

## Sobre como entender la Infracapitalización Societaria

Lucas Ramírez Bosco

### **1.- El Tema -**

Con el fallo "Arancibia" se renueva de alguna forma el tema de la infracapitalización societaria material<sup>(1)</sup>, que de esta forma vuelve a ponerse bajo análisis.

La infracapitalización es un hecho, producto de una actitud de los administradores o socios de un ente que así externaliza, o sea, retira del mercado de compensaciones, una parte del riesgo, permitiendo que éste se traslade indebidamente (incompensadamente) a los acreedores sociales.

En la Argentina los tribunales, o quizá los abogados en sus planteos, no le han dado mayor atención al tema, salvo algunos contados fallos comerciales y otros de trabajo.

La doctrina, por su parte, tampoco parece demasiado atenta al asunto, al menos en relación con lo que sucede en otras partes. Hagamos una corta revisión del progreso de la teoría fuera de nuestro país.

Empezando por Serik, su idea sobre el asunto fue la siguiente : *"Otra posibilidad de perjudicar de manera ilícita a terceros con ayuda de la forma de la persona jurídica la ofrece de manera especial la figura jurídica del préstamo o mutuo a favor de la sociedad cuando ésta es de un solo socio. Para ello es frecuente seguir el siguiente camino : se comienza con la fundación de una persona jurídica cuyo capital original sea demasiado pequeño para los negocios planteados. El prestamista, en realidad titular y dominador de la empresa, entrega luego el capital que la sociedad necesita a título de préstamo, con lo cual se atribuye el papel de acreedor en el caso de fracasar los negocios y tiene la posibilidad de hacer valer su derecho sobre el patrimonio de la sociedad en concurrencia con los demás acreedores. Como socio hubiese quedado pospuesto a los auténticos acreedores"*<sup>(2)</sup>. De modo que trató más bien el caso de la infracapitalización formal o nominal que la material, lo cual se explica porque su trabajo fue hecho sobre base de análisis de jurisprudencia y la idea de la subcapitalización material aun no se había desarrollado en forma independiente y definida, aunque sí quedó de esta manera tibiamente presentada.

Posner, por su parte, llegó a mencionar la posibilidad de que el poder estatal requiriera a las sociedades mantener ratios fijos entre activos y pasivos, limitando también el derecho a asumir proyectos riesgosos<sup>(3)</sup>, un poco como sucede en los bancos. Esta parece una concepción un tanto intervencionista.

Easterbrook y Fischel tratan el tema sobre la base de que los jueces están más dispuestos a permitir que los acreedores alcancen los activos de los accionistas cuando la responsabilidad limitada provee mínimas ganancias en mejorar la liquidez y diversificación, creando por otro lado la probabilidad de que la empresa se embarque en proyectos con un nivel de riesgo que es excesivo<sup>(4)</sup>. Así, dicen que cuanto más bajo es el monto de capital de una empresa, mayor es el incentivo a asumir negocios con riesgo extremo<sup>(5)</sup>.

Carney, por su parte, haciendo un resumen de la doctrina de la desestimación de la persona jurídica en distintos países, dice que en algunas jurisdicciones la infracapitalización sola puede ser suficiente para disparar la responsabilidad directa de los socios<sup>(6)</sup>.

Bainbridge, en un trabajo titulado "Abolviendo el descorrimiento del velo"<sup>(7)</sup>, dice que existen dos situaciones que justifican la responsabilidad personal de los socios : 1.- cuando el acreedor fue engañado por el socio, lo que produjo una idea falsa en el primero, que así no pidió garantías personales y 2.- cuando el socio retiró fondos de la firma en forma tan importante que la dejó subcapitalizada en forma sobreviviente<sup>(8)</sup>. A pesar de que sólo el segundo caso parece tener que ver con el tema del caso comentado, en realidad el primero también tiene relación porque uno de los engaños que puede darse es sobre si la sociedad está adecuadamente capitalizada para responder por sus deudas<sup>(9)</sup>.

Millon llega más lejos. Parte de la base de que la infracapitalización habilita la desestimación de la responsabilidad limitada y, seguidamente, analizando cuales tendrían que ser los topes de tolerancia de la limitación de responsabilidad. Sostiene que ésta debiera cesar cuando los socios manejaron el negocio de forma financieramente irresponsable. Incorpora así el concepto de responsabilidad financiera, explicando que ésta existe cuando quienes estaban a cargo, al asumir deuda u observar el giro, podían entender, de buena fe, que con los recursos de la sociedad, seguros contratados inclusive, se iban a poder cubrir los créditos contractuales y extracontractuales. El objetivo parece ser retirar el centro del tema de la dotación de activos exclusivamente<sup>(10)</sup>.

Una idea semejante ha tenido recepción en nuestro medio cuando se trató la actitud de los administradores y la consecuente ratificación de los socios al momento de entrar en insolvencia. Puede ser que exista obligación de reprogramar deuda, concursarse preventivamente, pedir su propia quiebra o liquidar el ente<sup>(11)</sup>.

Así, esta incompleta y corta revista nos sirve para ver el estado actual del planteo sobre la infracapitalización societaria, tema que quizá en algún momento se termine confundiendo con algo que comienza a denominarse responsabilidad financiera y que, en nuestro medio, no necesariamente adquiera la misma forma que en otros lugares.

## **2.- El Fondo del Fallo -**

El fallo es mucho más sencillo.

La sociedad, actuando mediante sus representantes y, teniendo en cuenta los hechos, también con el consentimiento de los socios, realizó algunas maniobras de ocultamiento a partir del momento en que se les intentó cobrar una sentencia firme.

El Juez de primera instancia extendió la responsabilidad a quienes en su momento fueron los dos socios y gerentes de la sociedad con fundamento en la infracapitalización societaria.

Ambos votos del fallo de la Sala III compararon el capital social originario, que nunca fue modificado, con los valores de venta posterior de las acciones. El 100% del capital social era de \$ 5.000 y, en Julio de 2000, se vendió el 50% a \$ 50.000 y, más tarde, en Marzo de 2002, se vendió el otro 50% por \$ 20.000. Ambos jueces entienden que estos valores de venta demuestran que la relación entre el capital social y el giro era irrazonable. Esto puede verse así, pero en realidad, el deber de fondo no es tanto conservar el capital social sino conservar los activos en la sociedad. El capital social puede servir como cifra de retención porque eso debiera estar, pero el caso en análisis era más lineal que esto, porque pareciera que tampoco los bienes que componían o debían componer el capital social estaban y activos no había ninguno, no habiéndose cumplido los requisitos del caso.

O sea, pensar que el capital social debe guardar relación con el objeto es legítimo, pero es más difícil llegar a justificar la aplicación de artículos como el 54, 59, 157 o 274 LSC sobre esa base. Y dado que lo importante no es tanto lo que termine diciendo el estatuto como lo que haya dentro de la sociedad, parece mejor pensar en términos cercanos a lo que podría llamarse "infrapatrimonialización". Así, la responsabilidad sería más por carecer de los activos que responsablemente se necesitan para el giro de acuerdo con la práctica común del negocio, rozando entonces la más avanzada idea de la responsabilidad financiera.

Pero si el capital social no tiene sustento en los activos y no se redujo de acuerdo con el art. 206 (para la S.A.) o, en caso de haberse perdido, no se iniciaron los trámites de liquidación, el asunto va por otro lado.

En el caso comentado la forma más sencilla de resolución es la que lleva a la aplicación del art. 99 LSC, tal como lo hace Porta en el anteúltimo párrafo de su voto. Si la sociedad siguió operando sin activo y habiéndose perdido el capital social, los administradores son ilimitada y solidariamente responsables por haber incumplido el deber de liquidar el ente, sin perjuicio de la responsabilidad del los socios, como dice la misma norma.

Sobre esto cabe hacer una reflexión : por un lado están quienes piensan que cuando la sociedad continuó operando luego de configurado el supuesto de disolución del inc. 5, del art. 94 LSC, la sociedad pasa a ser irregular o de hecho<sup>(12)</sup>, con la consecuente responsabilidad de los socios, que se suma así a la que expresamente establece el art. 99 para el administrador. De la otra parte, están quienes piensan que no existe tal irregularidad y que la responsabilidad de los socios se mantiene limitada a menos que exista un motivo distinto para extenderla <sup>(13)</sup>.

El problema está con la interpretación de la frase final del art. 99, donde dice "cualquier operación ajena a esos fines los hace responsables ilimitada y solidariamente respecto a los terceros y los socios, *sin perjuicio de la responsabilidad de éstos*". La doctrina ha interpretado que esto quiere decir que los socios que "conocieron, consintieron o se beneficiaron con estos actos"<sup>(14)</sup> son solidariamente responsables.

Siendo esto así, el caso pudo haberse llevado exclusivamente por esa línea, que como se dijo, tenía menos complejidad de análisis.

Sin embargo, el desarrollo deja una conclusión : por un lado está la responsabilidad que deviene del incumplimiento de las normas sobre capital social, que básicamente están llamadas a proteger la realidad en activos de la cifra consignada en el estatuto; por otro, está la que surge por la desproporción entre el capital social y el giro y; en tercer lugar, lo que usualmente se llamó infracapitalización societaria material, que es la insuficiencia de los recursos para dar cumplimiento al objeto establecido, pudiendo ser que en el futuro empiece a confundirse con lo que vimos se denominó responsabilidad financiera, aunque éste es un concepto cuyos límites deberán clarificarse.

### **3.- Aspectos Procesales (y mas que eso) -**

No surge claramente del fallo como se llega procesalmente a condenar a los socios gerentes. En el voto del Dr. Guibourg se refiere que la primera instancia "extendió la condena a los recurrentes" y eso es lo que se confirma.

Después se menciona en el mismo párrafo que los recurrentes "entienden que la cuestión no fue debidamente planteada por los actores en la demanda y que en el proceso en el que fue condenado el ente ideal (ARTBABY S.R.L.) no se invocó ni acreditó conducción fraudulenta por parte de los administradores y socios".

Sobre eso considera el Juez Guibourg que "las actoras sostuvieron al demandar que, al intentar ejecutar la sentencia obtenida en los autos `Arancibia, Nora Rosaura c/Artbaby SRL` (EXPTE. Nº 20.237/2002 que obra agregado por cuerda), se encontraron con que la demandada se había mudado sin dejar rastros ..."<sup>(15)</sup>.

Las opciones sobre lo que procesalmente podría suceder en este tipo de casos son :

1.- A partir del Expte. de ejecución a la sociedad y por una sentencia en que fue condenada sólo ésta, se extiende a los socios/administradores la condena. Al no haber traslado y sustanciación para estos últimos, esta vía viola su derecho de defensa.

2.- Desde el Expte. de ejecución a la sociedad y sin abrir uno nuevo se corre un traslado a los terceros que se pretende responsabilizar, que no habían participado en el procedimiento previamente. Esta posibilidad también viola el derecho de defensa.

3.- Los terceros habían sido demandados y condenados en la primera causa, que es lo ideal, pero en ese caso la ejecución también es contra ellos.

4.- Que como consecuencia de la prueba que surge del proceso de ejecución a la sociedad, se demuestre una nueva responsabilidad de los administradores o socios. En este caso se inicia un nuevo pleito con la causa de ejecución a la sociedad como prueba.

Esta última es la forma procesalmente correcta de tramitar este tipo de asuntos respetando el derecho de defensa. El problema es que la prescripción laboral es de dos años y los juicios generalmente duran eso o más, con lo cual al momento de demandar a los nuevos responsables, la acción ya prescribió contra ellos. Esto podría suceder también en materia comercial, con sus distintos plazos de prescripción, y en otras.

Entonces, si la sociedad ya estaba subcapitalizada al iniciarse la demanda contra ella, la respuesta, como en cualquier otro tema, es que quien se perdió de demandar en tiempo no tiene porqué ser comprendido posteriormente. El problema se da específicamente en temas de infracapitalización porque ésta puede haberse producido después de iniciada la causa e incluso cuando ya hay sentencia firme, en ese caso, no se podría haber invocado inicialmente. Este conflicto es entre el derecho a invocar el incumplimiento de normas legales de las que podría surgir un crédito (art. 54, 59, 274 LSC, etc.), por un lado, y el derecho de defensa en juicio y a oponer la prescripción, por otro.

La solución no es sencilla.

### **Notas:**

<sup>(1)</sup>La infracapitalización material es la insuficiencia de recursos para dar cumplimiento al objeto social previamente establecido, normalmente, el otro modo que se identifica es la formal o nominal, o sea, la manipulación de los privilegios establecidos en la ley de concursos y quiebras y eventualmente del sistema de participación en las ganancias, mediante el establecimiento de ratios inadecuados entre capital y deuda, que se configuran por préstamos de los socios o controlantes a la sociedad.

<sup>(2)</sup>Ver SERIK, ROLF; Apariencia y realidad en las sociedades mercantiles; Ed.

Ariel; Barcelona; 1958; pag. 73. En la pag. 243 se vuelve sobre el tema.

<sup>(3)</sup>POSNER, RICHARD A.; Economic análisis of law; Ed. Advisory Board, 1998, pag. 435

<sup>(4)</sup>EASTERBROOK, FRANK H. – FISCHER, DANIEL R.; The economic structure of corporate law; Harvard University Press; 1991; pag. 55

<sup>(5)</sup>Pag. 59.

<sup>(6)</sup>CARNEY, WILLIAM J.; Limited liability; pag. 668. Disponible en <http://encyclo.findlaw.com/5620book.pdf>, fecha de consulta 06/Mar./06.

<sup>(7)</sup>BAINBRIDGE, STEPHEN M.; Abolishing veil piercing; SSRN – id 236967; 2000.

<sup>(8)</sup>Pag. 50.

<sup>(9)</sup>Pag. 32.

<sup>(10)</sup>MILLON, DAVID; Piercing the corporate veil, financial responsibility and the limits of limited liability; SSRN – id 451520. Ver especialmente pags. 25, 26, 36, 37, 53, 58, 60 y 61.

<sup>(11)</sup>Sobre esto ver VÍTOLO, DANIEL ROQUE; Responsabilidad de los directores al ingresar la sociedad en la zona de insolvencia; LL Tº 2005 – A; pags. 1207/46.

<sup>(12)</sup>FARINA, JUAN M.; Tratado de sociedades comerciales; Parte General; Zeus Editora; Reimpresión 1980; Rosario; pag. 283. Dice : “Nuestra jurisprudencia no ha limitado el concepto de sociedad irregular a aquellas ´ no constituidas regularmente ´ ... sino que ha ampliado este concepto a aquellas sociedades que han sido regularmente constituidas, pero que luego de vencido el término de duración han continuado actuando en vez de entrar en liquidación”. NISSEN, RICARDO A.; Dos cuestiones vinculadas con la disolución de sociedades mercantiles por vencimiento del plazo contractual; ED. 89 pags. 381/4. En la pag. 383 se lee : “Por mi parte, adhiero a la doctrina que sostiene la aplicación a las sociedades de plazo vencido que ignora el proceso liquidatorio de los arts. 21 a 26 de la ley 19.550 – sección IV, ´De las sociedades no constituidas regularmente ´ - y si bien no puede hablarse de que estamos ante una sociedad con vicios de formación, no caben dudas de que los principios contenidos en aquella sección son igualmente válidos para el supuesto que se analiza”.

<sup>(13)</sup>ETCHEVERRY, RAUL A.; Sociedades irregulares y de hecho; Ed. Astrea; Bs. As., pag. 1981; pag. 177, donde dice : “... dejamos ya expuesta nuestra oposición a que se sostenga, al menos como opinión genérica, que el ordenamiento admite la irregularidad – o de otra manera, que aparezca la sociedad que reconoce y regula el art. 21 y ss. de la ley – sobreviniente o sucesiva”. Y en la pag. siguiente da los ejemplos que entiende como excepciones a esto, entre los que no está el de este caso. Puede entenderse dentro de este grupo también la opinión expuesta en Cuadernos de derecho societario; ZALDIVAR, ENRIQUE y otros; Volumen I; Ed. Abeledo – Perrot; Bs. As.; 1980; pag. 124. Más categórico ROITMAN, HORACIO; Ley de sociedades comerciales comentada y anotada; Tº II; Ed. La Ley; Bs. As.; 2006; pags. 490/1.

<sup>(14)</sup>ROITMAN; Ob. cit.; pag. 493.

<sup>(15)</sup>NISSEN, RICARDO A.; en su comentario a este fallo : Diario LL 19/Nov./08 (“Nuevamente la Justicia viene de la mano de los tribunales laborales”) explica que la sentencia “resolvió extender la condena dictada contra la sociedad a los socios de una sociedad de responsabilidad limitada notoriamente infracapitalizada ...”, pero tampoco detalla mucho más sobre cuales fueron los pasos procesales.