y Comercial, Buenos Aires, 2017, t. X, pág. 1048.

[162] Méndez, Juan J., pág. 687; Manóvil, Rafael M., pág. 605; CN. Com., Sala D, del 4.2.2020, en el caso “Interindumentaria SRL (S/Quiebra) C.F. E. E. y otros s/ Ordinario”, con cita de CN. Com., Sala C, “Díaz y Quirini S.A. s/ Concurso preventivo s/ Incidente de revisión promovido por Quirini, Augusto”, del 31.5.2012.

[163] Alonso Ledesma, Carmen, pág. 145.

[164] Alonso Ledesma, Carmen, pág. 155.

[165] Manóvil, Rafael M., pág. 616; en el mismo sentido: Méndez, Juan J., pág. 682 y 683.

[166] Manóvil, Rafael M., pág. 617, con cita de Karsten Schmidt, Gesellschaftsrecht, Köln, Ed. Carl Heymann, 2ª ed., 1991, pág. 431.

[167] Paz Ares, Cándido, “La infracapitalización...”, pág. 250.

[168] Alonso Ledesma, Carmen, pág. 134.

[169] <http://tiempojudicial.com/2018/07/04/la-infracapitalizacion-societaria-y-el-fraude-a-terceros/>, visitada el 23.6.2021; en el mismo sentido: Méndez, Juan J., pág. 683.

[170] Krochik, Roberto David, pág. 365.

[171] Stordeur, Eduardo, pág. 182 y 190.

[172] Stordeur, Eduardo, pág. 189.

[173] Stordeur, Eduardo, pág. 191.

[174] Salvatierra, Leandro, pág. 271.

[175] Méndez, Juan J., pág. 659.

[176] Otaegui, Julio C., Concentración societaria, Ábaco, Buenos Aires, 1984, pág. 247.

[177] Manóvil, Rafael M., “Relevante fallo del BGH alemán sobre responsabilidad en los grupos societarios (Konzern)”, Derecho Fiscal, t. XLII, N° 466, 1987, pág. 366.

[178] Méndez, Juan J., pág. 660.

[179] Alegría, Héctor, “Algunas reflexiones sobre los conceptos de sociedad

controlante, sociedad controlada y situación de control”, Revista de Derecho Comercial y Obligaciones, 1978, pág. 301.

[180] Martorell, Ernesto E., “El síndico de la sociedad anónima: replanteo crítico sobre la naturaleza y alcances de responsabilidad”, LA LEY, 1988-B, 1082, pág. 1.

[181] Otaegui, Julio C., pág. 334.

[182] Otaegui, Julio C., pág. 293.

[183] Méndez, Juan J., pág. 660.

[184] Manóvil, Rafael M., “Relevante ...”, pág. 364.

[185] Méndez, Juan J., pág. 661.

[186] Manóvil, Rafael M., “Relevante ...”, pág. 367.

[187] CSJN, in re “Cía. Swift de La Plata S.A. s/quiebra”, del 4.9.1973, citado en Otaegui, Julio C., pág. 297 y 298.

[188] Bonilla, León Adolfo, pág. 133.