



RESPONSABILIDAD DE LOS SOCIOS POR LA INFRACAPITALIZACIÓN DE LA SOCIEDAD ANÓNIMA EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO VENEZOLANO

(Liability of the members for the capitalization of the company in the Venezuelan
legal system)

Recibido: 14 de diciembre de 2012 **Aceptado:** 03 de marzo de 2013

Linne Pinto

Abogada en libre ejercicio, Venezuela

linnepinto@hotmail.com

RESUMEN

El propósito principal de la presente investigación fue analizar la responsabilidad de los socios por la infracapitalización de la sociedad anónima en el ordenamiento jurídico venezolano, bajo los enfoques de Otxoa-Errarte (2011), el Código de Comercio (Congreso de la República de Venezuela, 1955), entre otros. Metodológicamente, la investigación se catalogó de tipo descriptiva, documental, así como jurídica dogmática, permitiendo estudiar el derecho vigente. El diseño de investigación fue bibliográfico, no experimental. La técnica de recolección de datos, se fundamentó en la observación documental, sistema folder y la interpretación jurídica. Las leyes, reglamentos y jurisprudencias permiten abordar y vincular las características que tienen en común los accionistas o terceros que de alguna manera puedan verse afectados por la responsabilidad de los socios al ver disminuido el capital social. Para analizar los resultados se recurrió al método hermenéutico jurídico y, de esta manera, estudiar las normas para constituir un nuevo conocimiento. Se concluyó que la obligación de los administradores es la de administrar efectiva y eficientemente, por lo que se consideran autorizados para realizar los actos que abarquen el objeto social de la compañía. Ante la insolvencia de la sociedad mercantil, debido a la infracapitalización materializada podría incidir en la afectación de los créditos. La responsabilidad puede calificarse como contractual si los socios o administradores no cumplieron con la obligación que le impone el contrato societario.

Palabras clave: Responsabilidad, Infracapitalización, Sociedad.

ABSTRACT

The main purpose of this research was to analyze the liability of the partners for the undercapitalization of the corporation in the Venezuelan legal system, low approaches Otxoa-Errarte (2011) the Commercial Code (Congress of the Republic of Venezuela, 1955) among others. Methodology, the study was classified as descriptive, documentary and legal dogmatic, allowing the study of the law in force. The bibliographic research design was non-experimental. The data collection technique was based on documentary observation, folder system, and legal interpretation. Laws, regulations, case law, can address and link the characteristics they have in common shareholders or third parties can somehow be affected by the liability of the members to see diminished social capital. To analyze the results, we resorted to legal hermeneutic method, and thus, study the rules to



form new knowledge. It was concluded that the obligation of managers is to effectively and efficiently manage and are considered authorized to perform acts covering the corporate purpose of the company, who saw their credit affected the insolvency of the company due to undercapitalization materialized. The contractual liability may qualify as whether partners or directors did not fulfill the obligation under the partnership contract.

Keywords: Accountability, Undercapitalization, Society.

INTRODUCCIÓN

La normativa jurídica vigente en Venezuela limita la responsabilidad de los accionistas tan solo al monto de sus aportes. Se plantea cuál sería la responsabilidad de los accionistas en caso de disminución del capital, o en caso de que las expectativas sobre la productividad de la compañía no se materialicen o sea un fracaso societario.

Se infiere que no hay hasta el momento una norma jurídica reguladora y determinante para la infracapitalización, existiendo un vacío legal en el Código de Comercio (Congreso de la República de Venezuela, 1955), que en la práctica jurídica beneficie y permita una mejor interpretación, conllevando a tener seguridad jurídica para los accionistas y para los acreedores. Por cuanto, el artículo 201 ordinal 3 ejusdem establece la responsabilidad de los accionistas, garantizada por un capital determinado y en la que los socios no están obligados sino por el monto de su acción.

De igual forma, el artículo 228 del Código de Comercio (Congreso de la República de Venezuela, 1955), señala que la responsabilidad limitada y solidaria con los terceros no puede ser definida por las cláusulas contractuales, por lo tanto, la acción de los acreedores iría dirigida contra la sociedad.

De esta manera es como se trata en la legislación venezolana la responsabilidad de los accionistas frente a los terceros. Cuando la persona jurídica se utiliza para defraudar a los acreedores para sustraerse a las obligaciones existentes, con el fin de evitar la aplicación de una ley o proteger a quienes cometen ilícitos; por lo tanto, los órganos jurisdiccionales, prescindiendo de la personalidad jurídica al considerar que la sociedad es un conjunto de personas que participan en tales hechos, es donde deben responder por los excesos que cometen al frente de la misma.

Sin embargo, el Código de Comercio (Congreso de la República de Venezuela, 1955) resulta insuficiente a los fines de combatir la infracapitalización, lo cual en una gran parte de los casos constituye un vicio que se presenta desde el mismo momento de la constitución de la sociedad. Se impone la realización de un análisis crítico, diáfano y a conciencia sobre los peligros que tal fenómeno implica y los beneficios que puede generar la elaboración de una norma que regule el principio general, en la que los riesgos de las empresas deben asumirlo los comerciantes o accionistas y no ser soportado por los terceros ajenos al funcionamiento de la sociedad.

METODOLOGÍA DE LA INVESTIGACIÓN

Metodológicamente, la investigación se catalogó de tipo descriptiva, documental, así



como jurídica dogmática, permitiendo estudiar el derecho vigente. El diseño de investigación fue bibliográfico, no experimental. La técnica de recolección de datos se fundamentó en la observación documental, sistema folder, y la interpretación jurídica.

INFRACAPITALIZACIÓN

La infracapitalización supone básicamente la insuficiencia de los fondos propios de la sociedad para hacer frente a las necesidades que plantea el objeto social que los socios prevén realizar. Esa insuficiencia puede venir dada cuando los socios no proporcionan a la sociedad el capital razonable, de tal modo que pueda existir un asomo de dudas en el nivel de riesgo de la empresa, para la explotación del objeto social propuesto.

Es posible que los principios generales que rigen la economía de la empresa no permitan determinar con exactitud cuándo una sociedad está correctamente capitalizada. De allí que sea posible el hecho de no existir una fórmula legal, que le indique a los socios la medida de una dotación adecuada de capital, que les permita gozar del principio de responsabilidad limitada y que al mismo tiempo le sea reconocida la libertad de financiamiento.

Aunque esas consecuencias jurídicas solo se materialicen cuando la sociedad haya entrado en situación de insolvencia, los socios deberían reconocer cuando la sociedad no cuenta con el capital que requiere y cuándo comunicar el riesgo empresarial a los acreedores.

Para acercarse a una definición, la doctrina alemana abordada por la autora Otxoa-Errarte (2011), señala que debe entenderse la infracapitalización como insuficiente dotación de capital. En tal sentido, expresa que una sociedad está infracapitalizada cuando el capital escriturado es totalmente insuficiente para el desarrollo establecido en los estatutos.

De igual forma Ulmer (2006) comentado por Otxoa-Errarte (2011) señala que una sociedad está infracapitalizada cuando el capital propio, visto su plan de financiamiento, no basta para cubrir las necesidades financieras que a mediano y largo plazo, atendiendo a su tipo y magnitud, presenta la empresa societaria y cuando es imposible obtener de terceros los fondos adicionales necesarios, en virtud del endeudamiento que ha venido presentando y ante la imposibilidad de honrar los pagos.

En este mismo sentido, Ramírez (2004) plantea que la infracapitalización societaria, en cualquiera de sus formas, permite que los accionistas o dueños de una sociedad trasladen indebidamente el riesgo a sus acreedores. Esta circunstancia se debe a que la responsabilidad limitada es una forma de distribuir el riesgo entre los dueños y los terceros participantes en el negocio, pero hay ciertas proporciones del mismo que corresponden ser soportadas por cada uno en función de su situación y las potenciales ganancias que pudieran tener.

De las definiciones comentadas se desprenden dos criterios: la necesidad de fondos adicionales a los aportados por los socios como capital propio, el cual debe determinarse



en atención al volumen del negocio pretendido o realmente alcanzado; y la incapacidad para obtener esos fondos en el mercado por parte de terceros.

Por lo tanto, la suficiencia o insuficiencia en la dotación de capital de una sociedad va a ser decisiva la valoración que hace el mercado, la que hacen los otorgantes de crédito profesionales bien informados, considerando todas las circunstancias que rodean la sociedad al momento de la solicitud del crédito.

Se infiere que el problema de la infracapitalización se debe a la falta de información de los terceros acerca de cuáles son las verdaderas condiciones que les impone una sociedad en sus vínculos económicos, que de haberlos conocido no hubiesen contratado. Esta situación se presenta particularmente en las sociedades cerradas, porque en las abiertas la información debe estar disponible al público e impide que este hecho suceda.

Siguiendo a Ramírez (2004), quien señala que el centro del problema de la infracapitalización es que el dueño del emprendimiento, el socio, al no dotar a la sociedad de recursos suficientes para cumplir con el objetivo establecido por anticipado o al manipular los privilegios en caso de insolvencia, traslada el riesgo que él debiera correr a los acreedores. Por ello, se dice que les traslada indebidamente el riesgo.

A este respecto Niessen-Richard (1998), comentado por Ramírez (2004) señala que no se trata de extender la noción de riesgo empresario a límites impensados, sino que el riesgo advertido y el perjuicio que se genera no se transfiera inadecuadamente a los acreedores. Continúa señalando, “la integral aplicación de las normas sobre sociedades debe permitir prevenir la insolvencia de las mismas o la transferencia de los daños a los acreedores”.

De igual manera, Sánchez-Calero y Guillarte (2004) señalan que la infracapitalización denota una insuficiencia del capital que no debe confundirse con la insuficiencia patrimonial que genera, en no pocas ocasiones, una situación de insolvencia. Por ello, se puede hablar desde distintos puntos de vista, por la inferioridad o insuficiencia del capital en relación con el objeto social, con los recursos ajenos o con el riesgo de la actividad que la sociedad viene desarrollando. Razón por la cual ha de analizarse posteriormente la clasificación de la infracapitalización, lo que permite distinguir cómo se produce el traslado del riesgo.

RESPONSABILIDAD DE LOS ACCIONISTAS EN CUANTO AL CAPITAL SOCIAL

Una vez analizada la institución jurídica de la responsabilidad civil, y la obligación asumida por los accionistas, en su ánimo de asociarse para la obtención de un fin común establecido en el objeto social de la sociedad, planteado en el documento constitutivo, se manifiesta la obligación de realizar efectivamente el aporte del capital.

Queda por aclarar la responsabilidad que puede ser exigida tanto al socio propiamente dicho como al administrador de la sociedad, sea socio o no; así como también, puede darse la exigibilidad de la responsabilidad ante la negligencia, imprudencia e impericia en



el manejo de los fondos sociales en detrimento de los créditos de los acreedores.

La acción en contra de los socios viene dado, cuando han faltado a sus obligaciones, en razón de su mal desempeño (por acción o por omisión), cuando hayan ocasionado un daño resarcible. Ramírez (2004) comenta que aunque esta responsabilidad sería en primer lugar exigible a quienes se encuentran encargados de la administración de la sociedad, por cuanto son quienes toman las decisiones más importantes, tienen la mayor cantidad de información disponible y la manejan con mayor libertad.

Es propicio referir la norma del Código de Comercio (Congreso de la República de Venezuela, 1955) que establece la responsabilidad que tienen los administradores de una compañía, ejercida por los socios, quienes constituyen el pilar fundamental del funcionamiento de las mismas, donde responden solidariamente, tanto a los accionistas como a terceras personas.

De esta manera, el artículo 243 establece que los administradores no responden sino de la ejecución del mandato y de las obligaciones que la ley les impone, y no pueden contraer en sus funciones como administrador ninguna obligación personal por los negocios de la compañía. En caso de que esta norma sea incumplida, responden personalmente tanto para los terceros como para la sociedad misma.

De igual forma, el artículo 266 de la misma norma señala que los administradores son solidariamente responsables para con los accionistas y para con los terceros de a) la veracidad de las entregas realizadas por los accionistas; b) de la existencia real de los dividendos pagados; c) de la ejecución de las decisiones de la asamblea; y d) del cumplimiento de los deberes que les imponen la ley y los estatutos sociales.

Al concordar esta norma con lo establecido en el artículo 325 del Código de Comercio (Congreso de la República de Venezuela, 1955) la cual expresamente señala: "los administradores se consideran autorizados para ejecutar los actos de administración que abarquen el objeto de la compañía. Salvo disposición en contrario del documento constitutivo representarán conjunta o separadamente a la compañía y podrán obligarla".

Por regla general, la obligación de los administradores es la de administrar efectiva y eficientemente y se consideran autorizados para realizar los actos que abarquen el objeto social de la compañía. De allí, se derivan las facultades y limitaciones con las cuales actúan los administradores y el posible reclamo sobre sus responsabilidades.

Las acciones de responsabilidad pueden ser exigidas conforme a lo establecido en el artículo 324 del Código de Comercio (Congreso de la República de Venezuela, 1955) el cual señala:

"Los administradores son responsables solidariamente tanto para con la compañía como para con los terceros, por infracción de las disposiciones de la Ley y del contrato social, así como por cualquier otra falta cometida en su gestión. Sin embargo, la responsabilidad de los administradores por actos u omisiones no se extiende a aquellos que estando exentos de culpa, hayan hecho constar en el acta



respectiva su inconformidad, dando noticia inmediata a los Comisarios si los hubiere.

La acción de responsabilidad en interés de la compañía puede ser ejercida por éstos o por los socios, individualmente, siempre que éstos representen, por lo menos, la décima parte del capital social. A los socios que ejerzan la acción, individualmente no podrán oponerse renuncias o transacciones entre la compañía y los administradores responsables”.

Según lo comentado por Goldschmidt (2001), el legislador considera la infracción y las disposiciones de ley y del contrato social como falta cometida en la gestión; por lo que la responsabilidad no solo existe para la sociedad sino también para con los terceros acreedores sociales. También considera que la responsabilidad frente a los terceros tiene carácter extracontractual, en aplicación del artículo 1185 del Código Civil (Congreso de la República de Venezuela, 1982).

En lo que se refiere a la responsabilidad frente a los accionistas, debe distinguirse entre el daño directamente causado a ellos y el daño mediato e indirecto causado a la sociedad. Así mismo, el artículo 324, arriba transcrito, establece la acción de responsabilidad en interés de la compañía y que puede ser ejercida por los socios individualmente, siempre que estos representen por lo menos la décima parte del capital social.

Es necesario comentar el artículo 310 del Código de Comercio (Congreso de la República de Venezuela, 1955), el cual se transcribe a continuación:

La acción contra los administradores por hechos que sean responsables compete a la asamblea, que la ejerce por medio de los comisarios o de personas que nombre especialmente al efecto. Todo accionista tiene, sin embargo, el derecho de denunciar a los comisarios los hechos de los administradores que crea censurables, y los comisarios deben hacer constar que han recibido la denuncia, en su informe a la asamblea. Cuando la denuncia sea hecha por un número de socios que represente por lo menos la décima parte del capital social, deben los comisarios informar sobre los hechos denunciados.

La representación del décimo se comprueba con el depósito de las acciones por los mismos comisarios, u otra persona notoriamente abonada a juicio de los comisarios. Las acciones permanecen depositadas hasta que se haya verificado la próxima asamblea.

Si los comisarios reputan fundado y urgente el reclamo de los accionistas que representan el décimo del capital social, deben convocar inmediatamente a una asamblea que decidirá siempre sobre el reclamo.

En el mismo sentido, Calvo (2006) señala que los comisarios son responsables solidariamente de la sinceridad de sus observaciones y deben guardar secretos de los hechos y documentos que por razón de su cargo tuvieren conocimiento. Continúa



señalando, que están ligados solidariamente por hechos u omisiones y que el daño no se hubiere causado de haber inspeccionado y vigilado conforme al Código de Comercio (Congreso de la República de Venezuela, 1955); la acción de socios y terceros se deberá ejercer por la acción del derecho común establecido en el artículo 1185 del Código Civil (Congreso de la República de Venezuela, 1982).

De igual manera, el artículo 291 del Código de Comercio (Congreso de la República de Venezuela, 1955) establece la posibilidad de denunciar judicialmente la sospecha de graves irregularidades contra los administradores y comisarios. Con lo que el accionista individualmente puede ejercer la acción ordinaria para demandar la nulidad absoluta de las decisiones de la asamblea y de los administradores y la nulidad relativa de las mismas decisiones, cuando la segunda asamblea convocada al efecto no la convalide.

Ahora bien, el tema a considerar es hasta qué punto debe ser resguardada la responsabilidad limitada de los socios establecida en el artículo 201 del Código de Comercio (Congreso de la República de Venezuela, 1955), donde los acreedores de una compañía anónima tienen la garantía que la propia sociedad puede ofrecerles, ya que los mismos pueden actuar sobre los activos de la empresa y no sobre los bienes de los accionistas. Así, la aportación económica que los accionistas arriesgan en este tipo de sociedad se limita al monto de su suscripción.

Por ello, Ramírez (2004) señala que la responsabilidad limitada es una forma de distribuir el riesgo entre los dueños y los terceros participantes en el negocio, pero hay ciertas proporciones del mismo que corresponde que sean soportadas por cada uno en función de su situación y de las potenciales ganancias que pudieran tener. Por lo tanto, los accionistas o dueños de una sociedad trasladan indebidamente el riesgo a sus acreedores, conformándose de esta manera la infracapitalización societaria.

RESPONSABILIDAD DE LOS ACCIONISTAS POR INFRACAPITALIZACIÓN

En relación a la responsabilidad de los accionistas es oportuno analizar los principios que rigen el capital social, entre los que se pueden mencionar el de la integridad del capital, determinación y unidad del capital, entre otros, dado que su observancia constituye garantía para los socios y los acreedores, en virtud de las formalidades que son exigibles por el Código de Comercio (Congreso de la República de Venezuela, 1955) y en la Ley del Registro Público y del Notariado (Asamblea Nacional de la República Bolivariana de Venezuela, 2006) en el artículo 54 el cual establece que al registrador mercantil le corresponde vigilar el cumplimiento de los requisitos legales establecidos para la constitución y funcionamiento de las compañías anónimas.

Cabe destacar que el capital establece el límite de responsabilidad asumida por lo accionistas, lo que constituye el indicativo para la toma de decisiones en las asambleas ordinarias o extraordinarias, para la aprobación o desaprobación de los balances o estados financieros, para el aumento o reducción del capital.

El riesgo empresarial genera responsabilidad civil, que les es exigida a los accionistas por su negligencia, impericia e imprudencia en el manejo de los fondos sociales en



detrimento de los créditos de los acreedores, en el cumplimiento de las obligaciones que le impone el contrato social de adoptar las medidas necesarias para el saneamiento de la sociedad, en la dotación del capital suscrito y pagado que permitan el buen funcionamiento y logro de los riesgos asumidos al realizar la inversión.

En Venezuela, la responsabilidad civil por hecho ilícito está regulada en los artículos 1185 al 1196 del Código Civil (Congreso de la República de Venezuela, 1982). De esta manera, el artículo 1185 señala: “el que con intención, o por negligencia o por imprudencia, ha causado un daño a otro está obligado a repararlo...”. De allí parte la premisa de que toda persona que de manera dolosa o culposa cause un daño a otro o a su propiedad debe reparar el daño causado.

La clasificación de la infracapitalización ha sido desarrollada en la doctrina por diversos autores. Por lo que, supone básicamente, la insuficiencia de los fondos propios de la sociedad para hacer frente a las necesidades que plantea el objeto social que los socios prevén realizar. Esa insuficiencia puede darse, cuando los socios no proporcionan a la sociedad el capital razonable, de tal modo que pueda existir un asomo de dudas en el nivel de riesgo de la empresa, lo cual haría imposible la explotación del objeto social propuesto.

La infracapitalización es clasificada de dos maneras: material y nominal o formal, lo que va a permitir determinar la responsabilidad de los accionistas precisando su origen, en el manejo de los fondos sociales por quienes son los encargados de la administración, sean socios o no, dado que son quienes toman o debieran tomar las decisiones más importantes. Por lo tanto, se realiza un análisis con relación a las normas del ordenamiento jurídico, que permitan dar a conocer cuál es el alcance y su aplicabilidad en el resguardo y protección de quienes de buena fe contratan con la sociedad.

En cuanto a las acciones que deben seguir los acreedores ante la infracapitalización, es oportuno señalar que el Código de Comercio en Venezuela (Congreso de la República de Venezuela, 1955) no contempla expresamente el problema de la infracapitalización de las sociedades. Corresponde analizar la situación de los acreedores y los medios de defensa que posiblemente resuelvan la exposición a la cual se encuentran sometidos una vez que se evidencia la condición económica de la sociedad, por lo que al ser analizadas van a contribuir en la defensa de los derechos e intereses de los terceros ante el hecho societario.

La responsabilidad contractual, extracontractual y penal de los accionistas por la infracapitalización ha sido analizada por varios autores, por lo que cabe señalar lo que Ramírez (2004) expresa que en cuanto a que hay que distinguir si se trata de una infracapitalización material o nominal para establecer o determinar quién debe responder.

Por esa razón, considera que para la infracapitalización material, primero deben responder los encargados de la administración de la sociedad, porque son quienes debieran tomar las decisiones más importantes, tienen la mayor información disponible y la manejan con mayor libertad. Especialmente, porque está en sus manos exigir un correcto esquema de financiamiento.



Pero si se da el caso de que la empresa se encuentra insolvente o en estado de cesación de pagos, judicialmente declarada o no, si es previa a la subcapitalización, no le es reprochable, por cuanto debe existir el elemento culpa por negligencia o impericia, aunque en la mayoría de los casos y con el grado de comprensión que normalmente tiene los administradores, sería más bien un caso de dolo eventual.

En consecuencia, la responsabilidad contractual se fundamenta en el cumplimiento de las obligaciones que le impone su deber de actuación, derivadas del estatuto de socio, que consisten en la adopción de medidas de saneamiento adecuadas, en la necesaria reacción ante una situación que ponga en peligro la vida de la sociedad, y con ello los intereses de los acreedores.

En el momento que surge la responsabilidad por infracapitalización es cuando se pone de manifiesto la imposibilidad de que la sociedad afronte sus obligaciones. Es decir, la obligación de los socios se convierte en accesorio, pues permite que las obligaciones sociales se hagan efectivas sobre el patrimonio personal de los socios cuando sea insuficiente. Constituye un remedio excepcional, cuya finalidad es satisfacer los créditos de los acreedores sociales, los cuales quedan al descubierto ante la insolvencia de la sociedad.

Para el alcance subjetivo de la responsabilidad hay que determinar si afecta a todos los socios que han de responder por la infracapitalización o si tan solo ha de imputarse a quienes han tenido conocimiento de la situación o por su capacidad de decidir en la compañía.

La reacción de los socios ante la situación que pone en peligro la vida de la sociedad ha de consistir en implementar las medidas de saneamiento adecuadas o la liquidación de la empresa evidencian la actitud diligente de los socios en solventar las dificultades económicas que presenta.

ACCIONES DE LOS ACREEDORES ANTE LA INFRACAPITALIZACIÓN

La infracapitalización es una insuficiencia de capital que podría apuntarse como el preámbulo para una insuficiencia patrimonial, determinante a su vez de la futura y próxima incapacidad para cumplir sus obligaciones. Cuando se constate la voluntad contraria o la incapacidad de los socios mayoritarios, de no efectuar nuevas aportaciones al capital, disipará cualquier iniciativa de préstamo a los terceros.

En este sentido Otxoa-Errarte (2011) señala que la protección de los acreedores parte de la idea de que con anterioridad a la situación de insolvencia, la regulación contractual individual es el mecanismo más apropiado para garantizar la defensa de los derechos de quienes se relacionan con la sociedad.

La protección a través de la negociación contractual se complementa fundamentalmente con el endurecimiento por retraso en la apertura de un procedimiento concursal, el reforzamiento de la desestimación de la personalidad jurídica en supuestos de fraude básicamente, y en el establecimiento obligatorio de seguros de responsabilidad



para proteger a los acreedores no contractuales.

La autora continúa señalando que la entrada en una situación de insolvencia disminuye las probabilidades que los acreedores tienen de ver satisfechos sus créditos. Esta disminución se produce cualquiera que sea el deudor concursado, pero en el caso de las sociedades de capital en las que está excluida la responsabilidad personal de los socios, el efecto se acentúa.

Por lo tanto, la infracapitalización acrecienta el riesgo de insolvencia y con él el riesgo que asumen los acreedores al contratar con la sociedad. De manera que si la empresa no dispone de capital propio suficiente y tampoco es capaz de conseguir fondos en forma de crédito, traslada el riesgo empresarial a los acreedores de la sociedad.

El problema se presenta para los deudores en la acreditación de su préstamo, por cuanto para la infracapitalización no existe como concepto jurídico cierto ni existe unas reglas de sanción o prohibición ante la insuficiencia de recursos propios, dado que la sociedad no podrá atender sus obligaciones en una fecha próxima.

Es apropiado observar que no toda insolvencia da lugar a una infracapitalización, requiere el elemento voluntad; por cuanto, lo común es que se constituyen sin capital suficiente. Ahora bien si fue dotada de recursos desde su inicio y después no tuvo éxito comercial; aun cuando exista pérdida del capital y de los préstamos, no se puede hablar de infracapitalización sino de fracaso comercial; y ello no origina responsabilidad. Ante la pérdida o el fracaso sin subcapitalización, la obligación es tomar la decisión menos dañina para los acreedores en forma oportuna, es decir, liquidar, llamar a concurso a los acreedores o solicitar su propia quiebra.

Pueden darse diversos indicios que le indiquen a los acreedores que el giro de la sociedad está siendo alterado, por cuanto pueda haber un excesivo endeudamiento, estado de cesación de pagos, reparto de dividendos anticipados que envuelvan un reparto del capital encubierto, lo que produce una disminución de caja, provocando la insolvencia patrimonial por efecto de la distribución decretada.

La presentación tardía por parte de los administradores, cuando se presentan dificultades económicas o financieras en el desenvolvimiento de la actividad social, teniendo la obligación de convocar a los socios para determinar su disolución, liquidación, aumento de capital, o adecuación de la actividad al patrimonio disponible, origina la exigencia de responsabilidad por parte de los acreedores y de los mismos accionistas; tal como lo señala el artículo 266 del Código de Comercio (Congreso de la República de Venezuela, 1955), en concordancia con lo dispuesto en el artículo 1185 y 1193 del Código Civil (Congreso de la República de Venezuela, 1982) ante la actitud dolosa y dañosa de quien ejerce el control de la sociedad.

El Código de Comercio en Venezuela no contempla expresamente el problema de la infracapitalización de las sociedades, por lo que corresponde analizar la situación de los acreedores y los medios de defensa que posiblemente resuelvan la exposición a la cual se encuentran sometidos una vez que se evidencia la condición económica de la



sociedad, por lo que se debe analizar las instituciones jurídicas que permiten contribuir en la defensa de los derechos e intereses de los terceros ante el hecho societario, tales como el levantamiento del velo corporativo, el concurso de acreedores y las acciones que en razón del artículo 1185 del Código Civil (Congreso de la República de Venezuela, 1982) hagan exigible la responsabilidad de los accionistas o de los administradores.

Para determinar las causas que pudieron originar la infracapitalización se debe buscar internamente en el funcionamiento administrativo de la compañía, por cuanto la obligación que le corresponde a los encargados de la administración, socios o no, de convocar a la junta para que decidan sobre la realización de nuevos aportes o se adopte la disolución, dadas las condiciones económicas en la que se encuentra, no se ha cumplido.

También es pertinente reflexionar sobre la existencia de responsabilidad por parte de los socios, que conociendo la situación crítica en la que se encuentra la compañía, permitan que continúe agravando su condición. No obstante, los socios tienen el deber de proporcionarle a la sociedad los medios que sean necesarios para desarrollar el objeto social.

Se trata simplemente de adecuar la inversión con lo que se pretende, de lo contrario, la empresa rápidamente se vería incurso en una causal de disolución por imposibilidad de desarrollar el objeto, o en una situación de crisis por incumplimiento en el pago de sus obligaciones. Cuando no cumplen esta obligación, se justifica la exigencia de la responsabilidad civil, no solo de los socios, sino también de los administradores.

En consecuencia, se abre el camino a la posibilidad de que la responsabilidad por infracapitalización se estructure en base a la culpa, imponiéndoles a los socios una responsabilidad extracontractual por los daños causados por la infracapitalización. Esto a su vez conlleva a precisar el alcance de las responsabilidades contractual y extracontractual, en virtud de la forma como se haya constituido la obligación.

Sin embargo, una sociedad notoriamente infracapitalizada, con una dependencia exagerada de los recursos ajenos inhábil o inapropiada podría acudir al mercado para buscar préstamos mediante el aval, fianzas u otra garantía de los socios o los administradores. Para lo cual deberían acudir a los operadores profesionales, lo que implicará una financiación más costosa y el incremento de los acreedores. Dilatando más aun un posible proceso de liquidación.

Para determinar la responsabilidad, Nissen (1998) comentado por Ramírez (2004) ha señalado que los socios deberán responder frente a la masa concursal hasta la integración de la diferencia, como entre el capital efectivamente aportado y aquél necesario para el desarrollo de la concreta actividad emprendida.

En el mismo sentido Macagno (2000) comenta que los socios deberán responder ilimitadamente hasta alcanzar la equiparación de la cifra patrimonial del contravalor capital, con la cifra capital social o responder por la diferencia entre el capital efectivamente aportado y el que resulta necesario para desarrollar el objeto social. Además, agrega que está fundado en el deber que pesa sobre los socios de soportar las



pérdidas durante la vida de la empresa.

Por otro lado, Ramírez (2004) expresa que hay que distinguir si se trata de una infracapitalización material o nominal para la determinación de quien debe responder. Por esa razón, considera que para la infracapitalización material, primero deben hacerlo los encargados de la administración de la sociedad, porque son quienes debieran tomar las decisiones más importantes, tienen la mayor información disponible y la manejan con mayor libertad.

Especialmente porque está en sus manos exigir un correcto esquema de financiamiento. Pero, si se da el caso de que la empresa se encuentra insolvente o en estado de cesación de pagos, judicialmente declarada o no, si es previa a la subcapitalización, no le es reprochable.

Con relación al elemento subjetivo en la responsabilidad por infracapitalización material debe existir culpa, es decir, por negligencia o impericia, aunque en la mayoría de los casos y con el grado de comprensión que normalmente tiene los administradores, sería más bien un caso de dolo eventual. También correspondería determinar los órganos de control y fiscalización, en las que se determine que no tomaron las medidas necesarias para que la administración remediara el problema.

Para la autora Oxoá-Errarte (2011), la responsabilidad de los socios por infracapitalización ha de configurarse como responsabilidad solidaria y en proporción a los aportes realizados, en razón de que la aplicación analógica de las normas a las sociedades anónimas no es extraña en el derecho común.

También distingue los socios que sin saber de la infracapitalización, o que sabiendo se hayan opuesto a ella, deben quedar liberados de responsabilidad. Y con respecto a los que han estado en conocimiento o por su capacidad de decidir sobre el devenir de la sociedad, les será imputable la responsabilidad.

En cuanto a los socios, tan solo debe atribuírsele a los accionistas de las sociedades cerradas, por cuanto las abiertas tienen mayor supervisión y regulaciones más estrictas. Por otra parte, Manóvil (1996) expone otro criterio al preguntarse si todos los accionistas responden por igual; a lo que comenta, que si el socio no tiene influencia en las decisiones, está exento de todo factor de imputación que pueda fundar su responsabilidad. Por ello, deberán responder quienes causaron la infracapitalización y quienes pudieron tener influencia en evitarla, es decir, el socio con poder de decisión.

Además, agrega Ramírez (2004), la responsabilidad en la infracapitalización formal o nominal, tan solo puede recaer sobre los socios que han hecho préstamos a favor de la sociedad y tendrá como consecuencia que deberán devolver los intereses cobrados indebidamente con motivo de los mismos, previa compensación con los dividendos percibidos. Es una decisión que deberá tomar el juez, con vista previa del informe emitido por el síndico, quien verificará los préstamos y recomendará si se les toma o no como acreedores.



En consecuencia, la responsabilidad contractual se fundamenta en el cumplimiento de las obligaciones que le impone su deber de actuación derivada del estatuto de socio, que consisten en la adopción de medidas de saneamiento adecuadas en la necesaria reacción ante una situación que ponga en peligro la vida de la sociedad, y con ello los intereses de los acreedores.

En relación a la responsabilidad extracontractual, que en la legislación se encuentra contemplado en el artículo 1185 del Código Civil (Congreso de la República de Venezuela, 1982), o por abuso de derecho, deriva en una responsabilidad personal ilimitada y solidaria de los socios frente a los acreedores sociales, bien por las deudas sociales o bien por el daño generado por la insolvencia de la sociedad.

Cabe destacar lo que señala Oxoá-Errarte (2011) que aquellos acreedores que han aceptado conscientemente (conociendo la infracapitalización), el riesgo de contratar con la sociedad, habría que valorar el sentido de la responsabilidad, por cuanto se tendría que apreciar la culpa de la víctima, y en ese caso no existiría traslación del riesgo, por cuanto, el acreedor consciente de la situación de la sociedad habría incluido en el contrato un incremento en la prima o en el costo, por el incremento del riesgo asumido.

El derecho positivo en Venezuela no contempla el problema de la infracapitalización de las sociedades, para lo cual ha de acudir a otras instituciones jurídicas para dar respuesta a la necesidad imperante de atribuirles responsabilidad a los socios más allá de la cuantía aportada como parte del capital establecido en los estatutos.

En realidad, los socios están obligados a reaccionar ante una situación que conlleve la imposibilidad de la empresa de mantenerse en el mercado, que le permita superar la crisis aportando el capital necesario para continuar con el giro de la compañía, u optando por la disolución o liquidación.

CONCLUSIONES

En cuanto a la responsabilidad de los accionistas y el capital social, se concluye lo siguiente: la obligación de los administradores es la de administrar efectiva y eficientemente y se consideran autorizados para realizar los actos que abarquen el objeto social de la compañía. De allí se derivan las facultades y limitaciones con las cuales actúan los administradores y el posible reclamo sobre sus responsabilidades para con los terceros y para la sociedad misma, conforme al derecho común.

Por lo tanto, los administradores constituyen el órgano ejecutivo de las compañías. Es atribuible la responsabilidad en el manejo de los fondos sociales a los encargados de la administración, sean socios o no, porque son quienes toman o debieran tomar las decisiones más importantes de manera tempestiva, la cual debe ser la menos gravosa para el ente societario.

En tanto para la infracapitalización, una vez analizados el devenir de la investigación, se puede concluir que la infracapitalización es la dotación insuficiente de capital para el giro comercial de compañía y conlleva a que el riesgo se traslade indebidamente a los



acreedores, quienes no están obligados a soportarlos.

En lo relativo a las acciones que pueden iniciar los acreedores al ver afectados sus créditos ante la insolvencia de la sociedad mercantil debido a la infracapitalización materializada, se encuentra la solicitud del levantamiento del velo societario con el fin de alcanzar la responsabilidad de los socios sobre sus activos. Igualmente, el iniciar el procedimiento y llamar a concurso los acreedores que necesiten hacer efectivos sus créditos.

Ahora bien, en lo relacionado con la responsabilidad contractual, extracontractual y penal, se concluyó que la responsabilidad puede calificarse como contractual si los socios o administradores no cumplieron con la obligación que le impone el contrato societario, el cual se verifica en la adopción de las medidas necesarias para el saneamiento adecuado o en su inmediata liquidación.

De igual manera, la responsabilidad extracontractual, si se determina que la insolvencia se debe a culpa o negligencia, que haya causado un daño y que sea por causa de su acción u omisión, y la responsabilidad penal, habría que determinar si se trata de una quiebra fraudulenta que constituya un delito.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Asamblea Nacional de la República Bolivariana De Venezuela (2006). Ley de Registro Público y del Notariado. Gaceta Oficial N° 5.833 Extraordinaria. Venezuela.
- Calvo, E. (2006). Código de Comercio de Venezuela. Venezuela. Editorial Libra.
- Congreso de la República de Venezuela (1955). Código de comercio. Gaceta Oficial Extraordinaria N° 475. Venezuela.
- Congreso de la República de Venezuela (1982). Código Civil. Gaceta Oficial Extraordinaria N° 2.990. Venezuela
- Goldschmidt, R. (2001). Curso de derecho mercantil. Venezuela. Universidad Católica Andrés Bello.
- Macagno, A. (2000). El fenómeno de la Infracapitalización y la Falencia Social Sobreviviente. Revista de las sociedades y concursos, Núm. 3, Marzo-Abril, Pp. 47-56.
- Manóvil, R. (1996). Responsabilidad de los socios por insuficiencia de capital propio. Argentina. Editorial DePalma.
- Otxoa-Errarte, R. (2011). La responsabilidad de los socios por la infracapitalización de la sociedad. España. Editorial Aranzadi, S.A.
- Ramírez, L. (2004). Responsabilidad por infracapitalización Societaria. Argentina. Edición Rústica.
- Sánchez-Calero, J. y Guillarte, V. (2004). Comentarios a la legislación concursal. España. Editorial Lex Nova.