

LA INFRACAPITALIZACION SOCIETARIA COMO HECHO REVELADOR DEL ESTADO DE CESACION DE PAGOS Y LA RESPONSABILIDAD DE LOS ADMINISTRADORES

Ricardo Alberto Ruiz

Sumario

La infracapitalización societaria considerada como un hecho revelador del estado de cesación de pagos, habilita a los administradores diligentes a solicitar oportunamente la formación del concurso preventivo de la sociedad como recurso adecuado para superar la insolvencia. En ese supuesto, la aplicación del artículo 94, inc. 5, L.S.C., no sería automática, permitiendo dejar sin efecto la disolución si se obtiene la homologación judicial del acuerdo preventivo, solución análoga a la prevista en el inc. 6° *in fine* de la misma norma. De esta manera, se encuentra una solución legal que permita la continuidad del giro comercial, justificando así la “conservación de la empresa”, y evitando asimismo responsabilizar a los administradores y socios en forma solidaria e ilimitada por la realización de actos ajenos a la liquidación.

1. Introducción

El concepto de capital social, entendido como una cifra representativa del aporte comprometido por los socios para la consecución del objeto social, ha sido seriamente cuestionado, fundamentalmente en esta última década, por la doctrina comercialista.

Basta repasar la profusa y valiosa cantidad de obras, ensayos, artículos y ponencias publicadas sobre el tema, para comprender el alto grado de controversia que hoy por hoy presenta el instituto.

Un aspecto por demás de conflictivo es el de la denominada “infracapitalización”, fenómeno que ha merecido un enjundioso

estudio, fundamentalmente a partir del análisis de la insolvencia societaria como resultado de la deficiente o inadecuada capitalización.

Si bien el fenómeno de la infracapitalización no es un producto netamente argentino, aquí se ve estereotipado a partir de la concepción de la sociedad como un mero recurso legal para afectar un determinado patrimonio (el menor posible) a un emprendimiento comercial, y con ello evitar soportar las eventuales consecuencias desvaliosas que el riesgo comercial implica con todo el patrimonio; en vez de considerar al ente societario como un verdadero dispositivo legal que permita el aglutinamiento de capitales para destinarlos a la producción o intercambio de bienes y servicios.

Este es, a mi modo de ver, el disparador de la inagotable labor doctrinaria que ve en la infracapitalización, el nexo de causalidad que permite responsabilizar a los administradores y socios en forma solidaria e ilimitada cuando ello originariamente no es posible por el tipo social elegido -o sea, en aquellos casos en que se limita la responsabilidad al capital integrado-.

2. La infracapitalización como hecho revelador del estado de cesación de pagos

Uno de los aspectos que más se ha debatido es la incidencia de la infracapitalización societaria en el estado patrimonial del ente.

Para analizar debidamente la cuestión, debemos distinguir los distintos tipos de infracapitalización. Dicho fenómeno puede ser estudiado en el marco de dos vertientes fundamentales; una, con base en la noción de capital social y en referencia a que dicha subcapitalización o infracapitalización se presenta cuando el valor real del patrimonio neto es inferior al valor nominal o contractual del capital social (subcapitalización técnica); y otra, en función del desfase entre el capital social y el capital real que se requiere para lograr el objeto social (subcapitalización funcional)⁽¹⁾. En este ámbito se ha distinguido entre la subcapitalización nominal, que se presenta

(1) Rippe, Siegbert, "Subcapitalización y responsabilidad de directores y administradores", J.A., tomo 1997-IV, Sección doctrina, p. 725.

cuando la sociedad obtiene fondos ajenos o créditos para cubrir necesidades de fondos propios, y la subcapitalización material, caracterizada por el hecho de que la sociedad carece tanto de fondos propios como de fondos ajenos⁽²⁾.

Tanto en su faz *técnica*, como *funcional*, la infracapitalización es un fenómeno suficientemente apto para exteriorizar o revelar el estado de insolvencia del ente societario.

Si bien ambos conceptos (pérdida de capital social y estado de cesación de pagos) no son equivalentes, normalmente el primero (pérdida de capital) precede al segundo (cesación de pagos).

Es que, sin una suficiente capitalización, resultará imposible diseñar una estrategia de reestructuración de pasivos que permita superar una crisis de índole económica financiera.

3. La actitud diligente del buen hombre de negocios

Ahora bien, desde le punto de vista societario, la pérdida del capital social hace que la sociedad entre en estado de disolución (conf. art. 94, inc. 5, L.S.C.), quedando su objeto social reducido o limitado a la atención de los asuntos urgentes y la adopción de las medidas necesarias para iniciar la liquidación (conf. art. 99, 1º párr., L.S.C.).

La *forma* adecuada para determinar la pérdida del capital es el balance de ejercicio, documento contable idóneo para evaluar no sólo el desequilibrio entre el capital y el patrimonio social, sino también para determinar con certitud los guarismos y rubros inscriptos y predeterminados, siguiendo, reiteramos, los principios contables básicos (presupuestos, características y criterios) en adecuada armonía con las disposiciones previstas en la materia (principalmente arts. 62 a 72 L.S.C.)⁽³⁾.

En cuanto al *momento* en que válidamente puede declararse la pérdida por causa del mencionado desequilibrio económico, habrá de

(2) Rippe, Siegbert, ob. cit., p. 727.

(3) Verón, Alberto Victor, *Sociedades Comerciales. Ley 19.550 comentada, anotada y concordada*, 2ª ed. actualizada y ampliada, Astrea, Bs. As., 2007, t. 1, p. 932.

ser la fecha en que la reunión de socios o asamblea general así los resuelva⁽⁴⁾.

Ergo, comprobada la pérdida del capital social por el balance de ejercicio, siguiendo los postulados previstos por la legislación societaria, nos encontramos con que los administradores deberán, previa convocatoria al órgano de gobierno, optar por: a) tener por operada la casual de disolución, debiendo comenzar de inmediato las labores liquidativas (art. 99, LSC) o; b) aumentar o reintegrar el capital (art. 96 L.S.C.).

Cabe aclarar que, en caso que los administradores continúen desarrollando el objeto social sin tomar las medidas antes señaladas, deberán responder en forma solidaria e ilimitada respecto a los terceros y los socios por el pasivo generado estando la sociedad en estado de disolución (conf. art. 99 L.S.C.).

En ningún momento, el sistema legal societario permite una salida que, privilegiando la conservación de la empresa, permita superar la crisis patrimonial que la pérdida de capital supone, sin tener que recurrir, o al aporte adicional de los socios (a través de la reintegración o aumento del capital), o a la liquidación.

Sin embargo, vemos plausible lo dispuesto en la legislación concursal, permitiendo el concursamiento de las sociedades en liquidación (conf. art. 5 L.C.Q.).

Es que, teniendo la posibilidad de concursamiento, los administradores podrían echar mano a este recurso cuando los socios no puedan realizar aportes adicionales, y la liquidación del ente social resulta sustancialmente inapropiada a los fines de la adecuada defensa de los intereses de socios y terceros que le fueron confiados.

En este caso, el estado de disolución y el consiguiente deber de seguir las pautas marcadas por el dispositivo legal previsto en los arts. 101 y siguientes, L.S.C.; quedarían *en suspenso* hasta la homologación del concordato, en cuyo caso, la disolución quedará sin efecto -supuesto asimilable al previsto en el mismo art. 94, inc. 6, L.S.C.-, o hasta la declaración de quiebra por fracaso o incumplimiento del concordato, en cuyo caso volvemos a la disolución y consecuente liquidación.

(4) Idem anterior, p. 933.

4. La responsabilidad de los administradores

Claro está que, bajo el imperio de las reglas societarias, la presentación en concurso preventivo, y la consiguiente decisión de continuar el giro comercial y el cumplimiento del objeto social, provocaría la aplicación lisa y llana de la última parte del art. 99 L.S.C., que dispone la responsabilidad solidaria e ilimitada para los administradores societarios.

Entiendo que tal dispositivo legal debe ser reformulado y aplicado teniendo en cuenta las circunstancias particulares de cada caso en concreto.

Coincido con el maestro Efraín Hugo Richard⁽⁵⁾ en que la actuación de una sociedad que, estando en cesación de pagos continua su funcionamiento, en la mayoría de los casos disimulando con mayores o menores esfuerzos ese hecho, asumiendo créditos, es decir contrayendo deudas y contratando en insolvencia, a sabiendas o al menos representándose la posibilidad cierta del perjuicio que se les causaría a terceros, generando una afectación de la credibilidad de la empresa y de sus posibilidades, configura desde el punto de vista civil, una actuación dolosa (arts. 931 y conc., Cód. Civil); y desde el punto de vista penal, un delito encuadrable en el tipo previsto en el art. 174, inc. 6, Cód. Penal.

Ahora bien, apreciando las circunstancias particulares del caso, ante el supuesto que los administradores societarios decidan la presentación en concurso inmediatamente después de la asamblea - o reunión de socios- en la que se verificó la pérdida del capital y la imposibilidad de realizar aportes adicionales para su reintegro o aumento, y ante la comprobación, en base a adecuados informes técnicos, que el sometimiento al proceso liquidatorio de la sociedad resultará inapropiado para la defensa de los intereses en juego, tal decisión aparece ajustada a los parámetros de conducta previstos en los arts. 58 y 59 L.S.C., y por ende, provoca la imposibilidad de aplicar

(5) Richard, Efraín Hugo - Palacio Laje, Carlos. "Plan de insolvencia y presentación tardía en concurso: su posible punición", libro de ponencias del VI Congreso Argentino de Derecho Concursal, IV Congreso Iberoamericano sobre la Insolvencia, Rosario 27, 28 y 29 de setiembre de 2006, t. II, p. 358 y ss.

la normativa sancionatoria prevista en la última parte del art. 99 L.S.C., que hace responsables solidaria e ilimitadamente a los administradores por la realización de todos aquellos actos ajenos al fin liquidatorio.

Entiendo que, en supuestos similares al recientemente propuesto, la normativa societaria debe compatibilizarse con la normativa concursal, resultando un contrasentido permitir la presentación en concurso preventivo de la sociedad en liquidación al sólo efecto de liquidar, cuando por otro lado, la misma legislación societaria permite dejar sin efecto la disolución operada en virtud de una causal más gravosa como la declaración de quiebra, si el deudor arribare a un acuerdo con sus acreedores que permita concluir tal procedimiento.

Esta alternativa contempla, no sólo una salida que implique la posibilidad de continuar el giro comercial de la sociedad sin sancionar a aquellos administradores diligentes con la responsabilidad solidaria e ilimitada, sino también garantizar a ultranza el principio de conservación de la empresa como fuente generadora de recursos y trabajo.

Coincidentemente, como señala Araya, merece especial atención el caso español, a partir de la reciente reforma de la legislación concursal introducida mediante ley 22/2003. Allí, el régimen de las sociedades anónimas de 1989 (260.1.4 y 262 L.S.A.), establece el caso de pérdida de la mitad del capital social, como causa de disolución de la sociedad. Los administradores deben convocar en el plazo de dos meses a la Junta general de accionistas, con el objetivo de dar a conocer la disminución del patrimonio neto y proponer las medidas que consideren adecuadas para regularizar la situación de desequilibrio. La omisión de obligación de convocatoria a los accionistas, o el fracaso de esa Junta, habilitan a cualquier interesado a pedir la disolución (art. 262.3 L.S.A.) e impone el deber de los administradores de pedir judicialmente la disolución (art. 262.4 L.S.A.). El mecanismo reseñado asegura su eficacia a través de un sistema de sanción riguroso: el incumplimiento de las reglas apuntadas comporta la responsabilidad solidaria y personal de los administradores por las obligaciones sociales (art. 262. 5 L.S.A.). El régimen sumariamente descrito ha sido calificado por la doctrina mayoritaria como preconcursal, entendiendo que las pérdidas graves, constituyen una señal de alarma que debe alentar a los

administradores a enfrentar una situación de desequilibrio patrimonial, próxima a la insolvencia ⁽⁶⁾.

En este modelo, la ley concursal, enlaza el supuesto de pérdida grave con la insolvencia, y recoge de algún modo, la propuesta que la doctrina llama “cumplimiento alternativo”, otorgando a los administradores, un recurso más, previo a la disolución judicial, que es la solicitud de apertura de un procedimiento concursal. Si este pedido fuera tempestivo, los administradores se liberan de la rigurosa responsabilidad personal y solidaria que el régimen consagra para el supuesto de pérdidas cualificadas ⁽⁷⁾.

(6) Araya, Miguel Carlos, “La función preconcursal del régimen de pérdida del capital social”, libro de ponencias del VI Congreso Argentino de Derecho Concursal, IV Congreso Iberoamericano sobre la Insolvencia, Rosario 27, 28 y 29 de setiembre de 2006, t. II, p. 29.

(7) Idem anterior.