

“La reactivación societaria”¹⁰

Por Dasso, Ariel Angel¹¹

. I. INTRODUCCION

La reactivación societaria introducida por la ley 26.994 Anexo II, de reformas a la Ley de Sociedades Comerciales, hoy Ley General de Sociedades en virtud de la reformulación del mismo título, constituye el aspecto más trascendente como novedad legislativa tanto en el orden teórico o dogmático como el útil o práctico.

El tema podría ser introducido en forma abrupta con la sola lectura de la nueva redacción incorporada por la reforma al art. 100 antes denominado “*Norma de interpretación*” y ahora titulado “*Remoción de causales de disolución*”, aún cuando manteniendo la “*Norma de interpretación*”, relegada ahora al último párrafo.

En virtud del nuevo texto las causales de disolución, expuestas en el art. 94 de la ahora llamada Ley General de Sociedades, podrán ser removidas por decisión del órgano de gobierno con eliminación de la causa que le dio origen, y en tanto “*existiere viabilidad económica y social de la subsistencia de la actividad de la sociedad*” y ello hasta la inscripción de la cancelación de la sociedad en el Registro Público

El enfoque del problema debe ser realizado atendiendo no sólo a dicho texto sino en forma contextual con normas preexistentes que permanecen inmutables y también con relación a otras reformas, particularmente a aquellas referidas a la supresión de algunos casos de causales de disolución (LSC art. 94 inc. 8 eliminado) y con distinto tratamiento en el nuevo art. 94 *bis*.

Siguiendo, entre los pocos antecedentes del derecho comparado al ordenamiento societario de la Ley de SRL de España y a la ulterior “Ley de

¹⁰ Los artículos mencionados sin otra referencia, corresponden a la Ley General de Sociedades.

¹¹ Trabajo Doctoral publicado en ocasión de la titulación *Honoris causae* del autor por la Universidad de San Pablo, Tucumán, en el mes de mayo de 2016.



Sociedades de Capital” del 2 de julio de 2010 llamaremos al nuevo sistema “Reactivación societaria” entendiendo con ello reflejar idiomáticamente con su nombre el arquetipo de la cosa que consiste en que toda vez que la sociedad se encuentre en estado de disolución por haber acontecido algún hecho disolutorio, ya no será como antaño destinada a la inexorable liquidación y extinción sino prioritariamente a la reactivación entendiendo por tal la vuelta a la fase activa, retorno este condenado o por lo menos relegado por los principios en el derecho anterior.

Va de suyo que la reactivación y su tratamiento requieren internalizar otros tipos de cuestiones que pasan a ser previas y particularmente una caracterización novedosa del estado de liquidación y de los mismos conceptos de disolución y liquidación lo que lleva de la mano a la reconsideración del alcance de la capacidad jurídica o personalidad jurídica de la sociedad en dicho estado.

II. EL PROCEDIMIENTO DE DISOLUCION Y LIQUIDACION

El alcance trascendente de la reforma debe ser puesto de relieve partiendo de la caracterización dogmática del estado liquidatorio en la LGS (el mismo previgente) y particularmente del régimen aplicable a los órganos sociales todo el cual queda, en virtud de las reformas introducidas particularmente en el art. 100, modificado y alterado a despecho de que el cuerpo normativo que lo regula (*vgr.* arts. 99, 101, 105 y ccs.), se mantenga inalterado. Una vez más el legislador incurre en un vicio producto de su desatención: la modificación de artículos determinantes, sin la correlativa receptividad de los efectos que dicha reforma implica en el articulado contextual preexistente.¹²

¹² Suelo recordar como ejemplo de tal desatención la dificultad en la aplicación e interpretación generada en ocasión de la reforma según Ley 24.522/1995 que al dar vida el novedoso “*cramdown*” del art. 48, omitió la modificación de otros artículos sobre cuyo contenido se proyectan los inexorables efectos de la nueva norma. Así, por ejemplo el mantener el art. 52 en su redacción originaria lleva a decidir en sede judicial que en el acuerdo de homologación del procedimiento especial del art. 48, genéricamente denominado *cramdown*, los participantes (*cramdistas*) que no fueren acreedores carecen de legitimación para impugnar el acuerdo, que en el texto del art. 52 está reconocida sólo a los acreedores, claro está porque al tiempo de su redacción no existía el novedoso art. 48.



DECONOMI

En la materia constituye clave de interpretación el contenido del art. 99 de la ley societaria que establecía, y sigue estableciendo después de la reforma según ley 26.994, que los administradores con posterioridad al acuerdo de disolución o a la declaración 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.**

Los administradores están conminados, como efecto del acaecimiento o la declaración de una causal de disolución a una función urgente en lo temporal y limitada en lo sustancial, a una única actividad legal posible: adoptar las medidas necesarias para el inicio y concreción de la liquidación y la inscripción de la cancelación de la extensión de la sociedad.

El incumplimiento los convierte en responsables, ilimitada y solidariamente frente a la sociedad y a los terceros, y todo ello, sin perjuicio de la responsabilidad que compete en tales circunstancias a los socios (art. 99 *in fine*).

La personalidad jurídica de la sociedad y la actividad dirigida al cumplimiento del objeto social que debe ser expresado en forma precisa y determinada en el instrumento constitutivo (art. 11 inc. 3), acontecido el hecho disolutorio es atenuada por cuanto ya aquel objeto social a cuyo cumplimiento estaba dirigida la gestión se evanesce hasta desaparecer por imperio de la ley, reducido a un campo operativo limitado a la realización del activo y a la cancelación del pasivo con vistas a reembolsar el capital social a los socios y adjudicarles el eventual remanente (art. 111).

La actividad extintiva de la sociedad, una vez acaecido el hecho disolutorio aparece confirmada con el contexto de la normativa contenida en el Capítulo Primero, Sección XIII (*“De la liquidación”*), cuyo art. 101 (titulado *“Personalidad –Normas aplicables”*) destaca que *“La sociedad en liquidación conserva su personalidad [sólo] a ese efecto y se rige por las normas correspondientes a su tipo en cuanto sean compatibles”*, esto es, en cuanto compatible con el nuevo objeto -exclusivamente liquidativo dirigido inexorablemente a la extinción del ente-.



El iter disolutorio en su secuencia ulterior al hecho disolutorio causal, previsto en el elenco del art. 94 o en el instrumento constitutivo (art. 89) conmina a los administradores a la inmediata inscripción registral de la disolución (art. 98) y la designación del liquidador cuya función estará a cargo del órgano de administración, o en su defecto por el nombrado por los socios, por mayoría de votos dentro de los 30 días de iniciado el estado de liquidación (art. 102). Si se tratare de situaciones especiales derivadas ya del tipo, ya de estipulación en contrario resultante del contrato social la designación del liquidador o liquidadores por parte de los socios debe realizarse dentro del plazo de 30 días de haberse constatado el acaecimiento de la causal disolutoria y será realizada por mayoría de votos. En su defecto la designación será realizada por el juez a requerimiento de cualquier socio debiendo ser inscripto de inmediato en el Registro Público (art. 102).

Confirmando la existencia de un camino de tránsito rápido y puntualmente determinado con destino de arribo urgente a la cancelación de la inscripción la ley desarrolla en los arts. 101 y ss. el iter de las obligaciones y actos impuestos a partir del hecho disolutorio en la etapa de liquidación desde el momento del nombramiento del liquidador y su inscripción en el Registro Público de Comercio (art. 102, tercer párrafo), hasta la cancelación de la inscripción de la sociedad incluyendo las obligaciones remanentes ulteriores referidas a la “conservación de los libros y documentos sociales” (art. 112).

Hasta aquí todo diría de la innegable limitación de la “personalidad jurídica” que la “*Reactivación*” recién ahora contradice predicando la subsistencia de su plenitud.

III.LA SUBSISTENTE PARTICULAR FÓRMULA DE REMOCIÓN DE CADA UNA DE LAS CAUSALES DE DISOLUCIÓN

(HECHOS DISOLUTORIOS)

En el ordenamiento ahora vigente deben distinguirse dos fases que corresponden a dos estados no necesariamente sucesivos: disolución (art. 94 a 100) y liquidación (art. 101 a 112). El estado de disolución comienza a partir del vencimiento del plazo de duración (*ope legis*) o del acuerdo de disolución o de la



declaración societaria o judicial de haberse comprobado alguna de las causales de disolución. Desde ese momento, es decir al entrar en el estadio disolutorio, cambia el objeto social y la actividad social consecuente y los administradores quedan conminados a concluir los actos sociales relativos al normal cumplimiento del objeto y realizar en cambio toda la actividad dirigida a la extinción de la sociedad (art. 99).

En cuanto al fin social se produce una verdadera conmoción o subversión ya que pasa del destino de producción al de liquidación extintiva de la sociedad.

Sin embargo, cabe advertir entre las dos fases diferencias de importancia: en el estado de disolución mantiene vigencia el principio de preservación de la empresa expuesto bajo el título “Norma de interpretación” en el art. 100, (que después de la reforma, ha sido desplazado al segundo párrafo, precedido por la nueva normativa incorporada al párrafo primero, referida a la remoción de las causales de disolución).

Es precisamente en orden a ese principio de preservación y continuidad de la actividad de la empresa, que en caso de duda sobre la existencia de una causal de disolución debe estarse en favor de la subsistencia de la sociedad.

Como consecuencia del paradigma de la filosofía legal del estado de disolución se encuentra prevista expresamente la posibilidad de revertir el estado de disolución y, en algunos casos, concretamente en la hipótesis del vencimiento del plazo de duración (art. 94 inc.2), de *evitarla* por vía de su prórroga (art. 95, 1º y 2º párrafos con referencia a la causal del art. 94 inc. 2).

Con aplicación al criterio de interpretación del art. 100 en favor de la subsistencia de la sociedad, la doctrina extiende la posibilidad de remoción respecto de las que no está prevista en forma expresa tal posibilidad.

En orden a establecer las diferencias existentes entre las fórmulas de remoción de las causales de disolución establecidas en el art. 94, veamos a continuación las referidas a cada una de ellas.



DECONOMI

1) *La decisión de los socios* (art. 94 inc. 1), puede ser dejada sin efecto por otra decisión en el sentido contrario.

La ley no establece expresamente las condiciones de su eventual retractación o revocatoria. En doctrina es mayoritaria la posición que entiende que esta puede acontecer hasta tanto no se hubiere publicado e inscripto la disolución (art. 98). Todo acuerdo de remoción de la causal disolutoria exige el quórum y mayorías que varían según fuere el tipo societario en hipótesis de modificación del contrato constitutivo: en las sociedades personalistas, esto es sociedades colectivas (art. 131), en comandita simple (art. 139) y de capital e industria (art. 145), se requiere unanimidad. En las SRL se requerirán las mayorías que, si estuvieran expresadas en el contrato no pueden ser menores a la mitad del capital social y en su defecto a las tres cuartas partes del mismo; cuando un solo socio representa el voto mayoritario se exige el voto de otro socio (art. 160); en las sociedades anónimas y comandita por acciones el acuerdo, requiere el voto favorable de la mayoría de acciones con derecho a voto, sin aplicar la pluralidad de votos (arts. 244 *in fine* y 316 respectivamente)

Jurisprudencia y doctrina admiten el acuerdo de revocación de la decisión de disolución, con las condiciones de la “*Reconducción*” establecidas por en el art. 95, 3º párrafo (arg. por analogía).

2) *La disolución por expiración del término por el cual se constituyó* (art. 94 inc. 2) puede ser revocada (o removida empleando la terminología que para el mismo concepto usa el nuevo art. 100) por vía de “*Reconducción*” (art. 95, 3º párrafo), cuyo acuerdo, como condición de oportunidad sólo está permitido mientras “*no se haya inscripto el nombramiento del liquidador*”, por unanimidad si se tratare de sociedades personalistas y por mayoría, las establecidas en los respectivos ordenamientos en las sociedades de capital, SRL y SA (arts. 162, 4º párrafo y 244 4º párrafo respectivamente), y ulteriormente sin distinción de tipos (art. 95 último párrafo) por unanimidad. Es la única causal respecto de la cual la doctrina reconoce sus efectos automáticos esto es *ope legis*.

Gran parte de la doctrina autoral sostiene que el instituto de reconducción del art. 95, 3º párrafo es aplicable a los otros supuestos de



disolución¹³, procurando con ello llenar los vacíos y contestar las dudas que ahora tiene respuesta, aunque no totalizadora, en la nueva normativa de la *reactivación societaria* incorporada al art. 100.

Se debe advertir aquí que la “prórroga”, regulada en el mismo art. 95, 1º y 2º párrafos, es una forma de *evitar* el acaecimiento del hecho disolutorio pues debe ser decidida y su inscripción solicitarse *antes* de la fecha de vencimiento del plazo pactado en el instrumento constitutivo, o en una prórroga anterior.

3) *El cumplimiento de la condición a la que se subordinó su existencia* (art. 94 inc. 3) refiere a un hecho eventual, futuro e incierto y por ello considerado en doctrina como condición resolutoria. Así lo hace el nuevo CCyCo. art. 163 b) cuando la califica como hecho disolutorio de la persona jurídica privada. Naturalmente no opera *ope legis*. La decisión de disolución puede ser requerida por cualquier socio o por quien tenga un interés legítimo. Su declaración debe ser pronunciada por la reunión de socios o la asamblea que podrán revocarla, en los términos y condiciones previstos por la ley para cada tipo societario.

El Código Civil, art. 1764 establecía que la sociedad civil termina al cumplirse la condición a que fue subordinada su duración aunque no estén concluidos los negocios que tuvo por objeto. La norma del código derogado no tiene equivalentes en el CCyCo. que suprime la sociedad civil.

4) *La consecución del objeto por el cual se formó o imposibilidad sobreviniente de lograrlo* (art. 94 inc. 4), comprende en realidad dos causales distintas lo que resulta patente de su propio texto.

No opera de pleno derecho (*ope legis*) sino que requiere acuerdo de declaración por la reunión de socios o de la asamblea. Cuando se trata de la “*consecución del objeto*” existe un hecho disolutorio irreversible. Cuando se trata, en cambio, de la “*imposibilidad sobreviniente de lograrlo*” puede ser revocada por acuerdo del mismo órgano competente para la declaración; reunión de socios o asamblea en la SA.

¹³ ZUNINO JORGE, “*Reformas al régimen de sociedades comerciales*”, 1984, p. 165 y autores allí citados.



DECONOMI

Con aplicación de esta causal la jurisprudencia ha encontrado marco para aplicar la disolución de la sociedad en razón de discordia entre socios que lleven a la imposibilidad material de lograr el objeto y a la inactividad societaria la cual, si bien no constituye causal legal de disolución ha sido reconocida como tal en la resolución 7/2005 IGJ por aplicación del art. 303 inc. 3º .

5) *La pérdida del capital social* (art. 94 inc. 5): puede ser dejada sin efecto, cuando los socios decidieren el reintegro total o parcial o bien el aumento (art. 95)

6) En hipótesis de *quiebra de la sociedad* (art. 94 inc. 6): la disolución queda privada de efecto en caso de avenimiento o conversión (la reforma Ley 26.994 corrige la redacción preexistente sustituyendo la expresión “concordato resolutorio”, inexistente ya en el ordenamiento concursal, por la “conversión” incorporada por Ley 24.522 art. 90)

7) Las causales de *fusión en los términos del art. 82* (art. 94 inc. 7) y la *escisión en los términos del art. 88* (incorporada esta última literalmente como causal de disolución de las personas jurídicas privadas en el art. 163.f del CCyCo., pero no replicada en la art. 94, aunque reconocida también como causal de disolución en doctrina y jurisprudencia), pueden ser también privadas del efecto disolutorio por vía de la revocación o rescisión de cualquiera de las dos decisiones, cuya normativa está prevista en los arts. 86 y 87 para la fusión y en el art. 88 *in fine* para la escisión por envío a aquel.

8) La causal de *reducción a uno del número de socios* siempre que no se incorporaren nuevos socios en el término de tres meses (art. 94 inc. 8), fue suprimida por la reforma según Ley 26.994 y sustituida por el art. 94 *bis*¹⁴ que establece expresamente que la reducción a uno del número de socios no es *causal de disolución* imponiendo la transformación de pleno derecho de las sociedades en comandita simple o por acciones y de capital e industria en sociedad anónima unipersonal si no se decidiera otra solución en el término de tres meses; normativa esta que por su carácter asistemático se constituye en otro de los temas actuales en debate en ocasión de la reforma.

¹⁴ A cuyo tratamiento aludimos *infra* en forma particular.



9) La disolución causada por “*sanción firme de cancelación de oferta pública o cotización de las acciones*” (art. 94 inc. 8, antes inc.9), puede ser revocada por resolución de asamblea extraordinaria dentro de los 60 días con las mayorías reforzadas del art. 244, 4º párrafo conforme lo establece el mismo texto legal que consagra la causal de disolución.

10) La “*resolución firme del retiro de autorización para funcionar establecida por leyes especiales*” (art. 99, inc. 9; ex inc. 10), trata un hecho disolutorio cuya posibilidad de revocatoria o subsanación queda obviamente diferido a la ley especial de que se tratare, que podrá limitar o remover sus efectos según las reglas del propio ordenamiento especial.

El elenco precedente agota las diferentes formas establecidas por la ley para la remoción o revocación o privación de efectos de disolución de la sociedad con un tratamiento específico o particular para cada una de las causales o hechos disolutorios enunciados en el artículo 94.

Cabe aquí una importante advertencia: la introducción de la “*Reactivación societaria*” establecida por la Ley 26.994 en el art. 100 al autorizar al órgano de gobierno la realización de los actos destinados a remover (*rectius*: eliminar) el hecho disolutorio (*rectius*: “*todos*” los hechos disolutorios) hasta el momento mismo de la inscripción de su cancelación en el Registro Público impone una reconsideración dogmática, una mirada distinta, por cuanto su significado no puede ser otro que el reconocimiento de la personalidad jurídica intacta, en la fase disolutoria, para el abandono del “*estado de disolución*” (art. 102, 1er. párrafo) y del “*estado de liquidación*” (art. 101 y ss.) y el retorno a la actividad. Antes, la rápida eutanasia: hoy la resurrección hasta cuando ya no palpita la arteria.

IV.EL FIN SOCIAL LUCRATIVO INMUTABLE

La falta de adecuación de la normativa preexistente a la nueva norma de “*Reactivación*” de la sociedad incorporada al art. 100 bajo el título “*Remoción de causales de disolución*” provoca ciertas incoherencias y contradicciones con la normativa anterior que se mantiene incólume (arts. 99, 101, 105 y cc.). Tal



circunstancia conmueve el dogma y la praxis, la teoría y la práctica en el quehacer societario.

La “*Reactivación societaria*”, confirma que la verificación de una causa de disolución que provoca el ingreso al estado de liquidación, no significa que la sociedad modifique su objeto, tampoco que se altere o sustituya su fin social¹⁵; no hace venir a menos el “*animus lucrandi*” que constituye el fin social y el del socio y dicho ánimo no desaparece por el hecho disolutorio sino que se agudiza.¹⁶

Ratifica que la sociedad opera siempre con fines de lucro y que en el periodo de liquidación, la consecución del objeto sigue identificado con el fin lucrativo que se mantiene también por los socios que exigen en este estadio, además del logro de las ganancias por la sociedad, su reparto efectivo entre los miembros. En esta tesis la participación de las ganancias, efecto final de la liquidación y característica de la misma es un fin específico y cualitativo de la sociedad lo que lleva, como de la mano, a la conclusión de la inexistencia de sustitución de objeto del fin social en el estado de liquidación sino, inversamente, a su confirmación lucrativa con superposición de su finalidad liquidatoria coincidente en la sociedad y los socios.¹⁷

V.ANTECEDENTES PATRIOS DE “REACTIVACION”

La redacción originaria de la ley societaria según la cual el vencimiento del plazo de duración significaba automáticamente el inicio de los trámites de disolución y liquidación fue cuestionada en muchos casos en los que la mera inadvertencia o la falta de conocimientos de los socios hizo que

¹⁵ BELTRÁN SANCHEZ EMILIO “*Disolución y Liquidación en las Sociedad de Responsabilidad Limitada*”, en AAVV, *Tratado de la Sociedad Limitada*, Madrid, 1997, pgs. 933 y ss. En contra, GIRÓN TENA “*Derecho de sociedades*”, p. 341, Paz Ares, “*Comentario a los arts. 1665 y ss CC*” en *Comentario al Código Civil*”, tomo II, Madrid, 1991 pág. 1490.

¹⁶ PEREZ DE LA CRUZ “*Algunos problemas en materia de prorroga y reactivación de sociedades*”, RDM, 1968, pág. 301.

¹⁷ DIAZ MUYOR: “*La reactivación de la Sociedad Anónima disuelta*”, Barcelona, 1994, pgs. 64 y 65 “*No se puede afirmar con rotundidad que la liquidación produzca un cambio en el objeto social...(la entrada en la liquidación) no permite deducir un cambio en el objeto social sino más bien al contrario, la permanencia del mismo, añadiendo a todos aquellos comportamientos o actividades que se derivan del objeto social un elemento informador de carácter finalista que es conseguir la liquidación social*”



continuase la actividad social en cuyo caso la jurisprudencia, con apoyo doctrinario, admitió variantes del mantenimiento de la actividad denominándola “*Rehabilitación*”, “*Reconducción*” o “*Reactivación*” cuando se trataba en realidad de una sociedad disuelta *ope legis*, condición esta propia o típica de la causal de disolución por expiración del término de duración (art. 94 inc. 2).

En torno de esta situación, ciertamente diversa a la planteada por el nuevo art. 100, una doctrina claramente mayoritaria se pronunció a favor de la supervivencia societaria a la que llamó “*Reactivación*” (Arecha, Segal, Vanasco, Mascheroni, Pico, Vazquez ponce, escuti, entre muchos) o bien “*Reconducción*” (Nissen –Haggi).

Fue minoritaria la posición contraria a la “*Reactivación*” o “*Reconducción*” calificada como antisocietaria y antijurídica (Fargosi, Migliardi, Roimiser). De todos modos la ausencia de una norma explícita, hizo perdurable el debate, particularmente referido a la forma, al plazo, al órgano competente y a las condiciones de unanimidad o entidad de las mayorías.

El art. 100 incorporado por ley 26.994 instala el nuevo instituto, en un texto aplicable a todas las casuales o hechos disolutorios en el que lo único precisamente determinado es su condición de oportunidad: puede ser decidido por el órgano de gobierno de la sociedad en todo momento, esto es a partir del acaecimiento o la declaración del hecho disolutorio y hasta el momento mismo en que no hubiere operado la inscripción cancelatoria en el Registro Público. Agrega dos condiciones: (i) “*la eliminación de la causa que le dio origen*” y (ii) “*la existencia de viabilidad económica y social de la subsistencia de la actividad de la sociedad*” pero sin determinar si se trata de condiciones temporalmente sucesivas o simultáneas.

Queda sin despejar la duda en cuanto a si se exige unanimidad en todos los casos o si se aplica la regla de la mayoría connatural a las sociedades de capital.¹⁸

La primera de las posiciones, considera que la reactivación por remoción de las causales de disolución incorporada al art. 100 no es sino la

¹⁸ Ver del Autor “*Tratado del Derecho de Separación o Receso del Socio y del Accionista*” ed. Legis, p. 9 y ss.



extensión a todos los hechos disolutorios del instituto denominado “*Reconducción*” del art. 95 3º párrafo, aplicable solamente como fórmula de remoción del hecho disolutorio por vencimiento de plazo de duración, para la cual la ley exige unanimidad cuando se decidiera con posterioridad al nombramiento del liquidador. Predica entonces la misma condición de consenso **unánime**—cualquiera fuere el hecho o causal disolutoria materia de remoción-.

Esta tesis, identifica el acuerdo de remoción de la causal de disolución por vencimiento del plazo del art. 95 3º párrafo con el acuerdo de reactivación art. 100, desconociendo su diferente naturaleza y oportunidad.

Partiendo en cambio de la diferenciación entre los distintos acuerdos tanto en cuanto a su oportunidad como a su naturaleza debe entenderse que en las sociedades personalistas se aplica la regla del consenso unánime en tanto que en las sociedades de capital (SRL y SA) es de aplicación la regla de la mayoría, cuyo porcentual o entidad es el establecido para las SRL en el art. 160 y para la SA en el art. 244 4º párrafo.

Esta conclusión encuentra apoyatura en: **a)** en que las causales de disolución o hechos disolutorios constituyen modificaciones del contrato constitutivo o del estatuto respecto de los cuales cuando se trate de sociedad personalista el ordenamiento societario requiere unanimidad, en tanto que impone la regla mayoritaria cuando se tratare de sociedad de capital, SRL o SA; **b)** el art. 166 CCyCo. que constituye norma de interpretación supletoria (CCyCo. art. 150): establece bajo el título de “*Reconducción*” que la persona jurídica puede ser reconducida mientras no haya concluido su liquidación [en forma coincidente con el criterio de oportunidad establecido en el art. 100 y de la “*Reconducción*” reglada en el art. 95 3º párrafo] por decisión de sus miembros **adoptada por unanimidad o la mayoría requerida por la ley o el estatuto** (solución esta que resulta de aplicación ante el silencio que en esa materia guarda el art. 100).

La “*Reconducción*” del art. 95, 3º párrafo se aplica sólo a la disolución por vencimiento del plazo (art. 94 inc. 2) aunque la doctrina mayoritaria la considera aplicable a otras causales para los cuales la ley no prevé una forma propia de remoción del hecho disolutorio. El nuevo instituto de



“*Reactivación societaria*” del art. 100 se aplica a todas las causales de remoción y su aparición priva de consistencia a aquella interpretación extensiva de la norma del art. 95 destinada a cubrir un vacío legal ahora cubierto por la reforma introducida en el art. 100.

La “*Reconducción*” opera con requisitos y plazos distintos según se tratare de las distintas causas o hechos disolutorios en cambio la “*Reactivación*” es de una sola manera aplicable a todas las causales. La distinción operativa diversa entre sociedades personales y de capital surge no ya del art. 100 sino de la propia naturaleza de los distintos tipos sociales.

VI. EL HECHO O CAUSAL DISOLUTORIO Y SU REMOCIÓN POR VIA DE REACTIVACIÓN

El recién incorporado art. 100 sugiere un acuerdo de reactivación en el que simultáneamente la sociedad decidirá el cese de los efectos del estado de disolución – liquidación y la vuelta a la actividad.

En cambio es insoslayable el acuerdo de declaración de disolución o la sentencia judicial que lo declare (art. 98) o más precisamente el acaecimiento del hecho disolutorio *ope legis* o la declaración de los socios que determina el ingreso al estado de disolución de la sociedad y el consecuente procedimiento reglado en los arts. 94 a 112 precedente al acuerdo de reactivación del art. 100: el acuerdo de reactivación implica de ordinario la preexistencia del acuerdo de declaración del estado de disolución.

Más aun: es también previsible que en el curso del procedimiento de disolución acontezca, según fuere el hecho disolutorio, alguno de los acuerdos particulares de remoción de la causal de la que se tratare, para cada uno de los cuales la ley prevé distintos criterios de oportunidad y de mayorías o unanimidad (*vgr.*: la reconducción respecto del vencimiento del plazo, art. 95, 3º párrafo; el reintegro o aumento del capital respecto de su pérdida total, art. 96)¹⁹.

Es esta la situación que ante el silencio de la ley y la falta de adecuación del nuevo instituto en la normativa preexistente y no alterada ni

¹⁹ Ver *supra* Cap. III.



modificada, desafía la investigación doctrinaria para arrojar luz sobre el enigmático instituto.

Las muchas y distintas alternativas que plantean cada uno de los acuerdos que pueden ser, según vimos, sucesivos o simultáneos proponen una casuística fáctica y dogmática casi imposible de sistematizar, pero cuyo conocimiento y adecuada advertencia será necesaria en cada ocasión en que se desate el conflicto de normas.

A partir de asumir que el acuerdo declarativo de la disolución de sociedad y el acuerdo de remoción de la causal que se mantiene en su regulación de origen, y el acuerdo de reactivación incorporado en el art. 100, tienen distinta naturaleza y oportunidad, corresponde advertir que se realizaran con distintas exigencias y en distintos momentos.

El acuerdo de *disolución* es necesariamente precedente al acuerdo de reactivación y, cronológicamente entre ambos es factible un acuerdo de remoción de la concreta causal de disolución aunque de ordinario estos dos serán coetáneos.

El acuerdo de “*Reactivación*” del art. 100, al no establecer en forma explícita un quórum de constitución o decisión determinado genera interpretaciones distintas pues en tanto se lo identifique con el acuerdo de reconducción regulado en el art. 9 se sostiene la aplicación de la unanimidad.

Tal posición no es susceptible de ser compartida porque, a despecho del silencio de la ley, de sus propias condiciones algunas de cuyas características hemos tratado de diferenciar, emerge la aplicación de la unanimidad sólo para las sociedades personalistas y la regla de la mayoría reforzada cuando se trate de SRL art. 160 y SA art. 244 *in fine*.

VII.EL DERECHO DE LOS TERCEROS Y LA PERSEVERANCIA DE LAS RESPONSABILIDADES ASUMIDAS

El art. 100, en su último párrafo implica otro desafío a la interpretación al establecer una última condición de admisibilidad: la resolución de reactivación societaria por vía de remoción del hecho disolutorio que hubiera determinado el



estado de disolución “*deberá adoptarse sin perjuicio de terceros y de las responsabilidades asumidas*” (art. 100, 1er. párraf. *in fine*).

Descifrar el enigma requiere una trabajosa elaboración, pues conmueve en sus raíces las soluciones tradicionales consagradas con anterioridad al advenimiento del nuevo instituto.

Terceros: Según fuere el momento del proceso de disolución-liquidación en que aconteciere el acuerdo de reactivación, es factible la existencia de un número de acreedores que hubieren adquirido derechos pendientes ya fuere anteriores a la inscripción de la causal disolutoria o ulteriores a su acaecimiento y declaración en cuyo caso, de aplicación la normativa de oposición análoga establecida por la ley para el procedimiento de fusión (art. 83) y también procedente en el caso de reducción de capital a los efectos del pago del valor del reembolso en hipótesis de receso.

Dentro del plazo de 15 días de la última publicación del acuerdo los acreedores de fecha anterior podrán oponerse, sin que ello impida la prosecución de las operaciones referidas al acto respecto del cual se deduce la oposición, pero este no podrá inscribirse en el registro público hasta 20 días después del plazo antes indicado a fin de que los oponentes que no fueren desinteresados o debidamente garantizados puedan obtener embargo judicial. En caso de conflicto, la justicia dirimirá y si la sociedad no pudiere desinteresar o garantizar suficientemente al acreedor opositor, la reactivación no podrá concretarse, por aparecer evidente el incumplimiento de la condición que el propio texto legal expone “*viabilidad económica y social de la subsistencia de la actividad de la sociedad*”.

Administradores: el deber de liquidación urgente que esta impuesto a los administradores so pena de responsabilidad ilimitada y solidaria (art. 99, 101 y 105 y cc.), entra en crisis frente a la interpretación prioritaria que el art. 100 consagra a favor del recupero de la actividad.

Socios: tratándose de sociedades de capital (SRL o SA), -no así en las sociedades personalistas en las que el acuerdo de reactivación requiere unanimidad-, el socio o accionista disconforme esta asistido por el derecho de receso o retiro en los términos establecidos por el art. 160 respecto de la SRL y



el art. 245 respecto de la SA. Sin embargo, cabe advertir que esta conclusión es susceptible de serias observaciones por cuanto el acuerdo de reactivación incorporado a la ley societaria con posterioridad a la determinación de las causales previstas con carácter taxativo en la ley (art. 245) obviamente no integra ese elenco de las causales de receso resultantes del art. 245 y 244 *in fine*²⁰. La otra objeción es que, consistiendo el acuerdo de reactivación en la revocación o remoción de hechos disolutorios, casuales de disolución, que inciden negativamente en la situación económica de la empresa, el reembolso de la participación del socio recedente agrava dicha situación, constituyendo así un obstáculo importante para la operatoria de reactivación. Respecto de ambas legislaciones existen sendas posiciones doctrinarias que postulan el desconocimiento del derecho de receso o en su caso la inclusión de otras formulas paliativas que, asistiendo al derecho del socio disconforme no lleguen al extremo de provocar la disminución de la responsabilidad patrimonial de la sociedad reactivada.²¹

VIII. BONDADES Y DIFICULTADES DEL NUEVO TEMA SOCIETARIO

La elección del tema tiene justificación en la novedad legislativa de mayor importancia desde el punto de vista dogmático y practico que se impone en el derecho societario por primera vez en la reforma introducida por la ley 26.944 Anexo II al contemplar la reactivación societaria en un solo artículo incorporando así un discutible y enigmático régimen jurídico.

Desde el punto de vista dogmático se toma partido por una cuestión debatida en forma altamente controvertida tanto en doctrina como en jurisprudencia sin que las conclusiones opuestas hubieran destacado la prevalencia de una u otra solución.

²⁰ Ver del Autor “*Tratado del derecho de separación o derecho del socio y del accionista*” ed. Legis, pgs. 90, 97, 101 y cc.

²¹ GARCIA CRUCES, “*La reactivación de la Sociedad de Responsabilidad limitada en liquidación*”, Aranzadi, 2001, pgs. 143 y ss.



Bajo el prisma práctico, y en función de su eficiencia, la indudable atracción fiscal de la reactivación se ve enriquecida por la percepción negocial que focaliza en la adquisición de una sociedad constituida la posibilidad de disposición de una estructura societaria existente, obviando el largo y costoso procedimiento fundacional. No es tan lejana la práctica en nuestro país, en pleno auge por ejemplo en España, de los llamados “Bancos de Sociedades” cuyo tráfico consiste en la transmisión de una sociedad existente y todavía sin actividad, previamente constituida para su enajenación.

La reactivación de una sociedad previamente disuelta tiene el indudable atractivo de un procedimiento de sinceramiento o saneamiento que, dirigido a la liquidación permite un momento estático ideal de pleno conocimiento de la situación económica en orden a su transferencia, particularmente cuando se tratare de sociedades de capital, cuya transferencia se realizará expeditivamente por el mero cambio del paquete accionario de control.

El enfoque metodológico del nuevo problema requiere, también el desarrollo de un aspecto básico como es la caracterización del estado liquidatorio, lo que supone obviamente las precisiones referidas a los conceptos de disolución y liquidación de la sociedad y el alcance de la extensión de la personalidad jurídica durante el proceso liquidativo.

Tales extremos se imponen para la interpretación de una normativa aislada, incompleta y contradictoria con la tétesis del proceso liquidatorio de la ley cuyo articulado en la materia permanece intacto. El problema genera un nuevo y apasionante desafío a la doctrina en orden a una adecuada compaginación y coordinación de un plexo jurídico ahora pleno de contradicciones y lagunas.

Constituye una cuestión digna de proemio la notoria deficiencia que en materia de disolución y liquidación de la sociedad se advierte tanto en el aspecto doctrinario como en el aspecto jurisprudencial y ello pareciera ser el resultado de una especie de agotamiento en tanto los tratados y obras sobre la materia societaria, llegarían a través de su largo desarrollo en temas de constitución, nulidades, tipos, funcionamiento, relaciones *intra* y *extra* societarias



etc., con una especie de cansancio al momento de avocarse al estadio final de la vida societaria en la disolución y liquidación.

Algo así como un largo recorrido por la vida, sin tiempo ya, y quizás sin mayor interés respecto de la muerte. No cabe duda que los aspectos económicos y sociales de la sociedad en su plena expansión, concentran mayor interés y largos problemas que aquellos otros referidos a la finalización o extinción de la vida societaria lo que significa de todas maneras el agotamiento de aquel interés ya fuere por cumplimiento o fracaso.

Sin embargo, la reactivación de la sociedad, en pleno período de disolución y liquidación instala en esta última etapa la resurrección de todos aquellos aspectos que aparecen dirimientes y centrales -antes improponibles en dicho período- y ahora reubicados como resultado de un paradigma nuevo en el mundo de los negocios: la conservación de la actividad empresarial y su consecuencia el mantenimiento del trabajo.

La inesperada aparición de la reactivación societaria en la reciente reforma según ley 26.994 coloca al intérprete frente a un instituto novedoso y de difícil armonización en el contexto contradictorio que se mantiene vigente.

La complejidad generada por las características –escuetas y contradictorias- de la nueva regulación obliga a buscar en el derecho comparado los eventuales y hasta hoy ignotos modelos en los que pudo haber abrevado el legislador.

Aquí también la dificultad aparece mayúscula pues la norma se limita a instalar el instituto sin ninguna otra precisión.

Resultará por ello de suma importancia un puntual análisis de las legislaciones que como España e Italia lo regulan con la mayor amplitud. Allí encontrará la doctrina, los tribunales y también los operadores el material que podrá ser útil para la interpretación y aplicación del instituto.

IX. LA PERSONALIDAD JURIDICA DE LA SOCIEDAD EN DISOLUCION



DECONOMI

El estado de la personalidad jurídica de la sociedad en liquidación ha sido y sigue siendo materia de interminable controversia cuya consideración resulta de necesaria elucidación en orden a los consecuentes efectos de las nuevas instituciones.

Doctrinariamente se considera en posición mayoritaria que la sociedad, acontecida una causal de disolución, conserva su personalidad jurídica, apareciendo aplicable un régimen predispuesto condicionado a su nuevo destino que es el de la extinción de la sociedad.

Este postulado, que por un lado predica el mantenimiento de la personalidad jurídica plena pero condicionado ello al régimen jurídico predispuesto para la liquidación, que es precisamente el contrario al cumplimiento del objeto estatutario, es tema controvertido, que se advierte llegado a su aspecto crítico cuando se trata de la determinación de los derechos subjetivos e inalienables del socio a partir de un determinado momento de avance del proceso liquidativo, (a ello nos referimos con más amplitud).

El sentido jurídico dogmático del estado de liquidación nos dará oportunidad para cotejarlo con las notas caracterizantes del tráfico o de la actividad de la sociedad en orden a lo que en definitiva constituye la labor científica del jurista: solucionar los problemas de la realidad.

La liquidación constituye todo un sistema, compuesto de distintas fases que sucesivamente están dirigidos a la extinción de la sociedad, cuyo disparador es el acaecimiento de una causa de disolución originaria o sobreviniente, cuyos efectos se trasuntan en una serie de actos constitutivos de un proceso dirigidos no ya a la consecución del objeto social sino a un “nuevo destino típicamente formal” que es la inscripción en el registro público de la cancelación de la matrícula registral.

El acaecer del hecho disolutorio, denominado en la ley “causales de disolución” pone en marcha una primer fase denominada “disolución”²², en la cual la previsión legal que establece distintas fórmulas de evitación o remoción

²² LGS Capítulo I, Sección 12: “De la Disolución parcial y de la Disolución”: arts. 89 a 100.



particulares a cada causal de remoción, revela la permanencia de la personalidad jurídica plena en esa fase.

En la búsqueda de una explicación satisfactoria en la segunda fase del proceso posterior al hecho disolutorio, esto es “estado de liquidación”, pone el acento en el venir a menos en el objeto social o, en el fin social. Una doctrina buscando el problema en la magia de las palabras, afirma que el régimen aplicable genéricamente a la sociedad en liquidación es el mismo del que corresponde a la sociedad en la fase activa, *“en cuanto no sea compatible con la normativa de la liquidación”*²³, lo que es como decir todo lo contrario de lo que quiere significar.

Si procuramos la respuesta en el mismo ordenamiento, en la Sección XIII “Liquidación” la norma inicial de la sección expuesta en el art. 101 bajo el título “Personalidad – Normas aplicables” encontraremos que la compatibilidad a la que el texto alude significa una notoria dilución de la personalidad jurídica plena de la Ley de Sociedades; un cambio significativo en el alcance de la personalidad jurídica atribuida por el dogma y la ley.

El legislador establece en el **Artículo 101. — Personalidad. Normas aplicables.**

“La sociedad en liquidación conserva su personalidad a ese efecto, y se rige por las normas correspondientes a su tipo en cuanto sean compatibles.”

Toda vez que el ingreso al estado liquidatorio se verifica con una causal de disolución (o de nulidad) es innegable la modificación del objeto social pues ello implica el cese de la actividad empresarial y la necesidad de una actividad concreta de pura liquidación.²⁴

Es casi unánime la posición en doctrina que pone particular énfasis en la transformación del objeto social, eminentemente productivo, en una

²³ EIZAGUIRRE: “*La disolución de la Sociedad de Responsabilidad Limitada*”, Madrid, 2000, pgs. 26 y 27: “el régimen aplicable genéricamente a la sociedad en liquidación sigue siendo el correspondiente a la sociedad en fase activa, en cuanto no sea incompatible con la normativa específica de la liquidación”.

²⁴ PAZ ARES, Comentario al Código Civil, vol. II, Madrid, 1991, pág. 1490 y, también, en este sentido parecen manifestarse GARDEAZÁBAL DEL RIO: “*Los conceptos de liquidación y de extinción de la sociedad anónima*”, en AA VV “*Estudios sobre la Sociedad Anónima*”, dir. por GARRIDO DE PALMA, Vol. II, Madrid, 1993, pg. 439 y ARANGUREN URRIZA “*Disolución de la Sociedad Anónima*”, en AA VV, Las sociedades de Capital conforme a la nueva legislación, 2ª ed. Madrid, 1990, pg- 575



finalidad extintiva de dicha producción que llega a destino final con la cancelación de la inscripción de la sociedad.²⁵

Sin embargo la descripción no agota el amplio espectro de interpretaciones realizadas por la doctrina respecto al significado del estado liquidativo pues para una posición que podríamos llamar “intermedia” la disolución no implica el cambio del objeto social sino una mera reorientación de la propia actividad en medida necesaria para su liquidación apoyándose en el hecho de que los liquidadores tienen facultades para concluir las operaciones pendientes al momento de la disolución y para realizar nuevas operaciones necesarias a esos fines.²⁶

Según esta posición subsiste como fin social invariable el “*animus lucrandi*”, aunque en la fase de liquidación la realización de aquel objeto social y la consecución del fin aparecen “*matizado*” por la dirección coetánea novedosa que es la extinción de la sociedad.

Contra lo expuesto es menester destacar la existencia de sistemas que como el francés impone una limitación a la capacidad de la sociedad en el periodo post disolutorio.²⁷

Aun sin compartir la aparente identificación de objeto social y fin social, a la luz del nuevo art. 100 no puedo dejar de compartir la posición ecléctica que postula la plena personalidad de la sociedad en liquidación, no sólo porque la reactivación de la sociedad en disolución así lo prueba sino porque, además, en dicho periodo y en sus distintas fases con la finalidad

²⁵ GIRÓN, TENA; “*Derecho de Sociedades*”, op. cit. pg. 341; MUÑOZ MARTIN “*Disolución y derecho a la cuota de liquidación en la Sociedad Anónima*”, Valladolid, 1991, pgs. 253 y 258; BELTRAN “*La disolución....*”, op. cit. pgs. 70 y 71; BLANQUER UBEROS “*La disolución, la liquidación y la extinción de la sociedad*”, AAMN, vol. XXX-1, 1991, pgs. 503 y 550. En la doctrina alemana, ERLE “*Anforderungen an die Kapitalausstattung einer aufgelöste GmbH bei ihrer fortsetzung*”, k GmbH-Rdsch, 10, 1952 pg. 232; KRAFT, en Kolner Kommentar zum AhtG, sub par. 274 pg 108.

²⁶ GARCIA CRUCES “*La disolución en la sociedad de responsabilidad limitada*”, Aranzadi, 2001, p. 32 con cita de OLEO BANET: “*Fusión y reactivación de la sociedad anónima disuelta*” en Estudios en Homenaje al Prof. Luque, Valladolid, 1998, pgs. 536 y ss.

²⁷ Vid. para el Derecho francés, MERLE: Droit Commercial. Sociétés Commerciales, 3ª ed. Paris, 1992, pgs. 110 y ss., LE CANNU “*Une société dissoute mais non liquidée est-elle dépourvue sonnalité morale pour les besoins de la liquidation*”, Rev. Soc., 1994, pgs. 393 y ss; y CHARTIER “*Dissolution de société et survie de la personnalité morale*”, Rev. Soc. 4, 1999, pgs. 817 y ss. En la Jurisprudencia, vid. “*Cour Cassation de 6 de mayo de 1999*”, Rev. Soc., 1999, pgs. 817 y ss. En relación con el Derecho suizo, vid. ATEIGER “*Le droit de sociétés en Suisse*” Lausanne, 1973, pgs. 369 y ss. Todos citados por GARCIA CRUCES, op. cit., p. 33



liquidativa coexiste la posibilidad, -que no podría existir sin la plena atribución de todos los atributos y derechos de la personalidad jurídica plena-, de participar en un proceso de fusión o de escisión o, incluso en un procedimiento concursal, advirtiendo además que el presupuesto objetivo o material de éste último, el estado económico de crisis (insolvencia, cesación de pago, dificultades económicas, etc.) es consecuente de ordinario a un hecho disolutorio preexistente.

La limitación de la personalidad jurídica no se compadece entonces con tales capacidades, que requieren el ejercicio de una personalidad jurídica plena. Concluiremos que el acaecimiento de “hechos disolutorios” o “causales de liquidación”, como promiscuamente se los denomina, no significan deterioro de la capacidad y personalidad jurídica de la sociedad sino la superposición de un fin extintivo en cuyo desarrollo conserva su plena capacidad, aún cuando para la ejecución del fin superpuesto acontezcan alteraciones o modificaciones en los órganos de la sociedad.

La constatación, o acaecimiento de una causal de disolución significa la apertura de la primera fase de la liquidación.

Desde el punto de vista del razonamiento lógico jurídico está claro que resulta condicionante de la entidad cualitativa de la subsistencia de la personalidad jurídica en el período liquidatorio, la inteligencia que se dé al concepto de fin social y en tal sentido, cuando el mismo se identifique con el “*animus lucrandi*” quienes sostienen la perseverancia de la plena capacidad y personalidad jurídica integra afirman que el objetivo económico se agudiza porque la liquidación tiene indudablemente un fin de lucro intensificado, pues los socios tendrán no sólo la incorporación de ganancias por la sociedad sino el reparto efectivo de su participación.

El fin de lucro, específico y cualitativo de la sociedad no sólo no desaparece en el estado de disolución –liquidación sino que se intensifica en procura de su plena e inmediata consecución.

No es menor esta construcción por cuanto a partir de ella encuentra también apoyatura la doctrina que postula el nacimiento del derecho subjetivo



del socio a la percepción de la cuota de liquidación, de acatamiento necesario para la sociedad.

En doctrina española, la instalación del instituto de la reactivación de la sociedad, tiró leña nueva a las brasas de la otrora fogosa polémica en torno a la delimitación y significado del fin social. Se destaca la escuela que, siguiendo los postulados de Girón Tena a favor de un concepto amplio de sociedad, enfatiza en la superación de la estricta vinculación de la noción del fin social con el ánimo de lucro. Sin embargo, en forma opuesta, una posición que agrupa a una parte considerable de la doctrina niega la resolución del contrato social como fin de la etapa liquidatoria anteponiéndolo con el principio de conservación de la empresa desde que la existencia de una causa de disolución no extingue la sociedad: ni en el aspecto interno produce la desaparición de los vínculos entre los socios ni en el externo mengua la personalidad jurídica de la sociedad.²⁸

Aquí, como de la mano llega la importancia de la doctrina que sostiene que la personalidad jurídica se mantiene sólo para favorecer la realización de la liquidación sobre cuyo postulado Emilio Beltrán afirma la existencia de un derecho subjetivo del socio a la liquidación.

Cabe reflexionar, que uno de los aspectos que pasaron a constituir apoyatura a la tesis que niega cualquier limitación a la personalidad jurídica de la sociedad como consecuencia del acaecer de un hecho disolutorio es la incorporación a la LSRL de 1985 del instituto de la reactivación de la sociedad disuelta.

Y este es precisamente el efecto impactante que muchos años después produce en la legislación argentina la incorporación del instituto por vía de la reforma del art. 100 de la también, novedosamente llamada a partir de la reforma, Ley General de Sociedades.

²⁸ Cfr. RUBIO *"El principio de conservación de la empresa y la disolución de sociedades mercantiles en Derecho español"*, RDP, 1935, pgs. 291. En igual sentido, DIAZ MUYOR *"La reactivación..."*, op. cit., pg. 90, quien advierte como *"el principio de conservación presencia de la empresa se manifiesta en nuestra legislación societaria, y en especial ante la presencia de una causa de disolución, cuando observamos que ésta no tiene como efecto inmediato la extinción de la sociedad, al no desaparecer ni en lo interno los vínculos sociales entre sus miembros, ni lo externo la personalidad jurídica de la compañía..."*



Con la apertura del estado de liquidación que acontece con el acaecimiento o la constatación de una causal disolutoria establecida por la ley o prevista en los estatutos la sociedad mantiene la misma capacidad anterior al hecho disolutorio, lo que significa la continuación de su propia estructura y particularmente de su organización.²⁹

X. LA PROBLEMÁTICA DE LA REACTIVACIÓN SOCIAL³⁰

Estamos invitados a advertir en qué medida el ordenamiento de la LGS, que permanece intacto en la reforma según Ley 26.994 Anexo II, admite, la incorporación de un instituto en virtud del cual, con ulterioridad al supuesto de hechos conceptuados como disolutorios en la ley o por los socios en el contrato constitutivo (art. 89), es viable el pronunciamiento revocatorio de la liquidación de la sociedad, que significa el cese –técnicamente la remoción- de los efectos propios al mero hecho disolutorio –causal de disolución-, expuestos con el mayor énfasis en los arts. 99, 101 y 105.

Obviamente sobre esta materia nada dice la LGS, y es natural que ello sea así en tanto al momento de su redacción no estaba prevista, ni obviamente regulada, la reactivación societaria incorporada ahora en la reforma en el art. 100.

Se advertirá aquí en forma incuestionable la utilidad de la apelación a las distintas vías de interpretación doctrinarias en aquellos dos (supuestos) modelos, el español y el de Italia, que conceptuamos han sido la inspiración de la reforma en la materia.

Conforme al texto que el legislador ha dado a la reactivación societaria en el art. 100, compete al órgano de gobierno la remoción del estado de disolución generado a partir del acaecimiento o declaración de una causal determinada prevista por la ley o por el contrato constitutivo y la decisión de reactivación de la sociedad a partir precisamente de la eliminación (remoción dice el texto legal) de los hechos disolutorios.

²⁹ CAIAFA “*Società, Scioglimento e Liquidazione*”, Padova, 1987, pg. 297.

³⁰ GARCIA CRUCES, “*La Reactivación de la Sociedad de Responsabilidad Limitada en Liquidación*”, Aranzadi, 2001, pgs. 61 y ss.



Las causales de remoción, identificadas como hechos disolutorios deben acontecer en forma inexorablemente previa y ello por definición, a su remoción, efecto este identificado con la reactivación. Primero acontecerá el acuerdo social que verificará el hecho disolutorio (art. 94), cuyo efecto es causa de la disolución y la consiguiente apertura del periodo liquidatorio en cuyo pleno desarrollo la sociedad puede decidir continuar su actividad productiva en el ámbito del objeto social, por la vía de actos societarios puntualmente establecidos por la ley.

Se entiende entonces que la “Reactivación” es, siguiendo en esto la propia definición existente en el texto del art. 100, la revocación de la situación identificada como causa de disolución apareciendo como lógica consecuencia de la eliminación de la causa la superación del estado de liquidación.³¹

XI. LA CONTROVERSIA ENTRE LA REACTIVACION Y LA IRREVERSIBILIDAD DE LA ETAPA LIQUIDATIVA

La reactivación de la sociedad, esto es la vuelta a la actividad destinada al cumplimiento del objeto social, interrumpida por el acaecimiento de una causal de disolución a partir de la cual los administradores están conminados a realizar en forma urgente todas las operaciones tendientes a la cancelación de la sociedad, estuvo prácticamente extrañada del ordenamiento societario inmersa en un duro debate doctrinario en el que la doctrina mayoritaria postulaba la irreversibilidad de la faz liquidativa una vez operado el hecho disolutorio conceptuando dirimente en tal sentido el nacimiento, a partir de dicho momento, del derecho subjetivo del socio a la obtención de las ganancias y a la restitución de su aporte.

En esta materia, la posición doctrinaria más extrema reconoce el predicado de un calificado elenco autoral en Italia y también en España en la cual se advierte la sugestiva influencia de la tesis de Emilio Beltrán quien sostuvo que la personalidad jurídica de la sociedad queda marcadamente limitada en el

³¹ CAIAFA, “*Società, Scioglimento e Liquidazione*”, Padova, 1987, pgs. 300 y 301. También se ha afirmado que “con la reactivación se desea suprimir en una sociedad el estado legal de liquidación, para devolverla a su vida y situación normal, recobrando su finalidad productiva sobre la base del ejercicio pleno e ilimitado de la actividad económica definida por su objeto social”.



sentido de una nueva dirección en su objeto social en razón del acontecimiento del hecho disolutorio, a partir del cual el derecho subjetivo del socio a la extinción de la sociedad es indisponible para esta.

La sociedad anónima, -enseña-, no puede abandonar el periodo de liquidación por su propia voluntad para retomar la vida activa. En la fase activa el derecho individual del socio, se abastece con la obtención de ganancia, pero a partir de la disolución el derecho individual del socio a la extinción de la sociedad no puede ser desconocido por esta; *“el hecho de que tenga personalidad jurídica no implica necesariamente que pueda retornar a la vida activa”*.

La personalidad jurídica de la sociedad subsiste solo con una finalidad concreta: su extinción.³²

La tesis tiene réplica en la doctrina española sosteniéndose que el interés jurídico tutelado no autoriza a conceptuar la existencia de un derecho subjetivo del socio a que no se pueda reactivar la sociedad; en todo caso se trataría de un interés tutelado, por vía de la posibilidad de impugnar los acuerdos contrarios a la liquidación, pero no más allá, no al extremo de un derecho subjetivo inderogable. El derecho del socio no es tan amplio, subsiste en tanto y cuanto subsista el hecho disolutorio pero, es el acuerdo de reactivación el que está condicionado a la eliminación de aquella causa. Si la ley prevé que la sociedad en liquidación participe en un proceso de fusión o de escisión o incluso “pueda” o aún “deba” (como en el ordenamiento español) acceder a un concurso preventivo del cual resultará su reestructuración, resulta contradictorio negar la viabilidad de la reactivación legal, admitida ahora con potencia literal indubitable en el nuevo art. 100 de la Ley General de Sociedades.

³² Cfr. BELTRÁN EMILIO: *“La Disolución de la sociedad anónima”*, 2da. ed., Madrid, 1977, pgs. 58 y 59. *“El hecho de que la sociedad tenga personalidad jurídica no implica necesariamente que pueda retornar a la vida activa. La personalidad jurídica se mantiene para favorecer la realización de la liquidación. La sociedad subsiste sólo con una finalidad concreta: su extinción”*.



XII. EL AVANCE “NECESARIO Y URGENTE” DEL PROCESO LIQUIDATIVO Y LA REACTIVACION SEGÚN EL AVANCE DE LA LIQUIDACIÓN

Una fuerte doctrina autoral distingue entre las causas de disolución *ex voluntate* resultante de la decisión de los socios y las causas *ope legis* (v.gr.: art. 94 inc. 2: expiración del término de duración) pretendiendo efectos diversos.

La operatividad distinta entre las distintas causales de disolución (art. 94) agota las diferencias entre los distintos hechos disolutorios y nada autoriza a proyectarla más allá de los límites que resulta de la propia normativa legal es decir a sus efectos que, cualquiera fuere el hecho causal disolutorio, son los mismos.³³

La única condición de licitud de la reactivación social es la de la remoción o superación de la causal disolutoria que determinó la apertura del proceso de liquidación (ya fuere *ex voluntate*, ya fuere *ope legis*) y su aptitud para la continuidad de la actividad.

Operada la causal de disolución, la asamblea puede optar por decisiones conducentes a la liquidación que la misma ley impone o bien por la remoción del hecho disolutorio.

En la práctica, el hecho de que la reactivación esté permitida hasta el momento mismo en que opere la cancelación de la inscripción (art. 100, 1er. párrafo *in fine*), acta de defunción de la existencia de la sociedad, significa que en el interín entre el acaecimiento del hecho disolutorio (causal de disolución: art. 94) y la decisión de su remoción o “Reactivación” los administradores habrán realizado de toda necesidad “urgentemente” por imperativo legal (v. gr. art. 99, 101, 105 y ccs.) los actos conducentes a la liquidación, en cuyo desarrollo la publicación e inscripción de la disolución constituye una manda legal perentoria a los administradores bajo severa sanción de responsabilidad ilimitada y solidaria frente a terceros, sin perjuicio de la responsabilidad de los propios socios (art. 99).

³³ PEREZ DE LA CRUZ: “Algunos problemas en materia de prórroga y reactivación de sociedades” RDM, 1968, pg. 287.



Ello implica que de ordinario, cuanto mayor fuere el grado de avance del proceso disolutorio liquidativo, generado a partir del acaecimiento (en el caso de las causales *ope legis*) o de la declaración societaria del estado de disolución, (en el caso de las causales voluntarias), mayores serán las dificultades para su remoción.

El objetivo “necesario” y “urgente” (art. 99, 101, 105 y cc.) de la fase de extinción, se contrapone con la factibilidad de la viabilidad económica y social y subsistencia de la continuidad de la actividad que constituye la condición insoslayable de la reconducción.

Sin embargo, cuanto más avanzado estuviere el proceso liquidativo reflejara su verdadera situación económica y social y, en ese sentido aparecerá como la útil plataforma para su reactivación incluso con intervención de terceros. Más aún, los socios podrán demorar la reactivación en el caso de causales en el que no aparezca comprometida la situación económica de la sociedad a la espera del momento en que el balance de liquidación (art. 110) transparente la real situación a modo de *diu diligence* que posibilitará la reactivación con incorporación de terceros o aún la mera transferencia del control de la sociedad.

XIII. EL DEBATE DOCTRINARIO EN TORNO A LA REACTIVACION

Es un clásico en la materia, enriquecido en la confrontación de posiciones, el debate en torno a la posibilidad de la eliminación de los efectos extintivos derivados del acaecimiento de la causal disolutoria.

Más precisamente la cuestión queda centrada en la posibilidad que la reactivación pueda ser realizada con aplicación de la regla mayoritaria o por el contrario partiendo del carácter extintivo de hecho disolutorio, solamente por unanimidad.

Ascarelli, “*In tema di revoca de la liquidazione di una società per azioni. Necesità di deliberazione o ricostituzioni*” en la revista de Derecho Comercial t. II, 1950, pgs. 51 y ss. resume en el título el liderazgo de la posición extrema que predica la regla de la unanimidad. En la misma línea destacan Ferri, Graziani,



Ferrara. Confrontan en la doctrina que predica el principio mayoritario Ragusa Maggiore, *Sull l' ammisibilit  della revoca della liquidazione a maggioranza*”, en Diritto Fallimentare I, 1965, pgs. 236. En esa misma tendencia, con pequeñas variantes se cita a Mignoli, De Ferra.

Una tercera posición, ecléctica pone la solución según el estado de avance en el que se encuentre el proceso de liquidación al momento del acuerdo de reactivación: si el mismo acontece antes del nombramiento de los liquidadores, por mayoría y con posterioridad por unanimidad. Esta es la posición de Cottino.

Es este el momento de volver en esta materia a un aspecto de la dogmatica jurídica que se constituye en el eje del debate: la calificación como derecho subjetivo del accionista a la percepción a la cuota de liquidación toda vez que se hubiere producido un hecho disolutorio.

En doctrina italiana la tesis es sostenida entre otros por Caiafa en *“Societ , Scioglimento, Liquidazione”*, Padova, 1987, pgs. 302.

En doctrina española ya destacamos por su amplia fundamentación, a Beltrán Sanchez, que adjudica al acaecimiento del hecho disolutorio el derecho subjetivo del socio a la percepción de la cuota de liquidación, incluyendo en ella naturalmente su aporte de capital, de lo que se sigue que el acuerdo de reactivación sólo puede generar efecto cuando la unanimidad significare la renuncia al derecho subjetivo así generado.

Y como en todo debate doctrinario respecto de cuestiones de sensibilidad límite, otra posición doctrinaria, aun cuando en base al criterio de la unanimidad, admite distinguiendo entre reactivación por vía de remoción de la causal disolutoria y reactivación por revocación de la disolución, que la unanimidad sólo es aplicable respecto de determinados hechos disolutorios.

XIV. EL ACUERDO DISOLUTORIO Y EL ACUERDO DE REACTIVACIÓN

La competencia para la reactivación, diferida a los socios, (a la asamblea de socios en la SA) es consecuente al significado material que



significa el cese del período de liquidación de modo que la decisión de reactivación hace a su derecho e interés.

En esta materia es menester poner particular atención en la diferencia de contenidos del acuerdo de reactivación del art. 100 evitando confusión con el acuerdo antecedente que verificó el hecho disolutorio y determinó la apertura del estado de disolución y liquidación.³⁴

Será útil entonces un desarrollo de aquellas causales de disolución que, verificadas en el acuerdo societario antecedente a la reactivación constituyen la materia a remover como *conditio sine qua non* de la misma.

El vencimiento del plazo de duración o expiración del término por el cual se constituyó en la Ley General de Sociedades y en el Código Civil y Comercial.

La causal de disolución enunciada en el art. 94, inc. 2 “Expiración del término por el cual se constituyó” es la que sugiere mayores vínculos con la nueva normativa del art. 100 referida a su remoción en orden a la reactivación societaria y ello a partir de las fórmulas de prórroga y reconducción expuestas en el art. 95, la primera dirigida a *evitar* la disolución y la segunda a *removerla*.

Aparece necesario en este caso el análisis de la normativa que al mismo tema resulta del nuevo ordenamiento civil y comercial.

El CCyCo. trata también en el Libro Primero, Título II dedicado a la *Persona Jurídica Privada* la “Prórroga” del plazo de duración (art. 155) como lo hace la LGS en el art. 95 1º y 2º párrafo, como forma de evitación de la disolución por vencimiento del plazo. Ambas normativas aparecen similares.

En cambio, cuando el CCyCo. art. 166 alude a la “Reconducción”, lo hace como forma de remoción del hecho disolutorio, **cualquiera fuere la causal,**

³⁴ El acuerdo disolutorio normalmente antecedente al acuerdo de reactivación puede no existir, así por ejemplo cuando se tratare de alguna hipótesis de las previstas en el art. 94 inciso 4 –consecución del objeto para el cual se formó la sociedad o por imposibilidad sobreviniente de lograrlo–, cuya causal disolutoria puede ser superada por simples pactos parasocietarios que pusieran fin a la situación que por enfrentamiento de distintos grupos imposibilitaren la consecución del objeto social, para lo cual no es menester un acuerdo asambleario.



a diferencia de lo que acontece en el art. 95, 3º párrafo LGS, en el que con el mismo nombre “*Reconducción*” refiere sólo a la remoción del hecho disolutorio acontecido por vencimiento del plazo de duración (art. 94 inc. 2).

La hipótesis regulada en el CCyCo. art. 166 como “Reconducción” no corresponde, entonces, al mismo instituto que con el mismo nombre regula la LGS art. 95 3º párrafo, sino a la “Reactivación” incorporada novedosamente al art. 100 por la Ley 26.994.

La “Reactivación” societaria regulada en el art. 100 aparece huérfana de toda determinación respecto del quórum de constitución y decisión necesarios para expresar la voluntad de reactivación materia ésta en la que el CCyCo. art. 166 la establece: “...*por decisión de sus miembros adoptada por unanimidad o la mayoría requerida por la ley o el estatuto...*”, en cuyo caso el recurso hermenéutico a la ley supletoria que establece el CCyCo. art. 150 focalizada en el art. 166 del CCyCo. lleva a la conclusión en el sentido de que puede ser adoptada por unanimidad en las sociedades por parte de interés y por la mayoría requerida por la ley o por el estatuto en las sociedades de capital (SRL-SA).

Esto significa que, salvo estipulación contractual o disposición legal contraria, en las sociedades por parte de interés será menester las mismas mayorías que fueran establecidas por la ley para la declaración de la causal disolutoria, en tanto que en las SRL se aplicarán las del art. 160 y en la SA la asamblea requiere para su aprobación mayoría reforzada de los supuestos especiales del art. 244 4º párrafo.

La norma del CCyCo. art. 166 en cuanto al quórum de constitución o decisión (unanimidad o mayoría) para la Reconducción de la persona jurídica (análoga a la Reactivación del art. 100), suple la omisión que al respecto se advierte en el art. 100 para la reactivación societaria (CCyCo.: art. 150).

XV. LA CONSECUCIÓN DEL OBJETO SOCIAL O LA IMPOSIBILIDAD DE LOGRARLO

El art. 94 inc. 4 consagra como causal de disolución “*La consecución del objeto para el cual se formó o la imposibilidad sobreviniente de lograrlo*”.



El hecho disolutorio incluye una serie de hipótesis de dificultades insuperables a las que es aplicable. Algunas de ellas están consignadas implícitamente en las legislaciones de España e Italia a las que es plausible remitir en procura de interpretación.

La imposibilidad sobreviniente de lograr el objeto social evoca de consuno su conceptualización con relación al fin social. Entendemos que en la aplicación de la normativa que nos ocupa debe considerarse con particularidad a lo que se califica como fin social en tanto que el objeto remite sólo a la concreta actividad determinada en el estatuto en forma precisa y determinada (art. 11 inc. 3). Condividiendo la posición autoral que ubica como fin social el *animus lucrandi*, cabe entender como imposibilidad de lograr el objeto social la de obtener el fin social operando como una única causal de disolución entendiendo que si la actividad descrita como objeto social aparece imposible de lograr, no se alcanzará tampoco el fin social.

XV.1) La disolución por falta de utilidades

La doctrina a fin de intentar delimitar el supuesto disolutorio previsto en el art. 94 inc. 4 que significan la imposibilidad de lograr el objeto social identificándolo con el fin social, focaliza como supuesto apto para constituir una causa de disolución la falta de rentabilidad manifiesta y sostenida de la actividad social, en cuya hipótesis los administradores estarán constreñidos a proceder en orden a la disolución y los socios estarían facultados para instarla.

Se argumenta aquí sobre la función de política jurídica de adecuada protección del socio minoritario y está claro que en función de la extensión de la noción de fin social focalizado en el “*animus lucrandi*” el reconocimiento de los hechos disolutorios posibles estará vinculado con la inteligencia la finalidad lucrativa como fin social e incluso como común finalidad de los socios.

La LSRL de España art. 104, 1º acogía como causa de disolución “*la imposibilidad manifiesta de alcanzar el fin social*” identificada con el “*animus lucrandi*” y el RDL 1/2010 de 2 de julio concretó en un “texto refundido” bajo la denominación “Ley de Sociedades de Capital” (cuya última modificación fue



realizada por Ley 21/7/2015) aplicándola así también a la SA y a la Sociedad comanditada (art. 363 c)).

XV.2) La disolución por paralización de los órganos sociales de modo que resulte imposible su funcionamiento.

Estaríamos en presencia de una de las muchas alternativas alcanzadas por la definición genérica de imposibilidad sobreviniente de lograr el objeto prevista en el art. 94 inc. 4. Está claro que tal causal quedaría removida de facto si simplemente los socios cuya permanente confrontación paraliza la actividad bloqueando las decisiones propuestas en la asamblea, llegaran a la solución en forma acordada. En tanto ello no aconteciere, la perdurabilidad de la inmovilidad societaria por paralización de los órganos sociales determinará la disolución de la sociedad que podrá ser declarada por los socios en reunión o asamblea por vía judicial cuando cualquiera de los socios lo requiriera.³⁵

En el ordenamiento español la causal de disolución por paralización de los órganos sociales de modo que resulte imposible su funcionamiento fue establecida originariamente en la LSRL 104, 1º, c) e incluida ahora en el Texto Consolidado de la Ley de Sociedades de Capital de 2010 como causa de disolución en el art. 363 inc. d), aplicable entonces también a la SA y a la comanditada.

Tal causal es la que implícitamente se aplica *v. gr.* en los casos en los que los antecedentes de facto muestran la existencia de socios por partes iguales o la análoga situación de parálisis prolongada provocada por la subsistencia de posiciones encontradas de grupos con capacidad decisoria por vía del voto iguales, unos respecto de otros, que se neutralizan.

En este caso la superación de la causa de disolución solo podría lograrse por un acuerdo para societario de reactivación.

³⁵ “Cuestiones Mercantiles en el Código Civil y Comercial de la Nación”, ed. FIDAS, 2016, pgs. 661 /712 expone nutrido elenco de recientes decisiones judiciales de particular consideración en la materia referido al efecto disolutorio de la desviación del objeto social: CNCom. Sala C, 30/10/2004 “Migal Publicidad SA c/ Ti Interlene SRL s/ ordinario” en pg. 661; CNCom. Sala A; 29/12/2015 “Shirley SA c/ Ruderman y otro s/ ordinario” p. 678; CNCom. Sala F, 17/7/2014 “P. H. Sistemas SRL c/ Agote Sergio Fernando s/ Medidas Precautorias” p. 680; “Althabe Maria Magdalena y otro c/ Efel SA y otros s/ ordinario” pg. 683.



XV.3) La disolución por inactividad

La LSRL de España había incluido en el art. 104 1º d) como hecho disolutorio la “*falta de ejercicio de actividad o actividades que constituyan el objeto social durante 3 años consecutivos*”

Esta causal que mereció el encomio de autorizada doctrina³⁶ que la conceptuó en la línea modélica de la *Section 652* de la *Companies Act* inglesa de 1985, que hasta permite en tal hipótesis la cancelación registral de oficio, a lo que no llega la ley hispana, llevó a que la reforma introducida por la Ley de Sociedades de Capital de 2010 estableciera en el art. 363 1º a) como causal disolutoria ***el cese de la actividad que constituya el objeto social superior a 1 año.***

En este caso, la reactivación quedará concretada en la superación del hecho disolutorio significada por el reinicio de la actividad aún cuando se debate si el retorno a la actividad debiera tener origen en una nueva decisión asamblearia, la cual parece necesario cuando la disolución ya se hubiere inscripto.

XV.4) Objeto social e interés social

Resulta de particular interés el enfoque vinculado a este problema, en su relación con las sociedades caracterizadas por su amplia base accionaria, típica de la gran corporación (*giant corporation*).

Se sostiene que la gran empresa (o nueva realidad) determina la necesidad de una moderna teoría de la sociedad anónima, lo cual sirve de origen a la posibilidad del logro de los amplios objetivos que tiene ese tipo social para bien de la comunidad, poniéndola a cubierto de los intereses de los pequeños accionistas, que constituyen el gran obstáculo, no percibido aún por los juristas, que atienden en materia de sociedades anónimas en forma casi exclusiva —o al menos en forma preferente— a la defensa de las minorías, cuando lo que debe preocupar es defender a la comunidad, en bien de la cual está pensada; defender la sociedad anónima de los pequeños accionistas que traban su desarrollo y obstaculizan sus fines³⁷.

³⁶ ROJO FERNANDEZ RIO “*Disolución y liquidación de la Sociedad de Responsabilidad Limitada*”, Rev. Crítica de Derecho Inmobiliario, 1993, pgs. 1487.

³⁷ COLOMBRES, Gervasio, “*Curso de derecho societario. Parte General*”, Abeledo Perrot, 1972, p. 96,



Dentro de esta orientación se postula el sometimiento del interés individual (limitado a los beneficios inmediatos) al interés general (con el fortalecimiento de la empresa) porque ésta implica “*un interés propio*” (*an sich*) distinto al de los socios y al que éstos deben someterse, pues la subordinación de sus intereses al de la empresa determina, respecto de aquéllos, una obligación de fidelidad. La organización de una administración estable, independientemente de las mayorías assemblearias (por su misma naturaleza cambiante), contribuirá a la finalidad perseguida, para la cual se aconsejan las acciones de voto plural, el voto reservado a ciertas categorías de acciones, las autofinanciación, etc. “*La empresa debe ser defendida contra sus propietarios, en razón de tratarse de un valor jurídico autónomo merecedor de protección*”; tal el slogan de los teóricos auspiciadores de la doctrina del “*Unternehmen an sich*”.

Sin más variante que atribuir el “interés propio” a un sujeto de derecho aparece, también en Alemania, una doctrina paralela, la de la “*Person an sich*”, la que sobre la base de la concepción de gierke de “realidad de la persona jurídica” es expuesta, entre otros, por f. marx, landsberger y schlegelberger.

También en Alemania y dentro de las mismas orientaciones se citan las distintas fundamentaciones de la “*Mitbestimmung*” (capacitación de los trabajadores de ciertas ramas empresarias en el consejo de vigilancia), las que llegan a pretender la sustitución de la asamblea general o bien el fundamento paralelo de otro órgano, en el que tendrán cabida representantes de los demás intereses comprometidos en la empresa (dependientes, público, trabajadores, proveedores, etcétera).

En la orientación opuesta a los postulados de Hauriou en doctrina francesa y los epígonos de la teoría “institucionalista”, se advierte la que Jaeger llama “contractualista”, cuya característica fundamental es la referencia a un “interés común o colectivo” de todos los socios, diverso al interés típico que las teorías institucionalistas atribuyen a la empresa misma³⁸.

doctrina del “*Unternehmen an sich*”, cuyos inicios se atribuyen a Walter Rathenau.

³⁸ANAYA, Jaime, “El marco jurídico de la empresa”, en PIAGGI, Ana (dir.), *Tratado de la empresa*, cit., t. I, ps. 37 a 64: realiza una clara y fundada elaboración perfilando el interés de la empresa en sus aspectos patrimonial, funcional y corporativo, con una riquísima referencia doctrinaria.



DECONOMI

En las dos posiciones (institucionalistas y contractualistas), la distinción (o mejor dicho, la invocación) del interés social carece de relevancia esencial. Se concluye por determinar la imposibilidad de lograr un concepto válido “de interés social” como consecuencia directa de la materia misma que sus teóricos manejan, porque el interés no admite una calificación generalizada (sus significados son múltiples, poliformes) y porque la aceptación de una manifestación de interés en negocio societario implicaría admitirlo también en otras figuras jurídicas colectivas (consorcio de propiedad, fondo común de inversiones, etc.). El “interés” en el sentido de las doctrinas institucionalistas y contractualistas constituye un concepto inescindible de la valoración humana, porque no puede ser así abstractamente formulado sino objeto de una alternativa: a) o es interpretado como en las teorías institucionalistas por el principio del “*Führerprinzip*”, concepto calificado de pre-normativo, temperamental y destructivo de la certeza jurídica, o b) en la teorías contractualistas queda relegado al control judicial y al juez le falta la preparación específica, además de no ser ésa su función. Por eso concluye que el interés social es ontológicamente ajeno a la normativa societaria. Ésta queda resumida, en cuanto hace la actividad social, en el nombre, en el objeto y en el organismo; consecuentemente una sociedad podrá disolverse por imposibilidad de cumplir con el objeto social, pero no por aplicación de un interés del ente (específico y diverso al de los socios).

Considerase así estéril, a los efectos perseguidos, el concepto de interés social, el que aparece más político que jurídico, inútil en el ámbito del derecho positivo.

No cabe, pues, admitir confusión que emerja de ambos conceptos: objeto e interés social.

El primero es susceptible de definición; el segundo híbrido, polivalente³⁹.

³⁹ COLOMBRES, Gervasio, *Curso de derecho societario. Parte General*, Abel Perrot, 1972, p. 95 y ss. ESCUTI, Ignacio (h), *Receso, exclusión y muerte del socio*, cit., p. 16 recuerda la brillante monografía de FARGOSI, Horacio, *La affectio societatis*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1955, Colección de monografías de derecho XXIII, p. 98: quien define la *affectio societatis* como “la voluntad de cada socio de adecuar su conducta e intereses personales, egoístas y no coincidentes, a las necesidades de la sociedad para que pueda ésta cumplir su objeto, y así, en virtud de ella, que se mantenga la situación de igualdad y



XVI. PÉRDIDA DEL CAPITAL SOCIAL

La reforma del derecho societario establecida en el Anexo II de la ley 26.994/2015 que sustituye la denominación de “*Ley de Sociedades Comerciales*” (LSC) por la nueva denominación de “*Ley General de Sociedades*” en adelante LGS, a pesar del número limitado de sus artículos que en total llegan a 25 sustituciones o reformas y una incorporación (art. 94 bis) produce importantes modificaciones al ordenamiento societario preexistente. Los más importantes de ellos son la incorporación de la “sociedad unipersonal”; la sustitución del régimen de las llamadas “sociedades irregulares o de hecho” que ahora pasan a ser denominadas “sociedades atípicas” o “De la Sección IV” y la “Reactivación societaria”, en cuya amplia problemática todavía no ha desembarcado la doctrina.

El art. 100 de la LSC, titulado “Norma de interpretación”, constituye la culminación del articulado de la Secciones XII y XIII, del Capítulo I de la LGS y establece que “en caso de duda sobre la existencia de una causal de disolución se estará en favor de la subsistencia de la sociedad”

equivalencia entre los socios, de modo que cada uno de ellos y todos en conjunto observen una conducta que tienda a que prevalezca el interés común, que es el modo de realización de los intereses personales”.

Una fuerte corriente doctrinaria conceptuó a la *affectio societatis* el fundamento del deber de lealtad. ZALDÍVAR Enrique; MANÓVIL, Rafael - RAGAZZI, Guillermo - ROVIRA, Alfredo, *Cuadernos de derecho societario*, Abeledo-Perrot, p. 191; HALPERÍN, Isaac, *Curso de derecho comercial*, t. I, Depalma, Buenos Aires, 1972, nro. 12, ps. 356 y ss.

Para ESCUTI, el interés social es una valoración que debe realizarse dentro de los preceptos legales y contractuales en orden a la determinación de la aptitud, la razonabilidad y la legitimidad de una conducta determinada para satisfacer el cumplimiento social, que normalmente, aunque no necesariamente, se identifica con el interés de la mayoría. GARRIGUES, JOAQUÍN, *Hacia un nuevo derecho mercantil. Escritos, lecciones y conferencias*, Tecnos, Madrid, 1971, p. 147. En la página siguiente, el ilustre abogado y jurisconsulto español acota: “Lo normal es que el interés social coincida con el de la mayoría”.

El deber de lealtad del socio supone una conducta circunscripta al ejercicio legítimo de su derecho y al cumplimiento de sus obligaciones. ESCUTI, Ignacio (h), *Receso, exclusión y muerte del socio*, cit.; HALPERÍN, Isaac, *Curso de derecho comercial*, cit., t. I, p. 357, expresa que “el socio debe sacrificar sus intereses personales divergentes de los sociales, que pueden dificultar la consecución del objeto social”, y seguidamente, que son expresiones del deber de lealtad de los socios los arts. 133 y 248, LSC. Luego acertadamente sostiene: “La violación de este deber de lealtad puede resultar incluso del ejercicio intencionalmente abusivo de sus derechos, que perturbe la marcha de la sociedad o cause perjuicio a ésta (v.gr., el examen reiterado e innecesario de la contabilidad social —art. 55 cit.— de remoción provisional del administrador social —arts. 113 y ss.—): es decir, la conducta antisocial”.



Esa regla hermenéutica y de aplicación subsidiaria, ha pasado a convertirse en texto literal de la norma por vía de la incorporación al mismo artículo de un párrafo que le da nuevo nombre: remoción de causales de disolución, el cual establece, imponiendo en la ley un giro radical que el órgano de gobierno de la sociedad puede en cualquier momento y a lo largo de toda su vida hasta el instante mismo en que opere la inscripción de la cancelación en el Registro Público interrumpir el proceso de extinción de la sociedad en fase de disolución o de liquidación volviéndola a la actividad plena, mediando eliminación de la causa de disolución que dió origen a la vía extintiva, e imponiendo para ello la condición de existencia de *“viabilidad económica y social de la subsistencia de la actividad de la sociedad”*

La nueva norma, impone la consideración de las múltiples causales de disolución de origen legal o contractual (LGS: art. 89).

Las primeras están establecidas por la ley en el art. 94 y para cada una de ellas la ley prevé una operatoria distinta o peculiar acorde con su distinta naturaleza.

La que provoca mayor conflicto y debate en jurisprudencia y en doctrina es la que prevé en el inc. 5 la *“pérdida del capital social”*⁴⁰

Ríos de tinta y regulaciones dispares en derecho comparado enriquecen un tema que hasta hoy no ha logrado consenso, circunstancia esta que la califica, de entre todas las causales de disolución la más conflictiva y por ello, también la menos satisfactoria.

La importancia de este tema, se revela conceptualmente en un primer estadio cuándo se debe considerar existente el hecho disolutorio casual lo que guarda vinculación con la entidad de las pérdidas, y proyecta potenciadas las dificultades cuando se trate de su remoción, constituida en condición previa de la reactivación.

El art. 94 inc. 5 al determinar que la pérdida del capital social coloca a la sociedad en estado de disolución constituye una hipótesis en la que la ley

⁴⁰ Su aplicación fue suspendida por Decreto Ley 1260 / 02 que prorrogó hasta el 10/2/2004 la suspensión dispuesta por el Dec. 1269 de fecha 16 de julio de 2002.



aparece guiada por el propósito de evitar una discordancia al extremo ostensible entre la cifra mínima del capital social consagrada en los arts. 186 y 187 y la existencia de recursos económicamente suficientes en orden a la actividad necesaria para el cumplimiento del objeto social.

La descripción precisa del problema aparece también como una crítica implícita en las enseñanzas de Nissen⁴¹: *“lo verdaderamente relevante en materia de disolución es la pérdida del patrimonio entendido como conjunto de bienes con los cuales la sociedad podrá hacer frente a sus obligaciones”*.

La determinación de la pérdida del patrimonio, en medida que pueda conceptuarse factor de disolución es sumamente compleja porque debe partir de la revalorización a valor de liquidación, la incidencia del pasivo exigible, la imputación de los quebrantos a los fondos de reserva y revaluos legales y también al capital suscrito.

Para nuestra ley la pérdida del capital debe ser total⁴². Esto significa, que la pérdida del patrimonio debe ser total? Según Luigi Guatri el patrimonio es insolvente cuando las pérdidas se reiteran luego de varios ejercicios. Para la Ley de Concursos y Quiebras, art. 1, la posibilidad de recomposición del patrimonio acontece en estado de cesación de pagos que no es necesariamente coincidente con la insolvencia pero que de ordinario se dan en forma simultánea desde que consiste en la incapacidad del patrimonio para afrontar las obligaciones exigibles lo que constituye la cesación de pagos.⁴³

En tanto la cesación de pagos es un concepto económico, la insolvencia es un concepto eminentemente contable. En esto también la doctrina discrepa en medida tal que para superar controversia el art. 5 de la ley fallimentaria italiana establece que toda vez que se habla de insolvencia se entenderá existencia de cesación de pagos.

Se advierte que no existe una fórmula que no sea conflictiva, que no evite los debates para conceptuar acontecida la causal de disolución por pérdida

⁴¹ NISSEN, RICARDO “Ley de Sociedades Comerciales”, ed. Astrea, p. 217.

⁴² Veremos a continuación los antecedentes patrios y también las insuperables dificultades que se advierten en el derecho comparado.

⁴³ Ver del Autor “Derecho Concursal Comparado”, ed. Legis, 2012, t. II, pgs. 923 y ss.



del capital social. Más aún, debemos recordar a este respecto que esta causal de disolución en España se focaliza en el 50% del capital social es decir un límite mucho menor en la entidad de las pérdidas que entre nosotros, en que el actual art. 95 inc. 5 exige la pérdida del 100%. Menor al de España es aún la de la ley italiana (D. Lgs, 6/2003) en la que la pérdida del capital causal de disolución se fija en el 30%.

El tema tiene tanto en España como en Italia el mismo carácter insoluble y resulta inexplicable que no aparezca un sinceramiento en la legislación societaria que focalice la causal de disolución en la *insuficiencia del patrimonio* en sustitución de la infortunada formula referida a la *pérdida del capital social*.

Un color nuevo aparece en el CCyCo., el que en el art. 163 inc. j) como causal disolutoria de la persona jurídica privada, cuyo elenco está encabezado por la sociedad (art. 148 inc. a) establece, no ya la *“pérdida del capital social”* como lo determina el art. 94 inc. 5, (manteniendo invariable en este punto la redacción anterior), sino *“el agotamiento de los bienes destinados a sostenerla”*.

Es patente que el legislador a cuyo cargo estuvo la novedosa redacción del conflictivo tema focaliza el problema por primera vez en nuestra legislación, y sin que conozca precedentes en el derecho comparado, en relación con el patrimonio superando de esta manera la referencia al capital social, cuya definición múltiple lo hace incompatible como elemento de la compleja ecuación dirigida a condicionar la existencia de la sociedad en relación a su viabilidad económica.

Las dificultades dogmáticas y operativas en torno a la incidencia de la pérdida del capital social en la disolución de la sociedad se remontan a los albores del derecho codificado y aparecen ya exteriorizadas en el texto y doctrina del primer Código de Comercio sancionado el 5 de octubre de 1889 y vigente desde el 1º de mayo de 1890 según Ley 2637 del 9 de octubre de 1899.

Recordando las enseñanzas de Garcia Villaverde será menester remontarnos a aquellos antecedentes para advertir como el problema hoy en debate no es sino la permanencia de una dificultad añeja que todavía ni la



doctrina ni el derecho han sido capaces de solucionar, por lo menos en forma consensuada, en los distintos ámbitos.⁴⁴

El Código de Comercio de 1889 regulaba la disolución de la sociedad, como sigue haciéndolo aún hoy la moderna Ley General de Sociedades, en forma conjunta con la rescisión parcial del contrato de sociedad. Las causales de disolución estaban enunciadas en el art. 422:

- 1) la expiración del término o “por haberse acabado la empresa que fue objeto especial de su formación”;
- 2) el consentimiento de todos los socios;
- 3) la pérdida total del capital social y en las sociedades anónimas del 70%;
- 4) la quiebra de la sociedad;
- 5) la simple voluntad de un socio cuyo nombre figure en la razón social cuando la sociedad no tenga un plazo u objeto determinado;
- 6) la separación legal de cualquiera de los socios que figuran en la razón social;
- 7) la muerte de uno de los socios cuyo nombre figura en la razón social.

El texto culminaba con una frase imperativa que identifica los efectos de la disolución con la liquidación la que contiene hoy la LGS en su art. 99 *“En todos los casos debe continuar la sociedad, **solamente** para finalizar los negocios pendientes procediéndose a la liquidación de los finalizados”*

Se destaca así el inexorable destino extintivo de la sociedad incurso en una causal disolutoria.

Con referencia a la pérdida total del capital social y del 70% en las sociedades anónimas (art. 422 inc. 3), en la Sección VIII el art. 369 establecía que cuando los directores o administradores se cercioren que el capital social ha

⁴⁴ GARCIA VILLAVARDE, “*Algunas cuestiones sobre la reducción del patrimonio a una cantidad inferior a la mitad del capital social por consecuencia de pérdidas*”, Est. Hom. Girón Tena, Madrid, 1991, pgs. 465 y ss.



sufrido una pérdida de 50% tienen obligación de *declararla* ante el tribunal de comercio respectivo publicando su declaración en los diarios de la sede social. En las sociedades anónimas si la pérdida es del 75% la sociedad se considerará disuelta *ipso iure* y los directores serán personal y solidariamente responsables hacia a los terceros de todas las obligaciones que hayan contraído después que la existencia de ese déficit haya llegado o debido llegar a su conocimiento (art. 369 inc. 3).

No es de extrañar entonces que a la dificultad ínsita en la materia se le agregara la muy poco precisa regulación de la que, a pesar de su poca claridad, se rescata que en cuanto a las sociedades anónimas la causal de disolución queda focalizada en la pérdida del 75% del capital social aconteciendo esta de pleno derecho.⁴⁵

De antiguo se advierte la dificultad de la aplicación de este precepto, que después de casi un siglo podemos aseverar, es insalvable.

El concepto de *capital social* en la doctrina de medio siglo atrás se identifica por algunos autores –siguiendo a Cámara- como *capital suscrito*⁴⁶.

Para Halperín⁴⁷ y Garo⁴⁸; **capital social se identifica con patrimonio social entendiendo por tal el valor real, actual, de todos los bienes que posee la sociedad, previa deducción del pasivo**, pero ambos condicionan esta definición a épocas de moneda estable, y no aplicable en periodos de inflación en cuyo caso –dicen- “*conduciría a conclusiones inaceptables*”.

La anárquica discrepancia autoral culmina con la opinión de Raymundo Fernandez quien advierte sobre la diferencia sustancial entre capital suscrito y patrimonio social y en base a esa distinción dirimente mantiene su

⁴⁵ FERNANDEZ, RAYMUNDO L. “*Código de Comercio Comentado*”, 1967, T. I, vol. 2, ps. 1028 apartado 4 al respecto que la pérdida del 75% del capital social produce la disolución ipso iure o sea automáticamente sin declaración judicial o extrajudicial de ninguna especie. Cita coincidente cita de Segovia entre otros. También CÁMARA conceptúa como patrimonio real lo que el artículo determina capital social, aunque respecto del desarrollo que sobre el tema realiza el maestro cordobés, y quizás como ratificación de las dificultades que el mismo plantea FERNANDEZ lo considera insuficiente y confuso (*op. cit.* t. I, p. 1029)

⁴⁶ RIVAROLA, Tratado, II, nº 558; Sociedades Anónimas III, nº 472 y 474; CÁMARA, nº 136 p.286.

⁴⁷ HALPERÍN, “*Sociedades Anónimas*”, p. 373.

⁴⁸ GARO, “*Sociedades Anónimas*”, t. 2, p. 605



DECONOMI

criterio expuesto ya en la 1era edición, identificando capital social con capital suscrito pero con la aclaración que no puede tomarse en forma nominal (o sea el valor que tuvieran los bienes al constituirse la sociedad) sino su *valor real actual*, por ejemplo si el valor nominal de constitución fue de un millón y actualmente en razón de la inflación es de diez millones, teniendo en cuenta que el régimen económico vigente permitía la revaluación de los bienes la sociedad habría perdido el 75% cuando lo que le resta tenga un valor actual de 2.500.000 como si se tratara de calcular la pérdida “en especie” y no por el “valor legal nominal” de los bienes distorsionado por la inflación. Esto significa el cálculo de la pérdida del patrimonio, no del capital social.⁴⁹

La Ley de Sociedades Comerciales 19.550/1972 reemplazó el Título III del Libro Segundo del Código de Comercio exponiendo en la “*Exposición de motivos*” la aspiración de dar a las sociedades mercantiles, de fundamental gravitación en el orden económico y social, un instrumento legal adecuado y eficaz para su desenvolvimiento.

En materia de capital social y en lo que hace más concretamente a su naturaleza estableció en el art. 186 la normativa según el cual su suscripción debe realizarse íntegramente al momento de celebrar el contrato constitutivo, determinando un monto mínimo que en ocasión de la sanción de la ley fue establecido en 120 millones de Australes, consignando expresamente que el monto de dicho capital mínimo podría ser actualizado por el Poder Ejecutivo cada vez que lo estime necesario. Agregó: “capital social y capital suscrito” o “se emplean indistintamente” con lo que su significación es la misma, como es sinónimo su denominación.

En cuanto a la conceptualización de la pérdida de la entidad del capital como condición de disolución, la ley 19.550 introdujo una reforma de excepcional importancia: eliminó la consideración especial del 75% en la SA y el hecho disolutorio quedó concretado en un enigmático “pérdida del capital social”, sin referencia alguna a porcentaje lo que implica lisa y llanamente la “pérdida total”.

⁴⁹ FERNANDEZ, RAYMUNDO L. “*Código de Comercio Comentado*”, 1967, T. I, vol. 2, p. 1028 y ss.



Pero dicha causal no opera *ope legis* sino que requiere tratamiento y decisión de la asamblea extraordinaria (art. 235 inc. 4) con las mayorías del art. 244 párrafo 4, pues se trata de un supuesto de “*disolución anticipada*”, -hipótesis está incluida en el elenco de aquellas decisiones asamblearias que requieren mayorías reforzadas- pero que no legitiman al disconforme para el ejercicio del derecho de receso (art. 245 *in capít*).

Si la asamblea constata el acaecimiento del hecho disolutorio pérdida del capital social puede evitar la disolución anticipada optando por las alternativas del “reintegro total o parcial” o el aumento, en la forma dispuesta por el art. 96 [en cuyas hipótesis los socios disconformes y ausentes pueden ejercitar el derecho de receso: art. 245 y 160] o por la reducción del capital y simultáneo aumento.

Cuando existe pérdida total del capital social si este está consignado por un valor nominal, (cuyo mínimo está establecido por la ley cuya última actualización lo fija en \$100.000), las **pérdidas se calculan con relación al patrimonio** conforme resulta del art. 206 LGS que hace referencia a la totalidad de las reservas y a la mitad del capital. Halperin destaca que “*esta conclusión no requiere mayor demostración considerando la situación resultante de la inflación de valores del activo y también del pasivo en relación a una cifra nominal invariable del capital social que constituye un rubro del pasivo (LGS art.63 inc. II, 2 b)*”.⁵⁰

El capital social es una deuda de la sociedad frente a los socios que recién se extinguirá al momento de la liquidación (pasivo subordinado) con el remanente –si lo hubiere- después de pagados los acreedores (pasivo principal). Técnicamente el capital social pertenece a los socios, (no así en las asociaciones civiles y en general en el caso de las personas jurídicas en las que el patrimonio remanente, a falta de previsión tiene el destino previsto en el estatuto y en su defecto otra asociación civil domiciliada en la Republica de objeto similar a la liquidada (CCyCo.: art. 185) en tanto que en las fundaciones debe destinarse a

⁵⁰ HALPERIN- OTAEGUI “*Sociedades Anónimas*”, 2da. ed, Depalma, p. 829.



una entidad domiciliada en la República de carácter público o privado con objeto de utilidad pública o bien común que no tenga fin de lucro (CCyCo.: art. 217).

La causal de disolución del art. 94 inc. 5 no es entonces la pérdida del capital social sino las pérdidas en medida de insuficiencia del patrimonio.

Se dijo ya que el CCyCo. produce un insoslayable sinceramiento: al tratar en el art. 163 las causales de disolución de la persona jurídica cuyo elenco incluye obviamente a la sociedad (art. 143): elimina la causal de pérdida del capital social, e introduce novedosamente en el inciso i): el agotamiento del patrimonio, en medida que haga imposible la continuidad de la actividad de la persona jurídica.

La consistencia del sistema exigía también esa modificación en la Ley General de Sociedades. No ha acontecido así; evidentemente el legislador del CCyCo. en materia de personas jurídicas (Anexo I de la ley 26.994) no fue el mismo reformador de la Ley de Sociedades Comerciales (Anexo II de la misma ley) o si lo fue, no advirtió que la solución congruente era reproducir la misma solución en la reforma: la política legislativa que impone el capital mínimo (art. 163), excluye la identificación del concepto de capital social como causal de disolución.

La conclusión expuesta guarda relación con el fenómeno denominado “*infracapitalización*”, cuyo nombre es incorrecto si se identifica al capital mínimo del art. 186 con la insuficiencia de los recursos de la sociedad para la realización de la actividad conducente al cumplimiento del objeto social lo que lleva a pretender la responsabilidad de los administradores y aún la de los socios o accionistas por la continuación de la actividad de la sociedad a pesar de la pérdida del capital social, así mal definido.⁵¹

XVII. LA PROBLEMÁTICA EN LA LEGISLACIÓN ESPAÑOLA

⁵¹ En la legislación española la situación aparece más grave aún pues la disolución está prevista con la sola pérdida de la mitad del capital social en tanto que en el ordenamiento societario italiano el límite de la pérdida que define la causal de disolución es del treinta por ciento del capital social.



En forma previa a las conclusiones del capítulo siguiente aparece útil advertir como, casi en espejo el tema referido a la pérdida del capital social se advierte en la legislación española.

La Ley Consolidada de Sociedades de Capital D. Lgs. 1/2010, art. 370, establece que la reactivación de la sociedad disuelta, está condicionada *sine qua non* a que haya desaparecido la causa de disolución, exigencia esta que hace a la naturaleza del instituto.

Y a tal requisito sustancial adiciona una condición material: "*que el patrimonio contable no sea inferior al capital social*"⁵²

La relación del *patrimonio contable* con el capital social es una peculiaridad del sistema español que introducido por la LSRL de 1985, fue calificado en aquel momento como extraño a la tradición jurídica y ajena a la mayoría de los ordenamientos comparados, inspirado en la doctrina Portuguesa, en los debates preliminares al *Código das Sociedades Comerciais* de 1985/1986 que impone como condición negativa para el "*Regresso à actividade*" de la sociedad en estado de disolución que "... *el saldo de liquidación no cubra el capital social salvo reducción*".

Esta exigencia significa que en situación de pérdidas la sociedad disuelta deberá, para volver a la actividad, superar la situación de pérdidas cualesquiera fueren su entidad acudiendo entonces a alguna operación de reintegro del *patrimonio social*; a una reducción y coetáneo aumento de su capital o a una reducción del capital social. Tales procedimientos alternativos constituyen los instrumentos societarios en virtud de los cuales las pérdidas se absorberían por los socios, en los casos de reducción de capital o reducción y coetáneo aumento, o bien con la operación de reintegro del capital, con lo que se incrementa el activo sin incremento del pasivo.⁵³

⁵² **Art. 370 Reactivación de la sociedad disuelta.-** 1) La junta general podrá acordar el retorno de la sociedad disuelta a la vida activa siempre que haya desaparecido la causa de disolución, el patrimonio contable no sea inferior al capital social y no haya comenzado el pago de la cuota de liquidación a los socios. ...

⁵³ Dasso, Ariel A. "*Tratado del derecho de separación o derecho del socio y del accionista*", ed. Legis, 2012, pgs. 526/529.



La exigencia material ha provocado en doctrina una relevante disputa en pro y en contra. De un lado se pondera como acierto este requisito apreciando como plausible una mayor exigencia al acuerdo de reactivación que respecto del acuerdo de remoción de la causa de disolución por pérdidas en cuyo caso el patrimonio puede continuar siendo inferior al capital social siempre que sea superior a la mitad (art. 362.e).

Esta solución constituye una mera consecuencia de las diferencias entre el *acuerdo de remoción* (arts. 362 a 364) de las causales de disolución y el *acuerdo de reactivación* (art. 370) de la sociedad disuelta pues mientras en el primero se trata de favorecer la continuación de la sociedad, la reactivación supone el retorno de la sociedad ya disuelta al periodo de actividad lo que justifica el agravamiento de los requisitos legales.

Confronta con aquel enfático apoyo una posición contraria que puntualiza los complejos problemas que genera dicho requisito, en la práctica imposibles de superar.⁵⁴

El término *patrimonio contable* refiere a un supuesto material, que consiste en la suma del activo y pasivo de la sociedad o suma de derechos y obligaciones o, en definitiva, activo real previa detracción del pasivo exigible.

El término *contabilidad* refiere a un supuesto formal o probatorio y en tal sentido el cuestionamiento aparece con un vigor insuperable en razón de la manifiesta insuficiencia de dicha documentación que, destinada a otros fines ignora o distorsiona los valores reales (vgr. intangibles, amortizaciones, etc.).

El requisito aspira a establecer un reequilibrio patrimonial entre el patrimonio social y el capital social pero la documentación contable es, por sus propias reglas insuficiente para lograr el efecto perseguido.

La exigencia que impone que el *patrimonio contable* no sea inferior a la cifra del capital genera además severas críticas en cuanto a su oportunidad

⁵⁴ BELTRÁN, “En torno a la reactivación de la sociedad anónima”, Act. Civil, III, 1996, pgs. 25 y ss. El mero desarrollo de dichas dificultades significa una consecuencia del uso que prácticamente en todos los ordenamientos societarios se advierte con referencia al concepto de capital social, equivoco y polifuncional, particularmente en su relación con el concepto de patrimonio.



pues se cuestiona que una sociedad pueda continuar funcionando pese a la situación de pérdidas, en tanto cuanto el patrimonio neto no sea inferior a la **mitad de la cifra del capital social** ⁵⁵, contrariamente la ley exija la reconstitución patrimonial para el acuerdo de reactivación cuya finalidad, focalizada en el retorno a la actividad tiene importancia equivalente o aún mayor a la mera continuación.

La exigencia de adecuación de la entidad de capital y patrimonio sólo es propia de la constitución de la sociedad pero resulta *inoportuna* e impracticable cuando se trate del retorno a la actividad después de operada la disolución muy distante de la oportunidad de constitución. Más bien constituye una refundación de la sociedad.

Además, la exigencia de integridad del capital social es un instrumento de tutela de los acreedores que han confiado en la garantía expresada en la cifra del capital y la cifra constante del capital nunca expresa una retención patrimonial que signifique garantía a la viabilidad de los créditos de terceros. ⁵⁶

En suma: el requisito de recuperación de equilibrio entre las cifras de patrimonio y capital es un condicionamiento extraño al concepto de reactivación que responde a la exigencia exclusiva del procedimiento fundacional. Se trata de un requisito exclusivamente referido al hecho disolutorio focalizado en la pérdida del capital social, y totalmente ajeno en cambio a la gran mayoría de las causas de disolución que nada tienen que ver con la situación de pérdidas, observación esta que constituye un adicional indiscutible respecto del incorrecto contenido de la exigencia que vincula a capital y patrimonio social.

⁵⁵ Límite impuesto por la ley societaria en España art. 362 inc. e: *La sociedad de capital deberá disolversee) por pérdidas que dejen reducido el patrimonio neto a una cantidad inferior a la mitad del capital social, a no ser que este se aumente o se reduzca en la medida suficiente, y siempre que no sea procedente solicitar la declaración de concurso.* Se debe advertir aquí que nuestra ley societaria en cambio establece como causal de disolución la pérdida total del capital social (LGS art. 94 inc. 5)

⁵⁶ GARCIA VILLAVERDE “*Algunas cuestiones sobre la reducción del patrimonio a una cantidad inferior al capital social por consecuencias de pérdidas*” en *Estudios en Homenaje a GIRÓN TENA*, Madrid, 1991 pgs. 467; MACHADO PLAZAS “*Pérdida del capital social y responsabilidad de los administradores por las deudas sociales*”, 1997 pg. 181 y ss.



El requisito de reactivación guarda vínculo con la causal de disolución “por pérdidas que dejen reducido el patrimonio neto a una cantidad inferior a la mitad del capital social”, a no ser que este se aumente o se reduzca en la medida suficiente y siempre que no sea procedente solicitar la declaración de concurso.

Se trata entonces de un medio para superar el hecho disolutorio constituido en condición para el acuerdo de reactivación. En esta hipótesis la superación del estado de pérdidas requerirá un acuerdo de ampliación o reducción del capital social y en ambos casos impide que la ampliación de la cifra de capital sea suficiente para satisfacer la exigencia material del acuerdo de reactivación: “*que el patrimonio contable no sea inferior al capital social*” (art. 364).

Por ello el acuerdo de ampliación de la cifra de capital que en principio sería suficiente para remover la causal de disolución del art. 363, d) no alcanzaría para el acuerdo de reactivación.

XVIII. INFRACAPITALIZACIÓN. PÉRDIDA DEL CAPITAL SOCIAL Y EL REINTEGRO TOTAL O PARCIAL... DEL PATRIMONIO

En nuestro ordenamiento el capital social, es un elemento sustancial de la sociedad. Sin capital social no existiría sociedad (art. 11 inc. 4).⁵⁷

En el sistema de la ley societaria el legislador ha optado por la consagración del capital mínimo (art. 186), efectivamente integrado.

La reforma de 2015 según Ley 26.994 mantiene la tradicional configuración legal del capital social, la que garantiza el mantenimiento de la cifra del capital social, impidiendo que la sociedad distribuya utilidades ante la existencia de pérdidas, lo que significa que los socios no podrán retirar los aportes efectuados en tanto existan acreedores insolutos (art. 71).

Actúa como una “cifra de retención”, indisponible por la sociedad, inversamente a lo que ocurre con el patrimonio social, siempre disponible (salvo

⁵⁷ OLIVERA GARCÍA, Ricardo, *Estudios de derecho societario*, Rubinzal-Culzoni, 2005, ps. 588, 635 y concls., recuerda la clásica aseveración de GARRIGUES, Joaquín, *La sociedad es un capital con personalidad jurídica*.



afectación por medidas cautelares). Capital social y patrimonio de la sociedad sólo coinciden en el momento de constitución.

El capital social tiene frente a los acreedores una función de *garantía sólo subsidiaria*, habida cuenta que, la garantía directa o típica del acreedor es el patrimonio social (CCyCo.: arts. 724, 730, 897; ex CCiv. art. 505). Toda vez que el capital social quedare reducido en medida de comprometer su función de garantía, la ley impone la disolución de la sociedad (art. 94, inc. 5º). Constituye esto el remedio legal en tutela del interés de los acreedores: esta cifra de garantía mínima no puede ser vulnerada, y éste es el sentido de la condición de “intangibilidad” atribuida al capital social en nuestra regulación.

No importa pues su inmovilidad, ni su inmodificabilidad, sino la prohibición legal de que su cifra de garantía (*rectius*: de retención) frente a terceros, pueda ser violada.

La “infracapitalización” ha sido calificada por la doctrina distinguiéndola en (i) “infracapitalización funcional”, para aludir a aquella que revela la falta de adecuación entre capital social y el capital real considerada congruente (suficiente) con el objeto social (o, en otros términos, con la posibilidad de concretarlo o ejecutarlo), (ii) “infracapitalización nominal”, denominación con la que se califica la situación del capital de la sociedad que requiere financiación externa (fondos ajenos o créditos) para atender a sus obligaciones.

Entre estos dos polos se coloca la denominada “*infracapitalización material*”, que focaliza la situación de un capital en la sociedad que no logra la financiación externa, con lo cual se vulnera la función de garantía, potenciando o desplazando el riesgo empresario a los acreedores⁵⁸.

A despecho de una fuerte tendencia que se advierte en la doctrina nacional en torno a ver en la infracapitalización material una causal de derogación de la responsabilidad limitada, la ausencia de criterios consensuados o seguros para establecer que la estructura financiera en un determinado

⁵⁸ JUÁREZ, María Laura – JURE RAMOS, Solange, *Derecho de receso ante el reintegro de capital social*, en X Congreso Argentino de Derecho Societario – IV Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa, Córdoba, 2007, p. 59 y ss..



momento resulte óptima y la carencia de regulación legal específica en el tratamiento del fenómeno, justificada precisamente por el aspecto operativo unánimemente reconocido en primer término, llevan a concluir en la inexistencia de una regla clara de responsabilidad por infracapitalización. Tal posición es sostenida por la doctrina alemana.

El riesgo de error para la determinación de un sistema de responsabilidad de los socios por deudas contraídas en ocasión de infracapitalización originaria o sobreviniente resulta insuperable frente a la función atribuida a la responsabilidad limitada en los proyectos empresarios que arrojan valor actual neto positivo.

La sanción de responsabilidad ilimitada operaría sólo en casos que la doctrina conceptúa como escandalosos, manifiestos, violatorios de los acreedores extracontractuales o aún de los contractuales, sólo en hipótesis en que un bloqueo de información justifique su ignorancia, en supuestos de magnitud tal que les impida evaluar los costes de transacción y en su caso adoptar conductas conducentes, en resguardo de sus créditos.

Doctrina calificada concluye que en las sociedades de capital la responsabilidad limitada es la regla y la excepción acontecerá cuando explícitamente, como sucede en el derecho de Bélgica, se justifique la aplicación de la teoría del levantamiento del velo de la personalidad jurídica.

La responsabilidad de los socios por capitalización manifiesta insuficiente, ostensiblemente desproporcionada al riesgo de la explotación, queda acotada en todo caso a los acreedores no financieros, descartándose la aplicabilidad de un instrumento general de control previo⁵⁹.

La solución legal tiene remedios previos a la pérdida total prevista como causal de disolución, congruentes con la gravedad de la situación que significa el ostensible deterioro del capital, aplicada toda vez que opere en la

⁵⁹FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, LUIS, *“La infracapitalización societaria: Un problema de política y técnicas legislativas”*, en *Derecho económico empresarial - Homenaje al Dr. Héctor Alegria*, LL, 2011, t. II, p 1.203, especialmente sus citas EIDENMÜLLER, Horst – ENGERT, Andreas, *“Das angemessene Höhe des Grundkapitals der Aktiengesellschaft”*, AG, 2005, p. 97; EIDENMÜLLER, Horst – GRÜNEWALD, Barbara – NOACK, Ulrich, *Das Mindestkapital im System de festen kapitals*, ZGR, Sonderheft 17 (2006) S., p. 17.



medida legal extrema focalizada en la mitad del capital y las reservas legales - “*infracapitalización material*”- (arts. 94 inc. 5, 98 y 99), en cuya hipótesis, *ope legis* acontece la imposibilidad del cumplimiento de la función legal de garantía, por lo cual los administradores deben proceder a la iniciación de los trámites legales tendientes a la disolución de la sociedad (art. 98 y 99)⁶⁰.

La causal de disolución por pérdida del capital social prevista por el art. 94, inc. 5º no se produce *ope legis*: constituye obligación de los administradores claramente resultante de la norma genérica del art. 59 con la información referida a la situación económica a los efectos de que estos adopten las decisiones que conceptúen pertinentes. *Vgr.*: el reintegro total o parcial del capital o su aumento; la declaración del estado de disolución; o la presentación en concurso preventivo.

La naturaleza del tema es de incumbencia de la asamblea extraordinaria (art. 235, inc. 4), también porque se trata de una hipótesis de disolución anticipada (art. 244, párr. 4), que integra la lista de hipótesis de “supuestos especiales” que requieren las mayorías del 60% en primera convocatoria y del 30% en segunda convocatoria en ambos casos constituyendo

⁶⁰ RIVERA, Julio César. “*Estudios de derecho privado*”, Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 2006, p. 534 y sus citas, enseña: En su primera versión el concepto de *obligatio* era un vínculo, ligamen, ligadura, una atadura con la que el acreedor sujeta al deudor (HATTENHAUER, Hans, *Conceptos fundamentales del derecho civil*, trad. de GONZALO HERNÁNDEZ, Ariel Derecho, Barcelona, 1987, 78, nro. 2.). Era razonable reconocer al acreedor el derecho de actuar sobre el cuerpo del deudor incumpliente. Se trataba de una verdadera potestad, como tenía sobre los hijos la patria potestad y sobre los esclavos la potestad heril (MOLINARIO, Alberto D., “La enseñanza de las potestades y relaciones jurídicas”, en *Revista Aequitas*, nro. 6, 1965, p. 118). La *obligatio* nacía del delito o alguna otra causa. En cambio, del contrato nacía el *nexi* en cuya virtud, con palabras solemnes, los que tomaban prestado empeñaban su propia persona para el pago de la deuda (Francisco Pérez de Anaya Melquíades Pérez Rivas, trad. de Ortalan, *Explicación histórica de las instituciones del emperador Justiniano precedida de la historia de la legislación romana*, Madrid, 1896, p. 139). Pero la evolución de la noción *nexi*, vínculo, ligamen, potestad, a la idea de la relación jurídica se mutó con la sanción de la *lex Poetelia Papiria* (año 428 de Roma) en tanto atenuó sus alcances prohibiendo que los deudores pudieran entregarse en servidumbre a su acreedor en pago de la deuda. Citando a Ortalan —y su cita de Tito Livio— se explica la génesis de esta ley que, generada como una especie de sublevación espontánea contra la barbarie de un acreedor (L. Papirio) prohibió que los deudores pudieran entregarse en servidumbre y modificó el concepto del *nexum* contractual prohibiendo empeñar más que los bienes y de manera alguna la persona”.



base de cómputo el total de acciones con derecho a voto y sin aplicación de la pluralidad de voto.

En esta materia la norma de interpretación del art. 100 *in fine* establece la prioridad axiológica de la preservación de la empresa lo que significa recuperar la normalidad interna económica, reintegrando el capital devenido deficitario, en forma total o parcial. Será total cuando guarde correspondencia económica con el monto de la insuficiencia generada por la pérdida y será parcial cuando resulte inferior a ella pero, no obstante, suficiente para eliminar las hipótesis de disolución establecida en el art. 94, inc. 5º e incluso la del art. 205 que establece la reducción del capital como alternativa para reestablecer el equilibrio entre el capital y el patrimonio, lo que acontecerá obligatoriamente toda vez que las pérdidas superen el 50% del capital y las reservas legales (art. 206).

El reintegro de capital es un recurso de financiación interna que evita la declaración de acaecimiento de hecho disolutorio previsto en el art. 95 inc. 5 merced a la integración de nuevos aportes que incrementan el patrimonio en medida suficiente para igualar las pérdidas pero sin modificación de la cifra nominal del capital social.

El llamado “reintegro” no lo es del capital social definido en el art. 186 sino del patrimonio deficitario frente a las pérdidas.

El reintegro del capital debe ser decidido por la asamblea con las mismas mayorías que la que resuelve la disolución, en la misma asamblea en la que los administradores informen el hecho disolutorio o en otra ulterior. Los socios, tanto los que hubieren votado a favor como en contra, tienen derecho a suscribir las acciones en proporción a sus respectivas tenencias al momento de la decisión asamblearia que decidió el reintegro. Así debe entenderse por aplicación del principio que constituye la regla de oro del derecho societario referido al respeto de esta proporcionalidad de las acciones en todo el procedimiento que implique aumento real de capital (art. 189), y en tal aspecto aplicable por analogía a la reintegración que tiene, como subyacente común denominador y con el aumento de capital, el desembolso que debe realizar el socio para mantener la proporción relativa.



El socio que hubiere votado en contra del reintegro o hubiere estado ausente tiene la posibilidad de ejercitar el derecho de receso en los términos del art. 245, o bien allanándose a la posición de la mayoría participar del reintegro o en su caso del aumento de capital desde que goza del derecho de preferencia⁶¹. *Si ejerciera el receso el valor del reembolso dado que las pérdidas que motivan el reintegro del capital insumen el 50% del capital y las reservas (art. 205), sería inexistente.*

XIX. INFRACAPITALIZACIÓN. DISOLUCIÓN Y CONCURSO

Está claro que una interpretación contextual de la ley concursal y societaria, y en ello no puede haber disidencias doctrinarias, lleva a definir al concurso preventivo como una forma, la más específica, de reactivación de la sociedad, evitando o subvirtiendo su extinción liquidativa. Esta regla, -implícita en la legislación argentina- está expresada en el art. 361 del D. Lgs. 1/2010 de 2 de julio de España, Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital, el que establece que “*la apertura de la fase de liquidación producirá la disolución de pleno derecho de la sociedad*” (art. 360.2). En tanto que “*La declaración de concurso de la sociedad de capital no constituirá, por sí sola causa de disolución*” (art. 361.1).

En la misma línea doctrinaria y legal la Legge Fallimentare de Italia establece que cuando el deudor propone un concordato preventivo o un acuerdo de reestructuración extrajudicial **se suspenden las reglas sobre conservación del capital social** hasta tanto aconteciere la aprobación o rechazo del acuerdo. Durante el periodo de negociación los administradores no están sometidos a las normas de la ley societaria sobre conservación del capital por lo cual se encuentra suspendida la regulación que establece la disolución por pérdidas –que el caso es de un tercio del capital social-. En los procesos falimentarios los administradores no están privados de las negociaciones de operaciones extraordinarias y, regularmente, el acuerdo con los acreedores se logra por vía de fusión, escisión, aumentos de capital que constituyen la materia

⁶¹La hipótesis está expresamente prevista y así solucionada en estos mismos términos para el aumento de capital por el Dec. Lgs. 6 de 2003 de la reforma italiana.



de la negociación del acuerdo en el cual las quitas y esperas u otras soluciones homologadas absorben las pérdidas: ello constituye incremento real del patrimonio o capital social material.⁶²

XX. LA VIABILIDAD ECONÓMICA Y SOCIAL DE LA SUBSISTENCIA DE LA ACTIVIDAD

El art. 100 de la Ley General de Sociedades al establecer en el ordenamiento nacional la reactivación, adiciona a la condición de remoción de causales de disolución, por vía de La “eliminación de la causa que le dio origen” otra condición respecto de la cual no hemos encontrado precedentes ni en la legislación italiana, ni española, y menos aún en la portuguesa que es la primera en el tiempo que la consagró en forma muy deficiente.

Se trata de la existencia de “*viabilidad económica y social de la subsistencia de la actividad de la sociedad*”. En tal sentido, será conducente referir al concepto de empresa que constituye el común denominador del régimen societario y, de consuno a sus características sustanciales, las que, naturalmente constituyen los elementos de su viabilidad. El particular énfasis puesto en esta condición significa una expresión notable referida a la potenciación a la personalidad jurídica en plenitud que habilita a la sociedad, forma instrumental de la empresa, a su recuperación aún cuando los contrastes significados por las causales de disolución enumeradas en el art. 94 la hubieren condenado a la urgente extinción.

La viabilidad económica

La empresa se presenta como un **fenómeno económico**, antes que *jurídico*. Tratándose de una *organización* esencialmente fundada sobre leyes económicas y sobre principios técnicos: el concepto de “*empresario*” por lo tanto no constituye un mero paradigma de la ciencia jurídica, resultante de la elaboración atribuída a la ciencia de la economía. Bajo el *perfil económico*, el **empresario** es aquel que utiliza los factores de la producción

⁶² ARANO, *Congresso Internazionale: “Giudici e professionisti gli attori delle procedure per le crisi d’impresa negli Ordinamenti Europei e LatinoAmericani a confronto”*.- Italia, Benevento 13, 14 y 15 de noviembre 2014.



organizándolos a su propio riesgo, en el proceso **productivo de bienes o servicios**: el es, entonces, el **intermediario** entre **quienes ofrecen capital y trabajo** y **quienes demandan bienes o servicios**.

Los dos *elementos fundamentales característicos* del empresario son:

1) **el riesgo**: esto es que los costos soportados no sean cubiertos por los ingresos conseguidos, por la **falta de demanda o por la situación de mercado** y 2) **la iniciativa**: esto es el poder de organizar la empresa, de dirigir la actividad decidiendo la política económica y de dirigir la producción;

La exposición al riesgo justifica el poder de dirigir el proceso productivo y legitima la adquisición por parte del mismo de la eventual exceso a de los ingresos respecto de los costos.

La **noción jurídica** representó una novedad aportada por el **Código Civil de Italia de 1942**, en cuanto el *abrogado Código de Comercio* de 1895 no contenía una autónoma definición de empresario, si bien exponía el elenco de algunas actividades que eran consideradas “*actos de comercio*”, definiendo *comerciantes a “aquellos que ejercitaban actos de comercio por profesión habitual y las sociedades comerciales”*.

El Código de 1942, en cambio define la figura general del empresario con características precisas y **considera al comerciante como una categoría menor de empresario** siempre que tenga los caracteres de este.

Entre empresario y comerciante existe entonces una relación de género y especie y el comerciante es aquella específica figura del empresario, cuya actividad consiste en el intercambio de bienes.⁶³

Los **caracteres** que califican y distinguen la operatoria empresarial son: **i) la actividad económica (lucrativa); ii) organizada; iii) ejercitada profesionalmente; con el fin de producción o intercambio de bienes o servicios**.

El concepto de empresa involucra el ejercicio de una **actividad económica**. Cuando la actuación no implique actividad económica no es

⁶³ Conforme al **Codice Civile de Italia. Art. 2082**: “*Es empresario quien ejercita profesionalmente una actividad económica organizada a los fines de la producción y del intercambio de bienes o de servicios*”



DECONOMI

conceptuada empresa, ni quien la ejerce es empresario. La actividad económica es la “*dirigida a la producción o intercambio de bienes y servicios*” y en tal sentido, se conceptúa esencial que la actividad productiva se realice con método económico lo que significa la cobertura de costos con ingresos o en otros términos, la autosuficiencia económica. El empresario que produce bienes o servicios para entregarlos gratuitamente a “precios políticos”, (v. gr. asociaciones civiles, simples asociaciones, fundaciones que gestionan hospitales o institutos de enseñanza), no tienen calidad empresarial. En cambio se considera tal a la gestión de esos mismos servicios cuando se hubieren realizado **con cobertura de costos con ingresos propios, aún cuando no tuvieren un fin lucrativo** sino público de solidaridad (v. gr. mutuales y cooperativas).

El elemento material de la existencia de la empresa es la **organización** a través del empleo coordinado de los factores productivos constituidos por capital y trabajo, ya fueren propios o ajenos. La organización supone la existencia de un aparato productivo estable humano y material constituido por personas y bienes (maquinarias, locales, materias primas, mercaderías) instrumentales a la actividad. **La actividad puede ser estacional pero el aparato productivo debe ser estable.**

Estas notas caracterizantes de la **empresa aparecen** en nuestro derecho nuevo en forma meramente conceptual pues el CCyCo. no las ha precisado, por lo cual deben ser aplicados tal como resultan de la legislación especial, societaria y concursal pues **el art. 150 en temas de leyes aplicables a las personas jurídicas privadas determina que “se rigen por las normas imperativas de la ley especial o en su defecto de este código”** consagrando así el grado prioritario de la rama del derecho especial que regule expresamente las materias propias reservando carácter supletorio al CCyCo.⁶⁴

⁶⁴ ARTÍCULO 150.- Leyes aplicables. Las personas jurídicas privadas que se constituyen en la República, se rigen:

- a. por las normas imperativas de la ley especial o, en su defecto, de este Código;
- b. por las normas del acto constitutivo con sus modificaciones y de los reglamentos, prevaleciendo las primeras en caso de divergencia;
- c. por las normas supletorias de leyes especiales, o en su defecto, por las de este Título.

Las personas jurídicas privadas que se constituyen en el extranjero se rigen por lo dispuesto en la ley general de sociedades.



DECONOMI

El derecho de la empresa o de los negocios constituye hoy en la doctrina continental europea y anglosajona todo un mundo jurídico propio caracterizado como “derecho de la empresa” o “derecho empresario” o “derecho de los negocios” y su autonomía mantiene vigencia en nuestro ordenamiento en tanto el CCyCo. no ha derogado ni sustituido, las leyes especiales o cerradas o completas de naturaleza comercial (CCyCo. art. 5), particularmente el ordenamiento concursal (Ley 24.522 y sus reformas), ni el societario (Ley de Sociedades Comerciales 19.550 y sus reformas, hoy Ley General de Sociedades).

Los primeros doctrinarios en la investigación de las directrices del CCyCo. (Junyent Bas, Vitolo, Favier Dubois (h)) ponen énfasis en la dificultad generada en materia comercial en tanto no se especifica ni en el Título Preliminar, ni en la Parte General qué debe entenderse por actividad comercial o mercantil, aun cuando en su **artículo 5 consagra plena vigencia para las leyes especiales que actualmente integran, complementan**, o se encuentran incorporadas al Código Civil y al Código de Comercio, en tanto no hubieren sido expresamente derogadas entre las que integran el elenco del artículo 3.

No existe en el CCyCo. la descripción de la actividad comercial que establece el Código de Comercio en su tipificación del acto de comercio y del comerciante, puntualmente descriptos en el sistema objetivo y subjetivo en los arts. 1, 5, 6, 7 y 8, pero los nuevos contratos típicos asociativos constituyen materia netamente comercial⁶⁵. La profunda diferencia entre el negocio económico privado dirigido al intercambio de bienes y servicios propios del derecho comercial, caracterizado por la actividad empresarial descripta *supra*, respecto de los actos jurídicos propios de la vida civil, de familia, de uso y goce de bienes o servicios, no productivo, producen efectos en el campo jurídico cuyo tratamiento diferenciado exige interpretación diferenciada.

⁶⁵ Negocio en participación (arts. 1448 y ss.); Agrupaciones de colaboración (arts. 1453 y ss.); Uniones Transitorias (arts. 1463 y ss.); Consorcios de Cooperación (arts. 1470/8) y los de Distribución de bienes y servicios o Colaboración empresarial, tales: Agencia (arts. 1479 y ss.); Concesión (arts. 1502 y ss.); Franquicia (arts. 1512 y ss.); Suministro (arts. 1176 y ss.)



Múltiples aspectos llevan a concluir que la comercialidad configura el aspecto medular del nuevo CCyCo.: la regulación puntual de contratos típicamente mercantiles; la de las obligaciones que eran específicas de comerciantes, tales la contabilidad (art. 320) y rendición de cuentas (arts. 858/864); la traspolación del régimen de privilegios de la ley concursal (arts. 2579, 2580, 2358, 2360, 2589) y muchos otros, ya puntualizados en los numerosos comentarios al nuevo código, demuestran claramente que no obstante la aparente subsunción de la materia comercial a la civil, la extensa regulación que armoniza ambas, y en muchos casos en base a la ley comercial, postulan una interpretación jurisprudencial y doctrinaria integradora.

XXI. EL PERJUICIO A TERCEROS Y LAS RESPONSABILIDADES ASUMIDAS

Derecho de socios y terceros: receso y oposición

El nuevo texto del art. 100, luego de establecer las condiciones de remoción de las causales de disolución y de determinar que la resolución de reactivación deberá adoptarse antes de cancelarse la inscripción, culmina con un enigmático cierre: *“sin perjuicio de terceros y de las responsabilidades asumidas”*.

El texto reconoce apoyatura ontológica en la tesis de la irreversibilidad del estado liquidativo, a partir del cual los terceros, adquieren el derecho a la liquidación de sus relaciones con la sociedad, mientras que la reactivación ahora incorporada al art. 100 subvierte aquel derecho y somete otra vez a los socios a los riesgos de la continuación de la actividad.

Las mismas consideraciones son aplicables a los socios que adquirieron el derecho a la cuota de liquidación en virtud del acuerdo de disolución, en tanto que por imperio de la reactivación perderán la expectativa al inmediato del recupero de sus aportes y se verán nuevamente involucrados en el riesgo empresarial.

Resabio entonces de aquella tesis de la irreversibilidad del estado de liquidación, y como forma de restablecimiento del equilibrio o compensación con



tales derechos neutralizados por la reactivación se reconoce, no sin fuertes objeciones el derecho de receso o retiro del socio disconforme con el acuerdo de reactivación y el de oposición a favor de los acreedores, terceros afectados.

XXII. EL DERECHO DEL SOCIO DISCONFORME. LA REACTIVACIÓN DE LA SOCIEDAD: EL RECESO

En el proceso de reactivación social, el derecho de los socios está tutelado por vía de los requisitos de quórum exigible para la formación de la voluntad social. Los que hubieren votado en contra, si bien es cierto no pueden oponerse a la decisión impuesta por la regla mayoritaria (art. 233), tienen a mano el derecho de separarse de la sociedad con reembolso del valor de sus acciones.

El derecho de receso configura una útil resultante establecida por el legislador en orden a la compaginación o coordinación de dos derechos igualmente legítimos y validos: el de la sociedad a modificar sus propios estatutos, en el caso a su reactivación y el de socio a permanecer en las reglas de riesgo y responsabilidad que pactó en el acto constitutivo o al momento de adquirir su participación social.

Constituye una respuesta de transacción a intereses contrapuestos pero igualmente legítimos. La aplicación de la regla de la mayoría para la modificación de los estatutos es la culminación de una lenta evolución doctrinaria y jurisprudencial que reconoce como condición de la labilización de su génesis contractual. Es un derecho subjetivo del socio resabio de la permanencia de los aspectos sustanciales de la relación originaria por lo que cuando el ejercicio del derecho de la sociedad a modificar su propio estatuto supone una desviación de aquellos elementos de la estructura social que el socio conceptuó presupuesto esencial de su adhesión el retiro o separación de la sociedad satisface, con el menor daño para las partes, el mejor interés posible en la contraposición de intereses.

Ante la modificación sustancial de la estructura social, el socio disconforme además, estará prácticamente privado de un mercado interesado en la adquisición de las acciones y en consecuencia sin posibilidad de desprenderse de participación social por vía de la enajenación a favor de



terceros por lo cual obviamente no tendrá ninguna posibilidad de negociar en igualdad de condiciones con sus únicos adquirentes interesados: sus socios.

El derecho de separación al decir de Bisbal Méndez, es junto con otros institutos, un instrumento a través del cual se compensa al socio la inexistencia de un mercado de participaciones en el que pudiere en forma real concretar su interés mediante su transmisión.⁶⁶

Ningún óbice dogmático ni operativo puede oponerse frente a la razonabilidad y oportunidad del reconocimiento del derecho de separación en hipótesis de acontecer la prórroga evitatoria de la disolución por vencimiento del plazo de duración (art. 94 inc. 2) y de reconducción por remoción de la disolución ya acontecida por vencimiento del plazo de duración de la misma manera que la del cambio del objeto y la imposibilidad sobreviniente de obtenerlo (art. 94 inc. 4) o lo del cambio de objeto como forma de superar la causal del art. 94 inc. 4, o del reintegro total o parcial o aumento del capital social (art. 95); o lo de fusión o escisión (art. 94 inc. 7) o de decisión que deje sin efecto la sanción firme de retirar de la oferta pública o de la cotización de sus acciones (art. 94 inc.8, ex 9).

Se trata de decisiones societarias que modifican el estatuto.

La resolución de “Reactivación”, por vía de remoción de las causales de disolución, implica obviamente una resolución asamblearia por mayoría en la que se reiterará el derecho de separación pues, aunque la ley (art. 100) guarde silencio al respecto, aparece como una especie nueva de causales de receso, de las mismas circunstancias de oportunidad que justifican el receso en ocasión del acontecimiento de las causales de disolución previstas como causales de separación en el art. 245.

Si el derecho de receso existe cuando operan determinados hechos causales de la disolución, una sistemática coherente impone como efecto el ejercicio del derecho del socio disconforme a receder toda vez que aquellas causales son removidas por aplicación de la misma regla mayoritaria. Ello así porque la decisión de la mayoría en orden a la reactivación de la sociedad afecta

⁶⁶ BISBAL MÉNDEZ “*Los derechos económicos del socio: la reforma de la sociedad de responsabilidad limitada*” 1994, p. 270.



la posición jurídica de los socios, pues implica incrementar las cargas que el mismo debe soportar ⁶⁷

El derecho del retiro del socio, es tradicional ya en derecho comparado. En España e Italia se reconoce en hipótesis de Reactivación. En menor medida en Francia en donde el *Dròit de retrait* sólo se aplica por excepción en ciertas hipótesis de conflictos dado que cuando estos adquieren proyección impeditiva de la concreción del fin social, la ley impone con carácter imperativo la disolución y liquidación, en tanto el derecho alemán niega el derecho de separación cuando el ejercicio del derecho de reembolso suponga una merma de la cobertura de la garantía del capital ("*Stammkapital*").

La disolución anticipada

Inmerso en este complejo panorama de contradicción corresponde abocarnos a la consideración particular de las consecuencias de la normativa legal que, aun incluyendo la "*disolución anticipada*" en el elenco de los supuestos especiales cuya decisión requiere la mayoría en el computo de todas las acciones con derecho a voto (art. 244, 4º párrafo) **no constituye en cambio causal de receso** (art. 245).

La "*disolución anticipada*" implica en el sentir del legislador el derecho subjetivo del socio a la percepción o reembolso del valor de su participación, por ello no habilita al socio disconforme para ejercer el derecho de retiro y el consecuente reembolso del valor de sus acciones, objetivo este que estará satisfecho con la liquidación insoslayablemente seciente a la disolución anticipada.

Esta conclusión que tiene coherencia sistemática en el sistema ante reforma, que significa el no retorno de la disolución, es alterado con la incorporación de la "reactivación societaria" art. 100 1er. párrafo, que confronta con aquella conclusión que ya no cierra dentro del sistema.

⁶⁷ GARCIA CRUCES "*Reactivación de la sociedad de responsabilidad limitada en liquidación*" 2001, Aranzadi, p. 148 nº. 96 El carácter desestimulante y a menudo impeditivo de la reactivación significado por el derecho de receso que asiste al socio disconforme, lleva a un fuerte sector de la doctrina a la procura de fórmulas que neutralice su efecto negativo.



DECONOMI

La reactivación es lisa y llanamente la interrupción y la subversión de todo el proceso de liquidación iniciado con la verificación de algún hecho disolutorio (los del art. 94). Siendo que las causales de receso son taxativas y no existiendo reforma alguna en el elenco taxativo de las causales de receso establecido por el art. 245, el que, por razones históricas ignora la reactivación, constituirá una novedosa cuestión a resolver, si los socios disconformes con la decisión asamblearia de reactivación de la sociedad (*rectius*: remoción de las causales de disolución), están asistidos o no por el derecho de receder.

Exponemos en tal sentido nuestra convicción afirmativa pues, así como el hecho disolutorio configura una causal de receso, la ulterior decisión de reactivación por remoción de las causales de disolución significara una alteración del riesgo y responsabilidad del socio que sustituye su derecho a la inmediata percepción de su participación (aporte y ganancias) por el riesgo de la continuidad de la actividad.

No cabe duda que el receso de los socios constituirá así un severo óbice para la reactivación pudiendo llegar hasta su frustración dado que en la mayoría de los casos la reactivación requiere un incremento de recursos y contrariamente el receso importa, de ordinario, un drenaje patrimonial (reducción de capital o aplicación de reservas) adverso a la puesta en valor que implica la “existencia de viabilidad económica y social de la subsistencia de la actividad de la sociedad”.

A modo de conclusión: el ejercicio del derecho de receso en ocasión del acuerdo de reactivación significa la incorporación de una nueva causal de receso, no incluida por razones obviamente históricas en el elenco establecido en los arts. 245 para la SA y en el art. 160 para la SRL, pero resultante de una interpretación integrativa del instituto con su contexto normativo, y, a la vez, un severo obstáculo para la reactivación.

Si alguna vez se dijo que el derecho de receso configura un verdadero test de viabilidad económica y social de la sociedad, podemos afirmar que también lo es para su reactivación.

XXIII. EL DERECHO DE OPOSICION DE LOS ACREEDORES



DECONOMI

Los acreedores sociales, pueden ser eventualmente perjudicados por la adopción de un acuerdo que comporte la reactivación de la actividad especulativa de la sociedad y que, entonces, expone el patrimonio social a un riesgo superior a aquel normalmente característico del procedimiento de liquidación. Contra el peligro de una lesión de la garantía patrimonial los acreedores disponen del derecho de oposición a la decisión de la sociedad, bloqueando la ejecución y provocando la instauración de un contradictorio ante el tribunal.

El ejercicio del derecho de oposición se presenta de hecho como una posibilidad de injerencia de los acreedores en la vida de la sociedad que, por lo menos en cuanto a aquellos anteriores a la inscripción de la disolución, no parece de todo injustificada porque en esa época la sociedad se encontraba todavía *in integro statu* y era legítimo su garantía respecto de las perspectivas de rentabilidad de la actividad de la empresa. Esta es efectivamente la circunstancia que constituye la razón de la discriminación entre acreedores anteriores y posteriores a la inscripción, como ocurre cuando el crédito este sujeto a condición suspensiva o a termino no acaecido (Trib. Genova, 13.7.1992, Riv. della Società 93, 501; R. d. comm. 69, II, 203).

Las razones que justifican la oposición de los acreedores no pueden ser otras que el agravamiento del riesgo de percepción de su crédito significado por el retorno a la actividad especulativa, como efecto de la reactivación.

Supone que los acreedores tienen interés prioritario a la realización de una liquidación correcta de la cual resultará la percepción de su crédito. Sin embargo, no es comprobable que la posición de los acreedores sufriese alteración o perjuicio con la apertura del procedimiento porque la revocación de la disolución no determina una modificación del patrimonio en términos de mayor exposición a riesgos que resultarían de la continuidad de la actividad.

La injerencia de los acreedores sociales frente a lo que constituye una insistencia o reafirmación del objeto productivo del patrimonio decidido en el acuerdo de reactivación significará una injerencia cuestionable, por contraria al plausible objetivo social y económico de la reactivación respecto de la libertad de cesar en la iniciativa económica y la libertad de reemprenderla, en la misma



actividad o por otra vía del patrimonio reorganizado merced al acuerdo de reactivación.

La impugnación del acuerdo de revocación significa un bloqueo a la realización del retorno a la actividad que guarda cierta analogía con el ejercicio del derecho de receso por parte de los socios disconformes con el acuerdo de reactivación pero, a diferencia de este sus fundamentos carecen de verdadera entidad, pues a diferencia del socio el acreedor adolece de un interés tutelable que le justifique postular el carácter lesivo de la liquidación.

No obstante los óbices doctrinarios, los ordenamientos de España e Italia a los que referimos como modélicos regulan la oposición de los acreedores procurando un procedimiento equilibrado por vía de garantías que en su caso deberá prestar la sociedad, y en una última instancia por decisión judicial que, con atribuciones de rechazar *in limine* la impugnación, arbitre en su caso las garantías suficientes.

Ante el silencio de la ley, también en este tema, queda abierta la especulación doctrinaria, en cuyo surco serán útiles estas primeras semillas. No faltan por cierto instrumentos que en situaciones análogas son aplicables a la oposición del acreedor y pensamos en el caso la aplicabilidad de la misma operatoria prevista por el legislador para el ejercicio del derecho de oposición de los acreedores en ocasión de la decisión de reducción del capital a los efectos del reembolso del valor de las acciones recedidas.

Cuando el reembolso se realizare con pago con capital, implica la correspondiente reducción, que en el caso es “efectiva” o “real” porque el reembolso así realizado provoca en la misma medida, una reducción del patrimonio, (lo que no ocurre obviamente en la reactivación, razón por la que resulta inconvincente equiparar el acreedor al socio disconforme).

La reducción del capital debe ser decidida por la asamblea extraordinaria, previo dictamen del síndico (arts. 203 y 235, inc. 2º), con el quórum de constitución del art. 244, párrs. 1º y 2º y con la mayoría requerida



para los supuestos comunes (art. 244, párr. 3º)⁶⁸. Debe ser aprobado por la autoridad de aplicación (art. 167), publicado (art. 10) e inscripto (art. 7º)⁶⁹.

Los acreedores pueden oponerse dentro del término de quince días. La reducción no queda impedida por dicha oposición sino meramente suspendida por el término de veinte días a contar desde el vencimiento del primer plazo. En el ínterin los acreedores podrán obtener el pertinente embargo judicial para el caso de que no hubieran sido desinteresados o debidamente garantizados (art. 83, inc. 3.e).

La regulación legal vigente ha sido introducida en virtud de la reforma operada por la ley 22.903, que derogó el procedimiento establecido por la ley 19.550 en el art. 83, inc. 3º, el cual establecía el plazo de publicidad de la ley 11.867 para transferencias de fondos de comercios, por cinco días en el Boletín Oficial y en un diario del domicilio social. La posibilidad de oposición asistía a los acreedores dentro de los diez días de la última publicación y la reducción no podría concretarse si no hubieran sido desinteresados o garantizados los acreedores oponentes, quedando reservada para el caso de discrepancia la solución por la vía judicial.

En virtud del sistema incorporado por la ley 22.903/1983, el acreedor que no fuere desinteresado o que no tuviere conformidad con la garantía pertinente dispondrá de un plazo de veinte días para obtener la pertinente medida cautelar, vencido el cual la actividad societaria no podrá ser impedida. Mejora de esta manera ostensiblemente la forma de concreción del procedimiento respecto del régimen derogado, en el cual la oposición de algún acreedor que no aceptara las garantías ofrecidas por la sociedad habilitaba, según la posición doctrinaria más calificada, para la impugnación del acuerdo social en la forma establecida por los arts. 251 y ss.

El derecho de oposición de los acreedores frente a determinadas decisiones societarias está particularmente reconocido en las hipótesis de fusión (art. 83 inc. 3. f) y de escisión (art. 88 inc. inc. 5): los acreedores pueden formular

⁶⁸ ZALDÍVAR, Enrique – MANÓVIL, Rafael – RAGAZZI, Guillermo – ROVIRA, Alfredo, “Cuadernos de derecho societario”, cit., vol. II, parte 2ª, p. 167.

⁶⁹ HALPERÍN, Isaac, “Sociedades anónimas”, cit., p. 259.



oposición dentro del plazo de los quince días desde la última publicación del aviso de las resoluciones judiciales de aprobación del compromiso previo de fusión y de sus contenidos referidos al capital de la nueva sociedad, la valuación de activo y pasivo de las fusionantes, los datos de la sociedad a constituirse y las fechas del compromiso previo y las resoluciones aprobatorias.

Durante los veinte días siguientes y aunque la prosecución de las operaciones de fusión pueden continuar los acreedores oponentes que no fueren interesados o garantizados pueden obtener embargo judicial.

Sin duda el sistema de oposición aplicable en ocasión del reembolso del valor de las acciones en hipótesis de receso, o en los casos de fusión o escisión, aparece como el procedimiento también aplicable para el ejercicio del derecho de los acreedores, resguardado explícitamente en el texto de la nueva normativa incorporada al art. 100 cuando establece que la reactivación societaria deberá adoptarse “*sin perjuicio de terceros y de las responsabilidades asumidas*”.

XXIV. DERECHO COMPARADO

Las ideas de derecho y justicia son universales. El estudio de las causas para apreciar los resultados y señalar las directivas de cada sistema contribuye no sólo al progreso de las disciplinas jurídico-sociales sino también al conocimiento e interpretación de las propias normativas legales a través de las foráneas. Estos conceptos son particularmente válidos cuando se trata de hipótesis de institutos nuevos, respecto de cuya interpretación la carencia de antecedentes requiere investigación que encontrará fuente propicia en aquellos otros ordenamientos en los que hubieran estado ya previstos y experimentados.

Precisamente el caso de la reactivación societaria incorporada en la reforma según ley 26.994, carente de precedentes en el derecho patrio, e inserta en un contexto preexistente en el que aparece difícil de compatibilizar, constituye un fenómeno societario a cuya interpretación contribuirá el conocimiento de otros modelos en los cuales ha sido previsto.

En tal sentido nuestros primeros estudios encuentran un precedente sólo históricamente útil en la legislación societaria de Portugal pero ciertamente



relevantes en los dos más recientes, y sin lugar a dudas tenidos a la vista por el legislador de la reforma, en España e Italia.

XXIV.1 PORTUGAL: *Código das Sociedades Comerciais (D. Lei nº 262/86)*

El Código de Sociedades Comerciales de Portugal D L nº 262/86 consagró tempranamente el instituto de la reactivación de la sociedad en estado de disolución denominándolo “*Regresso á actividade*” en el art. 161.

La redacción, calificada por la doctrina como escueta e insuficiente, después de 40 años de vigencia, mantiene su redacción primigenia no obstante que el necesario antecedente referido al estado de disolución de la sociedad fue actualizado por el decreto ley 76/A/2006.

La normativa de la reactivación establece la competencia de los socios para terminar con la liquidación y establecer que esta retome su actividad.

El quórum y mayorías debe ser el establecido para la resolución de disolución a no ser que se hubiere estipulado en la ley o en el contrato una mayoría superior.

El acuerdo puede ser adoptado antes de que en la fase de liquidación hubiere operado la liquidación del pasivo con el **pago de las deudas de la sociedad** y a condición que el saldo de la liquidación no cubriera el capital social, salvo reducción del capital.

Sin perjuicio de ello, los socios pueden tomar las providencias necesarias para hacer cesar la disolución cuya causa fuere la existencia de un número de socios inferior al mínimo exigido por la ley en el periodo superior a un año.

XXIV. 2 ESPAÑA: Real Dec. Lgs. 1 / 2010 de 2 de julio

Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada (LSRL) nº 2/1995 incorporó el tratamiento de la “*Reactivación*” sólo en el contexto de este tipo societario generando a partir de allí un problema inmediato referido al tratamiento de la reactivación en otros tipos societarios particularmente el de la sociedad



anónima⁷⁰ que, regulado por la anterior Ley de Sociedades Anónimas (LSA) 22/12/89, no preveía la reactivación.

Ulteriormente la Ley 3/2009 de 3 de abril “*De Modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles*” habilitó al gobierno para refundir en un texto único la normativa legal de las sociedades de capital. En ejecución de dicha manda se dictó el Real Dec. Legs. 1/2010 de 2 de julio conocido como “*Texto Consolidado de la Ley de Sociedades de Capital*”, el cual consagró en el art. 360 y ss. bajo del título “*De disposiciones comunes*” las reglas en materia de reactivación de la sociedad disuelta aplicable a los dos tipos de sociedades de capital: SRL y SA.

Significará sin lugar a dudas un aporte sumamente útil para la interpretación de la compleja problemática generada por las lagunas, vacíos y contradicciones que asume el nuevo instituto en la forma plasmada en el art. 100 de la reforma según Ley 26.994 Anexo II.

La reactivación societaria, aparece metodológicamente como la última del capítulo dedicado a la disolución de la sociedad y ello es correcto desde que precisamente se trata del instituto cuya finalidad es por vía de la reactivación recuperar la actividad que la causal de disolución sólo mantiene a los efectos de la extinción. Por lo dicho, desde el punto de vista metodológico es procedente referir primero, así fuere sintéticamente a las reglas establecidas por la ley en la fase de disolución, cuyas causas precisamente constituyen la materia que debe desaparecer como condición de la reactivación regulada en el art. 370.

El sistema distingue entre causales de disolución de pleno derecho y disolución por constatación de la existencia de causa legal o estatutaria.

Son calificadas legalmente de pleno derecho:

- 1) El vencimiento del plazo de duración, salvo decisión de prórroga inscripta con anterioridad en el Registro Mercantil;
- 2) El transcurso de un año desde el acuerdo de reducción de capital por debajo del mínimo por imperio legal, si no se hubiere inscripto la

⁷⁰ JUANA PULGAR “*La cancelación registral de las Sociedades de Capital*”, Madrid, 1998, p. 121 sostuvo que en virtud del criterio de la analogía el instituto debía aplicarse con los mismos requisitos previstos en la LSRL, también a las sociedades anónimas e incluso a otro tipo social.



transformación, la disolución o el aumento de capital hasta una cantidad igual o superior al mínimo, vencido cuyo plazo los administradores responden en forma personal y solidaria entre si y por la sociedad por las deudas de esta (art. 360)

Son causales de disolución por constatación por parte de la Junta General (asamblea o reunión de socios) o judicialmente:

- a) **“El cese de actividad que constituye el objeto social. En particular se entiende que se ha producido el cese tras un periodo de inactividad superior a un año”.** La curiosa redacción del texto es interpretada en el sentido de que en la primera oración se alude a la posibilidad de conceptuar la existencia de la causal en cualquier momento, pero transcurrido un año la mera constatación del transcurso del plazo significará el acaecimiento de hecho disolutorio.
- b) **Por la conclusión de la empresa que constituya su objeto.** En el caso el hecho disolutorio queda focalizado en la imposibilidad del cumplimiento del objeto social aún cuando la doctrina muestra conteste en torno a una redacción que es calificada como insuficiente o confusa.
- c) **Por la imposibilidad manifiesta de conseguir el fin social.** Para quienes conceptúan como fin social el *animus* de lucro la frustración de ganancias durante un periodo determinado haría manifiesta la imposibilidad de dicho fin.
- d) **Por la paralización de los órganos sociales de modo que resulte imposible su funcionamiento.** Esta es la hipótesis de conflictos *intra* societarios, y un paradigma es el de la sociedad con paridad de fuerzas entre posiciones relativas equivalentes que se neutralizan: la sociedad de dos socios o la de grupos con tenencias iguales representativas cada una de ellas de la mitad de votos.
- e) **Por pérdidas del patrimonio neto que reduzca a una cantidad inferior a la mitad del capital social salvo el aumento o reducción de este “en la medida suficiente” y siempre que no sea procedente solicitar la declaración de concurso.**



- f) **Por reducción del capital social por debajo del mínimo legal**, que no sea consecuencia del cumplimiento de una ley.

Esta causal es fuente de debates y opiniones encontradas sin que sea posible conciliar las posiciones doctrinarias enfrentadas. Reconoce su origen en el art. 260.1.5 de la Ley de Sociedades Anónimas (LSA) que era aplicable a la Sociedad de Responsabilidad Limitada. Establece como causa de disolución un supuesto prohibido expresamente en el art. 161, salvo que en forma simultánea se acuerde la transformación de la sociedad o el aumento de capital hasta una cantidad igual o superior al mínimo legal. Dentro del sistema de la LSA el art. 260.1.5 guarda congruencia con la función básica de sistema de tutela y capital mínimo y no constituye hipótesis agravada de pérdida del capital.

La infortunada redacción es puesta de relieve por la doctrina que pone énfasis en dos mandatos legales contradictorios pues mientras por una parte se prohíbe en forma absoluta la reducción del capital por debajo del mínimo legal por otro lado se impone la existencia de la reducción obligatoria del capital social.

La infortunada redacción no es sino el fruto del uso equívoco del concepto de capital social y de allí también los resultados contradictorios cuando los distintos conceptos de capital social guardan vinculación con el patrimonio.

La doctrina prevalente considera que la confusa norma del art. 363. f debe ser interpretada a la luz del art. 108 de la antigua SRL que establece como causal de disolución la reducción de capital por debajo del mínimo legal generando también aquí un largo debate, a cuya bibliografía debemos remitir en razón de tiempo y espacio pues la controversia se complica más aun cuando se trate de reducción voluntaria y de reducción **que sea consecuencia** del cumplimiento de una ley, como lo establecía el art. 108 de la LSRL, que traspolado a la legislación consolidada del RDL 1/2010 art. 363. f) cambia diametralmente el contenido del artículo aludiendo a la reducción del capital social por debajo del mínimo **que no sea consecuencia** del cumplimiento de una ley (en tanto que el anterior refería a la reducción que sea consecuencia del cumplimiento de una ley).



DECONOMI

Esta causal genera otro debate de singular importancia sin que sea posible conciliar posiciones doctrinarias enfrentadas. Las pérdidas están referidas al patrimonio neto y su límite es una cantidad inferior al 50% del capital social. Pero la mera circunstancia de que su aumento o la reducción en medida suficiente neutralice los efectos disolutorios, autoriza a conceptuar que la referencia está realizada a una situación económica de relevancia significativa en la medida de inexistencia de recursos para la continuación de la actividad, a lo cual se incorpora otra condición que es la inexistencia de los presupuestos legales que imponen la presentación en concurso de cuyos términos se sigue el favor del legislador a la conservación de la actividad y la consideración del concurso como un instrumento idóneo, en grado de prelación preferente respecto de la disolución que, abre paso a la liquidación, extintiva de la sociedad.

- g) ***“Porque el valor nominal de las participaciones sociales sin voto o de las acciones sin voto excediera la mitad del capital social desembolsado y no se restableciera la proporción en el plazo de dos años”***. Se trata de una causal nueva en el ordenamiento que constituye una especie del género significado por el principio rector de la integridad del capital social, el que por su naturaleza queda supeditado a todas las controversias doctrinarias y jurisprudenciales que son típicas en materia de capital social, referidos *supra*.
- h) ***“Por cualquier otra causa establecida en los estatutos de las establecidas en el elenco legal del art. 363.2 Constituye una hipótesis particular de causal disolutoria en la sociedad en comandita por acciones el fallecimiento, cese o incapacidad o concurso de acreedores de todos los socios colectivos, salvo que dentro de los 6 meses se modificaran los estatutos con incorporación de algún socio colectivo o se acuerde la transformación de la sociedad en otro tipo social”***. Se trata de la hipótesis del tipo social que se constituye con dos categorías de socios por lo cual la desaparición de una categoría (colectiva o comanditada) priva al tipo social de un requisito esencial, que puede ser superado en el plazo de seis meses con incorporación de algún socio colectivo o transformación en otro tipo (lo que requiere modificación del estatuto).



2.1) Órgano competente: Quórum y mayorías.

En las hipótesis en que la disolución esté supeditada a la constatación por parte de la Junta General (art. 362/363), las mayorías requeridas en caso de SRL es la ordinaria (art. 198) en tanto que el quórum de constitución y mayorías tratándose de sociedades anónimas es la establecida en los arts. 193 y 201 que requieren para la constitución en primera convocatoria el 25% de las acciones con derecho a voto, y cualquiera sea el número de accionistas presentes en la segunda convocatoria, y en todo caso por mayoría simple de votos presentes (art. 364).

2.2) Deber de los administradores

Es deber de los administradores convocar a la Junta General dentro del plazo de dos meses para adoptar el acuerdo de disolución o en caso de insolvencia de la sociedad, esta inste el concurso.

Cualquier socio puede solicitar la convocatoria de la junta en ambas hipótesis y esta podrá adoptar el acuerdo de disolución o bien en tanto constare en el orden del día el acuerdo necesario para la remoción de la causa. Este artículo en su parte final consagra una posibilidad que no debe confundirse con el procedimiento de reactivación de la sociedad disuelta previsto en el art. 370 al cual aludimos *infra* (art. 365).

2.3) Disolución judicial

Si los administradores no convocaren, o no se celebrara ni adoptara algún acuerdo de los previstos por la ley en el artículo anterior cualquier interesado puede instar la disolución judicialmente contra la sociedad. Los administradores dentro del plazo de dos meses de la fecha prevista para la junta están obligados a solicitar la disolución judicial cuando la junta no se hubiere constituido o desde el día de la junta cuando el acuerdo fuere contrario a la disolución o no se hubiere adoptado (art. 366).

2.4) Responsabilidad de los administradores



Los administradores responden solidariamente por las obligaciones sociales posteriores al acaecimiento de la causa de disolución toda vez que incumplan la obligación de convocar dentro de los dos meses la junta para que adopte el acuerdo de disolución. También responderán en forma solidaria toda vez que no soliciten la disolución o en su caso el concurso dentro de los dos meses de la fecha prevista para la celebración o desde el día de la junta cuando el acuerdo hubiere sido contrario a la disolución.

En tales casos las obligaciones sociales reclamadas se presumen posteriores al acaecimiento de la causal de disolución salvo que los administradores prueben que son de fecha anterior (art. 367).

2.5) *Disolución por acuerdo de la junta*

La disolución puede acordarse por la junta siendo aplicables todos los requisitos necesarios para la modificación del estatuto (art. 368). En todos los casos la disolución debe ser inscripta en el registro mercantil quien oficiará al Boletín Oficial para su publicación (art. 369).

2.6) *Reactivación de la sociedad disuelta*

Sin perjuicio de la ya advertida posibilidad de remoción de las causales disolutorias descriptas en el art. 365.2, la ley establece un procedimiento especial en el art. 370 bajo el título de “Reactivación de la sociedad disuelta”.

La junta general puede acordar ya en estado de disolución el retorno a la vida activa en las siguientes condiciones: i) que haya desaparecido la causa de disolución; ii) que el patrimonio contable no sea inferior al capital social⁷¹ y iii) que no haya comenzado el pago de la cuota de liquidación a los socios.

Está vedado por la ley la reactivación cuando se tratara de causa de disolución de pleno derecho (las referidas supra, tratadas en los arts. 360 y 361).

⁷¹ Ver *supra* Cap. XVI.I



Los requisitos del acuerdo de reactivación son los mismos que los establecidos para la modificación de los estatutos.

El socio que no votare a favor de la reactivación tiene derecho de separación o receso y los acreedores pueden oponerse al acuerdo de reactivación en las condiciones y efectos previstos para la hipótesis de la reducción del capital. La oposición no tiene efecto suspensivo y la misma puede ser superada cuando el juez las rechazare o aún cuando la sociedad prestare garantías suficientes respecto del crédito de los opositores.

La tesis de la aplicación de la regla mayoritaria o de la unanimidad según el momento de la fase liquidatoria en el que se realice la deliberación asamblearia de reactivación es sostenida en el derecho español por Garrigues-Uria en su *“Comentario a la Ley de Sociedades Anónimas”*, vol. II, p. 840 ed. 1976 y a partir de allí un nutrido elenco autorial.

Con particular énfasis y la sólida fundamentación Emilio Beltrán Sanchez postula la exigencia de la unanimidad ello a partir de su enseñanza según la cual el acaecimiento (en las causales de disolución *ope legis*) o la declaración del hecho disolutorio (en los que acontecen por decisión de los socios –*ex voluntate*- o resolución judicial) constituye al socio en titular de un derecho subjetivo, potestativo, unilateral y vinculante a la liquidación y recupero de su participación, sin posibilidad de neutralización por parte de la sociedad.

XXIV. 3) ITALIA: D. Lgs. 6/2003

En doctrina italiana, en donde la *“Recostituzione”* provoca ríos de ilustrados debates siguiendo las preliminares enseñanzas de Ascareli (*“In tema di revoca della liquidazione di una società per azioni. Necesidad de deliberazione unánime o ricostituzioni”* Riv. Dir. Com.II, 1950, pgs. 51 y ss.), predomina la interpretación de la regla de la unanimidad. (Ferri – Di Sabato, Giuliani Graziani, Ferrara)

Sin embargo, el principio mayoritario finalmente adoptado en el Dec. Lgs. 6/20036, hoy vigente, es sostenido por otro sector de incuestionable peso doctrinario (Ragusa Maggiore, Scialoja- Branca, Frè, Di Ferra).



Otra posición, entre cuyos epígonos se destacan Cottino y Niccolini, sostiene que el quórum de decisión se debe determinar según el momento del proceso liquidatorio en el que se realiza la asamblea de *“Recostituzione”*: tras la apertura de la liquidación y hasta tanto no se hubieren nombrado los liquidadores se aplicaría la regla de la mayoría y ulteriormente ya sería menester la unanimidad.

3.1) Las causas de la disolución y su remoción por vía de *“Recostituzione”*

El D. Lgs. n. 6/2003 ha reinscripto en gran parte las normas en materia de disolución y liquidación de la sociedad de capitales, agrupando las disposiciones en un capítulo autónomo que constituye una disciplina compacta y orgánica. Las causas de disolución (art. 2484) son sustancialmente aquellas que ya estaban previstas en la disciplina precedente se verifica, en las siguientes hipótesis:

- 1) **Vencimiento del término.** Anteriormente al vencimiento es posible, de todas maneras, prorrogar el término modificando en tal sentido el acto constitutivo.
- 2) **Cumplimiento del objeto social o sobreviniente imposibilidad de conseguirlo**, salvo que la asamblea, tempestivamente convocada o delibere la oportuna modificación estatutaria idónea para evitar la disolución;
- 3) **Imposibilidad de funcionamiento o continua inactividad de la asamblea**;
- 4) **Reducción del capital social por debajo del mínimo legal**, si no se procede al reintegro o a la transformación de la sociedad (arts. 2447 y 2482 *ter*);
- 5) **Incapacidad patrimonial de la sociedad para proceder a la liquidación de la cuota al socio recedente** (arts. 2437 *quater* y 2473);
- 6) **Deliberación de la asamblea**;
- 7) **Otras causas** previstas en el acto constitutivo o por el estatuto.



La sociedad, además, se disuelve por las otras causas previstas por la ley (art. 2484, 2º párrafo). La principal novedad respecto al sistema precedente consiste en la separación entre el momento en el que **se verifica una causa de disolución y el momento en el que tal causa tiene efecto** siendo esto último identificado, para todas las hipótesis, en el momento de inscripción en el registro de la empresa de la declaración con la cual los administradores comprueben la causa o de la deliberación de la asamblea que dispone la disolución (art. 2484, 3º párrafo)

3.2) *Efectos inmediatos de la disolución*

Los administradores deben:

- a) *comprobar sin dudas la verificación de una causa de disolución y proceder a las obligaciones publicitarias consiguientes. En caso de retardo u omisiones, ellos serán personal y solidariamente responsables por los daños sufridos por la sociedad, los socios, los acreedores sociales y los terceros* (art. 2485, 1º párrafo)

A los fines de asegurar la necesaria eficiencia del sistema, está además previsto que, en caso de inercia de los administradores, los socios, los administradores, y el síndico instaran al Tribunal a los efectos de que provea a la comprobación de la causa de disolución (art. 2485, 2º párrafo)

- b) Contextualmente a la comprobación de la causa de disolución, *deben proveer a la convocatoria de la asamblea para la deliberación relativa a la liquidación* (art. 2487, 1º párrafo)

Al verificarse una causa de disolución y hasta el momento de efectuarse la publicidad correspondiente a cargo de liquidador **corresponde a los administradores el poder de gestión de la sociedad**. Su operatividad está limitada *al sólo fin de la conservación de la integridad y del valor del patrimonio social* (art. 2486).

En la anterior regulación estaba vedado al órgano administrativo realizar *ninguna nueva operación* en cambio a partir del régimen instaurado por el D. Lgs. 6/2003 los administradores pueden también realizar “nuevas



operaciones” aunque instrumentales a la “conservación del valor de la empresa social”.

Los administradores son *directamente y solidariamente responsables* de los daños producidos a la sociedad, a los socios, a los acreedores sociales y a los terceros por actos y omisiones cumplidas *en violación de los poderes asignados de conservación del patrimonio social*.

La organización societaria permanece integra durante la fase de liquidación y, por lo tanto, las normas establecidas para el funcionamiento de la asamblea, para las decisiones de los socios, y aquellas relativas al órgano de control continuarán aplicándose dentro de los límites compatibles con el estado de liquidación (art. 2488)

3.3) El estado de liquidación. Nombramiento de los liquidadores

Con la verificación de una causa de liquidación la sociedad entra en el llamado estado de liquidación. Su objeto en tal estado se transforma en el de pagar el pasivo y repartir entre los socios el activo residual. En esta fase, dirigida entonces a “monetizar” el patrimonio social deviene actual el derecho de los socios para obtener la cuota de liquidación de propia pertinencia

Las relaciones y los contratos con terceros, normalmente no se disuelven y deben “ejecutarse” manteniéndose, además las garantías eventualmente prestadas

La designación de los liquidadores es competencia de la asamblea salvo disposición en contrario del acto constitutivo: la asamblea delibera *con las mayorías prescriptas para la asamblea extraordinaria*.

Los liquidadores pueden ser **revocados y sustituidos por la asamblea** con las mayorías prescriptas para la asamblea extraordinaria o, *cuando subsista una justa causa*, por el tribunal a instancia de uno o más socios, la sindicatura o el Ministerio Público (art. 2487, 4º párrafo).

El nombramiento, la revocación o la sustitución de los liquidadores están sujetos a las consecuentes formas de publicidad (art. 2487 bis).

3.4) Poderes y obligaciones de los liquidadores



DECONOMI

La deliberación asamblearia, o la resolución judicial, que designa a los liquidadores debe fijar los criterios referidos a la modalidad de desarrollo de la liquidación y los **poderes** de los liquidadores mismos.

Tales poderes estarán determinados en la prospectiva de una gestión dirigida a la más fructuosa realización del patrimonio social evaluando a tal fin la posibilidad de admitir la **continuación temporaria de la actividad de la empresa, precisamente, para una mejor realización** (art. 2487).

Los liquidadores deben cumplir **todos los actos conducentes a la liquidación de la sociedad** salvo disposición contraria de los estatutos o de la asamblea y están llamados a desarrollar su encomienda cumpliendo los deberes que le son impuestos conforme con la *profesionalidad y diligencia requeridas por la naturaleza del encargo* (art. 2489).

En cuanto a la responsabilidad por los daños derivados de la inobservancia de sus deberes, son aplicables las disposiciones en materia de responsabilidad de los administradores (art. 2393) las que prevén también la revocación del cargo.

En el caso en el que los fondos disponibles para la liquidación fueren insuficientes para el pago del pasivo social, corresponde a los liquidadores la *facultad de requerir a los socios, en medida proporcional los pagos todavía debidos* (art. 2491).

Los liquidadores además:

- (i) No pueden repartir entre los socios a cuenta del resultado de la liquidación, salvo que de los balances resulte que el reparto no incide en la disponibilidad de sumas suficientes para la íntegra y tempestiva satisfacción de los créditos sociales.
- (ii) Pueden condicionar el reparto a la prestación por parte del socio de garantía suficiente.
- (iii) Son personalmente y solidariamente responsables por los daños ocasionados a los acreedores sociales por la violación de las disposiciones *supra* expuestas.



Es relevante la previsión, que se encuentra en el nuevo texto del art. 2490 que impone la obligación de redactar y publicar los **balances en estado de liquidación**. Se trata de una exigencia ya advertida anteriormente, pero consagrada normativamente sólo con la reforma societaria.

En la redacción del *balance en estado de liquidación*, los liquidadores aplican las disposiciones vigentes para la sociedad en funcionamiento, compatible con la naturaleza, finalidad y estado de la liquidación para luego remitirlo a la aprobación de la asamblea.

Cumplida la liquidación los liquidadores deben redactar el *balance final* indicando la parte correspondiente a cada socio o acciones en la división del activo (art. 2491), y acompañado por la memoria del síndico y del sujeto encargado de la revisión contable y presentarlo en el Registro de Empresas.

En los 90 días sucesivos al registro del balance final cada socio puede impugnar ante el tribunal, en contradictorio con los liquidadores. Transcurrido el término sin que se hubieran deducido impugnaciones, *el balance se entiende aprobado y los liquidadores* deben proceder finalmente a la **repartición del activo frente a los socios**.

3.5) **La revocación de la liquidación: art. 2487 ter**

La novedad fue introducida por la reforma D. Lgs. 6/ 2003 representada por la posibilidad de revocar el estado de liquidación, regulado en el art. 2487 ter que reconoce a la asamblea el poder de neutralizar la causa de disolución **con las mayorías requeridas para la modificación del estatuto**.

La revocación entonces debe ser decidida por *asamblea extraordinaria* y, en tutela de los *acreedores sociales* su eficacia está subordinada a su consentimiento **o a la falta de oposición dentro de los 60 días de inscripción de la decisión en el registro de la empresa**. De todos modos, la revocación del estado de liquidación puede ser decidida solamente **en tanto no se hubiere iniciado la distribución del activo** (que es un acto liquidatorio incompatible con la continuación de la empresa)

Se advierte aquí que el nuevo art. 100 incorporado por ley 26.994/2015 contiene una fórmula de reactivación más amplia que la del



DECONOMI

ordenamiento italiano del D. Lgs. 6/2003 porque: puede ser realizada no sólo en las sociedades de capitales sino en todos los tipos societarios por el órgano de gobierno y en todo tiempo incluso aún cuando se hubiere iniciado la distribución del activo (*dies ad quem* en el sistema italiano) o hasta el momento mismo en que se hubiere concretado la cancelación de la sociedad en el registro público.

