

EL DEBER DE PREVENCIÓN EN LA INFRACAPITALIZACIÓN Y LA RESPONSABILIDAD DEL SOCIO

Por Luis Aníbal Ceserani¹

Fecha de recepción: 2 de noviembre de 2020

Fecha de aprobación: 11 de diciembre de 2020

Resumen

El deber de prevención, a partir de la consagración expresa en el art. 1710 del Código Civil y Comercial de la Nación, implica la asunción de un nuevo paradigma en el derecho. De allí que la infracapitalización en el derecho comercial haya tomado nuevas directrices y los socios se vean obligados a responder por la infracapitalización en la cual la misma sea producto de una clara violación del deber de prevención.

En el presente trabajo analizamos no solo la ruptura entre las variables constitutivas de la infracapitalización -capital/objeto social- sino que además mencionamos las principales corrientes doctrinarias en torno a la función de la primera y la posibilidad de que el análisis económico del derecho se constituya como una de las vertientes doctrinarias que propugne un cambio de enfoque del capital social y que lo reposicione como un elemento vital pero distinto en las sociedades comerciales.

Finalmente analizaremos la responsabilidad del socio por la violación del deber de prevención y pasaremos revista a los distintos casos jurisprudenciales que se han emitido sobre el tema.

¹ Abogado por la Universidad de Buenos Aires (UBA). Doctor en Derecho Privado de la Pontificia Universidad Católica Argentina (UCA). Magíster en Derecho Comercial y de los Negocios de la UBA. Doctorando de la Universidad Carlos III, Madrid. Profesor de la UBA (PACEM) y de la Universidad Nacional del Comahue.

Abstract

The duty of prevention, from the express consecration in art. 1710 of the Civil and Commercial Code of the Nation, implies the assumption of a new paradigm in law. Hence, undercapitalization in commercial law has taken new guidelines and partners are forced to respond for undercapitalization in which it is the product of a clear violation of the duty of prevention.

In this paper we analyze not only the break between the constitutive variables of undercapitalization -capital/corporate purpose- but we also mention the main doctrinal currents around the function of the first and the possibility that the economic analysis of law is constituted as one of the doctrinal aspects that advocates a change of focus of social capital and that reposition it as a vital but different element in commercial companies.

Finally we will analyze the responsibility of the partner for the violation of the duty of prevention and we will review the different jurisprudential cases that have been issued on the subject.

Resumo

O dever de prevenção, a partir da consagração expressa no art. 1710 do Código Civil e Comercial da Nação, implica a assunção de um novo paradigma no direito. Assim, a subcapitalização no direito comercial tem adotado novas diretrizes e os parceiros são obrigados a responder pela subcapitalização em que é produto de uma clara violação do dever de prevenção.

Neste artigo analisamos não só a ruptura entre as variáveis constitutivas da subcapitalização -capital/objeto social- mas também mencionamos as principais correntes doutrinárias em torno da função do primeiro e a possibilidade de que a análise econômica do direito se constitua. como um dos aspectos doutrinários que

preconiza uma mudança de enfoque do capital social e que o reposiciona como elemento vital mas distinto nas empresas comerciais.

Por fim, analisaremos a responsabilidade do sócio pela violação do dever de prevenção e revisaremos os diversos processos jurisprudenciais que se tenham expedido sobre o assunto.

Palabras Claves

Deber de prevención, infracapitalización, capital social, objeto social, responsabilidad del socio, análisis económico del derecho.

Keywords

Duty of prevention, undercapitalization, social capital, corporate purpose, partner responsibility, economic analysis of law.

Palavras chave

Dever de prevenção, subcapitalização, capital social, objeto social, responsabilidade do sócio, análise econômica do direito.

1. Introducción

El derecho de daños en el derecho argentino ha sufrido la mutación más importante que pudiera esperarse. En tal sentido se evidencia el traspaso de la responsabilidad civil a la reparación integral. La amenaza de daño ha sido reconocida como un daño en sí misma y la consecuente imposición de un deber de prevención (Burgos, 2012, p. 17).

La prevención de daños ha sido incorporada explícitamente en el Código Civil y Comercial de la Nación -CCCN- a partir de la unificación de los códigos civil y comercial, los cuales otrora se encontraban separados en cuerpos independientes.

A partir de allí el instituto de la prevención ha sido aplicado a diversas aristas del derecho, entre ellas al derecho societario, cobrando centralidad en la infracapitalización de las sociedades comerciales. Por eso el interrogante a responder con este trabajo es: ¿cuál es la incidencia del derecho de prevención en la infracapitalización societaria?

La hipótesis que trataremos de demostrar sostiene que el derecho de prevención no solo tiene incidencia directa en el derecho civil, sino que además cuenta con una decisiva influencia en el instituto de la infracapitalización societaria.

Otro de los aspectos conexos que incipientemente queremos destacar es la jurisprudencia sobre infracapitalización. Esta ha tomado un inusitado desarrollo, siendo importante destacar que la infracapitalización societaria ha surgido a partir de otras ramas del derecho como es el derecho laboral. Precisamente ha sido este plexo normativo el que ha operado como detonante del surgimiento de la infracapitalización. Resulta prácticamente improbable que un conflicto de infracapitalización surja a partir del propio derecho societario.

En otras palabras, queremos significar que una sociedad puede operar a pesar de estar infracapitalizada y cumplir con su objetivo societario, aun así, no afectar a terceros ajenos a la propia sociedad comercial. Acaso, ¿gastaría tiempo un acreedor, que puntualmente cobra, en plantear la infracapitalización societaria por puro prurito formal? ¿Cuál sería la razón de ser del planteo? En el presente trabajo intentaremos responder a los interrogantes planteados que asolan el derecho comercial.

En resumen, puede decirse que estos son los interrogantes básicos o pilares, si se prefiere y a los cuales se intentará dar respuesta de alguna manera.

La metodología que utilizaremos es no experimental-descriptiva y consistirá en el análisis de documentos escritos, es decir, textos sobre prevención del daño, infracapitalización, normas y precedentes dictados por tribunales nacionales.

2. El significado del término infracapitalización

Respecto al concepto de infracapitalización se han esbozado innumerables definiciones. No obstante, debemos señalar en todas ellas como elemento común la disonancia entre el capital social y el objeto social, evidenciándose una clara diferenciación del concepto de patrimonio. A modo de glosa citaremos algunas.

Vítolo (2010) expresa:

... puede afirmarse -sin hesitación- que si la sociedad no cuenta con capital suficiente para afrontar su giro y el cumplimiento del objeto social, desde un punto de vista técnico -y sin que ello implique un juicio de valor en cuanto a las consecuencias o alcances de la calificación- dicha sociedad estará infracapitalizada. Y ello no requiere de gran explicación técnica (p. 397).

Boretto (2013) nos dice que la infracapitalización ha sido definida

... como aquel fenómeno que se produce cuando la sociedad entre en un estado patrimonial consistente en la manifiesta incongruencia del conjunto de los medios propios de esta (entendido por tales el capital de riesgo) en relación con las actividades efectivamente desarrolladas por dicha sociedad (p. 2098).

Algunos autores vinculan a la infracapitalización desde el punto de vista técnico cuando el valor del patrimonio neto es inferior al valor nominal del capital social y el punto de vista funcional cuando aparece un desfasaje entre el capital social y el capital real que se requiere para cumplir el objeto social (Araya, p. 279).

Sin embargo, no adherimos a las estipulaciones de la autora citada anteriormente ya que se involucra en la primera -punto de vista técnico- el concepto de patrimonio; en tanto que en la segunda -punto de vista funcional- aparecen dos conceptos -social y real- alocuciones no admitidas por la letra de la Ley General Sociedades 19.550 -LGS-.

En torno a la noción de patrimonio consideramos que darle esa asignación funcional implica reposicionar un concepto netamente civil, no comercial, y que es precisamente un atributo de la persona jurídica que en nada puede inferir en la conceptualización de la infracapitalización. Sí podemos afirmar que usualmente el

patrimonio es el detonante de la infracapitalización, mas no un elemento constitutivo de aquella, la cual solo se vincula con el capital social.

En relación a la segunda observación debemos expresar que ninguno de los artículos de la ley 19.550 hace esa distinción, por el contrario, claramente la ley habla de capital social, mas no distingue entre real y social. De manera tal que creemos se pretende una distinción que a la postre solo será un elemento de confusión para el claro discernimiento del fenómeno de la infracapitalización.

Despejadas las diferentes acepciones conviene referir a los tipos de infracapitalización, la cual admite dos tipos: material o sustancial y la formal o nominal.

El primer tipo refiere a la insuficiencia de recursos para dar curso al objeto socialmente determinado en el contrato constitutivo. El segundo tipo es la manipulación de los privilegios establecidos en la ley de concursos y quiebras y eventualmente en el sistema de participaciones en las ganancias, mediante el establecimiento de *ratios* inadecuados entre capital y deuda que se configuran mediante préstamos de los socios o controlantes a la sociedad (Avellaneda, 2010, p. 689; Bosco, 2004, p. 81).

Otra clasificación es la de inicial y sobreviniente, siendo la primera de ellas la que acontece en el momento inicial de la sociedad en el *iter* constitutivo de la sociedad y la segunda la que aparece tardíamente, es decir, una vez que la sociedad ya está en funcionamiento. Pero debemos remarcar que en el inicio de la vida del ente societario la relación capital social y objeto social era óptima.

Por nuestra parte definimos a la infracapitalización como la “falta” o “pérdida” del equilibrio societario entre el capital social y el objeto social bien sea respectivamente al comienzo de la sociedad o una vez iniciado el desarrollo societario del ente. Al decir equilibrio societario aludimos a esa “tensión armónica” que debe existir entre el capital comprometido en el emprendimiento y la/s actividad/es a desarrollar que perfilan el objeto social; debe ser armónica porque no puede existir quiebre, choque u oposición entre estos elementos.

Puede haber tensión, en el sentido de parecer que entre ambos conceptos media un distanciamiento, pero esto debe ser sólo en apariencia, más no real. El equilibrio no debe quebrarse. Si el equilibrio se rompe inclinándose hacia uno de los polos -capital u objeto- la infracapitalización se hará presente.

El viejo juego de la cincha o la cinchada ilustra la idea; de un lado está el capital social y del otro lado el objeto social. De ahí que decimos que cada participante del juego de la cincha tira de un extremo de la cuerda, tensa la misma, sin romperla, ni poder quebrarla. Debemos sostener, a diferencia de lo que acontece en el juego, que en el derecho societario esa tensión debe ser armónica, es decir, cadenciosa.

No obstante, debemos hacer algunas precisiones:

- La infracapitalización material rara vez puede ser inicial, es decir, coincidir con el comienzo de la vida del ente societario. Tal como se especificó precedentemente, si la falta de equilibrio se advierte en el momento inicial de la sociedad, la misma no podría llevar a cabo su objeto social ya que al carecer de capital suficiente, constituido por todos los aportes, no sería viable que la sociedad comience a funcionar. Esto conlleva una imposibilidad fáctica de acaecimiento. Por eso sostenemos que este tipo de infracapitalización es, en el sustrato fáctico, casi imposible de encontrar. En el hipotético caso de existir, en el momento de ser advertida debería ser revertida inmediatamente so pena de que la sociedad no comience a funcionar.
- La infracapitalización material usualmente es sobreviniente. Por eso consideramos a esta situación como un fenómeno particular del derecho comercial. Al respecto damos razones de ello.

En primer lugar, hemos despejado precedentemente la idea de que la infracapitalización material pueda ser inicial o que al menos tenga aplicación fáctica. En segundo lugar, este tipo de infracapitalización material sobreviniente

hace su aparición generalmente a partir de una insuficiencia del patrimonio de la sociedad.

Asimismo, debemos recordar la manda establecida en el CCCN según la cual el patrimonio del deudor es la garantía del acreedor que opera como principio rector del sistema (art. 242 CCCN). A partir de esta insuficiencia patrimonial el acreedor y en pos de cobrar su acreencia deberá recurrir al capital social que, en base a su función de garantía social, permitirá el cobro de la deuda. Sin embargo, al recurrir al mismo se advierte que el capital social es exiguo frente al objeto de la sociedad y es allí donde se cae en la cuenta de que la sociedad está infracapitalizada. Uno puede preguntarse, ¿podría haber operado la sociedad infracapitalizada? La respuesta es afirmativa y de hecho sucede constantemente. En contadas ocasiones las sociedades operan con escaso bajo capital social y bajo patrimonio, pero independientemente de ello, cumplen fielmente el pago de sus obligaciones. Ningún acreedor podría protestar o negarse a recibir el pago por el hecho del capital social insuficiente o el escaso patrimonio. Por ello este tipo de infracapitalización es un fenómeno particular del derecho societario e insistimos que el detonante se presenta frente al incumplimiento de las obligaciones asumidas y el escaso patrimonio de la sociedad, lo que conlleva a una recurrente remisión al capital social que, a la vez, resulta insuficiente.

- La infracapitalización no es un “estado” en sí, sino que se trata de un fenómeno particular que puede o no aparecer en la vida del ente societario. Si se considerara a la infracapitalización como un estado significaría hablar de prolongación de esa situación en el tiempo y espacio. El vocablo “estado” implica que algo permanezca por un lapso en el tiempo. En otro orden de ideas, hablar de estado implica sostener que existiría un inframundo societario que acontecería a partir de la infracapitalización y ubicable entre la creación del ente y la liquidación, circunstancia esta que es inaceptable. ¿Por qué sostenemos

esto? Sencillamente porque debe pensarse en la cadena secuencial de la vida societaria esto es: creación del ente, la vida de la sociedad, la disolución y la liquidación. Si se sostiene que la infracapitalización es un estado debería dársele cabida en esta cadena secuencial, ya que como estado se prolongaría en el tiempo y, como tal, en el hipotético caso de que esto hubiese sido así, el legislador debió haberlo tenido en cuenta y legislar sobre el particular. Sin embargo, esto no aconteció, ya que la infracapitalización es solo una situación fáctica y precisa que obedece a una falta o pérdida del equilibrio entre el capital y el objeto, mas no un estado, que insistimos, implicaría prolongar esta situación de pérdida o falta del capital en el tiempo.

La doctrina es unánime en sostener que la infracapitalización es un instituto que no está legislado por la ley general de sociedades. Empero no puede restarse importancia al fenómeno. El legislador ha plasmado parámetros atendibles en torno al tema y especialmente en torno al tema del capital social.

En efecto, el propio art. 94 inc. 4 LGS contempló expresamente la pérdida del capital social como una causal de disolución que solo puede reverse mediante la reposición del capital social (art. 96 LGS). Pues bien, si no se produce el aludido reintegro la sociedad está disuelta y debe ser liquidada con la consecuente responsabilidad de los administradores, en su caso también la del socio por todos los actos ajenos a la liquidación (art. 99 LGS).

De manera general puede inferirse que al capital social no se le ha restado importancia normativa. En virtud de ello nos preguntamos: ¿Es factible hablar de un estado de infracapitalización que no está legislado con norma específica alguna? Evidentemente que no, con lo cual insistimos que la infracapitalización no puede ser considerada como un estado.

3. El capital social: acepciones y funciones

3.1 Acepciones de capital social

De acuerdo al desarrollo precedente ha quedado establecido que al hablar de infracapitalización debemos aludir a los pilares básicos del instituto: capital y objeto social.

En virtud de ello creemos necesario hacer algunas precisiones sobre la temática del capital social, ya que sobre la base de su acepción se han planteado diversas aristas que inciden de manera directa en la conceptualización de la infracapitalización. De ahí que consideramos de vital importancia referirnos tanto al capital social como al objeto social.

Comenzaremos con el primero de ellos. En una primigenia idea debemos recordar que capital social no es sinónimo de patrimonio social y que solo en un momento inicial del ente societario, solo ahí, ambos coinciden. Relativos al capital social existen innumerables definiciones en el derecho nacional como también acontece en el derecho comparado.

Halperin (1966) entiende que el capital social está formado por el conjunto de los aportes efectuados por los socios, sea en dinero contante, sea en bienes materiales como inmateriales que servirán para alcanzar el fin que los fundadores han fijado a la sociedad.

Por su parte Farina (1978) con acertado criterio definitorio entiende que el capital social es un concepto jurídico consistente en una cifra que representa la suma de los valores de los aportes de dar en propiedad comprometidos por los socios para que pueda cumplir con su objeto.

En el derecho español se destacan las opiniones de Broseta Pont y Martínez Sanz (2018), quienes definen al capital social como una cifra contable que figura en el balance como una de las cuentas dentro del patrimonio neto en la partida de fondos propios.

En la misma línea se encamina Brunetti (2003) quien entiende que el capital social es proporcionado por la suma de todas las aportaciones de los socios, tanto en dinero como en especie. El capital social, como representante del importe obligatorio del patrimonio de la sociedad en el momento inicial de la empresa, es indicado en el acto constitutivo como capital suscrito y desembolsado.

A modo de definición propia, en nuestra opinión el capital social es la totalidad de los aportes que realizan los socios, no inclusivo de los aportes especiales y que se realiza en miras a llevar a cabo el objeto social. En un momento inicial del ente societario, solo así, el capital coincide con el patrimonio social, luego se diferencian ambos, produciéndose las características propias de cada uno de ellos. En tal sentido, el capital social se convierte en una suma invariable e intangible en tanto que el patrimonio se erige como un elemento variable y tangible.

3.2 Funciones del capital social

El derecho continental europeo reconoció al capital social como un elemento constitutivo de toda sociedad comercial, un elemento insustituible y para nada asimilable con el patrimonio de la sociedad. Nuestro derecho siguió estos lineamientos europeos con lo cual asignó al capital roles sustanciales en el derecho societario.

A partir de la necesidad de que el capital social inicial sea aportado por los socios para dar inicio al cumplimiento del objeto social, el capital social se posicionó como un centro de gravitación societaria. De allí las funciones que se le atribuyen al mismo.

En tal sentido, las funciones del capital social pueden asociarse con tres aristas bien definidas: económica, política y de garantía.

La económica se refiere básicamente a que el capital social será el recurso económico que permitirá el desarrollo del objeto social propuesto en el instrumento constitutivo societario. Puede advertirse que aquí aparece el correlato entre el capital

social y el objeto, ya que se pretende que el capital social, constituido por el aporte de todos los socios, sea suficiente para el desarrollo del objeto social propuesto.

La función política se vincula con el ejercicio de los derechos políticos en la sociedad que se ejercerán en función del porcentaje del aporte realizado. Una conceptualización similar de esta función del capital social puede ser establecida como parámetro para medir matemáticamente la participación del socio en la sociedad (Nissen, 2019, p. 122).

En última instancia, hemos de referir a la función más importante, a nuestro criterio, que es la función de garantía. La aludida función tiene que ver con la intangibilidad del capital social que la ley 19.550 otorga a dicho instrumento y que se consagra en las partidas del balance como algo pétreo, inamovible que está destinado a garantizar a los terceros frente al incumplimiento de las obligaciones asumidas por la sociedad. Respecto de esta función Richard (2014) sostiene que se trata de una función de orden público y las normas que lo tutelan en resguardo de terceros y del mercado son imperativas. Debemos advertir que esta es la función más cuestionada del capital social, sobre la que nos referiremos más adelante.

4. Reflexiones sobre la función del capital social

Debemos reflexionar sobre esta arista, ya que no es un tema inadvertido en la doctrina nacional. En torno a la función del capital social, se evidencian dos corrientes doctrinarias. La primera de ellas sostiene en líneas generales que el capital social debe ser dejado de lado al igual que las funciones que se le atribuyen. En otras palabras, para esta postura el concepto de capital social carece de todo sentido en el ámbito societario. A su vez dentro de esta corriente existe una leve variable, según la cual se requiere la vigencia imperiosa de la función económica del derecho societario, y la constante evolución del giro comercial (Reyes Villamizar, 2019, p. 42).

En la otra cara del análisis, enfrentada a la primera, se encuentra la corriente que sostiene que el capital social es un requisito imprescindible dentro del derecho

societario, que no puede ser dejado de lado y que el mismo hace a la esencia misma del derecho societario.

Relativo a la primera corriente, podemos citar a: Le Pera (1986) y Araya (2003); en tanto que en la segunda opinión doctrinaria se ubican Nissen (2019), Vítolo (2010), Richard (2007), Farina (1978), entre otros.

En relación a la primera de las corrientes debemos destacar dos artículos publicados en la Revista Jurídica “La Ley” en los cuales se hace expresa mención a la necesidad de cambiar la noción tradicional de capital social. Uno de ellos es el redactado por Le Pera (1986) titulado: “Sobre la futilidad de la noción de capital social” y el otro es de Araya (2003) titulado: “Capital y patrimonio”.

Comenzaremos analizando el primero de ellos en el cual el autor realiza una serie de precisiones sobre la preocupación legislativa por el capital social y su sobrevaloración. Define al capital social como las sumas pagadas por las acciones de una sociedad -entre otros puntos- aspectos que no nos interesan para el presente trabajo.

En líneas generales el autor entiende que la noción del capital social debería ser analizada a la luz del crédito que la sociedad podría obtener y que se relaciona con la cifra expresada como capital social; en otras palabras, es el giro u operatoria comercial de la sociedad la que le lleva a obtener beneficios crediticios de terceros y no el capital social. El capital se constituye como una preocupación omnipresente. La idea del autor puede resumirse en el siguiente párrafo:

Una interesante observación es que a esta grave preocupación del legislador por el “capital social” corresponde una total indiferencia del público. Si alguien quiere informarse acerca de una sociedad mirará su balance y el patrimonio neto que de él resulta (el valor de libros). Mirará además si este balance está auditado y por quien, lo que le permitirá sacar conclusiones sobre su confiabilidad. Solo de manera secundaria y por lo común para ciertas operaciones, técnicas de interpretación, prestará atención al capital social (p. 1).

En nuestra opinión y no dejando de remarcar la acabada línea estilística de su autor, en nada coincidimos con esta postura puesto que el capital social tiene una

función de garantía respecto de los terceros, la cual no la otorgan ni los balances, ni los estados contables, ni mucho menos la imagen de confiabilidad que pueda mostrar una sociedad. Sucede que justamente a la hora en la cual el patrimonio social se muestra insuficiente la única garantía a la que pueden recurrir los terceros es ese capital social que han marcado en el contrato constitutivo; esa cifra que permanece invariable; mas no así el resto de los elementos mencionados y que se deben consignar en el balance dentro del pasivo.

¿Alguna vez se dio en la realidad que algún acreedor insatisfecho pueda ser pagado con un estado contable, balance o imagen de la sociedad? Evidentemente que no. A la hora de las ejecuciones por insuficiencia patrimonial los acreedores deben recurrir a la suma establecida como capital social, siendo que en este caso el hecho de que el mismo resulte insuficiente no quiere decir que el instituto capital social, como tal, no sea útil como garantía de terceros. Lejos de ello, sucede que justamente la función del capital social ha sido vulnerada por el accionar de los socios al no respetar ni actualizar la suma del capital social con el objeto social. Tan solo basta mencionar la burbuja de especulación financiera que se produjo en Estados Unidos en el año 2008 para imaginar lo que podría llegar a ser si el capital social se eliminara o suprimiera de los contratos societarios. El capital social se presenta, así, como una suma fija, garantista del derecho de terceros ajenos a la sociedad que impide la traslación del riesgo societario.

Referido al segundo trabajo, Araya (2003) considera que la noción de capital social está sufriendo serios embates en el derecho comparado -Estados Unidos, Comunidad Europea- y que el rol de garantía que se le asigna al capital social ha quedado desdibujado totalmente. En una primigenia idea no debemos dejar de señalar el trabajo de Araya (2003), no obstante, no compartimos esta postura.

La razón estriba en que si bien en el derecho alemán se han establecido -art. 5 a de la ley de sociedades limitadas- las sociedades de responsabilidad limitada con un capital social de 1 euro (GmbHG 13/2015) no menos cierto es que a pesar de ello el capital social continúa siendo un elemento constitutivo del ente societario en el suelo

europeo. De manera tal que, a nuestro modo de ver, el capital social no ha dejado de ser importante o muchos menos está en crisis.

Considera Araya (2003) que la noción de capital social que se registra es de carácter jurídico, por lo que postula incorporar una noción de tipo productiva que incluya la capacidad de ganancia de la empresa social. Además, el autor entiende que la sola existencia del rubro “ajuste integral de capital” introducido por el art. 62 de la ley 22.903 en los balances implica que el concepto de capital social esté realmente actualizado y que como consecuencia de ello el concepto de capital se encuentra en crisis. No coincidimos con esta postura puesto que la sola incorporación del rubro ajuste integral de capital en los balances no quita preponderancia al capital como elemento esencial del derecho societario.

Poco tiene que ver la rúbrica aludida con la pretendida crisis del concepto de capital social. Sobrados ejemplos en la jurisprudencia han demostrado que los balances no han solucionado los problemas de los empleados laborales que no podían cobrar sus acreencias. Tan solo recordar el memorable fallo Arancibia (CN. Trab., Sala III, 22/09/2008, “Arancibia Nora y otro c/ Rodríguez Ricardo Marcos y otro s/ ejecución de créditos laborales”).

Desde la otra margen surgen los defensores de la segunda corriente, quienes sostienen la imprescindible función que tiene el capital social en el derecho societario y que la sociedad sería inconcebible sin el concepto de capital social. Asimismo, entienden que el capital social es un instituto consagrado hace años en el derecho positivo y el mismo se encuentra en plena vigencia.

Al respecto sostiene Nissen (1982):

El capital social está formado por la suma de los aportes de los socios y su importancia puede apreciarse desde numerosos puntos de vista: a) En primer lugar, y desde el punto de vista económico, su misión básica consiste en servir de patrimonio empleado para la obtención de un beneficio, a través del ejercicio de una determinada actividad empresarial. B) En segundo lugar, constituye un elemento necesario de conocimiento por parte de terceros, para quienes interesa de sobremanera conocer los bienes con que cuenta la sociedad en el desarrollo de su comercio. Y no solo por ello, sino también por cuanto ofrece tratándose de una sociedad de responsabilidad limitada o sociedad anónima,

una responsabilidad limitada en cuanto a los aportes de los socios, y en cuanto a la responsabilidad total frente a los acreedores, pues la sociedad responde por sus deudas con todos sus bienes presentes y futuros. C) Finalmente, desde el punto de vista interno, el capital social desempeña fundamental actuación, pues determina el grado de participación de los socios en utilidades y pérdidas, en caso de silencio del contrato (p. 98).

En el mismo sentido, Vítolo (2010) sostiene que el capital social sigue siendo un elemento vital, una noción central y fundamental en el derecho societario, al cual debe recurrirse en forma permanente para poder comprender muchos de los mecanismos de las sociedades comerciales y su organización.

Por nuestra parte hemos de adscribir a la segunda postura, a la vez que coincidimos con las funciones que Nissen (1982) le asigna al capital social, pero debemos sostener que el capital social no ha perdido vigencia alguna en el derecho societario. Una de las razones en las cuales nos basamos para sostener esta idea es que el proyecto de reforma que se encuentra en el Senado de la Nación rescata y menciona expresamente al capital social como uno de los requisitos específicos del contrato de sociedad, siendo claro al respecto el art.11 inc. 4. A su vez, el proyecto continúa sosteniendo a la pérdida del capital social como una de las hipótesis que provocará la disolución societaria (art. 96). De manera tal que es indiscutible que el capital es un concepto de plena vigencia en el derecho societario argentino.

Finalmente, observamos otra circunstancia que nos lleva a inferir que el proyecto se inclinó por la segunda vertiente. De la lectura de los fundamentos no se determina ni se infiere que el concepto de capital deba ser dejada de lado. Podemos concluir que en caso de haber pretendido la eliminación del concepto debería haber consignado alguna línea o al menos haber arrojado una leve luz sobre el tema.

Algo similar acontece en el derecho español, toda vez que la ausencia del capital social da lugar a pasar al estado falencial, con lo cual aun en el derecho extranjero no puede decirse que el capital social ha perdido su vigencia o su lugar dentro del derecho societario. Así inferimos que si la noción de capital se encontrase

en “franca decadencia” o si fuera prescindible el pretendido reformador habría suprimido tal elemento, circunstancia que, insistimos, no acontece.

5. El deber de prevención en la infracapitalización, la responsabilidad del socio y el instituto de la inoponibilidad de la persona jurídica

Relativo a los lineamientos sustanciales de la conceptualización de la infracapitalización ya nos hemos referido en los párrafos anteriores, a los cuales nos remitimos. Tocaré ahora aludir al deber de prevención del daño conforme se encuentra expuesto en el CCCN, la responsabilidad del socio y cómo se articula con el instituto de la inoponibilidad persona jurídica consagrado en el art. 54 de la ley 19.550.

En una primigenia idea debemos señalar que la prevención del daño fue expresamente consagrada a partir de la unificación de los códigos civil y comercial, por medio de la ley 26.994 en el año 2014. Surge indubitablemente con la lectura del texto unificado que el derecho argentino de daños sufrió una mutación significativa. Quizás podamos decir la más importante después de la reforma del año 1968 la que, por cierto, no fuere suficientemente abarcativa como se había pretendido por aquellos años.

La actual configuración del sistema de daños eliminó las tradicionales categorías contractual y extracontractual, lo cual implica una mejora significativa en la técnica legislativa y contribuye, además, a mejorar la sistematización en los reclamos por daños.

A partir de la unificación las tradicionales conceptualizaciones de los elementos constitutivos del daño, esto es antijuridicidad, factor de atribución, relación de causalidad, han sufrido una transformación (Brebba, 1967, p. 48). En otras palabras, podemos decir que si bien estos extremos continúan siendo los pilares necesarios para la existencia de un daño el contenido de los mismos ha variado, tal como acontece con el concepto de antijuridicidad. Pasando revista a la doctrina anterior a la

unificación citaremos a Compagnucci de Caso (1979) quien define la antijuridicidad como el acto contrario a derecho, considerado este último como una concepción totalizadora del plexo normativo.

En el mismo sentido anterior a la unificación Brebbia (1967) sostiene que la antijuridicidad refiere a la contrariedad del acto con lo que dispone el ordenamiento jurídico. Por su parte, Pizarro (2007) sostiene que una acción es antijurídica -ilícita- cuando es contraria al ordenamiento jurídico integralmente considerado. Se trata de una acción objetiva que deriva de la contradicción entre el derecho y la acción.

De la simple lectura del actual art. 1717 CCCN se corrobora que efectivamente la mutación del concepto se ha producido, toda vez que ahora la antijuridicidad es referida a toda acción u omisión que cause un daño injustificado. Se trata de un concepto objetivo que se opone a la conceptualización de antijuridicidad formal del código de Vélez (art. 1066) que requería de un accionar contrario a la norma específica pese a que la doctrina se había inclinado por una conceptualización material de la antijuridicidad.

Retomando la temática de la prevención, conviene realizar algunas aclaraciones adicionales. En torno a las funciones de la responsabilidad cabe decir que siempre se había debatido si la prevención y la punición integraban aquella categoría o si la única función posible era la resarcitoria. Ello se debía fundamentalmente a la importancia que esta última revestía a la hora de hacer lugar a una acción de daños.

En los fundamentos del Anteproyecto del CCCN se vislumbraba preocupación sobre el referido extremo y con la sanción del art. 1708 CCCN tal disputa quedó zanjada definitivamente. En efecto, tal artículo expone de manera clara que, además de la función resarcitoria que es la cualitativamente más importante, tanto la prevención como la punición integran la responsabilidad. Antes de la unificación la reparación era considerada como el instituto que permitía reestablecer, en la medida de lo posible, el estado de cosas anterior a la comisión del hecho dañoso y solo era procedente frente al requerimiento de la parte. El fundamento reparador era concebido

a partir de la violación por parte del sujeto de una norma que contenía una sanción y que obligaba a reparar el *status quo* afectado.

La consagración legislativa de la prevención en el nuevo código implicó un largo proceso de sistematización del derecho civil y la incorporación a las bases del mismo de conceptualizaciones más abarcativas provenientes de factores socialmente poderdantes como lo es el factor riesgo que caracteriza a las sociedades postindustriales. Esto implica, además, un cambio de óptica pasando a ser la víctima y el daño injustamente sufrido el eje central de toda la estructura de reparación del daño, dejando la visión netamente punitivista o sancionadora que el derecho civil ostentaba con anterioridad y que solo se orientaba a reparar.

Esbozados los lineamientos concernientes a la consagración legislativa de la prevención en el *Código* unificado y expuestos los parámetros de la infracapitalización societaria referiremos al art. 1710 CCCN el cual cobra centralidad en el acápite que tratamos. Analizaremos entonces el deber de prevención estipulado en este artículo.

Surge del estudio que este deber procede como una obligación que toda persona debe respetar en el desarrollo de sus actividades sociales y el límite a dicho deber es todo cuanto dependiere de esa persona. Consecuentemente, lo que está más allá de su esfera de dominio queda excluido. El viejo adagio "*alterum non laedere*" o deber genérico de no causar daños a los demás se ha reafirmado. Se trata típicamente de un deber comprensivo de tres aristas: a) evitar un daño no justificado; b) adoptar de buena fe y conforme las circunstancias las medidas razonables para evitar que se produzca un daño o disminuir su magnitud; c) no agravar el daño si ya se produjo.

El primero se refiere a eludir o esquivar un daño no justificado, es decir, el acaecimiento de un mal innecesario o sin razón. Relativo al término "evitar", la Real Academia Española (1956) lo define como: "...apartar algún daño, peligro o molestia; precaver, impedir que suceda" (p. 593).

El segundo de los supuestos, el b), tiene un sustento de carácter omisivo, en el sentido de que el daño acontece cuando el sujeto activo no actúa con buena fe,

conforme las circunstancias, ni adopta las medidas razonables. En ese caso, quedará el sustrato para que le sea imputable el daño por violación del deber de prevención de manera omisiva. Es la omisión de extremar estas acciones la que le coloca en la infracción del deber de prevención. Aquí no hay una acción positiva del sujeto como sucede en el supuesto a), en la cual es la propia acción del sujeto la que produce la violación del deber de prevención y consecuentemente el daño. En este supuesto el sujeto se abstiene de actuar conforme se lo determina la ley.

Finalmente, el supuesto c) en el cual la prevención está determinada respecto de la agravación del daño ya producido, se trata de un remedio de carácter preventivo *post facto* o *post* daño, con lo cual se requiere que el daño ya haya sido causado y la acción del sujeto solo se limite a la agravación de aquel. Por otra parte, debemos señalar que el supuesto consagra la posibilidad de las autorías concurrentes en un mismo daño, ya que puede darse un supuesto en el cual un sujeto “A” cometa el daño y otro sujeto “B” proceda con su accionar a agravar el daño producido por “A”. El supuesto de “B”, es responsable por violar el deber de prevención, pero con un accionar solo agrava el daño causado por “A”.

En una cosmogonía jurídica se puede observar que el legislador en la redacción del art. 1710 CCCN ha tratado de abarcar la mayor cantidad de supuestos para que este deber de prevención deba ser observado desde distintas ópticas y perspectivas causales del sujeto que acontecen en la causación del daño.

En otro orden de cosas, los tres supuestos contemplados son de carácter doloso, es decir, son realizados por el sujeto de manera voluntaria y con conocimiento del accionar que el sujeto realiza. Ello nos lleva a sostener que los supuestos culposos respecto de la inobservancia del deber de prevención, en principio, son desplazados. Al sostener supuestos culposos, referimos a aquellos casos en los cuales el sujeto actúa con negligencia, inobservancia de los deberes a su cargo o impericia, claro está que siempre relacionados con la inobservancia del deber de prevención. En otras palabras, aludimos a aquellos casos en los cuales el daño se produce por violación del deber de prevención, pero no de manera dolosa, como establece el art. 1710

CCCN, sino de manera culposa. Es entonces donde conviene preguntarse, ¿Deberá responder el socio en estos casos de infracapitalización? Tal sería el caso, por ejemplo, de un socio -o varios- que detenta la fiscalización de una SRL (art. 55 LGS) y que omite negligentemente considerar los estados contables los cuales arrojan pérdidas durante dos ejercicios y en consecuencia la sociedad cae en infracapitalización. Nada obsta sostener que a pesar de que no actuó de forma dolosa, conforme el art. 1710 CCCN su responsabilidad es clara; el daño se produce a los terceros que no pueden cobrar sus acreencias. En nuestra opinión, algunas razones adicionales abarcan la respuesta afirmativa. La primera de ellas que tanto el dolo como la culpa se relacionan con el accionar de todo sujeto viviente, salvo los supuestos de preterintención que no aplican en nuestro ámbito. El factor atribución de un daño puede basarse en factores objetivos o subjetivos. Así el art. 1724 CCCN admite como factor subjetivo al dolo y a la culpa. De ahí que puede sostenerse holgadamente que como factores subjetivos nada obsta a que sea admitida la violación del deber de prevención por culpa en el supuesto de infracapitalización.

Desarrolladas las bases del deber de prevención, relacionaremos este extremo con el derecho societario y con la posibilidad, o no, de causar un daño a terceros a partir, precisamente, de la violación del deber de prevención en el ámbito societario.

Citaremos, a modo de glosa, algunos supuestos en los cuales el socio estará en franca violación del deber de prevención. En tal sentido, podríamos mencionar: a) la sobrevaluación de los aportes en especie; b) no integración de los aportes en las SRL; c) prevención de la infracapitalización societaria, más concretamente la de tipo material. Sin ánimo de extendernos demasiado en el presente trabajo analizaremos el último aspecto. En tal sentido conviene preguntarnos: ¿El socio tiene el deber de evitar la infracapitalización societaria? ¿Es su deber?

La respuesta afirmativa se impone, puesto que los socios tienen el deber de mantener la suficiencia del capital social y de prever su aumento en caso de ser necesario para que el mismo mantenga una correspondencia con el objeto social que desarrollan. Advertida la infracapitalización los socios deberían procurar reestablecer

el capital social. En el caso de tratarse de un administrador, quien advierta la infracapitalización debería convocar a una asamblea de socios a los fines de que estos doten del capital necesario para el giro comercial, o bien adecuar la actividad -siempre que fuere posible- o disolverla. Vítolo (2002) se pronuncia en este sentido.

La jurisprudencia ha receptado el referido extremo. En tal sentido el precedente Arancibia sostuvo expresamente que es responsabilidad de los socios mantener la relación razonable entre el giro real de la sociedad y el capital con el que esta se halle dotada y que lo contrario sería mostrarse como una empresa sólida y próspera que no le permitiría hacer frente a las obligaciones contraídas en el momento en que deba responder (CN. Trab., Sala III, 22/09/2008, “Arancibia Nora y otro c/ Rodríguez Ricardo Marcos y otro s/ ejecución de créditos laborales”).

En un fallo reciente se ha sostenido que la extensión de responsabilidad de la sociedad a los socios es procedente como expresión de la vulneración del deber general que tienen los socios de mantener una capitalización adecuada (CN Com., Sala D, 04/02/2020, “Interdumentaria SRL (S/Quiebra) C.F. E. E. y otros S/ Ordinario”). El fallo Von Sanden de Klein se pronuncia en la misma dirección (CN. Com., Sala C, 30/08/2017, “Von Sanden de Klein, Rosa c/ Angelino Miguel A. y otros s/ daños y perjuicios”).

El socio tiene la obligación de observar y mantener el capital social, conforme lo establecen los arts. 194 a 197 y 234, 235 de la ley 19.550 (Nissen, 2017, p. 1117). Además, surge como correlato de este deber, el criterio de viabilidad económica y social prescripto en el art. 100 LGS el cual es el parámetro que permitirá la remoción de las causales de disolución. Entre estas causales figura, conforme inc. 5, la pérdida del capital social con lo cual para que la causal de disolución sea removida deberá reestablecerse totalmente la variable objeto-capital que precisamente en el momento de la disolución se encuentra absolutamente desvirtuada. En otras palabras, este criterio opera como una pauta que debe ser observada por el socio y es indicativa de la obligación de componer las variables objeto-capital que pesa en su cabeza.

No obstante, existe una problemática adicional que versa sobre el tiempo real de la vida societaria y la observancia entre las variables capital y objeto social. En otras palabras, ¿la concordancia capital y objeto debe ser observada por el socio en todo el tiempo de la vida societaria?, ¿existe algún momento en el cual el socio puede exonerarse de este deber? En principio habría tres momentos claramente definidos para la observancia de la correlación; el primero se vincula con el momento constitutivo de la sociedad, el segundo con el período de latencia o vida del ente societario y el último con el período final después de acaecida una causal de disolución de la sociedad. Veremos que cada uno de ellos tiene especiales particularidades.

El primero de ellos es quizás el más trascendental de la sociedad, ya que es en este momento en el cual capital y el objeto deben tener estricta observancia puesto que el capital es el elemento que va a permitir poner en funcionamiento a la sociedad y la búsqueda del consecuente objeto social a través de la realización de una o varias actividades. Aunada a esta idea, aparece otra complicación mayor, la cual afinca en la carencia de exigencia en la ley 19.550 de un capital mínimo para la constitución de una sociedad. Es decir, la ley no establece mínimos de capital constitutivos, menos aún para determinar en cada caso si ese capital que se aporta podrá realizar el objeto social pretendido. Hay un solo criterio establecido por el legislador que parece, al menos, aportar una tibia luz sobre ello que es el art. 100 y nos remitimos a los comentarios expuestos. Pero insistimos que en la ley 19.550 no hay establecido mínimo de capital para la constitución de sociedades. Esto genera, indudablemente, más problemas en torno a la relación entre las variables en esta etapa inicial. Constituye un punto que, a nuestro criterio, deberá tratarse en una reforma de la ley societaria.

Referidos a la segunda etapa, debemos adelantar que este es el período más extenso de todos, en el cual resulta imperioso que el socio observe durante todo este período la estricta relación entre capital y objeto. En este lapso de tiempo no existe posibilidad alguna de que el socio sea eximido de ello. Por otra parte, debemos mencionar que es en este período en el cual se producen frecuentemente los

supuestos de infracapitalización. Este período se caracteriza porque el socio se preocupa, usualmente, por el desarrollo de la actividad del ente, la generación y distribución de utilidades, el crecimiento de la sociedad y permanencia de la misma. En pos de todo ello descuida la observancia de correlación entre las variables, aunque debamos decir que esto acontece no tanto como un acto negligente sino más bien *ex profeso*. Prácticamente es una actitud deliberada de los socios o del administrador societario en no observar que el capital concuerde con el objeto tal como sí lo hizo en el inicio de la sociedad. Daría la sensación de que una vez que se hizo el contrato constitutivo y se lo inscribió este se vuelve algo pétreo, irreformable y que salvo supuestos estrictamente necesarios, pero que esos obedezcan a razones propias de los socios, se podrá reformar. Por otra parte, se observa que en este período hay una especie de “apropiación” del ente o de la personalidad societaria por parte de los socios. Una subsunción del interés social en el interés propio de los socios, una encubierta “confusión” de personalidades que lleva a relegar a la sociedad y su propio interés propio al interés de los socios.

Finalmente, el tercer período es el más calmo de todos, el cual sucedería a partir del acaecimiento de uno de los supuestos de disolución de la sociedad. Durante este lapso de tiempo no se requiere que el socio observe la relación entre las variables ya que prácticamente la actividad del ente es escasa y solo encaminada a la liquidación, con lo cual la observancia de la correlación de variables no tendría demasiado sentido o implicancia práctica, menos aún jurídica.

Decimos, además, que es en estas fases donde verdaderamente se evidencia la importancia de las funciones del capital social y que impiden, en nuestra opinión, que el mismo sea dejado de lado en las sociedades tal como pretende parte de la doctrina liberal explicada precedentemente en este trabajo.

Relacionado con esto que explicamos, aunque de manera colateral, la crítica a otro de los tipos societarios. Concretamente nos estamos refiriendo a las Sociedades por Acciones Simplificadas -SAS- y la posibilidad de que puedan constituirse con dos salarios mínimos vitales y móviles (art. 40 ley 27.349, Ley de Apoyo al Capital

Emprendedor). Según esta postura, habilitaría la posibilidad de que las SAS se constituyan en un subterfugio para la realización de actos fraudulentos en contra de terceros ajenos a la sociedad (Nissen, 2020).

Lo cierto es que estas sociedades fueron sancionadas con la finalidad de dar al emprendedor la posibilidad de acceder a la creación de una sociedad de manera rápida, ágil, por medios informáticos.

Pero también es cierto que las SAS al limitar su capital social a una cifra tan reducida -dos salarios mínimos vitales y móviles- podría permitir que las mismas se exoneren “legalmente” de dar cumplimiento a la función de garantía que desde siempre ha revestido el capital social en el derecho societario.

En nuestra opinión, no sería posible atribuir a los socios o administradores responsabilidad por la violación del deber de prevención dado que, en este tipo de sociedades, relacionado con la insuficiencia del capital social, es la propia ley la que autoriza que el capital sea exiguo como el mencionado. Se colige que no sería posible sostener que son los propios socios los que consignan una suma insignificante de capital social, toda vez que son conminados por la ley, con lo cual no puede pretenderse que respondan ulteriormente.

En rigor de verdad uno puede plantearse diversos interrogantes relativos a la contratación de los terceros con la sociedad infracapitalizada y la consecuente traslación del riesgo. ¿Cuál es el mal que hizo el tercero al contratar con una sociedad infracapitalizada? Va de suyo que resultaría un poco improbable que quien realice una transacción comercial con una sociedad le peticione al momento del acto la exhibición de su contrato social a los fines de determinar cuál es su capital social o si el mismo está actualizado. O bien, le solicite la exhibición de sus balances para establecer si la sociedad cuenta con patrimonio suficiente o bien corroborar contablemente las sumas de capital social consignadas en el pasivo.

En un reciente fallo se ha sostenido que:

La subcapitalización material alude a una responsabilidad por lesión del interés de aquellos que han entrado en relación con la sociedad y que ven insatisfechos sus créditos a causa de la insuficiencia patrimonial deriva de no

haber mantenido los socios una estructura de capital con entidad adecuada para soportar la actividad o inversión efectivamente realizada por el ente (CN. Com., Sala D, 04/02/2020, “Interindumentaria SRL, [S/Quiebra] c F.E.E. y otros S/ ordinario”, párr. 25).

En la misma línea de ideas, piénsese en un sencillo trabajador que desempeña su labor durante 30 años en una sociedad de la cual desconoce si cuenta o no con un capital social o patrimonio suficiente que le permita al momento de ser despedido/a cobrar su indemnización de 30 años. Acaso, ¿debe el empleado saber cuál es la situación patrimonial o el capital social con el que cuenta la empresa en la cual trabaja? ¿es su deber? Una vez más, la negativa se impone y quizás se imponga con más fuerza aun, puesto que endilgar este deber a un empleado se erige como uno de los argumentos más usualmente ventilados por los empresarios en el fuero laboral a la hora de dejar a un empleado sin su indemnización.

El precedente Arancibia se pronunció sobre este aspecto al sostener que quienes buscan empleo no están en condiciones de tomar en cuenta el capital social con el que hayan de contratar (CN. Trab., Sala III, 22/09/2008, “Arancibia Nora y otro c/ Rodríguez Ricardo Marcos y otro s/ ejecución de créditos laborales”). De ahí que esta traslación del riesgo al propio empleado que se desempeña en una sociedad debe ser desestimada.

Debemos remarcar que es deber del socio, como también del administrador de la sociedad, evitar el acaecimiento de estos extremos deficitarios para el giro comercial de la propia sociedad y de los terceros contratantes. Obsérvese que ordenamientos como el español prevén para estos supuestos de reducción de capital social la factibilidad de declaración en concurso (Ley de Sociedades de Capital Española, Real Decreto Legislativo 1/2010, art. 363 inc. e).

Por otra parte, los casos en los cuales tanto el socio como el administrador toman conocimiento del insuficiente capital social sin la recomposición del mismo constituyen una clara conducta que encuadra en las previsiones del art. 1710 CCCN. En relación al supuesto del apartado a) se observa que el sujeto no evita causar el daño, es decir, sabe que el capital social es insuficiente, conoce de antemano que el

capital debe guardar relación con el objeto, pero independientemente de ello continúa el giro comercial sin adecuar estas dos variables. Consecuentemente causa un daño injustificado a terceros -acreedores, empleados- que contratan con esta sociedad y en un momento determinado no pueden cobrar sus acreencias.

En el apartado b) es más palpable aun la situación. En este caso, el sujeto no adopta o asume de buena fe ninguna medida razonable para que se produzca un daño.

Es palmario que la buena fe requerida por el apartado no existe, toda vez que al conocerse la infracapitalización de la sociedad de la cual es parte o administra y no hace nada para revertir la misma no existe buena fe alguna. No obstante, la existencia de buena fe el socio o administrador debe adoptar medidas tendientes a evitar el daño, requiriendo además que ello se haga conforme las circunstancias.

En este sentido, el precedente Instituto Italo Argentino de Seguros Generales refiere a las medidas adoptadas para cubrir el déficit de capital social mínimo que fuere advertido por la ley 20.091 y que resulta indispensable para el desarrollo del objeto social (CN. Com., Sala D, 04/02/2013, "Instituto Italo Argentino de Seguros Generales SA C/ Giorgetti Héctor Norberto y otros s/ ordinario"). Por ello frente a la circunstancia de infracapitalización y para no encuadrar en las previsiones del art. 1710 CCCN el socio o administrador debería adoptar como medida el aumento del capital social, pues solo así se exonerará del deber que la ley manda. Otra de las opciones sería conducir la misma a la disolución y posterior liquidación.

Finalmente, debemos analizar que este apartado contiene un nexo disyuntivo "o" que genera todo tipo de dudas respecto de las acciones que el socio o el administrador pueden hacer frente al supuesto de infracapitalización. En rigor de verdad, el sujeto activo tiene dos alternativas propiciadas por el nexo "o" que son: evita el daño "o" disminuye su magnitud.

En tal sentido, nos preguntamos qué sucede si cualquiera de estos dos sujetos de buena fe adopta todas las medidas razonables para disminuir la infracapitalización y así evitar el daño a terceros, pero a pesar de ello no logra evitar el daño, pero sí

logra disminuir el mismo. En otras palabras, no logra lo primero, pero sí lo segundo. ¿Ha vulnerado el deber de prevención del art. 1710 CCCN? En nuestra opinión, en este supuesto el deber de prevención no ha sido vulnerado, el sujeto actuó de buena fe, conforme las circunstancias del caso y adoptó las medidas razonables, según su criterio, las que a la larga fueron insuficientes para evitar el daño, pero logra disminuir los efectos del mismo. Siempre, claro está, debería atenerse a las particulares circunstancias del caso, pero no es menos cierto que la intervención del nexo “o” plantea la factibilidad de las opciones mencionadas, con lo cual puede interpretarse que el legislador pretendió hacer un distingo entre evitar la producción o disminuir el daño.

En última instancia se observa el apartado c) el cual prevé el agravamiento del daño, un típico caso sería que producido el daño producto de la infracapitalización el socio o el administrador producen actos que agravan aquel daño, tal como sería insolventar totalmente a la sociedad, con lo cual se agravaría el daño resultante de la infracapitalización por otro accionar adicional como es la insolvencia de la sociedad. En resumen, se puede decir que la no adecuación por parte del socio o del administrador del capital social con el objeto social puede encuadrar en cualquiera de los tres supuestos contemplados en el art. 1710 CCCN implicando tal extremo la violación del deber de prevención. No existen dudas que dicha circunstancia encuentra anidamiento en esta normativa. Dependerá observar en cada caso las particulares circunstancias que se gestan.

Por su parte, es deber del derecho prevenir la creación de daños innecesarios o injustos que afectan a terceros cuyo único mal consistió en tratar comercialmente con esta sociedad. En este sentido, son de plena aplicación las palabras de Dahm y Schaffstein (2011) quienes sostienen que el ordenamiento más visible y representativo del orden jurídico es el derecho penal. A ello agregamos que no es el único, ya que el derecho civil también será representativo del orden jurídico en la medida que implemente en la práctica jurídica las normas preventivas del daño que justamente remedian este tipo de desequilibrios. Creemos que un Estado desintegrado, que no

pueda evidenciar su poder más que mediante la pena y la coacción externa, habrá perdido la justificación de su existencia.

No obstante todo lo desarrollado debemos referir brevemente a la infracapitalización en relación a las sociedades abiertas y cerradas.

Durante el XIV Congreso Argentino de Derecho Societario realizado en Rosario (2019) se debatió si la responsabilidad del socio por violación del deber de prevención en la infracapitalización podría ser aplicada en todos los tipos de sociedad. Se consensuó que no en todos los tipos de sociedad podía existir esta responsabilidad y que solo se aplicaría en las sociedades cerradas o de familia, mas no en las abiertas. Debemos señalar que la diferencia cuenta con un sustento sólido.

En las sociedades cerradas o de familia es factible que los socios estén al tanto de la infracapitalización respecto de la sociedad de la cual participan y, aun así, omitan la actualización entre el capital y objeto social. En consecuencia, violarían el deber de prevención. En cambio, en las sociedades abiertas el tema se torna más complejo fundamentalmente por la imposibilidad que tiene el socio de controlar la relación entre el capital social y el objeto social e incluso de modificar dicha estructura.

Piénsese en el caso de una SA en la cual las actuaciones de los socios son limitadas, casi escasas. Respecto de esta variable, no podría endilgárseles la responsabilidad por violación del deber de prevención del daño. Sin embargo, no está todo dicho. Podría darse el caso de que un socio de una SA conozca la infracapitalización y contare con posibilidades de remover la misma y, sin embargo, no actúe a tales fines. En este caso nos encontraríamos con una sociedad abierta y que el socio cuenta con posibilidades reales de modificar la infracapitalización, con lo cual en el hipotético caso de corroborarse estos extremos nada obstaría a que se le endilgase al socio la responsabilidad aludida por violación del deber de prevención.

Finalmente referiremos al instituto de la inoponibilidad, tal como se encuentra consagrado en el art. 54 de la ley 19.550. Previamente haremos una salvedad a los fines de evitar confusiones.

La ley societaria estableció el instituto de la inoponibilidad para aquellos supuestos en los cuales la persona jurídica es utilizada para la comisión de daños a terceros mediante tres formas comisivas específicas, supuestos a los cuales, adelantamos, no se puede aplicar la analogía. Ahora bien, el deber de prevención no es sinónimo del instituto de la inoponibilidad, en ningún momento puede sostenerse que son supuestos similares, pero sí puede decirse que se trata de supuestos que propugnan, o convocan al mismo fin, es decir, ambos supuestos pretenden la protección de terceros cuando el accionar del sujeto vulnera el principio: "*alterum non laedere*", el evitar causar un daño. De allí que convocamos el tratamiento del instituto de la inoponibilidad atento la estrecha vinculación con el deber de prevención. Así cabe preguntarse, ¿podemos invocar, en un caso determinado, el deber de prevención como sustento de una acción de inoponibilidad societaria? A nuestro entender pensamos que sí sería factible. El deber de prevención si bien está consagrado en el derecho civil en el art. 1710 CCCN no es un deber privativo o exclusivo del derecho civilista, sino que éste implica la consagración de una obligación observable por todo ser humano. Solo que, en el caso del derecho societario, el legislador pretendió con la inoponibilidad la creación de una base o sustento normativo que diera lugar expreso al corrimiento del velo societario, sancionándose a los socios o controlantes con la responsabilidad más gravosa atento el perjuicio de su actuación fraudulenta. En estos casos, la persona jurídica es utilizada por los socios, lo que equivale a decir la utilización de la persona jurídica como un medio comisivo, el sujeto se vale de la persona jurídica o ente societario. En cambio, en el derecho civil (art. 1710 CCCN), la utilización de la persona jurídica no aparece específicamente consagrada; en otras palabras, el sujeto actúa *per se*.

Es así que formulada esta aclaración, comentaremos brevemente los aspectos propios de este instituto societario. La ley societaria ha instaurado, en el art. 54 *in fine*, tres formas en las cuales será aplicable el instituto de la inoponibilidad siempre que la actuación de la sociedad sea para: a) encubrir fines extrasocietarios; b) constituir un

recurso para violar la ley, el orden público o la buena fe; c) frustrar derechos de terceros.

En este estado de la cuestión, podemos preguntarnos, ¿son supuestos taxativos?, ¿podemos aplicar supuestos parecidos o análogos? La negativa se impone. Entendemos que ello no es posible y la respuesta se afirma aún más si pensamos que al prosperar la acción de inoponibilidad los socios dejarán de responder solo en la parte que comprometieron su aporte, limitadamente y pasarán a responder de forma solidaria e ilimitada por el daño producido. En tal sentido, la consagración legislativa del art. 54 de la ley societaria constituye una clara herramienta para atacar aquellas situaciones en la cual se daña a terceros, produciéndose una franca violación del deber de prevención, utilizando a la persona jurídica como “cortina” para la comisión del daño. El legislador “atacó” el fraude cometido a través de la utilización de la persona jurídica. Por eso este instituto, más aún en los tiempos globales, cobra vital importancia.

6. Conclusiones

Luego del camino recorrido trataremos de formular una recapitulación de todos los extremos invocados en el presente trabajo.

El elemento jurídico nuclear del análisis reside en la figura de la infracapitalización que a pesar de no tener una consagración legislativa cuenta con un notable desarrollo jurisprudencial que ha permitido tres cuestiones básicas: a) la penetración de la personalidad jurídica imputando la responsabilidad directa a los socios de manera directa por violación del deber de prevención en casos de infracapitalización; b) evitar la traslación del riesgo propios del giro comercial a terceros; c) la imbricación del derecho civil con el comercial, tomando como un elemento desiderativo la causación de un daño por violación del deber de prevención.

El socio debe responder en aquellos casos en los cuales con su accionar viole el deber de prevención conforme la letra del art. 1710 CCCN, aun en los supuestos

de culpa y debe responder cuando su actuación sea mediante la utilización de la persona jurídica, es decir, oponiendo al ente societario y en tal sentido cause un daño a terceros conforme los tres supuestos enumerados del art. 54 LGS.

Por otra parte, a nuestro parecer podría darse un supuesto de exoneración de responsabilidad del socio por violación del deber de prevención si el socio adopta de buena fe y conforme las circunstancias del caso las medidas razonables para evitar un daño o disminuirlo, e igualmente el mismo se produce, tal como detallamos al explicar el inciso b del art. 1710 CCCN.

El prominente desarrollo de la jurisprudencia demuestra una honda preocupación del sentenciante por cubrir aquellas lagunas del derecho y que en caso de no ser solucionadas implican una clara afectación de los derechos de terceros que se ven afectados por la operatividad de la traslación del riesgo. No obstante, este meritorio esfuerzo no es suficiente. Se trata de un caso en el cual la “grandeza de la voluntad” no alcanza para sostener el ideal de justicia que debe existir en toda sociedad. En pos de ello se necesita de una urgente modificación de la ley general de sociedades que comprenda los supuestos de infracapitalización. La unificación de los códigos civil y comercial significa un avance para todo el derecho en su conjunto, fundamentalmente porque permite el reposicionamiento de los postulados de la prevención del daño en el área del derecho comercial permitiendo la atribución de responsabilidad al socio.

Finalmente, conviene hacer una breve consideración en torno al capital social. En el último Congreso Argentino de Derecho Societario celebrado en Rosario (2019) se debatió ampliamente sobre el capital social y sus funciones, así como también los alcances del mismo en el proyecto de reforma de la ley general de sociedades.

Las posturas se enmarcaron en dos anclajes básicos. Por un lado, los postulantes de la supresión del concepto o su *aggiornamento* al análisis económico del derecho y, por el otro lado, los defensores del mantenimiento del capital social como un elemento vital del derecho societario. Nos enrolamos en esta última postura, como partidarios de la defensa del mantenimiento de un concepto que prima en el

derecho societario desde antaño, necesario para toda sociedad comercial por la centralidad de sus funciones y que opera como un “faro” en el desenvolvimiento del giro comercial, un elemento que marca el *timing* entre capital y objeto social evitando la actuación de mecanismos fraudulentos en perjuicio de terceros ajenos a la sociedad. A pesar de los argumentos abolicionistas, el último proyecto de reforma de la ley general de sociedades ha mantenido el concepto en su art. 10 .7 al capital social como un elemento constitutivo en las sociedades.

Lo cierto es que tanto el avance doctrinario como el jurisprudencial generan un marco propicio para la reforma del derecho societario en *pos* de legislar de forma autónoma sobre la infracapitalización. A pesar de las diferencias doctrinarias existentes todos los artífices de la disciplina sostienen en común la necesidad de que el derecho legisle sobre la infracapitalización y propiciar, de esta manera, el avance del derecho como una herramienta social en favor de la comunidad.

El deber de prevención a partir de su incorporación expresa en el CCCN en el art. 1710 ha determinado un nuevo paradigma en torno a la infracapitalización concretizada en la aprensión de nuevos fenómenos que antiguamente escapaban a la aplicación de las directrices del derecho comercial.

La infracapitalización se presenta como un instituto trasvasado por el deber de prevención al cual toda persona debe respetar como un elemento imprescindible que comprende a toda persona que vive en sociedad. El precepto bíblico “no dañarás” se postula como un principio que rige los estamentos modernos de toda sociedad.

Entendemos que el presente trabajo aporta un pequeño grano de conocimiento en el vasto mundo de las producciones jurídicas. En este marco, muchos estudiantes nos preguntan sobre este tema durante el dictado de clases en el aula universitaria. Consideramos que a partir del presente trabajo podrán acceder a una explicación acotada sobre el tema, aunque el desarrollo doctrinario y jurisprudencial sea mucho más extenso. Quizás, pudiendo ostentar en este sentido un modo más ambicioso, el presente trabajo pueda ser de utilidad en el dictado de alguna jurisprudencia futura,

que permita sancionar a los supuestos de infracapitalización como una verdadera traslación de riesgos a los terceros ajenos a la sociedad que la padece.

7. Bibliografía y fuentes de información

7.1. Bibliografía

Alterini, A. (1997). *Derecho Privado, Parte General, Introducción. Derecho Civil y Comercial* (3a edición). Buenos Aires: Abeledo Perrot.

Araya, M. (1995). *Repensar la noción de capital social*. Trabajo presentado en el VI Congreso de Derecho Societario Argentino e Iberoamericano (Tomo II), Mar del Plata, Argentina. Recuperado de <https://repositorio.uade.edu.ar/xmlui/bitstream/handle/123456789/935/CDS06020279.pdf?sequence=1&isAllowed=y>

Araya, M. (2014). *Capital y patrimonio*. cita on line 0003/001281. Recuperado de la base de datos de La Ley.

Arecha, M., Dasso, A, Nissen, R., y Vítolo, D. (2002). *Conflictos Actuales en Sociedades y Concursos*. Buenos Aires: Ad Hoc.

Avellaneda, M. (2010). Medidas frente a la infracapitalización societaria. *Revista de Derecho Comercial*, A(43), 689.

Belloc, H. (1981). *La crisis de nuestra civilización*. Buenos Aires: Sudamericana.

Boretto, M. (2013). *Responsabilidad por infracapitalización, Tratado de los Conflictos Societarios* (Tomo III, 1a edición). Buenos Aires: Abeledo Perrot.

- Bosco, L. (2004). *Responsabilidad por infracapitalización societaria*. Buenos Aires: Hammurabi.
- Brebbia, R. (1967). *El daño moral*. Rosario: Orbir.
- Brennan, G., y Buchanan, J. (1985). *The Reason of Rules, Constitutional Political Economy* [La razón de las reglas, economía política constitucional]. United States: USA Cambridge University Press.
- Broseta Pont, M., y Martínez Sanz, F. (2018). *Manual de Derecho Mercantil* (Volumen 1). Madrid: Tecnos.
- Brunetti, A. (2003). *Tratado del Derecho de las Sociedades* (Tomo III). Buenos Aires: El Foro.
- Burgos, O. (2012). El resarcimiento de los daños al Proyecto de vida en el Código Unificado. Persona y reparación integral desde el enfoque de las capacidades. *Revista de Responsabilidad Civil y Seguros*, XIV(11), 17.
- Ceserani, L. (2015). *La humanización del Derecho Privado*. Buenos Aires: Thomson Reuters-La Ley.
- Compagnucci de Caso, R. (1979). Dos elementos de la responsabilidad civil; antijuridicidad y culpa. *Revista Notarial*, 845, 968.
- Cooter, R., y Ulen, T. (1997). *Law and Economics* (2nd Edition) [Derecho y Economía]. United States: s.n.

- Dam, G., y Schaffstein, F. (2011) *¿Derecho penal liberal o derecho penal autoritario?* Buenos Aires: Ediar.
- Duprat, D. (2019). *Las sociedades por acciones simplificadas (SAS) desde el análisis económico del derecho.* Buenos Aires: La Ley.
- Farina, J. (1978). *Tratado de Sociedades Comerciales (Parte General).* Rosario: Zeus Editora.
- Le Pera, S. (1986). *Sobre la futilidad de la noción de capital social.* Buenos Aires: La Ley.
- Lorenzetti, R. (2015). *Código Civil y Comercial de la Nación comentado (Tomo VIII).* Santa Fe: Rubinzal Culzoni Editores.
- Mosset Iturraspe, J. (1971). *Responsabilidad por daños.* Buenos Aires: Ediar.
- Nissen, R. (1982). *Ley de Sociedades Comerciales (Tomo 1, artículos 1 a 162).* Buenos Aires: Abaco de Rodolfo Depalma.
- Nissen, R., Vítolo, D., y Verón, A. (29 de abril de 2013). *Infracapitalización societaria. La Ley Enfoques 5, 2013(mayo), 102.*
- Nissen, R. (2017). La infracapitalización societaria, la prevención de daños y las Sociedades por Acciones Simplificadas. *La Ley, 2017(E), 1117.*
- Nissen, R. (2019). *Curso de Derecho Societario.* Buenos Aires: La Ley.

Nissen, R. (1 de octubre de 2020). "Son el monumento a la opacidad". *Página 12, Economía*. Recuperado de <https://www.pagina12.com.ar/295927-nissen-son-el-monumento-a-la-opacidad>

Pizarro, R. (2007). *Responsabilidad civil por riesgo creado y de la empresa* (Tomo I). Buenos Aires: La Ley.

Rawls, J. (1971). *A Theory of Justice* [Teoría de la justicia]. USA Cambridge Massachusetts: The Belknap Press of Harvard University Press.

Reyes Villamizar, F. (2019). *Análisis económico del derecho societario*. Buenos Aires: Astrea.

Richard, E. (julio, 2014). Crisis Societaria: integración del sistema concursal con el societario. *Revista Derecho Comercial*, 2014, 643.

Vítolo, D. (2010). *Aportes, Capital Social e Infracapitalización en las Sociedades Comerciales*. Santa Fe: Rubinzal Culzoni.

7.2 Fuentes de información

CN. Com., Sala D, 04/02/2013 "Instituto Italo Argentino de Seguros Generales SA C/ Giorgetti Héctor Norberto y otros s/ ordinario". *La Ley*. Cita Online: AR/JUR/136/2013.

CN. Com., Sala C, 30/08/2017, "Von Sanden de Klein, Rosa c/ Angelino Miguel A. y otros s/ daños y perjuicios". *La Ley*, 2017(E), 443.

CN Com., Sala D, 04/02/2020, “Interdumentaria SRL (S/Quiebra) C.F. E. E. y otros S/ Ordinario”. *La Ley*, 03/03/2020, 6. Cita Online: AR/JUR/111/2020.

CN. Trab., Sala III, 22/09/2008, “Arancibia Nora y otro c/ Rodríguez Ricardo Marcos y otro s/ ejecución de créditos laborales”. *La Ley*, 2008(E), 767.

Honorable Senado de la Nación. Expediente S-1726/19. Recuperado de <https://www.senado.gob.ar/parlamentario/comisiones/verExp/1726.19/S/PLCN>

The New Encyclopaedia Britannica, Volume 9, Micropaedia, Printed USA, 149.

Real Academia Española (1956). *Diccionario de la Lengua Española*. Madrid: autor.

Real Decreto Legislativo 1/2010. Ley de Sociedades de Capital Española. Recuperado de <https://www.boe.es/eli/es/rdlg/2010/07/02/1/con>