

La infracapitalización societaria como presupuesto de extensión de responsabilidad a los socios.

¿Infracapitalización o descapitalización?

Por Federico J.A. Colombres (h).

Desde fines de la década de los noventa a ésta parte, con especial intensidad a partir de la crisis del año 2001, se instaló en doctrina y jurisprudencia el debate acerca de la extensión de responsabilidad a socios y directores¹ por deudas laborales de la persona jurídica, en una especie de reedición de la discusión iniciada a partir del fallo Swift Deltec, pero ceñida ya en su aplicación práctica al campo del derecho laboral.

Así, y luego que la doctrina y la práctica judicial se hayan ocupado del tema del *disregard of legal entity* frente a incumplimientos de los administradores y/ socios por irregularidades imputadas a la persona jurídica, una nueva oleada del debate vino de mano del derecho laboral, en el intento de ampliar las garantías de cobro del trabajador contratado mediante personas jurídicas a través de la extensión de responsabilidad a sus socios y directores, lo cual nos obliga como operadores del derecho a repensar el principio de la limitación de la responsabilidad a la luz del principio protectorio del derecho del trabajo.

¹ En el presente se utilizarán los términos gerente y director de manera indistinta, refiriéndose ambos al administrador de una persona jurídica en la que los socios limiten su responsabilidad al aporte efectuado. En los hechos, a los gerentes de la S.R.L. o a los directores de la S.A.

En tal dirección, cabe recordar que con los fallos Duquelsy² y Delgadillo Linares³ se sientan los primeros precedentes de extensión de responsabilidad a socios y administradores de personas jurídicas por indebida registración del trabajador, iniciándose un encendido y frondoso debate en doctrina y jurisprudencia⁴, fundamentalmente entre comercialistas y laboristas, respecto al alcance del principio de limitación de la responsabilidad de la persona ideal, el que hasta la fecha no fue resuelto de manera expresa por la Corte Suprema⁵.

La importancia del tema no es poca, bregando los comercialistas por la protección del principio de la responsabilidad limitada en aras de defender la institución de la persona jurídica, frente a los laboristas que reclaman la protección del trabajador mediante el descorrimiento del velo societario cuando se contrata irregularmente a través de un ente ideal.

En el medio del fragor del debate y aún sin adscribir a ninguna de las señaladas especialidades, el resto de la comunidad jurídica trata de formarse

² Duquelsy, Silvia c. Fuar S. A. y otro. Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, sala III de fecha 19/02/1998.

³ Delgadillo Linares, Adela vs. Shatell S.A. y otros s/ despido. Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo Sala III. COMPLETAR

⁴ NISSEN, Ricardo, Un magnífico fallo en materia de inoponibilidad de la personalidad jurídica, Errepar, DSE - julio/1998; JUNYENT BAS, Francisco, Responsabilidad de los administradores societarios por fraude laboral, apuntes a los fallos "Delgadillo Linares y Dulquelsy", RDPC, tomo 2000-1, pág. 183; MUGUILLO, Roberto, Desestimación de la personalidad jurídica y pagos en negro, Ponencia en el XXIX Encuentro de Institutos de Derecho Comercial de la Provincia de Bs. As., Mayo 1999; LAS HERAS, Horacio Raul y D'AURIZIO, Angel Mario, La responsabilidad solidaria de administradores y socios frente al trabajador, DT 2001-A, pág. 591; TOSCA, Diego, Responsabilidad de los administradores y socios de personas jurídicas en los casos de fraude laboral. En busca de caminos alternativos, DT 2005-B, pág 940, para tomar sólo algunos de los numerosísimos artículos en doctrina publicados.

⁵ La Corte en un primer momento se inclinó por un criterio restrictivo en materia de extensión de responsabilidad de socios y directores por deudas laborales, sentando su doctrina en los fallos Palomeque y Carballo. Al día de la fecha, ha optado por convalidar la extensión de en sentido amplio a través del silencio, denegando el recurso extraordinario en casos en que la Cámara responsabilizaba a socios o directores. Ver por ejemplo: Daverede, Ana María vs. Mediconex, del 29/05/07.

un criterio sobre tal temática que pone en la balanza temas tan caros para el ordenamiento jurídico, como lo son la persona del trabajador y la protección de su crédito, por un lado, y la conservación del principio de limitación de la responsabilidad como axioma fundamental para la conservación de la persona jurídica como herramienta económica, por el otro.

Dentro del marco conceptual esbozado, el propósito del presente trabajo es el de aportar algunas notas sobre una problemática concreta que ocupa a los autores y a los jueces, y que forma parte de la discusión sobre la vigencia del principio de limitación de responsabilidad frente a eventuales fraudes cometidos para con el trabajador, cual es la infracapitalización societaria como supuesto de extensión de responsabilidad a los socios y directores.

1. El capital social como garantía frente a los acreedores y su vigencia como principio.

El capital social es el valor atribuido al conjunto de los aportes hechos por los socios. A más de su función típica de productividad, es decir, de constituir el medio por el que se proveerá a la consecución del objeto, la doctrina ha señalado una innegable –aunque hoy discutida– función de garantía patrimonial para los terceros que se relacionan con la sociedad, como contrapartida de la limitación de la responsabilidad de los socios.

En este sentido, y por un imperativo ético, la limitación de la responsabilidad resulta un beneficio que otorga el ordenamiento jurídico cuando la persona ideal bajo la que se arroja una empresa humana ha sido dotada de los medios indispensables para cumplir con su objeto determinado, sin que puedan temerse perjuicios para terceros que contratan con ella, quienes por la concesión del beneficio de limitación de responsabilidad quedarán impedidos

de accionar contra el o los patrimonios particulares de los socios que la integran.

Sentado lo anterior como principio general, cabe preguntarnos en el estado actual de las cosas si puede sostenerse que el capital social deba ser entendido como una garantía por los terceros contratantes, y en segunda instancia cuál es el concepto de capital social que debe ser tenido en cuenta al efecto de considerar la garantía apropiada.

En tal dirección, para separar las aguas debemos diferenciar el concepto de capital social entendido como la suma de los aportes de los socios consignados en el estatuto, del de patrimonio, como el conjunto de bienes de una persona (Art. 2312 C.C.), comprensivo de créditos y deudas.

A esta altura es del caso señalar que la protección del capital social nació en el siglo XIX, en el que, y a falta de desarrollo de las ciencias contables y financieras, se establecía un capital de giro en el estatuto como única forma de determinar la solvencia frente a terceros. El patrimonio no era a estas alturas un dato relevante, pues era difícil de conocer y determinar.

A posteriori, ya en tiempos mas recientes, el dato patrimonial fue adquiriendo importancia hasta convertirse hoy en un índice de mayor relevancia para terceros que contratan con una persona jurídica, siendo impensable que cualquiera que pretenda dar crédito a una sociedad tome contacto con los estados contables para conocer su evolución patrimonial o su estado de resultados.

En ésta dirección, tendremos que al constituirse la sociedad, el capital y el patrimonio coincidirán, toda vez que el único patrimonio de la sociedad serán sus aportes, consignados como pasivo social. Pero a medida que transcurra la vida del ente, y si la conducción es exitosa, irán sumándose o restándose bienes en su propiedad, o bien créditos y deudas, con lo que su patrimonio

tenderá a divorciarse del capital inicial aportado, por la evolución propia de su actividad.

De ésta manera, el patrimonio comenzará a fluctuar dinámicamente, creciendo o disminuyendo, mientras el capital social permanecerá intangible hasta que los socios decidan su aumento o disminución.

Así las cosas, durante la vida social de la persona jurídica la medida de su solvencia y capacidad económica será el volumen de su patrimonio, siendo su patrimonio neto, como diferencia entre el activo y el pasivo, el índice comúnmente considerado por los terceros a los efectos de comprometerse contractualmente.

Por ello, y con Le Pera⁶, creemos que el capital social al día de la fecha resulta un concepto fútil y no indiciario de la solvencia de una sociedad, siendo el capital aportado por los socios de manera originaria un piso de garantía de funcionamiento que permitirá a la sociedad responder por sus actos en la etapa inicial de su trayectoria, deviniendo menos relevante durante la etapa posterior de desarrollo⁷. Sin perjuicio de nuestra opinión, otros autores, como Nissen, han sostenido la importancia del capital social como garantía frente a terceros, propugnando la obligación de los socios y administradores de adecuar el capital social a la magnitud del giro societario, so pena de incurrir en responsabilidad solidaria frente a terceros⁸.

⁶ Adoptamos el calificativo dado por Sergio Le Pera en su artículo “Sobre la futilidad de la noción de capital social”, publicado en L.L 1986-B, que recomendamos para ampliar lo manifestado sobre el capital.

⁷ En esta misma dirección, doctrinarios como **ROITMAN** sostienen que el concepto de capital social ha devenido irrelevante como concepto, siendo el patrimonio neto el dato relevante a la hora de determinar la solvencia de la sociedad. De hecho, propone a los efectos de una futura reforma de la ley, un sistema de actualización periódica del capital social en relación a la evolución del patrimonio neto. Vid. ROTIMAN, Horacio, Ley de Sociedades Comerciales Comentada y Anotada, Editorial La Ley, T. I, ps 235-246.

⁸ **NISSEN**, Ricardo. “Sobre la inescindible relación que existe entre el capital y el objeto social” L.L. 207-E-624. Creemos de relevancia leer a este autor, quien además de participar como doctrinario en el debate, lo hizo como director de la Inspección General de Justicia,

En ésta línea, entendemos que el concepto de capital ha abandonado su faz estática de ser un numeral estatutario apreciable pecuniariamente para comprender a todos los recursos de los que se vale la sociedad en su giro.

Para concluir, es necesario destacar que la comprensión que se tenga del problema del capital social como función de garantía frente a terceros nos permitirá abordar la cuestión de la infracapitalización con mayor claridad conceptual, por lo que estimamos necesario habernos permitido la precedente digresión.

2. La infracapitalización societaria.

En rigor de verdad, la infracapitalización societaria mas que un fenómeno o suceso por el que atraviesa la sociedad, se trata de una doctrina que propugna que las sociedades que se pretenden inscribir con un capital manifiestamente inadecuado en relación al objeto social, deben ser desestimadas por el Juez de Comercio al momento de constituirse; o bien, que debe extenderse la responsabilidad a socios y directores frente a terceros cuando la sociedad se haya mostrado insolvente para cubrirlos, siempre que esté constituída por un capital inadecuado frente al giro social.

En otras palabras, no es la infracapitalización una patología societaria que afecta su funcionamiento, sino un dato fáctico que es tomado como presupuesto de aplicación para las mentadas consecuencias jurídicas.

El hecho de la infracapitalización, entonces, puede ser tenido en cuenta en dos momentos: al nacimiento de la persona jurídica, cuando el juez debe autorizar su creación y valorar la suficiencia del capital social con respecto al objeto que pretende; o bien, y ya constituída, al momento de producirse un

habiendo dictado la resolución 9/2004 y fallado como juez de registro en precedentes interesantes.

conflicto con algún acreedor de la sociedad con motivo de que el capital del ente resulte insuficiente para responder a sus acreencias.

El primer momento de la discusión puede ser considerado como el debate de la infracapitalización originaria, desarrollado en el ámbito natural del derecho societario registral, centrado en la cuestión de si debe el juez de comercio autorizar sociedades cuyo capital luzca apriorísticamente como exiguo frente a las actividades que pretenden desarrollarse dentro del objeto social.

La segunda vertiente de la doctrina de la infracapitalización ha sido denominada infracapitalización sobreviniente, y ha cobrado relevancia principalmente en el derecho laboral, a raíz de una serie de precedentes que extendieron la responsabilidad a los socios y administradores por deudas laborales en caso de insolvencia de la persona jurídica⁹, fundándose en que la infracapitalización de la sociedad implica un supuesto de extensión de responsabilidad por descorrimiento del velo societario en los términos del art. 54 y 274 L.S .

Pese a que la problemática del presente trabajo se centrará en la infracapitalización sobreviniente como presupuesto de extensión de responsabilidad a socios y directores, nos remitimos a la doctrina sentada sobre el tema de la infracapitalización originaria, por ser la otra cara de una misma discusión filosófica de fondo sobre la relevancia del capital social como garantía de funcionamiento de la sociedad frente a terceros.¹⁰

⁹ A mas del precedentes ARANCIBIA que se expone en el presente trabajo, ver: “Salazar, Oscar Elder vs. FORESTAL EL MILAGRO S.R.L. s/ indemnización por antigüedad”, Cámara de Conciliación y Sentencia de Santiago del Estero, sentencia de 11 de junio de 2005; TSJ Córdoba, Sala Laboral, Sent. 83 del 21/6/07, "Soria Héctor F. c. Roldán Alberto y otro s/Despido".

¹⁰ En el trabajo de **NISSEN** citado en nota anterior se encontrarán las referencias fundamentales a los precedentes fundamentales sobre la cuestión. Asimismo, hay otra visión sobre la cuestión en **GRIGIONI**, Gabriela, Consideraciones acerca del control registral de la infracapitalización originaria, Suplemento Especial La Ley, Sociedades Comerciales, Págs. 71-84, **ROITMAN**, Horacio, referencia en cita anterior; **VITOLO**, Roque Daniel, Ley de Sociedades Comerciales Comentada, Ed. Rubinzal Culzoni, comentario al art. 11 L.S., para tomar sólo algunos.

A estos efectos, y a los fines de introducirnos en la cuestión, cabe detenernos por un momento en el precedente Arancibia¹¹, del cual la doctrina se ha ocupado con atención¹², y que tiene la particularidad de haber sido dictado por el mismo tribunal que fallara los casos “Duquelsy” y “Delgadillo Linares”, y que a los efectos del presente constituye un interesante punto de partida para luego precisar desde nuestra opinión el alcance que debe dársele al hecho de la infracapitalización, y la posibilidad de que la misma constituya un presupuesto de extensión de responsabilidad a socios y directores.

3. El precedente Arancibia.

La parte actora inicia demanda autónoma de extensión de responsabilidad contra los socios de una SRL luego de haber intentado ejecutar la sentencia contra la sociedad, argumentando la existencia de una conducta fraudulenta de los socios por el fracaso de las diligencias ejecutorias, entre otras circunstancias. El juez de primera instancia extiende la responsabilidad a los socios basándose en la infracapitalización del ente, sentencia que es confirmada por la Cámara, con interesantes votos de Guibourg y Porta que estimamos pertinente considerar por separado, por reflejar cada uno, a nuestro entender, una mirada diferente respecto a la extensión de responsabilidad por infracapitalización.

El voto de la Dra. Porta, por un lado, parecería adoptar el criterio de que la infracapitalización sobreviniente constituye una causal autónoma de extensión

¹¹ Arancibia, Nora y Otro vs. Rodríguez, Ricardo Marcos y otro, Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo Sala IIIº, de fecha 22/09/2008

¹² Ver VERON, Alberto Victor, “Responsabilidad de socios y gerentes de una S.R.L., L.L. 2008-F-718; JUNYENT BAS, Francisco, L.L. de fecha 13 de mayo de 2009; NISSEN, Ricardo, Nuevamente la justicia viene de la mano de los tribunales laborales, L.L. 2008- F, pág. 530, entre otros

de responsabilidad a los socios que una vez comprobada permite aplicar de manera directa los arts. 54 o 274 L.S.

En esta comprensión de las cosas, verificada de manera objetiva la insuficiencia del capital social estatutario frente al giro real de la sociedad en base al juicio prudencial del juez, debe extenderse la responsabilidad a los socios por no haber capitalizado la sociedad en forma adecuada, obligación que le es impuesta según su criterio, por los incs. 4 y 5 del art. 94 L.S, en cuanto ordenan disolver la sociedad en caso de pérdida total del capital o de imposibilidad sobreviniente de cumplir el objeto. Así, demostrada la exigüidad del capital frente al giro requerido por la sociedad, debe ordenarse la extensión de la responsabilidad.

(..) La existencia de capital social tiene varias funciones, pero sin duda la más importante es la de ser garantía frente a los acreedores sociales, por ello la ley 19.550 dispone una serie de normas que tienden a preservar la intangibilidad del capital social en defensa fundamentalmente, de los acreedores del ente. Es claro que debe existir una razonable relación y proporción entre el capital y el objeto social, el capital debe ser congruente o cuanto menos no manifiestamente inadecuado al objeto social, pues de lo contrario recaerán sobre los acreedores el riesgo empresarial, los eventuales beneficios serán para los socios, mientras que las pérdidas recaerán sobre los acreedores sociales.

A la luz de tales reflexiones y aun prescindiendo de si al momento de constituirse la sociedad empleadora estaba o no infracapitalizada, no debe perderse de vista que ese capital social se tornó manifiestamente inadecuado durante la vida y el desarrollo de la actividad de la sociedad y tal hecho no pudo pasar desapercibido para los socios y administradores, quienes como buenos hombres de negocios debieron adoptar las medidas necesarias para mantener la adecuada correlación entre el capital y el giro social, procurando asegurar el cumplimiento del objeto de la sociedad de modo de evitar la insolvencia de la entidad (art. 59 ley 19.550). La necesidad de adecuada correlación entre capital y objeto social se evidencia en que la ley de sociedades contempla como causales de disolución de la sociedad tanto la imposibilidad sobreviniente de lograr el objeto para el cual se formó como la pérdida del capital social (art. 94, incs. 4 y 5). Por lo tanto las personas

demandadas pudieron evitar dicha situación por medio de un reintegro total o parcial del capital o bien su aumento (art. 96), de lo contrario debieron requerir la disolución y liquidación del ente (..)

Entonces, y para el caso concreto de una sociedad que se demuestra insolvente frente a un reclamo laboral, ante al pedido de extensión de responsabilidad debe el juez emitir un juicio prudencial sobre si el capital social conforme estatutos es adecuado o al menos “no manifiestamente inadecuado” frente al giro de la sociedad, y, luego de tal juicio, extender en su caso la responsabilidad, sirviendo el hecho de la infracapitalización como presupuesto para la aplicación del art. 54 o 274 L.S.

En sentido diverso, creemos, el voto de Guibourg parece haber alcanzado el mismo efecto extensivo, pero con un encuadre jurídico mas sutil en cuanto al fondo de la cuestión.

Cabe aclarar preliminarmente que el voto mencionado puede generar equívocos en cuanto se apoya en el hecho de la infracapitalización de la sociedad como la causa relevante a los efectos del art. 54 y 274 L.S., al punto de constituirse en un aparente causal autónoma de responsabilidad solidaria, sumado a las consideraciones que sobre la infracapitalización efectúa el camarista que en una primera mirada parecería constituir el fundamento de la extensión:

(..) Ahora bien, todo este esquema institucional tiene como presupuesto que el capital con el que la SRL es dotada -y que es el límite normal de la responsabilidad de sus socios- sea suficiente para respaldar su giro. Existe un límite mínimo de capital para la constitución de una sociedad: si ese requisito se cumple la sociedad puede formarse, ya que no es dado a la autoridad administrativa predecir cuál ha de ser el giro futuro de la empresa. Pero es responsabilidad de los propios socios mantener una relación razonable entre el giro real de la sociedad y el capital con el que ésta se halle dotada: de otro modo, lo que se presenta en el mercado

como una empresa sólida y próspera puede encubrir la ausencia casi total de solvencia para hacer frente a las obligaciones contraídas.

Sin embargo, y de una lectura más atenta, surge que el hecho de la infracapitalización parecería constituir para Guibourg un fuerte indicio para el descorrimiento del velo en razón de fraude, pero no el hecho fundante de la extensión de la responsabilidad.

A modo ilustrativo, debe notarse a éste respecto que en los considerandos del fallo se tienen por probadas ciertas circunstancias fácticas que permiten inferir que el motivo de la codena no resultó el solo hecho de la infracapitalización, sino, mas bien, por el uso de la sociedad de manera abusiva o fraudulenta como medio para desbaratar los derechos del trabajador ya reconocidos por sentencia firme. Así, y entre tales circunstancias, se tuvo como indicio el hecho de la frustración de la ejecución contra la sociedad por conductas obstruccionistas de los socios, la cesión de las cuotas sociales a precios que evidenciaban la desproporción entre el valor real de las participaciones societarias frente a su valor nominal, el carácter de socios y directores simultáneos de los demandados, etc. etc.

En cuanto a la fundamentación jurídica, no creemos que la omisión de los arts. 94 y 96 L.S. haya sido involuntaria, sino que, antes bien, fue una forma de manifestar que del incumplimiento de la normativa relativa a la disolución de sociedades por pérdida de capital, o por imposibilidad sobreviniente de cumplir con su objeto, no puede extenderse a un supuesto de responsabilidad de socios y directores con respecto a terceros acreedores sin probar fehacientemente los presupuestos exigidos por el art. 54 y 274 L.S. O, y dicho en otros términos, que el mero juicio sobre la exigüidad del capital social frente no basta para extender la responsabilidad a los socios, debiéndose en todo caso acreditar alguna circunstancia que permita tener por

cierto que la capitalización exigua fue usada como un medio para cometer el fraude.

En lo personal, no creemos que el incumplimiento del régimen que regula la disolución societaria (art. 94 L.S.), pueda ser considerado como causa de extensión de responsabilidad, en tanto tal norma rige para los socios en sus relaciones intrasocietarias, por lo cual no pueden beneficiarse de ella terceros acreedores.

A este respecto y siguiendo a Zunino¹³, recordamos que los acreedores de la sociedad no están legitimados para reclamar la disolución, con lo que entendemos que el juez no puede invocar como fundamento la normativa societaria referenciada a los fines de la extensión de la responsabilidad a socios y directores por deudas de acreedores laborales.

Por último, y para el supuesto de que se considere la violación del art. 94 inc. 4º y 5º como un incumplimiento idóneo para activar la responsabilidad solidaria de socios y directores, la infracapitalización debe ser absoluta, dándose el supuesto de pérdida total de capital, lo cual es de difícil suceso en la práctica.

En resumidas cuentas, creemos que en su voto el Dr. Guibourg hizo una aplicación del *disregard* en razón de fraude cometido por despatrimonialización fraudulenta, más que por mera infracapitalización. O, en otros términos, no tuvo como suficiente a los efectos de extender la responsabilidad la mera insuficiencia del capital nominal frente a la magnitud del giro societario, sino que meritó otros elementos que le permitieron inferir el uso abusivo de una sociedad descapitalizada para defraudar los derechos adquiridos de los trabajadores.

¹³ ZUNINO, Jorge. “Sociedades Comerciales. Disolución y liquidación”, Tomo II, pág. 109. Ed. Astrea, Buenos Aires.

En último caso, la comprensión de Guibourg de la infracapitalización societaria como presupuesto de hecho para aplicar la desestimación del velo es que resulta de aplicación restrictiva, o al menos no directa, cuando además de comprobarse la exiguidad del monto consignado en el estatuto como capital social, se demuestre el cabal conocimiento de dicha insuficiencia por parte de los socios de manera concreta, y que haya sido aprovechada para desbaratar derechos adquiridos de terceros, como ocurrió en el caso del fallo en comentario.

Por lo demás, en cualquiera de los sentidos con que se trató de definir el criterio del Dr. Guibourg, se llega a una interpretación mas criteriosa del hecho de la infracapitalización, buscando el equilibrio entre la protección de la persona jurídica como vehículo elegido por los socios para limitar la responsabilidad patrimonial, por un lado, y sin dejar al trabajador en desprotección para cuando en una causa concreta se demuestre el intento de fraude a través de la capitalización exigua, por el otro.

4. Interpretación propuesta a la luz de las consideraciones precedentes.

Luego de lo expuesto, y de la consideración del fallo comentado, creemos que el hecho de la infracapitalización societaria no puede ser considerado como causa autónoma de extensión de responsabilidad a socios y directores.

Primero, porque somos de la convicción de que el capital social como cifra estatutaria no constituye un indicio de solvencia para los terceros al día de la fecha, por lo que el juez deberá tener a la vista el patrimonio social en su conjunto a la hora de emitir un juicio sobre la debida capitalización.

En ésta dirección, resulta no solo una solución simplista computar como parámetro de extensión de responsabilidad el mero numeral consignado en el estatuto como capital social, sino también peligrosa, teniendo en cuenta que la

extensión de responsabilidad constituye una sanción, sin perjuicio de tener en cuenta que el juicio sobre la capitalización suficiente de un ente no resulta una cuestión que haya sido definitivamente dilucidada en su concepto o alcances por las ciencias económicas¹⁴.

Lo antes expresado puede aparecer como soslayando el principio protectorio del derecho trabajo, que, reconocemos, ha logrado atemperar la interpretación civilista y comercialista del derecho privado, en aras de lograr la efectividad de los derechos reconocidos por la Constitución al trabajador, sin que de ello se pueda derivar, claro, que el derecho civil y comercial pueda ser absorbido sacrificado en el altar del principio protectorio del derecho del trabajo.

Así, en el caso de contratación a través de personas jurídicas, el Derecho de Trabajo ha logrado controvertir el sacramental principio de la limitación de la responsabilidad a través de la responsabilización de los socios y directores por contratación no registrada, por tomar un caso, lo cual va formando la conciencia de que el uso de las personas ideales requiere ajustarse a un parámetro de regularidad (art. 1071 C.C.).

Más, no creemos que todo avance del derecho laboral deba conllevar la afectación del principio de limitación de responsabilidad, cuando en muchos casos ha servido de herramienta para la creación de empleo. Menos creemos lícito que so pretexto de aplicar el principio protectorio para asegurar el crédito del trabajador, se afecten ligera o livianamente otros patrimonios, sin tener en cuentas las consecuencias que ello puede acarrear para generar condiciones aptas para la contratación o mejora del empleo.

¹⁴ A los fines de comprender el fenómeno de la infracapitalización desde una perspectiva jurídico-económica, recomendamos la lectura del trabajo “Infracapitalización societaria, responsabilidad de los accionistas y capital social: un análisis económico” de Eduardo Stordeur (h), publicado en el sitio web de la Fundación Hayek http://www.hayek.org.ar/new/images/fotos/Curriculums/Trabajo_para_ALACDE_2007%20_1.pdf

Por ello, cabe llamarnos a la reflexión sobre la infracapitalización como presupuesto de extensión de responsabilidad, mas aún cuando el capital social no es considerado por contratantes y empresarios como un índice que sea tomado en cuenta a la hora de emprender un negocio diligentemente. De allí es que en vez de infracapitalización quizás debemos pensar en la descapitalización de la persona jurídica como medio para cometer fraude, o el aprovechamiento indebido de la insolvencia para frustrar derechos de terceros, siempre y cuando la misma haya sido usada como medio, o bien que haya sido dolosa, o fruto de grave negligencia.

Asimismo, los jueces deben participar de la construcción de una justa doctrina sobre la infracapitalización, de manera de no terminar ni con la fuente de empleo ni con la garantía patrimonial de los trabajadores, involucrándose de manera especial al momento de dictar sentencia en la prueba del caso concreto, de modo de formar su convicción de manera sólida discerniendo si existe fraude por uso abusivo de una sociedad descapitalizada, más que por el mero hecho de la infracapitalización como dato objetivo, teniendo en cuenta para el concepto de capital social en sentido económico mas que juridico, comprensivo de todos los bienes que integran el patrimonio social al momento de merituar una extensión.

En esta dirección, con ánimo meramente ilustrativo y para concluir, dejamos sentados algunos parámetros que pueden crear la convicción al juez de que se está haciendo abuso de una sociedad descapitalizada, a saber:

- a) Giro de la sociedad, delimitando los márgenes de ganancia del negocio en particular, de manera de saber si la sociedad podía razonablemente capitalizar o constituir reservas.
- b) Integración del capital. El juez debe merituar que no todas las sociedades tiene activos tangibles, con lo que habrá que estimar la

incidencia de los intangibles en el activo y su relación con el cumplimiento del objeto social. Existen sociedades con capital netamente intangible, como ser el uso de marcas y tecnologías, con lo que tenerlas por infracapitalizadas de manera apriorística puede conducir a soluciones injustas.

- c) Grado de endeudamiento. Teniendo en cuenta las ganancias obtenidas cada ejercicio, se puede obtener el ratio de endeudamiento de la sociedad a través de su giro, pudiendo ser el aumento sobreviniente del ratio un criterio para definir si el socio conocía la circunstancia de que la descapitalización.
- d) Crecimiento del pasivo social antes y después de la sentencia que se pretende extender en sus efectos respecto a socios y directores.
- e) Capital social estatutario. Si bien el capital social consignado en el estatuto no es un índice que permita determinar apriorísticamente si la sociedad esta descapitalizada, creemos que su suscripción por montos manifiestamente inadecuados o insignificantes a la luz del giro de los negocios es un indicio mas para determinar si se está operando de manera fraudulenta a través del uso de la sociedad.
- f) Cambios de integración social. La cesión de participaciones societarias durante la tramitación del juicio en que el trabajador obtuvo sentencia o al momento de su ejecución permiten inferir que los socios pretendieron eludir su responsabilidad patrimonial de manera fraudulenta.
- g) Omisión del remedio concursal y de los mecanismos para recomponer el capital social previstos por la ley de sociedades. El no uso de los remedios recompositivos puede brindarle al juez la convicción de que la sociedad no tiene real interés en continuar su actividad y pretende insolventarse fraudulentamente.

- h) Conducta procesal ejercida por los administradores de la sociedad en el juicio en que hubo condena. Especial relevancia a los efectos de determinar el conocimiento de la insolvencia es comprobar si la sociedad ejerció su defensa en el proceso por el cual fue condenado al pago de créditos laborales. El abandono del proceso, o la defensa negligente, permiten presumir que los socios conocen la insolvencia de la sociedad, y pretenden beneficiarse de la separación de patrimonios para desbaratar la ejecución del crédito laboral contra sus patrimonios personales.
- i) Observancia de las formas ante la autoridad de contralor. En caso de que la sociedad no se encuentre en estado regular, o que no se hayan renovado los mandatos concedidos, podemos suponer de que su actividad no es real y que su existencia solo es un medio para defraudar derechos de terceros.