

## **RESPONSABILIDAD DE LOS ADMINISTRADORES POR AFECTACIÓN AL PRINCIPIO DE INTANGIBILIDAD. SUS POSIBLES CONSECUENCIAS**

*Diego Gerardo Luengo*

**PONENCIA:** La afectación por los administradores del principio de intangibilidad del capital social, presente en el ordenamiento societario argentino, y que se erige en tutela del capital social constituye un acto capaz de generar responsabilidad, en los términos de los artículos 274 y 54 de la L.S.C.

Por el llamado principio de intangibilidad, debe entenderse la relación necesaria e inviolable que debe existir entre el patrimonio y el valor nominal del capital suscrito destinada a establecer un paralelismo o equivalencia entre ellos, que sólo puede alterarse en sentido favorable al patrimonio<sup>1</sup>. A ello se agrega, que la intangibilidad implica: la equivalencia entre el valor de integración y el valor nominal del capital suscrito, la correcta valuación de los aportes en especie, la prohibición de distribución patrimonial a los socios si no hubiera ganancias, la prohibición de distribución a los socios de las ganancias habidas en el ejercicio económico si previamente no fueran absorbidas en el balance las pérdidas de ejercicios anteriores, la prohibición de distribuir intereses o dividendos intercalarios y la prohibición de distribución de dividendos provisionales, entre otros<sup>2</sup>.

La intangibilidad, invariabilidad o inviolabilidad del capital, en tanto principio inducido en protección de los propios accionistas y terceros, exige pues que se mantenga o por lo menos se trate de mantener la integridad del capital social.

Explicando esa función, enseña Halperín, que las rigurosas disposiciones tendientes a asegurar la integración real y efectiva del capital social en protección de los terceros que contratan con la sociedad; es porque el capital -al que el principio analizado accede- constituye su garantía, mediando un interés de orden público en su fijación y conservación y que se traduce en la “intangibilidad del capital social”. Este principio -que la ley argentina no establece taxativamente- resulta de esa función y de las normas legales que lo dan por supuesto, como las que aseguran la efectividad de los aportes, la que exige la realidad de los beneficios, etc.<sup>3</sup>.

“La relación entre capital y patrimonio, en que la intangibilidad de capital consiste, además de garantizar la solidez de éste, mide su deterioro. Tal medición la cumple el valor constante comprometido por la “cifra parámetro capital suscrito”. Cuando el pasivo patrimonial excede al activo en un monto, que referido a dicha cifra parámetro, el derecho positivo cuantifica, éste estatuye conse-

<sup>1</sup> COLOMBRES, Gervasio R.; Curso de Derecho Societario, Pte. Gral.; edit. Abeledo Perrot; Buenos Aires; 1964; págs. 137 y 138.-

<sup>2</sup> Diversas disposiciones de la Ley de Sociedades Comerciales implícitamente consagran la intangibilidad del capital social; a saber: 13 inc. 3º, 31, 36 a 55, 187, 36, 39, 149, 186, 187, 166 in. 2º, 167, 61 a 73, 70, 11 inc. 4º, 185, 186, 187, , 202, 220, 204 a 206, 222 ss. y cc. L.S.C. N° 19.550.-

<sup>3</sup> HALPERIN, Issac; Régimen de Aumento del capital social en las S.R.L.; en LL. 71-185. Y agrega como corolario que: “De ahí que el capital tampoco pueda afectarse por ninguna ventaja concedida a los socios que importe un reembolso del capital o su disminución o un enriquecimiento del socio en detrimento de la sociedad.-

cuencias jurídicas que van desde una obligación de publicidad hasta una causal de disolución (Art. 94 inc. 5 L.S.C.)”<sup>4</sup>.

En concordancia con lo expuesto, la jurisprudencia, ha hecho aplicación expresa del principio afirmando que: “El principio de intangibilidad del capital en resguardo y protección de terceros y de los socios presentes y futuros, obliga a que las modificaciones del capital de la sociedad se realicen respetando celosamente las normas legales, tratando de evitar la formación o existencia de capitales “potenciales” que no concuerdan con el capital “real”.

Frente al relato de las disposiciones legales que tutelan el capital, observamos que en muchas de ellas la sanción a su transgresión está contemplada y en otras no. Ejemplos del primero lo encontramos en los artículos 68 LSC. -repetibilidad del dividendo distribuido en violación a su precepto-, art. 70 LSC. -prohíbe la distribución de dividendos hasta tanto las reservas legales afectadas por pérdidas no se hallan reintegrado-, art. 224 LSC. -que responsabiliza solidaria e ilimitadamente a directores y síndicos por pagos o distribuciones si no resultan de ganancias realizadas y líquidas, etc. Aunque en otros supuestos, la sanción no está prevista -por ejemplo en los artículos 71, 94 inc.5°, 220 LSC. En éstos supuestos nos encontraríamos frente a decisiones sociales “nulas” en los términos del art. 251 LSC.

Es decir, que numerosas disposiciones de las que la doctrina ha inducido el principio de intangibilidad del capital, funcionan durante la vida de la sociedad, atento que existen otros principios que resultan aplicables durante su constitución ó al suscribirse el aumento de capital -momentos éstos que podríamos llamar instantáneos- en la medida que constituyen un período relativamente corto durante el que acaecen, o cabe verificarse su cumplimiento -entre esos principios el de integridad, unidad, etc-. La función del principio sujeto a análisis está destinado a garantizar la solidez del patrimonio social, como enseña Colombres, y dicha función comienza con la constitución de la sociedad y se extiende hasta su disolución.

Habíamos afirmado que la relación -necesaria e inviolable- entre el capital y el patrimonio, es medida por aquel; en tanto que el mismo tiende a hacer operar las disposiciones que califican los resultados producidos. Frente a la pérdida de capital -en rigor de verdad de su contenido- la ley estatuye la causal de disolución, salvo que los socios dispongan otras consecuencias, por el caso.

Frente a determinadas circunstancias la ley establece la correspondiente pauta de acción a seguir. ¿Cabe admitir otro tipo de cursos de acción cuando nos encontramos frente a supuestos que implican la alteración necesaria e inviolable -como lo calificara la doctrina- entre el capital nominal suscripto y el patrimonio social?. Entendemos que sí, y nos explicamos.

Durante el desarrollo de la vida societaria, la cifra del valor real que resulta del patrimonio neto puede resultar inferior o estar por debajo de la cifra asignada al capital social, situación que la doctrina ha calificado como subcapitalización técnica<sup>5</sup> siendo que por el contrario, si la cifra del capital social resulta insuficiente

<sup>4</sup> COLOMBRES, Gervasio; ... Ob cit., pág. 139.-

<sup>5</sup> Esta supone analizar y distinguir entre capital social y patrimonio; presentándose la misma cuando el valor real del patrimonio neto es inferior al valor nominal o contractual del capital social. SIEGBERT, RIPPE; Subcapitalización y responsabilidad de los directores y administradores; J.A. Suplemento especial del 15-10-97; pág.27.-

para la consecución del objeto social y en virtud de criterios que posteriormente analizaremos, nos encontramos frente a la llamada subcapitalización funcional<sup>6</sup>.

Podría afirmarse por el contrario, que la concepción nominalista o abstracta del capital social, rechaza o no tiene en cuenta las exigencias económicas o financieras de los negocios sociales, y que a la vez no se refleja la realidad patrimonial de la sociedad cuando estamos frente a una cifra -la de capital- caracterizada como inmutable, intocable e invariable; sin embargo, creemos que esa vinculación o relación, está dada entre otros, por el principio que aquí analizamos<sup>7</sup>.

Afirma Siegbert Rippe, que: “Ello ha determinado la búsqueda de mecanismos que aseguren que la sociedad está en efectivas condiciones de desarrollar las actividades, de realizar las inversiones, de asumir los riesgos inherentes a todo emprendimiento empresarial, ya que al margen de las distorsiones del mercado, las sociedades están llamadas a constituirse en el formato legal de la empresa en cuanto unidad básica de producción de bienes, de prestación de servicios, de intercambio de bienes y servicios<sup>8</sup>”.

La distinción arriba efectuada, produce distintas consecuencias jurídicas, según los autores que la siguen. Así, la subcapitalización técnica permitiría la recalificación de los fondos -por disposición legal o decisión judicial- en cuanto en ambos casos es posible redefinir la naturaleza de los mismos, atribuyendo a los fondos ajenos la calidad de fondos propios<sup>9</sup>. La subcapitalización funcional (comprensiva de la nominal y material) tiene la aptitud de justificar, en la ineptitud de cubrir adecuadamente el capital social, acciones de responsabilidad civil y/o penal contra los directores o administradores de la sociedad y eventualmente, el ejercicio de la acción de inoponibilidad de la personalidad jurídica de la sociedad como instrumento y con el propósito de permitir el accionamiento contra los propios socios de la misma<sup>10</sup>.

A lo expuesto se agregó que la capitalización oportuna y adecuada de la empresa es un fenómeno que fluctúa entre la autonomía de la voluntad -cuando la

---

<sup>6</sup> La misma, supone analizar la relación entre el patrimonio social con el objeto; y se presenta cuando existe un desfase entre el capital social y el capital real (fondos suficientes para lograr la consecución del objeto social). Esta a su vez, puede ser a) Subcapitalización nominal (o formal) cuando la sociedad obtiene fondos ajenos o créditos para cubrir necesidades de fondos propios, esto es cuando el financiamiento debiera ser un verdadero autofinanciamiento y en la realidad no lo es; ó, b) Subcapitalización Material (o sustancial) cuando la sociedad carece tanto de fondos propios como de fondos ajenos. SIEGBERT RIPPE; Subcapitalización ...págs. 28 y 29.-

<sup>7</sup> Se pregunta Araya, si la determinación de la denominada “infracapitalización” es factible sólo al momento de la constitución o durante toda la vida de la sociedad. Preferimos particularmente éste último supuesto en virtud de lo que entendemos como “intangibilidad”. Vide: ARAYA, Miguel C.; Repensar la noción de capital social; Cuadernos de la Universidad Austral -homenaje a Fernandez-; edit. Depalma; Tomo 1º; pág. 41.-

<sup>8</sup> SIEGBERT RIPPER; Subcapitalización ...; pág. 29.-

<sup>9</sup> En numerosas oportunidades los socios ingresan dinero o préstamos a la sociedad como terceros -ej. mutuos y los denominados aportes irrevocables a cuenta de futuras suscripciones-, en vez de ingresarlos como verdaderos “aportes” que son. La recalificación importa otorgarles la calidad de “aportes” a tales créditos, siendo que ante supuestos de quiebra la percepción de la acreencia quedaría pospuesta al cobro por parte de los quirografarios. Audazmente se nos ocurre pensar, si la recalificación podría ser también aplicable además de a los socios, a los controlantes (terceros) externos de la sociedad partiendo de lo dispuesto en el art. 33 LSC.-

<sup>10</sup> El autor citado, se pregunta en que medida la legislación -la argentina por el caso- aún sin tener disposiciones específicas sobre subcapitalización. admitiría dichas acciones en función de principios generales, sean propios del orden jurídico en su unidad o del orden jurídico-societario en particular; SIEGBERT RIPPE, Subcapitalización ... pág. 30. Entendemos que la respuesta debe ser positiva y es factible igualmente inducirla de los principios analizados y de la responsabilidad civil en general.-

ley no impone límites mínimos-, y la tutela del interés general y de los terceros, donde destacamos las normas tendientes a la tutela del capital social, entre otras.

En tutela no sólo de la legalidad en la administración en general sino de evitar los efectos dañosos de una eventual descapitalización, la ley impone a los administradores el deber de reclamar las integraciones debidas a los socios, denunciar en la memoria y señalar en los estados contables en general toda situación que afecte al capital social, de prevenir distribuciones de utilidades que afecten la integridad del mismo, de preservar las reservas, de promover el reintegro o la reducción del capital ó la disolución de la sociedad en su caso; todos estos supuestos encuadrables en la situación definida como subcapitalización técnica.

Aunque pueda resultar sobreabundante, cabe aclarar, que la responsabilidad por subcapitalización no constituye una responsabilidad directa y automática frente a cualquier hecho calificable de “insolvencia”, sino por el contrario que deben darse todos los presupuestos propios de la responsabilidad civil. Ésta no sólo opera frente a actos (por acción) dolosos o culposos sino también en los supuestos que impliquen omisión. Nos preguntamos ¿Cuáles son las conductas impuestas por la ley a él o los administradores frente a una sociedad cuya documentación y contabilidad social muestran una creciente descapitalización?

La exigencia impuesta a los administradores de actuar con el criterio de un buen hombre de negocios, el requerimiento de no actuar con abuso, dolo o la culpa grave son válidamente aplicables en los supuestos de subcapitalización funcional<sup>11</sup> -nominal y material.

Porque entendemos que: “Cualquier acción u omisión de los órganos sociales que atente contra la intangibilidad del capital social genera responsabilidad de los administradores y eventualmente de los mismos accionistas, la cuál es solidaria<sup>12</sup>”.

Y la cuestión ahonda aún más. Conocidas son las vinculaciones entre personalidad jurídica e irresponsabilidad de los miembros que la conforman, siendo ambas potestad del legislador en tanto recursos de política legislativa. En tal vinculación, Manóvil se pregunta si “Si el legislador puede o no atribuir personalidad, y si al atribuir la puede o no atribuir responsabilidad directa o subsidiaria por las deudas de la persona jurídica a algunos o a todos sus miembros, es lógico concluir que también puede mantener ese principio de no responsabilidad con sujeción a la condición de que se cumplan los presupuestos de esa exclusión de responsabilidad<sup>13</sup>. En el tema que nos ocupa ese presupuesto es que la persona jurídica sea

---

<sup>11</sup> No es posible que un director o administrador social actúe con lealtad, se conduzca como un buen hombre de negocios, resulte diligente en el manejo de su gestión, si no previene la infracapitalización o subcapitalización, toma las decisiones convenientes o necesarias para corregirla o superarla, ejecuta o hace ejecutar los actos adecuados a esa circunstancia, realiza, en definitiva, una administración eficiente y eficaz de los recursos sociales para el logro del objeto social, que incluye la administración de recursos sociales propios y ajenos. (Arts. 59 y 274 LSC).-

<sup>12</sup> RICHARD, Efraín Hugo y ESCUTI, Ignacio A. (h); Introducción al estudio del aumento de capital en las sociedades por acciones en la legislación argentina; R.D.C.O.; Año 19; edit. Depalma; 1986; pág. 1410.-

<sup>13</sup> Ballantine, citado por Halperín, señala que se conforma a la función del capital social, entre otras, la de establecer y mantener una base de responsabilidad financiera hacia los acreedores como una condición del privilegio de responsabilidad limitada; HALPERIN, Issac, Sociedades Anónimas; ... nota 10; pág. 196. Base que de no establecerse y mantenerse adecuadamente, debe generar responsabilidad y no impunidad, agregamos nosotros.-

dotada de los medios de capital propio aptos y adecuados para la actividad que desarrolla<sup>14</sup>”.

Conteste con la responsabilidad de los socios por la subcapitalización que se vincula con la aptitud para una actuación económica adecuada, trátase de encontrar fundamentos normativos o jurisprudenciales para castigar al socio que de un modo u otro diluye la entidad de su obligación de aporte o sustituye su aporte por prestaciones no destinadas a integrar el capital de riesgo, pero que, en todo caso, por lo menos algo trajeron a la sociedad; con mayor razón corresponde castigar a quien generó el riesgo de emprender actividades sin traer a la sociedad más que un sustento material irrelevante e inadecuado a la magnitud y al riesgo de los negocios emprendidos<sup>15</sup>.

Para hacer extensiva la responsabilidad por la subcapitalización es menester la relación de causalidad entre la imposibilidad de pago y la insolvencia de la sociedad (debidamente comprobada), aunque no es necesaria la declaración de quiebra o apertura del concurso preventivo. Dado que no existen -en algunos casos- normas objetivas sobre cuál es el capital propio necesario para una actividad económica y ello impide una apreciación ex-ante, es imprescindible que la subcapitalización haya sido reconocible en el caso, lo que importa por lo menos una negligencia culpable de los socios y de los órganos sociales (factor de imputación). Si la violación del deber de una correcta dotación de capital trae como consecuencia dañosa la insolvencia, parece lógico que el socio responsable deba indemnizar ese daño, esto es, hasta cubrir la totalidad del pasivo social no satisfecho con el patrimonio de la sociedad fallida. Tal responsabilidad es solidaria. Responden de esa manera, los socios que hubieran podido evitar la subcapitalización -dice Manóvil- o por lo menos quienes pudieron haberla evitado. En tanto que si la subcapitalización es originaria, responden los socios fundadores.

A quien, entonces, correspondería el ejercicio de la acción tendiente a hacer efectivas las responsabilidades emergentes de la subcapitalización ?. Manóvil señala que la acción podría ser ejercida por la propia sociedad -lo que resulta inimaginable en tanto que la voluntad de la propia persona jurídica la conforman las diversas voluntades individuales de sus miembros en un llano vocabulario vulgar; aunque también admite su ejercicio por terceros en virtud de la subrogación de los derechos de la sociedad, y aunque el resultado de la acción concluya en el engrosamiento del patrimonio social.

Las disposiciones de los arts. 2 y 54 primer y último párrafo L.S.C. dan basamento jurídico a las acciones de responsabilidad por subcapitalización. El primero en tanto señala que la personalidad jurídica se reconoce y mantiene con el alcance fijado en la ley. La ley reconoce la personalidad jurídica y la limitación de

---

<sup>14</sup> Manóvil, Rafael Mariano; Responsabilidad de los socios por insuficiencia de capital propio (El modelo alemán); en Cuadernos de la Universidad Austral -homenaje a Raymundo Fernandez- ; edit. Depalma; Buenos Aires; pág. 609.- Capital propio de una sociedad -dice el autor- en el sentido que aquí interesa, están constituidos por los aportes de los socios, por las reservas y por las utilidades no distribuidas (en rigor -agrega- solamente por aquellos bienes integrantes de los rubros mencionados que tienen valor de realización y son susceptibles de ejecución forzada).-

<sup>15</sup> Se acude igualmente a la llamada teoría de la finalidad normativa que halla su fundamento en la institución del capital de garantía: “el capital a ser aportado y MANTENIDO por los socios debe impedir la traslación de los riesgos a los acreedores, citando a Wiedemann; MANÓVIL, Rafael M; Responsabilidad ... pág. 624.-

responsabilidad de sus miembros bajo condición que la misma cumpla un sentido y sus miembros la doten de un patrimonio de riesgo propio y adecuado a la vida social. El segundo, en tanto impone “la obligación de reparar el daño ocurrido a la sociedad por dolo o culpa”; y finalmente, porque la subcapitalización constituye una herramienta para violar la buena fe y los derechos de terceros con la consecuencia de imputar el pasivo o la insolvencia social a los socios responsables de aquella. El tan remanido mecanismo de crear un centro de imputación diferenciado no apto o carente de un patrimonio suficiente para afrontar las obligaciones que por él se contraigan.

Entendemos igualmente, que el principio de intangibilidad en tanto parámetro de medición entre la cifra de capital y patrimonio<sup>16</sup> y sin perjuicio de no encontrarse previsto expresamente en la normativa societaria -tampoco el principio genérico de no dañar lo está-, sirve igualmente de basamento a la aplicación de la responsabilidad de administradores y socios -en los términos explicitados- por subcapitalización de las sociedades.

---

<sup>16</sup> Decía Colombres que tal vinculación sólo puede alterarse en favor de éste último, es decir el patrimonio. COLOMBRES, Gervasio; Curso ... pág. 138.-