

Responsabilidad de los administradores societarios por pérdida del capital en el derecho argentino

Corporate directors' liability for loss of capital under Argentine Law

Martín E. Abdala*

Universidad Nacional de Tucumán (Argentina)

*Abogado, Universidad Nacional de Tucumán (Argentina). Master en Derecho, Universidad de Muenster (Alemania). Doctor en Derecho, Universidad de Colonia (Alemania). Profesor Asociado, Universidad Nacional de Tucumán (Argentina). Investigador Asistente del Conicet.
martinabdala@arnet.com.ar

Resumen

Con frecuencia se observa en Argentina sociedades que operan sin una adecuada provisión de capital y que realizan negocios que exceden las reales posibilidades de la firma. Cuando se producen situaciones de incumplimiento de obligaciones sociales, los acreedores perjudicados intentan resarcir sus perjuicios ensayando acciones de responsabilidad en contra de los administradores. Para fundar las mismas, un sector de la doctrina argentina propone recurrir a los artículos 59, 274 y 99 de la Ley de Sociedades Comerciales. Nosotros no consideramos apropiado utilizar a esos efectos el artículo 99 de la mencionada Ley. Por un lado, porque es sumamente difícil precisar cuándo una sociedad perdió su capital social y, por otro lado, porque en todos los casos la aplicación de esa norma presupone que la causal de disolución no solo se haya comprobado, sino que la comprobación haya sido declarada. La solución al problema planteado la encontramos en el derecho de fondo: en la etapa preparatoria de cualquier contrato que celebre, el administrador societario está personalmente obligado a informar ciertas cuestiones referidas a la solvencia de la empresa, como por ejemplo, la cuantía y existencia del capital social, y si no lo hace, puede imputársele responsabilidad resarcitoria por culpa in contrahendo.

Palabras clave: Responsabilidad, sociedades comerciales, derecho argentino.

Abstract

We can often see in Argentina companies operating without an adequate supply of capital and doing business in excess of the real possibilities of the firm. When there are situations of breach of obligations of the company, affected creditors try to compensate their losses by bringing tort actions against the administrators. To justify these claims a group of Argentine authors intend to use articles. 59, 274 and 99 of the Ley de Sociedades Comerciales (Corporations Law). We do not consider appropriate to use art. 99 of the Ley de Sociedades Comerciales for this purpose. On the one hand, it is extremely difficult to determine when a society has lost its social capital and, second, because in all cases the application of this rule presupposes that the cause of dissolution has been declared and not only that it occurred. The solution to the problem is found in civil law. In the preparatory stage of any contract, the corporate manager has the personal obligation to report certain matters relating to the solvency of the company, such as the amount and existence of capital and if not, can be held liable for damages for culpa in contrahendo.

Keywords: Responsibility, trading companies, Argentine law.

Fecha de recepción: 18 de febrero de 2011

Fecha de aceptación: 25 de abril de 2011

1. LA PÉRDIDA DEL CAPITAL Y LA CONTINUIDAD DE LA ACTIVIDAD EMPRESARIA

En Argentina, nos confrontamos con suma frecuencia con sociedades comerciales que, por diferentes avatares económicos, pierden su capital y, a pesar de ello, continúan funcionando e incluso desarrollan actividades de envergadura económica.

Cuando esas sociedades no pueden satisfacer en tiempo y forma sus obligaciones y, mucho más, cuando caen en insolvencia (sea porque se presentan en concurso preventivo o porque, a instancia propia o de terceros, se declara su quiebra), surge una obligada pregunta: ¿Cuáles son las responsabilidades que les cabe a sus administradores por haber dado continuidad al funcionamiento de un ente que ya no contaba con un provisión de capital adecuada y proporcional al giro de sus negocios y, mucho más, cuando ese capital se había perdido?

Un calificado sector de la doctrina argentina sostiene que, en esos casos, los acreedores de la sociedad que no logren percibir sus créditos sufren un daño cuya reparación puede intentarse mediante la interposición de una acción de responsabilidad en contra de los administradores societarios que continuaron la actividad del ente luego de producida la pérdida del capital social (véase, por todos, Richard, 2010, pp. 124 -125 y 163 -165).

Quienes abrazan esa tesis afirman que cuando se produce la pérdida del capital el ente se disuelve en virtud de lo dispuesto por el inciso 5° del artículo 94 de la Ley de Sociedades Comerciales, y los administradores están obligados, por el artículo 99 de esa ley, a circunscribir su actividad a atender los asuntos urgentes de la sociedad, debiendo adoptar las medidas necesarias para iniciar el proceso de liquidación.

Si se produce esa situación y los *managers* de la sociedad no cumplen con ese deber sino que, por el contrario, continúan la actividad empresarial como si nada hubiera ocurrido, deben entonces resarcir los daños que provoquen, en virtud de lo dispuesto por el mentado artículo 99 y por lo establecido en los artículos 59 y 274 de la Ley de Sociedades Comerciales.

Esta tesis merece algunas observaciones críticas. Por un lado, porque soslaya ciertas limitaciones que enervan la posibilidad de aplicar el artículo 99 de la Ley de Sociedades Comerciales como fundamento jurídico para que los acreedores de la sociedad puedan atacar el patrimonio de los *managers* que dan continuidad a la actividad de una empresa luego de la pérdida del capital; y por otro lado, porque no estamos convencidos de la posibilidad de utilizar a esos efectos y con ese propósito los mencionados artículos 59 y 274 de la Ley de Sociedades Comerciales. Analizaremos ambas cuestiones en los acápite siguientes.

2. QUID DEL ARTÍCULO 99 DE LA LEY DE SOCIEDADES COMERCIALES

2.1. Presupuestos de aplicación de la norma

El artículo 99 de la Ley de Sociedades Comerciales consagra una clara obligación de comportamiento que deben observar los *managers* societarios en tres situaciones concretas y puntuales que esa misma norma enumera: a) cuando el plazo de duración de la sociedad hubiera vencido; b) cuando se hubiera celebrado un acuerdo de disolución y c) cuando se hubiera declarado que se comprobó alguna de las causales de disolución de la sociedad.

La norma precisa que en aquellos supuestos en los que se produjera cualquiera de esos tres escenarios, los administradores societarios podrán continuar ejerciendo normalmente sus funciones, pero estarán obligados a circunscribir su actividad solamente a atender los asuntos urgentes de la empresa, debiendo adoptar las medidas necesarias para iniciar el proceso de liquidación.

El propio artículo mencionado prevé luego cuáles serán las consecuencias en caso de que los *managers* no cumplan con esa obligación y dispone, en una expresión a nuestro juicio poco feliz, que cualquier operación ajena a esas características y fines (es decir que no fuera urgente ni estuviera orientada a iniciar el proceso de liquidación) los hace responsables, ilimitada y solidariamente, respecto a los terceros y a los socios, por los daños que pudieran provocarles.

Con ese punto de partida, cuando se produce una situación de pérdida del capital social y los administradores continúan con la marcha de la empresa como si nada hubiera ocurrido podría pensarse (como de hecho lo hace un sector de la doctrina vernácula) que puede imputarse a estos *managers* responsabilidad resarcitoria en los términos del mentado artículo 99 de la Ley de Sociedades Comerciales.

Pero hete aquí que si concentráremos nuestra atención en el primer párrafo del mentado artículo 99 de la Ley de Sociedades Comerciales advertiremos que la aplicación de la norma presupone no solo que exista una causal de disolución de la sociedad, sino también que haya una declaración de que esa causal se ha comprobado.¹

2.2. La declaración de que se comprobó una causal de disolución

La cuestión de quién y cómo debe emitir esa declaración es una problemática que divide a la doctrina y a la jurisprudencia vernácula en una pluralidad de opiniones contradictorias.

Un sector de los autores y algunos fallos jurisprudenciales proponen una interpretación flexible del modo en que debe emitirse la declaración exigida por el mentado artículo 99 de la Ley de Sociedades Comerciales, y sostienen que la sola confección de un balance (y mucho más su aprobación) debe ser considerada como una declaración de que se ha constatado la causal de disolución (cfr. Richard, 2010b, pp. 290-291).

En ese mismo sentido hay fallos jurisprudenciales que incluso llegan al extremo de considerar que es innecesaria una declaración expresa cuando la existencia de la causal de disolución (por ejemplo, la pérdida del capital social) deviene de hechos objetivos indubitables (cfr. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial).

¹Claramente refiere el artículo 99 de la Ley de Sociedades Comerciales: "Los administradores con posterioridad al vencimiento de plazo de duración de la sociedad o al acuerdo de disolución o a la declaración (la negrilla es nuestra) de haberse comprobado alguna de las causales de disolución, solo pueden atender los asuntos urgentes y deben adoptar las medidas necesarias para iniciar la liquidación."

Por nuestra parte, discrepamos con esa línea de pensamiento. El artículo 99 de la Ley de Sociedades Comerciales no se refiere a la mera constatación de la existencia de la causal disolutoria, sino a una declaración de que se ha comprobado esa existencia. “Declarar” significa ‘manifestar hechos con relevancia jurídica, hacer público, explicar lo que otro u otros dudan o ignoran’ (Diccionario de la Real Academia Española). Por esa razón, la exigencia de una declaración no puede considerarse como no escrita, pues no se trata de un requerimiento ocioso, sino que tiene una clara finalidad, que no es otra que la de evitar situaciones equívocas en relación a si se produjo o no la disolución de la sociedad, cerrando, o por lo menos, reduciendo, el margen de subjetividad que pueda haber en la interpretación de ciertos acontecimientos que desencadenarían la desaparición de esta persona jurídica.

Para sostener que una sociedad está disuelta por la pérdida del capital social es entonces imprescindible que el órgano competente aborde la cuestión y se pronuncie expresamente emitiendo una declaración categórica al respecto. En cuanto a quién es competente para dictar esa declaración, entendemos que, por la importancia de la cuestión de la que se trata², la misma puede ser emitida por el órgano de gobierno societario³ o bien por el órgano jurisdiccional, mediante una sentencia dictada ante un planteo formulado por los socios o por la autoridad de contralor en los casos en los que ello corresponda (cfr. el inciso 3° del artículo 303 de la Ley de Sociedades Comerciales).

2.3. Utilidad real del artículo 99 de la Ley de Sociedades Comerciales

A poco de andar advertimos que la exigencia de una declaración de que se ha comprobado la causal disolutoria se convierte entonces en un valladar que enerva la posibilidad de aplicar el artículo 99 de la Ley de Sociedades Comerciales en muchos supuestos en los que los administradores continúan operando una sociedad a pesar de que esta perdió su capital.

²Ni por un momento olvidemos que se trata de declarar que una sociedad perdió su capital y, por ello, que está disuelta.

³En el caso de las sociedades anónimas, la asamblea de accionistas.

Las hipótesis en las que puede aplicarse el artículo 99 de la Ley de Sociedades Comerciales para imputar responsabilidad a los *managers* societarios son absolutamente excepcionales y se circunscriben a los pocos casos en los que estos dan continuidad al funcionamiento de una sociedad como si nada hubiera ocurrido, luego de una expresa declaración, sea mediante una decisión intrasocietaria o a través de una sentencia emanada del órgano jurisdiccional, de que se comprobó una causal de disolución, por ejemplo, por pérdida del capital.

E incluso la aplicación de esa norma en esos supuestos puede ser fácilmente enervada por los socios del ente, a quienes el artículo 96 de la Ley de Sociedades Comerciales les otorga la posibilidad de evitar la disolución de la sociedad en caso de pérdida del capital social mediante un acuerdo de reintegro total o parcial o bien mediante un aumento del mismo.⁴

3. LA UTILIZACIÓN DE LOS ARTÍCULOS 59 Y 274 DE LA LEY DE SOCIEDADES COMERCIALES

Descartada entonces la posibilidad de recurrir al artículo 99 de la Ley de Sociedades Comerciales para atacar el patrimonio de los administradores que dan continuidad a la actividad de una sociedad luego de haber perdido el capital, queda entonces preguntarnos si esa imputación de responsabilidad puede fundarse en las disposiciones de los artículos 59 y 274 de la Ley de Sociedades Comerciales.

Como sabemos, el artículo 59 de la Ley de Sociedades Comerciales contiene un cláusula general de responsabilidad, que dispone que los administradores y los representantes de la sociedad deben obrar con lealtad y con la diligencia de un buen hombre de negocios, y precisa luego que quienes faltaren a esas obligaciones son responsables, ilimi-

⁴A ello debemos agregarle que, por lo menos en dos oportunidades, se dictaron normas de excepción que suspendieron la aplicación del inciso 5° del artículo 94 de la Ley de Sociedades Comerciales, como por ejemplo, el artículo 49 de la Ley 23.697, que suspendió por 180 días la aplicación de esa norma y, más recientemente, el artículo 1° del Decreto 1269/2002, que lo hizo desde julio de 2002 hasta diciembre de 2003.

tada y solidariamente, por los daños y perjuicios que resultaren de su acción u omisión.

El artículo 274 de la Ley de Sociedades Comerciales, a su turno, establece que los directores responden, ilimitada y solidariamente ante la sociedad, los accionistas y los terceros por el mal desempeño de su cargo, según el criterio del artículo 59 de ese mismo ordenamiento legal, así como por la violación de la ley, el estatuto o el reglamento y por cualquier otro daño producido por dolo, abuso de facultades o culpa grave.

Como podemos observar, la aplicación de ambas normas presupone la existencia de una obligación incumplida por parte del administrador societario, con lo que, para fundar la imputación de responsabilidad de los *managers* por haber continuado la actividad de una sociedad luego de producida la pérdida del capital en los artículos 59 y 274 de la Ley de Sociedades Comerciales, será imprescindible que ellos hayan violado o soslayado alguna de sus obligaciones de comportamiento.

Pero hete aquí que ninguna norma de nuestro ordenamiento jurídico societario establece que los administradores están obligados a discontinuar la actividad de una sociedad luego de la pérdida del capital ni, mucho menos, que deban inmediatamente avanzar con su liquidación.

Es cierto, y no lo desconocemos, que el artículo 205 de la Ley de Sociedades Comerciales dispone que la asamblea extraordinaria puede restablecer el equilibrio entre el capital y el patrimonio social reduciendo el capital cuando la sociedad sufra pérdidas y que el artículo 206 explicita, a su turno, que esa reducción es obligatoria cuando las pérdidas insumen las reservas y el 50 % del capital. Sin embargo, en ambas normas se consagran obligaciones de comportamiento exigidas a los socios, cuya omisión de ninguna manera puede reprochárseles a los administradores de una sociedad.

En ese orden de ideas, y sin el soslayo de alguna obligación jurídica, mal podría imputarse un deber resarcitorio a los administradores societarios fundado en los artículos 59 y 274 de la Ley de Sociedades

Comerciales, a menos que se pretenda utilizar estas normas como una suerte de cláusula general de sindicación de responsabilidad, a las que pueda recurrirse, cuan comodín de baraja, para justificar imputaciones que, de otra manera, no encontrarían un claro enclave o justificación en nuestro ordenamiento jurídico; temperamento que hemos criticado y considerado imprudente en otros trabajos de nuestra autoría (Abdala, 2009, pp. 984-986), por cuanto la utilización ligera de esas normas conlleva como riesgo desdibujar sus propios límites y caer en el fangoso terreno de la imprecisión, en cuyo supuesto se pierde la noción de cuáles son, en definitiva, los comportamientos debidos por los *managers* societarios.

4. OTRO MODO DE LOGRAR LA IMPUTACIÓN DE RESPONSABILIDAD

4.1. Admisión de la seriedad del problema

Ahora bien, que no estemos de acuerdo con los fundamentos a los que se recurre para concretar una imputación de responsabilidad de los administradores societarios por continuar con el giro empresarial luego de producida la pérdida del capital, no significa que seamos insensibles a los múltiples problemas que esos comportamientos acarrearán.

No desconocemos ni soslayamos que en muchas oportunidades los *managers* realizan negocios y contraen obligaciones que resultan desproporcionadas o inadecuadas con el capital y con el giro de la sociedad que administran.

Sin duda que, en estos supuestos, cuando el ente no puede cumplir con las obligaciones contraídas, los acreedores podrán intentar que los administradores resarzan los daños por ellos sufridos.

Pero el fundamento de esa imputación de responsabilidad no debe buscarse en los mentados artículos 59, 274 y 99 de Ley de Sociedades Comerciales, que por las razones señaladas en los acápites anteriores, y a pesar de los esfuerzos y la imaginación de la doctrina vernácula, resultan inadecuados para dar soluciones adecuadas a la cuestión planteada.

Por el contrario, la solución a los problemas planteados la encontramos en el derecho de fondo, al que obviamente debemos recurrir en todas las oportunidades en las que pretendamos concretar imputaciones de responsabilidad, aun cuando muchas veces se lo soslaye buscando respuestas en el ordenamiento societario, que en la legislación de estas cuestiones es lacónico, cuando no errático.

4.2. Soluciones jurídicas alternativas

En efecto, bien puede ocurrir que el administrador societario que contrata con terceros a pesar de las dificultades económicas de la sociedad e, incluso, a pesar de que el capital con el que cuenta la empresa fuera insuficiente (o incluso que ya ni siquiera existiera) para cumplir correctamente con sus obligaciones, pueda no haber violado ninguna norma societaria y, por ello, quizás no fuera posible imputársele responsabilidad en la reparación de los perjuicios que, a la postre, sufra el acreedor del ente como consecuencia de ello.

Y también puede ocurrir que el *manager*, en realidad, sí haya violado esas disposiciones, pero que los reclamantes no quisieran o no pudieran recorrer el camino para lograr que se declare la disolución de la sociedad por pérdida del capital, presupuesto necesario para aplicar el artículo 99 de la Ley de Sociedades Comerciales.

Pero hete aquí que ese administrador, al concretar dicha convención, debió también satisfacer una serie de obligaciones (no ya de índole societario) que prevé nuestro Código Civil, cuya inobservancia permitirá realizar una imputación de responsabilidad.

En efecto, recordemos que la celebración de un contrato incluye una etapa preparatoria, en la cual los futuros contratantes deben observar diversos deberes de cuidado, consideración, diligencia, asistencia e información.

Como enseña Karsten Schmidt (2002), en esa etapa precontractual el administrador societario está personalmente obligado a informar al futuro contratante ciertas cuestiones referidas a la solvencia de la empresa que administra (pp. 1086-1088).

Se trata de una obligación que nace en la etapa preparatoria del contrato (razón por la cual tiene una naturaleza precontractual) y tiene como fuente, en nuestro derecho, el artículo 1198 del Código Civil.

La inobservancia de esa obligación, mediante la simple, lisa y llana omisión o, mucho más grave, a través de informaciones incompletas o tendenciosas, justifica la imputación de responsabilidad resarcitoria del administrador societario fundada en la denominada *culpa in contrahendo*.⁵

Y no se diga que esa obligación informativa es, en realidad, de la sociedad que el administrador representa y no de él personalmente. No se lo diga por cuanto en materia contractual la dogmática es constricta en cuanto a que, más allá de las obligaciones que podrían caber al ente representado, el representante depositario de la confianza –en este caso el administrador societario– es quien debe cumplir las obligaciones precontractuales, cuya inobservancia permitirá la sindicación de responsabilidad por *culpa in contrahendo* (cfr. Schimtz, 1980; Nirk, 1978, pp. 267-269).

CONCLUSIONES

1. Con suma frecuencia se observa en la praxis empresas que operan sin una adecuada provisión de capital y que realizan negocios que exceden las reales capacidades y posibilidades de cumplimiento que tiene la firma.
2. Cuando se producen situaciones de incumplimiento de la sociedad, los acreedores perjudicados intentan resarcir sus perjuicios ensayando acciones de responsabilidad en contra de los administradores societarios.
3. Para concretar la sindicación de responsabilidad de los *managers* en esos casos, un sector de la doctrina propone recurrir a los artículos 59, 274 y 99 de la Ley de Sociedades Comerciales.

⁵Véase al respecto el opúsculo del célebre jurista alemán Jhering (1861) *Culpa in contrahendo*, *Jherings Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Rechts*, vol. 4 (*Jherings Jahrbücher*). Jena: Druck und Verlag von Friedrich Maute. Con relación al tema véase también Larenz (1975, pp. 397-399); Canaris (1964, pp. 1987-1989).

4. No consideramos apropiado utilizar, a esos efectos, el artículo 99 de la Ley de Sociedades Comerciales. Por un lado, porque es sumamente difícil precisar cuándo una sociedad perdió su capital social (problema sobre el cual no existe ni siquiera una coincidencia doctrinaria) y, por otro lado, y esto es lo más importante, porque en todos los casos la aplicación de esa norma presupone que la causal de disolución no solo se haya comprobado sino que la comprobación haya sido declarada.
5. Tampoco consideramos prudente, sin soslayar la importancia de los artículos 59 y 274 de Ley de Sociedades Comerciales, utilizarlos como una suerte de cláusula general a la que pueda recurrirse, cuan comodín de baraja, para justificar imputaciones de responsabilidad que, de otra manera, no encontrarían un claro enclave o justificación en nuestro ordenamiento jurídico.
6. La solución al problema planteado la encontramos en el derecho de fondo: en la etapa preparatoria de cualquier contrato que celebre, el administrador societario está personalmente obligado a informar ciertas cuestiones referidas a la solvencia de la empresa, como por ejemplo, la cuantía y existencia del capital social, y si no lo hace, puede imputársele responsabilidad resarcitoria por *culpa in contrahendo*.

REFERENCIAS

- Abdala, M. E. (2009, 28 de agosto). Los administradores ante las obligaciones sociales. Buenos Aires: *Revista Jurídica Argentina La Ley*, vol. 2009-E, 984-986.
- Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, Sala A, in re Fernández Fernández, José M. c. Boliberto S.R.L., 26/03/1997. *La Ley* 1999-C, p. 394.
- Canaris, C. W. (1964). *Geschäfts- und Verschuldensfähigkeit bei Haftung aus culpa in contrahendo, Gefährdung und Aufopferung*, Neue Juristische Wochenschrift (pp. 1987-1989). Frankfurt: Verlag C. H. Beck oHG.
- Diccionario de la Real Academia Española (22^a ed.) <http://www.rae.es>.

- Jhering, R. v. (1861). *Culpa in contrahendo*, *Jherings Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Rechts*, vol. 4 (*Jherings Jahrbücher*). Jena: Druck und Verlag von Friedrich Maute.
- Larenz, K. (1975). *Bemerkungen zur Haftung für culpa in contrahendo* (pp. 397 - 399). Festschrift für Ballerstedt. Berlin: Duncker & Humboldt.
- Nirk, R. (1978): *Vertrauenshaftung Dritter bei Vertragsdurchführung?* Festschrift für Fritz Hauß, VVW Karlsruhe, pp. 267 - 269.
- Richard, E. H. (2010a). *Capital social e infracapitalización. La pérdida del capital social y sus soluciones societarias* vol. III. (pp. 290 -291). Buenos Aires: Fundación para la Investigación y el Desarrollo de las Ciencias Jurídicas.
- Richard, E. H. (2010b). *Perspectiva del Derecho de la Insolvencia* (pp.124 -125 y 163 -165). Córdoba: Advocatus.
- Schmidt, K. (2002). *Gesellschaftsrecht* (pp.1086 -1088). Colonia: Carl Heymanns.
- Schmitz, E. (1980). *Dritthaftung aus culpa in contrahendo*, *Schriften zum bürgerlichen Recht*, Bd. 57. Berlin: Duncker und Humboldt.