

Tesis Académica

Maestría en Derecho Empresario Económico

Facultad de Derecho

Pontificia Universidad Católica Argentina



¿Es eficiente, en el sentido del análisis económico del derecho, la normativa referente al capital social, su aplicación y contralor en la jurisdicción de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires ante la infracapitalización de las sociedades anónimas ?

11 de marzo, 2014

Autor: María Inés Pustilnik

Directora: Dra. Susy Bello Knoll

I. Presentación

1.2 Índice del Contenido

	Pág.
I. Introducción	
1.1 El porqué del tema propuesto.	5
1.2 Planteo del problema y diagnóstico. Contexto.	6
1.3 Objetivos generales y específicos.	9
1.4 Método.	9
II. Desarrollo del Tema	
2.1 Análisis Económico del Derecho: eficiencia	10
2.2 Capital social	16
2.2.1 Concepto	16
2.2.2 Funciones del capital social	18
2.2.3. Relación del capital y el patrimonio de la sociedad	22
2.2.4 Problemas del capital social	25
2.3 Objeto social.	27
2.3.1 Definición	27
2.3.2 Órgano de contralor	28
2.3.3 La doctrina sobre el capital social y objeto	30
2.4 Insolvencia e infracapitalización	33
2.5 Las posiciones de los autores frente a la infracapitalización	34
2.6 Responsabilidad de directores y accionistas.	41
2.6.1. Ley de Concursos y Quiebras. Extensión de quiebra	42
2.6.2 Responsabilidad en la Ley de Sociedades Comerciales	44
2.6.3. Alcance de la responsabilidad	46
2.6.4. Desestimación	48
2.7 Jurisprudencia	50

2.8 Las propuestas de los autores	58
III. Investigación de campo	
3.1 Presentación de los datos	60
a. Inflación	61
b. Contratos constitutivos de sociedades	61
c. Balances. Indicadores	64
d. Sobre las funciones del capital social. Encuesta	66
e. El caso del Banco General de Negocios en liquidación-quiebra	67
3.2 Evaluación de los datos	71
3.3 Presentación de los resultados	74
IV. Conclusiones	
4.1 Conclusión	74
4.2 Recomendaciones	77
4.3 Comentarios sobre resultados	78
4.4 Limitación del Estudio	78
Bibliografía	79

Contenido, cont.		
Listado de cuadros		Pág.
Cuadro 1	Inflación en Argentina, Chile e Italia.	7
Cuadro 2	Actualización del valor del capital social por inflación	61
Cuadro 3	Monto de capital y objeto de seis sociedades	62

Cuadro 4	Cuentas de balance e indicadores de seis sociedades	64
Cuadro 5	Indicadores de solvencia empresaria. Sociedades públicas de la Bolsa de Buenos Aires	65
Cuadro 6	Sobre el cumplimiento de las funciones atribuidas al capital social. Breve encuesta.	66
Box 1	Síntesis del caso Banco General de Negocios.	67

I.- INTRODUCCIÓN

1.1 El porqué del tema propuesto

El tema de esta investigación es la eficiencia (o no) en el sentido del análisis económico del derecho, de la normativa referente al capital social, su aplicación y control en la jurisdicción de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires ante la infracapitalización de las sociedades anónimas.

Todas las materias tratadas son pertinentes a la formación adquirida en la Maestría en Derecho Empresario Económico de la Pontificia Universidad Católica Argentina Santa María de los Buenos Aires.

Luego de haber comenzado a estudiar el tema de la infracapitalización - respecto del cual se han escrito ya innumerables cantidades de artículos- me he encontrado con un panorama un tanto desalentador ya que gran parte de los textos referidos a este tema son reiterativos, o se limitan a exponer sobre la esencia del instituto, es decir, qué es lo que debe interpretarse con esa denominación, o se refieren al análisis de los efectos que ésta puede generar, poniendo el acento del trabajo hacia las responsabilidades societarias y/o concursales de los administradores por haber favorecido o participado ya sea directa o indirectamente en el desarrollo de la infracapitalización.

Finalmente encontramos otro grupo que ha centrado su atención en dudar directamente en la existencia misma del fenómeno por considerar que el capital social no se relaciona con el objeto social

Es por eso que he intentado darle al tema un enfoque novedoso. El propósito del estudio realizado en el presente trabajo es evaluar la eficiencia – en el sentido del análisis económico del derecho - de la normativa relativa al capital social y su aplicación y control, con el fin de abrir el marco del debate y contribuir a mejorar el funcionamiento de las sociedades comerciales en la República Argentina.

El estímulo e interés por la temática surgió a partir del actual desempeño profesional de la autora en el fuero comercial, en asesoramiento societario, como letrada patrocinante de sindicaturas concursales, y realización de trámites ante la Inspección General de Justicia (en adelante, “IGJ”).

Los puntos centrales del estudio se presentan en dos bloques: 1) Primero la Introducción, incluyendo el problema, contexto y diagnóstico, objetivos, método y desarrollo, presentados en las Secciones I y II, y, 2) La investigación de campo que se incluye en la Sección III, con las Conclusiones en la Sección IV.

1.2 Planteo del problema y diagnóstico

El problema

La norma referida al monto de capital social mínimo de las sociedades anónimas argentinas establecía un monto mínimo, de \$ 12.000 (doce mil pesos), a valores del año 1991, hasta que, dicho monto de Capital Social fue sustituido por artículo 1° del Decreto N° 1331/2012 publicado en el Boletín Oficial el día 7 de agosto de 2012. Actualmente el capital mínimo para constituir una sociedad anónima es de \$ 100.000 (cien mil pesos).

Estos valores generan y generaron ineficiencia económica en las relaciones societarias, en su aplicación y su control.

La relevancia de la infracapitalización en las sociedades anónimas, se manifiesta ante la situación de insolvencia. En la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, y según El Cronista², solamente y durante el año 2011 las quiebras totalizaron 648 casos. Para determinada corriente de la doctrina, es precisamente, en esa etapa empresaria donde el capital social no cumpliría una de las funciones que se le asigna doctrinariamente, la de garantía.

¹ <http://www.cronista.com/especiales/El-2011-tuvo-mas-quiebras-y-menos-concursos-20120104-0008.html>

El contexto

La economía argentina ha atravesado en la última década por alta inflación, insolvencia macro y microeconómica y recesión en la actividad económica. Analizaré brevemente estos conceptos a continuación:

Alta inflación. Desde que se estableció la norma objeto de este trabajo (Art. 186 de la ley de sociedades comerciales, en adelante LSC) en el año 1991, el valor de la moneda argentina se depreció, redujo su valor en más de cinco veces. Esta evolución, medida en precios al consumidor (IPC), se presenta para la última década en el Cuadro 1 comparada con la evolución en países de mayor estabilidad relativa de precios donde los aumentos en la década última alcanzan entre 25% y 42%. En la República Argentina los precios aumentaron 460%.

Cuadro 1. Inflación. Índice de precios al consumidor. Argentina, Chile y Italia.
Índice 2001=100. Años 2001-2012.

Año (*)	Argentina	Italia	Chile
2001	100,0 (**)	100,0	100,0
2006	284,9	111,6	131,6
2011	505,4	121,3	142,4
2012	560,0	125,0	142,0
Total del aumento expresado en porcentaje	460%	25%	42%

Fuente: INDEC e institutos de estadística de Italia y Chile.

Notas (*): Cifras a diciembre de cada año, salvo 2012 es octubre; (**) el índice es 100 en Argentina para 2001.

Insolvencia macroeconómica. La República Argentina tiene modalidades de resolver y encarar sus deudas distintas al grueso de otros países. El *default*, el desconocimiento de

tribunales y fallos, y la declaración de insolvencia son comunes en los actos de la macroeconomía argentina de las últimas décadas y desde el año 2001.³

Insolvencia microeconómica. En Capital Federal, según el diario El Cronista, solamente y durante el año 2011 las quiebras totalizaron 648 casos, contra 611 verificadas un año atrás. En los concursos, la cifra anual fue de 345, algo menos que los 359 del 2010.⁴

Recesión y emergencia. La caída de la actividad económica, en particular en la crisis del 2001-02 (-20% del PBI), llevó a dictar la Ley de Emergencia Económica Pública y Reforma del Régimen Cambiario (Ley 25.561). Aprobada en enero del 2002, en un contexto excepcional que se contrapone a la situación de crecimiento económico posterior (PBI + 10% en 2003 y 7,2% promedio anual en diez años 2003-2012). Esta Ley fue prorrogada y está en vigencia actualmente: rige hasta el 31 de diciembre del año 2015. Su objeto se expresa a continuación:

“Declárase la emergencia pública en materia social, económica, administrativa, financiera y cambiaria. Régimen cambiario. Modificaciones a la Ley de Convertibilidad. Reestructuración de las obligaciones afectadas por el régimen de la presente ley. Obligaciones vinculadas al sistema financiero. Obligaciones originadas en los contratos de la administración regidos por normas de derecho público. Obligaciones originadas en los contratos entre particulares, no vinculadas al sistema financiero. Canje de títulos. Protección de usuarios y consumidores. Disposiciones complementarias y transitorias.”⁵

Según Medici R.⁶ con la Ley de Emergencia se cambia el paradigma societario en conjunto con la reforma de la Ley 26.684 a la Ley de Concursos y Quiebras, de junio de 2011 donde antes la protección era para el crédito y, ahora, con la reforma, la prioridad es la conservación de la empresa y el empleo.

³ El país ya acumula demandas en el CIADI por más de U\$S 20.000 millones, sumadas a una fama de mal pagador <http://www.lanacion.com.ar/1533097-la-argentina-acumula-demandas-en-el-ciadi-por-us-20000-millones>

⁴ Extraído de <http://www.cronista.com/especiales/El-2011-tuvo-mas-quiebras-y-menos-concursos-20120104-0008.htm>

⁵ Extraído de <http://www.infoleg.gov.ar/infolegInternet/anexos/70000-74999/71477/texact.htm>

⁶ http://usocpce.cpcesfe2.org.ar/DocumentosVarios/LA_REFORMA_DE_LA_LEY_26684.pdf

1.3 Objetivos generales y específicos

Esta investigación tiene por objetivo general evaluar las consecuencias económicas de la infracapitalización empresaria en sociedades anónimas de la República Argentina. Esto implica evaluar la normativa que regula el capital social - bajo otro monto, otras condiciones y relaciones con el objeto y patrimonio, otra forma de aplicación y funcionamiento del órgano de contralor – y determinar si con su modificación estarían mejor los integrantes de la relación societaria (socios, directores, proveedores, empleados, y acreedores), sin perjudicar a otras partes en la economía. Para así resolver el propósito de evaluar la eficiencia – en el sentido del análisis económico del derecho - de la normativa relativa al capital social y su aplicación y control.

Los objetivos específicos se esbozan mediante tres preguntas, las cuales serán contestadas en la conclusión:

- 1, ¿Induce la norma actual un comportamiento eficiente/ineficiente en el sentido del análisis económico del derecho?

- 2, ¿Cumple o no cumple el capital social las funciones que la literatura le atribuye, ante las distintas situaciones de solvencia/insolvencia de la empresa?

- 3, ¿Es de utilidad, agrega valor, agrega seguridad jurídica el “capital social” según lo dicta la normativa vigente, ante las distintas situaciones de solvencia/insolvencia de la empresa?

1.4 Método

El método utilizado en la investigación incluye: (i) revisión de bibliografía y antecedentes jurídicos; (ii) revisión de resoluciones de la IGJ y otros entes; (iii) relevamiento de datos y confección de indicadores en base a balances de sociedades privadas y de precios; (iv) entrevistas a colegas sobre el cumplimiento de las funciones del capital social; y (v) estudio de caso, el de un banco de primera línea en quiebra.

II.- DESARROLLO DEL TEMA

En esta Sección se realiza una revisión bibliográfica atendiendo a distintos temas relevantes a la pregunta de la investigación. Entre ellos: i) El análisis económico del derecho, como herramienta para evaluar la eficiencia de las leyes; ii) Las características de las sociedades comerciales y límites de responsabilidad; iii) Las funciones del capital social, junto al activo y el patrimonio y su relación con el objeto social; iv) Las situaciones de insolvencia donde el capital debería cumplir una de sus funciones, la de garantía, y los casos en que se verifica la infracapitalización. v) Los dictados de la doctrina; vi) Las posiciones controvertidas; vii) El rol y actuación del ente de contralor en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, la Inspección General de Justicia. viii) Casos y fallos relevantes. ix) Finalmente, las alternativas de cambio o propuestas de política legislativa.

2. 1. Análisis económico del Derecho: eficiencia

El análisis económico del derecho, introduce el concepto de eficiencia y considera que los individuos responden a las normas legales en forma económica, de acuerdo a los incentivos.

Tal como ha sido definido por los autores Cooter y Ulen: “El análisis económico del derecho es un tema interdisciplinario que reúne dos grandes campos de estudio y facilita un entendimiento mayor de ambos. La economía nos ayuda a percibir el derecho desde una perspectiva nueva, muy útil para los abogados y para todos los interesados en los problemas de las políticas públicas... Este libro enseñará a considerar las leyes como incentivos para el cambio del comportamiento (precios implícitos) y como instrumentos para el logro del objetivos de las políticas (la eficiencia y la distribución).”⁷

⁷ COOTER, Robert y ULEN, Thomas, *Derecho y Economía*, Fondo de Cultura Económica, México, págs 18 y 19.

Continúan explicando dichos autores: “La economía ofreció una teoría científica para pronosticar los efectos de las sanciones legales sobre el comportamiento. Para los economistas, las sanciones son como los precios, y supuestamente, los individuos responden a estas sanciones de una manera muy similar a como responden los precios. Los individuos responden a una elevación de los precios consumiendo menos del bien más caro, de modo que, supuestamente, los individuos responden ante las sanciones legales más severas realizando menos la actividad sancionada.”⁸

Es decir que para este enfoque, los individuos responden a los incentivos de las leyes y de las instituciones. La eficiencia se verifica cuando con la aplicación de la ley y sus normas todas las partes del sistema se encuentran mejor que sin esa aplicación.

Cuatro proposiciones explican y son centrales al derecho económico. Las primeras proposiciones fueron expresadas por el juez de Nueva York, Richard Posner⁹, y las dos últimas fueron articuladas por Kornhauser¹⁰:

- (i) “Las reglas jurídicas deben ser eficientes”.
- (ii) “Las reglas del derecho anglosajón (*Common law*) son de hecho eficientes”.
- (iii) “Los procesos legales seleccionan normas eficientes, en el sentido de Pareto”.
- (iv) “Los individuos responden a las normas jurídicas siguiendo la economía.”

Existe una clase de eficiencia llamada “*eficiencia de Pareto*”, por el nombre de su inventor, que “se refiere a la satisfacción de preferencias individuales. Decimos que una situación particular *es eficiente en el sentido de Pareto* si es imposible cambiarla para

⁸ COOTER, Robert y ULEN, obra citada, México, Pág 14.

⁹ POSNER, Richard A., 1973, *Economic Analysis of Law*, Boston: Little Brown, 1st edition. Citados pro la Enciclopedia de filosofía Stanaford. The Economic Analysis of Law First published Mon Nov 26, 2001; substantive revision Fri Aug 12, 2011.

¹⁰ KORNHAUSER, Lewis A., 1984, *The Great Image of Authority*, *Stanford Law Review*, 36: 349–389 , 1985, *L'Analyse Economique du Droit*, *La Revue de Synthèse*, 118–9: 313–329. Citados pro la Enciclopedia de filosofía Stanaford.

que por lo menos una persona mejore su situación (según su propia estimación) sin empeorar la situación de otra persona (según su propia estimación)”¹¹

Posteriormente los economistas desarrollaron la noción de una mejora potencial en términos de Pareto (llamada a veces eficiencia de Kaldor-Hicks). “Se trata aquí de un intento por superar la restricción del criterio de Pareto en el sentido de que sólo se recomiendan los cambios que mejoren por lo menos la situación de una persona sin empeorar la situación de nadie. Ese criterio requiere que los ganadores compensen explícitamente a los perdedores en cualquier cambio. Si no hay un cambio explícito, los perdedores podrían vetar cualquier cambio. Esto tiene claras desventajas como una guía para las políticas públicas. En cambio una mejora potencial en términos de Pareto permite los cambios donde hay ganadores y perdedores pero exige que los ganadores ganen más que lo que pierden los perdedores. Si se satisface esta condición, los ganadores pueden, en principio, compensar a los perdedores y quedarse todavía con un excedente...En esencia, esta es la técnica del análisis del costo-beneficio. En el análisis del costo-beneficio, se emprende un proyecto cuando sus beneficios superan a sus costos, lo que implica que los ganadores podrían compensar a los perdedores.”¹²

En este sentido, Coase ha dicho que:

“El problema que enfrentamos al manejar acciones que tienen efectos dañinos no es sencillamente restringir a los responsables de los mismos. Lo que debe decidirse es si la ganancia por evitar el daño es mayor que la pérdida que se sufriría de otro modo, como resultado de detener la acción que produce el daño”.¹³

Shavel¹⁴ se refiere al aspecto económico del derecho. Éste reside en el énfasis en predecir comportamientos. En la economía pura, los incentivos son realizar ganancias o

¹¹ COOTER, Robert y ULEN, Thomas, *Derecho y Economía*, Fondo de Cultura Económica, México, Pág 26

¹² COOTER, Robert y ULEN, Thomas, *Derecho y Economía*, Fondo de Cultura Económica, México, Pág 66

¹³ COASE, Ronald, *El problema del costo social*- Trabajo publicado originalmente en *The Journal of Law and Economics* (octubre 1960) pp. 1-44

¹⁴ SHAVELL, Steven, *Law and economics International Encyclopedia of the social sciences*, 2nd edition, Pag 367-368

encontrar un buen precio. En el análisis económico del derecho los incentivos son evitar sanciones legales.

En síntesis, la eficiencia, a mi criterio, es un valor. El análisis económico del derecho busca explicar cómo se comporta la gente en respuesta a las normas jurídicas y a las instituciones.

Al comprobar los efectos jurídicos de las normas, el enfoque es útil para evaluar y compararlas con su deseabilidad social. Por ejemplo, si la pena de muerte fallara en impedir asesinatos, debe concluirse que esa pena no es deseable ni eficiente como castigo para esos delitos.

Otro ejemplo: para evitar ser punible por daños de un derrame de petróleo, el propietario de un buque supertanque puede instalar mejores instrumentos de navegación o contratar una tripulación más idónea. Pero si le resulta más barato pagar la indemnización en caso de que ocurriera un derrame, que el costo que implica instalar mejores instrumentos de navegación o contratar una tripulación más idónea, entonces la ley respectiva no es eficiente, y no cumple la función de prevención contra el derrame.

El problema se explica a partir de una premisa del derecho económico: los individuos responden a las normas legales en forma económica, de acuerdo a los incentivos.

Tomemos como otro ejemplo una ruta que se administra y gestiona con fondos de peajes. Supongamos que la tarifa internacional en autopistas que operan adecuadamente es de 0,50 centavos de dólar por km. Con esa tarifa todos los actores satisfacen sus necesidades y están conformes: los automovilistas ven aceptable el pago, ya que transitan con poca congestión y en condiciones seguras y razonables de costo y tiempos; la empresa que mantiene y opera la ruta, así como sus empleados, ven satisfechas sus necesidades de ingresos para proveer los servicios. Ruta pavimentada, en buenas condiciones, con el mantenimiento adecuado y con pocas demoras. Si se cambiara la norma y en lugar de US\$ 0,50 se pasara a cobrar cuatro veces más, US\$ 2,00, los automovilistas estarían peor. Esta tarifa, desmedida respecto de la realidad de costos, ahuyentaría a los automovilistas, que en toda ruta por peaje disponen de una carretera libre de costo alternativa. Si se cambiara la norma y la tarifa pasara a sólo 10 centavos, entonces estaría peor la empresa que administra y gestiona la ruta y el peaje y sus

empleados y proveedores. La recaudación con ese nivel de tarifa no permitiría cubrir los costos para que la gestión sea adecuada. También el automovilista estaría peor dado que en este caso la ruta no sería mantenida en buenas condiciones. En las situaciones con US\$ 2 y con US\$ 0,10 de tarifa todos los actores (usuarios y empresa) están peor. La norma no ha resultado eficiente, con esos dos cambios. Sí es eficiente cuando todos los actores se encuentran mejor con el cambio. Por ejemplo, llevando el peaje a 0,55 la empresa estará más holgada para mejorar el mantenimiento y el usuario contribuye con un valor no tan significativo.

De estos ejemplos surge que el análisis económico tiene significativa influencia en la comprensión de la ley y el trabajo legislativo.

Así, siguiendo este enfoque, el Banco Mundial, a fin de promover la cooperación transnacional en insolvencias multi-jurisdiccionales, recopiló las mejores prácticas ante la insolvencia con el objeto de modernizar las leyes nacionales. En su informe de 2001 refiere así a un aspecto de la eficiencia¹⁵: “La posibilidad de que un acreedor tome posesión de los bienes de su deudor y pueda vender los mismos para satisfacer su crédito es el medio más simple y más eficiente de asegurar el pronto pago. Ello resulta mucho más eficiente que la amenaza de un procedimiento de insolvencia, el cual a menudo requiere un nivel de prueba e importa un retardo procesal”.

Y, sobre la infracapitalización pero referida a la del sistema bancario, ese Banco de Desarrollo señala: “El sistema financiero, infracapitalizado, permanecerá disfuncional. La acción rápida y las grandes inversiones del sector público -a través de la recapitalización bancaria- pueden llevar a reducir los costos, dado que podría evitarse el riesgo de debacle”.¹⁶

¹⁵ Banco Mundial, principios y líneas rectoras para sistemas eficientes de insolvencia y de derechos de los acreedores. Abril 2001. Participaron en este informe 75 países, 70 expertos y 700 especialistas. Extraído de <http://web.worldbank.org/WBSITE/EXTERNAL/TOPICS/EXTLAWJUSTICE/EXTGILD/0,,menuPK:64874173~pagePK:4789692~piPK:4789698~theSitePK:5807555,00.html>

¹⁶ Banco Mundial, principios y líneas rectoras para sistemas eficientes de insolvencia y de derechos de los acreedores. Abril 2001. Participaron en este informe 75 países, 70 expertos y 700 especialistas. Extraído de

H. Rivero, quien refiere a la situación normativa de Perú, manifiesta que: “... la disposición sobre el capital social pretende reducir los costos sociales derivados de la insolvencia de empresas por medio de mecanismos que aseguran una cobertura mínima o, lo que es lo mismo, un capital mínimo que responda por las obligaciones sociales”.¹⁷

Se trata, en suma, de reducir los costos de constituir y operar las empresas, los costos de transacción, los de resolver o dirimir las insolvencias – costos de las partes individuales y de la sociedad en su conjunto-, de manera que con la ley o la norma todas las partes estén mejor que sin ella.

Contrariamente, podemos ver los siguientes ejemplos de falta de eficiencia de la norma que regula el capital social, a saber:

(a) Con el capital social requerido por la LSC, los socios se inclinan por decisiones y proyectos de alto riesgo. Al estar “perdidos por perdidos” apelan a “ir por todo”, con decisiones poco racionales y de alto riesgo que terminan siendo ineficientes para la economía.

(b) Los costos de recupero y ejecución que incurren las partes acreedoras son relativamente más altos que si se dispusiera del preservado patrimonio y activos.

En palabras de Geoffrey P. Miller “... La primera y más obvia de las razones para la regulación del capital es que protege a la empresa contra la insolvencia y todos los costos que supone una quiebra. Si el capital de una empresa se regula eficazmente, ésta nunca será insolvente”.¹⁸

<http://web.worldbank.org/WBSITE/EXTERNAL/TOPICS/EXTLAWJUSTICE/EXTGILD/0,,menuPK:64874173~pagePK:4789692~piPK:4789698~theSitePK:5807555,00.html>

¹⁷ HUASCAR Ezcurra Rivero *La regulación del capital bajo la Ley General de Sociedades Una perspectiva económica del problema.* España extraído de http://www.bullardabogados.pe/publications/wpcontent/uploads/2011/12/2007he_leygeneralsociedades.pdf

¹⁸ MILLER, Geoffrey. *Das Kapital: Regulación de la solvencia de la empresa comercial estadounidense.* En: *El Análisis Económico del Derecho y la Escuela de Chicago. Lecturas en Honor de Ronald Coase.* Lima: Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas, noviembre del 2002. p. 117.

A los fines de esta investigación el *quid* de la cuestión es si la norma que fija valor mínimo de capital social para las sociedades anónimas es eficiente.

Esto implica evaluar las consecuencias económicas de la infracapitalización en sociedades anónimas de la República Argentina y la normativa relativa al capital social y determinar si con su modificación -es decir, bajo otro monto, otras condiciones y relaciones con el objeto y patrimonio, otra forma de aplicación y funcionamiento del contralor- estarían mejor los integrantes de la relación societaria (socios, directores, proveedores, empleados, y acreedores), sin perjudicar a otras partes en la economía. Es decir, se procura identificar los efectos en la eficiencia -el bienestar social general - de la actual normativa y aplicación.

2.2 Capital social

2.2.1 Concepto

No existe en la legislación societaria argentina una definición de capital social.

Zunino comenta que “el *capital social* ha sido bien caracterizado por Vivante, como “una existencia de derecho” para significar de este modo que es una elaboración técnico-jurídica cuya principal finalidad reside en la tutela al interés de los acreedores. Tradicionalmente su concepto se extrae por confrontación con la noción de patrimonio social: así, el capital social se traduce a una cifra representativa del valor de los aportes (en especie y en dinero) efectuados por todos los socios y es por lo tanto el que figura en el contrato constitutivo, debiéndose inscribir con él y permaneciendo invariable a lo largo de la gestión social, pudiendo ser alterado solamente en los casos y con los requisitos impuestos en la ley (arts 191 a 206 LSC). El *patrimonio social*, en cambio, por representar el conjunto de todos los bienes y de las deudas de la sociedad, es esencialmente mutable a tenor de las contingencias de los negocios sociales...Partiendo pues de una concepción ideal, en el momento de la constitución de la sociedad, el patrimonio se corresponde con la cifra numérica representativa de esos aportes (art 53

LSC¹⁹), pero una vez iniciada la gestión de la empresa, mientras el patrimonio variará según la suerte de los negocios el capital permanecerá invariable, convirtiéndose así en una cifra nominal que implica jurídicamente un compromiso para la sociedad en cuanto a mantener la equivalencia entre dicha cifra y el patrimonio. En efecto, el capital como cifra nominal constituye el “tope” o “techo” sólo por sobre el cual los socios pueden repartirse utilidades: en otras palabras, cuando el activo patrimonial supera la cifra de capital, existen “ganancias” que pueden distribuirse; caso contrario no podrá haber reparto de utilidades, e incluso, no puede haberlo respecto de eventuales utilidades de un ejercicio sin antes compensar las pérdidas de ejercicios anteriores.... Si el patrimonio es la garantía directa de los acreedores sociales, el capital es la garantía indirecta, al impedir el reparto de utilidades sin antes compensar las pérdidas.”²⁰

El capital social es el conjunto de recursos constituidos por los aportes de los socios. Es un requisito común a todo contrato de sociedad mercantil, es un requisito “no tipificante”, ya que la ausencia de éste en el contrato constitutivo hace anulable el contrato, siendo dicho vicio subsanable hasta su impugnación judicial (art 11 LSC).

Se entiende que el capital es la cifra en dinero que expresa en el acto constitutivo la suma de los aportes realizados por los socios y que puede aumentarse o disminuirse de acuerdo con los requisitos que la ley establece.

¹⁹ **Art. 53 LSC.** - En las sociedades por acciones la valuación, que deberá ser aprobada por la autoridad de contralor, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 169, se hará:

1. Por el valor de plaza cuando se tratase de bienes con valor corriente;
2. Por valuación pericial, cuando a juicio de la autoridad de contralor no pueda ser reemplazada por informes de reparticiones estatales o bancos oficiales.

Se admitirán los aportes cuando se efectúen por un valor inferior a la valuación, pero se exigirá la integración de la diferencia cuando fuere superior. El aportante tendrá derecho de solicitar reducción del aporte al valor resultante de la valuación siempre que socios que representen tres cuartos del capital, no computado el del interesado, acepten esa reducción.

²⁰ ZUNINO, Jorge Osvaldo, *Régimen de Sociedades Comerciales Ley 19.550*, 16° edición, Astrea, 2001, página 193.

2.2.2 Funciones del capital social

El capital social cumple funciones no sólo de organización interna, determinando los derechos políticos y económicos de los socios, sino también de productividad, y hasta de garantía específica de los acreedores de la sociedad:

a) Función de determinación de la posición del socio en la entidad: Mediante el capital social se mide la participación y la responsabilidad de los socios o accionistas. Organización corporativa con respecto a los derechos políticos, económicos y financieros.

b) Función de productividad: El capital sirve como fondo patrimonial para obtener un beneficio, mediante el desarrollo de la actividad empresarial.

c) Función de garantía frente a los acreedores sociales. Al respecto, para algunos autores esta función de garantía es la más importante, siendo, para ellos, el capital social la única vía para asegurar la protección de terceros. Esta función, a mi entender, actualmente se encuentra en crisis.

Con respecto a esta última función, la de garantía, existen diversas opiniones:

1) Nissen considera que “entre todas las funciones que cumple el capital social, la de servir de garantía frente a los acreedores sociales es la que asume el papel más destacado, pudiendo sostenerse que el capital social funciona como instrumento de garantía que compensa a los acreedores de la exoneración de responsabilidad de que gozan los patrimonios personales de cada uno de los socios...la cifra capital brinda a los acreedores sociales un dato de fundamental importancia, pues le permite conocer los bienes, dinerarios o no, con que cuenta la sociedad para responder frente a los terceros por las obligaciones sociales.”²¹ Continúa diciendo: “Esta función de garantía es la que mejor diferencia el capital social del patrimonio de la sociedad, pues éste, definido por el art. 2312 del Código Civil como el conjunto de los bienes de una persona (en el caso, la sociedad), es plena y enteramente disponible por su titular, aunque esencialmente

²¹ NISSEN, Ricardo A. : *Panorama actual de derecho societario*, Editorial Ad Hoc, 2000 , pág. 23

mutable, a punto tal de que solo puede ser conocido, tratándose de compañías mercantiles, a través de la confección de sus estados contables...El capital social, por el contrario al constituir una cifra de retención que obliga a la sociedad a mantener una masa de bienes en su patrimonio, resulta indisponible por sus administradores... Es precisamente en cumplimiento de tal función que la ley 19.550 ha dispuesto una serie de normas que tienden a preservar la intangibilidad del capital social, en resguardo y protección no sólo de quienes integran la misma, sino fundamentalmente en defensa de los acreedores sociales...” En conclusión, considera dicho autor que el capital social constituye la contrapartida de la limitación de la responsabilidad de sus integrantes.

Para este autor, el capital social inicial de la sociedad, es el capital con el cual deberá afrontar las actividades propias de su objeto, por lo que la sociedad debería nacer lo suficientemente capitalizada, esto es, “con la posibilidad de contar con los medios necesarios para poder desarrollar el objeto social y cumplir con los compromisos que la sociedad debe contraer para el desarrollo de la actividad.”

Esta postura, que considera que el capital social debe ser necesario para poder desarrollar el objeto social y cumplir con las actividades o compromisos de la sociedad, es contradictorio con lo citado en la página anterior, de donde surge que, para este mismo autor, el capital social es una cifra de retención, indisponible por los administradores: O ese dinero se utiliza para el giro social empresario (lo que hará que el capital social varíe de acuerdo a la suerte o desgracia del negocio), o es una cifra de retención que no es variable ni se modifica automáticamente por la suerte de los negocios sociales, por lo que deberá quedar inmovilizada (o depositada en un banco, o en la caja social, etc) para poder actuar como garantía en el caso del reclamo de un tercero. Pero, a la luz de lo expuesto por éste autor, resulta contradictorio por un lado, que el capital social deba ser el necesario para desarrollar el giro social empresario, y por el otro, que cumpla la función de ser una cifra de retención, fija, indisponible, que sirva primordialmente como garantía de los acreedores.

2) Vítolo, manifiesta respecto al capital y su insuficiencia: “Si el capital social es – *prima facie*- el conjunto de recursos constituidos por los aportes de los socios para ser aplicados al giro social y al cumplimiento del objeto social, no caben dudas que existirá

insuficiencia de capital social cuando los socios no dotan a la Sociedad de los recursos patrimoniales necesarios para ello”²².

Asimismo considera que: “El principio de intangibilidad del capital social simplemente significa que el capital social no podrá ser modificado, en más o en menos sino en los casos y bajo los procedimientos y recaudos expresamente previstos en la ley. Ello en protección de los socios y –muy especialmente en lo que a reducción se refiere- de los terceros.... A diferencia del concepto de patrimonio que es dinámico, el capital social encuentra en la ley de sociedades un perfil estático. El capital social en el momento fundacional resulta equivalente al patrimonio social pero, a poco que la sociedad despierta a la vida, comienza a diferenciarse atento –justamente- a la naturaleza dinámica del patrimonio que se desprende de la identidad fundacional con el capital social, para seguir su propia evolución. El capital social está sujeto a principios de determinación e invariabilidad, conforme a los cuales la cifra del capital social es de obligatoria mención en el contrato constitutivo...y cuyo aumento o reducción no opera automáticamente sino que... se hace necesaria la correspondiente cláusula del estatuto...”²³

3) En España, el numeral 4 del artículo 407 de la Ley General de Sociedades procura, sobre todo, salvaguardar la integridad del capital social como garantía común de los acreedores de la sociedad. Se entiende, en ese sentido, que el fin último de la norma es proteger los intereses de los acreedores.²⁴

En el mismo sentido, comentando la función de garantía a favor de los acreedores los doctores Fernández, C. y Cerna, V. citados por Rivero han señalado lo siguiente: “... de

²² NISSEN, Ricardo A.; VITOLLO, Daniel Roque y VERON, Alberto Victor, *Infracapitalización societaria*. La Ley 29/4/13, Cita Online: AR/DOC/1488/2013

²³ VITOLLO, Daniel Roque, *Apuntes sobre el problema de la infracapitalización societaria*: http://www.websyllabus.org/files/14535-Infracapitalizacion_II.pdf

²⁴ DE LA CÁMARA, Manuel. *El capital social en la sociedad anónima, su aumento y disminución*. Madrid: Consejo General del Notariado, 1996. pp. 13 y 14. Citado por SÁNCHEZ SALAS, Julio. *Apuntes sobre el capital social de las sociedades anónimas en la nueva Ley General de Sociedades*. En: *ius et veritas*. Año IX. Número 17. Noviembre 1998. pp. 134 y siguientes.

lo que se trata es que la sociedad tenga un patrimonio neto que no sea inferior a la cifra capital social”.²⁵

En el caso de España, la existencia de un patrimonio neto que coincida con la cifra capital garantiza al menos teóricamente que la sociedad tenga activos suficientes para cubrir los pasivos, en un importe en exceso o igual a la cifra que representa el capital social. A fin de mantener la correspondencia mínima entre el patrimonio neto y el capital social se ha establecido el principio de vinculación. En virtud de él se busca a través de una serie de medidas que el patrimonio neto no se reduzca por debajo de la cifra de capital. La función de la pérdida del capital social está ligada a la función de garantía que cumple la cifra capital. En ambos casos lo que se busca es que la sociedad mantenga un patrimonio neto que sea igual a la cifra capital social, que existan activos suficientes para cubrir los pasivos de la sociedad como una forma de protección a favor de los acreedores.

4) Miguel Araya indica que “el capital figura como parte del pasivo de la sociedad, no porque represente un crédito de la sociedad hacia los accionistas, sino porque el capital social constituye la garantía ofrecida por la sociedad a los terceros y figurando de tal forma, actúa como cifra de retención”

5) Contrariamente a lo sostenido por Nissen, Balonas, considera que “Las causas que nos llevan a cuestionar a capacidad del capital para cumplir la función de garantía...son que : 1) La solvencia de la sociedad se mide en función del patrimonio neto y no del capital...”²⁶

²⁵ HUASCAR Ezcurrea Rivero *La regulación del capital bajo la Ley General de Sociedades Una perspectiva económica del problema.* España extraído de http://www.bullardabogados.pe/publications/wpcontent/uploads/2011/12/2007he_leygeneralsociedades.pdf

²⁶ BALONAS, Ernesto Daniel, *La Derogación del capital social*, VIII Congreso argentino de derecho societario, Tomo III, Universidad Nacional de Rosario, 2001.

La LSC²⁷ establece tres requisitos para el capital de las sociedades, al que denomina "capital social" o "capital suscrito", indistintamente, y una condición para el objeto social:

Información. El balance general deberá suministrar en el pasivo la información sobre el capital social, con distinción en su caso, de las acciones ordinarias y de otras clases y los supuestos del artículo 220 (Art. 63 LSC).

Forma. En las sociedades anónimas, el capital se representa por acciones y los socios limitan su responsabilidad a la integración de las acciones suscriptas (Art. 163 LSC).

Suscripción total. Capital mínimo. El capital debe suscribirse totalmente al tiempo de la celebración del contrato constitutivo. No podrá ser inferior a CIENTO VEINTE MILLONES DE AUSTRALES (A 120.000.000). (es decir antiguamente \$ 12.000 y actualmente \$ 100.000) Este monto podrá ser actualizado por el Poder Ejecutivo, cada vez que lo estime necesario (Art. 186)

Objeto social. La designación de su objeto debe ser preciso y determinado (Art 11, inc. 3 LSC).

Cabe tener en cuenta que el valor es hoy, en la moneda de uso corriente el peso argentino, de \$ 100.000 (es decir, algo menos de U\$S 10.000, a valores del mercado paralelo según cotización del mes de febrero de 2014).-

2.2.3 Relación del capital y el patrimonio de la sociedad

“El patrimonio es la prenda común de los acreedores.”

²⁷ LEY DE SOCIEDADES COMERCIALES Ley N° 19.550 *Texto ordenado por el Anexo del Decreto 841/84 B.O. 30/03/1984.*

Al respecto, es interesante la distinción entre el capital social y el patrimonio de la sociedad ya que será ésta diferencia la que en definitiva nos conduzca a determinar donde recae la garantía de los terceros.

Manifiesta Fernando Aznar²⁸ que “...lo cierto es que, si bien se muestran como conceptos coincidentes en determinado momento de la existencia del ente societario, resultan ser en esencia sumamente distintos ya que su existencia, reconocimiento y cuantía producen efectos diversos. Así, decimos que el capital social es un concepto estático, inicialmente constituido por el valor atribuido al conjunto de los aportes de los socios, que debe permanecer durante la vida de la sociedad inalterado, invariable, inmutable salvo que se lleven a cabo los supuestos legales de aumento o disminución de capital, los que deberán respetar los requisitos de validez impuestos por el ordenamiento vigente.”

De acuerdo con nuestra ley de sociedades y con lo manifestado por el maestro Vivante, el capital como elemento esencial no tipificante “representa un asiento constante en la formación del balance social; que figura de acuerdo la propia imposición legal en el pasivo de cada ejercicio con la suma establecida por el acto constitutivo, para que, en contrapartida del mismo, se pueda inscribir en el activo un total equivalente en bienes, de créditos o de pérdidas, para garantía o advertencia de los acreedores sociales. Realiza la función de moderador legal y contable de la vida social, determina en función reguladora, cuál es el máximo límite de los beneficios que se pueden repartir, cuál ha de ser el importe de las reservas, cuándo se deba proceder a la disolución de la sociedad o cuándo se tenga que modificar el Estatuto social a causa de las pérdidas sufridas.” Continúa diciendo Aznar que “El concepto de patrimonio ya ha sido definido por nuestro gran codificador en el art. 2312 del Código Civil como “El Conjunto de bienes de una persona”. Comprende tanto del activo como del pasivo. Refiere este concepto al conjunto de derechos y obligaciones de la sociedad en tanto sujeto de derecho. En contraste con el concepto de capital social, el patrimonio implica un concepto

²⁸ AZNAR, Fernando, *Infracapitalización*, Revista Argentina de Derecho Empresario 10-04-2013 Cita: IJ-LXVIII-207.

dinámico, que se modifica permanentemente, es variable, mutable, aumentará o disminuirá de acuerdo a los resultados positivos o negativos de la actividad financiera de la sociedad.”²⁹

Sostiene Krochik: “El capital social está constituido inicialmente por el aporte de bienes de los socios y durante la vida de la sociedad permanece inalterado –excepto los aumentos de capital- figurando en el balance como una cuenta invariada en el pasivo social (pasivo nominal). En cambio el patrimonio es el conjunto del haber y deber social, es decir el activo y el pasivo social, tal como ocurre con el patrimonio de las personas físicas. El activo neto es la diferencia de ambos rubros.”³⁰

Parte de la doctrina (con la que la autora coincide), considera que el concepto de capital social es limitado, por ser meramente un concepto legal, inútil para proteger a los que contratan con la sociedad, y que la garantía de los terceros es el patrimonio neto y el flujo de fondos efectivo. En este sentido, Grigioni considera que “...Ante cualquier negociación con una sociedad, en especial las de responsabilidad limitada, los terceros que contratan con ella no tienen en consideración el capital social de la misma, sino que analizan los activos y el patrimonio de la sociedad, como también su giro, a fin de determinar su solvencia.”³¹

El autor Troilo, con quien la autora también coincide, sostiene que “Somos de la opinión de que la garantía de los acreedores no está dada por el capital social sino por el patrimonio social. En la actualidad, cuando se contrata con una sociedad se presta más atención al patrimonio que a su capital social. Existen en la actualidad muchas sociedades que desarrollan sus negocios de manera efectiva y exitosa - muchas de las cuales hasta son subsidiarias de importantes corporaciones americanas y europeas - que poseen capitales sociales irrisorios, en algunos casos de sólo centavos. Por otra parte,

²⁹ AZNAR, Fernando, *Infracapitalización*, Revista Argentina de Derecho Empresario 10-04-2013 Cita: IJ-LXVIII-207.

³⁰ KROCHIK, Roberto David *Responsabilidad de los directores y administradores por la infracapitalización*.

<http://congresods.uade.edu.ar/greenstone/collect/congres1/archives/HASHcd24/eaf267e6.dir/doc.pdf>

³¹ GRIGIONI, Gabriela, *Consideraciones acerca del control registral de la infracapitalización originaria.*, Suplemento especial de la revista jurídica argentina La Ley, Sociedades Comerciales, pág 72, diciembre 2004, Editorial La Ley.

también existen sociedades con cifras de capital social realmente interesantes y “adecuadamente proporcionadas con su objeto” pero que, cuando se examinan sus estados contables al momento de contratar o hacer negocios con ella, no brindan una adecuada garantía.”³²

2.2.4 Problemas del capital social

A partir de la lectura del tema, se advierten, cinco problemas del capital social: (i) sustitución de activos; (ii) monto desactualizado; (iii) vulnerabilidad de acreedores; (iv) arbitrariedad para establecer el capital en función del el objeto; y (v) fijación de montos mínimos por parte del órgano de contralor.

1. Sustitución de activos. El problema llamado “sustitución de activos” se presenta en empresas muy endeudadas y con elevada probabilidad de quiebra. Una empresa endeudada podría disponer de un incentivo para realizar proyectos de inversión de alto riesgo, aunque éstos pudiesen reducir el valor de mercado de la empresa. La sustitución de activos consiste en sustituir los activos existentes en la empresa por otros más arriesgados, que aumenten su riqueza y que, a veces, simultáneamente perjudican a los acreedores. “... Los propietarios podrán tener incentivos a invertir en proyectos con mayor riesgo de lo planteado inicialmente en las condiciones del préstamo, aprovechándose de su responsabilidad (participación) limitada, con base en la cual no habrá simetría entre las ganancias y pérdidas potenciales...”³³

2. Monto desactualizado. El Decreto N° 1331/2012 elevó el capital mínimo para la constitución de Sociedades Anónimas a \$100.000. Cabe recordar que hasta hace poco tiempo, dicho monto era de \$ 12.000. El vacío generado por la falta de una actualización razonable del mismo, ha sido suplido de alguna manera, por la actualización de oficio por parte de la autoridad de control o el registrador.

³² TROILO Ignacio Luis, *Capital Social e Infracapitalización. Aportes para la introducción de la noción del capital variable en nuestra ley de sociedades*
<http://viziolitriolo.com.ar/pdf/ponencia-capital-variable.pdf>

³³ JENSEN, Michael, y MECKLING William, *Theory of the Firm: Managerial Behavior, Agency Costs, and Ownership Structure*, Journal of Financial Economics Vol. 3, No. 4, pp. 305-360 Octubre, 1976

3. Vulnerabilidad de ciertos acreedores. El capital social, para Di Chiazza³⁴ es una fantasía como garantía. Ese autor menciona tres elementos: (i) dos categorías de acreedores, vulnerable y no vulnerable; (ii) el funcionamiento de los sistemas protectorios como la Ley de Protección al Consumidor; y (iii) el régimen concursal. Las implicancias de dichos sistemas diluyen, a opinión del autor, la aplicación del capital social como garantía a una fantasía. “La vulnerabilidad se genera... especialmente por la existencia de incentivos perversos en el régimen concursal... y el capital social no desempeña ninguna función de garantía ...”³⁵

4. Arbitrariedad en el capital y su objeto. Este problema se basa en la premisa de que el concepto de capital social estaría "en crisis" primordialmente dada la diferenciación existente entre el concepto de capital social y el de patrimonio (en su sentido técnico contable) y la tendencia de control sobre la suficiencia del capital para que el mismo viabilice el objeto desde el inicio de la sociedad inscripta.

5. Fijación del capital por el órgano de contralor. El gran problema, según Prono J.³⁶ es lo difícil de establecer cuál es el capital adecuado para el cumplimiento del objeto y precisar criterios para ello. El autor indica que a ello se agrega otro grave problema: La fijación de montos mínimos por parte de la autoridad de control o registral, configura una valoración subjetiva, que puede llevar a la arbitrariedad, y que depende de la libre voluntad del funcionario.

³⁴ DI CHIAZZA, Iván. *La infracapitalización societaria. Una novedad para el derecho argentino que amenaza con convertirse en estigma.* LA LEY 10/09/2004.

³⁵ DI CHIAZZA, Iván La Malsana función de garantía del capital social. Acerca de un artificio hipócrita que se repite cual verdad sagrada. Zeus, Tomo 98, Boletín N° 7737. 2006.

³⁶ PRONO J. y GOMEZ B. 2001. *Capital Social. Necesidad de vincular el capital con el objeto de la sociedad y propuestas alternativas para ello.* VIII Congreso Argentino de Derecho Societario. Rosario 2001.

2.3. Objeto Social

2.3.1. Definición

Colombres define al objeto social como “el dato de la normativa societaria que estatuye la actividad, o el complejo de actividades, que los socios se proponen cumplir bajo el nombre social, por actuación de los órganos sociales y en las condiciones de responsabilidad que determine cada tipo social.”³⁷

Nissen considera que “El objeto social define la actividad económica que ha de ser desarrollada por la sociedad durante la vigencia del contrato social, el cual debe necesariamente ser preciso y determinado, conforme lo manda el art. 11, inc. 3 de la ley 19.550.”³⁸. Asimismo, considera que ello se fundamenta en el “principio de la especialidad” o “doctrina del *ultra vires*” al que están sometidas las sociedades, conforme el cual el objeto de las mismas circunscribe y limita su capacidad de acción, y, en consecuencia, la inclusión en el estatuto de la sociedad de una pluralidad de objetos constituye una imprecisión e indeterminación del objeto social, violando el art 11, inc. 3 y 58 de la LSC, entre otros.³⁹

En ese sentido, el art 58 de la LSC dispone que: “El administrador o el representante que de acuerdo con el contrato o por disposición de la ley tenga la representación de la sociedad, obliga a ésta por todos los actos que no sean notoriamente extraños al objeto social...”, por lo que los actos que exceden del objeto social no obligan a la sociedad. Esta limitación a la capacidad de las personas jurídicas se fundamenta en la protección de terceros y de quienes forman parte de la sociedad, al imponer limitaciones en el desempeño de los administradores.

Para Cabanellas⁴⁰, deben distinguirse cuatro conceptos básicos: (i) objeto como actividad de la sociedad; (ii) objeto como finalidad, propósito u objetivo común; (iii)

³⁷ COLOMBRES, Gervasio, *Curso de derecho societario*, ed. Abeledo Perrot, pg. 113

³⁸ NISSEN Ricardo Augusto, *Algunas cuestiones debatidas en torno al objeto de las sociedades comerciales en el derecho societario argentino. El objeto único, la relación capital-objeto y las sociedades profesionales*. ED 28/11/2007.

³⁹ NISSEN, Ricardo Augusto *Algunas cuestiones debatidas en torno al objeto de las sociedades comerciales en el derecho societario argentino. El objeto único, la relación capital-objeto y las sociedades profesionales*. ED 28/11/2007.

⁴⁰ CABANELLAS DE LAS CUEVAS, Guillermo: *Derecho societario, Parte General. El contrato de sociedad*, v. 2, páginas 249 y siguientes, Heliasta, Buenos Aires, 1994.

objeto como prestaciones del contrato de sociedad, en el sentido que el término tiene en el derecho contractual (art. 1168, C. Civ); y (iv) objeto social como elemento normativo que fija los límites dentro de los cuales deben desenvolverse los órganos societarios.

2.3.2 Organo de Contralor

En la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, la IGJ lleva el control sobre las empresas que no cotizan en la Bolsa de Comercio en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Está regulada por la Ley Orgánica de la IGJ Nro 22.315. Las funciones de la IGJ, conforme la citada norma, son de: (i) Registro Público de Comercio, (ii) fiscalización externa, y (iii) información y publicidad. En su accionar emite resoluciones generales y particulares. Actúa en la inscripción y durante la operación de las sociedades.

En el tema que compete a este trabajo, la IGJ se ha arrogado, -a opinión de la autora-, la facultad de fijar montos de capital social en relación al objeto social.

Anteriormente, la autoridad de control de la Capital Federal, aceptaba que se inscribieran sociedades con objeto múltiple y con el capital mínimo requerido por la LSC. La Resolución General de IGJ 6/80, denominada “Normas de la Inspección General de Justicia”, vigente hasta el año 2006, establecía que: “la mención del objeto social deberá efectuarse en forma precisa y determinada mediante la descripción concreta y específica de las actividades que la sociedad se propone realizar, evitándose innecesarias o superfluas enunciaciones de hechos, actos o medios dirigidos a su consecución. El objeto social podrá comprender actividades plurales y diversas sin necesaria conexidad o complementación, siempre que las mismas se describan en forma precisa y determinada, circunscribiéndose a las que la entidad se propone realizar y guarden relación con el objeto social. No se considerará preciso y determinado el objeto social cuando a pesar de estar determinadas las diversas actividades, por su cantidad, variedad o inconexidad, quepa presumir razonablemente que la sociedad desarrollará efectivamente solo alguna de ellas.”⁴¹

⁴¹ Inspección General de Justicia Resolución General 6/80 Art 18.

Con fecha 04 de junio del año 2004 ha sido dictada, por la I.G.J. la Res. Gral. 9/2004 (B.O. 07/06/04) por medio de la cual se modificó la Res. Gral. 6/80 en punto a la definición del objeto social en las sociedades comerciales. En virtud de dichas modificaciones, el Art. 18 de la Res. Gral. 6/80 ha quedado redactado del siguiente modo: "Precisión y determinación. El objeto social deberá ser único y su mención efectuarse en forma precisa y determinada mediante la descripción concreta y específica de las actividades que contribuirán a su efectiva consecución. Será admisible la inclusión de otras actividades, también descritas en forma precisa y determinada, únicamente si las mismas son conexas, accesorias y/o complementarias de las actividades que conduzcan al desarrollo del objeto social. El conjunto de las actividades descritas deberá guardar razonable relación con el capital social. La Inspección General de Justicia podrá exigir una cifra superior a la fijada en el acto constitutivo, aun en la constitución de sociedades por acciones con la cifra mínima del artículo 186, párrafo primero, de la ley 19.550 (t.o. 1984) (Adla, XLIV-B, 119), si advierte que, en virtud de la pluralidad de actividades, el capital social resulta manifiestamente inadecuado".

Es decir que artículo 18 de las Normas de la IGJ (Res. Gral. 6/80) establecía que el objeto social podía comprender actividades plurales y diversas sin necesaria conexidad o complementación entre ellas. La norma sólo prevía que las actividades debían ser descritas en forma precisa y determinada y debían guardar razonable relación con el capital social. La Resolución N° 9/04 viene a limitar esta facultad, al establecer que el objeto social deberá ser único. En este sentido, establece que solamente se admitirán otras actividades en la medida que sean conexas, accesorias y/o complementarias de las actividades que conduzcan al desarrollo del objeto social. Asimismo, la Resolución N° 9/04 establece que la IGJ podrá exigir un monto de capital social superior al fijado en el acto constitutivo si advierte que el capital social resulta manifiestamente inadecuado con relación a la pluralidad de actividades comprendidas en el objeto social. En este sentido, la norma aclara que la facultad de exigir el aumento del capital también es aplicable a las sociedades por acciones constituidas con el capital mínimo establecido (en ese entonces) por el artículo 186 de la Ley de Sociedades Comerciales N° 19.500, es decir, \$ 12.000. Por último, la Resolución N° 9/04 establece que será de aplicación no

sólo a los trámites de constitución de sociedades sino a aquellos trámites de reforma que se inicien o se hallen en curso al tiempo de su entrada en vigencia.

En el año 2006 cobró vigencia la resolución general de la IGJ 7/05 “Nuevas Normas de la Inspección General de Justicia”, lo que implicó la puesta en marcha del régimen de unidad del objeto social, con el objeto de “combatir de una manera eficaz, desde la misma constitución de la sociedad, el problema de la infracapitalización societaria.”⁴²

Con fecha 2 de septiembre de 2013 la IGJ dictó el Instructivo CSACU N° 5/2013 en relación a la interpretación del art 66 de la Resolución General IGJ Nro, 7/2005, en la cual indicó que “La enunciación del objeto de la sociedad en el Estatuto o Contrato Social queda cumplimentado con la indicación o descripción de la actividad o actividades que se propone realizar, debiendo omitir toda mención o enumeración de actos jurídicos que le están permitidos realizar conforme normativa vigente... y “Si en el acto constitutivo o mediante reforma del objeto social, se resolviera enunciar alguna actividad que en principio y objetivamente no resultare conexa, accesorio o complementaria del objeto, se admitirá su inclusión en el objeto social si se exponen acabadamente las razones y fundamentos que justifiquen la relación jurídico económica entre dichas actividades que las conviertan en integrantes del mismo emprendimiento societario...”

2.3.3 La doctrina sobre capital social y objeto

Es bien conocida la opinión doctrinaria que sostiene que el capital social debe ser 'adecuado' al objeto social, caso contrario, la sociedad no se debería constituir (si la inadecuación es en el origen) por hallarse la referida sociedad en estado de infracapitalización.⁴³

En este sentido, Cracogna considera que “ la importancia de la relación dinámica entre

⁴² NISSEN Ricardo Augusto, *Algunas cuestiones debatidas en torno al objeto de las sociedades comerciales en el derecho societario argentino. El objeto único, la relación capital-objeto y las sociedades profesionales*. ED 28/11/2007.

⁴³ DI CHIAZZA, Iván. La infracapitalización societaria. Una novedad para el derecho argentino que amenaza con convertirse en estigma. LA LEY10/09/2004, Página 2

el capital y el objeto social es difícil de exagerar toda vez que condiciona el desenvolvimiento empresario en el nivel individual y en el agregado de la economía en su conjunto, con inevitables consecuencias de orden social. Por otra parte, desde la lógica más elemental, la razón de ser de toda sociedad comercial consiste en el cumplimiento de su objeto social, para lo cual debe estar dotada -desde el inicio y a lo largo de toda su existencia- de los recursos suficientes que los socios deben aportar, lo que encuentra sustento en el Art. 953 C.Civil. Obviamente, de ninguna manera ello significa soslayar la importancia que en el desenvolvimiento de la actividad de la sociedad tienen los diferentes elementos que integran el activo y el pasivo, pero no puede menoscabarse la gravitación de capital social”.⁴⁴

Con referencia a la inscripción de la sociedad opinan Ernesto J. Larrain y Roque Héctor Teruggi: "... legalmente no debe haber automaticidad en la inscripción en el Registro Público de Comercio, puesto que la misión de éste consiste en el ejercicio preventivo del poder de policía del Estado respecto del comercio, en el control de la conformidad de los actos y contratos que se anoten con las normas vigentes y no sólo en la publicidad de dichos actos y contratos, puramente formal y sin examen previo, pese a encontrarse interesado el orden público en defensa de la sociedad o comunidad en que los allí inscriptos ejercen el comercio".⁴⁵

Vitolo⁴⁶ agrega: “Es de política legislativa determinar si resulta conveniente establecer un capital mínimo legal, o si corresponde dejar librada esta tarea a la apreciación judicial de la suficiencia del mismo para el cumplimiento de su objeto social, o si en definitiva constituye una responsabilidad de los administradores.”

⁴⁴ CRACOGNA, Dante. *El capital y el objeto social en las sociedades comerciales*. (En: Doctrina Societaria y Concursal. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Errepar, tomo 16, n. 202, septiembre 2004, p. 1051-1057).

⁴⁵ LARRAIN, Ernesto J. y TERUGGI, Roque Héctor en Revista del Notariado N° 719 año 1971 Pág. 1711.

⁴⁶ VITOLO Daniel R. *Apuntes sobre el problema de la infracapitalización societaria*. En Nuevos aportes al derecho societario. Editorial Ad-Hoc, 2005.

Para otros autores⁴⁷, con los cuales coincido, lo difícil es establecer cuál es el capital adecuado para el cumplimiento del objeto y precisar criterios para ello. Adicionalmente, la fijación de montos mínimos por parte de la autoridad de control o registral, configura una valoración subjetiva, que puede llevar a la arbitrariedad, y que depende de la libre voluntad del funcionario.

En igual sentido, Gabriela Grigioni ha dicho que: “Lo que parece razonable, y ha sido reconocido doctrinariamente, es que el organismo de control societario tiene una función netamente administrativa y de publicidad registral. Las facultades del citado organismo claramente son de legalidad formal y de publicidad registral, y de una revisión pormenorizada de la normativa que la rige no surge de ningún modo que la Inspección General de Justicia tenga facultades de valoración del riesgo de un emprendimiento para evitar “a priori” su infracapitalización, es decir para juzgar cuál es el capital adecuado para cumplir un determinado objeto social...Lo que el registro debe garantizar es la publicidad y la información plena a los terceros, pero no empeñarse en determinar discrecionalmente los montos necesarios que debe tener el capital social para que una sociedad pueda ser inscripta...Al momento de constituir una sociedad, la consideración que puede hacerse del capital necesariamente es limitada, por no decir imposible, ya que el emprendimiento al ir desarrollándose con el tiempo determinará cuál es el capital adecuado a su objeto en base a las actividades que finalmente sean llevadas a la práctica...”⁴⁸

Y también coincide Daniel Vergara del Carril⁴⁹: “La infracapitalización societaria no depende del capital nominal sino de su estructura patrimonial y del mantenimiento de determinadas relaciones financieras.: Los riesgos de infracapitalización no dependen del monto del capital nominal, sino que son otros los factores a ser tenidos en cuenta, tales como la estructura patrimonial de la sociedad, su índice de endeudamiento, el costo de

⁴⁷ PRONO J. y GOMEZ B. 2001. *Capital Social. Necesidad de vincular el capital con el objeto de la sociedad y propuestas alternativas para ello*. VIII Congreso Argentino de Derecho Societario. Rosario 2001.

⁴⁸ GRIGIONI, Gabriela, *Consideraciones acerca del control registral de la infracapitalización originaria.*, Suplemento especial de la revista jurídica argentina La Ley, Sociedades Comerciales, pág 72, diciembre 2004, Editorial La Ley.

⁴⁹ VERGARA DEL CARRIL, Daniel, Ponencias. IX Congreso Argentino de Derecho Societario y V Congreso Iberoamericano de derecho societario y de la empresa, t. III, Pág. 307.

su financiación, su generación de fondos propios, la política de inversiones y su capital de trabajo... el capital nominal no es garantía de adecuado respaldo patrimonial, ya que ello dependerá de la calidad de los activos adquiridos, del modo en que resulte invertido, de la capacidad de generar fondos para la autofinanciación de la sociedad, de una prudente política de endeudamiento, de la adecuada constitución de reservas, de la apropiada inversión transitoria de los excedentes de caja, de la generación de fluido capital de trabajo y de muchos otros factores ajenos por completo al monto de capital nominal".

2.4. Insolvencia e infracapitalización

Una de las definiciones más conocidas de la infracapitalización ha sido la del profesor español Cándido Paz Ares, quien entiende por tal: "...Cualquier desproporción conmensurable - o si se prefiere, inequívocamente constatable - entre la magnitud del capital de responsabilidad fijado estatutariamente y el nivel de riesgos de la empresa que en cada caso se programe para llevar a efecto el objeto social." ⁵⁰

A su vez, la doctrina suele clasificar a la infracapitalización en: (1) Infracapitalización inicial u originaria y (2). infracapitalización sobreviniente 3) sustancial (o material) y, 4) nominal (o formal).

Respecto de la clasificación, comenta Di Chiazza que: "Con respecto a los tipos de infracapitalización, se suele mencionar a la infracapitalización originaria, como aquella que aparece desde el momento en que los socios constituyen la sociedad, o sobreviniente como aquella que surge con posterioridad, en el transcurso de la actividad empresarial. Por una parte, la infracapitalización material se configuraría toda vez que la sociedad no dispone de los recursos propios adecuados para cubrir satisfactoriamente las necesidades financieras que requiere la actividad empresarial que se desarrolle (o que se pretende desarrollar) y en el caso de existir aportes de los propios socios, puedan considerarse como suficientes. En tanto que la infracapitalización nominal aparece

⁵⁰ PAS ARES, Cándido *La infracapitalización. Una aproximación contractual*
http://www.estig.ipbeja.pt/~ac_direito/infracapitalizacion.pdf

cuando las necesidades de financiación de la sociedad son cubiertas por los socios mediante aportaciones realizadas en concepto de créditos." ⁵¹

Para algunos autores como Nissen la infracapitalización de la sociedad se patentiza “ cuando ésta se encuentre en estado de insolvencia, esto es, cuando la sociedad no cuente con un patrimonio para afrontar sus deudas y el capital social se muestre insuficiente para responder por el pasivo...” Asimismo, considera que “ la infracapitalización de la sociedad abre las puertas para exigir la responsabilidad patrimonial de los socios, cuando éstos han despreciado la función de garantía que cumple el capital social, en especial aquellas sociedades donde los socios limitan su responsabilidad al aporte efectuado”. Y “... la infracapitalización de la sociedad abre el camino para exigir la responsabilidad de los socios o accionistas por las obligaciones sociales...” ⁵²

Entonces, para éste autor la infracapitalización y la insolvencia son dos caras de una misma moneda.

Mediante una interpretación tanto de la Ley de Concursos y Quiebras como de la LSC, Nissen pretende extenderle la responsabilidad a los socios en el caso de que los aportes de éstos no se correspondan con la actividad concreta perseguida o desarrollada, debiendo los socios en consecuencia responder frente a la quiebra hasta la “integración de la diferencia entre el capital efectivamente aportado y aquel necesario para el desarrollo de la concreta actividad emprendida”⁵³.

En los casos en que se produce insolvencia, se ha cuestionado la norma que establece un monto de capital como insuficiente para responder. En nuestro país, se busca paliar los efectos de la infracapitalización con intervenciones particulares de la IGJ.

⁵¹ DI CHIAZZA, Iván. La infracapitalización societaria. Una novedad para el derecho argentino que amenaza con convertirse en estigma. LA LEY10/09/2004, Página 2.

⁵²NISSEN Ricardo Augusto, *Algunas cuestiones debatidas en torno al objeto de las sociedades comerciales en el derecho societario argentino. El objeto único, la relación capital-objeto y las sociedades profesionales*. ED 28/11/2007 págs 28 y 29.

⁵³NISSEN Ricardo Augusto, “*Algunas cuestiones debatidas en torno al objeto de las sociedades comerciales en el derecho societario argentino. El objeto único, la relación capital-objeto y las sociedades profesionales*”. ED 28/11/2007 pág 31.

2.5. Posiciones de los autores frente a la infracapitalización

Existen actualmente dos posiciones, a saber:

- A) La que llamaré, por cuestiones prácticas, “la posición de Nissen.”
- B) Posición en contra de Nissen.

A) La posición de Nissen:

Indica Nissen que la limitación de la responsabilidad dada por Ley 19550 (en las SA o sociedades de responsabilidad limitada) es un aliciente para que el sector privado encare emprendimientos. Pero la realidad de esa ley desvirtúa el principio: (a) al fijar antiguamente \$ 12.000 y actualmente \$ 100.000 (solo el 25% a la constitución); y (b) al constituirse SA con frecuencia sin actividad comercial, sólo para ser titulares de bienes registrales.

La infracapitalización se patentiza para este autor cuando las sociedades se encuentran en estado de insolvencia: no cuentan con patrimonio para saldar deudas y el capital social es insuficiente para responder por el pasivo. El autor interpreta la norma (del Inc. 6°, Art 39, Ley 24522) en el sentido de que los socios integren la diferencia entre el capital social y el necesario para el desarrollo de la actividad concreta emprendida, frente a la masa concursal. Y propone, encuadrarse en el Art 175 de la Ley 19550 imputando la responsabilidad a los socios, limitadamente responsables, cuando estos no han efectuados los desembolsos necesarios para el desarrollo de la concreta y real actividad empresaria.

Así Nissen concluye que la infracapitalización abre el camino para exigir la responsabilidad de los socios. Precisa que si la infracapitalización es originaria los socios no deberían poder invocar el beneficio de la limitación de la responsabilidad. Si la infracapitalización es sobreviniente, la falta de limitación de la responsabilidad es aplicable a los socios controlantes, quienes como mayoritarios e integrantes de la administración, pueden capitalizar con fondos internos de los socios.

Considera este autor que “la suficiente capitalización de la sociedad, al momento de su constitución y posteriormente, durante todo el desarrollo de su actividad empresaria es la mejor manera de evitar la insolvencia de la misma, atento que la sociedad cuenta con mecanismos internos para obtener financiación interna.”⁵⁴

Siguiendo este criterio, el autor Eduardo Carmigniani se pregunta si la infracapitalización por sí misma es una figura de fraude, que justifica imputar responsabilidad por perjuicios sufridos por terceros, o si se requiere algún otro elemento que haga pensar que la sociedad está siendo usada con fines desviados. Si bien reconoce que no hay unanimidad en la cuestión, sostiene que “ante la falencia patrimonial de la sociedad infracapitalizada los responsables de esa anomalía deben indemnizar a los terceros perjudicados, sin que para ello se requiera elemento adicional alguno, pues la mera infracapitalización es de por sí ilícita ya que implica el incumplimiento del deber de dotar a la sociedad del capital adecuado para que pueda operar. El incumplimiento de ese deber ocasiona ilicitud y genera la obligación de indemnizar en cabeza del responsable.”⁵⁵

Vítolo considera que en los casos de infracapitalización sustancial o material el remedio sería impedir que los socios pudieran escudarse en el beneficio de la limitación de la responsabilidad para eludir su obligación de responder. Se pregunta cuál debería ser el alcance de la caída del beneficio y la extensión de responsabilidad, a saber:

- 1) “¿ La totalidad del pasivo reclamado no satisfecho?,
- 2) ¿una responsabilidad solidaria e ilimitada?; o,
- 3) ¿la contribución debida hasta la suma correspondiente a lo que pericial o técnicamente debiera haber constituido un capital razonable para el giro requerido?”⁵⁶

⁵⁴ NISSEN, Ricardo A. : *Panorama actual de derecho societario*, Editorial Ad Hoc, Buenos Aires 2000, pág. 26.

⁵⁵ CARMIGNIANI, Eduardo, *Responsabilidad de los accionistas por las deudas de la sociedad* Derecho comercial y de las obligaciones: Revista de doctrina, jurisprudencia, legislación y práctica, Argentina, ISSN 0327-4012, N°. 205, 2004 , págs. 43-57.

⁵⁶ VITOLO, Daniel R. *Capital Social, Infracapitalización y sobreendeudamiento*, Conflictos Actuales en Sociedades y Concursos, , Tomo 407, Ed Ad Hoc, Buenos Aires, Sept 2002, página 47.

Bonilla ⁵⁷ considera que: “si partimos del supuesto que el patrimonio es esencialmente variable, y que la garantía última de los terceros acreedores es el capital social, concluimos como consecuencia lógica que debe ser prioridad esencial para los operadores del derecho que los entes sociales a la hora de su constitución estén capitalizados acorde al objeto propuesto, respetando todos los principios que rigen en la materia...De esta manera ante una crisis patrimonial de la empresa, los acreedores al menos tendrán asegurada la cifra del capital.”

Hail ⁵⁸ afirma que “...la función del capital social se halla en la letra de la ley vigente y posee razonables motivos de subsistencia legal, por ello y más allá de que alguna doctrina pugne por su derogación legal, compete inexcusablemente a las autoridades de control el cargo de velar por su adecuada integración originaria y su equilibrio con el objeto societario. El Registro Público de Comercio debe encuadrar su funcionamiento en las normas legales vigentes y posee como pauta dirimente de su actuación frente a casos de duda el resguardo de los intereses de terceros en las operatorias inherentes al tráfico comercial, con ese discernimiento se extienden o limitan sus potestades registrales, razón por lo cual – entiendo- debe tenerse un criterio de valoración más estricto frente a sociedades con limitación de responsabilidad de sus socios. También y con relación a la particular situación de los registros de comercio en el ámbito de los Tribunales, éstos tendrán que adecuar su funcionamiento a las particularidades de la registración, siempre priorizando el ordenamiento técnico interno y sin enrolarse en estándares de actuación propios de los Juzgados, por lo que pugno — al respecto— por un criterio amplio a la hora de implementar mecanismos de agilización del despacho y la información, sin caer en encasillamientos estériles.

⁵⁷ BONILLA León Adolfo, *Infracapitalización societaria- supuestos de responsabilidad-* VIII Congreso argentino de derecho societario. IV Congreso iberoamericano de derecho societario y de la empresa. Tomo III. Rosario, 3,4,5,y 6 de octubre de 2001. Universidad Nacional de Rosario.

⁵⁸ HAIL DUILIO M. Francisco, *Infracapitalización de sociedades con responsabilidad limitada de los socios - Alcances del control de legalidad del Registro Público de Comercio - Facultades del secretario .* Litoral 20/11/2007, 1151.

Susy Inés Bello Knoll ⁵⁹ manifiesta la necesidad de la buena fe por parte de los constituyentes de las sociedades, particularmente de aquellas que limitan la responsabilidad de los socios. Concluye que “se hace necesario remozar los viejos conceptos básicos que hicieron al derecho societario confiable y justo”, en referencia al equilibrio funcional entre el capital social y el objeto social.

B) Posición en contra de Nissen

Parte de la doctrina considera que el concepto de capital social es limitado, por ser meramente un concepto legal, inútil para proteger a los que contratan con la sociedad, y que la garantía de los terceros es el patrimonio neto y el flujo de fondos efectivo. Mencionaré algunos autores que no coinciden con la postura de Nissen.

Di Chiazza considera que: “usualmente, se buscan soluciones cuasi mágicas...convenciéndonos que la dificultad estriba en un aspecto muy puntual de un instituto o figura determinada; esta tendencia a ‘minimizar’ o ‘encerrar’ soluciones en la praxis no obtiene resultados; ello así...porque la realidad es mucho más compleja, heterogénea y dinámica por lo que desborda cualquier buena intención de tratamiento unidisciplinar y monotemático. No se verifica la pretendida relación de causalidad entre capital social y objeto, y tampoco la función de garantía (es ilusoria) y tampoco se correlaciona con el fraude”, es decir que éste autor,, una sociedad infracapitalizada no implica *per se* un supuesto fraudulento. Considera que la realidad es compleja y no es solución aumentar el valor del capital social, sino contemplar en conjunto patrimonio, activos, fuentes de financiamiento, nivel de endeudamiento, y costo y estructura del capital. Concluye que no se trata de un problema sólo del capital social, sino que involucra también al patrimonio, activos, fuentes de financiamiento, liquidez, etc. Y que la solución al problema debe atender a cuestiones financieras, económicas y organizativas.⁶⁰ Considera también que “Sin duda que el capital desempeña un rol (más o menos importante según el ámbito negocial de desenvolvimiento de la empresa), pero

⁵⁹ BELLO KNOLL Susy I. *El equilibrio funcional y razonable entre el capital y el objeto en las sociedades comerciales*. Jurisprudencia Comentada Revista de las Sociedades y Concursos. N° 25/26 Año 2004.

⁶⁰ DI CHIAZZA, Iván. *La infracapitalización societaria. Una novedad para el derecho argentino que amenaza con convertirse en estigma*. LA LEY 10/09/2004, Página 2.

ello no significa que se lo deba exaltar al punto de concebirlo como el único (e imprescindible) recurso para el cumplimiento del objeto social” “Así, entonces, la consideración de que la insuficiencia de capital impide (ineludiblemente) la consecución del objeto social, se basa en una ilusoria búsqueda de certezas y precisiones”⁶¹

Grigioni considera que“...Ante cualquier negociación con una sociedad, en especial las de responsabilidad limitada, los terceros que contratan con ella no tienen en consideración el capital social de la misma, sino que analizan los activos y el patrimonio de la sociedad, como también su giro, a fin de determinar su solvencia.”⁶²

Paolantonio manifestó en el año 2003 su preocupación por el rol que estaba tomando la IGJ ante el dictado de resoluciones particulares que, a su juicio “importaban una verdadera reglamentación de la legislación societaria – función que no le corresponde al órgano de policía administrativa”. Sostuvo que: “La pretendida vinculación inicial entre una determinada capitalización y el objeto social es de impracticable realización sin caer en hipótesis de arbitrariedad.... No rechazamos la existencia de mecanismos que sancionen, en casos extremos e imposibles de juzgamiento al tiempo de constitución de una sociedad, la ausencia de recursos para el normal desenvolvimiento de las actividades societarias. Pero de allí a considerar, tal como surge de la Resolución General de IGJ 9/2004 que “la constitución de una sociedad originalmente infracapitalizada comporta el ejercicio abusivo de la garantía constitucional de asociarse para fines útiles y es enmarcable en lo dispuesto por el artículo 1071, párrafo segundo, del Código Civil...” hay un largo trecho para recorrer, que claramente no puede hacerse con base en los perjuicios o preconcepciones como el supuesto “privilegio excepcional” de la limitación de responsabilidad.”⁶³

⁶¹ DI CHIAZZA, Iván, obra citada en la referencia 64.

⁶² GRIGIONI Gabriela, *Consideraciones acerca del control registral de la infracapitalización originaria.*, Suplemento especial de la revista jurídica argentina La Ley, Sociedades Comerciales, pág 72, diciembre 2004, Editorial La Ley, pág 77.

⁶³ PAOLANTONIO, Martín E.: *Algunas consideraciones sobre el objeto social y la resolución general 9/2004 de la Inspección General de Justicia.* Suplemento Especial. Sociedades Comerciales, La Ley diciembre de 2004, página 107.

Este autor juzga inviable la pretensión de imponer una regla sobre la relación que debe guardar el capital con las actividades a cumplir. Considera que ello generaría un actuar discrecional provocando perturbaciones en la aplicación de la regla.

Su opinión es que “el problema de la capitalización de la sociedad no tiene por que limitarse a la entidad de los fondos propios aportados por los accionistas, no ha de suponer que éstos sean quienes deben sustancialmente fondear las actividades de la sociedad... Mal puede entonces suponerse que el ente administrativo de policía societaria podrá adecuadamente valorar la proporción de fondos propios para la actividad empresarial. La adjudicación al ente de contralor de facultades discrecionales respecto del capital “necesario” para la consecución del objeto social, supone tanto como considerar posible adivinar el curso futuro de los negocios de la sociedad, o eliminar la posibilidad de un fuerte apalancamiento vía endeudamiento...las restricciones “artificiales” en cuanto al objeto, actividades y capitalización de la sociedad generan costos transaccionales adicionales, sin que se aprecien los beneficios de la regulación”⁶⁴

Postura de la autora

No coincido con Nissen en cuanto pretende en el caso de insolvencia, extender la responsabilidad a los socios en el caso de que los aportes de éstos no se correspondan con la actividad concreta perseguida o desarrollada, debiendo los socios en consecuencia responder frente a la quiebra hasta la “integración de la diferencia entre el capital efectivamente aportado y aquel necesario para el desarrollo de la concreta actividad emprendida”⁶⁵ ello por cuanto este análisis llevaría a una interpretación arbitraria de cuál era el capital necesario para llevar a cabo las actividades de la sociedad insolvente.

Considero que el autor incurre en una contradicción al considerar al capital social por un lado, como garantía para los acreedores (cifra de retención), con lo cual de acuerdo a lo por él mismo expuesto, debiera ser una suma invariable, mientras que por otro lado le

⁶⁴ PAOLANTONIO, Martín E.: *Algunas consideraciones sobre el objeto social y la resolución general 9/2004 de la Inspección General de Justicia*. Suplemento Especial. Sociedades Comerciales, La Ley diciembre de 2004, página 107.

⁶⁵ NISSEN, Ricardo A.. Obra Citada pág 31.

asigna la característica de servir como fuente de financiación interna como forma de evitar la insolvencia, lo que denota la variabilidad del monto.

En los hechos, si viene un cliente a la consulta jurídica a decirnos que es proveedor de la sociedad X, y que ésta sociedad no está cumpliendo con sus obligaciones de pago en tiempo y forma, y considera que la misma es insolvente para hacer frente a todas las obligaciones contraídas tanto con él como con otros proveedores: ¿qué es lo primero que, como abogados, haríamos? ¿Averiguaríamos cuál es el capital social, para ponernos a pensar si éste es suficiente en relación a su actividad (la que probablemente desconozcamos en su integridad) o, intentaríamos obtener una copia del último balance para analizar su patrimonio? ¿Acaso no pediríamos también informes o índices de titularidad de bienes registrables para saber con qué patrimonio cuenta la sociedad para responder por las obligaciones incumplidas?

Y en el caso de que la sociedad quiebre, ¿qué es lo que le importará al Síndico, Juez y acreedores? ¿sólo el capital social? Por un lado, es cierto que el Síndico deberá informar si los socios han realizado regularmente sus aportes y si existe responsabilidad patrimonial que se les pueda imputar por su actuación en tal carácter (art. 39 inc 7° LCQ), pero la actividad de dichos funcionarios seguramente se centrará en la búsqueda de activos realizables.

2.6 Responsabilidad de directores y accionistas

Los autores que consideran que la infracapitalización trae aparejada responsabilidad, se preguntan:

¿Quiénes deben de responder por la infracapitalización y por qué montos, es decir, responden sólo por la diferencia entre el capital propio de la sociedad y el capital propio con el que ella debió haber sido dotada, o responden ilimitadamente por el pasivo social?

La pregunta vale ante quiebras o reclamos patrimoniales y la insuficiencia de bienes para responder.

Considero que no existe una respuesta concreta y cierta a dichos interrogantes. Sin perjuicio de ello analizaremos las distintas opiniones de algunos autores en referencia a la situación falencial.

2.6.1 Ley de Concursos y Quiebras. Extensión de quiebra.

Sostiene Bonilla que “una de las alternativas que se han propuesto es recurrir al instituto de la extensión de la quiebra de la sociedad subcapitalizada prevista en la Ley 24.522. Pero la doctrina es coincidente en que el ejercicio de las acciones de responsabilidad pueden resultar más adecuadas y de efectos más contundentes que aquella vía. Esto se debe a que la insuficiente capitalización de la sociedad fallida puede no encuadrar, por sí sola, en las previsiones que el art 161 LCQ impone para la extensión de la quiebra, por cuanto no siempre podrá probarse que la subcapitalización constituyó actuación en interés personal o disposición de bienes como si fueran propios (art 161 inc 1 LCQ) o que se desvió indebidamente el interés social (art 161 inc 2° LCQ). En cuanto a la infracapitalización generada mediante el otorgamiento de préstamos, cabe encuadrar la misma en el art 173, segundo párrafo LCQ que dispone que aquellos que en cualquier forma participen dolosamente en actos tendientes a lograr la disminución del activo o la exageración del pasivo de la sociedad, antes o después de su declaración de quiebra, deberán reintegrar los bienes que aún tengan en su poder e indemnizar los daños causados, no pudiendo reclamar ningún derecho en el concurso...Esta norma será aplicable respecto de los actos practicados hasta un año antes de la fecha inicial de la cesación de pagos (art 174 LCQ)... Dado que la norma exige la participación dolosa en los actos efectuados con la finalidad incriminada, quedan fuera de su ámbito las conductas omisivas, de las cuales la subcapitalización constituiría un claro ejemplo. Para el encuadre de la subcapitalización en el art 173 LCQ se requerirá que mediante el otorgamiento de los préstamos citados quede configurada la exageración del pasivo.”⁶⁶

Para Nissen, la infracapitalización de la sociedad se patentiza cuando ésta se encuentra en estado de insolvencia, es decir, cuando no tenga un patrimonio para afrontar las deudas y el capital social sea insuficiente para responder por el pasivo. Sostiene Nissen que “la ley 24.522 no prevé expresamente el tema, aunque implícitamente puede

⁶⁶ BONILLA León Adolfo, *Infracapitalización societaria- supuestos de responsabilidad-* VIII Congreso argentino de derecho societario. IV Congreso iberoamericano de derecho societario y de la empresa. Tomo III. Rosario, 3,4,5,y 6 de octubre de 2001. Universidad Nacional de Rosario.

derivarse la responsabilidad de los socios de la norma del art 39 inc 6...que establece el deber del síndico de informar, en caso de sociedades, si los socios realizaron regularmente sus aportes, y si existe responsabilidad patrimonial que se les pueda imputar por su actuación en tal carácter.”

Considera que una interpretación tradicional sólo incluiría la integración y valuación de los aportes, pero otra interpretación, que él comparte, comprendería como “sentido finalista la palabra “regularmente” contenida en el inc 6° del art 39 de la ley 24.522⁶⁷” incluyendo también “los supuestos en los cuales la suma de los aportes no se corresponda con la actividad concreta perseguida o desarrollada, y en consecuencia, los socios deberán responder frente a la masa concursal hasta la integración de la diferencia entre el capital efectivamente aportado y aquel necesario para el desarrollo de la concreta actividad emprendida.”

De acuerdo con este autor, esta interpretación debe complementarse con lo dispuesto por el art 175 LCQ⁶⁸ (acciones de responsabilidad contra socios limitadamente responsables). Si bien la doctrina circunscribe estas acciones a los supuestos del art 54 LSC , para el autor esta interpretación es insuficiente. Considera que la referencia que hace el art 175 LCQ a los socios limitadamente responsables, se refiere a los daños sufridos por terceros. Sostiene “Precisamente, una de las acciones de responsabilidad que podría ser encuadrada en los términos del art 175 de la ley es la acción que tienda a imputar responsabilidad a los socios limitadamente responsables, cuando éstos no han efectuado los desembolsos necesarios para el desarrollo de la concreta y real actividad comprendida. La omisión de capitalizar la sociedad y el desprecio de la función de garantía que frente a terceros cumple el capital social constituye culpa grave de los socios, en la medida que esa actuación permite, facilita y prolonga la disminución de la responsabilidad patrimonial de la sociedad deudora,”⁶⁹

⁶⁷ Art 39 LCQ: ...El síndico debe presentar un informe general, el que contiene...: 7) En caso de sociedades debe informar si los socios realizaron regularmente sus aportes, y si existe responsabilidad patrimonial que se les pueda imputar por su actuación en tal carácter.”

⁶⁸ Art 175 LCQ: El ejercicio de las acciones de responsabilidad contra los socios limitadamente responsables, administradores, síndicos y liquidadores, corresponde al síndico...

⁶⁹ NISSEN, Ricardo A. *La importancia del capital social en las sociedades donde los socios gozan del excepcional beneficio de la limitación de la responsabilidad. Panorama actual de derecho societario.* Editorial Ad Hoc. 2000., pág 31 y 32.

Contrariamente con Nissen, Krochik considera que, “en el caso en particular, no existe ningún supuesto de extensión de quiebra según lo prescripto en el art. 161 de la L.C.Q. que pueda hacer responsables a los socios y/o administradores por todo el pasivo social, ni mucho menos que sea aplicable la tesis de la inoponibilidad de la personalidad jurídica contemplada en el art. 54 segunda parte de la ley 19.550”⁷⁰

2.6.2. Responsabilidad en la Ley de Sociedades Comerciales.

Sostienen algunos autores como Bonilla⁷¹ que la responsabilidad de los socios por los perjuicios causados por la infracapitalización puede fundarse en el art 54 de la Ley 19.550⁷², ya que establece la obligación solidaria de los socios o controlantes de indemnizar como autores, “el daño ocurrido a la sociedad por dolo o culpa.”

Para Rafael M. Manóvil⁷³, con quien coincido, la aplicación de este supuesto deberá hacerse en forma extremadamente restrictiva debiendo analizarse con cuidado el elemento subjetivo, y teniendo en cuenta que se está frente a un supuesto de excepción al principio de exclusión de responsabilidad.

Para Krochik, “Si los miembros del Directorio comprueban la existencia de infracapitalización funcional, debido a que el capital social aportado por los socios no se adecua en el caso particular al objeto social, deben plantearse la posibilidad de existir en

⁷⁰ KROCHIK, Roberto David, Responsabilidad de los directores y administradores por la infracapitalización.

<http://congresods.uade.edu.ar/greenstone/collect/congres1/archives/HASHcd24/eaf267e6.dir/doc.pdf>

⁷¹ BONILLA León Adolfo, *Infracapitalización societaria- supuestos de responsabilidad-* VIII Congreso argentino de derecho societario. IV Congreso iberoamericano de derecho societario y de la empresa.

⁷² Art 54 LSC.: — El daño ocurrido a la sociedad por dolo o culpa de socios o de quienes no siéndolo la controlen constituye a sus autores en la obligación solidaria de indemnizar sin que puedan alegar compensación con el lucro que su actuación haya proporcionado en otros negocios. El socio o controlante que aplicará los fondos o efectos de la sociedad a uso o negocio de cuenta propia o de tercero está obligado a traer a la sociedad las ganancias resultantes siendo las pérdidas de su cuenta exclusiva. *Inoponibilidad de la personalidad jurídica.* La actuación de la sociedad que encubra la consecución de fines extrasocietarios constituya un mero recurso para violar la ley, el orden público o la buena fe o para frustrar derechos de terceros, se imputará directamente a los socios o a los controlantes que la hicieron posible, quienes responderán solidaria e ilimitadamente por los perjuicios causados.

⁷³ MANOVIL, Rafael M. *Grupos de sociedades en el derecho comparado*, Ed. Abeledo Perrot, Bs.As., 1998.

dicha sociedad una de las causas de disolución establecidas en el art. 94 L.S.C, como lo es la imposibilidad sobreviniente de consecución del objeto social para la cual se constituyó - cierto que en este caso la imposibilidad no es sobreviniente sino originaria, pero ello no excluye aplicación analógica y extensiva de dicha causal de disolución. Al no existir un capital adecuado al objeto pretendido, debe convocarse en forma inminente por el Directorio - so pena de responsabilidad por los daños y perjuicios - a una asamblea extraordinaria a efectos de su tratamiento, la cual decidirá los caminos a seguir. Dicho órgano de gobierno podría decidir:

- a) disolución de la sociedad por imposibilidad de cumplimiento del objeto con el capital aportado,
- b) el cambio del objeto social, adecuándolo al capital aportado originariamente (se daría en el caso una disminución de las actividades que puede desarrollar la sociedad con la consiguiente reducción de la capacidad de derecho de dicho ente jurídico en virtud del principio de especialidad),
- c) el aumento del capital social con el correlativo aporte de los socios,
- d) no obstante las anteriores posibilidades, no cabe descartar que los accionistas decidan mantener la situación actual, sin realizar modificación alguna al capital y/o al objeto social, sin perjuicio de una hipotética responsabilidad de los accionistas en caso de insolvencia de la sociedad, por el hecho de haber constituido una sociedad anónima infracapitalizada.

La responsabilidad de los miembros del Directorio por infracapitalización funcional, puede ser correctamente fundada en el arts. 59 y 274 de ley de sociedades comerciales. Dicha responsabilidad deriva no de una acción, sino de una omisión de actuar, entendida en el sentido de no convocar a asamblea extraordinaria a los fines de que esta resuelva la suerte de la sociedad... y es de carácter ilimitado y solidario hacia la sociedad, los accionistas y terceros, sin perjuicio de la aplicación de las reglas de exención de responsabilidad”.

El autor considera que la responsabilidad civil de los administradores, debe ser interpretada con criterio restrictivo, siendo necesaria la existencia de todos los elementos propios de la responsabilidad. El factor de atribución es subjetivo, siendo necesaria la prueba por el damnificado de la conducta activa y/o pasiva en forma dolosa o culposa de los miembros del directorio.

“En cuanto a cuál es el daño que deben reparar los miembros del directorio en caso de infracapitalización funcional, el mismo está dado por la diferencia entre el capital social efectivamente aportado y el que hubiese sido realmente necesario para desarrollar la actividad contenida en el objeto”⁷⁴

2.6.3. Alcance de la responsabilidad

Una cuestión respecto de la cual hay diversas opiniones es la referida al alcance de la responsabilidad.

Para Butty⁷⁵, si contingencias de la vida social determinasen que el contravalor patrimonial de la cifra capital cayese por debajo del valor expresado por dicha cifra, los socios deberán responder en forma ilimitada hasta la reintegración de éste.

Para Manóvil, aún en los casos de aplicación del art 54 primer párrafo LSC, los socios responden en forma ilimitada y solidaria por el pasivo social por cuanto desde el punto de vista de la apreciación económica de la cuestión... “la mera integración de la diferencia nominal y estática entre lo que fue y lo que debió haber sido el capital de riesgo de la sociedad no alcanza para a cubrir la diferencia dinámica entre la capacidad de actuación y la aptitud de general utilidades o evitar pérdidas que la sociedad tuvo en su estado subcapitalizado y la que pudo haber tenido si hubiera estado correctamente dotada de capital”.⁷⁶ Para este autor, el daño originado en la subcapitalización será precisamente la impotencia del patrimonio social para responder a sus acreedores, por lo cual si la falta de una adecuada dotación de capital trae como consecuencia la insolvencia, el socio responsable deberá indemnizar ese daño hasta cubrir la totalidad del pasivo social no satisfecho con el patrimonio de la fallida, lográndose de esta manera la responsabilidad solidaria.

⁷⁴ KROCHIK, Roberto David, Responsabilidad de los directores y administradores por la infracapitalización.
<http://congresods.uade.edu.ar/greenstone/collect/congres1/archives/HASHcd24/eaf267e6.dir/doc.pdf>

⁷⁵ BUTTY, Enrique Manuel, *Responsabilidad de los socios por la disminución del efectivo contravalor de la cifra expresiva del capital*. Ponencia en el VI Congreso Argentino de Derecho Societario y II Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa.

⁷⁶ MANOVIL, Rafael M. *Grupos de sociedades en el derecho comparado*, Ed. Abeledo Perrot, Bs.As., 1998.

Efraín H. Richard considera que “ la limitación de la responsabilidad de los socios se fundamenta en una dotación adecuada de capital social, y en que éste se preserve conforme a las normas de defensa del capital para poder hacer frente a la responsabilidad de la sociedad frente a los acreedores de la misma. Si los socios no dotan a la sociedad del capital necesario –“abusan de la institución del capital social”- el privilegio de la limitación de responsabilidad de que disfrutan queda sin fundamento y por lo tanto responderán ilimitadamente frente a los acreedores de la sociedad de las deudas de la misma. Corresponderá a los tribunales, mediante la aplicación de la doctrina del levantamiento del velo, decretar dicha responsabilidad ilimitada. Pero se ha advertido que se trata de un remedio excepcional al que debe recurrirse “en aquellos casos límite en que se observe que la capitalización de la sociedad es manifiestamente y sin asomo de duda desproporcionada al nivel de riesgo de la empresa programada para la explotación del objeto social”⁷⁷

En su artículo *Infracapitalización societaria- supuestos de responsabilidad*, Bonilla⁷⁸ cita a Nissen⁷⁹ y manifiesta que, según este último autor, a los efectos de hacer extensiva la responsabilidad a los socios o accionistas por las obligaciones sociales por infracapitalización de la sociedad, es preciso efectuar las siguientes distinciones;

- a) “ Si la infracapitalización ha sido originaria, esto es, desde la misma constitución de la sociedad, resultando manifiestamente insuficiente el capital social inicial, con respecto a la actividad desplegada, no hay duda alguna de que todos los accionistas deben responder por las obligaciones sociales sin posibilidad de invocar el beneficio de la limitación de la responsabilidad.
- b) Si la infracapitalización ha sido sobreviviente, la inoponibilidad del beneficio de la limitación de la responsabilidad es directamente aplicable a los socios controlantes, cuya definición viene impuesta por el art 33 incs 1° y 2° de la ley 19.550, en tanto ellos, ya sea como integrantes del órgano de administración o

⁷⁷ RICHARD, Efraín H. *Insolvencia societaria y responsabilidad*, JA 80° Aniversario, págs 380 y ss.

⁷⁸ BONILLA León Adolfo, *Infracapitalización societaria- supuestos de responsabilidad*- VIII Congreso argentino de derecho societario. IV Congreso iberoamericano de derecho societario y de la empresa. Tomo III. Rosario, 3,4,5,y 6 de octubre de 2001. Universidad Nacional de Rosario.

⁷⁹ NISSEN, Ricardo A., *La infracapitalización de sociedades y la responsabilidad de los socios*, publicado en Panorama Actual de Derecho Societario, AD-HOC, 2000, págs 23 y ss.

como titulares de la mayoría del capital social, tienen la posibilidad de transitar con éxito los caminos legales para obtener de los accionistas la afluencia de los fondos necesarios para capitalizar a la sociedad y evitar la frustración del derecho de los terceros a la percepción de sus créditos.

- c) La inoponibilidad frente a terceros del beneficio de la limitación de la responsabilidad de los accionistas no controlantes no puede ser automática, debiendo evaluarse las circunstancias de cada caso, quedando exento de responsabilidad el accionista que ha exhibido al directorio o gerencia la necesidad de aumentar el capital social con resultado negativo...”

Considera también que “la omisión de capitalizar a la sociedad y el desprecio de la función de garantía que frente a los terceros cumple el capital social constituyen culpa grave de los socios, en la medida que esa actuación permite, facilita y prolonga la disminución de la responsabilidad patrimonial de la sociedad deudora...”

2.6.4. Desestimación

Zarate⁸⁰, cita a tres autores en su artículo: , Echeverry, Junyent Bas y Fargosi. Para Echeverry... “la personalidad no es un mero *nomen iuris*, un símbolo incompleto de diversos significados, sino que es un mecanismo que tiende al tratamiento unitario de los actos de una organización patrimonial que se sustenta en un grupo de personas y tiene su propia finalidad.” Para Junyent Bas, ... “la personalidad jurídica sería una síntesis de las funciones jurídicas imputadas por las normas, no a los hombres que la realizan, sino a un sujeto ideal construido, fingido, consistente en ese común ideal de imputación.” Y finalmente, para Horacio Fargosi “...la persona jurídica es un centro de imputación diferenciado de derechos y obligaciones, que no tiene correspondencia en el mundo de la realidad, es decir que es una entidad constatable sólo en la escena jurídica” Los tres autores citados se enmarcan en la doctrina normativista.

Para Zarate, si la personalidad jurídica societaria es utilizada como medio técnico abusivamente, apartándose de los fines lícitos, en perjuicio de terceros que se relacionan

⁸⁰ ZARATE, Hilda Zulema, *Personalidad jurídica y su desestimación* Facultad de Derecho y Ciencias Sociales y Políticas - UNNE. Corrientes - Argentina
Extraído de: <http://www.unne.edu.ar/unnevieja/Web/cyt/cyt/2001/1-Sociales/S-009.pdf>

jurídicamente con la sociedad, sean tales relaciones contractuales o de cualquier otra clase, la ley y el juez deben prescindir de tal personalidad, porque no pueden admitirse fines ilícitos, de engaño o fraude. Estados Unidos de Norteamérica fue el país donde tuvo su mayor auge la doctrina del allanamiento de la personalidad bajo diversas denominaciones “*disregard of legal entity*” “*lifting of the corporate veil*” ó “*piercing of the veil*”, que significaba dejar de lado la personalidad de las corporaciones, que era un beneficio dado por el Estado en uso de sus atribuciones fundamentales llevando a la conclusión de: “así como el Estado da la personalidad, así la quita”.

Cobijar la solución bajo el manto de la Teoría de desestimación de la personalidad jurídica es analizado por Dobson⁸¹. Este autor sostiene que, cuando hay abuso de la exclusión de la responsabilidad, un remedio jurídico es el de prescindir de la forma de asociación con que se halla revestido un grupo de personas y bienes, negando su existencia autónoma como sujeto de derecho frente a una situación jurídica particular.

Un segundo remedio, según Dobson, es consagrar legislativamente la responsabilidad por infracapitalización. Aquí coincide con Nissen a quien cita así: “...En nuestro derecho nacional los supuestos de desestimación fueron de aplicación pretoriana. Existen dos casos líderes, “Swift-Deltec” (L.L.146-601) y Parke Davis (L.L. 151-353), que fueron seguidos por diversos tribunales del país. En ambos casos resolvió la Corte Suprema de Justicia de la Nación admitiendo la desestimación. Estos casos posibilitan penetrar en el sustrato de la personalidad jurídica, que enuncia de la siguiente manera”.

“Cuando por intermedio de una persona jurídica se posibilita la burla de una disposición legal, una obligación contractual o se causa un perjuicio a terceros existe abuso de personalidad jurídica. Sólo en estos tres casos puede alegarse que ha sido violada la buena fe, ya que de lo contrario la invocación de la buena fe transforma todo el sistema de la personalidad jurídica.”⁸²

⁸¹ y ⁸² Dobson, J. *El abuso de la personalidad jurídica*. Ed. Depalma. Buenos Aires. 1985.

En su artículo, Krochik⁸³ cita al Dr. Germán Luis Ferrer⁸⁴: "...el último párrafo del artículo 54 de la L.S.C. citado trata el supuesto en el cual los socios o controlantes utilizan la actuación de la sociedad como instrumento idóneo para violar la ley, y no el supuesto en el cual la sociedad que persigue finalidad societaria, que realiza actos de comercio merced a los aportes de sus socios quienes lo hacen en miras a una utilidad, viola alguna disposición del orden jurídico. En este orden de ideas, hay muchas violaciones de la ley o de obligaciones por parte de sociedades comerciales y no por ello corresponderá la desestimación de la personalidad jurídica en cada uno de estos casos... frente a un incumplimiento legal que eventualmente puede producir daños a un tercero, pero ese incumplimiento, esa actuación de la sociedad, no encuadra dentro del "tipo" legal previsto en el tercer párrafo del artículo 54, segundo supuesto (constituir un mero recurso para violar la ley)" y dice Krochik: "Conforme con dicha doctrina, entiendo que la constitución de una sociedad anónima infracapitalizada no queda subsumida dentro de los alcances de la teoría de la desestimación de la personalidad societaria, cuya interpretación debe ser restrictiva. Es cierto que en la infracapitalización existe una violación y/o incumplimiento legal, pero nunca podemos entender que dicho ilícito cae dentro del ámbito de aplicación material del art. 54 párrafo tercero."

2.7. Jurisprudencia

A continuación se comentan algunos fallos relevantes a criterio de la autora, referidos al tema que nos ocupa.

a) "Veca Constructora S.R.L. v. Registro Público de Comercio" 30/6/1980

Es el primer antecedente en la cuestión analizada y vinculando directamente dicha cuestión con el "objeto societario". El fallo fue dictado por Butty cuando se

⁸³ KROCHIK, Roberto David, *Responsabilidad de los directores y administradores por la infracapitalización*.
<http://congresods.uade.edu.ar/greenstone/collect/congres1/archives/HASHcd24/eaf267e6.dir/doc.pdf>

⁸⁴ 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.

desempeñaba como juez de registro. Se sostuvo que un capital social desproporcionadamente reducido en su magnitud determinará la imposibilidad ex origine de cumplir con el objeto que debe ser por esencia fácilmente posible⁸⁵. Los argumentos del fallo se basaron en: a) imposibilidad de cumplimiento del objeto social; b) vigencia del principio de realidad; c) el principio de posibilidad en los hechos jurídicos; d) capitales ínfimos; e) alcance del análisis de registrador frente al irrisorio capital pactado de la sociedad en relación al objeto, f) carácter instrumental de la figura societaria; g) relación capital-objeto. Si la sociedad es un contrato o al menos, especie de los actos jurídicos, no es posible apartar la norma del Art. 953 del Código Civil, en cuyos términos el objeto de dichos actos deben ser hechos posibles.

Definió la infracapitalización como la inferioridad del capital con relación al objeto de una sociedad determinada y que origina *ab initio* la imposibilidad de cumplimiento de este último. En la sentencia se indica que: 1) la infracapitalización ubica directamente a la sociedad frente a la situación de disolución por imposibilidad de lograr el objeto, prevista por el Art. 94 Inc. 4 ley 19.550. Por ende, de dicha conclusión podemos inferir que el registrador mal puede admitir la inscripción de un ente que se halla incurso en la situación legal indicada. 2) si el capital es palmariamente adecuado al objeto no podría argumentarse en su contra la posibilidad de extensión de la responsabilidad por aplicación de la teoría del levantamiento del velo. 3) El juez encargado del registro Público de Comercio es juez de la legalidad de la constitución social.

En función de todos los argumentos mencionados, el juez denegó la inscripción dada la insignificante suma de capital en el instrumento constitutivo.

b. “Cerretti c/Ditto”⁸⁶

Correspondía extender la responsabilidad a la sociedad controlante por las deudas de la controlada al darse por acreditadas dos situaciones que significaban una clara violación de la buena fe mediante la indebida utilización de la persona societaria. Se acreditó 1) la confusión de los administradores y 2) la insuficiente capitalización de la sociedad

⁸⁵ Juzgado Nacional de primera Instancia en lo Comercial de Registro, 30/6/1980. “Veca Constructora SRL” v. Registro Público de Comercio. LL 1980-D-463.

⁸⁶ CNCom, Sale E, 24/8/1987, “Cerretti, César R. C/ Ditto S.A. y Otros”, JA-1990-I- 318.

controlada que pasaba a ser fantasma, sin patrimonio que respaldar a sus operaciones. Por ende, el principio de la responsabilidad limitada de una S.A., presupone que la misma deba contar con un capital adecuado para cumplir su objeto. Su personalidad ha constituido un mero recurso para violar la buena fe o para frustrar los derechos de terceros.

Según Vitolo ⁸⁷ “en ninguno de estos dos casos (alude a “ Veca Construcciones SRL y Ceretti c/ Ditto”) se conformó un supuesto típico de infracapitalización, sino que - en ambos casos – la presunta infracapitalización constituyó una vía indirecta que condujo a otra causal diferente: en el primero de los casos se trató de una suerte de imposibilidad de cumplimiento del objeto social y, en el segundo, la aplicación lisa y llana de la figura de inoponibilidad de la personalidad jurídica”.

c) Gaitán, Barugel y Asoc. 2003, expediente 1730338 IGJ, Res 1416 /4/11/2003) ⁸⁸

El organismo de contralor denegó la inscripción de una SRL que tenía un amplio objeto social – consultoría, financiera, inmobiliaria, constructora, mandatos y servicios– cuyo capital había sido fijado en al suma de \$ 5.000, por evidenciar la práctica de inadecuación del capital social respecto del objeto de las sociedades comerciales. El ente juzgó que “la constatación de la relación que debe existir entre el capital social y el objeto de la sociedad es función propia del control de legalidad que el legislador ha otorgado a la Inspección general de Justicia por expresa previsión de los art. 35 del Cód. Com y 6° de la ley 19.550” y que “la relación entre el objeto de la sociedad y el capital social asignado a la misma se encuentra plasmado dentro del ordenamiento societario vigente, cuando dispone la disolución de la sociedad por imposibilidad de lograr el objeto para la cual se constituyó (art 94 inc. 4 de la ley 19.550).

Sostuvo que la función más importante del capital social es la de servir de garantía a los acreedores de la sociedad para el cobro de sus créditos, “lo cual constituye esencial diferencia entre el capital social y el patrimonio de la persona jurídica, en el sentido que

⁸⁷ VITOLLO, Daniel R. *El fenómeno de la infracapitalización societaria*. En IX Congreso de derecho societario. Tomo III. SM. De Tucumán. 22-25 Septiembre de 2004.

⁸⁸ Resol IGJ N° 1416/03.

si bien la sociedad podrá hacer literalmente lo que quiera con su patrimonio, ello no sucede con el capital social, pues los terceros sólo se encontrarán amparados por los principios concernientes al capital social, en especial el de servir como cifra de retención...los terceros saben “ex ante” que siempre encontrarán en la caja social, por lo menos el contravalor patrimonial de la cifra de capital”.

Finalmente se resuelve: (i) denegar la inscripción en el registro de la constitución de la sociedad. Si la sociedad resultare inscripta encuadraría inmediatamente en abuso de derecho, (art 1071 CC) y disolución por imposibilidad de cumplimiento del objeto. Se basó también en los Art. 6 y 11 de la Ley de Sociedades Comerciales, 207 del Código de Comercio, 953 y 1071 del Código Civil y 18 de la RG IGJ 6/80.

d) “F2BIZ SRL”⁸⁹.

Con el objeto de consultoría, inversión, importación y exportación, con \$ 1000 de capital; fue denegada la inscripción basado en los Art. 6, 11 Ley 19550 y Código de Comercio Art. 953, 1071 y Código Civil.

e) “Calvo, Luis E. y otros”⁹⁰

Desde la órbita fiscal, en este antiguo fallo del año 1973 del Tribunal Fiscal se pretendía solidarizar a directores de una sociedad por haber omitido el ingreso de un impuesto correspondiente a tres períodos fiscales consecutivos. En ese tiempo, el activo corriente de la sociedad -es decir el más rápidamente realizable- no alcanzaba para atender el pasivo corriente -es decir, las deudas inmediatamente exigibles de la sociedad-; lo que señalaba que había habido una conducta culpable de los administradores en haber continuado con la actividad sin contar con recursos suficientes, destinando los fondos del giro a pagar pedidos de quiebra y demandas judiciales diversas que se promovían en contra de la sociedad, en lugar de asumir el pago de otras obligaciones genuinas y privilegiadas como la de los tributos adeudados.

e) “El Palacio del Fumador s/ quiebra”⁹¹.”

⁸⁹ Resolución IGJ 1075/2004

⁹⁰ C.N.Com. Sala C, 26.08.86

Caso de infracapitalización nominal: Debía considerarse aporte de capital y no mutuo la entrega de dinero a la sociedad por quien desempeñaba como socio administrador, si a pesar de no cumplirse con las formalidades de aumento de capital, mediaron en el acto elementos propios de la relación societaria.

f) “Electromecánica Na-Riel SRL”s/quiebra⁹².

Caso de infracapitalización nominal. Se pretendía hacer pasar por mero préstamo o aporte que podía revocarse la incorporación de un bien inmueble al patrimonio societario. La sola incorporación de un bien inmueble en el balance no es suficiente para acreditar la existencia de un aporte irrevocable. La ley 19550 contiene normas expresas para el caso de aportación de bienes inmuebles.

g) “Salazar c/ Forestal El Milagro”.⁹³

Conflicto laboral en el que se extendió al responsabilidad al socio de la SRL demandada, que giraba en plaza pero fue cambiando de razón social, en manos de los mismos propietarios. El fallo condeno a la sociedad adquirente del fondo de comercio transferido que era la misma familia y extendió la responsabilidad al socio.

Según Vitolo en este caso el tribunal puso en práctica el principio del Art. 150 Ley 19550, que establece que el capital en la SRL debe ser suficiente para posibilitar el cumplimiento del objeto social y no erigiese constitutivamente en una causal de disolución. Vitolo explica que “los socios no dotan a la sociedad al momento de su constitución y posteriormente durante todo el desarrollo de la actividad empresarial, de los recursos patrimoniales necesarios para aplicarlos al giro social y al cumplimiento del

⁹¹ CNCom. D, 26/8/86, “El Palacio del Fumador S.R.L. s/ quiebra – incidente de verificación por Ríos José María”.

⁹² C.N.Com Sala B, 30-10-97.

⁹³ Cámara de Apelaciones en lo Laboral de Santiago del Estero, 15/6/2005, “Salazar, Oscar Elder contra Forestal El Milagro sobre indemnización por antigüedad.”

objeto social”⁹⁴. La sociedad se había enfrentado a una causal de disolución por pérdida de capital social pasados nada mas que cinco años desde su constitución, cuando en realidad esta había sido constituido por un plazo de duración de 100 años, lo que puso de manifiesto el criterio del tribunal que la sociedad desde su constitución había sido infracapitalizada.

h) “Arancibia Nora y otro c/ Rodríguez Ricardo Marcos y otro s/ ejecución de créditos laborales”⁹⁵

La Sala III de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, condenó en forma personal y de manera solidaria e ilimitada, confirmando el pronunciamiento dictado en primera instancia, a dos socios gerentes de una sociedad de responsabilidad limitada con fundamento en la infracapitalización de esa persona jurídica.

Los fundamentos de derecho fueron los siguientes: “El régimen de sociedades de responsabilidad limitada tiene por objeto facilitar la inversión productiva al permitir al comerciante arriesgar en la empresa sólo el capital designado, sin comprometer el resto de su patrimonio personal. Esta facilidad, sin embargo, no puede convertirse en un medio para defraudar los intereses de terceros. Es claro que una SRL puede verse en dificultades económicas: precisamente para ese supuesto se ha previsto la responsabilidad limitada, de modo que la sociedad puede ser ejecutada y aún ser declarada en quiebra sin que el resto del patrimonio de sus socios se vea afectado. Pero los artículos 54, 59, 157 y 274 de la Ley de Sociedades Comerciales establecen la responsabilidad solidaria de los socios y administradores en ciertos casos que deberían ser excepcionales; a saber cuando, se utiliza la figura societaria como un mero recurso para violar la ley, el orden público o la buena fe o para frustrar derechos de terceros, como se da en el supuesto de ausencia o deficiencia en el registro del vínculo laboral (Sentencia Nro. 73685 del 11/4/1997 in re "Delgadillo Linares, Adela c/ Shatell S.A. y otros s/ despido).- ...Todo este esquema institucional tiene como presupuesto que el capital con el que la SRL es dotada -y que es el límite normal de la responsabilidad de sus socios- sea suficiente para respaldar su giro. Existe un límite mínimo de capital para

⁹⁴VITOLLO, DANIEL R, *Apuntes sobre el problema de la infracapitalización societaria*
http://nuevositio.cpacf.org/files/inst_doctrina/derecho-societario/daniel-vitolo.pdf

⁹⁵ CAUSA 11.425/2005 CNTRAB - SALA III - 22/09/2008.

la constitución de una sociedad: si ese requisito se cumple la sociedad puede formarse, ya que no es dado a la autoridad administrativa predecir cuál ha de ser el giro futuro de la empresa. Pero es responsabilidad de los propios socios mantener una relación razonable entre el giro real de la sociedad y el capital con el que ésta se halle dotada: de otro modo, lo que se presenta en el mercado como una empresa sólida y próspera puede encubrir la ausencia casi total de solvencia para hacer frente a las obligaciones contraídas.”

“Desde luego, esta circunstancia permanece en la irrelevancia mientras la sociedad, de hecho, tiene bienes suficientes para servir de garantía común de sus acreedores. Pero, cuando estos bienes faltan -y más aún cuando desaparecen o resultan de propiedad de terceros ajenos al giro de la sociedad- los acreedores encuentran que el límite de responsabilidad de los socios, establecido por ellos mismos en suma cercana al mínimo legal, aparece desproporcionado, no ya sólo con las deudas contraídas, sino con el propio giro social en épocas normales. Esta condición se ve agravada cuando los acreedores son los trabajadores dependientes de la sociedad, porque quienes buscan empleo no están en condiciones -como generalmente sucede con los comerciantes- de tomar en cuenta el capital social de la empresa con la que hayan de contratar.- En este caso, en especial, esta desproporción se ve demostrada por el valor alcanzado por las cuotas sociales cuando fueron transferidas. Si la sociedad se constituye con el mínimo legal de capital, más adelante transfiere cuotas sociales por un precio muy superior y en el momento de hacer frente a sus deudas laborales no cuenta con bienes propios, esto indica una conducta encuadrable en los artículos 54, 59157 y 274 de la ley 19550.”

Coincidiendo con Fernando Carregal y Mariano Gagliardo (h): “Más allá del principio protectorio que pudo haber alentado la solución contenida en el fallo, la doctrina sentada en el precedente puede resultar un tanto peligrosa pues su generalización pone en jaque todo un sistema – el de la personalidad jurídica y de la limitación de responsabilidad en determinados tipos societarios- que tanto han contribuido al desarrollo y progreso económico contemporáneo.”⁹⁶

⁹⁶ CARREGAL, Fernando y GAGLIARDO, Mariano (h), *Comentario al fallo de la CNTrab., “Arancibia Nora y otro c/ Rodríguez Ricardo Marcos y otro s/ ejecución de créditos laborales”*, Revista electrónica de Derecho Societario N° 37, Abril 2009.

Casos donde se rechazó del planteo de infracapitalización

En estos casos, el tribunal rechazó la imputación de responsabilidad y no hicieron lugar a la infracapitalización.

i) “Cereales Magdalena SRL s/ quiebra c/Ianover R. y otros” CNCom Sala B 6/6/2001 LL 2001-F, 790.⁹⁷

j) En Torres N. c/Luz Verde SRL (Provincia de Mendoza) SCJ Mendoza, 30/8/2004, LL Gran Cuyo 2005 Mayo p 426 “la Corte provincial enfatizó –siguiendo el criterio sostenido por la Corte nacional en el leading case “Palomeque” que la aplicación de cualquier régimen de responsabilidad sobre la base de lo prescripto por el art. 54, tercer párrafo de la ley 19.550, debe ser restringida al supuesto verdaderamente excepcional de creación y utilización del ente societario con el propósito de violar la ley, el orden público, la buena fe o los derechos de terceros, debiendo además interpretarse dichas situaciones en forma restrictiva, es decir, a favor de la no extensión de la responsabilidad en caso de duda. Para fundar la afirmación, la Corte provincial se asienta en la opinión de Foglia, quien sostiene que "si bien hay un interés en combatir y erradicar el empleo no registrado o defectuosamente registrado, también hay un interés general en el sistema societario, uno de cuyos pilares es la personalidad jurídica atribuida a los entes colectivos. Y cada uno de dichos ámbitos tiene las herramientas propias y específicas para combatir sus propias patologías, resultando un despropósito arrasar con los pilares de un sistema jurídico para intentar solucionar los problemas particulares y propios que plantea otra disciplina y otro segmento de la compleja realidad social".⁹⁸

⁹⁷ CNCom Sala B 6/6/2001 LL 2001-F, 790..

⁹⁸ VITOLLO, DANIEL R, *Apuntes sobre el problema de la infracapitalización societaria* http://nuevositio.cpacf.org/files/inst_doctrina/derecho-societario/daniel-vitolo.pdf

2.8. Propuestas de los autores

Capdevilla opina que la RG 9/2004 de IGJ excede el marco de interpretación de la ley y que “las limitaciones a la distribución de utilidades, y el patrimonio propio mínimo de que se dote a las sociedades deben ser fijados en forma totalmente objetiva, pero no basados en valores absolutos, sino en valores relativos es decir relacionados con el activo, o con el pasivo, o con algún otro parámetros que nos demuestre, de alguna manera, el tamaño de los negocios y la actividad social.”⁹⁹

Lisdero ¹⁰⁰ interpreta que no es posible a priori determinar cuanto debe ser el capital y que para la garantía él propone un mecanismo combinando las reservas legales (son del 5% de las ganancias realizadas y liquidadas en el ejercicio, hasta llegar al 20% del capital, lo cual resulta exiguo si la SA esta infracapitalizada), y la obligatoriedad de capitalizar las reservas.

Según Di Chiazza dado que al aumentar el patrimonio con la actividad de la SA también aumentan las reservas ... no hará falta establecer un capital social, ya que las reservas lo aumentarán con la actividad, de manera de adecuar el capital al patrimonio
+ patrimonio => + reservas => obligación de capitalizarlas =>
+ capital social y según el objeto.

Esta solución – que requeriría para aplicarse modificar legislación, reúne tres ventajas: (i) no requiere intervención estatal para determinar un monto de capital social, (ii) permite el inicio de pequeños emprendimientos con grandes aspiraciones (iii) protege a los acreedores.

Su hipótesis es que: "La discusión (junto a las soluciones que se propician) en torno del concepto de infracapitalización merece ser replanteada incorporando todos los elementos concretos y reales que se encuentran en juego (y no sólo el capital social),

⁹⁹ CAPDEVILLA Tomas. *El objeto social. Comentarios a propósito de la RG 9/2004 de la IGJ*. En IX Congreso de derecho societario. Tomo III. SM. De Tucumán. 22-25 Septiembre de 2004.

¹⁰⁰ LISDERO. Extraído de:

<http://www.lisdero.com.ar/web/espanol/admin/archivos/Una%20Posible%20Soluci%C3%B3n%20al%20problema%20de%20la%20infracapitalizaci%C3%B3n%20societaria.pdf>

para que, sobre la base del daño efectivo y no la mera traslación de riesgos, se pueda pergeñar soluciones justas y eficientes que no redunden en el estigma fraudes de los emprendimientos societarios." ¹⁰¹

Por su parte, Troilo¹⁰² propone la introducción de la noción del capital variable para las S.A. y las SRL: Por medio de este instituto, estas sociedades pueden variar su capital social (aumentándolo o reduciéndolo) sin necesidad de reformar sus estatutos ni de inscribir el aumento o la reducción de capital en el Registro Público de Comercio. Considera que eso no afecta la garantía de los acreedores y terceros que brinda el capital social pues, el capital no cumple efectivamente con la función de garantía y es necesario rever el concepto.

Finalmente, Vitolo¹⁰³ indica en resumen con referencia al capital social y a la infracapitalización, que:

- (i) Es imprescindible repensar el concepto de capital social.
- (ii) Revalorar el capital social como elemento y requisito esencial de todo contrato de sociedad mercantil, manteniendo las normas de protección e intangibilidad del mismo, pero desde un escenario efectivo y no meramente declarativo.
- (iii) Descartar la formulación de normas rígidas que dispongan la exigencia de capitales mínimos fijados *ab initio* ; utilizar el caso concreto y bajo al regla de la razón.
- (iv) Converger a una identidad entre el concepto jurídico de capital social y el contable de cuenta de capital.
- (v) Establecer mecanismos concretos para combatir la infracapitalización sustancial, la subcapitalización nominal y el sobreendeudamiento, a través de

¹⁰¹ DI CHIAZZA, Iván, *La infracapitalización Societaria. Una novedad para el derecho argentino que amenaza con convertirse en estigma*. IX Congreso Argentino de Derecho Societario, V Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa (San Miguel de Tucumán, 2004)

¹⁰²

TROILO, Ignacio Luis, *Capital Social e Infracapitalización. Aportes para la introducción de la noción del capital variable en nuestra ley de sociedades*.

<http://viziolitriolo.com.ar/pdf/ponencia-capital-variable.pdf>

¹⁰³ VITULO, Daniel Roque, *Apuntes sobre el problema de la infracapitalización societaria*. http://www.websyllabus.org/files/14535-Infracapitalizacion_II.pdf

regímenes de deberes, obligaciones y responsabilidad de los administradores y al atenuación del sistema de limitación de responsabilidad de los socios.

- (vi) Establecer algún grado de calificación a la subcapitalización, para evitar abusos de parte de terceros.
- (vii) Establecer la obligación para socios y administradores de controlar la evolución equilibrada del capital social, bajo apercibimiento de responder por los daños y perjuicios.
- (viii) Establecer como factores de atribución de responsabilidad el dolo, culpa grave, infracción a normas societarias.
- (ix) Lo que ingrese a la cuenta capital no podrá ser reducido o sacado de dicha cuenta sin recurrir a procedimientos de la ley para reducción de capital. (Esto actualmente ha sido regulado por la IGJ en las resoluciones referidas a portes irrevocables).
- (x) Combinar los mecanismos de protección desde el ámbito societario como desde el concursal.

III – INVESTIGACIÓN DE CAMPO

3.1 Presentación de los datos y su análisis

Se presentan seguidamente siete grupos de datos recopilados para esta investigación.

a) Inflación

Si se indexara por el índice de precios mayorista, el valor de la norma que antiguamente fijaba el capital social mínimo en \$ 1|2.000, el mismo sería actualmente de \$ 82.596 párale capital social mínimo actual, de \$ 100.000, se ser actualizado por dicho índice, sería actualmente de \$ 119.166. (ver cuadro 2).

Cuadro 2. Actualización del valor del capital social por inflación

Cuadro capital social \$ 12.000

Año	IPMayorista a dcbre de c/año si sigue al IPM	Capital Social
1991	100,0	12.000
1996	109,9	13.188
2001	100,2	12.024
2006	284,9	34.188
2011	505,4	60.648
2012	571,8	68.616
2013	655,9	78.708
2014 Ene	688,3	82.596

Fuente INDEC y elaboración propia

**Cuadro con nuevo valor capital \$
100.000**

	IPMayorista a dcbre de c/año	Capital Social si sigue al IPM	Dif IPC para computo
2013 Ene	577,6	100.000	
2013 Dic	655,9	113.556	1,136
2014 Ene	688,3	119.166	1,049

Hoy el Cap Social debería estar en \$ 119.166.- si se actualizara por Precios Mayoristas Indec

b) Contratos constitutivos de sociedades y balances

Se ha analizado una muestra de seis sociedades inscriptas en la IGJ. De cinco de ellas se han tomado: (i) los documentos constitutivos de la sociedad, (ii) cuentas de sus

balances; y (iii) sus aumentos de capital. En el Cuadro 3 se indican las fechas de constitución, el monto de capital original y el objeto de las seis sociedades. En el Cuadro 4 se observan indicadores de desempeño de las sociedades ya con capitales sociales actualizados y se indica si la empresa está concursada. Los resultados de estos datos se comentan a continuación.

Cuadro 3. Monto del capital social y el objeto de seis sociedades

Sociedad	Fecha de constitución	Capital social original	Objeto
1. RUTA 202 UNO S.A.	21 jul. 2003	\$12.000	- Inmobiliaria, constructora, servicios – toda clases
2. CASAFOUST S.A.	25 feb. 1998	\$12.000	- Constructora; inmobiliaria; estudio d arquitectura;
3. NAZAR ARCH. S.A.	26 ene 2005	\$12.000	- Constructora; inmobiliaria;
4. GIRASOLES DEL SUR S.A.	11 jun. 2009	\$ 300.000	- Agropecuaria; Agroquímica y química veterinaria; Mandatos; Financiera; Representaciones; Inversora
5, FID International SRL	25 sept. 2009	\$ 100.000	- Distribución de ingredientes alimenticios.
6. Alimentaria del Sur Argentino Adesa S.A.	13 julio 1956	\$ 4.000.000 (Cuatro millones de Pesos Moneda Nacional)	- Elaboración industrial, venta exportación de productos lácteos, aceites, conservas, soda, bebidas gaseosas y cerveza..

Fuente: Contratos y escrituras constitutivas de estas seis sociedades.

Un indicador relevante a este trabajo es la relación capital/activo del Cuadro 4. Con el capital original se observa que dos empresas, RUTA 202 S.A. Y CASAFOUST S.A. presentan una relación muy baja de 1% y 2% respectivamente. A modo de referencia, 8% es el valor exigido por la norma activo/capital en España. Si no se hubiera actualizado el capital a partir del asesoramiento profesional - la autora de este trabajo los tiene como clientes - quedaría desfasada la relación entre capital original u activo a la fecha de cada balance. En cambio, con montos del capital actualizado dicha relación resulta superior al 30% en tres empresas

En otro indicador también en el Cuadro 4, la relación activo/pasivo, se observa que las dos empresas concursadas de la muestra son insolventes, tienen el doble de pasivo que de activo. Aquí entra en juego la infracapitalización ya que el capital social no alcanza para hacer frente al pasivo. Esto indica que la función de garantía del capital social en los hechos no se cumple.

Cuadro 4. Cuentas de balance e indicadores de seis sociedades

Empresa/ balance/status	fecha	Pasivo (1)	Activo (2)	Cap	Cap	Relación	
				original (3)	actualizado (4)	Capital/Activo Original (3)/(2) %	Actualizado (4)/(2) %
1, RUTA 202 UNO S.A.	30/06/2010	116.940	1.132.806	12.000	350.000	1%	31%
2, CASAFOUST S.A.	30/06/2012	168.029	540.447	12.000	363.257	2%	67%
3, NAZAR ARCH. S.A.	31/07/2010	400	9.054	12.000	40.000	1,3%	4,4%
4, GIRASOLES DEL SUR S.A.	31/12/2011						
CONCURSADA		1.828.720	1.058.362	300.000	300.000	28%	28%
5, Alimentaria del Sur Argentino SA	31/12/2005						
CONCURSADA		21.166.208	10.504.693		825.542	0%	8%
6. FID International SRL		no presenta balance por ser SRL					

Fuente: Elaboración propia con balances de esas sociedades

c) Balances de sociedades anónimas que cotizan en Bolsa; indicadores.

Los datos recopilados en el siguiente Cuadro 5 se toman como referencia comparativa y corresponden a sociedades anónimas argentinas, mismo una asociación civil, cotizantes en la Bolsa de Comercio de Buenos Aires. Se busca señalar los montos usuales con que se constituye el capital y su relación con otros indicadores de la operatoria empresarial. Se observa que de las 15 empresas seleccionadas, 6 - marcadas con sombreado – si rigiera aquí la ley española ¹⁰⁴ no estarían cumpliendo con los requisitos en materia de monto de capital y su relación con los activos: 8% mínimo sobre el capital para ese indicador. Las restantes 9 sí lo cumplen holgadamente.

Cuadro 5. Indicadores de solvencia empresarial. Sociedades anónimas que cotizan en la Bolsa de Buenos Aires

CAPITAL SOCIAL Y CUENTAS EMPRESARIAS- SOCIEDADES QUE COTIZAN BOLSA DE COMERCIO Bs. As.										
EMPRESA	Fecha bal.	En millones \$								
		Cap. Soc.	Activo	Pasivo	Patrim.	Ingresos	Res. Neto	Solven.	CapS./Act%	
		1	2	3	4	5	6	2./3	.1/2	
1 NACION FIDEICOMISO	31/12/2009	2,5	62,9	19,6	43,2	59,2	25,1	3,2	4,0%	
2 ABN AMOR	31/12/2007	150,3	1032,814	955,971	77,023	95,733	0,094	1,1	14,6%	
3 AEROPUERTOS 2000	30/06/2012	1685,3	3751,5	2066,1	1685,3	2200	200	1,8	44,9%	
4 ACINDAR	30/09/2008	867,5	4067,7	970,6	3097,3	3114,7	467,7	4,2	21,3%	
5 BANCO SANTANDER RIO	30/06/2012	1078	47103	41500	5602,7	3122	863	1,1	2,3%	
6 BONAFIDE SA	31/12/2005	0,1356	81,6	22,7	58,9	80,2	0,93	3,6	0,2%	
7 CAMUZZI GAS PAMPEANA	30/06/2012	333,3	1289,3	431,8	840,1	302,8	-30	3,0	25,9%	
8 CAPUTO SA	30/06/2012	55,9	281,7	170,1	111,6	202,9	10,9	1,7	19,8%	
9 CLUB ATL V. SARFIELD ASOCI. CIVIL (*)	26/10/2012	44,9	204,9	80,9	123,9	130,7	-26	2,5	21,9%	
10 CIA ARG DE SEMILLAS	jun-07	1,9	54,7	46,7	17,8	92,1	2,6	1,2	3,5%	
11 CONIGIO SA	31/08/2008	1,4	4,5	2,3	2,2	7,1	0,5	2,0	31,1%	
12 CORP RIO LUIJAN TEXTIL	28/02/2006	0,42	27,4	23,3	4,2	77,1	1,8	1,2	1,5%	
13 CORREO ANDREANI	31/12/2006	0,1	33	24,6	8,5	96,4	2,5	1,3	0,3%	
14 COASA NUESTRAS SA	30/06/2012	8,5	74,4	55,6	18,8	92	1,4	1,3	11,4%	
15 CARSA SA ART HOGAR		0,5	1,2	0,7	0,4	1,2	0,031	1,7		

¹⁰⁴ Ratio de Capital.. Real Decreto Ley 2/20011 de Expaña, Caixa Bank.

http://www.caixabank.com/deployedfiles/caixabank/Estaticos/PDFs/Aprenda_con_caixabank/aula799_w.pdf

http://www.caixabank.com/deployedfiles/caixabank/Estaticos/PDFs/Aprenda_con_caixabank/aula799_w.pdf

Fuente: Elaboración propia a partir de los balances de esta compañías, obtenido de la página Bolsar ¹⁰⁵

d) Funciones del capital social. Encuesta

A partir de una breve encuesta realizada entre colegas - pequeña muestra de 5 - sobre el cumplimiento de las funciones atribuidas al capital social por el sistema jurídico, se evidencia que el capital social es poco útil en su funciones. No cumple la función en 4 ó 5 de las 9 combinaciones de función/situación societaria consultadas. Es decir, es ineficaz en más de la mitad de los casos. Ver Cuadro 6.

Cuadro 6. Funciones del Capital Social en 4 etapas empresarias. Se cumplen o no cumple las funciones que la doctrina le atribuye al capital social?

Funciones del Capital Social	1. Con solvencia	2. En concurso	3. En quiebra
A- Distribución/participación	SI	SI	SI
B- Garantía	SI	NO	NO
C- Indica la situación financiera	SI/NO	NO	NO

Fuente: encuesta propia a un contador y 4 colegas: Contador y Sindico Concursal Héctor Rubén Pustilnik, Dres Graciela Olga Moussoli, Mercedes Arecha, Gastón E. Luque y Beatriz Barcan.

e) Caso Banco General de Negocios S.A.

En esta sección se analiza y evalúa un caso de insolvencia en un banco de Argentina, que entró en liquidación y luego se decretó su quiebra en el año 2002: Banco General de Negocios S.A., en adelante BGN. En el Box 1 se presenta una síntesis del caso y luego se desarrollan los principales hechos y conclusiones del mismo.

¹⁰⁵ Extraído de <http://www.bolsar.com/Legacy/Research/estadosContables/BalancesCompleto.aspx>

Box 1. La síntesis del Caso

El presente, es un caso de liquidación originada, entre otras causas en la falta de capitalización de la entidad, el BGN. No resulta difícil invocar en este caso perjuicios causados, entre varias causas, por la infracapitalización de la sociedad que atentan contra el estado de eficiencia de las partes.

En un principio, la Sindicatura consideró que el “BGN S.A. no aparece como infracapitalizado”. Sin embargo, dada la debacle financiera por finales de 2001 y denuncias de actos ilícitos cometidos en el ámbito de la administración de la entidad, el Banco Central de la República Argentina (B.C.R.A.) exigió la presentación de un plan de saneamiento del banco y aportes de capital.

Pero había retracción de todas las posibilidades de abastecerse de liquidez por medios financieros, incluyendo del BCRA. Para superar la crisis, se requería de un aporte de capital, que no fue efectuado, lo que tornó al BGN en infracapitalizado para atender a su giro social y sus obligaciones.

Esta falta de activo, falta de aportes de capital (capitalización) llevaron a la liquidación judicial y posterior quiebra del BGN y a la promoción de las acciones de responsabilidad contra los accionistas y acciones revocatorias.

Hechos y conclusiones del caso ¹⁰⁶

El presente, es un caso de liquidación originada, entre otras causas por la falta de capitalización de la entidad. No resulta difícil invocar en este caso perjuicios causados

¹⁰⁶ Información extraída del informe general de la Sindicatura (art 39 LCQ) en autos “BGN s/ Quiebra” En trámite por ante el Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Comercial Nro 1 Secretaría 2.

por la infracapitalización de la sociedad que atentan contra la eficiencia de las partes.

En un principio, la Sindicatura consideró que el “BGN S.A. no aparece como infracapitalizado. “Por lo menos ello no fue exteriorizado conforme las normas de valuación de activos y pasivos permitidas por la autoridad de aplicación al 31/12/01...”

Sin perjuicio de ello, producida la debacle financiera por finales de 2001, coincidentemente con el detonante de las notorias denuncias de actos ilícitos cometidos en el ámbito de la administración de la entidad, para que BGN pudiera continuar en el sistema, el B.C.R.A. exigió la presentación de un plan de saneamiento del banco mediante la implementación de alguna o algunas de las medidas enumeradas en los dictámenes precedentes a la respectiva Resolución, una de las cuales era la gestión de aportes de capital por parte de los accionistas, (no se excluía a eventuales terceros) lo que incluía tanto a los locales como a los extranjeros.

Sin embargo, el Banco contaba con posiciones en títulos que, tomados a la cotización que el B.C.R.A. los aceptaba para garantizar adelantos transitorios, formaban una masa nominal de aproximadamente 302 millones, lo que, en condiciones de normalidad, hubiera servido como contravalor de garantía, para la obtención de esa asistencia financiera de última instancia. (es decir que el BCRA permitía a todos los bancos valorar sus tenencias en Bonos al valor nominal, cuando el valor real era inferior, para evitar la caída de todo el sistema bancario)

Los hechos detonantes mencionados antes, produjeron una inmediata retracción de todas las posibilidades de abastecerse de liquidez por medios financieros, incluyendo la de acudir al prestamista de última instancia, lo que está demostrado por la interrupción de la ayuda financiera que el BCRA estaba prestando con anterioridad, la que alcanzó sólo un importe muy inferior al que se le había solicitado, aunque no acordado, que tal asistencia no es un derecho de la entidad requirente, sino una facultad de la institución rectora.

En el presente caso, y ante la crisis que afectaba al BGN, y que concluyó con su liquidación, el BCRA cuando requirió su regularización y saneamiento, en los términos del Art. 34 de la LEF, hizo mención –entre otras posibilidades, para el mentado saneamiento-, “**al aporte de capitales**”. Asimismo, el ente regulador le hizo saber el peligro que corría la institución, en el caso de que no accedieran a efectuar tal aporte. Obviamente, tal incumplimiento sumado a otros amenazaban con su liquidación.

Al respecto Nissen sostiene que: “Obviamente, la actuación ilegítima de la sociedad, con algún grado de permanencia que permita incluirla dentro de la norma prevista por el artículo 19 de la ley 19550, torna solidaria e ilimitadamente responsables a los socios por el pasivo social y los perjuicios sociales, quienes no pueden invocar el beneficio de la limitación de la responsabilidad salvo que ellos demuestren su buena fe. Con la misma filosofía, la ilegítima actuación de la sociedad –aislada y sin grado de permanencia– obliga a los socios que participaron en tal acto en forma solidaria e ilimitada, junto con los demás responsables, por los daños y perjuicios causados a terceros (Art. 54 in fine de la ley 19550)”.¹⁰⁷

En esta misma línea argumental, se opinó que: “La noción y defensa del capital social desde las diversas funciones que la ley le asigna debe necesariamente complementarse con el análisis de la infracapitalización y sus vías sancionatorias, si se pretende que el instituto en estudio no sea un mero dato normativo de carácter numérico e histórico sin sentido y contenido”, en caso que esta se produzca “... es evidente que la vía sancionatoria a aplicar no puede ser otra que la inoponibilidad de la persona jurídica, consagrada en el Art. 54 tercer párrafo de la LS, imputándose en cabeza de los socios –cuya actuación la hubieren hecho posible – el pasivo social societario como consecuencia de la aplicación del instituto, sin perjuicio de la responsabilidad solidaria, además, por los perjuicios ocasionados, pudiendo quedar tal consecuencia comprendida, subsumida y satisfecha con la sola imputación del pasivo. La quiebra de la sociedad como consecuencia directa de dicha infracapitalización, no impide la utilización del instituto que, por el contrario, deberá ser promovida por el Síndico; pudiendo acarrear,

¹⁰⁷. NISSEN, Ricardo, *El principio de la limitación de la responsabilidad de los socios o accionistas no debe ser considerado un principio absoluto del derecho positivo*, en “*Las sociedades comerciales, los administradores y los socios*”, Rubinzal Culzoni, p. 203 2005.

además, la extensión de la quiebra de la fallida a los socios, sólo si se configuran los extremos previstos en el Art. 161 de la LCQ”¹⁰⁸

A la situación descrita se agrega otro elemento que podría incriminar como responsables a las instituciones bancarias, socios del BGN y con Directores en su staff conductivo. El mismo se refiere a las operaciones de pase, que provocaron severas pérdidas al BGN. Esta alternativa, supone un agravamiento si se pondera que quienes ejecutaban las garantías, tenían pleno conocimiento de la grave crisis por la que atravesaba el BGN. A mayor abundamiento, tratándose de socios de una envergadura internacional y nacional innegable, su acción pudo llevar –ante la sensibilidad del mercado financiero –bancario- no solo a una pérdida sumamente significativa en dólares para el BGN sino que además dar la situación de que la institución bancaria se encontraba con serias dificultades.

Esto se encuentra corroborado por lo sostenido por el B.C.R.A. en su resolución del 14 de marzo del 2002, fs. 232/237 del expte. n° 314/429/01; cuando mencionó que: “además la situación de solvencia del BGN se encuentra a la fecha afectada a raíz de la ejecución de los títulos públicos que se encontraban contabilizadas en cuentas de inversión realizada por Morgan Salomón Brothers, Dresdner Bank Lateinamerika y J.P. Morgan Chase Bank, los dos últimos accionistas de la entidad, debido a la cancelación de los pases por ellos acordados”.

Es decir, que nuestra más alta institución bancaria, reconoció que además de la disvaliosa situación del BGN, a ello se agregaba una afectación “a raíz de la ejecución

¹⁰⁸ PULIAFITO, Gladys J., “La infracapitalización material calificada como supuesto de excepción al beneficio de la limitación de la responsabilidad de los socios” en “Las sociedades comerciales, los administradores y los socios”, Rubinzal Culzoni, 2005 p. 212 y 213).

de los títulos públicos”.

Conclusión:

Surge de la documentación compulsada -con relación a los aportes de los accionistas y lo sostenido por el Banco Central, que para superar la crisis, se requería de un aporte de capital, que no fue efectuado, lo que tornó al BGN en infracapitalizado para atender a su giro social y sus obligaciones. No tenía ni capital ni patrimonio suficientes para hacer frente a las obligaciones asumidas. Y esta falta de activo suficiente para hacer frente a sus obligaciones, de la mano a la falta de aportes de capital (capitalización) que hubiera dotado a la entidad de dinero para hacer frente a su giro y a sus obligaciones, y a la ejecución de garantías antes mencionada, llevaron a la liquidación judicial y posterior quiebra del BGN y a la promoción de las acciones de responsabilidad de los accionistas y revocatoria concursal.

3.2 Evaluación de los datos

Hallazgos

Habiendo recabado siete grupos de datos: testimonios, balances, doctrina, fallos, un caso de quiebra, breve encuesta, indicadores de precios - y a partir de su análisis (Sección 3.1) se presentan los siguientes hallazgos.

1. El contexto argentino, micro y macroeconómico durante la última década y actual es de insolvencia e incumplimiento, crecimiento con cierta recesión en 2001-2 y alta inflación desde 2005.
2. La desvalorización del dinero argentino hace que, si se actualizase el valor del capital social anterior fijado por norma en \$12.000 en 1991, según IPM equivaldría a \$ 82.596 , es decir casi 7 veces más que lo establecido por la norma original (Cuadro 3). Esto para las sociedades constituidas con anterioridad a la modificación del monto mínimo para la constitución, que lo eleva actualmente a \$ 100.000.

3. Si se actualizase el capital social mínimo actual, fijado de \$ 100.000, según IPM, sería a enero 2014 de \$ 119.166
4. Sociedades anónimas públicas, que funcionan en Argentina con relaciones activo-capital que serían vetadas de operar en España: de quince relevadas en esa relación una de cada tres no la cumpliría - 8% es la relación adecuada en la norma española – y ellas están en valores bajos, menor a 1% (2) cerca de 4% (2) (Cuadro 5).
5. Por deducción y a partir de los artículos, libros, y fallos analizados, se estima la existencia de costos excesivos de constitución, modificación y realización de trámites ante la IGJ, y de operar las empresas, de transacción, los de resolver o dirimir las insolvencias de las partes individuales, del contralor en sus funciones y de la sociedad en su conjunto. Las empresas tienen que negociar, sin reglas claras y para su caso específico, con los funcionarios encargados de la IGJ.
6. La norma de capital social estaría cumpliendo, a partir de una reducida encuesta a colegas sólo un tercio de las funciones que le atribuye la doctrina en las tres etapas societarias. (Ver Cuadro 6)
7. El concepto de capital social “suficiente” o adecuado, en relación a su objeto, tal como lo establecen las normas de la IGJ, es un concepto subjetivo, y su implementación atenta contra la seguridad jurídica, ya que, podría ocurrir (y ocurre...) que una jurisdicción o un funcionario fueran más permisivos que otros, o tuvieran un criterio distinto.
8. Luego de analizar la doctrina sobre el tema, coincido con el autor citado, Iván Di Chiazza en el sentido de que la realidad es compleja y no es solución aumentar el valor del capital social, sino contemplar en conjunto patrimonio, activos, fuentes de financiamiento, nivel de endeudamiento, y costo y estructura del capital, por lo que la solución al problema debe atender a cuestiones financieras, económicas y organizativas. Considera este autor que “... la afirmación acerca de que el capital social debe ser ‘suficiente’ como para cumplir con el objeto social, carece de la entidad suficiente para que asuma el papel que la doctrina nacional le endilga. Obviamente, no trato de defender y proclamar lo contrario, pues ello significaría cometer el mismo defecto argumental que denuncio, esto es la absolutización,

generalización y dogmatización de una idea. Sin duda que el capital desempeña un rol (más o menos importante según el ámbito negocial de desenvolvimiento de la empresa) pero ello no significa que se lo debe exaltar al punto de concebirlo como el único (e imprescindible) recurso para el cumplimiento del objeto social ya que ello implica un reduccionista simplificador que le resta valor a las particularidades de cada caso en concreto. En este sentido, la complejidad del problema y la riqueza de variantes que presenta en la *praxis* tornan cuasi-imposible determinar a priori la utilidad y/o idoneidad del capital como el único y exclusivo recurso o medio para alcanzar el objeto social...”¹⁰⁹ Desde una perspectiva del análisis económico del derecho, destaca Di Chiazza que “la pretendida función de garantía del capital social no sólo es una hipocresía, sino que a la vez es malsana, dado que el sistema que se sustenta en la idea de capital como garantía es absolutamente ineficiente ya que nos genera el autoconvencimiento de que realmente protege y nos priva de la sana y necesaria búsqueda de alternativas eficaces, esto es lo que se podría llamar el síndrome de ilusión protectoria, de modo que por vía indirecta, termina perjudicando a quienes quiere proteger.”¹¹⁰

9. A partir de un caso de infracapitalización analizado, del Banco General de Negocios que derivó en quiebra, hay evidencia de significativa ineficiencia que se sintetiza así:

Indicaciones de ineficiencia en la aplicación de la norma:

- Lo requerido por el BCRA apuntaba a generar la función de garantía que la norma ha descuidado. El capital de \$163 millones era solamente 20% de los pasivos, porcentaje insuficiente para una entidad financiera.
- No se acataron por parte del BGN las medidas de corrección dispuestas por el BCRA. Entre ellas, el pedido de aumentar el capital –realizar aportes de parte de los socios – no se concretó.

¹⁰⁹ DI CHIAZZA, Iván G, *El dogma(tismo) de la relación capital- objeto social. Como estancarnos en una idea sin advertir sus implicancias extra-jurídicas*. IX Congreso Argentino de Derecho societario. San Miguel de Tucumán, 22 al 25 de septiembre de 2004. Tomo III Universidad Nacional de Tucumán.

¹¹⁰ DI CHIAZZA, Iván G, *La malsana función de garantía del capital social. Acerca de un artificio hipócrita que se repite cual verdad sagrada*. IX Congreso Argentino de Derecho societario. San Miguel de Tucumán, 22 al 25 de septiembre de 2004. Tomo III Universidad Nacional de Tucumán.

- Por ende de acatar al BCRA, el BGN se hubiera evitado la suspensión la revocación de funcionar y todos los daños y perjuicios subsiguientes ocasionados a los acreedores en sumas de dinero significativas.
- A su vez, el BGN antes de ser revocada su autorización, apresuradamente liquidó gran parte de sus activos acentuando la insolvencia
- Si el capital hubiera estado actualizado y en un monto adecuado al movimiento del BGN, a su pasivo, activo y demás cuentas del balance, se hubieran evitado una serie de ineficiencias o perjuicios. Entre ellos: desempleo, desfaldo de ahorristas, impacto negativo social, efecto demostrativo sobre el riesgo y desconfianza de operar con otros bancos, inseguridad jurídica - todos costos económicos incurridos por los participantes a lo largo de un período de casi una década.

3.3 Presentación de Resultados

Resulta del análisis y evaluación de datos, altos costos – ineficiencia – que se derivan de la normativa sobre capital social referida a sociedades comerciales en la Argentina. Esos costos son pagados por todos los actores, acreedores, inversionistas, y además ciudadanos que no se vinculan directamente son las sociedades pero que contribuyen al presupuesto del ente de contralor.

IV- CONCLUSIONES

4.1 Conclusiones

Son tres las conclusiones de esta investigación: Contestaré a continuación las tres preguntas planteadas en 1.3 del presente trabajo:

1) *¿Induce la norma actual un comportamiento eficiente/ineficiente en el sentido del análisis económico del derecho?*

La norma de capital social de sociedades privadas comerciales (LSC) y la normativa dictada por la IGJ, su aplicación y contralor generan comportamientos y efectos ineficientes en los casos de infracapitalización e insolvencia ya que:

- La norma no se correlaciona con el contexto económico actual.
- Es inoperante, distorsiona el funcionamiento empresarial – en las etapas de constitución, operación y quiebra-liquidación.
- Genera costos adicionales, un estado de ineficiencia económica para todos los actores de la relación societaria, socios, empresas, proveedores y empleados, acreedores y mismo el contralor.
- Tal como fuera mencionado anteriormente, a partir de la doctrina y fallos analizados, y por experiencia profesional, se estima la existencia de costos excesivos de constitución, modificación y realización de trámites ante la IGJ, y de operar las empresas, de transacción, los de resolver o dirimir las insolvencias de las partes individuales, del contralor en sus funciones y de la sociedad en su conjunto.

2. *¿Cumple o no cumple el capital social las funciones que la literatura le atribuye, ante la solvencia o insolvencia de la empresa?*

El capital social no cumple con la función de garantía, según la encuesta realizada en la Sección 3.1 (ver cuadro 6) función principal que la doctrina jurídica le atribuye, entre otras funciones.

Esta conclusión es coincidente con los dichos del autor Troilo, con quien coincido en el sentido que: “En definitiva, opinamos que el capital social no cumple la función de garantía y, por lo tanto, al no cumplir con una de sus funciones primordiales podemos decir que el concepto de capital social está en crisis”¹¹¹.

Por lo tanto, se agravan las condiciones de seguridad jurídica con que opera la economía argentina en referencia a las sociedades comerciales.

¹¹¹ TROILO Ignacio Luis, *Capital Social e Infracapitalización. Aportes para la introducción de la noción del capital variable en nuestra ley de sociedades*
<http://viziolitriolo.com.ar/pdf/ponencia-capital-variable.pdf>

Con respecto a la exigencia de capital mínimo (cuya imposición existe sólo para las sociedades anónimas) que antiguamente era de \$ 12.000 y actualmente es de \$ 100.000, resulta difícil pensar que dicho monto “pueda ser una cifra referente de lo que debe conservarse en el patrimonio (capital social) y constituir de esa forma, una garantía suficiente en negocios de mediana o gran envergadura, pero también lo es que aumentar esa suma no necesariamente traería consecuencias valiosas... porque si se establece un monto más alto, se corre el riesgo de impedir el ingreso al mercado de quienes puedan organizar empresas sin demasiado capital propio...Por otro lado, si la suma es demasiado baja, se vuelve simplemente una formalidad ilógica. En definitiva, este mecanismo legal no demostró tener ninguna función práctica ...”¹¹²

3) *¿Es de utilidad, agrega valor, agrega seguridad jurídica el capital social según la normativa vigente?*

El capital social, según la normativa vigente, no agrega seguridad jurídica ni sirve para prevenir la insolvencia.

Adicionalmente el concepto de capital social “suficiente” o adecuado, en relación a su objeto, tal como lo establecen las normas de la IGJ, es un concepto subjetivo, y su implementación atenta contra la seguridad jurídica, ya que, podría ocurrir que una jurisdicción o un funcionario fueran más permisivos que otros, o tuvieran un criterio distinto.

Si la función principal del capital social fuera, según Nissen, la de garantía frente a terceros, ¿no sería más sensato y eficaz, que la sociedad estuviera obligada a contratar un seguro de caución, tal como el que resulta obligatorio ahora para los directores titulares, por un importe determinado? (por ejemplo, del doble de los pasivos corrientes y no corrientes, por decir algún parámetro).

Y permitir en cambio, que cada sociedad se constituya con el capital social que considere conveniente o el que pueda afrontar en el momento de la constitución, sin tener que someterse al criterio discrecional del ente de control, sobre todo teniendo en cuenta que una sociedad puede capitalizarse, una vez constituida ya sea con fondos de los accionistas o de terceros.

¹¹² BOSCO, Lucas Ramirez, *El nuevo reglamento y la infracapitalización societaria*. Revista de las Sociedades y Concursos N° 29-, Ad Hoc, 2004

En este sentido, Paolantonio ha sostenido que “...la determinación de la proporción entre fondos propios y fondos provistos por terceros (acreedores) no reconoce una imposición legal, más allá de la inocua exigencia de un capital mínimo al tiempo de la constitución del ente, que nadie razonablemente puede equiparar con los fondos que requerirá la actividad de la sociedad, a menos que se posean dotes adivinatorias del futuro desarrollo de los negocios”.¹¹³ Es por ello que considero que el órgano de contralor no podría adecuadamente valorar la cantidad de fondos propios requeridos para la actividad empresarial.

4.2. Recomendaciones

La conclusión anterior basada en los datos y hallazgos de la Sección 3.1 sustentan la recomendación de posibles correcciones y modificaciones a la normativa objeto de este trabajo, y a su aplicación y contralor que de ella realiza la IGJ en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Por ende se recomiendan las siguientes pautas:

1. El monto de capital social de las sociedades comerciales debería ser establecido por los accionistas y no por la normativa. Eliminar de la norma el monto mínimo, como es usual en países de Europa.
2. De mantener un monto mínimo, actualizar el monto siguiendo índices de precio u otra medida o utilizar una forma que ligue el capital a las reservas y su actualización.
3. El órgano de contralor, quien actualmente actúa con arbitrariedad y discrecionalidad, debería limitar sus acciones, y los costos a la sociedad, al mínimo.
4. Contratación de un seguro de caución por la sociedad, tal como el que resulta obligatorio ahora para los directores titulares, por un importe determinado (por ejemplo, del doble de los pasivos corrientes y no corrientes, por decir algún parámetro)
5. Para que el capital social realmente sirva como garantía para los acreedores, debería modificarse la Ley y adoptar algún criterio similar al del Decreto 1084/91,

¹¹³ PAOLANTONIO, Martín E.: *Algunas consideraciones sobre el objeto social y la resolución general 9/2004 de la Inspección General de Justicia*. Suplemento Especial. Sociedades Comerciales, La Ley diciembre de 2004.

reglamentario de la Ley de Sociedades Anónimas deportivas de España, que establece que estas sociedades deberán contar con un capital social que represente la mitad del promedio de los gastos realizados en los tres últimos ejercicios, más el pasivo existente al final de la presente temporada.

4.3 Comentarios sobre resultados

La discrecionalidad se observa en otros mercados – no solo en el de las relaciones societarias – y con otras leyes o normas. Esto demuestra que el contexto actual demuestra como política generalizada, discrecionalidad y arbitrariedad del órgano de contralor del caso de que se trate, por ejemplo: mercado cambiario, importaciones, mercado de la carne. De no modificar la norma y haciendo una analogía, si el empleado del estudio jurídico percibiera un salario mensual de \$2.500 los efectos serian ineficacia en el trabajo –hasta posible no haya candidatos – y sus acciones serían poco eficientes.

4.4 Limitación del estudio

Una razonable muestra de datos de balances de más cuantía de las sociedades privadas y la medición de los costos originados en los fallos y de la intervención del órgano contralor no está accesibles dentro del alcance y costos de esta investigación. Sin embargo, los datos recopilados en este trabajo sobre ineficiencias de la norma es la punta de un iceberg: son indicación de la existencia de mayores costos que pagan las partes en la relación societaria.

Bibliografía

AZNAR, FERNANDO, *Infracapitalización*, Revista Argentina de Derecho Empresario 10-04-2013 Cita: IJ-LXVIII-207.

Banco Mundial, principios y líneas rectoras para sistemas eficientes de insolvencia y de derechos de los acreedores. Abril 2001. Participaron en este informe 75 países, 70 expertos y 700 especialistas. Extraído de <http://web.worldbank.org/WBSITE/EXTERNAL/TOPICS/EXTLAWJUSTICE/EXTGILD/0,,menuPK:64874173~pagePK:4789692~piPK:4789698~theSitePK:5807555,00.html>

BALONAS, Ernesto Daniel, *La Derogación del capital social*, VIII Congreso argentino de derecho societario, Tomo III, Universidad Nacional de Rosario, 2001.

BELLO KNOLL Susy I. *El equilibrio funcional y razonable entre el capital y el objeto en las sociedades comerciales*. Jurisprudencia Comentada Revista de las Sociedades y Concursos. N° 25/26 Año 2004.

BONILLA León Adolfo, *Infracapitalización societaria- supuestos de responsabilidad-* VIII Congreso argentino de derecho societario. IV Congreso iberoamericano de derecho societario y de la empresa. Tomo III. Rosario, 3,4,5,y 6 de octubre de 2001. Universidad Nacional de Rosario

BOSCO, Lucas Ramirez, *El nuevo reglamento y la infracapitalización societaria*. Revista de las Sociedades y Concursos N° 29-, Ad Hoc, 2004

BUTTY, Enrique Manuel, *Responsabilidad de los socios por la disminución del efectivo contravalor de la cifra expresiva del capital*. Ponencia en el VI Congreso Argentino de Derecho Societario y II Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa.

CABANELLAS DE LAS CUEVAS, Guillermo: *Derecho societario, Parte General. El contrato de sociedad*, v. 2, páginas 249 y siguientes, Heliasta, Buenos Aires, 1994.

CARREGAL, Fernando y GAGLIARDO, Mariano (h), *Comentario al fallo de la CNTrab., "Arancibia Nora y otro c/ Rodríguez Ricardo Marcos y otro s/ ejecución de créditos laborales"*, Revista electrónica de Derecho Societario N° 37, Abril 2009.

CAPDEVILLA, Tomas. *El objeto social. Comentarios a propósito de la RG 9/2004 de la IGJ*. En IX Congreso de derecho societario. Tomo III. SM. De Tucumán. 22-25 Septiembre de 2004.

COASE, Ronald, El problema del costo social- Trabajo publicado originalmente en The Journal of Law and Economics (octubre 1960) pp. 1-44

COLOMBRES, Gervasio, *Curso de derecho societario*, ed. Abeledo Perrot, pg. 113

COOTER, Robert y ULEN, Thomas, *Derecho y Economía*, Fondo de Cultura Económica, México, págs 18 y 19.

CARMIGNIANI, Eduardo, *Responsabilidad de los accionistas por las deudas de la sociedad* [Derecho comercial y de las obligaciones: Revista de doctrina, jurisprudencia, legislación y práctica](#), Argentina, ISSN 0327-4012, [Nº. 205, 2004](#) , págs. 43-57.

CRACOGNA, Dante *El capital y el objeto social en las sociedades comerciales*. (En: Doctrina Societaria y Concursal. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Errepar, tomo 16, n.

202, septiembre 2004, p. 1051-1057).

DE LA CÁMARA, Manuel. *El capital social en la sociedad anónima, su aumento y disminución*. Madrid: Consejo General del Notariado, 1996. pp. 13 y 14. Citado por SÁNCHEZ SALAS, Julio. *Apuntes sobre el capital social de las sociedades anónimas en la nueva Ley General de Sociedades*. En: *ius et veritas*. Año IX. Número 17. Noviembre 1998. pp. 134 y siguientes.

DI CHIAZZA, Iván G, *El dogmatismo de la relación capital- objeto social. Como estancarnos en una idea sin advertir sus implicancias extra-jurídicas*. IX Congreso Argentino de Derecho societario. San Miguel de Tucumán, 22 al 25 de septiembre de 2004. Tomo III Universidad Nacional de Tucumán.

DI CHIAZZA, Iván G, *La malsana función de garantía del capital social. Acerca de un artificio hipócrita que se repite cual verdad sagrada*. IX Congreso Argentino de Derecho societario. San Miguel de Tucumán, 22 al 25 de septiembre de 2004. Tomo III Universidad Nacional de Tucumán.

DI CHIAZZA, Iván. *La infracapitalización societaria. Una novedad para el derecho argentino que amenaza con convertirse en estigma*. LA LEY 10/09/2004,

DOBSON, J. *El abuso de la personalidad jurídica*. Ed. Depalma. Buenos Aires. 1985.

FERRER Germán Luis, *La responsabilidad de los directores de sociedades anónimas y la inoponibilidad de la persona jurídica en la relación de empleo "en negro " (a propósito del caso "Duquelsy " y sus comentarios)*, Revista de Derecho Privado.

GRIGIONI, Gabriela, *Consideraciones acerca del control registral de la infracapitalización originaria.*, Suplemento especial de la revista jurídica argentina La Ley, Sociedades Comerciales, pág 72, diciembre 2004, Editorial La Ley.

HAIL DUILIO, M. Francisco, *Infracapitalización de sociedades con responsabilidad limitada de los socios - Alcances del control de legalidad del Registro Público de Comercio - Facultades del secretario .* Litoral 20/11/2007, 1151.

HUASCAR Ezcurra Rivero *La regulación del capital bajo la Ley General de Sociedades Una perspectiva económica del problema*. España extraído de http://www.bullardabogados.pe/publications/wpcontent/uploads/2011/12/2007the_leygeneralsociedades.pdf

JENSEN, Michael, y MECKLING William, *Theory of the Firm: Managerial Behavior, Agency Costs, and Ownership Structure*, Journal of Financial Economics Vol. 3, No. 4, pp. 305-360 Octubre, 1976

KORNHAUSER, Lewis A., 1984, *The Great Image of Authority*, *Stanford Law Review*, 36: 349–389 , 1985, *L'Analyse Economique du Droit, La Revue de Synthèse*, 118–9: 313–329. Citados pro la Enciclopedia de filosofía Stanaford.

KROCHIK, Roberto David *Responsabilidad de los directores y administradores por la infracapitalización*.
<http://congresods.uade.edu.ar/greenstone/collect/congres1/archives/HASHcd24/eaf267e6.dir/doc.pdf>

LARRAIN, Ernesto J. y TERUGGI, Roque Héctor en Revista del Notariado N° 719 año 1971 Pág. 1711

LEY DE SOCIEDADES COMERCIALES Ley N° 19.550 *Texto ordenado por el Anexo del Decreto 841/84 B.O. 30/03/1984*.

LISDERO, Extraído de:

<http://www.lisdero.com.ar/web/espanol/admin/archivos/Una%20Posible%20Soluci%C3%B3n%20al%20problema%20de%20la%20infracapitalizaci%C3%B3n%20societaria.pdf>

MANOVIL, Rafael M. *Grupos de sociedades en el derecho comparado*, Ed. Abeledo Perrot, Bs.As., 1998.

MILLER, Geoffrey. *Das Kapital: Regulación de la solvencia de la empresa comercial estadounidense*. En: *El Análisis Económico del Derecho y la Escuela de Chicago. Lecturas en Honor de Ronald Coase*. Lima: Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas, noviembre del 2002. p. 117.

NISSEN, Ricardo A. : *Panorama actual de derecho societario*, Editorial Ad Hoc, 2000, pág. 23

NISSEN, Ricardo A.; VITOLLO, Daniel Roque y VERON, Alberto Victor, *Infracapitalización societaria*. La Ley 29/4/13, Cita Online: AR/DOC/1488/2013

NISSEN Ricardo Augusto, *Algunas cuestiones debatidas en torno al objeto de las sociedades comerciales en el derecho societario argentino. El objeto único, la relación capital-objeto y las sociedades profesionales*. ED 28/11/2007.

NISSEN, Ricardo A. *La importancia del capital social en las sociedades donde los socios gozan del excepcional beneficio de la limitación de la responsabilidad*. *Panorama actual de derecho societario*. Editorial Ad Hoc. 2000., pág 31 y 32.

NISSEN, Ricardo, *El principio de la limitación de la responsabilidad de los socios o accionistas no debe ser considerado un principio absoluto del derecho positivo*, en “*Las sociedades comerciales, los administradores y los socios*”, Rubinzal Culzoni, p. 203 2005.

NISSEN, Ricardo A., *La infracapitalización de sociedades y la responsabilidad de los socios*, publicado en *Panorama Actual de Derecho Societario*, AD-HOC, 2000, págs 23 y ss.

PAOLANTONIO, Martín E.: *Algunas consideraciones sobre el objeto social y la resolución general 9/2004 de la Inspección General de Justicia*. Suplemento Especial. Sociedades Comerciales, La Ley diciembre de 2004, página 107.

PAS ARES, Cándido *La infracapitalización. Una aproximación contractual*
http://www.estig.ipbeja.pt/~ac_direito/infracapitalizaciao.pdf

POSNER, Richard A., 1973, *Economic Analysis of Law*, Boston: Little Brown, 1st edition. Citados pro la Enciclopedia de filosofía Stanaford. The Economic Analysis of Law First published Mon Nov 26, 2001; substantive revision Fri Aug 12, 2011.

PRONO J. y GOMEZ B. 2001. *Capital Social. Necesidad de vincular el capital con el objeto de la sociedad y propuestas alternativas para ello*. VIII Congreso Argentino de Derecho Societario. Rosario 2001.

PULIAFITO, Gladys J., “*La infracapitalización material calificada como supuesto de excepción al beneficio de la limitación de la responsabilidad de los socios*” en “*Las sociedades comerciales, los administradores y los socios*”, Rubinzal Culzoni, 2005 p. 212 y 213).

RICHARD, Efraín H. *Insolvencia societaria y responsabilidad*, JA 80° Aniversario, págs 380 y ss.

SHAVELL, Steven, *Law and economics International Encyclopedia of the social sciences*, 2nd edition, Pag 367-368.

TROILO Ignacio Luis, *Capital Social e Infracapitalización. Aportes para la introducción de la noción del capital variable en nuestra ley de sociedades*
<http://viziolitriolo.com.ar/pdf/ponencia-capital-variable.pdf>

VERGARA DEL CARRIL, Daniel Ponencias. IX Congreso Argentino de Derecho Societario y V Congreso Iberoamericano de derecho societario y de la empresa, t. III, Pág. 307.

VITOLLO Daniel R. *Apuntes sobre el problema de la infracapitalización societaria*. En Nuevos aportes al derecho societario. Editorial Ad-Hoc, 2005.

VITOLLO, Daniel R. *Capital Social, Infracapitalización y sobreendeudamiento*, Conflictos Actuales en Sociedades y Concursos, , Tomo 407, Ed Ad Hoc, Buenos Aires, Sept 2002, página 47.

VITOLLO, Daniel R. *El fenómeno de la infracapitalización societaria*.En IX Congreso de derecho societario. Tomo III. SM. De Tucumán. 22-25 Septiembre de 2004.

ZARATE, Hilda Zulema, *Personalidad jurídica y su desestimación* Facultad de Derecho y Ciencias Sociales y Políticas - UNNE. Corrientes – Argentina
Extraído de: <http://www.unne.edu.ar/unnevieja/Web/cyt/cyt/2001/1-Sociales/S-009.pdf>

ZUNINO, Jorge Osvaldo, *Régimen de Sociedades Comerciales Ley 19.550*, 16° edición, Astrea, 2001, página 193.