

LA INFRACAPITALIZACIÓN SOCIETARIA. UNA NOVEDAD PARA EL DERECHO ARGENTINO QUE AMENAZA CON CONVERTIRSE EN ESTIGMA

IVÁN G. DI CHIAZZA

RESUMEN

Usualmente se buscan soluciones simplistas para algún problema, convenciéndonos de que la dificultad estriba en un aspecto muy puntual de un instituto, esta tendencia a 'minimizar' y 'encerrar' soluciones (en pos de una pseudo-certeza que atosiga a nuestras estructuradas mentes jurídicas), en la praxis no obtiene resultados; ello así, no porque la idea no sea buena, sino porque la realidad es mucho más compleja, heterogénea y dinámica, por lo que desborda cualquier buena intención de tratamiento unidisciplinar y monotemático.

Esto es lo que sucede en derredor de la infracapitalización societaria y que configura una tendencia que no comparto; porque dudo de los alcances del término infracapitalización (tal vez sea una cuestión semántica, pero no puedo dejar de dudar); porque no creo que la

problemática aquí implicada (llámesela infracapitalización o como sea) se pueda minimizar en una solución tan simple (la exigencia de suficiencia de capital social); porque no considero que una sociedad infracapitalizada implique *per se* un supuesto fraudulento, el fraude como tal es un plus de actuación dolosa independiente de la suficiencia del capital social y por una razón estrictamente metodológica ya que resisto las soluciones absolutizantes en el ámbito jurídico, por no tratarse de una ciencia exacta.

1.- INTRODUCCIÓN Y POSICIONAMIENTO ACTITUDINAL

“...Los matemáticos empiezan a trabajar transformando cualquier problema con el que se encuentran en otro que sepan como resolver. Esta es una estrategia muy sensata y la utilizamos constantemente para poder aplicar el tipo de pensamiento de *‘búsqueda de la rutina’*. (...) También podemos intentar transformarlo directamente volviéndolo a definir”.¹

El tipo de pensamiento de *‘búsqueda de la rutina’*, agobia nuestra imaginación cuando nos topamos con problemas novedosos, lo cual es propio de la afanosa búsqueda de certezas; sin embargo, con cierto esfuerzo podríamos aventurarnos a intentar transformar dichos problemas, redefiniéndolos y este es el desafío al que, precisamente, nos compele la infracapitalización societaria².

Se presenta así, la infracapitalización, como un interrogante novedoso que cuestiona nuestras estructuras mentales (conceptos y definiciones que aferramos como un tesoro). Se trata de una situación que coloca en tela de juicio las certezas y he invita a arrojarnos al abismo de la creación. No obstante, la tentación es fuerte (las certezas y seguridades de lo conocido claman nuestra atención), flaqueamos y recurrimos a las viejas estructuras, a los esquemas pensados para otras

¹ DE BONO, EDWARD: “*Aprende a pensar por ti mismo*”, Barcelona, Paidós, pág.126.

² Si bien lo propuesto puede resultar exótico, sólo se trata de que los abogados nos animemos a pensar más como abogados (valga la redundancia) y menos como matemáticos (valga la aspiración). Al respecto y como síntesis de mi postura actitudinal frente al Derecho, ver: DI CHIAZZA, IVÁN G. & MARZETTI, MAXIMILIANO: “*Mitos, prejuicios y mitos, prejuicios y nuevas alternativas de reflexión en torno al análisis económico del derecho en la Argentina*”, E.D., 9/2/04, p. 1.

circunstancias y momentos, pero que, por razones de (cierta) comodidad intelectual nos resulta más sencillo emplear.

Es bien conocida la opinión doctrinaria que sostiene que el capital social debe ser *'adecuado'* al objeto social; caso contrario, la sociedad no se debería constituir (si la inadecuación es en el origen) por hallarse la referida sociedad en estado de infracapitalización. Entiendo que *'la búsqueda de la rutina'* se hace patente aquí, vía la tendencia a *'minimizar'* y *'encerrar'* el tratamiento de la infracapitalización. Se *'minimiza'* el tratamiento cuando se reducen sus diferentes aspectos y sólo se atiende a uno de ellos (en este caso al capital social), cargando todas las tintas sobre el mismo. Se *'encierra'* la cuestión cuando no se advierte que un abordaje efectivo implica superar la limitada visión unidisciplinar.

Por la tanto, sostengo a modo de ponencia, que: *"La discusión (junto a las soluciones que se propician) en torno del concepto de infracapitalización merece ser replanteada incorporando todos los elementos concretos y reales que se encuentran en juego (y no sólo el capital social), para que, sobre la base del daño efectivo y no la mera traslación de riesgos, se pueda pergeñar soluciones justas y eficientes que no redunden en el estigma fraudis de los emprendimientos societarios."*

2.- UNA NOVEDAD PARA EL DERECHO ARGENTINO

Resulta interesante resaltar como en nuestro país, la infracapitalización societaria es (en la actualidad) el tema de moda en las reflexiones doctrinales, habiéndose generado en los últimos años un crecimiento exponencial de los esfuerzos doctrinarios por sistematizarla, aunque no por ello, ha crecido al mismo ritmo la calidad de las argumentaciones y especulaciones sobre el particular; en general, se advierte una reiteración de fórmulas superficiales, que con cierto dejo dogmático renuevan las consideraciones vertidas hace más de dos décadas en el icono *Veca Constructora*³.

³ 1º Inst. Com. de Registro, Capital, firme, 30/06/1980, *Veca Constructora S. R. L., L.L.*, t. 1980-D, p. 464. Especial atención merece al respecto la Res. N° 1416 4/11/03 I.G.J. de la Ciudad de Bs. As., por la cual se rechaza la inscripción de una S.A. por entenderse que el ca-

Ahora bien, si nos atrevemos a mirar más allá de nuestras fronteras (geográficas e intelectuales) advertiremos que esta novedosa noción de infracapitalización, en el derecho norteamericano⁴, por ejemplo, se presenta como uno de los tópicos de mayor atención desde hace más de 45 años y ello así, en la medida en que sólo considere los *leading cases* más relevantes en la materia que datan de las décadas del '50 y del '60⁵, ya que hurgando un poco más en el pasado de los antecedentes jurisprudenciales, me encuentro con pronunciamientos aislados en las décadas del '30 y del '40⁶.

En este sentido, apuntando la mirada hacia otros países, es dable advertir un desarrollo del tema que torna incipiente e insignificante al existente en el nuestro y lo que se nos presenta como novedoso, en realidad no lo es, lo cual debería ayudarnos a sosegar la ansiedad que rodea a este tema y que conlleva a generar (cuasi) soluciones sencillas (e ineficientes), propias de la 'búsqueda de la rutina'.

3.- LA AMENAZA DEL *ESTIGMA FRAUDIS*

Es evidente que no pocas veces se utiliza la figura societaria (y en especial la limitación de responsabilidad) con capitales sociales irrisorios a los efectos de lanzarse a una aventura comercial sin mayores perspectivas de futuro y con el único ánimo de actuar '*como se pueda*'

pital social era insuficiente con relación a su objeto social. Cfr. <http://www.legislaw.com.ar/juris/jurisIGJ-03.htm>.

Siguiendo la misma tendencia, el 04/06/04 (B.O. 07/06/2004) la I.G.J. dictó la R.G. 9/2004 por la cual se modifica el art. 18 de la R.G. 6/80 y se establece que el conjunto de las actividades descriptas (en el objeto social) deberá guardar razonable relación con el capital social. Cfr. Anales Leg. Arg.; L.L., boletín informativo, n° 14, año 2004, p. 59 y s.s.

⁴ Toda vez que se plantea el deseo de estudiar el derecho norteamericano es tentador reaccionar objetando que tal proceder no es adecuado a un país con una raigambre propia del sistema continental como el nuestro. Ello no es más que una frase hecha. En rigor de verdad, estos sistemas jurídicos convergen rápidamente ya que en ambos se ha modificado el papel del juez y del legislador en sentido contrario, ha aumentado la legitimidad del juez para crear derecho privado en los países continentales, a la vez que pierde protagonismo el legislador y, viceversa, ha aumentado el conjunto de sectores regulados por normas legales que se imponen a los jueces en el derecho anglosajón. Cfr. MATTEI, UGO & PARDOLESI, ROBERTO: "*Law and economics in civil law countries: a comparative approach*", Int. Rev. L. Econ., t. 11, diciembre 1991, p. 269.

⁵ *Automotriz del Golfo de California S.A. de C.V. v. Resnick*, 306 P.2d 1 (Cal. 1957), *Minton v. Cavaney*, 364 P.2d 473 (Cal. 1961), 56 Cal. 2d 576 y *Walkowszky v. Carlton*, 223 N.E.2d 6 (N.Y. 1966).

⁶ *Shea v. Leonis*, 14 Cal. 2d 666 (1939), *Carlesimo v. Schwebel*, 87 Cal. App. 2d 482 (1948).

en el corto plazo, mientras tanto los acreedores vulnerables son los que sufren el perjuicio por la ineficacia de los sistemas protectorios especiales. Ahora bien, el problema no se plantea con las situaciones extremas; esto es, los casos groseros de infracapitalización, aquellos en los que la desproporción es palmaria⁷. El nudo gordiano se trenza, no precisamente en los casos extremos, sino, en los casos intermedios, aquellos en los que la respuesta no es blanco o negro sino gris e incluso se presenta con una gran variedad de matices.

Esto se vincula a la manía persecutoria de las sociedades que *a priori* se las califica de fraudulentas por el sólo hecho de encontrarse infracapitalizadas⁸, lo cual no me place (no porque niegue que existan sociedades fraudulentas), sino, porque no se compadece con la esencia jurídica, el aceptar una relación de causalidad necesaria entre la (*in*) *suficiencia* de capital y el fraude. Pretender que cualquier caso de infracapitalización lleva anexo (algo así como pegado) en forma necesaria e ineludible el fraude, es una idea algo simplista y me resulta (cuanto menos) apresurada e ingenua y (cuanto más) una generalización inadecuada a la dinámica, complejidad y particularidades del devenir empresario en cada caso concreto y hacen que se cargue sobre las sociedades un estigma (*stigma fraudis* lo he denominado) que no todas se merecen.

4.- INFRA... QUE?!

La idea general que se maneja de la infracapitalización, se basa en una evaluación de la que se infiere que la sociedad no cuenta actualmente (o que no ha de contar en el futuro) con capital propio suficiente para el desarrollo del ciclo de vida empresarial a devenir, de

⁷ Al decir de Hackney & Benson: "...It seems obvious that one thousand dollars may be adequate capital for a barber shop, but grotesque for a steel mill...". HACKNEY, WILLIAM P. & BENSON, TRACEY G.: "Shareholder liability for inadequate capital", U. Pitt. L. Rev., t. 43, año 1982, p. 856.

⁸ Expresa Roberto Krochik: "...Los intentos de constituir sociedades anónimas sin capital adecuado no pueden ser admitidos, porque aparecen desprovistas de seriedad y en fraude a los terceros que contratan de buena fe con la misma". KROCHIK, ROBERTO D.: "Responsabilidad de los directores y administradores por la infracapitalización", VIII Congreso Argentino de Derecho Societario, IV Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa, t. III, UNR, Rosario, 2001, pág. 353.

manera tal que representa un riesgo financiero relevante para aquellos que se relacionaron con la empresa o que se relacionarán de manera voluntaria o involuntaria.

Deseo aclarar en este punto que no coincido con el término comúnmente empleado de infracapitalización, por que existen una serie de consideraciones que deben ser abordadas acerca de las relaciones: *capital - patrimonio; activos - financiamiento - estructura de capital; recursos propios - deuda; capital de trabajo - obligaciones a corto plazo; capital líquido - capital inmovilizado o fijo; costo de capital - rentabilidad; etc.*, que podrían implicar la necesidad de un cambio en la terminología empleada; todo ello, ya que bien se puede discutir (tarea que no abordaré en esta oportunidad por razones de espacio) si acaso no correspondería hablar de infrapatrimonialización o insuficiencia de activos, infraliquidez, sobreendeudamiento o sobreinmovilización de activos, o bien se podría emplear algún otro nombre que resulte (más o menos) adecuado a las diferentes configuraciones del problema que se pretende sintetizar con dicho término.⁹ Asimismo, desde una perspectiva estrictamente financiera, es hartamente discutible la noción de infracapitalización que manejan los doctrinarios del derecho, dado que, aquella situación que el jurista rotula como infracapitalización, para los profesionales de las finanzas, sencillamente podría no serlo (y suele no serlo). Pero bien, más allá de la cuestión semántica implicada que deberían dar lugar a una discusión aparte (y más detenida por cierto), a continuación he de repasar las apreciaciones doctrinarias que se realizan con respecto a la noción y a los tipos de infracapitalización, desde una perspectiva crítica y no meramente descriptiva.

⁹ No acepto, por mero prurito metodológico, la irreprimible tendencia a asignarle denominaciones incondicionales a los problemas jurídicos; obviamente que los mismos sirven para entendernos mejor, sentando las bases comunes de discusión, pero se vuelven en nuestra contra (o mejor en contra del progreso del derecho) toda vez que nos aferramos a ellos sin controvertir. Así, enseña Genaro Carrió, que la definición dogmática, "...responde a una tendencia irreprimible de la razón: la búsqueda de lo incondicionado. En este caso lo que se busca es una fuente única, ilimitada y suprema, de toda normación jurídica y de toda justificación jurídica. Tal fuente, si la hay, está más allá de nuestras posibilidades de conocimiento y de expresión". Ver: CARRIÓ, GENARO: "*Sobre los límites del lenguaje normativo*", Buenos Aires, Astrea, 1973, p. 57.

5.- NOCIÓN Y TIPOS DE INFRACAPITALIZACIÓN. CRÍTICA

Como primera aproximación a la definición de infracapitalización, una de las opiniones más conocidas ha sido la del profesor español Cándido Paz Ares, quien entiende por tal a: "...Cualquier desproporción conmensurable -o si se prefiere, inequívocamente constatable- entre la magnitud del capital de responsabilidad fijado estatutariamente y el nivel de riesgos de la empresa que en cada caso se programe para llevar a efecto el objeto social".¹⁰

Al hablar de infracapitalización se alude también a una gran variedad de tipologías, las cuales implican una complejidad que promueve a que su individualización deba ser producto de un diagnóstico específico. Con respecto a los tipos de infracapitalización, se suele mencionar a la infracapitalización originaria como aquella que aparece desde el momento en que los socios constituyen la sociedad¹¹ o sobreviniente como aquella que surge con posterioridad, en el transcurso de la actividad empresarial. Por otra parte, la infracapitalización material se configuraría toda vez que la sociedad no dispone de los recursos propios adecuados para cubrir satisfactoriamente las necesidades financieras que requiere la actividad empresarial que se desarrolla (o que se pretenden desarrollar) y en el caso de existir aportes de los propios socios, puedan considerarse como suficientes.¹² En tanto que la infracapitalización nominal aparece cuando las necesidades de financiación de la sociedad, son cubiertas por los socios mediante aportaciones realizadas en concepto de créditos. Al respecto, enseña Miguel Araya que la infracapitalización nominal o formal se genera en el supuesto en que la sociedad sustenta su actividad con créditos de los

¹⁰ PAZ ARES, CÁNDIDO: "Sobre la infracapitalización de sociedades", año 1983, p. 1597. Cit. por GUASCH MARTORELL, RAFAEL: "La doctrina de la infracapitalización: aproximación conceptual a la infracapitalización de sociedades", R.D.M., año 1999, n° 234, pág. 1490.

¹¹ "...La società viene cioè ad esistenza ed inizia la propria attività economica con un capitale che appare manifestamente insufficiente a fare fronte alle incombenze dell'attività medesima". TONELLO, MATTEO: "La dottrina del piercing the veil nell'americana corporate law", C. e I., anno XIV, 1998, pág. 195.

¹² La empresa se encuentra carente no solamente de medios propios sino también ajenos. Cfr. Reinoso, José L.: "Capital social: mínimo legal y suficiente para el cumplimiento del objeto social (Responsabilidad de los administradores por infracapitalización material)", J. A., t. IV-1997, p. 733.

socios que ingresan en tal carácter y no como aportes efectivos.¹³

Ahora bien, las definiciones precedentes resultan una buena simplificación teórica de la problemática en estudio, pero no profundizan cuales son los elementos *concretos y reales* que se encuentran en juego; es decir, sólo contempla al *capital social propio suficiente* y al *traslado de riesgos* hacia los terceros y circunscribe la reflexión a esos dos elementos. Aquellas explicitaciones constituyen una visión estática de la problemática, no falsa ni errónea, es que sólo se limitan a observar (cual fotografía) un aspecto en el devenir de la sociedad, este es, la *suficiencia del capital social propio* (aislando las incidencias financieras, económicas y organizativas) y un aspecto en la asignación de responsabilidades, el *traslado de riesgos*, relegando la noción de daño específico y particular. Por ende, el desafío es imaginar una noción más compleja y completa de la idea que subyace detrás del término infracapitalización, en aras de inquirir todos (y no una parte antojadiza) de los datos y sujetos que aparecen implicados.

Cabe que se me pregunte el porque de la necesidad de repensar estas cuestiones. La respuesta es bastante sencilla y radica en que las mismas se sustentan en obsesiones de neto corte dogmático, indiscutibles e irreprochables que estancan toda posible evolución del derecho y se cae en el '*punto muerto*' de la discusión¹⁴. Aquí residen prejuicios

¹³ Cfr. ARAYA, MIGUEL: "*Repensar la noción de capital social*", D.E.A., Buenos Aires, Depalma, 1996, p. 41.

En palabras de Giuseppe Portale y Concetto Costa: "...nell'ambito del problema della sottocapitalizzazione si distingue, di conseguenza, tra sottocapitalizzazione materiale e sottocapitalizzazione formale o nominale: la prima espressione viene utilizzata per indicare quelle ipotesi in cui la società è assolutamente priva di mezzi propri adeguati al perseguimento dell'oggetto sociale; la seconda per quelle diverse ipotesi in cui il capitale appare inadeguato, ma la società è rifornita altrimenti dai soci dei mezzi necessari." PORTALE, GIUSEPPE Y COSTA, CONCETTO: "*Capitale sociale e società per azioni sottocapitalizzate: le nuove tendenze nei paesi europei*", en "*Il Diritto delle Società per azioni: Problemi. Esperienze. Progetti*", Milano, 1993, Ed. Giuffrè, p. 142-143.

¹⁴ Se advierte que muchas veces en el derecho se cae en el punto muerto de la discusión, toda vez que los que intervienen en ella se encierran en los propios significados de los términos que emplean. En este sentido, para que un desacuerdo sea considerado genuino, los términos en los que se formulan las posiciones enfrentadas deben significar lo mismo para cada uno de los contendientes. Cuando esto no ocurre, el desacuerdo entre ellos es meramente verbal: creen que discuten pero en realidad están utilizando las palabras con diferentes significados y, en consecuencia, están hablando de cosas diferentes. Esta distinción fue analizada, en líneas generales, por Charles Stevenson. Ver: STEVENSON, CHARLES L., "*Ética y Lenguaje*", Buenos Aires, Paidós, 1975.

Genaro Carrió desarrolla la aplicación de la misma al ámbito jurídico. Véase: CARRIÓ, GENARO, "*Notas sobre Derecho y Lenguaje*", Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1990, 4ta. ed.

conceptuales, como lo son la supuesta correlación (cual aserto incontestable) entre el capital social y el objeto social y la función de garantía del capital social. En otras palabras, la idea y los conceptos sobre la infracapitalización, se sustentan en una pretendida relación de causalidad necesaria entre el capital social y el objeto social; a su vez, tal relación se basa en una ilusoria función de garantía del capital social. Pero estas apreciaciones se pueden controvertir, no para defender a las sociedades fraudulentas o para atacar gratuitamente al capital, sino más bien, para advertir que la seguridad de un razonamiento que poco se ha cuestionado, se lo puede hacer tambalear. Ello nos debe forzar a imaginar alternativas y si para tal cometido es necesario desmitificar la *pseudo relación capital - objeto* y la *ilusoria función de garantía del capital*, como una especie de sacudida intelectual, pues bien, asumo el costo de insistir con ella, si ha de generar un nuevo espacio de debate en procura de la justicia y eficacia del sistema societario.

6.- CONCLUSIÓN

Usualmente se buscan soluciones cuasi-mágicas para tal o cual problema, convenciéndonos de que la dificultad estriba en un aspecto muy puntual de un instituto o figura determinada, esta tendencia a '*minimizar*' y '*encerrar*' soluciones (en pos de una pseudo certeza que atosiga a nuestras estructuradas mentes jurídicas), en la *praxis* no obtiene resultados; ello así, no porque la idea no sea buena, sino porque la realidad es mucho más compleja, heterogénea y dinámica, por lo que desborda cualquier buena intención de tratamiento unidisciplinar y monotemático.

Esto es lo que sucede en derredor de la infracapitalización societaria y que configura una tendencia que no comparto; en primer lugar, porque dudo de los alcances del término infracapitalización (tal vez sea una cuestión semántica, pero no puedo dejar de dudar); en segundo lugar, porque no creo que la problemática aquí implicada (llámesela infracapitalización o como sea) se pueda minimizar en una solución tan simple (la exigencia de suficiencia de capital social ¿?); en tercer lugar, porque no considero que una sociedad infracapitaliza-

da implique *per se* un supuesto fraudulento, el fraude como tal es un plus de actuación dolosa independiente de la suficiencia del capital social; en cuarto lugar, por una razón estrictamente metodológica ya que resisto las soluciones absolutizantes en el ámbito jurídico, por no tratarse de una ciencia exacta.

Obviamente que no es mi intención defender, obviar o negar el abuso del instrumento societario (limitación de responsabilidad mediante) con ánimo defraudatorio, sino que partiendo de dicha realidad y de la necesidad (en tanto y en cuanto queramos disfrutar de un sistema societario en serio) de su pronta reacción, entiendo que dicho cometido no se logra con apreciaciones dogmáticas. Simplemente, procuro advertir que lo que se pretende un problema del capital social, en rigor de verdad, no lo es (o no lo es necesariamente), por cuanto no se trata sólo del capital social (a secas), sino, de una complejidad conceptual que involucra al patrimonio, los activos, las fuentes de financiamiento, el costo del capital, la estructura del capital, el nivel de endeudamiento, etc., etc. y lo que se pretenden como soluciones tampoco lo son (o necesariamente lo son), toda vez, que no atienden a las cuestiones metajurídicas implicadas, como ser las financieras, económicas y organizativas, propias del devenir empresario.