

RESPONSABILIDAD DE LOS ADMINISTRADORES Y SOCIOS POR INFRACAPITALIZACIÓN

Daniel Roque Vítolo

ABSTRACT

Deben combatirse tanto la infracapitalización formal como la material y, a tal efecto, deben incorporarse normas específicas en la materia en una próxima reforma legislativa.

Proponemos que —para combatir la infracapitalización material— en una próxima reforma legislativa, deberían legislarse en forma expresa un régimen similar al que prevé la legislación francesa que opera en caso de insolvencia¹, aunque también cuando —sin insolvencia— la obligación no pueda ser cumplida por insuficiencia de capital social, pero con algunos ajustes según se señala a continuación.

Cuando se opere fuera del marco regulatorio de la insolvencia:

a) la acción tenderá a que los socios aporten en forma suplementaria el monto de capital necesario para establecer un razonable equilibrio entre capital social y pasivo —no necesariamente igualarlo, sino meramente equilibrarlo bajo una *ratio* que imponga un índice de solvencia y liquidez—;

b) ello se determinará mediante prueba pericial; y

c) comprobada la infracapitalización material, la sanción debe consistir en la obligación de efectuar aportes suplementarios, y una multa equivalente al 30% de dicho aporte en carácter de sanción.

Si la infracapitalización material se advierte y opera dentro del marco de un proceso de insolvencia la solución debe depender de la naturaleza del mismo:

¹ Ver una explicación del régimen en VÍTOLO, Daniel Roque, *Aportes, capital e infracapitalización en las sociedades comerciales*, ed. Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2010.

a) en procesos preventivos —acuerdo preventivo extrajudicial o concurso preventivo—, la contribución será igual a la señalada pero la multa ascenderá a un 75% del valor del aporte suplementario que deberá reclamarse, en razón del agravamiento de la carga a los terceros para la percepción de sus créditos —concurencia al proceso universal ateniéndose a sus consecuencias—;

b) en procesos liquidatorios —quiebra— la responsabilidad se juzgará por las normas en materia de responsabilidad de socios y terceros.

Respecto de la infracapitalización formal proponemos se establezca, por norma legal expresa —en una próxima reforma legislativa—, que todo negocio de financiamiento por parte de los socios hacia la sociedad tiene carácter de crédito subordinado respecto de los acreedores sociales en caso de insolvencia.



PONENCIA

1. La responsabilidad derivada de los casos de infracapitalización societaria

La presente ponencia se vincula con nuestra tesis sobre la responsabilidad que podría caber a socios y administradores en los casos de infracapitalización societaria y los institutos aplicables a los supuestos de comprobarse una infracapitalización sustancial o formal².

2. Infracapitalización material

Existe infracapitalización material en una sociedad comercial cuando la sociedad está absolutamente falta de recursos propios y ajenos exigidos por la actividad económica a desarrollar.

La ley 19.550 no contiene normas específicas que regulen la responsabilidad de administradores y socios en aquellos casos en los cuales las

² Para una mayor comprensión del fenómeno puede recurrirse a VÍTOLO, Daniel Roque, Aportes, Capital Social e Infracapitalización en las Sociedades Comerciales..., cit.

sociedades no poseen un capital adecuado al volumen del giro de los negocios.

Sin embargo, desde una óptica general vinculada a la responsabilidad de los administradores, es claro que el *estándar* de conducta impuesto a ellos por los arts. 59, 150 y 274, —*lealtad y diligencia del buen hombre de negocios*, por una parte, y *cumplimiento de la ley el estatuto y el reglamento*, por la otra— hacen que se marque claramente la obligación de éstos de no girar más allá de la capacidad operativa de la sociedad y de mantener en todo tiempo un equilibrio razonable entre el capital social y el giro empresarial.

Ahora bien —insistimos— la ley 19.550 no contiene disposiciones, en la parte general, referidas a la responsabilidad de los administradores, salvo en lo que se refiere al estándar de conducta ya mencionado en el párrafo anterior, de cuyo incumplimiento se derivan las responsabilidades correspondientes, por simple aplicación de principios de Derecho común (arts. 1069 y concs., Cód. Civ.).

El artículo 274 de la Ley de Sociedades Comerciales —por su parte— si bien referido a las sociedades anónimas, es aplicable a todos los tipos societarios y completa la norma del artículo 59, al responsabilizar solidaria e ilimitadamente a los directores frente a la sociedad, los accionistas y los terceros por mal desempeño de su cargo, según criterio del artículo 59, así como por la violación de la ley, el estatuto o reglamento y por cualquier otro daño producido por dolo, abuso de facultades o culpa grave³.

Debe recordarse —como lo hace unánimemente la doctrina— que los administradores son custodios de bienes ajenos, lo cual los obliga a:

a) Conservar los bienes de la sociedad, lo que significa mantener los mismos en el patrimonio social y justificar su enajenación o transmisión, manteniendo su producido en el activo o bien dando cuenta de su destino o aplicación por medio de su registro en la contabilidad legal.

b) Afectar los bienes de cambio al giro ordinario de la empresa, enmarcado en el objeto social.

³ Nuestro pensamiento está expuesto en este tema en VÍTOLO, Daniel Roque, *Responsabilidad de los administradores de sociedades comerciales*, ed. Legis, Buenos Aires, 2006.

c) Evitar, a través de una política comercial prudente, el agravamiento de la responsabilidad patrimonial de la sociedad. Téngase en cuenta que la ley 24.522 de Concursos responsabiliza a los administradores y representantes de la sociedad, en forma solidaria e ilimitada, a indemnizar a la sociedad por los daños y perjuicios, por los que se los declare responsables, cuando produjeran, facilitaren, permitieren o agravaren la responsabilidad patrimonial de la sociedad.

d) Respetar las normas de funcionamiento de la sociedad y los derechos de todos los integrantes de la misma.

e) Promover las acciones judiciales para evitar que los órganos de la sociedad adopten resoluciones o sus integrantes realicen actos que pudieran afectar el desenvolvimiento normal del ente.

Con la nueva redacción del artículo 274, la responsabilidad, tanto estará dada por el obrar de los directores, como por la falta de vigilancia, o por omisiones que pueden ocasionar un perjuicio para la sociedad, los accionistas y los acreedores, cuya reparación habrán de soportarla cada uno de ellos aunque, si hubiera distribución de áreas de competencia debidamente inscriptas, asumirán la obligación en proporción a la gravedad de la culpa que les sea imputada.

Por su parte, el presupuesto de que el daño deba ser causado directamente, es precisado sobre la base de que pueda determinarse en términos precisos la distinción entre la acción de responsabilidad de la sociedad y de los terceros acreedores; aunque se ha dicho que si bien las dos acciones deben diferenciarse claramente, pueden existir casos en los cuales el mismo acto puede ser fuente de responsabilidad respecto de la sociedad, respecto del acreedor y respecto del socio o tercero.

En lo que se refiere, finalmente, a la acción individual, la lesión, debido a que surge del derecho del socio o del tercero al resarcimiento del daño, debe incidir sobre el derecho pertinente de los mismos, y no sobre el derecho que les corresponde como parte del patrimonio social, respecto del cual ellos tienen solamente un mero interés.

Por lo expuesto, puede desprenderse que los actos que generan la responsabilidad del director se vinculan estrictamente a su actuación, tomando este concepto tanto en términos positivos —cumplimiento de las obligaciones impuestas por la ley— como negativos —omisión de cum-

plir con dichas obligaciones—, supuestos, todos ellos, que involucran la operatoria prevista por el régimen legal.

Si vinculamos lo señalado con el rol que el capital social cumple —o al menos debería cumplir— en las sociedades comerciales advertiremos que es función ineludible de los administradores controlar su evolución y mantener el equilibrio razonable entre su monto y el giro empresarial, tomado el concepto de capital en sentido amplio, y bajo un concepto moderno como lo hemos adelantado en acápite anteriores.

Ello porque también es obligación inexcusable de los administradores cumplir la ley, de donde si el capital es insuficiente para el giro, o advierten que el mismo se está consumiendo o sufre un impacto negativo considerable, o comienza a resultar insuficiente llevando a la sociedad a un endeudamiento desproporcionado respecto de su capacidad para generar flujos financieros con qué atender los pasivos que se van contrayendo deberán tomar las medidas correctivas pertinentes:

a) Anoticiar a los socios respecto de lo ocurrido para que el órgano de gobierno tome una determinación al respecto —aumentar el capital social, reintegrar el mismo si se agota, reducir obligatoriamente el mismo—;

b) Poner de manifiesto la pérdida del capital social para que opere la causal disolutoria; y —eventualmente—;

c) Existiendo dificultades económicas y financieras de carácter general, o materializándose un estado de cesación de pagos, instar los remedios concursales adecuados, más allá de lo que finalmente pudieran resolver los socios.

Si los administradores no tomaran esas decisiones y desplegaran las correspondientes conductas en consecuencia, sin duda incurrirán en la responsabilidad fijada por los arts. 59, 157, 274 y concordantes de la ley 19.550.

Por su parte, si de la inacción de los administradores derivara una declaración en quiebra de la sociedad, y se comprobara en el proceso de falencia que la infracapitalización societaria fue uno de los elementos que produjo, facilitó o agravó la situación patrimonial de la sociedad o su insolvencia de la sociedad, generando la obligación solidaria de reparar los daños causados.

Si bien el factor de atribución es el dolo, no caben dudas que en este caso se aplica la norma del art. 931, pues los administradores:

- a) Conocen o deben conocer la situación patrimonial de la sociedad;
- b) A sabiendas siguen operando conociendo —también— que el riesgo se traslada al tercero; y
- c) Ocultan a los terceros esta circunstancia⁴.

Con referencia a los socios, y aún cuando ellos hubieran adoptado un tipo societario bajo el cual limitan su responsabilidad al aporte comprometido, si no dotaron a la sociedad de capital suficiente para poder en-

⁴ La conducta realizada con la configuración de alguno de los cuatro supuestos descriptos por el art. 173 LCQ (producir, facilitar, permitir o agravar la insolvencia del patrimonio fallido) debe estar signada por el dolo del autor, ese es, pues, el único factor de atribución de la acción concursal de responsabilidad. Según la estructura de la ley falimentaria vigente, el art. 173 LCQ requiere un obrar doloso, quedando eliminada del campo de la responsabilidad toda conducta negligente o aún culpable en infracción a las normas legales. La existencia de un obrar culposo determinante de la cesación de pagos puede, en su caso, hacer operativas otras acciones no concursales de responsabilidad de terceros, en la medida que fueren aplicables disposiciones de derecho común, más resulta insuficiente para activar positivamente y con éxito la acción concursal de responsabilidad de terceros. El dolo debe entenderse —en defecto de previsión concursal específica— en el sentido del derecho civil: ejecución a sabiendas y con la intención de dañar la persona o los derechos de otro (art. 1072, C.C.), ya fuera éste el propio fallido o sus acreedores. Asimismo, la conducta antijurídica, dolosamente ejecutada por el sujeto pasivo de la acción, debe tener relación de causalidad con la situación patrimonial de la fallida y debe producir un daño —al tiempo de la realización— consistente en la insuficiencia del activo liquidado para satisfacer íntegramente a los acreedores en la quiebra. De la letra de la ley y de los conceptos expuestos, puede deducirse con meridiana claridad que la acción prevista en el art. 173, LCQ es mucho más restringida que la acción societaria, pues en la especie se pretenden sancionar las conductas que tienden a la insolventación o a la afectación negativa de la responsabilidad del deudor, y no toda actuación antinormativa y culpable de los administradores societarios. La diferencia entre ambas acciones (art. 173 y 175, LCQ) es bien notoria, la del art. 173 es una demanda típicamente de responsabilidad de derecho concursal, mientras que la del art. 175 se refiere a las acciones de responsabilidad de tipo societario. En esta última se persigue hacer efectiva la responsabilidad por el mal desempeño del cargo, tanto por actos ilícitos violatorios de la ley, los estatutos o reglamentos, como por cualquier otro daño producido (abuso de facultades o culpa grave), es decir, puede generarse tal responsabilidad aún sin llegarse a configurar el fraude para comprometer la responsabilidad patrimonial de la sociedad o su insolvencia (CNCom., sala A, 19-09-2002, “Internacional Express SA c. Obstein Luis y Otros s/ ordinario”).

carar y mantener el giro social, o si frente a las situaciones descriptas hubieran ignorado la pérdida del capital social y hubieran continuado con la vida societaria sin admitir la infracapitalización material, ni tomaran a sabiendas los remedios adecuados a través del órgano de gobierno para solucionar la situación, en caso de insolvencia podrán verse incurso en la situación de cómplices prevista por el art. 173 y también en la conducta contemplada en el art. 175.

Fuera de los supuestos de insolvencia, la cuestión de la infracapitalización material no hace que el negocio societario de fondo se desnaturalice. Claro está que, si bien ello no alcanza para desvirtuar la vigencia de la forma societaria y del régimen de responsabilidad escogido para dicho negocio, ni en lo que hace a la persona jurídica en sí —art. 2 de la ley 19.550— sin embargo la *actuación* del ente bajo una situación de infracapitalización material importaría una *actuación con fines extrasocietarios* y claramente *violatoria de la buena fe* que permitiría *frustrar los derechos de terceros*. Y ello podría anejar —bajo las regulaciones previstas en el art. 54, párrafo 3° de la ley 19.550—, la responsabilidad de los socios y controlantes que hicieron posible la actuación atacada, los que responderán en forma solidaria e ilimitada al desplazarse la imputación de la conducta desde la sociedad hacia su persona⁵.

Lamentablemente no existen en nuestro sistema jurídico otros remedios reglados para remediar una situación de infracapitalización material que no sean los descriptos.

Por nuestra parte consideramos que en una próxima reforma legislativa, deberían legislarse en forma expresa un remedio para la infracapitalización material, similar al que prevé la legislación francesa, pero con algunos ajustes como se señalará a continuación.

Cuando se opere fuera del marco regulatorio de la insolvencia:

a) la acción tenderá a que los socios aporten en forma suplementaria el monto de capital necesario para establecer un razonable equilibrio entre capital social y pasivo —no necesariamente igualarlo, sino meramente equilibrarlo bajo una *ratio* que imponga un índice de solvencia y liquidez—.

⁵ Pueden verse más detalles en cuanto al funcionamiento del instituto en VÍTOLO, Daniel Roque, *La personalidad jurídica de las sociedades comerciales y su limitación en los casos de utilización indebida y de fraude*, ed. Errepar, Buenos Aires, 2010.

b) Ello se determinará mediante prueba pericial.

c) Comprobada la infracapitalización material, la sanción debe consistir en la obligación de efectuar aportes suplementarios, y una multa equivalente al 30% de dicho aporte en carácter de sanción.

Si la infracapitalización material se advierte y opera dentro del marco de un proceso de insolvencia la solución debe depender de la naturaleza del mismo:

a) en procesos preventivos —acuerdo preventivo extrajudicial o concurso preventivo—, la contribución será igual a la señalada pero la multa ascenderá a un 75% del valor del aporte suplementario que deberá reclamarse, en razón del agravamiento de la carga a los terceros para la percepción de sus créditos —concurencia al proceso universal ateniéndose a sus consecuencias—.

b) en procesos liquidatorios —quiebra— la responsabilidad se juzgará por las normas en materia de responsabilidad de socios y terceros.

3. Infracapitalización formal o nominal

Como lo hemos señalado en varios trabajos anteriores⁶, existe *infracapitalización formal* —o nominal— cuando los socios suministran los recursos necesarios para el giro en cantidad suficiente pero bajo un título diverso del correspondiente de *aporte* que corresponde a su condición de tales. Es decir que —en este último caso— los accionistas en lugar de contribuir a la conformación y aumento del capital social hasta los niveles operativos exigidos utilizando el mecanismo natural que es el incremento en el capital, recurren a proveer los recursos mediante créditos o préstamos por ellos mismos generados a favor de la sociedad de modo que, en caso de liquidación voluntaria, crisis, concurso, o quiebra podrán acceder

⁶ VÍTOLO, Daniel Roque, Capital social, infracapitalización y sobreendeudamiento, en Conflictos Actuales en Sociedades y Concursos, ed. Ad Hoc, 2002; ídem, Capital social, infracapitalización, sobreendeudamiento y el principio de limitación de la responsabilidad, en Sociedades Comerciales, Los Administradores y los Socios, Responsabilidad en sociedades anónimas, ed. Rubinzal Culzoni, 2005 [Vitolo-Embid Irujo, Directores]; ídem El problema de la infracapitalización societaria, ponencia presentada al IX Congreso Argentino de Derecho Societario y V Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa, Tucumán 2004; Sociedades Comerciales, ley 19.550, comentada, ed. Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2007; entre otros.

como acreedores al recupero de dichos recursos en lugar de que los mismos queden subordinados al pago del resto de los acreedores sociales; como ocurre con los aportes que han conformado el capital social.

No caben dudas que lo que correspondería en estos casos es la recalificación de la naturaleza jurídica de la relación existente entre la sociedad y los socios respecto de los recursos suministrados, de modo de que los mismos pierdan el carácter ordinario o privilegiado de créditos regulares contra la sociedad para constituirse en créditos subordinados de naturaleza igual o similar al crédito que los propietarios del capital —accionistas— tengan contra la sociedad por el valor de las acciones de que resulten titulares. Y esta es la tendencia general en todo el derecho comparado⁷.

Claro está que la recalificación no es tan sencilla, pues para poder recalificar el ingreso de fondos a la sociedad que han sido registrados como préstamos —mutuos—, u otros conceptos, y otorgarles el carácter de aportes de capital hacen falta algunos actos que deben ser cumplidos tales como:

a) la aceptación por parte de la sociedad de un aumento del capital social, dado que el aporte de capital tiene como contrapartida una participación del aportante en el capital social del ente jurídico;

b) dicho aumento de capital sólo puede ser decidido por los órganos correspondientes y competentes en cada caso;

c) los aumentos de capital generan para los socios derechos de suscripción preferente, y de acrecer, que no pueden ser cercenados salvo en supuestos especiales;

d) existiendo relaciones desiguales entre el capital social nominal y el patrimonio social los aumentos de capital deben establecerse con primas de emisión, con el objeto de evitar distorsiones respecto de la participación de los socios en el valor patrimonial proporcional de la sociedad; y —no debe olvidarse— que

e) la variación en el capital social también genera diferencias en el la participación en las ganancias y en la soportación de pérdidas.

De allí que la recalificación del acto jurídico o del negocio habido asignándole carácter de aporte de capital es inadecuado.

⁷ Ver lo expuesto en el capítulo VII de esta obra.

La solución debe venir —y en ello proponemos se establezca por norma legal expresa en una próxima reforma legislativa— de la mano de disponer que todo negocio de financiamiento por parte de los socios hacia la sociedad tiene carácter de crédito subordinado respecto de los acreedores sociales.

Mientras tanto —pues hasta que se reforme la ley puede pasar mucho tiempo— dicha subordinación deberá ser impuesta judicialmente bajo el instituto de la *simulación relativa*, generándose una ineficacia respecto de los acreedores sociales con conversión del negocio jurídico ineficaz: En palabras de Betti⁸, para aclarar la situación, se trataría de un negocio ineficaz que puede producir los efectos de un negocio de tipo diferente, del cual contiene los requisitos de sustancia y forma, cuando la intención práctica perseguida por las partes consienta esa distinta estimación jurídica y un criterio objetivo como el de la buena fe lo exija.

Quiere decir entonces que el acto debe ser recalificado pero bajo una práctica societaria que permita:

a) aceptar que el socio ha generado con el negocio simulado —en su realidad encubierta por otro negocio— una aportación de capital;

b) que dicha aportación de capital no implique para él un cambio en su nivel de participación en el capital social ni en sus derechos;

c) que los restantes socios no vean afectados sus derechos de participación proporcional en la sociedad que tenían hasta el momento del aporte; y

d) que tanto el aportante como la sociedad hubieran consentido este mecanismo de aportación —ingreso de un aporte sin que ello modifique el capital social ni los derechos de los socios—.

Dentro de la práctica societaria existe un solo instituto que reúne estas características y es el de los *aportes irrevocables a cuenta de futuros aumentos de capital*.

Por ello es que hemos sostenido —como tesis—⁹ que en los casos de infracapitalización formal —o nominal— bajo la actual legislación, la sanción que corresponde para los socios es la recalificación de los negocios

⁸ Ver BETTI, Emilio, Teoría general de negocio jurídico, ed. Comares, 2000.

⁹ Ver VÍTOLO, Daniel Roque, Aportes, capital..., cit.

jurídicos que encubren la infracapitalización formal, bajo las reglas de la simulación relativa con las siguientes consecuencias:

a) la recalificación del acto como aporte irrevocable a cuenta de futuros aumentos de capital social;

b) la subordinación de dichos créditos en relación con los acreedores sociales; y

c) la preferencia posterior del aportante para serle restituido el crédito originariamente calificado como negocio de financiación y recalificado luego como aporte irrevocable a cuenta de futuros aumentos de capital social, en relación con el crédito que por el capital pudieran tener los socios de la sociedad.

Bajo situaciones no comprendidas en la insolvencia, el reclamo lo deberá formular el afectado que pretenda invocar la infracapitalización en defensa de su derecho; y bajo procedimientos de insolvencia la calificación del crédito corresponderá ser formulada por el juez concursal en oportunidad de la admisión del crédito del socio en el pasivo¹⁰.

¹⁰ Puede verse CÁMARA, Héctor, Naturaleza de la resolución de verificación de créditos y la posición del acreedor que se insinúa como privilegiado y es declarado quirografario, en RDCO 13-79/77-573; Naturaleza de la resolución de verificación de créditos, en RDCO 1980-573; El síndico del concurso es el interesado del artículo 38, segunda parte, de la ley 19.551, en RDCO 1980-741; DI IORIO, Alfredo, Elementos para una teorización general sobre los procesos concursales, en RDCO 21-124-502; FIGUEROA CASAS, Pedro J., La notificación de la resolución judicial del artículo 36 de la ley concursal, en LL Litoral 1997-541; JOZPA, Daniel, Reflexiones respecto a algunos cambios en el proceso de verificación de créditos, en JA 1996-III-915; LATTANZIO, Raúl H., Derecho Concursal. Primeras Jornadas Nacionales, p. 251; MORELLO, Augusto, El concurso como proceso, en JA 29-1975-763; RIVERA, Julio César, Fines y principios estructurales de la nueva Ley de Concursos, en Revista de Derecho Privado y Comunitario, N° 10, p. 35; RIVERA, Julio César, Cuestiones laborales en la Ley de Concursos, Astrea, Buenos Aires, 1982; SZEINBAUM, Mario Boris, El proceso de verificación de créditos, en LL 149-822; VITOLLO, Daniel Roque, Concursos y Quiebras, ed. Ad Hoc, Buenos Aires, 2007; entre otros.