

# Reflexiones en torno a la CAPITALIZACIÓN E INFRACAPITALIZACIÓN DE SOCIEDADES

**Luis Manuel Piloñeta Alonso**

(Madrid 2009)

*«La sociedad anónima no ofrece a sus acreedores más garantía que la de su propio patrimonio [...]; la defensa del capital de la sociedad anónima es, pues, un postulado indeclinable».*

(Exposición de motivos de la Ley de Sociedades Anónimas de 1951)

## **I.- Ánimo de lucro y riesgo de pérdidas**

La posibilidad de ganar o perder es consustancial al ejercicio de cualquier actividad económica y muy particularmente de aquellas que se desarrollan *en y para* el mercado. La actividad empresarial es siempre incierta en sus resultados económicos y, en su afán por obtener ganancias, el empresario se expone también a sufrir pérdidas, como consecuencia de los riesgos propios de su empresa.

Decía Irving Fischer que el riesgo es inversamente proporcional al conocimiento. Pero hay pocas cosas ciertas en la vida económica y nuestro conocimiento de los mercados nunca parece suficiente para predecir el comportamiento de todas sus variables. En realidad, la vida económica está llena de incertidumbres (Samuelson). De modo que la actividad empresarial sigue siendo, antes que nada, una «aventura» de tipo económico para cuantos, de un modo u otro, se implican en ella.

Los operadores económicos han sido siempre renuentes al riesgo y se han esforzado

por hallar fórmulas dirigidas a anular o atenuar sus efectos. Una parte de estas medidas tienen por objeto un reparto –más o menos equilibrado y racional- del riesgo entre los intereses que se dan cita en un determinado mercado.

En su particular *cruzada* contra los grandes problemas del tráfico económico, el Derecho mercantil ha puesto todo su empeño en articular sistemas tendentes a limitar o controlar determinados riesgos empresariales. Por lo demás, esta es la primera razón de ser de una parte de sus instituciones.

Desde un punto de vista estrictamente económico, el mayor riesgo a que se enfrenta un empresario es el de perder todo su patrimonio como consecuencia de los malos resultados de su empresa. El principio de responsabilidad patrimonial universal hace que todos los bienes del deudor (presentes y futuros) queden afectos al pago o cumplimiento de sus obligaciones. Ante esta situación, es natural que se hayan buscado fórmulas para aminorar el impacto económico de las pérdidas que pudiera comportar la explotación de actividades empresariales, sin que ello suponga privar a los acreedores de su legítimo derecho a la satisfacción de sus créditos.

## **II.- El *beneficio* de la limitación de responsabilidad**

Durante años, la idea de limitar la responsabilidad empresarial ha ido dirigida fundamentalmente a la adopción de fórmulas que permitieran al empresario *poner a salvo* de los peligros del mercado una parte de sus bienes, mediante la división de su haber en un patrimonio propiamente empresarial y otro personal o doméstico, inmune a los riesgos de su empresa. Solución esta, como dice el profesor Muñoz Planas, bien sencilla para un problema, como el de contención del riesgo, que se remonta a los orígenes del tráfico comercial.

Partiendo de esta premisa, a nadie debe extrañar el hecho de que la cuestión se planteara por primera vez en relación al tráfico marítimo, que es también el primero en organizarse con arreglo a criterios y métodos propiamente empresariales (Ehrenberg). Durante muchos años, los grandes peligros de la navegación hicieron que se reconociera al naviero el beneficio de limitación de responsabilidad mediante la técnica de la separación de patrimonios. En su virtud, el empresario de la navegación pudo distribuir sus bienes en dos masas diferentes: la «fortuna de mar», que permanecía afectada a las resultas de la empresa marítima; y la «fortuna de tierra», al margen de cualquier reclamación de sus acreedores

marítimos. El beneficio de limitación de responsabilidad del naviero pasó a todos los Códigos de Comercio y, de un modo u otro, ha llegado hasta nuestros días. Con el desarrollo del tráfico, este privilegio alcanzó también al comercio terrestre y fue asumido por un tipo especial de sociedades (las llamadas sociedades comanditarias), en relación a aquellos de sus socios que no participan en la gestión social. En origen, el *privilegio* de limitación de responsabilidad se nos presenta como una consecuencia, por un lado, de los extraordinarios peligros del comercio marítimo y, por el otro, de la falta de intervención del socio en los negocios sociales (Fischer).

La limitación de responsabilidad se ampliará posteriormente a los socios de las grandes compañías anónimas, nacidas para la explotación del comercio con los territorios de ultramar a través de las nuevas rutas marítimas. En consecuencia y al no tener que responder personalmente de las deudas asumidas por la sociedad, el riesgo empresarial se reduce para cada socio al valor de su participación en el capital de la sociedad.

A finales del siglo pasado, surgió un nuevo tipo societario cuyo primer objetivo no era otro que el de extender la vigencia del régimen de limitación de responsabilidad propio de las grandes sociedades anónimas a la pequeña y mediana empresa. La sociedad de responsabilidad limitada fue una creación de la doctrina alemana para dar respuesta a las exigencias de un amplio sector económico (Ulmer).

La sociedad, en tanto que construcción jurídica, es lo que el Derecho *quiera* hacer de ella. Se equivocan quienes piensan que las normas no pueden transformar las instituciones jurídicas y más aún que la función de los juristas consiste precisamente en proporcionarles esa inmunidad temporal, manteniéndolas en su estado prístino. El Derecho, como dice Vivante, ha demostrado en múltiples ocasiones que es capaz de alargar el significado de las palabras y hasta de llegar a contradecir su sentido originario.

En las sociedades anónimas y de responsabilidad limitada, la limitación del riesgo empresarial ya no se articula jurídicamente mediante la técnica de la separación de patrimonios. El reconocimiento legal de personalidad jurídica, propia y distinta de la de los socios, a las sociedades mercantiles servirá también para eximir a aquéllos de responsabilidad por las deudas que pueda contraer la sociedad en el ejercicio de su actividad empresarial. Formalmente, estaríamos ante una consecuencia del carácter personal de las relaciones de crédito, que hace aparecer a un sujeto como irresponsable de las deudas asumidas por otro. La separación de personalidades (y no la de patrimonios) es lo que priva de legitimación a

los acreedores para dirigirse frente a los socios y cobrarse con el producto del patrimonio personal de éstos.

El error de la dogmática tradicional es haber partido de un concepto *absoluto* y no *contingente* de persona. Si aceptamos el postulado de que la personalidad jurídica es, antes que nada, una invención del Derecho -esto es, una *fictio iuris*- y abandonamos del todo las construcciones \*antropomórficas+, nada impide ya entender que la atribución efectiva de esta *cualidad* -en modo alguno esencial- depende en último término de la potestad del legislador y no de otras consideraciones de orden conceptual. Por consiguiente, la Ley bien puede disponer su utilización en el ámbito mercantil para favorecer el ejercicio de determinadas actividades y separarlas de quiénes las llevan materialmente a cabo. En este orden de cosas, la persona jurídica deja de ser -si es que lo fue en algún momento- un dogma *natural*, para convertirse en un instrumento *formal* al servicio de unos fines, que pueden ser tanto públicos como privados (Ferrara). Para el Derecho mercantil, la personalidad jurídica es un instrumento técnico que permite dotar de autonomía a los patrimonios destinados a la realización de actividades de carácter empresarial, así como a favorecer el ejercicio de los derechos y el cumplimiento de las obligaciones derivados de aquéllas (Girón). De ahí que su aplicación se haya ido extendiendo en mayor o menor medida a las sociedades mercantiles, de acuerdo con el mayor o menor grado de *subjetivación* que les atribuyen sus respectivos ordenamientos. Así concebida, la persona jurídica se nos presenta como un \**ingenioso mecanismo* de la vida moderna+, de cuyas ventajas tratan de aprovecharse los individuos y las sociedades para satisfacer sus intereses particulares (A. Polo).

La sociedad de capital sólo puede entenderse jurídicamente si partimos de esta concepción eminentemente *técnica* e *instrumental* de persona. Superada esta concepción dogmática de la personalidad jurídica, nada impide ya verla como una técnica en manos del legislador susceptible de ser utilizada para favorecer el desarrollo de la actividad económica y adaptar nuestras estructuras empresariales a las exigencias del mercado.

La atribución de personalidad jurídica a las sociedades hace que no sea necesario quebrar el postulado general de responsabilidad patrimonial universal para limitar el riesgo de los socios. Las sociedades de capital responden del cumplimiento de sus obligaciones con todos sus bienes presentes y futuros, lo mismo que cualquier otro sujeto jurídico. Pero, frente a lo que sucede en las sociedades denominadas personalistas, el patrimonio de los socios no queda también afecto a las resultas de los negocios sociales.

En cualquier caso, la defensa del principio de responsabilidad patrimonial universal no debe hacernos olvidar que el fin último de las obligaciones es su efectivo cumplimiento y que ello no queda garantizado por la mera declaración de afectación de un patrimonio. La seguridad del tráfico exige algo más que una declaración como la contenida en el artículo 1.911 de nuestro Código civil porque, llegado el momento del pago, pueden no existir bienes con los que cubrir la deuda o que los mismos resulten insuficientes. La insolvencia del deudor constituye también un riesgo económico que el Derecho mercantil se ha preocupado de atenuar, mediante el establecimiento de una serie de medidas tendentes a reforzar la solvencia de los empresarios, así como a proporcionar al mercado una información certera sobre tales extremos. Además, ningún otro sector del Ordenamiento protege tanto a los acreedores en orden al pago de sus créditos ni les ofrece tantas posibilidades de lucha contra el fraude.

La defensa del crédito y la seguridad del mercado han sido siempre principios informadores del Derecho mercantil. Curiosamente, uno de los mayores logros de nuestra disciplina en este ámbito tiene que ver con la estructura patrimonial de las sociedades de capital. La construcción jurídica de estas organizaciones empresariales tiene un segundo fundamento no menos importante que el primero: la doble exigencia de que sus socios la doten de medios y recursos suficientes para la explotación de su objeto y de que mantengan cubierta la cifra de su capital social. Ello se traduce en un refuerzo de su capacidad patrimonial y una cierta garantía de solvencia.

### **III.- La sociedad de capital como técnica de limitación de riesgos**

#### **1. Planteamiento**

Las sociedades de capital son, antes que nada, organizaciones jurídicas dirigidas a la explotación lucrativa de actividades económicas, al tiempo que técnicas de limitación de los riesgos empresariales. En cuanto tales, surgen históricamente con el doble propósito de fomentar el ejercicio de tales actividades y de permitir a sus partícipes mitigar las pérdidas que pudieran producirse como consecuencia de ellas. Ahora bien, las sociedades de capital no son ninguna figura anómala ni la limitación de responsabilidad que confieren a sus socios supone ningún *artilugio* del capitalismo para «legalizar el fraude» o atribuir a los empresarios un «privilegio» que los sitúe por encima de los demás sujetos.

Como técnica jurídica, el beneficio de limitación de riesgos no es arbitrario y halla su contrapunto en la garantía patrimonial que comporta el respeto a la disciplina del capital social. La adecuada capitalización de la sociedad es el presupuesto jurídico de la limitación de responsabilidad de los socios (Paz-Ares).

La sociedad de capital se configura, de este modo, como un sistema conmutativo de reparto de riesgos, que permite a los interesados en la explotación de una empresa adoptar forma societaria y fijar el tope máximo de las pérdidas que están dispuestos a soportar, siempre que la doten de suficientes medios patrimoniales y garanticen a sus acreedores un adecuado nivel de solvencia. El problema estriba, pues, en determinar cuándo los medios son suficientes y el nivel de solvencia resulta adecuado.

El contenido y alcance de la normativa imperativa prevista para este tipo de sociedades viene a confirmar que la atribución a los socios del beneficio de limitación de responsabilidad no es una *concesión graciosa* del Derecho. La fundación de una sociedad anónima o de responsabilidad limitada no es garantía de éxito ni constituye una *panacea* económica. La Ley somete a quienes giran en el tráfico bajo estas formas societarias a una severa disciplina cuyo incumplimiento acarreará a los socios importantes consecuencias, que llegan incluso a la pérdida del mal llamado *privilegio* de limitación de responsabilidad. En esto reside precisamente el coste jurídico y económico para los socios de no tener que responder del cumplimiento de las obligaciones con la totalidad de su patrimonio.

## **2. El establecimiento mercantil como patrimonio empresarial de la sociedad**

El establecimiento mercantil es el soporte patrimonial con que cuenta el empresario social para desarrollar su actividad y está constituido por el conjunto de medios y recursos que le permiten operar en el mercado. La titularidad que pueda ostentar sobre tales elementos es lo que faculta a esa sociedad aplicarlos a sus fines empresariales.

Por la misma razón, la sociedad desprovista de lo necesario se halla imposibilitada para explotar su negocio y alcanzar tales fines. La ausencia o insuficiencia de medios coloca a la sociedad y a sus socios ante la imperiosa necesidad de buscar recursos financieros para invertirlos en la empresa. Si el riesgo es el principal enemigo del empresario, la adecuada dotación patrimonial de su establecimiento constituye, por lo general, su primer problema.

La adecuación del establecimiento a los fines sociales guarda conexión con el concepto

mismo de sociedad y el cumplimiento por los socios de la obligación de poner en fondo común recursos destinados a la explotación lucrativa del objeto social. En el plano de los principios, el propio origen jurídico-negocial de la sociedad exige que su objeto no sólo sea lícito sino también posible, lo que presupone que la misma debe contar con medios patrimoniales adecuados para alcanzarlo (Sáenz García de Albizu).

Una sociedad de capital desprovista de establecimiento mercantil y carente de los recursos indispensables tendrá serias dificultades para iniciar o continuar la explotación de su negocio. Esta incapacidad, siendo manifiesta, constituye también una causa legal de disolución para la sociedad de capital (Beltrán [arts. 260.3° LSA, 104.1c> LSRL y 70.1e> LSCoop]).

La cuestión se desenvuelve en el plano estrictamente patrimonial, aunque el origen de esa falta de medios y su primera manifestación puedan ser la adopción de un capital nominal exiguo integrado por aportaciones manifiestamente insuficientes para la consecución del objeto de la sociedad. Por la misma razón, no estamos realmente ante un tipo de infracapitalización (material) sino ante la incapacidad patrimonial de un empresario que le impide materialmente dedicarse al ejercicio de su actividad.

Ahora bien, el de la sociedad no sólo es un patrimonio propiamente empresarial o de explotación sino también un patrimonio de responsabilidad (Rubio) y, por ello mismo, de riesgo. La sociedad de capital responde del cumplimiento de sus obligaciones –lo mismo que cualquier otro deudor- con todos sus bienes patrimoniales, presentes y futuros. Frente a las demás sociedades mercantiles, su peculiaridad reside precisamente en el dato de que sus socios no tienen que responder personalmente de tales obligaciones. En otras palabras: la sociedad de capital responde con todo su patrimonio y sólo con su patrimonio del cumplimiento de las obligaciones que contrae en el tráfico.

En cualquier caso, es el patrimonio empresarial de estas sociedades y no su capital social lo que constituye, a la vez, un fondo productivo (*Betriebsfond*) y un fondo de responsabilidad (*Haftungsfond*).

### **3. Aportaciones de los socios**

Aportación es, en sentido amplio, cualquier prestación hecha por los socios a la sociedad en orden a la futura consecución del fin social (Garrigues). De acuerdo con esto,

constituyen aportaciones los «bienes» o «industria» que los socios se obligan a poner en fondo común «para obtener lucro» (art. 116 CCom) o «con ánimo de partir entre sí las ganancias» (art. 1.665 Cc). Así entendida, la prestación de aportar puede consistir tanto en un «dar» como en un «hacer» (Vergez) y recaer, en cuanto tal, sobre cualquier objeto útil para la consecución del fin social (Ferrara y Corsi).

La razón de ser de las aportaciones de los socios es dotar a la sociedad de factores de producción adecuados para la explotación de su objeto, permitiendo a la misma equipar su establecimiento mercantil o patrimonio empresarial. La función básica o primaria de las aportaciones es la formación de ese fondo común con que cuenta la sociedad para alcanzar los fines sociales.

Por su parte, la legislación de anónimas y de limitadas mantienen un concepto más restringido de aportación, reservando el término para aludir a aquellas prestaciones de dar que, teniendo por objeto bienes o derechos de contenido patrimonial, susceptibles de valoración económica, se integran en el capital social para desempeñar la función legal de garantía atribuida a este último.

Más allá de este concepto formal de aportación, no merecerían esta consideración aquellas prestaciones o transferencias realizadas por los socios a título de crédito y para financiar la sociedad, aunque puedan coadyuvar a la consecución de sus fines. Estas prestaciones adoptan en la práctica formas muy distintas y se caracterizan, básicamente, por reservar a los aportantes un cierto derecho de restitución, que se anota en el pasivo del balance y vendría a constituir –al menos en principio- a la sociedad financiada en el deber de proceder a la devolución de su objeto, con independencia de los resultados de su inversión en la financiación de su actividad.

La prestación a crédito de recursos patrimoniales confiere a la sociedad un título de disponibilidad sobre los mismos, suficiente para aplicarlos a la explotación de su objeto social. Pero el carácter con que le son atribuidos hace que tales bienes, aun siendo patrimonio empresarial (capital productivo) no pasen automáticamente a formar parte del capital social o fondo de garantía de la compañía (capital riesgo).

#### **4. El capital social como garantía de solvencia**

El capital social o nominal es un «elemento constitucional» de las sociedades anónimas

y de responsabilidad limitada (Massaguer). En cuanto tal supone también uno de los «pilares básicos» sobre los que se asienta la disciplina jurídica de estas formas societarias (De la Cámara).

El capital social desempeña diversas funciones. En primer lugar, una función jurídico-negocial o formal, en tanto que mención estatutaria de carácter necesario, cuya ausencia determina la nulidad de la compañía. De otra parte, una función orgánica, al servir de parámetro a la organización y funcionamiento interno de la sociedad. Pero el capital social constituye, antes que nada, una garantía patrimonial para los acreedores, en la medida en que su posición en el balance exige a la sociedad contar con un excedente de activo para hacer frente a nuevas obligaciones, desde el instante de su constitución hasta el de su extinción.

Con consecuencia de ello, la cifra de capital social que la sociedad adopta en sus Estatutos guarda una relación directa con la capacidad de esa sociedad para hacer frente al cumplimiento de las obligaciones que contrae en el tráfico y le garantiza un cierto nivel de solvencia.

#### **IV.- Incapacidad patrimonial e infracapitalización de la sociedad**

##### **1. Aportaciones al capital social**

El capital social se integra por las aportaciones de los socios, mientras estas últimas pasan a conformar el fondo común de la sociedad y sirven a la sociedad para el cumplimiento de sus fines. En consecuencia, la debilidad patrimonial de la sociedad constituirá, por lo general, el primer indicio de su inadecuada capitalización.

La capitalización adecuada no se ha configurado en nuestro ordenamiento como un requisito sustantivo para la válida constitución de este tipo de sociedades. La legislación no prevé un examen en torno a la congruencia del capital de la sociedad y su objeto en la fase fundacional de aquélla, si exceptuamos el régimen –más teórico que real- previsto para la fundación sucesiva (art. 21 LSA).

La legislación española, al igual que la de los principales sistemas de Derecho comparado, se limita a exigir como requisito para la válida constitución de la sociedad un capital social mínimo, sin imponer ningún otro control en orden a la capitalización suficiente o congruente con el objeto social. Más allá de los mínimos genéricos establecidos para las sociedades anónimas y de responsabilidad limitada, las normas de ordenación económica

establecen en ocasiones unos niveles de capitalización más elevados para operar en determinados sectores del tráfico (Massaguer), cuya aplicación efectiva va a ser controlada a menudo por el Registrador Mercantil (art. 84 RRgM).

Sin embargo, los economistas y la propia ciencia económica se han mostrado hasta ahora incapaces de fijar *a priori* criterios objetivos y generalizables, que permitan determinar técnicamente los niveles de capitalización adecuados para la explotación de las distintas actividades empresariales (K. Schmidt).

Nada obsta, pues, a que una sociedad anónima o de responsabilidad limitada se constituyan válidamente si respetan los requisitos de capitalización mínima fijados por el ordenamiento. Aunque la elección de una cifra de capital manifiestamente reducida y la escasez de las aportaciones de los socios determinaran la incapacidad patrimonial de una sociedad para llevar a cabo su actividad, nada impide a la misma salir de esta situación, disponiendo lo necesario para aumentar su capital con nuevas aportaciones al patrimonio social.

## **2. La infracapitalización de sociedades**

La infracapitalización es la situación que se produce como consecuencia de la inadecuación o desproporción manifiesta y constatable entre el capital social establecido en los estatutos y el nivel de riesgo asumido por la sociedad para la explotación de su objeto social. La sociedad infracapitalizada se caracteriza por adoptar una cifra de capital social que no guarda la correlación necesaria con la actividad empresarial que desarrolla en el tráfico. El capital social deber ser ajustado al objeto de la sociedad y a la intensidad con que la misma procede a su explotación. Esto hace que no sea posible fijar de antemano un criterio cierto de adecuación o, si se quiere, de proporcionalidad entre ambos.

Los controles dirigidos a determinar el grado de capitalización adecuado de una empresa han de hacerse *a posteriori*. La imposibilidad de establecer un baremo de capitalización adecuada en la fase constitutiva de la sociedad es una consecuencia, por lo demás lógica, de la propia falta de datos económicos acerca de la actividad real de la sociedad, que nos impide hacer una estimación objetiva del nivel razonable de recursos que se precisan para llevarla a cabo efectivamente y, en consecuencia, determinar con exactitud la adecuación o no de su establecimiento mercantil.

La infracapitalización de la sociedad constituye un fraude a la disciplina reguladora del capital social.

### **3. Deber de capitalización adecuada**

La defensa del crédito y la seguridad del mercado han sido siempre principios informadores del Derecho mercantil. La infracapitalización atenta contra la primera y pone en peligro a la segunda. Es menester construir el régimen jurídico de la infracapitalización.

La infracapitalización en sí no constituye un problema de la persona jurídica sino un fraude a la disciplina del capital social y es que, como dice Müller-Freienfels, no todos los problemas que concita la persona jurídica son problemas de la persona jurídica. Por la misma razón, la sanción frente a este tipo de conductas no puede consistir en el desconocimiento o la penetración de la personalidad atribuida a la sociedad y deberá basarse más bien en la responsabilidad imputable al socio o socios culpables de la infracción de aquellas normas societarias. El control de la infracapitalización queda así al margen de la personalidad jurídica y se plantea de forma autónoma, partiendo de la vigencia de un deber para los socios de capitalizar adecuadamente la sociedad para la consecución del objeto social. Dicho deber trascendería las garantías atribuidas al capital por la doctrina clásica o liberal, basadas en la publicación registral de su importe nominal y la efectividad patrimonial del mismo.

Por lo demás, las consecuencias de la infracción de este deber abstracto de capitalización adecuada se producen en situaciones de crisis económica y su vigencia no tiene implicaciones en el ámbito estatutario o registral del Derecho de sociedades.

En caso de insolvencia, el socio culpable de la infracapitalización de la sociedad, entendida como incapacidad patrimonial manifiesta para desarrollar su actividad, perderá el beneficio de limitación de riesgos y pasará a responder personalmente del cumplimiento de las obligaciones contraídas por la sociedad. Por su parte, el socio que hubiera proporcionado recursos indirectamente a la sociedad infracapitalizada, sin someterse a las reglas estrictas del capital social, no podrá evitar que los bienes aportados para financiar dicha sociedad pasen a constituir, si la misma deviene insolvente, capital de riesgo y sirvan a los acreedores como garantía patrimonial del cumplimiento de las obligaciones sociales (Ulmer, Paz-Ares). Como pauta de conducta ha de tomarse la actuación de un socio ordenado y leal.

#### 4. La infracapitalización como patología societaria

Los socios de una sociedad infracapitalizada asumen un riesgo muy inferior al que les correspondería a costa de los acreedores sociales, trasladando a éstos consecuencias que pudieran derivarse de los malos resultados de aquélla. Las sociedades infracapitalizadas o *thin corporations* presentan un mayor riesgo de insolvencia y, por ello mismo, mayores posibilidades de dejar incumplidas sus obligaciones mercantiles.

La infracapitalización de la sociedad tiene un claro diagnóstico desde la perspectiva del análisis económico del Derecho, en la medida en que supone un desplazamiento o *externalización* del riesgo empresarial sobre los acreedores de la sociedad o, al menos, sobre una parte –la más débil– de los mismos, por su incapacidad para asumir los costes de información y de inspección necesarios para prevenir los efectos propios del mayor riesgo de insolvencia de su deudor (Paz-Ares). De este modo, los socios verían reducirse su nivel de riesgo y podrían tomar, aprovechando su impunidad económica, decisiones temerarias en perjuicio de los acreedores sociales, con el consiguiente quebranto de la confianza del mercado.

Por lo demás, la manifiesta desproporción entre el capital social y la actividad empresarial que desarrolla la sociedad acabarán privando de buena parte de su eficacia a las normas dictadas en defensa del capital social, a causa sobre todo de la absoluta relatividad del mismo. En una sociedad infracapitalizada, el capital social no podrá cumplir la función de garantía o retención de patrimonio que le atribuyen la Ley y el Derecho desde el momento en que su importe nominal resulta insignificante en comparación con el nivel de actividad de la sociedad. Esta circunstancia hace que ni él ni la reserva legal puedan constituir un verdadero freno para los acuerdos sociales de distribución de dividendos entre los socios, lo que de hecho vendrá a permitir la extracción del patrimonio social de cualquier superávit, aunque ello constituya en realidad una liquidación encubierta del patrimonio social.

De igual modo, perderían en gran medida su significación las medidas previstas legalmente para el caso de se produzca una reducción del patrimonio social como consecuencia de las pérdidas, al venir referidas a una cifra de capital social que no guarda la debida proporción con el volumen de la empresa.

La sociedad infracapitalizada también puede servirse de los contratos de financiación celebrados con los socios para hacerles partícipes de sus buenos resultados económicos, retribuyéndoles lo estipulado por sus prestaciones y no en forma de dividendos. A través de

esta vía, puede incluso proceder a la íntegra devolución de las aportaciones encubiertas llevadas a cabo por los socios, sin tener que someterse a los severos controles de la reducción de capital.

El peligro que comportan las prácticas empresariales basadas en la infracapitalización trasciende con mucho los intereses individuales de los acreedores para terminar afectando de raíz al funcionamiento del mercado y la propia seguridad del tráfico (Immenga).

El Derecho Mercantil debe hallar los medios adecuados para prevenir y sancionar estas conductas, que suponen un fraude a los postulados del capital social, saliendo en defensa del mercado y de los acreedores de buena fe. Se trata de evitar que los socios puedan sustraerse a los riesgos propios de la actividad empresarial, negándose a aportar al patrimonio de la sociedad los recursos que la misma necesita para la explotación de su objeto. La infracapitalización no debe tratarse como un problema básico de la personalidad jurídica que el ordenamiento atribuye a la sociedad ni combatirse mediante el levantamiento del velo, la penetración o desestimación de la personalidad societaria. El Derecho ha de conferirle un tratamiento autónomo partiendo de la existencia de un deber genérico de lealtad y buena fe del socio frente a la sociedad, en el marco de sus relaciones negociales, atendiendo a la diversidad de intereses entre uno y otra.

## **V.- La financiación o equipamiento de la sociedad infracapitalizada**

### **1. Presupuesto**

La búsqueda de recursos que puedan suplir las carencias del establecimiento mercantil se torna esencial cuando se trata de las sociedades que no han recibido de sus socios, en forma de aportaciones al capital social, los medios que precisan para operar en el mercado. Sin hacer frente a su situación deficitaria, las sociedades sin medios serán incapaces materialmente de operar en el mercado.

La falta de aportaciones directas de los socios constituye a la sociedad ante la necesidad de obtener de otro modo recursos con los que desarrollar su actividad empresarial y alcanzar sus fines. Así las cosas, la financiación externa del empresario social podría llegar del mercado del crédito (al menos hipotéticamente) y, sobre todo, de sus propios socios. Sin patrimonio y sin la asistencia financiera de sus socios, la sociedad estaría prácticamente condenada a la inactividad.

El recurso a la financiación del mercado no resultará fácil para una sociedad con un patrimonio precario, a menos que cuenta con la asistencia financiera de sus socios o, en su caso, de otras sociedades del grupo. Por lo que la opción más viable será la de aguardar la transferencia de recursos por parte de sus socios.

## **2. Equipamiento o financiación por los socios**

La respuesta natural de los socios en las situaciones de infracapitalización de la sociedad es la de procurarle directa o indirectamente aquello de lo que carece y que necesita para la consecución de sus fines. Estos es: medios y recursos adecuados a su objeto. La primera vía de que disponen para dotar a la sociedad de capacidad empresarial es disponer la realización de nuevas aportaciones patrimoniales con el consiguiente aumento de capital social. Pero también pueden proporcionarle esos medios y recursos por otras vías, sin tener que aportarlos al capital social.

La infracapitalización constituye muchas veces la coartada del socio para minimizar los riesgos empresariales. Para la consecución de este objetivo, intentará proporcionar a la sociedad los medios o instrumentos empresariales que precisa para llevar a cabo su actividad mercantil, evitando que los mismos pasen a constituir patrimonio de riesgo; o lo que es lo mismo, sin tener que aportarlos a la sociedad.

La fenomenología que adoptan en la práctica estas fórmulas o remedios financieros dirigidos a la capitalización indirecta de la sociedad es muy diversa y a menudo resulta compleja. La detección de estas situaciones se ha convertido en uno de los problemas más graves a los que se enfrenta actualmente el Derecho de sociedades.

En efecto, desde el momento en que la carencia de medios adecuados incapacita a una empresa para obrar el fin social, la cuestión se traslada hacia la búsqueda de fórmulas de aportación encubierta basadas en la ruptura de la ecuación formada por el patrimonio de explotación y el capital de riesgo o de responsabilidad. En este orden de cosas, la infracapitalización supone muchas veces un –el- punto de arranque de muchas situaciones fraudulentas, al tiempo que se halla a la base de buena parte de las situaciones de crisis empresarial y, por consiguiente, de los concursos de acreedores.

## **3. Aproximación a la fenomenología de la capitalización indirecta**

Las prestaciones llevadas a cabo por el socio, fuera del capital social, para financiar a la sociedad infracapitalizada pueden articularse jurídicamente de modo bien diferente. Aun cuando puedan adoptar en la práctica muy diversas modalidades, tales prestaciones de los socios a favor de la sociedad se caracterizan negativamente por no integrarse en el capital social ni quedar sometidas a la disciplina propia de éste. Formalmente, se configuran como alternativas a la aportación por los socios de bienes y derechos patrimoniales susceptibles de valoración económica, adoptando otro tipo de modelos de carácter fundamentalmente financiero.

Ello hace necesario proceder a una delimitación de los principales supuestos.

#### *a) Prestaciones accesorias*

La amplitud con que se configuran en nuestro sistema, las prestaciones accesorias de los socios (Sacristán, Recalde) las convierte en el medio más eficaz de completar la falta de capacidad patrimonial de las sociedades desprovistas de un capital social congruente y adecuado a su objeto.

Las prestaciones accesorias comprometidas por los socios pueden consistir tanto en la realización de servicios como en proporcionar a la sociedad el uso o la propiedad de todo tipo de bienes (incluido dinero). La sociedad carente de recursos puede hallar en este tipo de prestaciones un modo de obtener lo que precisa para financiarse, por una vía distinta de la establecida para las aportaciones al capital social. Paralelamente, los socios pueden servirse de su régimen flexible para eludir la aplicación de la disciplina relativa al capital social, eludiendo el mayor riesgo que supone aportar a la sociedad los mismos bienes que presta accesoriamente. El carácter eventualmente retribuido de las prestaciones accesorias, a pesar de sus limitaciones, también permite a esos socios obtener un beneficio más allá de los puros dividendos sociales.

En caso de insolvencia de la sociedad, el socio tratará de hacer valer frente a la masa la titularidad que pudiera corresponderle sobre los bienes cedidos temporalmente a la sociedad en concepto de prestaciones accesorias.

En el ámbito de la sociedad limitada, las peculiaridades de su régimen jurídico, permitirán a los socios adoptar un sistema de reparto de beneficios distinto del que pudiera derivarse de su concreta participación en el capital social para fundarlo en las prestaciones

accesorias asumidas por cada una a favor de la sociedad.

### ***b) Préstamos de dinero***

La concesión por los socios de préstamos a la sociedad infracapitalizada constituye el paradigma de los actos de aportación encubierta.

En virtud del contrato de préstamo, la sociedad se constituye en propietaria de los fondos prestados y asume la obligación de restituir al prestatario el nominal más los intereses pactados. La propiedad sobre los fondos permite a la sociedad aplicarlos libremente a su objeto y financiar su actividad.

El socio prestamista tendría derecho a la devolución de la suma prestada y al cobro de un interés que, en el caso de los préstamos participativos, puede variar en función de los resultados empresariales. El carácter infracapitalizado de la sociedad prestataria constituye una presunción difícilmente vencible de que la transferencia de fondos debiera haber constituido una aportación al capital social.

### ***c) Préstamos de uso***

El comodato o préstamo de uso también permite articular operaciones de financiación de la sociedad infracapitalizada, en la medida en que tiene por objeto la cesión gratuita de cosas no fungibles, durante un tiempo cierto (Castán). El socio puede utilizarlo para conferir a esa sociedad un derecho a usar determinados bienes, supliendo de este modo su incapacidad patrimonial.

La propiedad sobre la cosa que presta confiere al socio comodante una garantía en firme que puede hacer valer al final de cada periodo de vigencia del contrato, especialmente en caso de que la sociedad infracapitalizada devenga insolvente. El carácter gratuito del comodato no impide que la retribución del socio por su contribución a la financiación de la sociedad llegue por la vía del dividendo social.

### ***d) Arrendamiento de bienes***

El contrato de arrendamiento es otro de los escenarios negociales a que suelen recurrir

los socios para equipar adecuadamente a la sociedad infracapitalizada.

Como en otros casos, el socio arrendador mantiene su titularidad sobre el bien y transmite tan sólo a la sociedad arrendataria un derecho a usarlos por un periodo determinado de tiempo, contra el pago de un canon o renta. La relación incluye los elementos propios de estas situaciones. El derecho de arrendamiento constituye un título suficiente para que la sociedad incorpore el bien arrendado a su establecimiento mercantil y los socios evitan el tener que aportarlo al patrimonio social, eludiendo de este modo la severa disciplina del capital social.

El carácter esencialmente temporal de la relación, les permitirá además exigir su restitución a la sociedad al final de su vencimiento o bien optar por prorrogar su vigencia. Durante el tiempo de duración del contrato, los socios percibirán un beneficio por la cesión y en el supuesto de que la sociedad tenga dificultades económicas, dejará de pagar la renta y podrá ser desahuciada.

#### ***e) Aumento de capital y desembolso anticipado***

Entre las formas que puede adoptar la capitalización indirecta se encuentran los acuerdos sociales de aumentar el capital social con desembolso anticipado de las aportaciones (Cabanas y Machado), en la medida en que permiten a la sociedad proveerse de capital y dejan abierta la posibilidad de que tener que restituirlo con posterioridad a los aportantes, sin que llegue a convertirse definitivamente en capital riesgo.

La decisión final de verificar el aumento (al igual que la de proceder a la inscripción preceptiva) corresponde a la sociedad que puede muy bien estar controlada por los propios socios, con lo que se trataría de un aumento condicionado por la voluntad de una de las partes. Otra opción sería también la de jugar con la figura del «aumento incompleto».

Es evidente que estas situaciones pueden servir de *coartada* para proporcionar a la sociedad recursos financieros durante un determinado periodo de tiempo y disponer la restitución encubierta de lo que, ante la falta de adopción efectiva del aumento de capital social, no sería sino un préstamo del aportante a cuenta (socio o no) a la sociedad, en función de la propia conveniencia de los socios de control. El resultado es un régimen a medida de la sociedad infracapitalizada mucho más flexible y «arriesgado» que el del capital social. El planteamiento de este tipo de operaciones en relación a una sociedad infracapitalizada

constituye un indicio más que suficiente de su carácter fraudulento.

#### ***f) Aumento de capital por compensación de créditos***

La concesión de un crédito a la sociedad puede estar a la base de un futuro aumento de capital en la modalidad de compensación de créditos (Sáenz de Albizu). Tratándose de una sociedad infracapitalizada, la fórmula podría servir al prestamista -sea o no socio- para procurarle una financiación adecuada y reservarse la posibilidad de configurar su aportación como un simple crédito, conservando su derecho a la devolución, o de canjearlo por una participación en el capital social de la compañía, mediante la correspondiente alteración del balance.

#### ***g) Aportaciones de uso***

El necesario componente patrimonial de las aportaciones no impide configurar como tales a las que tienen por objeto la cesión por los socios a la sociedad de derechos de uso sobre todo tipo de bienes (incluido el dinero), siempre que sean susceptibles de valoración económica. Para su concreta articulación, la doctrina se remite a las normas del arrendamiento o del contrato que presente mayor analogía con el contenido de la concreta aportación de uso. La valoración que haya de atribuirse a estas aportaciones dependerá de las ventajas –económicas- que su aprovechamiento vaya a reportar a la sociedad.

Al igual que en los demás supuestos, la plena validez de este tipo especial de aportaciones se encuentra supeditada al dato de que no se lleven a cabo respecto de una sociedad infracapitalizada ni se utilicen para eludir el cumplimiento deber genérico de capitalizar la sociedad que asume todo socio.

El reconocimiento expreso de las aportaciones *quoad usum* en nuestra legislación de sociedades de capital no resulta óbice para la aplicación de la disciplina de la infracapitalización y, en consecuencia, tampoco impide configurarlas como aportaciones encubiertas al capital social o de riesgo realizadas *quoad dominium*.

#### ***h) Precario***

La tenencia por la sociedad de un determinado bien o recurso puede no basarse en ningún título y responder a una situación de precario, no ya tolerada sino consentida y buscada por el socio para que pueda operar en el tráfico a pesar de carecer de un patrimonio empresarial adecuado.

### *i) Financiación garantizada*

El resultado no sería distinto si la sociedad infracapitalizada lograra superar sus carencias mediante la contratación con terceros, con el apoyo financiera de todos o alguno de sus socios.

## **VI.- Remedios contra los abusos de la infracapitalización societaria**

La infracapitalización constituye sin duda la primera causa de los concursos de sociedades (Winter). En el ámbito concursal hallamos también las principales medidas – aunque no todas- que prevé nuestro ordenamiento para remediar los efectos negativos de las situaciones de infracapitalización societaria.

**1.** Postergación concursal de los créditos de los socios frente a la sociedad junto a sus correspondientes garantías.

El punto de partida es la distinción básica entre créditos y aportaciones sociales: los créditos de los socios son deudas para la sociedad y deben ser restituidos por ésta, mientras que las aportaciones constituyen capital riesgo.

La Ley Concursal ha incluido en la categoría de los «créditos subordinados» (Garrido, *equity subordination*) a los créditos de que fuera titular alguna de las personas especialmente relacionadas con el deudor, entre las que incluye (art. 93.2.1º LC) a los socios «que sean titulares de, al menos, un cinco por ciento del capital social, si la sociedad declarada en concurso tuviera valores admitidos a negociación en mercado secundario oficial, o un 10 por 100 si no los tuviera». A estos mismos efectos, se consideran (2º) personas especialmente relacionadas con el deudor «los administradores, de derecho o de hecho, los liquidadores del concursado persona jurídica y los apoderados con poderes generales de la empresa, así como

quienes lo hubieran sido dentro de los dos años anteriores a la declaración del concurso». Finalmente, se atribuye (3º) la misma condición a las sociedades «que formen parte del mismo grupo que la sociedad declarada en concurso y sus socios». Dicha subordinación se ha hecho extensible, asimismo (art. 97.2 LC), a las garantías «de cualquier clase constituidas a favor de los créditos» de tales acreedores.

El legislador concursal ha adoptado en relación a los socios un parámetro –por más que, en algunos casos, pueda resultar aleatorio- netamente numérico, fundado en la consideración de que la posición en la sociedad concursada de los titulares de tales porcentajes de capital pueden influir en sus decisiones (Ferré). Sin embargo y en el plano sustantivo, la recta aplicación de este criterio puede plantear dificultades, especialmente en el caso de las sociedades limitadas, cuando la estructura de su capital social no coincida con los criterios de atribución del poder de decisión o de reparto de beneficios que fijan los Estatutos.

Sin llegar a recalificar estos créditos como aportaciones de capital, es evidente que su tipificación como «subordinados» sitúa al acreedor en una posición inferior no sólo a la de los acreedores considerados privilegiados sino también a la de los titulares de créditos ordinarios. Al ordenarlo así, nuestra Ley se aproxima también a los postulados que informan el Derecho de sociedades alemán o de la *Darlehns-gewährung* (§§ 32a y 32b GmbH-G). Esta normativa tiene como precedente lo establecido en la Disposición Adicional duodécima del Borrador de Anteproyecto de Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada de 1993 (Paz-Ares, Massaguer).

Más allá del ámbito de la Ley Concursal, la medida no tiene parangón en el régimen liquidatorio de las sociedades de capital, que no alude expresamente a la eventual condición de acreedores de los socios. Curiosamente sí lo hacía el viejo Código de 1829, aunque para equiparar (art. 348) en todo a los socios «que después de haber puesto el capital a que se obligaron según la escritura de sociedad haya hecho préstamos al fondo común» con los acreedores sociales; y ordenar su satisfacción «antes de hacerse la distribución efectiva del haber líquido divisible».

En cualquier caso, es evidente que la problemática de la financiación de la sociedad infracapitalizada no queda resuelta por esta regla concursal. En primer lugar, porque no deja fuera supuestos de fraude que no caen dentro de los límites de sus coordenadas. Pero también porque hay situaciones en las que lo proporcionado por el socio a la sociedad desprovista de

medios adecuados no son propiamente derechos de crédito sino otro tipo de prestaciones de bienes.

## 2. La propiedad del socio sobre los bienes cedidos a la sociedad infracapitalizada

Ante esto, surge la cuestión de determinar la posición en el concurso del socio como propietario de los bienes cedidos temporalmente a la sociedad infracapitalizada para suplir las carencias de su establecimiento mercantil. La cuestión estriba en decir si se reconoce o no al mismo un derecho de separación *ex iure dominio* frente a la masa activa del concurso.

La respuesta no plantearía tantas dudas si la Ley Concursal hubiera incluido un precepto como el artículo 316 del Borrador de Anteproyecto de Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada (Paz-Ares, Massaguer), que extendiera el régimen de la *postergación de créditos* «a los derechos derivados de cualquier otra operación de financiación a la sociedad», llevada a cabo por las mismas personas, «cuando por sus condiciones y finalidad resulte económicamente equiparable a los créditos contemplados en dicho precepto».

En cualquier caso, la cuestión debe responderse en términos afirmativos, siempre que se trate de una sociedad infracapitalizada, porque dicha cesión habría sido fraudulenta y estaría encubriendo una verdadera aportación al capital social.

## 3. Impugnación de actos fraudulentos.

Jurídicamente, cabría la posibilidad de impugnar la restitución por la sociedad a los socios de los medios y recursos aportados encubiertamente por estos últimos, para suplir las carencias patrimoniales de aquélla y tratando de eludir la aplicación de la disciplina del capital social. A tal efecto, la administración concursal o, en su caso, los acreedores dispondrían de acciones de reintegración por tratarse de actos perjudiciales para la masa (Massaguer, León).

Paralelamente, el contrato o la relación jurídica que hayan servido de base a la aportación encubierta de tales bienes podrán rescindirse por fraude de acreedores en el marco de lo dispuesto por los artículos 71.6 de la Ley Concursal y 1.291 3º del Código civil.

#### 4. Impugnación de retribuciones indirectas al socio.

De igual modo, podrían impugnarse las retribuciones pagadas por la sociedad infracapitalizada a los socios como contraprestación por los bienes cedidos, por la misma razón de que resultan lesivos para la masa. Ello les hace también rescindibles por fraude de acreedores.

#### 5. Impugnación de los repartos de dividendos

Los acuerdos de reparto de dividendos adoptados por la sociedad infracapitalizada son también impugnables dado su carácter perjudicial para la masa. Ello traerá como consecuencia la obligación a cargo de los socios de reintegrar los dividendos que les hubiera repartido la sociedad infracapitalizada durante el periodo de sospecha. Más allá, cabría ejercitar aún la acción de rescisión por fraude de acreedores.

#### 6. Ventas con pacto de recompra y compras con pacto de reventa

7. En el plano de la *lege ferenda*, contribuiría en cierta medida a paliar los efectos perniciosos de la infracapitalización societaria la elevación de las cuantías mínimas de capital previstas para la sociedad anónima y la sociedad limitada, además del incremento porcentual de la partida relativa a la reserva legal. Podría resultar extremadamente útil, además, proceder a un repaso de las estadísticas contables de nuestras sociedades de capital clasificándolas en grupos atendiendo a su objeto y al sector en que despliegan su actividad.