

La inoponibilidad de la persona jurídica en el supuesto de infracapitalización material

Carolina Paola Leonhart

Palabras clave: *Infracapitalización material - Capital de riesgo – Inoponibilidad - Persona jurídica - Levantamiento del velo societario.*

Sumario

Si bien la responsabilidad por emprender actividades para las cuales el patrimonio social es insuficiente recae, en primer término, sobre los miembros del órgano de administración que adoptaron la decisión de llevar a cabo tales actividades, los socios o controlantes deberán asumir las consecuencias de la infracapitalización material solamente si las hubieran promovido o consentido.

La infracapitalización material, como problemática que se configura ante la insuficiencia del capital de riesgo necesario para el desarrollo de la actividad de la sociedad, evidencia la utilización de la sociedad como un instrumento con fines contrapuestos a los enunciados en el artículo 1° de la Ley General de Sociedades N° 19.550 (“LGS”).

El 3° párrafo del artículo 54 de la LGS brinda como solución específica la inoponibilidad de la persona jurídica para el caso de que exista una desviación de los fines tenidos en mira por el legislador para reconocer la personalidad jurídica a las sociedades. El denominador común de los supuestos enumerados en dicha norma es la utilización disfuncional de la sociedad, lo cual dio lugar a distintas opiniones sobre los fundamentos para la procedencia de la inoponibilidad de la persona jurídica en el supuesto de infracapitalización material.

Dado que en nuestro derecho rige la responsabilidad limitada de los socios que adopten determinados tipos societarios, tanto la imputación de las consecuencias de la infracapitalización a los socios, como su eventual responsabilidad ilimitada y solidaria proceden en casos excepcionales y su interpretación es de carácter restrictivo.

El juzgamiento de la infracapitalización material debe ser *ex post*, es decir, una vez verificada tal circunstancia en el caso concreto. Esto excluye la evaluación *ex ante*, en abstracto, de la magnitud que debe revestir la infracapitalización material para la procedencia de la inoponibilidad de la persona jurídica y la eventual responsabilidad de los socios o controlantes.

1. El capital de riesgo

En primer término, a fin de comprender la problemática y las implicancias de la infracapitalización, resulta necesario analizar el concepto de capital de riesgo, al cual la doctrina también ha denominado capital propio.

El capital propio, que asume la condición de capital de riesgo, está constituido por los aportes de los socios, las reservas y las utilidades no distribuidas. Es inexigible por los socios, su función principal es responder al pasivo social, no participa de una distribución concursal y en la liquidación está postergado hasta que sea cancelado el pasivo. Además, sirve para la conservación y evolución de la empresa, y su actividad. Las pérdidas recaen en primer término sobre el capital de riesgo y una vez agotado éste, sobre los acreedores sociales, es decir, sobre el financiamiento externo¹. Lo dicho significa que la contribución de los socios está compuesta por dos partes: por un lado, el capital aportado directamente y, por el otro, las ganancias que permanecen en la sociedad por decisión de los socios, o sea, los resultados acumulados².

¹ Cfr. MANÓVIL, Rafael, “Responsabilidad de los socios por insuficiencia de capital propio (El modelo Alemán)”, Cuadernos de la Universidad Austral N° 1, Derecho Empresario Actual, Homenaje al Dr. Raymundo L. Fernández, Depalma, Buenos Aires, 1996, páginas 609-610.

² Cfr. ANTHONY, Robert, *La contabilidad en la administración de empresas*, Ediciones Macchi-López, Estudio Gráfico N° 5, Buenos Aires, 1976, página 50, citado por RIGLOS, Miguel, *Análisis e interpretación de estados contables enfocado a empresas en crisis, infracapitalización empresarial y limitación de la responsabilidad patrimonial*, La Ley, Buenos Aires, 2002, página 166.

El capital de riesgo es aquel que ha sido puesto a disposición de la sociedad por los socios en su calidad de dueños de ésta y es lo opuesto a capital ajeno, que es facilitado por terceras personas o por los socios bajo la forma de préstamos. En definitiva, la diferencia entre capital propio y ajeno no radica en quien suministra los bienes, sino en el carácter con el que ellos son provistos. Desde la perspectiva económica, el capital propio pertenece a la sociedad y, por esa razón, no corresponde que los socios reclamen intereses sobre él ni que tampoco pretendan su devolución³.

2. La infracapitalización societaria. Variantes.

La infracapitalización tradicionalmente ha sido clasificada en material y nominal⁴.

En cuanto a la infracapitalización material, se configura cuando el capital de riesgo o propio de la sociedad no es suficiente para satisfacer, de acuerdo al tipo y a la dimensión de la actividad económica efectivamente realizada y proyectada, las necesidades financieras de mediano y largo plazo no susceptibles de ser cubiertas por créditos de terceros⁵. Asimismo, se ha dicho que la infracapitalización material se presenta en el supuesto de “desproporción conmensurable o inequívocamente constatable” entre la magnitud del capital de responsabilidad fijado estatutariamente y el nivel de riesgo de la empresa que en cada caso se programe para llevar a cabo el objeto social⁶.

La infracapitalización material se configura por la insuficiencia de capital de riesgo, es decir, aquellos recursos aportados por los socios, ya sea para que integren el capital social o a través de otros mecanismos como los aportes irrevocables a cuenta de futuros aumentos de capital, a fin de que la sociedad pueda afrontar las necesidades que su actividad empresarial requiere.

Como se advierte, el concepto de capital de riesgo es de fundamental importancia para el presente análisis, ya que la infracapitalización material se configura en el caso de que los recursos propios de la sociedad no alcancen para atender sus necesidades financieras. Es decir, en el supuesto de infracapitalización material la sociedad carece del capital de riesgo requerido para su actividad, dándose una situación de impotencia de la estructura de financiamiento de la sociedad. Es importante destacar que la sociedad que se encuentra infracapitalizada materialmente puede carecer no solo de capital de riesgo, sino también de recursos ajenos.

En cuanto a la infracapitalización nominal, ésta se configura ante la sustitución por parte de los socios de la aportación de capital de riesgo por préstamos u otros mecanismos. En tal supuesto, la sociedad cuenta con recursos que no tienen como finalidad integrar el capital social ni tampoco formar parte de su patrimonio, ya que están incluidos en el pasivo de la sociedad.

Los problemas que presentan ambas clases de infracapitalización surgen ante situaciones de crisis y afectan esferas diferentes. La infracapitalización material hace que los acreedores sociales procuren encontrar los aportes que los socios dejaron de suministrar a la sociedad como capital de riesgo. Sin embargo, en la infracapitalización nominal los acreedores concurren con los socios, quienes asumen el carácter de acreedores sociales en virtud de los préstamos y/u operaciones análogas a través de los cuales eludieron la formación de un capital de riesgo superior⁷.

El peligro que revisten dichas clases de infracapitalización es distinto. En la infracapitalización material existe un peligro actual debido a que el patrimonio social es insuficiente. En cambio, en la infracapitalización nominal el peligro es potencial, ya que el patrimonio es

³ Cfr. VÍTOLO, Daniel, “Capital social, infracapitalización, sobreendeudamiento y el principio de limitación de responsabilidad”, en EMBID IRUJO, José, *Sociedades comerciales, los administradores y los socios: responsabilidad en sociedades anónimas*, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2004, páginas 212-215.

⁴ No obstante la clasificación señalada, desde una óptica económica, la doctrina ha clasificado a la infracapitalización en: (i) contable; (ii) bursátil; (iii) económica; (iv) financiera; (v) aparente; (vi) operativa; y (vii) legal (RIGLOS, Miguel, *op. cit.*, página 23 y siguientes).

⁵ Cfr. ULMER, Peter, “*Gesellschaftendarlehen und Unterkapitalisierung bei GmbH und GmbH & Co. KG-Zehn Thesen*”, en *Festschrift für Konrad Duden zum 70. Geburtstag*, C.H. Beck, München, 1977, pag. 670 y 671 citado por MANÓVIL, Rafael, *Grupos de sociedades en el derecho comparado*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1998, página 558.

⁶ Cfr. PAZ-ARES, Cándido, “Sobre la infracapitalización de las sociedades”, *Anuario de Derecho Civil* N° 36, Madrid, 1983, páginas 1588-1589.

⁷ Cfr. MASSAGUER FUENTES, José, “La infracapitalización: la postergación legal de los créditos de socios”, en *La reforma de la sociedad de responsabilidad limitada*, Madrid, 1994, páginas 943-944.

aparentemente suficiente, pero puede ser fácilmente disminuido mediante la devolución de los préstamos o fondos a los socios⁸.

Por último, se destaca que la infracapitalización material puede darse tanto si la sociedad se encuentra *in bonis* como en estado de insolvencia, mientras que la infracapitalización nominal adquiere relevancia en este último caso.

3. La inoponibilidad de la persona jurídica

El 3º párrafo del artículo 54 de la LGS dispone que la actuación de la sociedad que encubra la consecución de fines extrasocietarios, constituya un mero recurso para violar la ley, el orden público, la buena fe o para frustrar derechos de terceros, se imputará directamente a los socios o controlantes⁹ que la hicieron posible, quienes responderán solidaria e ilimitadamente por los perjuicios causados. El denominador común de los supuestos enumerados es la utilización disfuncional de la sociedad, apartándose de los fines para los cuales se le ha reconocido la personalidad jurídica.

La incorporación del 3º párrafo del artículo 54 de la LGS por la reforma introducida por la Ley N° 22.903, ha significado la recepción de principios ya aplicados por nuestra jurisprudencia como una herramienta contra la utilización abusiva o fraudulenta de la sociedad¹⁰. Ante el empleo disvalioso de la personalidad societaria, la doctrina y jurisprudencia¹¹ utilizaron la norma contenida en el artículo 2 de la LGS como fundamento para la aplicación de la inoponibilidad de la persona jurídica, ya que tal artículo permite que el intérprete constate las condiciones del uso que se hace de ella¹². El derecho aplica el remedio técnico de la personalidad jurídica mientras se mantenga dentro de los fines lícitos previstos y perseguidos por la ley. Cuando se aparta de ellos, la ley y el juez deben prescindir de la personalidad, ya que ésta no puede ser utilizada con fines ilícitos de engaño o fraude¹³. En definitiva, de acuerdo a lo dispuesto por el artículo 2 de la LGS, la personalidad societaria no puede servir para la consecución de fines disvaliosos que sean contrarios al ordenamiento positivo¹⁴.

⁸ Cfr. PORTALE, Giuseppe y COSTA, Concetto, “*Capitale sociale e società per azione sottocapitalizzate: le nuove tendenze nei paesi europei*” en ABBADESSA, Pietro y ROJO, Ángel, *Il diritto dell'esocietà per azioni: problemi, esperienza, protegi*, Giuffrè, Milano, 1993, página 143.

⁹ En el presente analizaremos las implicancias que tiene la última parte del artículo 54 de la LGS respecto del controlante socio, sin perjuicio de que dicha norma se aplica también al controlante que no es socio.

¹⁰ Cfr. VERÓN, Alberto y ZUNINO, Jorge, *Reformas al régimen de sociedades comerciales - Comentario a la ley 22.903*, Astrea, Buenos Aires, 1984, página 51. Como casos emblemáticos de la CSJN se citan: Parke Davis y Cía. de Argentina (Fallos 286:97), Frigorífico Compañía Swift del Plata (Fallos 286:257), Mellor Goodwin (Fallos 287:79), Rheinstahl Hanomag Cura (Fallos 287:450) y Ford Motors Argentina (Fallos 288:333).

¹¹ En relación con la sociedad comercial, la jurisprudencia ha sostenido que es un sujeto de derecho “con el alcance fijado en esta ley” (artículo 2º, LGS) y que la Exposición de Motivos de la Ley N° 19.550 explica la verdadera noción de personalidad en el ámbito mercantil societario: la realidad jurídica. A la sociedad se la reconoce como medio técnico para realizar el fin lícito que se proponga un grupo de individuos, admitiéndose soluciones diversas para los casos en que ese recurso técnico sea empleado desviadamente, entre las que se encuentra la inoponibilidad del ente societario (CNCom., sala A, “Astesiano, Mónica I. y otra c. Gianina Soc. en Com. por Acc.”, 22/2/1978, LL 1978-B-196). Asimismo, en otro pronunciamiento se sostuvo que la personalidad no es un atributo sustancial o una realidad prenortativa de las personas jurídicas, sino una función que sirve para realizar intereses humanos diferenciando esa personalidad de cada uno de sus miembros. En consecuencia, corresponde, en razón de lo dispuesto por el artículo 2 de la Ley N° 19.550, reputar ineficaz la forma societaria utilizada para satisfacer fines que exceden los que la ley reconoce como legítimos (CNCiv., sala C, “Krieger de Beraza c/ Beraza”, 8/7/1980, LL 1981-A-90).

¹² Cfr. FARGOSI, Horacio, “Notas sobre la inoponibilidad de la personalidad societaria”, LL 1985-E-711; ZUNINO, Jorge, *Régimen de sociedades comerciales, Ley 19.550*, Astrea, Buenos Aires, 2002, páginas 84-85. El tema de la valoración de las condiciones de uso de la sociedad ha sido analizado inclusive antes de la sanción de la Ley N° 19.550, a la luz de lo dispuesto por el artículo 48, inciso 2º del Código Civil, el cual hacía referencia al abuso o a la transgresión de las condiciones de autorización estatal para funcionar (se aclara que dicha norma se refiere al régimen de autorización estatal previa, vigente antes de la sanción de la Ley N° 19.550). En relación con dicha norma del Código Civil, la doctrina ha dicho que la sociedad, siendo un recurso técnico jurídico creado por la ley para la utilización del hombre, no puede violar la ley que le dio origen y condicionó su existencia, debiendo en tal caso ceder la personalidad absoluta por estar en juego intereses superiores (MALAGARRIGA, Juan, *Sociedades de un solo socio*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1965, página 54).

¹³ Cfr. HALPERÍN, Isaac, *Sociedades comerciales. Parte general*, Buenos Aires, Depalma, 1966, página 90; COLOMBRES, Gervasio, *Curso de derecho societario*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1972, tomo I, páginas 53-54.

¹⁴ Al respecto, se ha dicho que la sociedad es un sujeto de derecho con el alcance fijado no solo en la Ley N° 19.550 (como establece el artículo 2) sino en todo el ordenamiento jurídico (CORNEJO COSTAS, Emilio, *La sociedad comercial. Aspectos estructurales*, Virtudes Editorial Universitaria, Salta, 2006, página 281).

Es importante destacar que el instituto bajo análisis tiene como objetivo que en un supuesto concreto no se aplique el principio de separación de la persona jurídica en alguno de sus aspectos o efectos. Esto significa que no se pretende afectar a la totalidad de la persona jurídica, sino que se quiere la correcta imputación de la relación jurídica de la que se trate, mientras que la persona jurídica a todos los demás efectos subsiste con todas sus demás características de sujeto de derecho¹⁵.

Merece ser mencionado que el artículo 144 el Código Civil y Comercial de la Nación incorporó el instituto de la inoponibilidad a los efectos de hacerlo extensible a todas las personas jurídicas, lo cual ha dado lugar a los más amplios comentarios y críticas por parte de la doctrina.

Finalmente, la inoponibilidad de la persona jurídica procede en casos excepcionales, ya que cuando la ley atribuye determinadas consecuencias a una figura, el daño que resulta de no respetarla puede ser mayor que aquel que derive del mal uso que se haga de ella¹⁶. Es decir, la aplicación de la inoponibilidad de la persona jurídica debe ser de carácter restrictivo, ya que se trata de un supuesto de excepción al principio de imputación a la sociedad de los actos realizados por ella.

4. La inoponibilidad de la persona jurídica en el supuesto de infracapitalización material

Si bien la responsabilidad por emprender actividades para las cuales el patrimonio social es insuficiente recae, en primer término, sobre los miembros del órgano de administración que adoptaron la decisión de llevar a cabo tales actividades, los socios o controlantes deberán asumir las consecuencias de la infracapitalización material solamente si las hubieran promovido o consentido.

Existen diferentes opiniones sobre los fundamentos para la procedencia de la inoponibilidad de la persona jurídica en el caso de infracapitalización material.

Por una parte, se considera que el levantamiento del velo societario en los casos de infracapitalización material es un remedio de carácter excepcional, que encuentra fundamento en el incumplimiento del deber de capitalización adecuada de la sociedad por parte de los socios, en los casos de manifiesta desproporción entre el riesgo de la empresa y su actividad planificada¹⁷.

Por otra parte, se sostiene que la inoponibilidad de la sociedad en el caso de infracapitalización podría sustentarse en que la LGS reconoce personalidad a aquella y establece la limitación de la responsabilidad de los socios conforme al artículo 1° de dicha ley. Esto significa que lo hace sobre la base de la existencia de aportes de los socios para destinarlos a actividades productivas con el fin de distribuir los beneficios. Entonces, si los aportes son manifiestamente insuficientes para lograr los fines perseguidos por los socios, faltaría uno de los elementos sustanciales de la sociedad y, consecuentemente, el fundamento para el reconocimiento de la personalidad¹⁸.

Para otros autores, el tercer párrafo del artículo 54 de la LGS resultaría aplicable a la infracapitalización, ya que la insuficiente capitalización de la sociedad puede constituir un medio para

¹⁵ Cfr. MANÓVIL, Rafael, “Inoponibilidad de la persona jurídica”, EBOOK-TR 2023 (Luqui), 297, TR LALEY AR/DOC/2476/2023.

¹⁶ CNCCom., sala A, “Banfi de Corillo, Julia C. c/Corillo Cufaro y Cia. S.A. y otro”, 20/4/1981, LL, XLI, J-Z, página 3048, sumario 5. En igual sentido, CNCiv., sala C, “Brave, Luis”, 27/8/1981, LL 1982-A-274; CNCiv., sala D, “R.A. c/ G., M.E.”, 17/11/81, LL 1982-B-276; CNFed. Civ. y Com., Sala I, “Llauro Hnos. Propiedades S.A. c/Llauró Marcos y otro”, 29/4/83, LL 1983-D-168. En tal sentido, en base a la jurisprudencia norteamericana la doctrina ha expresado que la penetración de la personalidad es excepcional (SERICK, Rolf, *Apariencia y realidad en las sociedades mercantiles. El abuso de derecho por medio de la persona jurídica*, Ariel, Barcelona, 1958, página 85). Contrariamente, parte de la doctrina opina que la desestimación de la persona jurídica no es un recurso excepcional, ya que si se ha violado la ley o se ha utilizado la figura societaria para afectar los derechos de terceros debe aplicarse dicha solución (BORDA, Guillermo (h), *La persona jurídica y el corrimiento del velo societario*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, página 84; LÓPEZ RAFFO, Francisco, *El corrimiento del velo societario – Alcances del artículo 54, último párrafo de la Ley de Sociedades Comerciales*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2005, página 140).

¹⁷ Cfr. PAZ-ARES, Cándido, “La infracapitalización. Una aproximación contractual”, *Revista de Derecho de Sociedades*, número extraordinario, Madrid, 1994, página 262; BOLDÓ RODA, Carmen, 2° edición, Aranzadi, Pamplona, 1997, páginas 442-443. Al respecto, ver también BAYONA GIMÉNEZ, Ricardo, “Una aproximación al problema de la infracapitalización a la luz de la necesaria revisión de las funciones del capital en la sociedad anónima”, *Cuadernos de derecho y comercio* 20, septiembre 1996, España, página 196 y siguientes.

¹⁸ Cfr. CABANELLAS DE LAS CUEVAS, Guillermo, *Derecho societario – La personalidad societaria*, 1° edición, Heliasta, Buenos Aires, 1994, tomo III, páginas 362-363.

hacer actuar a ésta como un recurso para violar la buena fe negocial y frustrar derechos de terceros¹⁹. En tal sentido, también se ha sostenido que el artículo 54 *in fine* de la LGS es una herramienta para sancionar a quienes violan el principio de buena fe y que, a través de la infracapitalización de la sociedad en la que participan, buscan trasladar a los acreedores mayores riesgos que los que éstos deberían asumir²⁰.

Asimismo, se considera que para la operatividad del artículo 54 *in fine* de la LGS en el supuesto de infracapitalización se debe probar que se está ante una situación de abuso originada en la contratación de la sociedad con los socios y por la cual se frustran derechos de terceros. Es decir, si mediante dichas contrataciones se hace un uso abusivo del recurso técnico que es la sociedad, la actuación de ésta se imputará directamente a los socios o controlantes que la hicieron posible, quienes, a su vez, responden ilimitada y solidariamente²¹. Cuando se abusa de la personalidad pretendiendo utilizarla para fines no queridos por la ley, es lícito rasgar el velo de la personería para hacer prevalecer las normas que han tratado de violarse²². Ello significa que la base de la figura analizada sería la antijuridicidad, lo cual significa que para la inoponibilidad debería existir un ejercicio abusivo, una intención desviada²³.

Según otra opinión, quien goza del privilegio de segmentar su responsabilidad frente a las deudas, como se da en el supuesto de los socios de responsabilidad limitada, debe cumplir ciertas cargas como, por ejemplo, respetar la ley, evitar los daños a los terceros y compatibilizar el accionar societario con la utilidad y el beneficio social. El incumplimiento de dichas cargas tiene como consecuencia el descorrimiento del velo societario, de modo de poner al descubierto el accionar de quien utiliza la sociedad para fines que no son los que la ley tutela²⁴.

Por otra parte, se sostiene que la aplicación de la inoponibilidad de la persona jurídica en el supuesto de infracapitalización material tiene relación con dos aspectos: (i) la causa-fin del contrato de sociedad que lleva al cumplimiento del objeto social; y (ii) la consecución de fines extrasocietarios. Es decir, la sociedad que se encuentra imposibilitada de aplicar sus recursos a la actividad que desarrolla y, pese a ello sigue actuando, no puede cumplir su finalidad, quedando incurso en el supuesto de “consecución de fines extrasocietarios” del 54 *in fine* de la LGS²⁵.

Sin perjuicio de que cada caso de infracapitalización tiene sus particularidades y podrían configurarse uno o más supuestos del artículo 54 *in fine* de la LGS, existen fundamentos para afirmar que el supuesto de consecución de fines extrasocietarios sería el más apropiado para imputar las

¹⁹ Cfr. MANÓVIL, Rafael, *Grupos de sociedades en el derecho comparado*, op. cit., página 1087. En igual sentido, VILLANUEVA, Julia, “Breve introducción al estudio de las acciones de recomposición patrimonial en la quiebra”, en NISSEN, Ricardo y VÍTOLO, Daniel (Directores), *Conflictos en la insolvencia*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2005, página 283; CAPUTO, Leandro, *Inoponibilidad de la persona jurídica societaria*, Astrea, Buenos Aires, 2006, páginas 278-279; RAMÍREZ BOSCO, Lucas, *Responsabilidad por infracapitalización societaria*, Hammurabi, Buenos Aires, 2004, página 132. Dicho criterio fue seguido por la jurisprudencia al resolver que correspondía extender la responsabilidad a la sociedad controlante por las deudas de la controlada por aplicación del artículo 54, 3º párrafo de la Ley N° 19.550, con motivo de haberse configurado las siguientes situaciones: (i) confusión de administraciones entre la sociedad controlante y la controlada, lo cual hacía que los terceros no pudiesen distinguir entre una y otra sociedad; e (ii) insuficiente capitalización de la sociedad controlada para llevar a cabo su objeto social. En dicho caso el tribunal sostuvo que la sociedad controlada aparecía frente a los terceros sin patrimonio que respalde sus operaciones, constituyendo un mero recurso para violar la buena fe o para frustrar los derechos de terceros (CNCom., sala E, “Ceretti, César. c/ Ditto S.A. y otro”, 24-8-87, JA 1990-I-317).

²⁰ Cfr. DEYA, Federico, “Infracapitalización societaria desde una perspectiva económica del derecho”, RDCO 2002-813. Existe una opinión contraria, según la cual es erróneo sostener que la sociedad infracapitalizada traslada los riesgos a sus acreedores y que ello configura un peligro para éstos, ya que la cuestión de la infracapitalización no se centra en el peligro, sino en el daño que dichos terceros sufran por el incumplimiento del pago de sus acreencias (DI CHIAZZA, Iván, “La infracapitalización societaria y la certeza declarada de oficio – Una reflexión (sistémica) en torno de la Resolución General 9/2004 de la I.G.J.”, ED, 24 de septiembre de 2004, página 4).

²¹ Cfr. RACCIATTI, Hernán (h.) y ROMANO, Alberto, “Los préstamos de los socios, las entregas irrevocables a cuenta de futuros aumentos de capital y la infracapitalización de la sociedad (en pos de la protección de los acreedores sociales frente al abuso)”, en BENSEÑOR, Norberto y MASRI, Victoria (Directores), *Negocios societarios*, libro homenaje a Max M. Sandler, Ad-Hoc, Buenos Aires, 1998, página 83.

²² Cfr. BORDA, Guillermo (h), op. cit., página 35.

²³ Cfr. GULMINELLI, Ricardo, “Enfoque actual de la inoponibilidad de la personalidad jurídica”, RDCO- 1993-A-121, página 147.

²⁴ Cfr. LÓPEZ MESA, Marcelo y CESANO, José, *El abuso de la personalidad jurídica de las sociedades comerciales*, Depalma, Buenos Aires, 2000, páginas 239-240; RICAHRD, Efraín, “Responsabilidad de administradores (y controlantes) societarios en los concursos y quiebras”, ponencia presentada en el VIII Congreso de Derecho Societario – IV Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa, Rosario, 2001, tomo V, página 299.

²⁵ Cfr. CAPUTO, Leandro, op. cit., página 273 y siguientes.

consecuencias de tal situación a los socios o controlantes que la hicieron posible. La consecución de fines extrasocietarios alude a la causa-fin del contrato de sociedad, la cual se refiere al riesgo común asumido por los socios y se traduce en que son ellos quienes deben soportar las pérdidas sociales y tienen derecho a la porción que les corresponda de las ganancias obtenidas por la sociedad. Cuando la sociedad asume riesgos, toda vez que éstos pueden involucrar a terceros, es razonable exigir que tales riesgos no sean desproporcionados con el patrimonio social. El patrimonio y la organización deben estar dirigidos al mantenimiento de la aptitud de la sociedad, sin desvíos hacia propósitos ajenos a ésta. Lo dicho se relaciona con las nociones de riesgo empresario y desvío del interés de la sociedad. Éste último no puede ser dispuesto por los socios en perjuicio de los terceros, ya que está involucrado su interés²⁶. Se advierte que la consecución de fines extrasocietarios se configuraría en el caso de que la sociedad constituyera un instrumento²⁷, es decir, un “mero recurso”, para que el socio o controlante satisfaga intereses distintos a los de la sociedad. Ello se concretaría haciendo que ésta desarrolle actividades que excedan sus posibilidades patrimoniales, trasladando de ese modo el riesgo empresario a los terceros.

Resulta apropiado señalar que del mensaje de elevación de la Ley N° 22.903 surge que la inoponibilidad de la persona jurídica es aplicable cuando la sociedad se utiliza “para violentar lo que constituye el objeto genérico y abstracto de las sociedades comerciales a la luz de lo dispuesto en el artículo 1 de la ley 19.550”. La infracapitalización material evidencia la utilización de la sociedad como un instrumento para obtener fines contrapuestos a los enunciados en el artículo 1° de la LGS. Ello configura una conducta antijurídica y desviada de los socios o controlantes que la hicieron posible, en virtud de la utilización de un recurso jurídico apartándose de las condiciones que rigen su uso. Es decir, en dicha situación existiría un abuso de la personalidad, dado por el desvío de la finalidad que motivó el otorgamiento de la condición de sujeto de derecho a la sociedad, lo cual ameritaría el descorrimiento del velo societario.

Dadas las particularidades del derecho societario, el 3° párrafo del artículo 54 de la LGS brinda una solución específica para el caso de que exista una desviación de los fines tenidos en mira por el legislador para reconocer la persona jurídica a las sociedades. Parece claro que la actuación de la sociedad que se encuentra infracapitalizada materialmente sería un supuesto de abuso de la figura societaria por parte de los socios o controlantes que la posibilitaron.

Por último, con motivo de que en nuestro derecho rige la responsabilidad limitada de los socios que adopten determinados tipos societarios, tanto la imputación de las consecuencias de la infracapitalización a los socios, como su eventual responsabilidad ilimitada y solidaria proceden en casos excepcionales y su interpretación es de carácter restrictivo. A su vez, el juzgamiento de la infracapitalización material procede *ex post*, es decir, una vez verificada tal circunstancia en el caso concreto. Lo dicho significa que en cada caso será el juez quien, una vez constatada la infracapitalización material y habiéndose configurado ciertos presupuestos, deberá aplicar la herramienta legal que le brinda el último párrafo del artículo 54 de la LGS. Esto excluye la evaluación *ex ante*, en abstracto, de la magnitud que debe revestir la infracapitalización material para la procedencia de la inoponibilidad de la persona jurídica y la eventual responsabilidad de los socios o controlantes.

²⁶ Cfr. MANÓVIL, Rafael, *Grupos de sociedades en el derecho comparado*, op. cit., página 568, siguientes y 1024.

²⁷ En el modelo anglosajón, el cual no contiene mayores reglas de protección de los acreedores en sede societaria, la inexistencia de herramientas jurídicas específicas aplicables a los casos de infracapitalización de sociedades en las que rige la limitación de responsabilidad de los socios, produjo que se recurra a la doctrina del levantamiento del velo como un mecanismo dirigido a sancionar a los socios por la utilización instrumental de la sociedad (GOLDENBERG SERRANO, Juan Luis, “Mecanismos de protección a los acreedores de una sociedad de responsabilidad limitada infracapitalizada. Análisis crítico y propuesta de solución”, *Revista chilena de derecho privado*, N° 17, diciembre 2016, páginas 190 y 191).