



DECONOMI

REVISTA ELECTRÓNICA DEL DEPARTAMENTO DE
DERECHO ECONÓMICO Y EMPRESARIAL
FACULTAD DE DERECHO - UBA

AÑO VIII - NÚMERO 24 - MAYO DE 2025

DIRECTOR:
PROF. HÉCTOR OSVALDO CHOMER



DECONOMI

REVISTA ELECTRÓNICA DEL DEPARTAMENTO DE
DERECHO ECONÓMICO Y EMPRESARIAL
FACULTAD DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE BUENOS AIRES

D | **IFUNDIR**
E | **DUCHAR**
C | **APACITAR**
O | **RIENTAR**
N | **UTRIR**
O | **RDENAR**
M | **EDITAR**
I | **NVESTIGAR**

Comité Editorial

Director general: Héctor Osvaldo Chómer

Director Área Comercial: Pablo Frick
Director Área Tributario: Eduardo Laguzzi
Director Área Recursos: Natalia Waitzman
Coordinador General: Rodrigo Jaime

Coordinadores:

María José Alzari
Rodrigo Bustingorry
Micaela Belén Jaime
Liliana Taverna

Comité de Honor:

Héctor Alegría
Salvador Bergel
Raúl Etcheverry
Rafael Manovil

Comité Académico:

Griselda Capaldo
Horacio Corti
Miguel De Dios
Leila Devia
Graciela Junqueira
Beatriz S. Krom
Silvia Nonna
Martín Paolantonio
Jorge S. Sicoli

Las posturas doctrinarias expresadas en los artículos aquí incluidos son de exclusiva responsabilidad de sus autores y no necesariamente reflejan los puntos de vista del Departamento de Derecho Económico Empresarial de la UBA ni del Comité Editorial.



DECONOMI

ÍNDICE

<u>Nota del director</u> por Héctor Osvaldo Chomer	Pág. 5
Doctrina	
<u>“Impacto de la generación de energía en el desarrollo de plataformas de Inteligencia Artificial: un enfoque desde el Derecho Ambiental”</u> por Bracuto, Lucas E.	Pág. 6
<u>“La reactivación societaria”</u> por Dasso, Ariel Angel	Pág. 19
<u>“Plataforma Digital y Empresa Comercial”</u> por Favier Dubois, Eduardo M.	Pág. 100
<u>“La concursabilidad del fideicomiso en el derecho argentino: aproximaciones desde el Código Civil y Comercial y la Ley de Concursos y Quiebras”</u> por Junyent Bas, Francisco y Alija, María Florencia	Pág. 110
<u>“¿Podremos atenuar crisis empresariales instaladas?”</u> por Richard, Efraín Hugo	Pág. 136
<u>“La supresión por acuerdo mayoritario de un derecho estatutario de adquisición preferentemente de participaciones o acciones”</u> por Velasco San Pedro, Luis Antonio	Pág. 176



DECONOMI

Nota del Director

En esta oportunidad, la Revista se engalana con las colaboraciones de muy distinguidos profesores de nuestra Facultad y otros invitados igualmente destacados.

Desde ya agradecemos los aportes de los autores de nuestra Facultad, Profesor Eduardo Favier Dubois y Profesor Lucas Bracuto, quienes nos ilustran en muy interesantes temas.

Luego, la reunión de tres Maestros da mayor brillo aún a esta nueva edición y por ello agradecemos a Ariel Angel Dasso, Efraín Hugo Richard y Francisco Juntyen Bas, en colaboración con María Florencia Alija.

Por fin, el reconocido jurista español y gran amigo, Luis Velasco San Pedro, se suma a esta nueva presentación para dar un marco especial a la edición que ahora presentamos.

En fin, agradecemos a todos ellos la deferencia que denotan sus aportes, orgullosos de que reconozcan a nuestra Revista como un conducto adecuado para desarrollar y difundir sus ideas.

A los lectores: Disfruten de la Revista y hasta la próxima.

Héctor Osvaldo Chómer



DECONOMI

“Impacto de la generación de energía en el desarrollo de plataformas de Inteligencia Artificial: un enfoque desde el Derecho Ambiental y medidas cautelares”

por Bracuto Lucas E.¹

I. INTRODUCCIÓN

Desde su creación y lanzamiento a plataformas, el crecimiento del uso de la Inteligencia Artificial (IA en adelante) se ha vuelto exponencial y está transformando radicalmente todos los sectores, desde la atención sanitaria, el educativo, la administración del Estado, hasta la industria en todos sus niveles. Con apenas una conexión a internet, desde cualquier dispositivo podemos acceder a la información (verídica y falsa) sobre cualquier temática, omitiendo en algunos casos las fuentes por las cuales se basa, ocasionando certezas, pero también confusiones.

Sin embargo este avance tecnológico, tanto educativo como de entretenimiento y dispersión, conlleva importantes implicancias ambientales que no pueden ser pasadas por alto. La generación de energía necesaria para alimentar los centros de datos que sustentan las plataformas de IA plantea serios desafíos en términos de sostenibilidad y derechos ambientales, sobre todo por el desconocimiento del impacto que generan.

Este artículo examina la problemática asociada con el uso de energía en el desarrollo de plataformas de IA, analizando las fuentes, los métodos de refrigeración de servidores, las brechas existentes en la infraestructura energética y las posibles soluciones para garantizar un desarrollo sostenible.

¹ Lucas Bracuto es abogado por la Universidad de Buenos Aires. Es Especialista en Recursos Naturales y del Ambiente (Facultad de Derecho - UBA). Es Diplomado en Alimentos y Agronegocios (UBA) y en Derecho Procesal Constitucional y Administrativo (UMSA). Integra la Cátedra Dra. Leila Devia como docente de Régimen Jurídico de los Recursos Naturales y Protección del Ambiente en las materias “Ambiente y Mercosur” y “Derecho del Mar, Conservación y Gestión de Océanos” comisión a su cargo, como Jefe de Trabajos Prácticos. Es docente de posgrado en la Carrera de Especialización en Energías Renovables, Eficiencia Energética y Cambio Climático - (CEARE - FD UBA). Es docente investigador del CeDAF -Centro de Derecho Ambiental- de la Facultad de Derecho UBA y el CEIDIE - Centro de Estudios Interdisciplinarios de Derecho Industrial y Económico. Coordina el Seminario de Derecho Ambiental del Instituto de Investigaciones “Ambrosio L. Gioja”



II. EL USO DE ENERGÍA EN LA IA

La utilización de las plataformas de IA consume grandes cantidades de energía, aunque el proceso conlleva características únicas. En concreto, una de las plataformas que más energía consume es la generación de imágenes.

Durante la I Cumbre sobre Seguridad en materia de IA, el entonces Primer Ministro del Reino Unido, Rishi Sunak, quien fue el anfitrión del evento, afirmó que la cumbre pretendía *“lograr un acuerdo para crear un panel global sobre la seguridad de IA, comparable al IPCC sobre el cambio climático y con la capacidad para evaluar los avances y los riesgos año tras año”*²

Los modelos de IA consumen mucha energía debido a la gran cantidad de datos con los que se entrenan sus modelos, su propia complejidad y el volumen de peticiones de los usuarios, que diariamente aumenta en forma exponencial su demanda.

Se estima que los centros de datos responsables del funcionamiento de estas plataformas consumen alrededor del 2-3% de la electricidad mundial, y esta cifra podría seguir aumentando. La preocupación radica en que gran parte de esta energía proviene de fuentes no renovables, lo que contribuye a la emisión de gases de efecto invernadero y agrava las consecuencias ocasionadas por la Triple Crisis Planetaria.

Según la Universidad Carnegie Mellon y la empresa Hugging Face, el consumo de energía para generar una imagen con IA es comparable al de cargar completamente la batería de un teléfono inteligente.³ El estudio, publicado en la revista Nature, encontró que el modelo de generación de imágenes más eficiente consume aproximadamente 0,012 kWh de energía por cada 1000 inferencias. Este consumo equivale a aproximadamente 0,00002 kWh por imagen.⁴

Según Scientific American, el entrenamiento del modelo de lenguaje Chat GPT-3 produjo aproximadamente 500 toneladas de CO₂, mientras que la

² Alertan sobre los “riesgos catastróficos” que la Inteligencia Artificial podría traerle a la humanidad

³ Generación de imágenes con IA consume 17 litros de agua en cinco usos

⁴ Estudio completo disponible en: How much energy will AI really consume? The good, the bad and the unknown



DECONOMI

industria de combustibles fósiles generó 31,75 mil millones de toneladas de CO₂ solo en 2022.⁵

No obstante, la IA puede actuar como un facilitador de actividades dañinas para el medio ambiente cuando es utilizada por empresas de sectores contaminantes para maximizar sus beneficios. Un ejemplo de esto es lo que ocurre con una empresa multinacional petrolera, que utiliza tecnologías de IA, en colaboración con Microsoft Azure, para incrementar su producción de petróleo en 50.000 barriles diarios. Esta producción adicional genera miles de toneladas de CO₂, lo que anula cualquier posible contribución de la IA para la reducción de emisiones.

Esta relación entre IA y sectores potencialmente contaminantes plantea una preocupación: mientras la IA ayuda a ciertos sectores a ser más eficientes, también puede amplificar su capacidad de daño ambiental. Sabemos de los impactos que genera el aumento del CO₂ en la atmósfera, sobre todo en la pérdida de la biodiversidad y la contribución a la acidificación de los océanos.⁶

III. FUENTES DE ENERGÍA UTILIZADAS

Las fuentes de energía que alimentan los centros de datos de IA varían dependiendo de la región y la infraestructura disponible. La electricidad es la principal fuente utilizada, y ésta se genera a menudo a partir de fuentes fósiles como el carbón, el gas natural y el petróleo, que tienen un alto impacto ambiental.

Sin embargo, algunos centros de datos han comenzado a migrar hacia fuentes renovables como la energía eólica, solar e hidroeléctrica, aunque este cambio es lento y depende de políticas públicas y de la inversión en

⁵ CO₂ emissions - Our World in Data

⁶ La acidificación oceánica La acidificación de los océanos es el proceso por el cual el agua del mar se vuelve más ácida debido al exceso de CO₂ y de óxido Nitroso (N₂O) que absorbe de la atmósfera. Este fenómeno, que afecta a todos los océanos de la Tierra (así como a los estuarios costeros y otras vías fluviales), es una consecuencia directa de la quema de combustibles fósiles y la consiguiente contaminación por carbono, proveniente de operaciones de buques y aeronaves, vertidos de sustancias peligrosas y contaminación por plásticos, actividades que se encuentran prohibidas y reguladas en los Anexos del Convenio MARPOL de 1973 y su Protocolo de 1978. A su vez, se encuentra estipulada su reducción en la meta 14.3 del Objetivo de Desarrollo Sostenible (ODS) N° 14 - Vida Submarina.



DECONOMI

tecnologías limpias, entre otros compromisos en materia internacional respecto a Principios Ambientales, como por ejemplo, aplicación del Principio Preventivo, el de la Precaución, la Responsabilidad Común pero Diferenciada, el Principio del Contaminador-Pagador y la Equidad Intergeneracional, para nombrar los más relevantes.



Centro de datos en Estados Unidos. (Foto: Adobe Stock)

El tipo de energía utilizada puede tener un impacto significativo en la huella de carbono asociada. Por ejemplo, en Estados Unidos, que concentra el 30% de todos los data center del mundo, las *"peleas por el agua"* son uno de los principales motivos de rechazo a millonarias inversiones. El caso más conocido es el de The Dalles, un pequeño pueblo de Oregón, donde la empresa más reconocida en materia de buscadores web instaló una infraestructura que triplicó en cinco años el consumo de agua, bebiendo una cuarta parte del agua de toda la localidad.

El aumento en el uso del agua está directamente relacionado con la inversión y el desarrollo de la IA por parte de dicha empresa. En julio de 2022, un mes antes de que la firma OpenAI afirmara haber completado el entrenamiento de GPT-4, la empresa procesadora reportó un consumo de casi 44.000 litros en sus datacenters de Iowa, el 6% de todo el suministro de agua del distrito.



IV. FUENTES DE ENERGÍA UTILIZADAS EN CENTROS DE DATOS PARA IA

A continuación se detallan las principales fuentes de energía utilizadas en los centros de datos de IA, junto a los datos científicos que marcan una tendencia que lejos está de disminuir:

i) La Energía Fósil:

La generación de electricidad a partir de combustibles fósiles, como el carbón, el gas natural y el petróleo sigue siendo la fuente predominante en muchos países. Según la Agencia Internacional de Energía (AIE, 2022), aproximadamente el 80% de la electricidad mundial se genera a partir de fuentes fósiles.

El Instituto de Recursos Mundiales (WRI, 2021) indica que los centros de datos en Estados Unidos emiten más de 100 millones de toneladas de CO₂ cada año, siendo el uso de energía fósil la principal causa de estas emisiones.

La dependencia de estas fuentes no solo contribuye al cambio climático, sino que también plantea riesgos económicos debido a la volatilidad de los precios de los combustibles, que se utilizan como términos de referencia para el establecimiento de sanciones por incumplimientos normativos.

Hay que prestar especial foco en lo que sucede con China, el Sudeste Asiático y países de la UE como Polonia, donde la matriz energética sigue siendo la fósil o no convencionales.

En los ordenadores de IA que funcionan como creadores de imágenes, hay empresas que consumen más electricidad que la que necesitan en 100 países distintos.⁷ Y el problema es que no sólo habrá un aumento de consumo debido a los centros de datos: el consumo energético de aires acondicionados en un mundo con temperaturas más altas también está en el horizonte.⁸

⁷ Google y Microsoft consumen ya más electricidad que 100 países distintos. La IA ha complicado su objetivo de emisiones

⁸ El consumo de IA está sobreestimado y debemos preocuparnos más por el aire acondicionado, según la IAE



DECONOMI

ii) Energía Nuclear:

La energía nuclear representa una alternativa a las fuentes fósiles, aportando una fuente de electricidad de bajas emisiones de carbono. A partir de 2020, la energía nuclear representaba aproximadamente el 10% de la producción eléctrica mundial (AIE, 2022).

Según la Nuclear Energy Agency, la energía nuclear puede ofrecer una solución efectiva para reducir la dependencia de combustibles fósiles en los centros de datos, ya que genera electricidad sin emitir gases de efecto invernadero durante su operación. Sin embargo, la preocupación por la gestión de residuos nucleares y el riesgo de accidentes sigue siendo un obstáculo para su adopción más amplia (NEA, 2023).

iii) Energías renovables:

En los últimos años, ha habido un movimiento hacia la adopción de fuentes de energía renovables, como la solar, eólica, hidroeléctrica y geotérmica, para abastecer las necesidades energéticas de los centros de datos. Veamos a continuación qué implicancias tienen para mejorar la eficiencia energética de los procesadores:

iv) Energía Solar:

La energía solar ha experimentado un crecimiento significativo, con una capacidad instalada mundial de más de 700 GW a finales de 2020 (IRENA, 2021). Los centros de datos aprovechando paneles solares pueden generar una parte significativa de su propia energía, reduciendo la dependencia de la red eléctrica. Un estudio de la firma *Google* del 2020, demostró que sus centros de datos utilizando energía solar lograron un costo de energía significativamente más bajo, al tiempo que disminuyeron su huella de carbono.

v) Energía Eólica:

La energía eólica es otra fuente de energía renovable que ha crecido de manera constante, con una capacidad total de energía eólica global que superó los 730 GW en 2020 (GWEA, 2021). Según un análisis de ciclismo de la firma *Google* sobre sostenibilidad, algunos de sus centros de datos en regiones



DECONOMI

con alta capacidad de generación eólica han alcanzado un 100% de energía renovable, lo que ha permitido consumir menos energía fósil.

vi) Hidroeléctrica:

Según el Consejo Mundial de la Energía (2021), la energía hidroeléctrica representa aproximadamente el 16% de la producción de electricidad a nivel mundial. Esta fuente de energía es particularmente relevante para centros de datos ubicados cerca de cuerpos de agua, proporcionando una energía constante y confiable.

V. INNOVACIONES EN ENERGÍAS RENOVABLES

Con el avance de las tecnologías de energía renovable, se está explorando el uso de microrredes y almacenamiento de energía en baterías para mejorar la resiliencia y eficiencia energética de los centros de datos. Según International Data Corporation, se espera que la inversión en almacenamiento de energía para centros de datos aumente en un 20% para 2025, lo que permitirá a los centros de datos gestionar mejor su consumo y optimizar su uso de energía renovable (IDC, 2021).

VI. DESAFÍOS Y OPORTUNIDADES

A pesar de la creciente adopción de energía renovable en los centros de datos, los desafíos relacionados con la intermitencia de estas fuentes, especialmente la solar y eólica, siguen siendo significativos. Sin embargo, iniciativas como la implementación de inteligencia artificial para gestionar de manera más eficiente la carga energética pueden ser clave para optimizar el uso de estas fuentes. Por su parte, *Nature Communications* (2020), el uso de IA en la gestión energética puede reducir hasta un 30% el consumo de energía en los centros de datos.

Un claro ejemplo a destacar es lo que sucede con la matriz energética brasileña. De acuerdo con datos de la Agência Nacional de Energia Elétrica (ANEEL), de los 200 GW alcanzados, 84,25% son de fuentes renovables y 15,75% de fuentes no renovables (1% Nuclear). Actualmente las tres mayores fuentes renovables que componen la matriz de energía eléctrica brasileña son la hídrica (55%), eólica (14,8%) y biomasa (8,4%) y de las fuentes no renovables,



DECONOMI

las mayores son gas natural (9%), petróleo (4%) y carbón mineral (1,75%). Esto representó un gran esfuerzo de todos los actores que integran al país: no solamente una decisión política a nivel nacional, sino también, permitiendo la participación empresarial, beneficios para fomentar la transición energética y compromisos a niveles estatales.⁹

VII. REFRIGERACIÓN DE SERVIDORES

El funcionamiento de los servidores genera una cantidad considerable de calor, que debe ser disipado para garantizar un rendimiento óptimo. Tradicionalmente, la refrigeración se logra mediante sistemas de aire acondicionado que, a su vez, consumen grandes cantidades de energía.

Si bien existen métodos más sostenibles, como la refrigeración líquida, que permite un control más eficiente de la temperatura, reduciendo el consumo energético, la implementación de estos sistemas requiere inversión y un cambio en la estrategia inversionista de las empresas operadoras.



Columnas de vapor de agua emergen del techo del hipercentro de datos que Google tiene en The Dalles, Oregón.

⁹ El consumo de IA está sobreestimado y debemos preocuparnos más por el aire acondicionado, según la IAE



DECONOMI

La gestión térmica en los centros de datos es fundamental para el funcionamiento efectivo y eficiente de los servidores que soportan plataformas de IA. A medida que la densidad de los servidores y la capacidad de procesamiento aumentan, la generación de calor también crece, lo que plantea un desafío significativo para la infraestructura de Tecnologías de la Información (TI).

La refrigeración adecuada no solo es crucial para prevenir el sobrecalentamiento y asegurar la longevidad del hardware, sino que también impacta considerablemente en el consumo total de energía de los centros de datos.

1. **Técnicas de refrigeración convencionales:** Tradicionalmente, la refrigeración de los servidores se ha llevado a cabo mediante sistemas de refrigeración por aire, que utilizan unidades de aire acondicionado (UAE) para enfriar el aire que circula a través de los racks de servidores. Según la Agencia de Protección Ambiental de Estados Unidos (EPA, 2016), la refrigeración por aire puede ser responsable de hasta el 40% del consumo total de energía de un centro de datos. Además, estos sistemas suelen ser ineficientes para manejar la creciente densidad de potencia, lo que lleva a deficiencias en el rendimiento y un mayor gasto energético.

2. **Refrigeración líquida:** A fin de abordar los desafíos de la refrigeración por aire, la refrigeración líquida ha surgido como una alternativa más eficiente. Este método, que consiste en utilizar refrigerantes líquidos para retirar el calor de los componentes electrónicos, ofrece diversas ventajas. La refrigeración líquida puede reducir el consumo de energía de refrigeración en un 20-30% en comparación con los sistemas de aire convencionales (451 Research - 2020). La Universidad de Tasmania también resalta que la refrigeración líquida puede ser particularmente efectiva en centros de datos de alta densidad. La utilización de técnicas como el "*Direct Liquid Cooling*" (DLC) permite mantener temperaturas óptimas en los servidores mientras se minimiza el consumo energético (Wang et al., 2021).

3. **Celdas de refrigeración y sistemas de complementación:** Otra técnica innovadora es el uso de celdas de refrigeración que emplean agua fría,



DECONOMI

permitiendo un intercambio de calor más eficiente en comparación con el aire. Este método se combina con sistemas de "free cooling", que aprovechan temperaturas exteriores bajas o fuentes de agua de refrigeración canalizadas para disminuir el consumo de energía. En climas fríos, se ha observado que estos sistemas pueden prácticamente eliminar la necesidad de refrigeración mecánica en ciertas épocas del año (Pérez-Lombard et al., 2008).

A medida que avanzamos hacia un mundo donde la IA y otros datos de alta intensidad continúan expandiéndose, es esencial que la tecnología de refrigeración también evolucione. La transición hacia soluciones de refrigeración más sostenibles no solo reduce el consumo de energía, sino que también disminuye la huella de carbono general de los centros de datos. Si los centros de datos optimizaran sus prácticas de refrigeración, podrían reducir significativamente sus emisiones de gases de efecto invernadero, contribuyendo a los esfuerzos globales por limitar el cambio climático y las consecuencias que éste genera (Greenpeace, 2021).

En el contexto de la sostenibilidad, se están desarrollando normativas internacionales que establecen estándares para la eficiencia energética de los centros de datos. Esto incluye la certificación LEED (*Leadership in Energy and Environmental Design*), que promueve prácticas de diseño y operación sostenibles en edificios, incluyendo centros de datos. Las empresas que buscan obtener estas certificaciones consideran en gran medida las técnicas de refrigeración implementadas, fomentando la adopción de soluciones innovadoras y sostenibles.

VIII. BRECHAS EN LA INFRAESTRUCTURA ENERGÉTICA

La transición hacia un uso sostenible de la energía en la IA se dificulta por diversas brechas en la infraestructura energética. Estas incluyen la falta de redes eléctricas inteligentes, la falta de disponibilidad de fuentes renovables en regiones más empobrecidas y la insuficiente inversión en investigación y desarrollo de tecnologías sostenibles. Además, la regulación y estándares internacionales que promuevan prácticas sostenibles son aún insuficientes sustantivamente y limitan la capacidad de las empresas para hacer cambios significativos.



DECONOMI

Si bien los chipsets modernos han mejorado en términos de eficiencia, el alto consumo durante entrenamientos intensivos sigue siendo una preocupación. El aumento del uso de energía no convencional puede ser visto como un paso positivo hacia la sostenibilidad, pero su efectividad dependerá de la capacidad para integrar soluciones eficientes que maximicen un rendimiento energético. Sin una optimización adecuada, podría resultar que las mejores intenciones de utilizar energía renovable terminen siendo ineficientes o insostenibles a largo plazo. Y en esta coyuntura geopolítica, la eficiencia ambiental es marcada como “*agenda Woke*”, lo cual no resiste siquiera el menor serio análisis y dificulta el financiamiento internacional, dejando descartados a los países en vías de desarrollo.

Por último, es importante señalar que, a medida que la demanda de procesamiento de IA continúa creciendo, la presión sobre las infraestructuras de energía no convencional también aumentará. Lo que critico en este punto se centra en la necesidad de inversiones significativas en tecnología de almacenamiento de energía y en redes eléctricas inteligentes que sean capaces de soportar el flujo constante y variable de las energías renovables. Sin estas mejoras, la adopción de fuentes de energía no convencionales en procesadores de IA podría estar limitada, lo que llevaría a un estancamiento en el avance tecnológico y a un aumento en la huella de carbono de la industria.

IX. MÉTODOS PARA GARANTIZAR LA SOSTENIBILIDAD

Para garantizar la sostenibilidad en el desarrollo de plataformas de IA, es fundamental adoptar un enfoque multifacético que incluya la inversión en energías renovables, la implementación de tecnologías de eficiencia energética y la creación de regulaciones que promuevan la sostenibilidad. También se pueden implementar la compensación de carbono (mediante bonos verdes, créditos sostenibles, etcétera) y la certificación de centros de datos, lo que podría ofrecer incentivos para que las empresas reduzcan su huella ecológica.

Por otra parte, invertir en tecnologías de almacenamiento de energía, como baterías avanzadas o sistemas de almacenamiento térmico para mitigar la intermitencia de las fuentes renovables, permitiría acumular energía generada



DECONOMI

durante períodos pico y usarla cuando la generación sea baja, asegurando un suministro constante para las operaciones de IA.

Promover la modernización de las infraestructuras eléctricas mediante la implementación de redes inteligentes que distribuyan el consumo de energía. Estas redes pueden adaptarse al suministro de energía en tiempo real de acuerdo con la demanda, facilitando la integración de fuentes renovables y mejorando la resiliencia del sistema.

Por último, impulsar programas de educación y sensibilización sobre la importancia del uso de energía renovable dentro del ámbito tecnológico y empresarial es más que necesario. Promover la conciencia sobre la huella de carbono y la responsabilidad social corporativa puede motivar a las empresas a adoptar prácticas más sostenibles. Un claro ejemplo podría ser a nivel regional adoptar un sistema similar o inspirado en la Normativa EMAS en la Unión Europea (Sistema de Gestión y Auditoría Medioambientales), la cual mediante determinadas conductas responsables, permite a pequeñas y medianas empresas gestionar racional y eficientemente sus recursos energéticos.

X. CONCLUSIÓN

La expansión de la IA presenta un dilema crítico: su inmenso potencial transformador coexiste con una considerable demanda de energía, que actualmente depende en gran medida de fuentes no renovables, contribuyendo a la crisis climática global. La generación de imágenes por IA y la refrigeración de los servidores son prácticas que intensifican el daño ambiental. Para asegurar un futuro sostenible, es imprescindible una transición que sea acelerada hacia fuentes de energía renovables y la adopción de tecnologías de refrigeración eficientes, respaldadas por políticas públicas que prioricen la sostenibilidad y la responsabilidad ambiental.

Además, se debe fomentar la investigación y el desarrollo de tecnologías que optimicen el uso de energía y reduzcan la huella de carbono de los centros de datos. La implementación de normativas internacionales, como la certificación LEED, y programas de sensibilización ambiental son cruciales para



DECONOMI

impulsar la adopción de prácticas sostenibles en el sector tecnológico y empresarial.

En última instancia, el futuro de la IA y su coexistencia con el medio ambiente dependen de un cambio de paradigma que equilibre la innovación tecnológica con la responsabilidad ambiental. La creación de un panel global similar al IPCC, enfocado en la seguridad y sostenibilidad de la IA, podría ser un catalizador para la cooperación internacional y el desarrollo de soluciones sostenibles. Al priorizar la sostenibilidad en las políticas energéticas y fomentar la colaboración entre investigadores, legisladores, sector educativo y empresas, podemos construir un futuro en el que la IA impulse el progreso sin comprometer el bienestar de las futuras generaciones. El compromiso es de todos.

Referencias

EPA (2016). Report on Data Center Energy Efficiency. Environmental Protection Agency. Pérez-Lombard, L., Ortiz, J., & Maestre, I. R.

Wang, Y., Liu, W., Zhang, H., & Zhang, H. (2021). Direct Liquid Cooling Technology for High-Density Data Center. Journal of Thermal Science.

451 Research (2020). Liquid Cooling: The New Standard for the Data Center Industry.



“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.



DECONOMI

Sociedades de Capital” del 2 de julio de 2010 llamaremos al nuevo sistema “Reactivación societaria” entendiéndolo 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 entendiéndose por tal la vuelta a la fase activa, retorno este condenado o por lo menos relegado por los principios en el derecho anterior.

Vale 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 al 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-.



DECONOMI

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



DECONOMI

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



DECONOMI

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.



DECONOMI

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 proroga 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*”



DECONOMI

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.



DECONOMI

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.



DECONOMI

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



DECONOMI

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.



DECONOMI

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 trasmisión 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 tésis 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



DECONOMI

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 dirimentes 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 empresaria 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.



DECONOMI

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



DECONOMI

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*”, *Jk 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 de personnalité 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



DECONOMI

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



DECONOMI

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...”*



DECONOMI

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.



DECONOMI

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”.



DECONOMI

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.



DECONOMI

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 rivoca 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,



DECONOMI

Ferrara. Confrontan en la doctrina que predica el principio mayoritario Ragusa Maggiore, *Sull' ammissibilit  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, ecl tica 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 *“Società, 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



DECONOMI

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.



DECONOMI

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*”.



DECONOMI

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 un 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. Critica de Derecho Inmobiliario, 1993, pgs. 1487.

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



DECONOMI

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*, Abeló 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”.



DECONOMI

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.



DECONOMI

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.



DECONOMI

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 1989.

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



DECONOMI

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.



DECONOMI

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 tuvieren 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.



DECONOMI

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 capit*).

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.



DECONOMI

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.



DECONOMI

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.



DECONOMI

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.



DECONOMI

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.



DECONOMI

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*.



DECONOMI

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..



DECONOMI

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.



DECONOMI

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”.



DECONOMI

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.



DECONOMI

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 si 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. Legs. 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.



DECONOMI

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 empresaria 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 ejercita 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 empresaria 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 empresaria, tales: Agencia (arts. 1479 y ss.); Concesión (arts. 1502 y ss.); Franquicia (arts. 1512 y ss.); Suministro (arts. 1176 y ss.)



DECONOMI

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 válidos: 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



DECONOMI

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



DECONOMI

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



DECONOMI

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.



DECONOMI

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*”.

XIV. 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.



DECONOMI

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 conceptualizar 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.**



DECONOMI

- 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 conceptualizar 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



DECONOMI

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 inscrita 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



DECONOMI

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).



DECONOMI

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.



DECONOMI

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 íntegra 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.



DECONOMI

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.



DECONOMI

“*Plataforma digital*” y empresa comercial”

por Favier Dubois, Eduardo M.⁷²

I.-LA EMPRESA Y SU ORGANIZACIÓN CLÁSICA.

Desde la teoría económica se ha definido a la empresa como la organización en la cual se coordinan el capital, la tecnología y el trabajo y que, valiéndose del proceso administrativo, produce y comercializa bienes y servicios en un marco de riesgo. Además, busca armonizar los intereses de sus miembros y tiene por finalidad crear, mantener y distribuir riqueza entre ellos⁷³.

También se ha dicho que es una organización con finalidad económica y con responsabilidad social, generadora de productos y servicios que satisfacen necesidades y expectativas del ser humano⁷⁴.

Son características de la empresa: a) la asunción de riesgos; b) la iniciativa; c) la aptitud para percibir la cantidad y calidad de bienes y servicios necesarios en un mercado; d) el proceso administrativo de planificar, organizar, dirigir y controlar; y e) el desarrollo de la competencia a través de la innovación en los productos, procedimientos, métodos comerciales, formas de organización y formas de dirección.

A fines del siglo XIX y en gran parte del siglo XX, durante el auge de la gran empresa industrial, todos los procesos de una empresa se desarrollaban en un lugar físico determinado, el “establecimiento”, “puertas adentro” y en base a la gestión y aprovechamiento de sus recursos propios.

Eran elementos constitutivos de la empresa:

⁷² Doctor en Derecho (UBA). Profesor Titular Consulto de Derecho Comercial en la Facultad de Derecho y Profesor Consulto de Derecho Crediticio, Bursátil e Insolvencia en la Facultad de Ciencias Económica, ambas de la UBA. www.favierduboisspagnolo.com

⁷³ Alvarez, Héctor F. “Administración. Un enfoque interdisciplinario y competitivo”, Ed. Eudecor, Córdoba144., 2007, p. 144.

⁷⁴ Laborada Castillo, Leopoldo y De Ouani, Elio Rafael “Fundamentos de gestión empresarial”, Ed. Valletta Ediciones, Buenos Aires, 2009, p. 56



DECONOMI

a) un elemento objetivo denominado “hacienda”, “fondo de comercio”⁷⁵ o “establecimiento” ⁷⁶ , integrado por elementos materiales (instalaciones, maquinarias, muebles, rodados, mercaderías y materias primas) y por elementos inmateriales (patentes, modelos, marcas, nombres, secretos, etc.), todos destinados a la explotación empresarial;

b) un elemento subjetivo, constituido por los administradores, propietarios y trabajadores de la empresa⁷⁷.

c) un elemento dinámico, relativo a la “actividad”, sin la cual no hay empresa y que requiere el trabajo humano de terceros (dependientes).

Bajo esa impronta se acuñó la idea de la “utilidad social” de la empresa basada en los siguientes extremos:

– Produce los bienes y servicios necesarios para satisfacer las necesidades de las personas y de la sociedad.

– Es fuente de empleo.

– Es tomadora y dadora de crédito, con lo que actúa como factor multiplicador del ciclo económico general.

– Ejerce una “responsabilidad social” colaborando y mejorando la situación en todo su entorno.

– Genera ingresos fiscales, por vía de impuestos, con los cuales el Estado atiende a su propio funcionamiento y puede financiar programas de progreso y de atención social.

Dicha utilidad social determinó una legislación y unas prácticas protectoras de la empresa y de su continuidad manifestada, entre otras reglas, por la tutela de su caja, por el principio restrictivo en material de disolución societaria y por la búsqueda de mecanismos y soluciones para la continuidad

⁷⁵ Según el art.1° de la ley 11.867 son elementos constitutivos de un establecimiento comercial o fondo de comercio: “...las instalaciones, existencias en mercaderías, nombre y enseña comercial, la clientela, el derecho al local, las patentes de invención, las marcas de fábrica, los dibujos y modelos industriales, las distinciones honoríficas y todos los demás derechos derivados de la propiedad comercial e industrial o artística”

⁷⁶ Para la Ley de Contrato de Trabajo el “establecimiento” es “la unidad técnica o de ejecución destinada al logro de los fines de la empresa a través de una o más explotaciones” (art.6° ley 20.744).

⁷⁷ Favier Dubois, E.M. (director) “Manual de Derecho Comercial”, Ed. La Ley, Bs.As,2016, p.137



empresarial después de la insolvencia, lo que es la base del sistema concursal actual ⁷⁸

II. EL PROCESO DE “DESMATERIALIZACIÓN” DE LA EMPRESA.

Dentro de este proceso se pueden distinguir tres momentos:

i.-LA TERCERIZACIÓN. LA EMPRESA “RED”.

Luego de la caída del Muro de Berlín los sistemas económicos fueron mutando hacia esquemas abiertos e interdependientes⁷⁹

Las organizaciones comienzan a desenfocarse en la concentración de la producción dentro de la empresa dando inicio a una etapa de fragmentación y deslocalización de los procesos de elaboración y distribución de la producción, propiciando un nuevo entramado de relaciones inter empresariales que dan surgimiento al concepto de "red-empresa" o "Empresa-Red", basado en un paradigma de colaboración; comunicación y coordinación entre ellas, que permite adecuarse rápidamente a la cada vez más dinámica y sofisticada demanda⁸⁰.

Dicho proceso de tercerización se acentúa con otros procesos paralelos como son la descentralización, al desaparecer el establecimiento o unidad técnica de producción, la deslocalización o sea la transferencia de actividades, capitales o empleos entre diferentes países o regiones, y la despapelización, consistente en el paso de los registros analógicos a los digitales⁸¹.

ii.-LAS “FÁBRICAS INTELIGENTES”.

⁷⁸ Favier Dubois, E.M. “La tutela legal de los fondos “necesarios” para el ciclo operativo de la empresa (“cash flow indisponible”), Errepar, DSE, nro.280, tomo XXIII, marzo 2011, pag.277 en co-autoría con Eduardo M. Favier Dubois (p)

⁷⁹ MELLADO, Noemí B., "El desarrollo. Continuidades y rupturas teóricas", UNLP 2015 (ordinario), 81, TR LALEY AR/DOC/3679/2015.

⁸⁰ Pardo, Valeria “Reflexiones sobre la teoría italiana del "terzo contratto" y su posible emulación en nuestro derecho interno”, LA LEY 31/01/2023 , 1; TR LALEY AR/DOC/3656/2022

⁸¹ De Diego, Julian A. “El trabajo de las nuevas tecnologías exponenciales y la renta básica universal”, en LL AR/DOC/1750/2022.



DECONOMI

Paralelamente, los procesos de fabricación se van transformando y aparece la “fábrica inteligente”, prácticamente sin personal, la que puede definirse como una red interconectada de máquinas, mecanismos de comunicación y potencia informática que pueden utilizar al mismo tiempo las siguientes tecnologías: Conectividad en la nube; Inteligencia artificial; Machine learning; Big Data; Internet de las cosas industrial (IIoT); Gemelos digitales; Impresión 3D; Realidad virtual (VR), Realidad aumentada (AR); Blockchain; Smart contracts, y una base de datos moderna⁸².

iii.-LA PLATAFORMIZACIÓN DE LAS EMPRESAS.

Ya en el siglo XXI, y luego de la disrupción digital, el proceso de tercerización reconoce una nueva etapa que consiste en la “plataformización”⁸³.

Aparece la llamada economía de plataformas o gig economy, donde el trabajo se organiza a partir de bolos, gigs o trabajos más o menos esporádicos mediados por una plataforma digital, supone mucho más que el imaginario del trabajo poco cualificado de los Uber, Glovo, etc., y puede considerarse el penúltimo eslabón en la evolución de la empresa red, del trabajo flexible o de la llamada fisuración del trabajo.

En el mundo del trabajo, la plataformización (como traducción del término anglosajón platformization) parece emerger como protagonista de la siguiente oleada de digitalización, no sólo por la creación de nuevas empresas de plataformas sino por la expansión de esa lógica, la de plataformización, en el seno de la organización del trabajo del tejido empresarial en su conjunto.⁸⁴

III. LAS PLATAFORMAS DIGITALES EMPRESARIAS.

⁸² Favier Dubois, E.M. “Tecnologías disruptivas y Derecho. Panorama de cambios y desafíos en la Posmodernidad”, en Erreius on line, enero-febrero 2023.

⁸³ Gonzalez Cao, Rodrigo Luis y Roca, Guillermo “Plataformización de la economía y plataformas digitales. Su impacto en las relaciones laborales y los recursos de seguridad social, mayo 2021, Centro de Estudios de Administración Tributaria, Facultad de C.Económicas, UBA <https://www.economicas.uba.ar/wp-content/uploads/2021/05/Plataformizacion-de-la-economia-y-plataformas-digitales.pdf>

⁸⁴ Thomas Poell, David Nieborg y José van Dijck, “Plataformización”, Revista Latinoamericana de Economía y Sociedad Digital, Issue Traducciones, Julio 2022, DOI: 10.53857/TSFE1722



DECONOMI

Como consecuencia, aparece un nuevo formato de empresa: el de las plataformas digitales⁸⁵

Se trata de una arquitectura digital programable diseñada para organizar las interacciones entre los usuarios y que se organiza a través de la recopilación sistemática, el procesamiento algorítmico, la monetización y la circulación de datos⁸⁶

Las plataformas funcionan con determinados sistemas operativos y ejecutan programas y aplicaciones con diferentes contenidos.

En términos generales una plataforma es un conjunto de activos intangibles compartidos por una serie de productos con el objetivo de desarrollar dichos productos y producirlos de manera eficiente. Esos activos intangibles son datos, información, subsistemas, interfaces, procesos, conocimientos, grupos de trabajo y relaciones.

Los subsistemas, interfaces y procesos que integran la plataforma son diseños modulares que permiten ser compartidos y reutilizados para ampliar la diversidad de la oferta de productos.

Dichos intangibles abarcan cada una de las etapas productivas: diseño del producto, diseños de los circuitos, diseño de los procesos asociados de producción, know how, aplicaciones tecnológicas, modelos matemáticos, capital organizacional y la red de proveedores.

La modularización, uso compartido y reutilización de intangibles genera ventajas con respecto a los otros competidores del mercado.

El compartir componentes y procesos de producción en una plataforma de productos, permite desarrollar productos diferenciados de manera más eficiente que los demás competidores del mercado, lo cual aumenta la flexibilidad para responder a los cambios en la demanda y progresivamente desplaza a los otros actores en la participación de mercado, acentuando la tendencia a la concentración oligopólica.

⁸⁵ Favier Dubois, E.M.: “Economía de plataformas” y derecho comercial. Panorama y desafíos” en LL, 26-6-2023, p.1, TR LA LEY AR/DOC/1392/2023.

⁸⁶ Poell, T., Nieborg, D., & van Dijck, J. (2022). “Plataformización”. Revista Latinoamericana de Economía Y Sociedad Digital. <https://doi.org/10.53857/tsfe1722>



IV. CLASES DE PLATAFORMAS DIGITALES.

Una clasificación estructural, distingue entre plataformas “centralizadas” y “descentralizadas” según que exista un dueño o solo reglas prefijadas de actuación en la web⁸⁷.

En las plataformas “centralizadas”, que son las que aquí interesan, existe un dueño del negocio o controlante que es quien, además de diseñarla, fija las reglas y políticas hacia los usuarios, puede cambiarlas, toma las decisiones y percibe los beneficios.

Dentro de las plataformas centralizadas existen diversas clases:

Las más importantes son las “de infraestructura”, sobre las que se asienta todo el ecosistema digital, como es el caso de Google, Facebook, Apple, Amazon y Microsoft, que constituyen verdaderas “micronaciones” y tienen un poder económico, social y político que desafía a las instituciones.

Hay también otras plataformas significativas que no llegan a tener la importancia estructural de las cinco mencionadas como son las plataformas “de productos”, como Rolls Royce o Spotify, que transforman un bien tradicional en un servicio a cambio de un alquiler o suscripción, y las plataformas de “distribución de videojuegos”⁸⁸.

Por su lado, Guido Alpa, clasifica a las plataformas según las variadas actividades que habilitan:

i.-los matchmakers digitales (plataformas transacciones y marketplaces), que facilitan el emparejamiento de la demanda y la oferta de bienes y servicios, creando nuevas oportunidades de negocio. Los ejemplos más relevantes son: Amazon y eBay, que obtienen sus beneficios de las comisiones por venta;

ii.-las plataformas de servicios, que desempeñan el mismo papel, pero en el mercado de servicios (los ejemplos más conocidos son Uber y Airbnb), que

⁸⁷ Las plataformas descentralizadas, una vez diseñadas, tienen un sistema autónomo de funcionamiento y una gestión donde pueden tener o no ingerencia los propios usuarios. Son ejemplos de descentralización las plataformas de criptomonedas como Bitcoin y Ethereum, algunas exchanges, las “DEFI” y las “DAOs”.

⁸⁸ Pozzo, Juan G. “CUESTIONES LEGALES DE LOS VIDEOJUEGOS Y DE LOS ESPORTS” Publicado en: Sup. Innovación y Derecho 2022 (noviembre) , 1 • LA LEY 2022-F ; LALEY AR/DOC/3012/2022



DECONOMI

implican la denominada economía “colaborativa” y presentan específicas problemáticas jurídicas vinculadas al marco regulatorio, al laboral y a la responsabilidad.

iii.-las plataformas de pago, que permiten la transferencia de precios y dinero (Peer-to Peer, como PayPal);

iv.-los markets de inversión, que financian a las starts-up mediante la captación de fondos⁸⁹.

v.-las plataformas de redes sociales y similares.

V. CONSECUENCIAS DE LA DESMATERIALIZACIÓN.

El proceso de “plataformización” produce las siguientes consecuencias respecto de la Empresa en la Posmodernidad a saber:

- a) La desaparición del “establecimiento” como consecuencia de la digitalización de los procesos productivos y de comercialización. Se trabaja desde un sitio web y con servicios en “la nube”.
- b) La consecuente “deslocalización” y “desnacionalización” de la empresa⁹⁰.
- c) La desaparición de sus elementos materiales: las mercaderías son reemplazadas por los “datos” y las maquinarias e instalaciones son reemplazadas por servicios prestados en “la nube”.
- d) La radical trascendencia de sus elementos inmateriales, constituídos por algoritmos y bienes de la propiedad intelectual.
- e) La desaparición del “personal” como elemento propio de la empresa, su disgregación, destemporalización, despersonalización y su desplazamiento hacia servicios brindados por terceros “autónomos”, lo que exige configurar un nuevo derecho laboral y atender a las contingencias de la tercerización.

⁸⁹ Alpa, Guido “Sobre el poder contractual de las plataformas digitales”, Sup. Internacionalización del Derecho 2022 (agosto) , 2; LA LEY 2022-E; TR LALEY AR/DOC/1930/2022

⁹⁰ Uzal, María Elsa “El derecho internacional privado hoy y sus nuevos desafíos”, LL 8-8-23, TR LALEY AR/DOC/1848/2023.



- f) La “deshumanización” de las operaciones, donde no se hacen transacciones con personas responsables sino que son hechas mediante programas informáticos y con la eventual intervención de chatbots.

Tales consecuencias pueden llegar a reducir la “utilidad social” de la empresa de que se trate y a dispensarle un tratamiento concursal más enfocado a sus acreedores que a su continuación.

VI. ALGUNOS DESAFÍOS LEGALES.

Respecto de las empresas configuradas como “plataformas centralizadas”, al tener un dueño, generalmente una sociedad anónima, los desafíos consisten en establecer mecanismos para la aplicación de la ley comercial⁹¹ y para su sometimiento a los tribunales del estado donde actúan de modo que puedan ser:

- Debidamente individualizadas como sujeto de derecho a los fines de su responsabilidad contractual.
- Conocidos sus administradores, socios y beneficiarios finales a los fines de las medidas personales y de su responsabilidad.
- Conocidas sus operaciones y registraciones contables a efectos de la información necesaria para conocer el patrimonio y reconstruir sus operaciones.
- Clarificadas sus tercerizaciones empresariales y laborales a los fines de determinar eventuales acciones.
- Emplazadas en juicio bajo la ley argentina
- Incautados sus bienes inmateriales
- Interferidas o cesadas sus actividades por efectos del concurso preventivo o de la quiebra

⁹¹ Favier Dubois, E.M. “Cuatro tecnologías disruptivas que desafían al derecho comercial: Criptomonedas, smart contracts, fintech y plataformas digitales empresariales”, en La Ley del 29 de Abril de 2024, pag. 1, cita TR LALEY AR/DOC/1027/2024.



DECONOMI

Ahora bien, la desmaterialización recién referida, y la eventual actuación sólo desde la nube, pueden hacer imposibles o muy dificultosos esos pasos frustrando la aplicación de las leyes⁹².

Por ello se propone a nivel normativo la creación de un registro especial de plataformas digitales donde consten sus datos del mundo virtual y del mundo real, incluyendo las personas humanas responsables en el país, como así la exigencia de ciertas garantías para los acreedores locales, con la facultad jurisdiccional, en caso de incumplimiento de aplicar multas y llegar a bloquear el obrar de la plataforma no registrada en la plataforma de infraestructura donde se encuentre alojada⁹³.

Será un pequeño gran paso para “humanizar” a la tecnología y proteger a los acreedores.

VII. CONCLUSIONES.

1.-Muchas empresas han ido transformando su organización y estructura pasando de un formato clásico, basado en un establecimiento físico, con maquinarias y materias primas, donde trabaja un nutrido personal humano, a un proceso de desmaterialización que comenzó con la tercerización, siguió con las fábricas inteligentes y culminó con la empresa convertida en todo o en parte, en una plataforma digital, que opera desde la web, terceriza sus movimientos físicos, solo posee activos intangibles y desarrolla sus procesos en “la nube”.

2.-Existe toda clase de plataformas digitales empresarias, pudiendo destacarse, entre otras, las cinco grandes de “infraestructura” con enorme poder mundial, las típicamente comerciales y las colaborativas.

3.-Como consecuencia de la desmaterialización, desaparece la localización física de la empresa y de su establecimiento, lo que impide su ubicación a los fines de determinar su nacionalidad, la jurisdicción y el derecho

⁹² Uzal, María Elsa “El derecho internacional privado hoy y sus nuevos desafíos”, LL 8-8-23, TR LALEY AR/DOC/1848/2023.

⁹³ Al respecto, el Registro de Proveedores de Servicios de Activos Virtuales (PSAV), creado por la Res. 994/2024 de la Comisión Nacional de Valores, si bien todavía en una etapa de estructuración, empieza a brindar algunas pautas de lo que se puede construir para la protección del crédito.



DECONOMI

aplicables, las mercaderías son reemplazadas por datos, las maquinarias e instalaciones son sustituidas por “la nube”, el personal desaparece por su tercerización, y se opera sin rostros humanos mediante programas informáticos y chatbots.

4.-La desmaterialización empresaria dificulta o hace imposible la operatividad del derecho crediticio que, como tal, requiere la individualización y control de los sujetos, de los administradores, socios y controlantes, de las operaciones, de la red contractual, de los domicilios y bienes.

5.-Se propone la creación de registro especial de plataformas digitales donde consten sus datos del mundo virtual y del mundo real, incluyendo las personas humanas responsables en el país, como así la exigencia de ciertas garantías para los acreedores locales, con la facultad jurisdiccional, en caso de incumplimiento, de aplicar multas y llegar a bloquear el obrar de la plataforma no registrada en la plataforma de infraestructura donde se encuentre alojada.

FINIS CORONAT OPUS.



“La concursabilidad del fideicomiso en el derecho argentino: aproximaciones desde el Código Civil y Comercial y la Ley de Concursos y Quiebras”

por Junyent Bas, Francisco y
Alija, María Florencia

I. INTRODUCCIÓN

El fideicomiso constituye una institución jurídica versátil y de amplio uso en el derecho privado argentino, que encuentra su regulación legal en los arts. 1666 a 1707 del Código Civil y Comercial de la Nación (en adelante CCCN).

Su fisonomía particular, caracterizada por la afectación de bienes a un fin determinado y su administración por parte de un fiduciario, ha generado intensos debates en torno a su naturaleza jurídica y, especialmente, respecto a su posible concursabilidad.

Hoy el fideicomiso se usa más allá de los fines para los cuales fue creado, es el modelo para múltiples objetos comerciales y no solo como financiamiento de la vivienda y la construcción, ha tapado vacíos legales, posibilitando que el sujeto persona física separe parte de su patrimonio para emprendimientos particulares sin necesidad de asociarse en las formas típicas de la ley 19.550, aunque también fue usado como alternativa asociativa, fue ampliamente probado por cadenas de consumo masivo, bancos y empresas como herramienta de fondeo en la poscrisis⁹⁴

Si bien no tiene personería jurídica y para Kiper y Lisoprawsky ⁹⁵ solo se trata de un contrato, el fideicomiso cuenta con personalidad fiscal y la legislación tributaria le otorga el carácter de sujeto de ciertos tributos del ordenamiento en virtud de atribuírsele la realización de hechos económicos alcanzados por distintos impuestos. En sus inicios ni siquiera era tenido en cuenta por el Fisco, no tributaba, no tenía clave única de identificación tributaria. Esto también ha cambiado. Como parte de la evolución y desarrollo de las

⁹⁴ Fernández, Mónica. “Finanzas Fideicomisos llegan a cooperativas y mutuales” <http://www.infobae.com/notas/nota.php?Idx=146873&idxSeccion=0> 20-10-04. Fecha de última consulta 21/03/2013.

⁹⁵ Kiper, Claudio M – Lisoprawsky, Silvio V. “Tratado de Fideicomiso”, Abeledo Perrot, 3ra. Ed., Bs. As., 2012, T.II, pág. 876.



aplicaciones comerciales del fideicomiso, hoy posee CUIT diferencial y propio, y debe tributar como si fuera una persona jurídica.

El interrogante sobre si el fideicomiso puede ser sujeto de un proceso concursal ha cobrado relevancia en el ámbito doctrinario y jurisprudencial, especialmente en contextos de crisis financiera o incumplimientos contractuales que involucran patrimonios fideicomitados.

La presente reseña se propone analizar la posibilidad de considerar al fideicomiso como sujeto concursable, a partir de una interpretación sistemática del CCCN y la Ley 24.522 (Ley de Concursos y Quiebras, en adelante LCQ), considerando las distintas posturas doctrinarias, el tratamiento jurisprudencial y los principios rectores del derecho concursal.

Corresponde ahora analizar qué sucede ante la posibilidad de que el patrimonio fideicomitado, “acosado” por sus deudas, se vuelva “insolvente”, es decir, “insuficiente” en los términos del art. 1687 del CCyCN.

En este aspecto, la normativa niega la posibilidad de quebrar y dispone su liquidación judicial.

Así, se impone la actuación judicial como alternativa de efectiva tutela de los derechos convergentes, pero no similares: acreedores, beneficiarios e incluso fideicomisario.

II. NATURALEZA JURÍDICA DEL FIDEICOMISO

El art. 1666 del CCCN⁹⁶ define al fideicomiso como un negocio jurídico por el cual una parte (fiduciante) transmite a otra (fiduciario) la propiedad de ciertos bienes, con el cargo de ejercerla en beneficio de un tercero (beneficiario) y/o para la realización de un fin determinado.

El fiduciario, en virtud del contrato, adquiere la propiedad fiduciaria, distinta a la plena propiedad, pues está sujeta a una condición resolutoria y limitada en su ejercicio por el fin del fideicomiso.

⁹⁶ ARTICULO 1666.- Definición. Hay contrato de fideicomiso cuando una parte, llamada fiduciante, transmite o se compromete a transmitir la propiedad de bienes a otra persona denominada fiduciario, quien se obliga a ejercerla en beneficio de otra llamada beneficiario, que se designa en el contrato, y a transmitirla al cumplimiento de un plazo o condición al fideicomisario.



DECONOMI

Uno de los aspectos más relevantes de esta figura es la creación de un patrimonio de afectación autónomo, que queda separado del patrimonio personal del fiduciario, del fiduciante y del beneficiario (art. 1683 CCCN). Este rasgo, que implica una verdadera escisión patrimonial, lo que genera interrogantes acerca de si el fideicomiso constituye un ente con individualidad suficiente para ser sujeto de derecho, y por ende, pasible de concursarse.

La doctrina ha debatido largamente si el fideicomiso constituye un sujeto jurídico o simplemente una masa de bienes afectada a un fin.

Algunos autores ⁹⁷ consideran que el fideicomiso no reviste personificación jurídica, ya que carece de voluntad propia, de órganos y de capacidad para actuar por sí. En esta línea, se destaca que el fiduciario actúa como titular y administrador del patrimonio, pero no en representación de un ente autónomo.

Otros autores ⁹⁸ sostienen que, especialmente en el caso del fideicomiso financiero regulado por la Ley 24.441 y supervisado por la Comisión Nacional de Valores, el fideicomiso presenta rasgos de sujeto jurídico funcional, en tanto se comporta como una entidad con individualidad patrimonial y operativa.

La jurisprudencia, por su parte, ha sido oscilante teniendo en cuenta su naturaleza jurídica. En algunos precedentes se ha negado la posibilidad de concursar al fideicomiso por no tratarse de una persona jurídica ni de un sujeto de derecho, mientras que en otros se ha admitido su participación en juicios universales en tanto cuente con un patrimonio autónomo susceptible de liquidación.

Esta dualidad obliga a analizar si el patrimonio fideicomitado puede ser considerado sujeto de concurso en los términos de la LCQ, o si, por el contrario, la concursabilidad debe recaer sobre las partes intervinientes en el contrato (fiduciante, fiduciario o beneficiario), dependiendo de la relación jurídica afectada y del tipo de obligación comprometida.

⁹⁷ Kiper, Claudio M., "Fideicomiso y concurso", Revista de Derecho Comercial y de las Obligaciones, La Ley, 2007-III-1213

⁹⁸ Villegas, Carlos G., "Fideicomiso financiero y concurso", LL 2004-F-1206



A partir de aquí se abren interrogantes que serán abordados en los siguientes apartados, relativos a los requisitos de concursabilidad, los efectos del concurso en torno a los bienes fideicomitidos, y la posible extensión de la quiebra en los casos de responsabilidad del fiduciario por incumplimiento de sus deberes legales o contractuales.

III. LA LIQUIDACIÓN “CONCURSAL” DEL FIDEICOMISO EN EL CCCN

El art. 16 de la Ley 24.441 establecía que, ante la insuficiencia de los bienes fideicomitidos para atender las obligaciones contraídas en la ejecución del fideicomiso, procedía la liquidación de este, a cargo del fiduciario, quien debía enajenar los bienes que integraran el fideicomiso, debiendo entregar el producido a los acreedores conforme al orden de privilegios previstos para la quiebra.

El nuevo art. 1687 CCCN mantiene la liquidación del fideicomiso frente a la insuficiencia de los bienes fideicomitidos y establece que estará a cargo del juez competente dicha liquidación sobre la base de las normas previstas para concursos y quiebras, en lo que sea pertinente.

Con esta nueva norma, la liquidación del fideicomiso ha dejado de ser extrajudicial y pasa a ser judicial. No obstante, la jurisprudencia venía admitiendo la liquidación judicial de los fideicomisos, encuadrándola en el art. 102 de la Ley 19.550. Es decir, ante la ausencia de normativa específica, la jurisprudencia disponía la aplicación analógica de las normas de la actual Ley General de Sociedades y de la Ley de Concursos y Quiebras que mejor se adecuaban a la naturaleza del instituto del fideicomiso.

Desde esta perspectiva, “la tabicación patrimonial” que intentan los arts. 1686 y 1687, 1º párr. tiene su punto de inflexión en el último párrafo del art. 1687, cuando expresa que “...la insuficiencia de los bienes fideicomitidos para atender a esas obligaciones (las del fideicomiso) no dará lugar a la declaración de su quiebra. En tal supuesto y a falta de otros recursos provistos por el fiduciante o el beneficiario según previsiones contractuales, procederá a su liquidación, la que estará a cargo del juez competente, quien debe fijar el



DECONOMI

procedimiento sobre la base de las normas previstas para concursos y quiebras, en lo que sea pertinente.”.

En consecuencia, en principio, en caso de insuficiencia del patrimonio primeramente habría que requerir provisión de recursos al fiduciante o al beneficiario, según previsiones contractuales, y recién después sería viable la liquidación judicial mediante la venta de los bienes existentes y su reparto entre los acreedores, aplicándose las normas previstas para concursos y quiebras, en lo que sea pertinente.

Cabe diferenciar dos situaciones disímiles:

a) la liquidación por extinción del fideicomiso (patrimonio *in bonis*), que estará a cargo del fiduciario cuando el patrimonio alcanza a pagar las deudas contraídas; y

b) la liquidación por insuficiencia patrimonial (patrimonio *in malis*), que debe practicarse judicialmente.

Este último aspecto es el conflictivo en atención al que resulta necesario discernir cuál es el alcance de la liquidación en caso de la llamada “insuficiencia patrimonial”, sin eufemismos en el supuesto de “quiebra económica”.

Así, cabe afirmar que, si bien es cierto que la situación “insuficiencia” no necesariamente es similar al concepto de cesación de pagos, no cabe duda alguna que, se utilizan como sinónimos y, por ende, ambos enunciados se asemejan.

En rigor, el legislador ha tratado de articular una liquidación de “cauce procesal judicial”, en la que el juez respete algunos principios típicamente concursales “en lo que sea pertinente”.

Así, los principios basilares de la ley concursal, propios de un reparto universal, como lo son la cristalización del pasivo, la legitimación de los acreedores por una vía de reconocimiento y, consecuentemente, el adecuado reparto según el orden de los privilegios, llevan inexorablemente a la aplicación de la ley concursal.



Nos preguntamos entonces con qué fundamento se niega a los acreedores la facultad de pedir la quiebra y al mismo fiduciario requerirla a los fines liquidatorios coactivos.

IV. EL FIDEICOMISO COMO SUJETO SUSCEPTIBLE DE CONCURSO

La LCQ establece que pueden ser sujetos de concurso las personas humanas y las personas jurídicas privadas (art. 2).

En principio, el fideicomiso no encaja de modo exacto en ninguna de estas categorías, ya que carece de personalidad jurídica propia, salvo en algunas construcciones jurisprudenciales que lo conciben como sujeto jurídico funcional.

No obstante, se ha planteado la posibilidad de su concursabilidad en razón de la existencia de un patrimonio autónomo, destinado a garantizar ciertos intereses económicos y contractuales.

En este contexto, resulta conveniente destacar que la doctrina no es unánime al respecto.

IV.1. POSTURAS DOCTRINARIAS

La doctrina argentina se encuentra dividida respecto de la posibilidad de considerar al fideicomiso como sujeto concursable.

Las diferencias parten de cómo se interpreta la naturaleza del patrimonio de afectación, la relación entre el fiduciario y el fideicomiso, y la finalidad del derecho concursal. En este sentido, se destacan las siguientes posturas principales en la doctrina:

a. Teoría negativa formalista⁹⁹

⁹⁹ Martorell, Ernesto, “Concursos y quiebras”, Abeledo Perrot, 2009, p. 73; Kiper, Claudio. Ob.cit.



DECONOMI

Esta postura sostiene que el fideicomiso no puede ser declarado en concurso o quiebra, dado que no es sujeto de derecho. Uno de los fundamentos que se puede citar para considerar inaplicable en forma directa la tutela concursal es, además del texto expreso del art. 1687 del CCyCN, el hecho de que el fideicomiso es un contrato y no un sujeto de derecho.

El fiduciario es quien ostenta la titularidad de los bienes fideicomitados y, en consecuencia, sería él quien eventualmente podría solicitar su propio concurso, excluyendo del mismo los bienes fideicomitados. Esta postura se apoya también, en la letra del art. 1683 del CCCN, que establece la inembargabilidad de los bienes afectados al fideicomiso respecto de los acreedores personales del fiduciario, el fiduciante y el beneficiario.

Esta primera corriente doctrinaria, en línea con la postura negativa mencionada en el apartado anterior, sostiene que el fideicomiso carece de capacidad para ser sujeto de concurso, dado que no reúne los requisitos establecidos por el art. 2 de la LCQ.

Autores como Kiper¹⁰⁰ y Martorell¹⁰¹ entienden que la figura del fideicomiso es instrumental y no posee atributos de persona jurídica, por lo que cualquier discusión sobre su concursabilidad resulta estéril. Señalan que la eventual insolvencia del fiduciario no debería afectar los bienes fideicomitados, que están legalmente protegidos por el principio de separación patrimonial.

Ahora bien, esta circunstancia es absolutamente insuficiente para negar la vigencia o aplicabilidad de la ley concursal atento a que el contrato de fideicomiso da lugar al nacimiento de un “patrimonio fideicomitado” que constituye sin duda un centro de imputación de derechos y obligaciones.

Es cierto que no existe una personalidad diferenciada en los términos del art. 141 del CCCN, pero no obstante ello, la actuación del fiduciario como administrador de este patrimonio gravita como un centro de imputación de obligaciones y derechos.

¹⁰⁰ Kiper, Claudio M. "Fideicomiso y concurso", *Revista de Derecho Comercial y de las Obligaciones*, La Ley, 2007-III-1213

¹⁰¹ Martorell, Ernesto. *Concursos y quiebras*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2009.



De tal modo, la directriz central de la aplicación analógica de la ley concursal, impuesta por el art. 1687 del CCCN, no puede ser dejada de lado porque coadyuva a la aplicación de un régimen ordenado de reparto en caso de la llamada “insuficiencia” del patrimonio fideicomitado y va de suyo que la ley concursal habilita la “concursabilidad” de “patrimonios especiales”, tales como el de la persona fallecida y los bienes del deudor domiciliado en el extranjero, art. 2 de la LCQ.

b. Teoría afirmativa funcional¹⁰²

Esta postura considera que el fideicomiso puede ser concursado en tanto estructura con individualidad patrimonial. La autonomía del patrimonio y su afectación a un fin justifica la posibilidad de un proceso concursal para preservar derechos de terceros.

Es una vertiente más flexible ya que sostiene que la LCQ debe ser interpretada funcionalmente, priorizando la finalidad del proceso concursal: la protección del crédito y la tutela del interés colectivo. Así, el fideicomiso, cuando actúa como estructura operativa con autonomía de gestión y pasivo propio, podría ser considerado sujeto de concurso, especialmente si se advierte que los acreedores podrían quedar sin protección ante su inactividad o vaciamiento.

También ha sido destacada la postura de Grisolia¹⁰³, quien postula que, si bien el fideicomiso no es una persona jurídica, sí podría ser sujeto de un proceso universal en tanto “masa patrimonial organizada” susceptible de liquidación, asimilándolo a figuras concursables no tipificadas expresamente por la ley.

Esta postura también es sostenida, entre otros, por Villegas¹⁰⁴ y Gebhardt¹⁰⁵, quienes afirman que el fideicomiso financiero constituye un verdadero centro de imputación normativa, con suficiente operatividad y organización como para justificar su tratamiento en sede concursal.

¹⁰² Gebhardt, Marcelo, "Los efectos de la quiebra en los contratos de fideicomiso", LL 2012-E-948; Villegas, Carlos G. ob.cit. Grisolia, Julio C

¹⁰³ Grisolia, Julio C. *Derecho concursal*. Ed. La Ley, Buenos Aires, 2021

¹⁰⁴ Villegas, Carlos G. "Fideicomiso financiero y concurso", *La Ley*, 2004-F-1206

¹⁰⁵ Gebhardt, Marcelo. "Los efectos de la quiebra en los contratos de fideicomiso", *La Ley*, 2012-E-948



c. Teoría Intermedia o casuística¹⁰⁶

En una posición intermedia se ubican aquellos que entienden que la concursabilidad del fideicomiso debe analizarse caso por caso, atendiendo al tipo de fideicomiso, la existencia de relaciones jurídicas con terceros, la conformación del patrimonio y la complejidad operativa. En este enfoque prevalece el análisis funcional y finalista sobre una interpretación meramente formal. La concursabilidad depende del tipo de fideicomiso y su grado de autonomía.

En definitiva, la doctrina refleja la tensión entre una visión estática, centrada en la ausencia de personería del fideicomiso, y una visión dinámica, orientada a la protección de los acreedores y la tutela judicial efectiva.

Esta última resulta particularmente relevante en contextos donde la estructura fiduciaria ha generado un entramado complejo de relaciones obligacionales, que exceden la mera administración de bienes aislados.

IV.2. POSTURAS JURISPRUDENCIALES

El tratamiento jurisprudencial de la concursabilidad del fideicomiso en la Argentina ha sido dispar, reflejando la complejidad de esta figura y la falta de un criterio unificado. A continuación, se reseñan algunos precedentes que permiten observar las distintas posturas adoptadas por los tribunales:

- **"Provincia ART S.A. c/ Fideicomiso de Recuperación Crediticia s/ quiebra" (CNCivComFed, Sala C, 2010):** la Cámara rechazó la solicitud de quiebra del fideicomiso por entender que no se trataba de un sujeto jurídico en los términos de la LCQ. En el fallo se sostuvo que el fideicomiso es un patrimonio de afectación administrado por un tercero y que carece de personificación jurídica para ser declarado en quiebra.
- **"Fideicomiso Loma de la Lata S.A. s/ quiebra" (Juzgado Comercial N.º 12, 2012):** el juez sostuvo que, si bien el fideicomiso carece de

¹⁰⁶ Lorenzetti, Ricardo L., "Tratado de los contratos", Rubinzal-Culzoni, 2016



DECONOMI

personalidad jurídica, su existencia como estructura organizativa con un patrimonio propio, un plan de negocios y una operatoria compleja justificaba el tratamiento concursal a efectos de resguardar a los acreedores.

- **"Acreedores Fideicomiso Ruta 6 s/ quiebra" (Juzgado Comercial N.º 16, 2016):** en este caso se declaró la quiebra del patrimonio fideicomitado, haciendo lugar al pedido de los acreedores que fundaron su reclamo en la existencia de un pasivo impago y en la individualización de un patrimonio susceptible de liquidación. El tribunal destacó que la finalidad del derecho concursal es la protección del crédito y la ordenada liquidación del patrimonio, principios que podían aplicarse a esta estructura fiduciaria.
- **"Werthein Inversora S.A. c/ Fideicomiso Financiero NR S.A. s/ medida precautoria" (CNCom, Sala E, 2018):** la Cámara reconoció la posibilidad de trabar medidas cautelares sobre bienes fideicomitados cuando existía una verosimilitud del derecho y peligro en la demora. Aunque no se trató específicamente de un proceso concursal, el fallo contribuye a reforzar la idea de que el patrimonio fideicomitado puede ser alcanzado por decisiones judiciales en defensa de intereses de terceros.

En conjunto, estos precedentes muestran una tendencia jurisprudencial progresiva hacia el reconocimiento de la concursabilidad del fideicomiso cuando se verifica la existencia de un patrimonio autónomo, susceptible de liquidación, y la necesidad de proteger el interés de los acreedores.

No obstante, la falta de una doctrina legal unificada deja a criterio de los jueces la interpretación de cada caso, generando inseguridad jurídica.

En suma, la concursabilidad del fideicomiso exige un análisis que combine criterios normativos, doctrinarios y jurisprudenciales, atendiendo a la naturaleza del contrato, el tipo de bienes involucrados y la necesidad de preservar la tutela de los acreedores ante situaciones de insolvencia.



V. PROCEDIMIENTO DE LIQUIDACION

Va de suyo que esta afirmación sobre el “juez competente” y la aplicación de las “normas previstas para los concursos y quiebras” nos introduce en las cuestiones atinentes a la liquidación judicial del patrimonio que se analizarán a continuación.

Así las cosas, cabe preguntarse cuáles son las medidas “pertinentes”, en términos del art. 1687 del CCCN, que el juez debe tomar de la Ley 24.522.

V.1. Juez Competente

El juez competente al que refiere la norma es aquel que tiene competencia ordinaria conforme lo dispone el art. 3º de la Ley 24.522. Teniendo en cuenta que el fideicomiso es un contrato, el domicilio que fije la radicación del juicio de liquidación será el domicilio especial elegido por las partes (conf. art. 75 CCCN).

Como principio general, diremos que el juez competente para la liquidación del fideicomiso será el concursal; salvo que por la naturaleza especialísima de la cuestión pudiera establecerse una solución diferente (v. gr., familia, civil, etc.).

El tribunal concursal (o con competencia concursal, cuando también albergue otras competencias materiales) es el tribunal adecuado, porque:

- a) tiene capacitación y experiencia en liquidación judiciales;
- b) trabaja en forma cotidiana con las subastas judiciales y demás cuestiones de muchos bienes (y con vistas a ser distribuidos entre varios acreedores);
- c) tiene experiencia, justamente, en los privilegios concursales y usualmente aplica el régimen concursal para poder distribuirlo de manera adecuada (usualmente, mediante el proyecto de distribución y la regulación de honorarios);
- d) permite conocer y unificar todo el pasivo del fideicomiso, a los efectos de proyectar la liquidación respectiva.



V.2. Sujetos legitimados

Los sujetos legitimados para solicitar la liquidación podrán ser el fiduciario, el fiduciante, los beneficiarios y el fideicomisario.

Ello será así teniendo en cuenta que la insuficiencia de los bienes fideicomitidos ante la generación de pasivos por una mala ejecución del fideicomiso por parte del fiduciario podrá afectar tanto a quienes transmitieron el dominio fiduciario de los bienes como a los beneficiarios del fideicomiso y a los destinatarios de los bienes fideicomitidos una vez concluido el mismo, todos sujetos interesados en una rápida liquidación judicial del patrimonio fideicomitado para su distribución entre los acreedores del fideicomiso, pudiendo ellos revestir tal condición según lo pactado en el contrato.

V.3. Principios aplicables

En términos del art. 1687 del CCyCN, es dable destacar cuales son los principios que el juez competente debe tomar de la ley 24.522.

En esta línea, Molina Sandoval¹⁰⁷ reconoce que el principio de universalidad en la liquidación se refiere tanto al patrimonio íntegro del fideicomiso como a sus acreedores y que, por ende, dicho proceso debe estar sometido a la pauta distributiva de la igualdad de trato, intentando garantizar a todos los acreedores la satisfacción de su crédito.

Va de suyo que la graduación de los créditos, de conformidad a la ley de quiebras es una tarea de que debe realizar el órgano judicial, deslindando cada categoría jurídica mediante la correcta aplicación de la ley

Cabe también advertir que la reconocida insuficiencia patrimonial apareja la vigencia de los principios concursales que imponen una adecuada distribución de los bienes como única alternativa de facilitar el reparto del producido entre los acreedores.

¹⁰⁷MOLINA SANDOVAL, Carlos A., “La liquidación del patrimonio fideicomitado en el nuevo Código”, La Ley 8/7/15, cita online: AR/DOC/2035/2015.



DECONOMI

Siguiendo esta línea, la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha sostenido¹⁰⁸ que los principios del derecho concursal deben aplicarse con prudencia en relación con los patrimonios de afectación, privilegiando la finalidad del contrato fiduciario y la buena fe de los contratantes, sin desconocer la tutela judicial de los acreedores afectados

En esta inteligencia, no cabe duda que “el principio liminar” que debe regir en la liquidación del fideicomiso es el de la universalidad, todo lo cual conlleva un reparto donde se resuelven derechos concretos.

Dicho derechamente, la universalidad o, si se quiere, la colectividad de los acreedores del patrimonio fideicomitado constituye sin dudas un principio que debe trasladarse a la liquidación del fideicomiso insolvente, y que exige la integración de la totalidad de dicho patrimonio y la consiguiente convocatoria de los acreedores.

Por ende, nos encontramos frente a una verdadera liquidación “paraconcursal” que debe correr por “vía judicial” para asegurar los principios aludidos.

V.4. Medidas aplicables

Conforme lo establece el art. 1687 del CCCN, resulta indudable que el juez competente debe tomar las medidas que sean necesarias a los fines de la liquidación del patrimonio fiduciario insolvente, y aplicar las normas que rigen los concursos y las quiebras en cuanto resulten pertinentes.

Entre las medidas que el juez deberá disponer en el decreto de liquidación, tendrá que cautelar los bienes que integran el patrimonio fideicomitado.

Ahora bien, teniendo en cuenta que el dominio fiduciario de los mismos se encuentra a nombre del fiduciario y que la inhibición general de bienes puede afectar los bienes que componen su patrimonio, el juez podrá disponer como medida cautelar una anotación de litis respecto de los mismos, o bien la prohibición de innovar respecto de la situación dominial de los bienes

¹⁰⁸ Bancos Unidos del Norte S.A. c/ Fideicomiso San José” (2015)



fideicomitidos; ello hasta tanto se apruebe la subasta que deberá llevarse adelante a los fines de enajenar los activos del fideicomiso.

V.5. Procedimiento aplicable a la liquidación

En su trabajo titulado “Fideicomiso en el Código Civil y Comercial”, Lisoprawski¹⁰⁹ analiza detenidamente las normas de la ley 24.522 y efectúa una detallada enumeración de todas aquellas que a su entender resultan aplicables en el marco de la liquidación judicial del patrimonio fiduciario:

a) En primer lugar, sostiene que la liquidación judicial podrá llegar a producirse por dos vías: la voluntaria, a pedido del fiduciario, y la coercitiva, como resultado del pedido de las partes: fiduciante, beneficiario y fideicomisario, o bien por requerimiento de acreedores del patrimonio fiduciario; por ser estos últimos los que, sin ser parte del contrato, están vinculados crediticiamente con el patrimonio fideicomitado. Afirma que deberán acreditarse los extremos que evidencien la insuficiencia y la necesidad de la liquidación judicial, teniendo en cuenta que se está frente a un remedio extremo.

b) Entiende que procede la aplicación del recurso de reposición (art. 94, LCQ) a pedido del fiduciario, cuando la liquidación se hubiera decretado a instancia de un acreedor, o de beneficiario y/o fideicomisario, fundado en la inexistencia del estado de insuficiencia, o bien porque no se agotaron las vías contractuales previstas para superarlo (v. gr. aportes de los beneficiarios).

c) Entiende que decretada judicialmente la liquidación correspondería aplicar el principio de “universalidad”, tanto con relación a la totalidad de bienes que integran el patrimonio fiduciario como a los acreedores de este, rigiendo respecto de estos últimos el principio de “igualdad de trato de todos los acreedores”.

d) Respecto a quien oficia como liquidador, considera que sin duda requiere especialización, por lo que la asistencia de profesionales en Ciencias Económicas resulta necesaria, de la misma manera que la existencia de letrados

¹⁰⁹ LISOPRAWSKI, Silvio V., “Fideicomiso en el Código Civil y Comercial”, LL Suplemento Especial Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación. Contratos en particular 2015 (abril), 510, cita online: AR/DOC/1073/2015.



DECONOMI

que coadyuven en el imprescindible análisis jurídico. Señala que la cuestión pasa por elegir entre un funcionario designado por el juez a la manera de un interventor judicial, o lisa y llanamente recurrir a los profesionales que son propios del sistema concursal, es decir, los síndicos, entendiéndose que los síndicos concursales, por su especialidad, parecen ser los más indicados para esta labor.

e) Manifiesta que en el decreto de liquidación el juez adoptará las directivas del art. 88 de la LCQ y dentro de él la fijación de la fecha hasta la cual se pueden presentar las solicitudes de verificación de créditos ante el liquidador y la de presentación de los informes individual y general, respectivamente. Se abrirá así el período informativo en el que todos los acreedores por causa o título anterior a la declaración de liquidación deben formular al liquidador el pedido de verificación de sus créditos, e indicar monto, causa y privilegios.

f) Señala que, respecto del período informativo, se aplicaría el art. 200 de la LCQ, y se retiraría el esquema procedimental contenido en los arts. 32 a 40 de la misma ley en cuanto a las facultades de información del liquidador, la formación de legajos correspondientes a los acreedores que soliciten la verificación de sus créditos, el período de observación y su mecánica, y, por último, el informe individual del art. 35 y el general del art. 40 de la citada ley. En esta línea, indica que el Juez deberá resolver acerca de la procedencia y alcances de las solicitudes formuladas por los acreedores (arg. art. 36, LCQ). El crédito o privilegio no observados por el liquidador, el fiduciario o los acreedores, es declarado verificado, si el juez lo estima procedente. Cuando existan observaciones, el juez debe decidir declarando admisible o inadmisibles el crédito o el privilegio. También entiende que resulta aplicable el art. 37 de la LCQ en cuanto a los efectos de la referida decisión judicial.

g) En esta línea, indica que, una vez declarada la liquidación, todos los acreedores quedan sometidos a su régimen (art. 125, LCQ).

h) Añade que los acreedores con hipoteca o prenda pueden reclamar en cualquier momento el pago mediante la realización de la cosa sobre la que recae el privilegio, previa comprobación de sus títulos en la forma indicada por el art. 209, sin necesidad de verificar previamente.



DECONOMI

i) Entiende que la declaración de liquidación produce la caducidad de los plazos; que las obligaciones pendientes de plazo se consideran vencidas de pleno derecho a la fecha de la sentencia de liquidación del fideicomiso (art. 128, LCQ) y que rige la suspensión del curso de los intereses de todo tipo, a la fecha de la declaración de liquidación, con los efectos y alcances del art. 129 de la LCQ.

j) En cuanto a las acciones judiciales iniciadas contra el fideicomiso (en rigor contra el fiduciario que lo encabeza y en relación al patrimonio fideicomitado), entiende que la liquidación provocará el fuero de atracción debiendo radicarse ante el juez que la dirige.

k) Señala que la ejecución de las garantías reales (v. gr. hipotecas, prendas) sobre bienes que corresponden al patrimonio fiduciario se rige por los arts. 126, párr. 2º, y 209 de la LCQ.

l) Opina que el liquidador está legitimado para el ejercicio de los derechos emergentes de las relaciones jurídicas patrimoniales establecidas por el fiduciario antes de la liquidación del patrimonio fideicomitado (art. 142, LCQ) y que cuando se trate de contratos con prestaciones pendientes se estará a lo dispuesto en los arts. 143 y 144 del ordenamiento concursal.

m) Respecto de los boletos de compraventa de inmuebles, considera aplicable el art. 146 de la LCQ. Es decir, aquellos que fueron otorgados a favor de adquirentes de buena fe son oponibles a la liquidación si el comprador hubiera abonado el 25% del precio, cualquiera sea el destino del inmueble. El autor indica que una hipótesis frecuente será la de los beneficiarios de un fideicomiso inmobiliario con característica “asociativa”, que efectuaron aportes para adquirir una unidad en un emprendimiento, y señala que en estos casos, si bien no estamos frente a un boleto de compraventa, sino frente a la relación personal que vincula al beneficiario y al fideicomisario con el fideicomiso, esa relación y el objeto hacen asimilable la situación al supuesto del art. 146 citado, por imperio de lo dispuesto por el art. 159 de la LCQ, que habilita la aplicación analógica de normas y atiende a la debida protección del crédito, la integridad del patrimonio del deudor y de su empresa, el estado de concurso y el interés general.



DECONOMI

n) Entiende que en cuanto a la liquidación y la distribución serían aplicables los arts. 203 a 218 de la LCQ. No cabe ninguna duda de que el aspecto más relevante lo constituye el proyecto de distribución, con el resultado de la realización de los bienes, las reservas necesarias, incluidos los honorarios de los profesionales que intervengan en el proceso liquidador.

ñ) El jurista tiene una opinión favorable respecto del pago preferente de los “gastos de conservación y de justicia” (art. 240, LCQ).

o) Asimismo, manifiesta que rige el orden de privilegios previsto para la quiebra. En consecuencia, deberá observarse la prelación impuesta por los arts. 239 a 250 de la LCQ.

p) Finalmente, entiende que se aplican los arts. 230 a 232 de la LCQ.

A modo de síntesis, las normas regulatorias del concurso liquidativo, como así también sus principios, deben ser observadas por el juez, pudiendo apartarse de ellas ante dichas situaciones especiales cuando entiendan que no resultan de pertinente aplicación al caso concreto. Es decir, frente a una liquidación judicial y ante la ausencia de previsión normativa, los jueces deben designar un liquidador. Teniendo en cuenta que serán aplicables las normas concursales, quien mejor se encuentra capacitado es el síndico concursal con características propias del funcionario concursal en el proceso de quiebra y que lleve a cabo como órgano del proceso el período informativo, la liquidación y la distribución de los bienes y/o derechos integrantes del patrimonio fideicomitido insolvente, llevando a cabo las acciones de recomposición patrimonial que sean pertinentes.

Teniendo en cuenta que la liquidación de un fideicomiso es un proceso de corte universal y que el art. 2579 CCCN dispone que en dichos procesos los privilegios se rigen por la ley aplicable a los concursos, el liquidador debe tener los conocimientos necesarios para poder llevar a cabo la distribución de los fondos que ingresen una vez realizados los bienes fideicomitados, siendo el síndico concursal el profesional que más capacitado se encuentra para ello.

Asimismo, por el carácter universal del proceso de liquidación, todos los acreedores del fideicomiso -de causa o título anterior al decreto de liquidación- deberán solicitar la verificación de sus créditos, sea en forma



DECONOMI

tempestiva o tardía, pudiendo promover el respectivo incidente de revisión en caso de que no resulte admitido su crédito en la resolución verificatoria.

Ante la existencia de juicios iniciados contra el fideicomiso, el juez deberá disponer la aplicación del art. 132 LCQ. Ordenará la suspensión del trámite de todos los juicios de contenido patrimonial con excepción de los supuestos expresamente contemplados por dicha norma, con fundamento en el principio de la *pars conditio creditorum*, evitando de esa manera que algunos acreedores, mediante la ejecución individual de sus créditos, se coloquen en situación ventajosa respecto de los demás.

Y en el caso de que los acreedores del fideicomiso opten por solicitar la verificación de su crédito, deberán desistir de continuar con el juicio ya iniciado y, para el caso de que no resulten admitidos en el proceso de liquidación, firme la sentencia que los declare inadmisibles, la misma gozará de la cosa juzgada concursal con alcance extraconcursal.

Es así, como se puede ver que muchas cuestiones que la práctica tribunalicia ha ido abordando en las liquidaciones de fideicomisos, permiten concluir cada vez de manera más clara que el art. 1687 CCCN admite expresamente la aplicación de las normas concursales para tales procesos.

V.6. Efectos del concurso sobre el fideicomiso

Los efectos del concurso, sea preventivo o liquidatorio, sobre los bienes fideicomitidos y sobre las relaciones derivadas del contrato de fideicomiso, requieren un tratamiento específico, dado que el fideicomiso no constituye una persona jurídica, pero sí implica un patrimonio separado, con destino específico y reglas propias de administración.

En primer lugar, si el fiduciario es declarado en concurso, los bienes fideicomitidos no integran su masa activa (art. 1683 CCCN), por lo que no podrían ser objeto de verificación de créditos ni de realización para satisfacer a los acreedores personales del fiduciario. Esta disposición legal asegura la impermeabilidad del patrimonio de afectación frente a las deudas del fiduciario,



DECONOMI

aunque no lo exime de rendir cuentas o responder por eventuales daños derivados de su actuación negligente o dolosa en el ejercicio del cargo.

En este sentido, la jurisprudencia¹¹⁰ ha reconocido que el síndico del concurso del fiduciario no puede disponer ni administrar los bienes fideicomitidos, salvo que exista un incumplimiento contractual o legal por parte del fiduciario que justifique su remoción o la extinción del fideicomiso.

En segundo lugar, si es el fiduciante o el beneficiario quien se ve involucrado en un proceso concursal, el fideicomiso tampoco se ve afectado, en principio, por tal circunstancia, salvo que el fiduciante haya incumplido con aportes comprometidos al patrimonio fideicomitado o que el beneficiario tenga derechos económicos en curso de adquisición, que deban ser informados como activos en el concurso.

Más compleja resulta la hipótesis en la que se admite la concursabilidad del propio fideicomiso. En ese caso, la apertura del concurso o de la quiebra del fideicomiso como estructura patrimonial autónoma debe conllevar la identificación de los acreedores vinculados a dicho patrimonio, la individualización de los activos y pasivos fideicomitados, y la designación de un administrador o liquidador judicial que sustituya al fiduciario, bajo las reglas de la LCQ. Aquí, el proceso concursal adquiere una funcionalidad instrumental, orientada a lograr la realización ordenada de los bienes para satisfacer a los acreedores del fideicomiso, sin confundirlos con los acreedores personales del fiduciario.

En suma, los efectos del concurso sobre el fideicomiso varían según quién sea el sujeto involucrado en el proceso y si se admite o no la concursabilidad del fideicomiso como tal. En cualquier caso, debe preservarse el principio de separación patrimonial, el respeto por el fin del contrato fiduciario y la tutela efectiva de los derechos de los acreedores legítimos vinculados al patrimonio fideicomitado.

¹¹⁰ Tal fue la doctrina en el fallo “Quiebra de Cía. Financiera Libertador S.A. s/ incidente – fideicomiso Santa Elena”, donde se dispuso la continuidad de la administración fiduciaria bajo supervisión judicial, preservando los derechos de los beneficiarios.



VI.7. Aplicación de los artículos 189 y 190 de la Ley de Concursos y Quiebras: la continuidad de la explotación en la liquidación del fideicomiso

En los supuestos en los que se admite la concursabilidad del fideicomiso y se abre su liquidación judicial, cabe preguntarse si resultan aplicables los artículos 189 y 190 de la Ley 24.522, referidos a la posibilidad de continuar con la explotación de la empresa fallida durante el proceso de quiebra.

Esta cuestión adquiere especial relevancia en fideicomisos inmobiliarios o de desarrollo de obras, en los que interrumpir la actividad constructiva puede implicar perjuicios irreversibles tanto para los acreedores como para los beneficiarios o adquirentes de unidades funcionales.

El artículo 189 establece que *“el juez podrá disponer la continuación de la explotación de la empresa si, a pedido del síndico o del comité de control, si demuestra que es la forma más conveniente para la conservación de los bienes o la obtención del mayor valor posible en la liquidación”*. A su vez, el artículo 190 regula las condiciones, requisitos y límites de dicha continuación.

La aplicación de estas normas al fideicomiso en liquidación aparece como una alternativa razonable y jurídicamente viable, siempre que se reconozca a este como sujeto concursable o, al menos, como masa patrimonial organizada pasible de liquidación judicial. En tales casos, el fiduciario o el liquidador designado podría solicitar la continuación “en marcha” de la actividad fiduciaria, cuando ello resulte conveniente para cumplir con la finalidad del contrato y maximizar la utilidad para los acreedores.

Doctrinariamente, autores como Grisolía ¹¹¹ y Gebhardt ¹¹² han defendido la posibilidad de aplicar analógicamente el régimen de continuación de la explotación previsto en la LCQ a otras formas organizativas no

¹¹¹ *“Es plenamente viable que se disponga la continuación de la actividad económica del ente concursado, aun cuando se trate de estructuras atípicas, como patrimonios de afectación autónomos, si ello garantiza una mejor realización del activo y preserva relaciones obligacionales en curso”* Grisolía, Julio C., *Derecho concursal*, La Ley, 2021, p. 842:

¹¹² *En el fideicomiso de construcción, la paralización de las obras suele implicar una frustración masiva de los derechos de los beneficiarios. Por eso, en los casos de liquidación judicial, debe priorizarse la continuidad controlada del emprendimiento, como forma de maximizar el valor patrimonial afectado y respetar la finalidad contractual”* Gebhardt, Marcelo, “Los efectos de la quiebra en los contratos de fideicomiso”, LL 2012-E-948



empresariales, cuando se verifica un interés económico-social relevante y un grado de organización que permita dicha continuidad bajo supervisión judicial.

En el ámbito de los fideicomisos inmobiliarios, esta posibilidad permitiría, por ejemplo, concluir la construcción de edificios, ejecutar contratos de adjudicación de unidades funcionales, transferir derechos reales a los adquirentes y proteger el valor económico del emprendimiento. Se evitaría así la paralización de obras, la pérdida de inversiones y el colapso del contrato fiduciario, con consecuencias sociales y económicas considerables.

Además, en fideicomisos productivos, agroindustriales, energéticos o de inversión, una liquidación desorganizada podría implicar la disgregación de activos que funcionan como unidad económica, reduciendo drásticamente su valor de realización. En estos casos, la liquidación “en marcha” permitiría preservar la integridad funcional del patrimonio y obtener un mejor resultado económico y jurídico.

Por tanto, si bien la LCQ no prevé de modo expreso la aplicación de los artículos 189 y 190 al fideicomiso, su utilización por analogía, en el marco de una interpretación finalista y funcional, resulta adecuada para alcanzar los fines del proceso concursal: satisfacer de manera ordenada y equitativa a los acreedores, evitando la pérdida innecesaria de valor económico.

Este enfoque también se ajusta a los principios de conservación de la empresa y de continuidad de la actividad económica en contextos de insolvencia, ampliamente reconocidos tanto en doctrina como en derecho comparado, y que pueden —con los debidos recaudos— ser extendidos al ámbito fiduciario en procesos de liquidación judicial supervisada.

VI.8. La posibilidad de extensión de la quiebra al fiduciario

La posibilidad de extender la quiebra del fideicomiso al fiduciario —o viceversa— plantea una cuestión de gran relevancia práctica, especialmente cuando se advierten situaciones de confusión patrimonial, administración fraudulenta o uso abusivo del fideicomiso como instrumento para eludir responsabilidades.



DECONOMI

La Ley de Concursos y Quiebras contempla, en su artículo 161, la figura de la “extensión de la quiebra”, habilitando al juez para declarar en estado falencial a terceros que se encuentren en alguna de las siguientes situaciones: a) confusión de patrimonios; b) fraude a la ley concursal; c) desvío del interés social en perjuicio de los acreedores.

Aplicado al caso del fideicomiso, este mecanismo podría activarse cuando el fiduciario haya utilizado los bienes fideicomitidos en su propio interés, incurriendo en maniobras que desnaturalizan la separación patrimonial prevista en el artículo 1683 del CCCN. También podría proceder si el fiduciario y el fideicomiso actuaron como una única unidad económica, sin distinción real entre los respectivos patrimonios.

La jurisprudencia ¹¹³ ha admitido la extensión de la quiebra en supuestos de fideicomisos inmobiliarios administrados de forma fraudulenta, cuando el fiduciario utilizaba las cuentas y los fondos del fideicomiso para fines ajenos al contrato.

Doctrinariamente, Grisolía ¹¹⁴ sostiene que *“cuando se acredita la utilización del fideicomiso como vehículo de fraude, debe dejarse de lado la ficción de separación patrimonial, para hacer efectiva la responsabilidad patrimonial universal del fiduciario”*. En igual sentido, Gebhardt ¹¹⁵ destaca que *“el fideicomiso no puede ser un refugio para eludir obligaciones: su uso instrumental con fines abusivos habilita la actuación correctiva del juez concursal”*.

En sentido contrario, parte de la doctrina ¹¹⁶ ha advertido que la extensión de la quiebra debe ser excepcional, y que no basta con invocar la mera insolvencia del fiduciario para comprometer el patrimonio fideicomitido. La carga de la prueba recae sobre quien alega la confusión o el fraude, y el análisis debe ser riguroso.

En síntesis, la extensión de la quiebra entre el fideicomiso y el fiduciario es posible, pero requiere una fundamentación sólida y la demostración

¹¹³ Conf. “Quiebra de Patagonia Fiduciaria S.A. s/ incidente de extensión de quiebra”, Juzgado Comercial N.º 3, 2019

¹¹⁴ Grisolía, Julio C., Derecho concursal, La Ley, 2021, p. 933

¹¹⁵ Gebhardt, Marcelo, LL 2012-E-948

¹¹⁶ Martorell, ob.cit.



de que se ha vulnerado la autonomía funcional del patrimonio fideicomitido. No se trata de una traslación automática, sino de una herramienta excepcional destinada a proteger a los acreedores y preservar la integridad del proceso concursal.

Este instituto debe ser interpretado con criterio restrictivo, y su aplicación debe fundarse en pruebas concretas que justifiquen la inoponibilidad de la estructura fiduciaria en el caso concreto, sin que ello implique desconocer las garantías que la ley brinda al funcionamiento regular y legítimo del fideicomiso.

VI. CONCLUSIONES PRELIMINARES

La regulación del fideicomiso en el Código Civil y Comercial argentino, y particularmente su previsión de una liquidación judicial en caso de insuficiencia patrimonial, plantea un desafío interpretativo relevante en materia concursal. Si bien el legislador optó por evitar la utilización del término “quiebra”, no cabe duda de que la liquidación dispuesta en el art. 1687 constituye, en los hechos, un proceso paraconcursal que requiere la aplicación analógica de las normas de la Ley 24.522.

De todas maneras, el análisis de la concursabilidad del fideicomiso en el marco normativo argentino revela una zona de tensión entre la dogmática jurídica tradicional y las exigencias prácticas del derecho patrimonial moderno. El fideicomiso, al ser una figura compleja que articula un patrimonio de afectación autónomo con una finalidad específica y relaciones jurídicas múltiples, desafía las categorías clásicas de sujeto de derecho y persona jurídica previstas en la Ley de Concursos y Quiebras.

La interpretación restrictiva que niega al fideicomiso la calidad de sujeto concursable parte de una concepción formalista que, si bien respeta la literalidad del art. 2 de la LCQ, deja sin respuesta efectiva a los acreedores vinculados exclusivamente al patrimonio fideicomitido. En contraste, una visión funcional, avalada por parte de la doctrina y una jurisprudencia creciente, permite considerar la apertura de procesos concursales respecto del fideicomiso en



DECONOMI

supuestos donde exista una organización económica operativa, pasivo propio y pluralidad de acreedores.

La doctrina ha advertido que la inacción legislativa en este punto puede traducirse en una situación de inseguridad jurídica, tanto para los fiduciantes y fiduciarios como para los acreedores, inversores y beneficiarios de los fideicomisos.

Frente al panorama doctrinario y jurisprudencial descrito, resulta necesario avanzar hacia una interpretación sistemática que armonice la normativa del CCCN y de la LCQ con los principios generales del derecho privado

Por su parte, la experiencia demuestra que es posible legislar sobre la concursabilidad de patrimonios autónomos, adoptando modelos flexibles y respetuosos del principio de legalidad.

Desde esta perspectiva, se puede afirmar que es jurídicamente viable y conveniente admitir la concursabilidad del fideicomiso en aquellos casos en que su funcionamiento genere relaciones patrimoniales complejas con terceros.

En este marco, resulta imperioso que los operadores jurídicos asuman una visión funcional y no meramente formal de la norma. La ausencia de personalidad no debe obstruir la implementación de herramientas eficaces para la solución de conflictos patrimoniales complejos. La liquidación judicial del fideicomiso insolvente es, así, una figura necesaria y legítima dentro del universo del derecho patrimonial y concursal argentino.

La figura del fideicomiso como sujeto funcional del proceso concursal puede construirse a partir de una interpretación integradora del CCCN y la LCQ, que considere los principios de universalidad, tutela del crédito y conservación del valor económico de los patrimonios.

En este sentido, se propone una reforma legislativa que incorpore de manera expresa al fideicomiso como sujeto concursable en determinados supuestos, siempre que reúna elementos objetivos de autonomía patrimonial, funcionamiento organizado y existencia de acreedores vinculados. Esta



DECONOMI

incorporación normativa otorgaría seguridad jurídica a los operadores y evitaría soluciones contradictorias.

Asimismo, debería regularse un procedimiento especial para la liquidación del patrimonio fideicomitado en sede concursal, designando un liquidador que sustituya al fiduciario, con rendición de cuentas ante el juez del concurso. Este proceso garantizaría una adecuada tutela de los acreedores sin desnaturalizar el fin del contrato fiduciario.

La doctrina también ha propuesto una mayor articulación entre los principios del derecho concursal (universalidad, colectividad, *par conditio creditorum*) y los principios del derecho de contratos y derechos reales aplicables al fideicomiso, de modo de evitar vacíos normativos o superposiciones¹¹⁷.

En el plano comparado, legislaciones como la de Chile y Colombia han admitido expresamente la concursabilidad de patrimonios autónomos o patrimonios de afectación en ciertos contratos de fiducia. Estas experiencias pueden servir de modelo para el desarrollo argentino, respetando las particularidades del sistema local.

Dicho esto es necesaria una reforma legal que establezca supuestos objetivos para la concursabilidad del fideicomiso y regule su procedimiento de liquidación autónoma, a fin de garantizar la seguridad jurídica y la eficacia de los procesos.

La buena fe, la transparencia, la autonomía de la voluntad y la función económica del contrato deben ser pilares interpretativos al momento de definir si un patrimonio fideicomitado puede o no ser sometido a concurso. La protección de los acreedores no debe ceder ante estructuras contractuales que, por vía de simulación o abuso del derecho, pretendan colocar bienes fuera del alcance del control jurisdiccional o del sistema de responsabilidad patrimonial universal (art. 743 CCCN).

En definitiva, la admisión de la concursabilidad del fideicomiso no solo es compatible con el orden jurídico vigente, sino que resulta necesaria para

¹¹⁷ Rivera, Julio C. y Medina, Graciela, “Código Civil y Comercial de la Nación comentado”, T. IV, Ed. La Ley, 2015



preservar la equidad, la transparencia y la eficiencia en las relaciones jurídicas que se generan en torno a esta institución.

Un derecho concursal moderno debe estar en condiciones de brindar respuesta a nuevas formas de organización patrimonial como el fideicomiso, sin por ello desnaturalizar sus principios rectores ni su finalidad económica y social.

VII. BIBLIOGRAFÍA

- Gebhardt, Marcelo. "Los efectos de la quiebra en los contratos de fideicomiso", La Ley, 2012-E-948.
- Grisolfía, Julio C. Derecho concursal. Ed. La Ley, Buenos Aires, 2021.
- Kiper, Claudio M. "Fideicomiso y concurso", Revista de Derecho Comercial y de las Obligaciones, La Ley, 2007-III-1213.
- Lisoprawski, Silvio V., "Fideicomiso en el Código Civil y Comercial", LL Suplemento Especial Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación. Contratos en particular 2015 (abril), 510, cita online: AR/DOC/1073/2015
- Lorenzetti, Ricardo L. Tratado de los contratos, Rubinzal-Culzoni, 2016.
- Martorell, Ernesto. Concursos y quiebras, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2009.
- Molina Sandoval, Carlos A., "La liquidación del patrimonio fideicomitado en el nuevo Código", La Ley 8/7/15, cita online: AR/DOC/2035/2015
- Rivera, Julio C. y Medina, Graciela, "Código Civil y Comercial de la Nación comentado", T. IV, Ed. La Ley, 2015
- Villegas, Carlos G. "Fideicomiso financiero y concurso", La Ley, 2004-F-1206.



“¿PODREMOS ATENUAR CRISIS EMPRESARIALES INSTALADAS?”

por Richard, Efraín Hugo

I. EL PANORAMA.

El inteligentísimo amigo Prof. Osvaldo Chomer me ha invitado a seguir platicando en la Revista electrónica de su eficiente dirección, y decidí hacerlo sobre el tema que me convocó el año pasado, la prevención de la crisis.

En estos días somos espectadores de la crisis que vive VICENTIN S.A., después de transitar 5 años de concurso preventivo, cuando se presentó sin balances de sus dos últimos ejercicios, debiendo ser intervenida y presionada correctamente por el Tribunal de Primera Instancia de Reconquista para hacerlo. Luego de muchas peripecias presentó una opinable propuesta con sus acreedores que fue rechazada en primera instancia abriendo el procedimiento previsto en el art. 48 LCQ. Luego la Cámara homologó el acuerdo, cuya resolución anuló el Superior Tribunal Provincial decidiendo remitirlo a la Cámara de Rafaela donde aún no ha llegado. Últimamente los diarios nos informaron de la decisión del Directorio, después de una asamblea general inocua, de cerrar la actividad ante la imposibilidad de pagar salarios. Dieron cuenta después de frenéticas reuniones de todos los interesados citados por el Juez de Reconquista que, pese al bloqueo procesal en que se encuentra, acaba de anunciar que se reabren dos líneas de producción y que se pagarán los salarios en pocos días. Destaco ante el quietismo que suele imperar por parte de accionistas y sus representantes, para que el problema o las pérdidas las asuman los socios, la hiperactividad de un Juez preocupado por el impacto social que se estaba generando. El 22 de abril, cuando este ensayo estaba entregado, el Juez Fabián Lorenzini dispuso la intervención del Directorio, aseguró la prestación de servicios y dio instrucciones precisas para intentar mantener la viabilidad de alguna de las actividades de la concursada.

Por otro lado, cuatro dueños y el contador de una desarrollista han sido apresados y el Fiscal ha habilitado un sistema de denuncias electrónicas



DECONOMI

pues los damnificados (supuestos estafados?) serían más de un millar repartidos en un ámbito geográfico amplio. Este caso me lleva a pensar en la universalidad del tratamiento y si la mejor vía es la penal o la concursal, componiendo un tema que puede ser para un próximo ensayo.

Por eso el título de esta apostilla “ATENUAR CRISIS” que hace a las alertas tempranas a evitar la cesación de pagos, que se publicita para ocultar verdaderas infrapatrimonializaciones o inviabilidad de la sociedad. A mi avanzada edad no puedo alejar mi desaliento por la falta de aplicación de normas como los arts. 19, 94, 96 y 99 de la ley general de sociedades. Recientemente el Superior Tribunal de la Provincia de Córdoba debió intervenir en dos ocasiones y en la segunda dictar fallo, ante un caso entre dos hermanos donde ante el quebranto social reclamara al otro a cargo de la administración por el daño sufrido, ante lo cual el juez de primera instancia en extensísimo fallo le negó el uso de la acción indirecta, lo que ratificó la Cámara y fue casado por el Superior, quién ante la insistencia de la Cámara dictó sentencia aceptando la acción por daño indirecto basado en que solo eran dos los socios: el art. 99 LGS no fue mencionado siquiera en ninguna instancia –caso Ocampo vs. Ocampo”. Por eso actúo hoy como ese senador romano que iniciaba todas sus intervenciones con la arenga “Delenda est Cartago”, y de allí las repeticiones que se advertirán.

¡Son los tiempos de la Justicia!

Por eso debo referirme primero a la connotación del capital social que se ligan a aspectos aparentemente fundamentales de las sociedades. Desde la generación de un patrimonio autogestante, a la potencialidad de desarrollar la actividad u objeto social, constituir un elemento referencial para distribuir utilidades, y determinar la viabilidad de la sociedad manteniendo un patrimonio neto positivo, engarzado en las causales de disolución, su remediación y las responsabilidades no tipológicas que pueden generarse.

Aspectos vinculados al desempeño de los administradores sociales, tanto en sus rendiciones de cuentas como en evitar el daño y su responsabilidad, dentro de la “business judgement rule”.

II. ALGO SOBRE EL CAPITAL SOCIAL.



DECONOMI

Ante las realidades que advertimos en concursos societarios, se impone pensar centralmente en torno a su viabilidad, sin perjuicio de referir las funciones o LA FUTILIDAD ACTUAL DEL CAPITAL SOCIAL, pues la posible utilidad de esa noción ha quedado fulminada hace ya muchos años por la inflación que desmorona la utilidad de esa tradicional mención. Es el patrimonio integrado por aportes de diversa índole y otros medios de financiación o de generación de recursos lo que interesa.

Vinculado a ello y en orden a la función de garantía donde se desenvuelve la noción de infracapitalización material para asumir ese fenómeno, inclusive hasta la fecha, prefiero referirme desde el nuevo siglo a esa noción, como más representativa del fenómeno que afecta la viabilidad empresarial.

Pero el tema ligado a causales de disolución de las sociedades, que impone su remediación o liquidación, toma especial tono al comparar con la legislación concursal que exige la cesación de pagos, o sea meramente la insuficiencia de activos corrientes, aunque su balance sea deficitario. Una sociedad que este practicando un sistema piramidal de recepción de pedidos o fondos, ante la petición de quiebra podrá consignar el importe reclamado y requerir costas, aunque a poco que se analice el balance se advertiría el fraude y el uso espúreo. Serán las aleras tempranas.

III. EL PATRIMONIO FUNDACIONAL.

Apuntando al capital, rescato que corresponde a la autonomía de la voluntad la determinación del capital operativo, pero son normas imperativas las que determinan el capital mínimo y resguardan la función de garantía del capital estatutario, constituyendo causal de disolución su pérdida e imponiendo la disolución salvo capitalización, para resguardar el interés de los terceros acreedores y su patrimonio¹¹⁸. Pasa a ser un tema de responsabilidad operativa.

¹¹⁸ “EL CONTRADERECHO: LAS NORMAS IMPERATIVAS DEL DERECHO SOCIETARIO”, con Juan Carlos VEIGA en El Derecho Societario y la Empresa en el Tercer Milenio, XII CONGRESO ARGENTINO DE DERECHO SOCIETARIO, VIII CONGRESO IBEROAMERICANO DE DERECHO SOCIETARIO Y DE LA EMPRESA, 25 al 27 de septiembre de 2013, Ed. Universidad Argentina de la Empresa y Cámara de Sociedades Anónimas, tomo I pág. 161.



DECONOMI

Los primeros artículos de cualquier ley de sociedades suelen fijar un criterio para caracterizar esta relación jurídica de organización, en interés mutuo, que es para los socios “realizar aportes para aplicarlos a la producción o intercambio de bienes o servicios participando de los beneficios y soportando las pérdidas”¹¹⁹. O sea generando un nuevo patrimonio como prenda común de los acreedores, regulan para que no pueden generar daño si se adoptan las soluciones previstas imperativamente¹²⁰, que en su caso –como principio- las pérdidas no deben ser trasladadas a terceros (absolute priority rule).

Evitar el daño, soportando las pérdidas los socios, se encuentra también inserto “en el principio de integridad del capital y en las funciones que a éste se asignan. En efecto, si la defensa del interés de los acreedores descansa en la función de retención patrimonial que tiene asignada la cifra del capital social, parece razonable que en una situación en la que el patrimonio ha descendido”¹²¹ en forma tal que corre peligro la satisfacción del pasivo deben adoptarse medidas que aseguren la viabilidad de la sociedad y la satisfacción del pasivo.

IV. ALERTA TEMPRANA.

Esa “pérdida” debe ser real, aunque es reconocida por una determinación contable aprobada por el órgano de gobierno de la sociedad, en primer lugar como una alerta temprana para revisar la viabilidad social con el patrimonio que dispone. Pero esa pérdida matemática puede no ser real y obliga a revisar la viabilidad empresarial con el patrimonio y flujo de fondos disponible o previsible. Según la versión más conservadora la misma se produce cuando el patrimonio neto acusa pérdidas de tal envergadura que éstas igualan o superan a todos los importes positivos del patrimonio neto (capital, ajuste de capital, reservas, durante la vida social, de la existencia en la caja de la sociedad). O sea

¹¹⁹ La transcripción encomillada corresponde al art. 1 de la Ley General de Sociedades de la República Argentina.

¹²⁰ RICHARD, Efraín Hugo “NORMAS IMPERATIVAS DEL DERECHO SOCIETARIO PARA PREVENIR DAÑOS”, en *Los aspectos empresariales en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación*, Ed. Fidas, Buenos Aires 2015, página 79.

¹²¹ GARCIA CRUCES, José Antonio *Derecho de Sociedades Mercantiles*, Ed. Tirant Lo Blanch, , Valencia 2016, pág. 479. En el caso de España por debajo de la mitad del capital social –o de un tercio según el tipo-, en Argentina del 100%, pudiendo verse el estudio de derecho comparado RDCO N ° 277, Marzo/abril 2016, pág. 399 investigación “*La Causal de la Disolución de la Sociedad por pérdida del Capital Social y la Convergencia en este aspecto con la Legislación Concursal y Societaria*”.



el activo de la sociedad no está en condiciones de satisfacer el pasivo. Para las sociedades de capital ínfimo, por el tipo (one dollar corporation) o por el plan de negocios previsto, se “deberá ponderar la capacidad patrimonial de la sociedad y eventualmente su potencialidad para generar flujos de caja positivos” en orden a descartar si en tales casos “el capital social pueda cumplir una función de garantía”¹²². Creo que es una forma realista de ver esa función de garantía en el capital social, que en realidad se concreta en su patrimonio.

V. EL CAPITAL COMO REQUISITO FUNDACIONAL.

En los hechos, el capital social sólo tiene entidad en el momento de la constitución de la sociedad. En ese preciso instante, se verifica una relación que no se repetirá, salvo por azar, y es que el activo será matemáticamente igual al capital social, y el capital social será matemáticamente igual al patrimonio neto. A partir del inicio de las actividades económicas del ente, el capital continuará inalterable, y los cambios que se producen en el activo y el pasivo, no se reflejarán en él, sino en otras cuentas del patrimonio neto. Es decir, a diferencia del capital que es una cifra estática e inalterable, que está blindada jurídicamente para dificultar tanto su aumento, como su reducción, lo dinámico son las otras cuentas del patrimonio neto. En particular, la cuenta donde se reflejan los resultados (pérdidas o ganancias) del ejercicio y las acumuladas. Así, el capital social pierde su densidad ontológica, y se convierte en una cifra que aritméticamente tiene existencia, pero no refleja nada. Lo que verdaderamente refleja la situación de la empresa, es el patrimonio neto en pleno. Es decir, la diferencia resultante entre activo y pasivo. Tampoco se reflejará en el capital estático la inflación...

En caso en el que el patrimonio neto sea menor que el capital, ya comenzó la pérdida del capital social, una alerta temprana. La pérdida total se produce cuando las pérdidas o quebrantos acumulados (cifras negativas del patrimonio neto), igualan o superan a la suma de todas las cifras positivas del patrimonio neto (capital social, ajuste del capital, aportes irrevocables y

¹²² ORQUERA, Juan Pablo – RASPALL, Miguel Ángel (Directores) *El Capital Social*, Ed. Astrea Bs. Aires 2022 pág. p. 25, y el reanálisis de pág. 51.



DECONOMI

reservas). También ello se refleja, porque al ser el patrimonio neto igual a cero, o negativo, el pasivo será igual o mayor que el activo. Esta representación matemática implica cuando menos una “alerta temprana” y dispara cuando menos una posibilidad de generar responsabilidad.

VI. PATRIMONIO SUFICIENTE.

“En la sociedad anónima, esencialmente capitalista, no parece prudente esperar a que el capital se pierda totalmente para que las pérdidas operen como causa de disolución, pues entonces los acreedores no tendrían ninguna seguridad o garantía para el percibo de sus créditos. De ahí que nuestra ley (art. 260.1.4ª) declare causa de disolución el hecho de que se produzcan pérdidas que dejen reducido el patrimonio a una cantidad inferior al capital social, a no ser que ése se aumente o se reduca en la medida suficiente. Desde esta perspectiva, esa norma opera como un instrumento preconcursal destinado a evitar la insolvencia de las sociedades anónimas y su eventual declaración de quiebra”, se identificaba para España¹²³, en paralelo a nuestro derecho. Por eso constituye alerta temprana imponiendo a administradores y socios revisar la viabilidad, para evitar asumir responsabilidad.

VII. ATISBANDO RESPONSABILIDAD.

Si el capital social es la contrapartida de la limitación de la responsabilidad del socio, limitación que es considerada un privilegio que excepciona el principio de derecho común de unidad del patrimonio, dicho privilegio exige que los socios aporten fondos suficientes para su cometido, pues sin un capital social adecuado el excepcional beneficio de la «responsabilidad limitada» carece de fundamento¹²⁴. Mejor debería referirme a un patrimonio social suficiente.

¹²³ URÍA, R.; MENÉNDEZ, A. y GARCÍA de ENTERRÍA, J. –“La sociedad anónima: disolución” Cap. 4, pág. 1001 en CURSO DE DERECHO MERCANTIL.

¹²⁴ C. Civ. y C. Santa Fe, Sala 2ª. 27/4/06. Bocca S.A. Con comentario de los Dres. Di Chiazza y Van Thiene en “La infracapitalización originaria y una sentencia digna de no ser imitada”, donde sostienen que “*En consecuencia, para la Sala II de la Cámara de Apelaciones Santafesina sentenciante en Bocca S.A. el capital debe adecuarse con el objeto social porque: (I) es innegable que el objeto social se cumple con el capital social y (II) al no observarse dicha*



DECONOMI

Una vez que se generaliza la responsabilidad limitada para todas las sociedades, la cifra de capital sirve, fundamentalmente, a la protección de los acreedores. En contrapartida por la irresponsabilidad por las deudas sociales, los accionistas han de “ofrecer” a los acreedores sociales un patrimonio específico que pueda ser atacado por éstos para cobrar sus créditos (función de garantía del capital social).¹²⁵ Y mantenerlo en análisis prospectivo como requiere la Memoria.

VIII. BLINDAJE.

El patrimonio, para algunos el capital¹²⁶, es el principio de la función de productividad y debería fijarse en orden a un plan de negocios, pues será el punto básico para la responsabilidad de sus miembros coherente con el art. 143 CCC: “Personalidad diferenciada. *La persona jurídica tiene una personalidad distinta de la de sus miembros. Los miembros no responden por las obligaciones de la persona jurídica, excepto en los supuestos que expresamente se prevén en este Título y lo que disponga la ley especial.*” Especial diligencia que descarta la posibilidad de culpa leve, obligación de administradores

Ese art. 143 protege a los acreedores individuales de los socios, ante la personificación no publicitada de la sociedad, prevista para la sociedad simple en los Arts. 21 y ss. LGS. Si bien se pone el énfasis en la separación de los patrimonios entre la persona jurídica y de las otras personas físicas o jurídicas que la generan, donde se hace prolija la regulación normativa -en todas las legislaciones- es para asegurar el ingreso de los aportes al patrimonio de la sociedad y en resguardar los derechos de los terceros que se han vinculado a la realidad funcional empresaria, o sea al nuevo centro de imputación diferenciada, incluso en referencia a la sociedad en formación¹²⁷, o aún a la irregular. No es

adecuación el objeto sería de cumplimiento imposible (art. 94, inc. 4), ergo, la sociedad nacería con una pseudo causal de disolución congénita.”

¹²⁵ ALFARO ÁGUILA-REAL trabajo citado.

¹²⁶ ORQUERA, Juan Pablo – RASPALL, Miguel Ángel (Directores) *El Capital Social*, Ed. Astrea Bs. Aires 2022 pág. 3.

¹²⁷ El tema se encuentra superado dentro del derecho argentino, particularmente después de la reforma del año 1983. Cfr. Nto. “Patrimonio y capital social” pág. 103 y ss. -especialmente a pág.106- en el libro Derecho y principios societarios, publicación de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba, año 1982. Incluso la Corte Suprema de Buenos Aires le ha reconocido efectos anteriores a la propia constitución de la sociedad en formación: Nto. “Sociedad en gestación: su calificación jurídica”, en Abeledo Perrot, Buenos Aires Noviembre 2008, n° 11 p. 1243, jurisprudencia anotada.



DECONOMI

otra cosa que el principio de la división patrimonial, que resguarda a su vez la posibilidad de que la persona jurídica así creada pueda generar nuevas personas jurídicas. Es el fenómeno de las asociaciones de segundo grado, que impone al legislador ciertas regulaciones (arts. 31 y ss. LGS).

La gestación de la división patrimonial impone ciertos atributos como la individualización con denominación y domicilio, para determinar la ley aplicable y la jurisdicción donde puede reclamar o ser reclamada en derecho¹²⁸.

Ante la eventual insuficiencia del capital social, que hace a un tema de infrapatrimonialización, que es una zona gris¹²⁹, se abre una línea roja, las “red flags” que funcionan incluso en la “one dollar corporation”, ahora la sociedad de un Euro en España, con responsabilidad hasta 3.000 E si estuviera infrapatrimonializada, pues cuando el balance como declaración unilateral de verdad es aprobado por la asamblea indicando que el patrimonio neto es neutro o negativo significa que se ha perdido ese dólar o euro, que era una barrera. Y en muchas legislaciones la línea roja se traza con la pérdida de sólo parte del capital social, en la argentina recién el 100%, pero sería suficiente si se aplicara. Pero en procesos concursales de eso no se habla, particularmente al homologar acuerdos. Si llega el expediente a un despacho judicial para homologar en esos supuestos una propuesta de quita, no debería hacerlo por las normas del CCC y de la propia LCQA en su art. 52 ap. 4. No declarará la quiebra por aplicación del art. 48 LCQA o podrá imponer la tercera vía que será la del art. 96 LGS.¹³⁰

O sea que un juez, incluso el que entienda en el concurso de una sociedad ante un acuerdo con quita, de oficio o ante el planteo del Síndico o de un acreedor, podría cuestionar por abusiva la propuesta de acuerdo protegiendo a los acreedores que no adhirieron—por trasladar el riesgo a los acreedores— y, obviamente no homologar el acuerdo que implicara un fraude a la ley societaria, particularmente en cuanto a las normas de garantía del capital social. Sea por

¹²⁸ URÍA, Rodrigo *Derecho Mercantil* Madrid 1958 p. 99.

¹²⁹ Se usa y hemos usado “infrapatrimonialización material”, tanto en la jurisprudencia como en la doctrina, en forma imprecisa, ver: JUNYENT BAS, Francisco A. “La infracapitalización societaria. Responsabilidad de administradores y socios”, en LA LEY 13/05/2009, 13/05/2009, 1 - LA LEY 2009-C, 1045. Se impone precisar que la infrapatrimonialización material no siempre importa la pérdida del capital social, que vinculamos a la inexistencia de patrimonio exteriorizado y no meramente insuficiente. La terminología esta ligada a la “función de productividad”, pero me concentro en la “función de garantía del capital social”.

¹³⁰ Nto. “EL ABUSO EN LA TERCERA VIA EN CONCURSOS DE SOCIEDADES”, en Revista de la Facultad, Vol. I, n° 1, Nueva Serie II (2014), Facultad de Derecho y Ciencias Sociales (UNC), pág. 1.



abuso, sino se perdió el capital social, o por fraude si esa pérdida existió y los socios no la atendieron en la forma prevista imperativamente por la norma específica.

IX. PLAN DE VIABILIDAD.

El plan de negocios que hoy no se requiere en la presentación en concurso de una sociedad ni en su obligatoria integración de la propuesta, exigiéndoselo en cambio al Síndico o a la cooperativa de trabajo que intenta continuar el giro, será ahora indispensable conforme la previsión del art. 100 LGS.

Sin duda la capitalización de deudas, incluso laborales –art- 43 LCQ y 179.2 LGS, en el caso que se asegure la continuidad de la empresa, su viabilidad, el mantenimiento del empleo, podrá entregar experiencias interesantes sobre el “accionariado obrero” y una visión del “capitalismo emprendedor”. A su vez, esta visión sobre la función de garantía del capital social y la responsabilidad de administradores, síndicos y algunos socios –que han desconocido las normas imperativas o han sido mal asesorados- entreabre nuevas perspectivas para los trabajadores en caso de concurso o quiebra de una sociedad –arg. Arts.150 y 167 CCC y 99 LGS-. He divagado sobre el capital social, el mismo no se registra entre los elementos configurativos de una sociedad –art. 1º LGS-, que lo son los aportes –de diversa índole- que generan el nuevo patrimonio y dan viabilidad a la sociedad. Y ello es palpable en la disposición de la sección IV art. 23 LGS que dispone “...BIENES REGISTRABLES. Para adquirir bienes registrables la sociedad debe acreditar el Registro su existencia y las facultades de su representante por un acto de reconocimiento de todos quienes afirmar ser sus socios. Este acto debe ser instrumentado en escritura pública o instrumento privado con firma autenticada por escribano. El bien se inscribirá a nombre de la sociedad, debiéndose indicar la proporción en que participan los socios en la sociedad”.

X. UN ANTECEDENTE DE LA FUTILIDAD DEL CAPITAL SOCIAL.



DECONOMI

A su vez fue recogido en un Anteproyecto de Ley General de Sociedades del Ministerio de Justicia del año 1992, con la participación de Sergio Le Pera, Horacio Fargosi, Miguel Araya, varios más y quién esto escribe, con la Secretaria de Coordinación de María Celia Marsili y San Millán, actualizando la ley del 72 e incorporando un nuevo tipo la Sociedad por Acciones Simplificada donde estaba prohibido expresar el capital, con la idea que administradores y socios debían analizar anualmente el patrimonio de retención para determinar la distribución de dividendos asegurando la viabilidad empresarial de la sociedad.

En 2012 convocado junto a Rafael Manóvil y Horacio Roitman introducimos la unipersonalidad casi sin límites para asegurar el desenvolvimiento de cada emprendimiento que incluso pudiera tener el único socio en forma independiente, y la factura de la Sección IV con el referido texto, que fue aceptado no así el criterio sobre la unipersonalidad, que se restringió casi hasta imposibilitarla, pese a que se mantuvo la Exposición de Motivos que habíamos pergeñado.

XI. GENERACION DE PERSONA JURIDICA Y DOTACION PATRIMONIO.

No tenemos dudas que el tradicional tema del capital social debe entenderse como dotación patrimonial constituyente para generar la persona jurídica sociedad, pero en su funcionalismo debe atenderse al patrimonio, conforme a técnicas contables modernas, para cada año revisar el plan de viabilidad empresarial y evitar daños.

Es que ante la infrapatrimonialización, si genera daños, “es posible responsabilizar a sus socios y controlantes por las obligaciones insatisfechas de la sociedad”¹³¹. El tema está también vinculado a la capacidad de generación de recursos determinado por el plan, pues muchas veces un limitadísimo patrimonio genera recursos suficientes para atender el pasivo contraído.

Apunto que la documentación contable se vincula con la declaración impositiva para determinar utilidades imponibles, y esa constatación matemática,

¹³¹ ORQUERA - RASPALL El capital social, Ed. Asrea, Buenos Aires 2022, pág. 53. Que retoman decididamente a pág. 397.



como advertiremos también para configurar la causal de disolución por pérdida tiene una avizoración matemática, que para que se generen los efectos de la causal debe ser corroborada en una consideración sobre la viabilidad sustancial, lo que marca la reciente modificación de esta causal en Colombia.

XII. LA PRECONCURSALIDAD.

Y así estamos, la preservación de la capacidad operativa de la sociedad está vinculada directamente a la conservación de la empresa, evitando la insolvencia de ese patrimonio como dañoso para el mercado, pues lo que interesa a la postre es la “solvencia patrimonial” mínima en cualquier régimen, que en los países que lo han adoptado no sólo no ha sido modificado sino que se ha reforzado.

La noción de capital social tiene varias facetas para el análisis, su función operativa y su función de garantía, además de otras funciones como determinar las participaciones. Sobre ello las opciones son claras: o si bien se sustituye el concepto tradicional de capital, vinculado a los aportes, por un concepto de capital físico o material, cifra abstracta que establece el límite de los recursos patrimoniales necesarios y no distribuibles para preservar la capacidad operativa de la sociedad; o bien se abandona a efectos prácticos este concepto, sustituyéndolo por otro que asegure la fijación de este límite a la distribución como dividendo de los recursos patrimoniales, cumpliendo la necesaria función de equilibrio entre los intereses de socios y acreedores, y de los socios entre sí¹³².

XIII. EQUILIBRIO DE LEGISLACIONES.

Adviértase que estamos en el punto de equilibrio entre la legislación societaria y la concursal.¹³³ La empresa viable es la única que merece

¹³² En la doctrina alemana Thöl ya distinguida en tres conceptos diversos: el patrimonio social o patrimonio neto, concepto dinámico representado por la diferencia entre los activos y pasivos sociales; el capital social, suma ideal definida en la línea de las concepciones nominalistas; y el *grundvermögen*, fracción del patrimonio social que marca el límite de la capacidad de la sociedad para distribuir recursos patrimoniales como dividendo (*Das Handelsrecht*, Leipzig, 1879, pág. 525).

¹³³ RICHARD, Efraín Hugo “El equilibrio en la legislación societaria y concursal a: la preconcursalidad extrajudicial” en *25 años de la ley de sociedades comerciales. Necesidad de su reforma. Homenaje al Profesor Dr. Siegbert Rippe*, AAVV dirección Eva Holtz y Rosa Piziomek, edición Facultad de Ciencias Económicas y de Administración Universidad de la República, Montevideo 2014, página 415, y “Las CRISIS ECONÓMICAS DE LAS SOCIEDADES Y SU ABORDO POR LA LEGISLACIÓN SOCIETARIA Y CONCURSAL URUGUAYA” en *Ley de Sociedades*



DECONOMI

conservarse, sea por disposiciones concursales, pre concursales o extra concursales¹³⁴.

Ciertas políticas pueden implicar mantener a la empresa no viable. En muchos casos ello es sinónimo de protección al empresario incapaz o fraudulento, como lo señalaba Franceschelli¹³⁵, evitando maniobras artificiosas, aquello que Provinciali¹³⁶ señaló como “*ció que segna el confine tra fisiología e patologia nella vita del patrimonio*”. Los empresarios protagonizan “*una exigencia cada vez más extensa y apremiante(...) de condiciones de favor, de inmunidad respecto del derecho común, reclamados como incentivos a la actividad productiva*”¹³⁷.

En torno al interés sobre la conservación de la empresa, debo apuntar que a la comunidad, al país, a los trabajadores, a la economía en general, es indistinto quiénes sean los titulares del capital social. No puede aceptarse que se enriquezcan quiénes se marginaron del sistema privado societario para solucionar el problema, eventualmente asumiendo tempestivamente un recurso concursal o pre concursal, imponiéndose el esfuerzo compartido en salvaguarda de la empresa, convergiendo en el capital social todos los interesados –u otorgando otros beneficios participativos-, sin excluir de posibles beneficios futuros a los acreedores.

Se afirma¹³⁸ “... *la persecución de la eficiencia se ha centrado en el resguardo de la empresa, motor de la economía capitalista instaurada en el mundo, y el nuevo objetivo, focalizado en el diagnóstico temprano de sus dificultades en forma de intervenir antes que la crisis sea patología irreversible*”, desjudicializando los procedimientos e imponiendo una planificación o reestructuración, separando al administrador de la empresa viable de ser

Comerciales – Estudios a los 25 años de su vigencia, Ed. La Ley Uruguay, Cap. VI SOCIEDAD Y ECONOMÍA, pág. 1117, Montevideo 2015, República Oriental del Uruguay.

¹³⁴ Francisco QUINTANA FERREYRA – Efraín Hugo RICHARD *LA CONSERVACION DE LA EMPRESA EN LAS LEYES DE SOCIEDADES Y DE CONCURSOS*, RDCO año 1978 Pág.1373; *LA CONSERVACION DE LA EMPRESA*, Anales de la Academia Nacional de Derecho de Córdoba tomo XXV Pág.107 y ss. .

¹³⁵ *L'aprendista stregone, l'elisir di lunga vita e l'impresa immortale* en Giur. Comm. 1982 I p. 575 y ss.

¹³⁶ Renzo PROVINCIALI *Trattato di diritto fallimentare* I p. 324 nota 80.

¹³⁷ Francesco GALGANO *Las instituciones de la economía capitalista* Ed. Ariel, Barcelona 1990, pág. 79, en traducción de Carmen Alborch Batalles y M. Broseta Pont.

¹³⁸ Ariel Angel DASSO *Derecho Concursal Comparado*, tomo 1, Ed. Legis, Buenos Aires 2009, pág. 804.



necesario. En ciertos casos de inviabilidad el problema deja de ser de derecho privado, incluso del concursal, para pasar a ser un problema de derecho público.

XIV. METODOLOGÍA: LA INTEGRACIÓN DEL DERECHO.

Debemos convenir que la aplicación del derecho concursal no sustituye el resto del sistema jurídico, salvo impedir la agresión inmediata al patrimonio concursado.

No hay duda de la imperatividad de las normas societarias en caso de pérdida del capital social y de los efectos que se producen.

El artículo 12 del Código Civil y Comercial se refiere al “Orden público” y al “Fraude a la ley”: *“Las convenciones particulares no pueden dejar sin efecto las leyes en cuya observancia esté interesado el orden público. El acto respecto del cual se invoque el amparo de un texto legal, que persiga un resultado sustancialmente análogo al prohibido por una norma imperativa, se considera otorgado en fraude a la ley. En ese caso, el acto debe someterse a la norma imperativa que se trata de eludir”.*

Se verá que se distingue orden público de normas imperativas. Respecto al primero para impedir puedan dejarse de lado, y respecto a ambos supuestos para sancionar el fraude a la ley. Vaya este introito para señalar que las normas societarias a las que referimos, en los dos países, tienen carácter imperativo cuanto menos. Como conclusión: las normas imperativas de la ley societaria –al margen de si constituyen o no reglas de orden público–, son inderogables, y su apartamiento constituye un fraude a la ley.

XV. LA EFICIENCIA.

Asegurar la funcionalidad de la actividad societaria es un objetivo de su legislación específica, a través de la regulación del capital social, tendiente a asegurar la organización, la funcionalidad y la liquidación de las sociedades sin afectar a terceros, un verdadero orden público societario. La autonomía de la voluntad para organizar actividades constituyendo sociedades personas



DECONOMI

jurídicas tiene el límite de normas que aseguran una base patrimonial para no dañar a terceros.

Estamos frente a la idea de las relaciones de organización¹³⁹, y compartida por Rippe: *“La organización es la que permite conjugar la aplicación del capital con el esfuerzo del trabajo y mediante su apropiada coordinación, planear las actividades, dirigirlas, ejecutarlas, supervisarlas y evaluarlas, en el marco de un proceso dinámico, constante y circular de alimentación y retroalimentación orientado a la eficiencia en la utilización de los medios y recursos, de eficacia en la obtención de los resultados y de coherencia entre los medios y recursos y los fines. Y es la capacidad de adaptación y flexibilidad de la organización, la que le permite ajustarse a las posibilidades y circunstancias de la empresa en concreto”*¹⁴⁰.

Rescato la función básica del capital, cual es la faceta operativa – aunque hoy desleída y reemplazada con otros instrumentos financieros-, o sea la de mantener la funcionalidad de la sociedad, generando responsabilidad a administradores y socios la insuficiencia del mismo en cuanto afecte a terceros, pero ello no importa menoscabar la función de garantía, particularmente en el caso de crisis y más aún en el concurso de sociedades.

La noción de capital social es de política legislativa, y de moderna doctrina la idea de "patrimonio suficiente" para afrontar las operaciones sociales. Esto impone la idea de un plan de los administradores para asegurar la actividad societaria. En materia concursal, en la jurisprudencia y doctrina argentina, se suele aceptar que la deudora no tenga ni presente ningún plan para superar la crisis¹⁴¹, ni en la obligación de actuar tempestivamente al aparecer una dificultad o crisis, ni que se haya dotado adecuadamente el patrimonio de la sociedad genéticamente¹⁴² ni intentado hacerlo cuando se publicitó inexorablemente su insuficiencia, ni haber hecho algún intento de los previstos en la ley de

¹³⁹ Nto. *Las relaciones de organización y el sistema jurídico del derecho privado*, Córdoba 2000, ed. de la Academia de Córdoba, Capítulo XI Insolvencia societaria y responsabilidad, pág. 481 y ss.

¹⁴⁰ RIPPE “La función de la empresa...” cit. pág. 74.

¹⁴¹ Ntos. “Integración de propuesta de acuerdo (en concurso preventivo de sociedad)” en *Doctrina Societaria y Concursal*, Noviembre 2008, pág. 1081; “¿Abusos en el proceso concursal?” en *La Ley* 24 de diciembre de 2008; “Integración de la propuesta de acuerdo en concurso societario (en torno a reciente fallo señero)” en *Jurisprudencia anotada de RDCO* n° 234, Enero Febrero 2009, Ed. Abeledo Perrot, pag. 79.

¹⁴² Nto. “El capital social y la responsabilidad limitada” en *Estudios Jurídicos* publicación de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica de Uruguay, n° 3 – 2007-, República Oriental del Uruguay, págs. 163/202.



organización societaria para asumir concretamente la dificultad¹⁴³, y peor aún la pérdida del capital social.

Se niega la realidad, todo emprendedor tiene un plan, y lo reprochable es que lo oculte, quizá para que no se adviertan actos censurables o ilegales para que la crisis, la insolvencia, la asuman acreedores, transformando el problema en un gran negocio para los socios o accionistas¹⁴⁴.

Un plan de negocios –de viabilidad del negocio- permitirá analizar a los socios¹⁴⁵ la conveniencia de reintegrar o aumentar el capital social. A su vez la posibilidad de invitar a terceros a integrarse a la sociedad por el buen negocio que resulta el adecuado cumplimiento de su objeto, la rentabilidad esperada, lo que puede permitir atender o reorganizar el pasivo exigible.

Los administradores deben poner la cuestión a decisión de los socios¹⁴⁶. Ante la negativa o imposibilidad de los accionistas y no deseando liquidar la sociedad, se abre la solución de invitar a terceros a capitalizar, y en ciertos casos traspasar la sociedad a los acreedores, o su control. Existen sistemas que en situaciones semejantes autorizan a los administradores a emitir acciones sin autorización de los socios¹⁴⁷. La limitación de responsabilidad de los administradores, y de los socios queda sujeta en el derecho nacional y comparado al correctivo del *superamento della personalità giurídica*, levantamiento del velo, *piercing the corporate veil*¹⁴⁸, o sea al uso funcional de la sociedad como persona jurídica. Al mismo fin debería llegarse a través de

¹⁴³ Nto. *Insolvencia societaria*, Ed. Lexis Nexis, Buenos Aires 2007.

¹⁴⁴ Así puede verse el caso del Acuerdo Preventivo Extrajudicial de Multicanal S.A., donde inmediatamente de homologado el APE referido sólo a las obligaciones negociables, el balance de la sociedad dio un resultado positivo de más de Mil ochocientos millones de pesos (seiscientos millones de dólares) que se repartieron inmediatamente entre los socios, y que no provenía del resultado ordinario de la explotación ordinaria. Por otra parte toda quita o espera a los acreedores beneficia directamente a los socios. En similar sentido Carlos PALACIO LAJE *Delitos de vaciamiento de empresa*, Editorial Marcos Lerner, Córdoba 2002.

¹⁴⁵ Y también a los terceros, acreedores o no. Se nos dirá que se los trata de hacer socios “a palos”, pero peor es quitarle los créditos a palos para patrimonializar a la sociedad. La información leal, un plan de negocios coherente, hace atractiva una propuesta en beneficio de la conservación de la empresa y no del enriquecimiento de los socios. Si parecería necesario, al margen de las obligaciones de los socios conforme la ley societaria, quitas importantes –por ejemplo 30%- , se podría invitar a los acreedores a capitalizar sus acreencias con un pacto de recompra pagando el 100% de la capitalización dentro de un plazo prudencial, y a su vez un compromiso de adquisición pagando el 70% si el acreedor ahora socio decidiera tal cosa después de un tiempo de espera (por supuesto en ambos casos a cargo del grupo de control al tiempo del concurso). De no, los acreedores serían tratados como socios sin derechos, imponiéndoles las contribuciones que deben hacer los socios con derechos.

¹⁴⁶ Alejandro MILLER *Sociedades anónimas - Directorio - Síndico*, AMF, Montevideo, 2005, pág. 119 y ss..

¹⁴⁷ Massimo MIOLA *Il sistema del capitale sociale e le prospettive di riforma nel diritto europeo delle società di capitali* en Rivista delle Società, anno 50, 2005, Editor A. Giuffrè – Milano, noviembre-diciembre 2005, fascicolo 6° p. 1199.. .

¹⁴⁸ MIOLA, Massimo “Il sistema del capitale sociale e le prospettive di riforma nel diritto europeo delle società di capitali”, *Rivista delle Società*, 2005-50-1199, fasc. 6, específicamente pag. 1311 refiriéndose a los Estados Unidos.



principios de atribución de responsabilidad con base subjetiva. Si el obrar culposo o doloso genera daño, el mismo debe ser indemnizado por quién, uso de la técnica societaria para generar el perjuicio. La sociedad debe estar adecuadamente dotada patrimonialmente para el cumplimiento del objeto. Una sociedad infrapatrimonializada genéticamente autorizaría la llamada “inoponibilidad de la personalidad jurídica”, a criterio de la CSJN en el referido caso Palomeque¹⁴⁹.

XVI. LA EMPRESA EFICIENTE.

La insolvencia es un indicio de la situación comprometida que afecta al patrimonio del deudor, independientemente del hecho que no realice los pagos exigibles a los que está obligado.¹⁵⁰ Es la insuficiencia patrimonial por falta de activo. La obligación incumplida puede ser de cualquiera de las clases enunciadas por la ley¹⁵¹, incluye las obligaciones de hacer, de modo que no necesariamente sea una prestación de dinero, en moneda nacional o extranjera. El término describe el estado patrimonial de una determinada empresa que evidencia ciertos riesgos en su administración, aunque tenga probabilidades de lograr resultados positivos en el futuro que permitan su recuperación, ansiada resiliencia. Se trata de encuadrar esa hipótesis dentro del marco económico-financiero adecuado a las circunstancias temporales según las dificultades por las que atraviesa.¹⁵² Es posible que la negativa a pagar obedezca a causas razonables y transitorias, entre otras estar a la espera del otorgamiento de un crédito, de tener pendiente una capitalización del activo, o de estar aguardando inversiones para su giro comercial.

Una nueva concepción se está abriendo camino, más allá de la ruptura del vínculo acreedor-deudor, a raíz del incumplimiento de este último. El

¹⁴⁹ CSJN 3.4.03 en Palomeque, Aldo R. c/ Benemeth S.A. y otro s/ recurso de hecho.

¹⁵⁰ “Cesación de pagos” significa la imposibilidad de hacer frente al pasivo exigible con su activo disponible, art. 631-1 del Código de Comercio francés, texto de la ley 2022-172 del 14 de febrero 2022.

¹⁵¹ SALERNO Marcelo Urbano, en LOPEZ MESA Marcelo y BARREIRA DELFINO Eduardo, “Código Civil y Comercial de la Nación. Comentado. Anotado”, edit. Hammurabi, Buenos Aires, 2020, tomo 6-A, págs. 164 y siguientes.

¹⁵² Véase art. L611-2, texto de la ordenanza 2021-1193, referido a las dificultades para comprometer la continuidad de la explotación.



nudo del problema: intentar el salvataje¹⁵³ de la empresa que está en crisis mediante su reorganización, el saneamiento del pasivo acumulado mediante la reestructura y revisión de la deuda contraída.

En orden a la crisis de las sociedades apunto que la legislación societaria –que no ha sufrido las modificaciones generadas en la concursal contiene previsiones imperativas para asumir la crisis tempestivamente y a bajo coste, sin generar daños.

No puede pretenderse que el derecho concursal resuelva las crisis societarias al margen de las previsiones de la ley específica para afrontarlas.

Respecto a la pérdida del capital social y las normas específicas de la legislación del medio técnico organizativo, la doctrina española en 1991, conforme la ley entonces vigente- calificó la solución como pre concursal¹⁵⁴, sosteniendo que para evitar que la sociedad llegue al estado de insolvencia, el legislador ha establecido un mecanismo preventivo consistente en obligar a la sociedad a disolverse o adoptar medidas sustitutorias de saneamiento financiero cuando se produzcan pérdidas graves, amenazando con graves sanciones a los administradores si esto no se produce –sustancialmente ello no ha cambiado pese a las posibilidades de concursarlas-. La solución con matices especiales no es muy diferente en nuestros países.

Los acreedores de una sociedad en crisis deberían tener el mismo tratamiento, derechos y tutelas que los accionistas de una sociedad solvente, pero se encuentran en la misma situación de inversores sin derecho¹⁵⁵.

XVII. RESPONSABILIDAD: DE ESTO NO SE HABLA.

He puesto el acento que la causal de disolución de pérdida del capital social es la que dispara la responsabilidad de administradores –y quizá de socios- de continuar el giro y no poder luego satisfacer el pasivo –pese a que la

¹⁵³ Galicismo del francés “sauvetage”; véase art. L620-2 del Código de Comercio de Francia que establece un procedimiento de salvataje a pedido de un deudor quien, sin estar en cesación de pagos, justifica dificultades insuperables a fin de poder reorganizar su empresa (texto Ordenanza 2021-1193).

¹⁵⁴ Emilio M. BELTRÁN “La disolución de la sociedad anónima” en *Estudios de Derecho Mercantil*, Ed. Civitas, Madrid 1991, págs. 138/9.

¹⁵⁵ Lorenzo STANGHELLINI *Proprietà e controllo del'impresa in crisis* Rivista delle Societa anno 49° 2004 settembre-ottobre fascicolo 5°, Editorial Giuffrè Milano, pág. 1079.



DECONOMI

particular legislación no contenga plazos para iniciar la liquidación-. La libertad para decidir la continuación del giro, sin capitalizar la sociedad, en la esperanza de un plan de negocios exitoso, no libera a administradores societarios en caso negativo de asumir el pasivo insoluto o la satisfacción de las obligaciones contraídas. Se acota que la sociedad puede continuar operando pese a la pérdida del capital social, porque puede apreciar revertirla con las operaciones en curso¹⁵⁶. Ello además de deber expresarse en la primer Memoria –conforme el tipo social- deja en claro el riesgo de responsabilidad de administradores y socios por las nuevas operaciones. Gaudencio Esteban Velasco¹⁵⁷ indica que “se analiza el supuesto de la responsabilidad de los administradores en la crisis concursal, que ha sido objeto de varias reformas legislativas, que ha desencadenado y sigue desencadenando en nuestra doctrina ríos de tinta y una jurisprudencia vaciante... lo decisivo en la fase actual de nuestro ordenamiento es, a juicio de la autora, llevar a cabo una interpretación modulada del interés social y del deber de diligencia en la crisis empresarial que impliquen la exigencia del pronóstico de la insolvencia. Con esta perspectiva, donde lo relevante es evitar la inacción y que la sociedad permanezca en el trámite de esa situación... en cuanto a la controvertida cuestión de la naturaleza de la responsabilidad concursal, se alinea entre los partidarios de una interpretación indemnizatoria”. La autora de este importante libro, al referirse al pronóstico: “...para el cash Flow test –al poner el foco de atención aplicado a las sociedades, en la capacidad o incapacidad del deudor de hacer frente a sus obligaciones mientras continúa con su actividad empresarial –resulta irrelevante la valoración del activo y del pasivo. En cambio, según el balance sheet teste la importancia reside en si los activos de una compañía son inferiores a sus obligaciones”¹⁵⁸ ... configurándose en la “redacción de documentos contables por parte de los administradores sociales ha sido definida como un indicador de Derecho positivo de la existencia de un deber general de monitorear la situación financiera y patrimonial de la sociedad, que se concreta en la existencia de un deber legal de

¹⁵⁶ Antonio FOURCADE “Sociedades comerciales. Parte especial”, Ed. Advocatus, Córdoba 2001, pág. 114.

¹⁵⁷ RECAMÁN GRAÑA, Eva..... prólogo pág. 33.

¹⁵⁸ RECAMÁN GRAÑA, Eva Los deberes y la responsabilidad de los administradores de sociedades de capital en crisis, Thompson Reuters Aranzadi, Pamplona 2016, pág. 55.



DECONOMI

prevención o conocimiento tempestivo de la crisis”¹⁵⁹. “...la exoneración de responsabilidad del administrador habrá de fundarse en una ausencia de culpa in eligendo, in vigilando o in instruendo de aquel que le asigna en el desempeño de la función indelegable, vinculada a la demostración del control constante y en primera persona por parte del órgano de la materia propia de la función” –¹⁶⁰. “La business judgement rule” (en la traducción más extendida, regla del juicio empresarial) nace como regla para la protección de la discrecionalidad empresarial, fundamentada en la presunción de que los administradores respetan los deberes fiduciarios que pesan sobre ellos”¹⁶¹

El artículo 99 de la Ley francesa del 13 de julio de 1967 introdujo, en línea con la evolución normativa iniciada en 1883, la acción en comblement du passif. Y nuestro país regló en una ley de sociedades las previsiones de alertas tempranas y obligaciones inescindibles de los administradores y socios de control que venimos repitiendo desde fines del siglo pasado.

Obviamente que es la “insolvencia patrimonial” –como pérdida del capital social- la que dispara las acciones de responsabilidad, no siendo obligatoria –aunque si natural- la existencia de un proceso liquidativo –societario o concursal- que determine la pérdida (daño), aunque la mera “desaparición” de la sociedad, *rectius*: de su patrimonio ejecutable, generará la legitimación activa y pasiva.

Una sociedad puede estar operando aparentemente con el capital estatutario previsto y no obstante ello estar en insolvencia. No existe un paralelismo entre ambas nociones, ni aún en los sistemas de sociedades sin capital social, cuya dotación patrimonial es analizada anualmente antes de distribuir utilidades –sólo si hay capital operativo suficiente- o de disponer la liquidación u otra solución en caso de capital insuficiente. Los deberes fiduciarios del administrador societario aumentan en esta situación frente a los acreedores y terceros. Ello está mejor delineado en las legislaciones donde no existe capital fijo, por lo que el administrador debe anualmente determinar el capital necesario

¹⁵⁹ RECAMÁN GRAÑA, Eva Los deberes y la responsabilidad de los administradores de sociedades de capital en crisis, Thompson Reuters Aranzadi, Pamplona 2016, pág. 150.

¹⁶⁰ RECAMÁN GRAÑA, Eva Los deberes y la responsabilidad de los administradores de sociedades de capital en crisis, Thompson Reuters Aranzadi, Pamplona 2016 pág. 161; VICENT CHULIA, Las cuentas anuales cit p. 132

¹⁶¹ RECAMÁN GRAÑA, Eva Los deberes y la responsabilidad de los administradores de sociedades de capital en crisis, Thompson Reuters Aranzadi, Pamplona 2016, pág. 173.



DECONOMI

para afrontar la continuidad de la sociedad (*solvency test*), tutelando así a potenciales nuevos acreedores. En legislaciones como la del Código Californiano se impone la imposibilidad de distribuir utilidades, entre otros actos, sino se somete a dos exámenes las cuentas sociales: *Quantitative Liquidity Test* y *Quantitative Solvency Test* ó de un simplificado *Equity Insolvency Test*¹⁶².

La tensión aumenta –y los problemas se suscitan- cuando el valor patrimonial de la sociedad no permite satisfacer su pasivo, los accionistas pierden interés en la gestión, y los acreedores en cambio pasan a tener interés fundamental en la prosecución exitosa de la actividad. Los acreedores de una empresa en crisis se encuentran en la misma situación de inversores sin derecho, que no tuvieron en cuenta cuando contrataron sin la información de esa situación o antes que se produjera esa situación.

Parecería que se envuelven dos conceptos el de no tener medios para pagar una deuda, aunque se priorizaría la imposibilidad patrimonial de satisfacerlas todas.

También el valor contable podría ser superior al de efectiva realización de los bienes. Lo cierto es que, al margen de las disposiciones de la ley concursal, la pérdida contable del capital social dispara una causal de disolución que impone capitalizar o liquidar, so pena de responsabilidades por el eventual pasivo insoluto.

XVIII. COHERENCIA DE LA LEGISLACION SOCIETARIA Y CONCURSAL.

La funcionalidad y la legislación societaria tienen hoy normas y recursos que permiten reencauzar las crisis patrimoniales. Son fundamentales las previsiones en torno a cómo debe procederse cuando se detecten o produzcan causales de disolución, facilitando la remoción de las vinculadas a aspectos patrimoniales, con el aumento o reintegración del capital social,

¹⁶² ESCRIBANO GÁMIR, Rosario C.. *La protección de los acreedores sociales* Editorial Aranzadi, Navarra 1998, Monografía de Revista de Sociedades nº 10, pág. 44 y ss..



solución que debería anticiparse a la apertura de cualquier concurso, es la capitalización del pasivo es la forma societaria de afrontar la crisis.

Anticipe ideas en torno a cesación de pagos e insolvencia. Nos inclinamos por las interpretaciones contables en torno a no perder el sentido de las previsiones societarias en el ámbito concursal no para la apertura del concurso sino para determinar responsabilidades y compatibilidades. Teniendo siempre en claro que se trata de un problema meramente terminológico, debemos convenir que las dos situaciones patrimonialmente distinguibles en las sociedades son: 1. El patrimonio activo inferior al patrimonio pasivo, o sea patrimonio neto neutro o negativo que exterioriza la pérdida del capital y reservas, y 2. El activo corriente inferior al pasivo corriente, que exterioriza una imposibilidad transitoria de pago con medios normales. A lo primero cataloguémoslo a los fines de este ensayo como “insolvencia” y a lo segundo como “cesación de pagos”.

Sin pérdida del capital social –insolvencia-, puede haber cesación de pagos por un activo inmovilizado no corriente y un pasivo menor pero corriente. En tal supuesto la propuesta en el concurso de esa sociedad no debería proponer nada más que una espera, pues una quita sería innecesaria y abusiva.

XIX. UNA VISIÓN SISTÉMICA.

De estos problemas presente una visión sistémica en *Insolvencia societaria*¹⁶³ y luego en *Perspectiva del derecho de la insolvencia*¹⁶⁴, en la inteligencia que el sistema societario contiene reglas preconcursales de carácter imperativo. Antes lo habíamos enunciado en un prólogo¹⁶⁵, remarcando: “4. No puede haber duda de responsabilidad societaria, rayana en el delito, cuando los administradores no aplican las normas societarias sobre liquidación en caso de pérdida de capital social”, para después ingresar en los temas de “subcapitalización material aumentando el pasivo sin que razonablemente se

¹⁶³ Ed. Lexis Nexis, Buenos Aires 2007.

¹⁶⁴ Ed. Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, Córdoba 2010, en cuya presentación expresamos que “además de rendir cuentas de nuestra gestión –como ex primer Vicepresidente Académico del Instituto Iberoamericano de Derecho Concursal con sede en México-, tratamos de presentar nuestra sistemática constructivista sobre la insolvencia, particularmente, la societaria...”.

¹⁶⁵ De la que fuera la tesis de JUNYENT BAS, Francisco A. *Responsabilidad de los Administradores* Ed. Advcatus Córdoba junio 1996, que tuviéramos el honor de dirigir..



DECONOMI

avizore la posibilidad de su pago... la inexistencia de planificación o de contabilidad para anticipar la detección de dificultades económicas o afrontar la situación de crisis". Debe darse congruencia a la ley de concursos con la ley societaria en orden a acciones de responsabilidad.

Ante el desinterés de los accionistas de nuevos aportes, la capitalización del pasivo no es sólo una forma de salir de la insolvencia, patrimonializando a la sociedad, sino que soluciona aspectos tales como la responsabilidad de deudores solidarios, fiadores, y por daño.

La representación del beneficio para los socios y del perjuicio a los acreedores es clarísima en la modalidad de la propuesta de quita –matizada con esperas prolongadas-, además de no haber adoptado *ab initio* -y con bajo costo de mediación- la capitalización del pasivo prevista en dicha norma.

Si el capital social es la contrapartida de la limitación de la responsabilidad del socio, limitación que es considerada un privilegio que excepciona el principio de derecho común de unidad del patrimonio, dicho privilegio exige que los socios aporten fondos suficientes para su cometido, pues sin un capital social adecuado el excepcional beneficio de la «responsabilidad limitada» carece de fundamento¹⁶⁶.

Se postula que el accionista que pudiendo hacerlo, legítimamente decida no recapitalizar la empresa insolvente debe pasar la propiedad de la misma a los acreedores¹⁶⁷. Cuando el valor patrimonial de la sociedad no permite satisfacer su pasivo, los accionistas pierden interés en la gestión, y los acreedores en cambio pasan a tener interés fundamental en la prosecución exitosa de la actividad.

Se plantea así, como objetivo lógico, la transferencia del control de la empresa en crisis, de los accionistas que carecen ya de incentivo y de los

¹⁶⁶ C. Civ. y C. Santa Fe, Sala 2ª. 27/4/06. Bocca S.A. Con comentario de los Dres. Di Chiazza y Van Thiene en “La infracapitalización originaria y una sentencia digna de no ser imitada”, donde sostienen que “*En consecuencia, para la Sala II de la Cámara de Apelaciones Santafesina sentenciante en Bocca S.A. el capital debe adecuarse con el objeto social porque: (I) es innegable que el objeto social se cumple con el capital social y (II) al no observarse dicha adecuación el objeto sería de cumplimiento imposible (art. 94, inc. 4), ergo, la sociedad nacería con una pseudo causal de disolución congénita.*”

¹⁶⁷ STANGHELLINI, Lonrezo *Proprietà e controllo dell'impresa in crisi* en “Rivista delle Società” settembre-ottobre 2004 pág.1041, específicamente pág. 1072.



administradores que responden a ellos, a los acreedores que ven comprometido en ello su capital de riesgo¹⁶⁸.

XX. LA CONTINUA REVISIÓN DEL TEMA.

Al comparar las vías de abordaje de la “*insolvencia societaria*” conviene preguntarse: ¿debe estarse a las normas societarias que imponen acciones a administradores y socios? O soslayándola, ignorándola ¿puede recurrirse – incluso tardíamente- al proceso concursal para lograr una planificada quita y espera? La primera acción se corresponde a las soluciones societarias, permitiendo enervar la causal de disolución por pérdida del capital social por capitalización que puede tener innumerables matices. La segunda intenta una “*donación*” a través de las soluciones concursales ante la insolvencia societaria, que impone que el problema lo asuman los acreedores. Ello con quitas desmesuradas y esperas, con incidencia impositiva de las quitas, al considerárselas ganancia, observación que desaparecería si –pese a no asumir los socios la recapitalización- en el “*esfuerzo compartido*” se capitalizan los pasivos, operación neutra para la sociedad, pero que modifica profundamente su patrimonio, además de la afectación del derecho de propiedad al imponer quitas no aceptadas individualmente a los acreedores, enriqueciendo a los socios que intentan así sustituir su obligación de reintegro del capital social.

Apunto que los efectos de la aprobación de un balance no se agotan con su aprobación, pues el balance implica una proyección sobre el futuro. Particularmente por aspectos que suelen minimizarse al referirse a la función de garantía del capital social¹⁶⁹, pero imponiendo advertir que de los resultados de ese balance se derivan derechos y responsabilidades –fundamentalmente- cuando del proyecto de balance que se aprueba resulta declarada por la sociedad la existencia de una causal de disolución por pérdida del capital social o cuando menos de una pérdida parcial que impone su reducción, sin aparecer punto posterior del orden del día para adoptar las soluciones que

¹⁶⁸ Esta es la idea que desenvuelve STANGHELLINI, ob. cit. pág. 1041 y ss. específicamente 1055. Esta idea se acerca a la que viene desarrollando en torno a un derecho concursal societario Efraín Hugo Richard, www.acaderc.org.ar.

¹⁶⁹ DASSO *Tratado del Derecho de Separación o Receso del Socio y del Accionista*, cit. pág. 193 y ss..



imperativamente impone la ley societaria¹⁷⁰. Ese balance luego es presentado ante un juez concursal justificando la apertura de un concurso preventivo para que los acreedores soporten la cuestión que debieron soportar los socios con el reintegro del capital si pretenden continuar operando¹⁷¹.

La “preconcuralidad” aparece así activada, evitando el concurso y la responsabilidad de los administradores. En caso de cesación de pagos, e incluso de insolvencia de una sociedad, el derecho de proponer quitas implica un real abuso de derecho de los socios –guiados por los administradores- frente a la obligación incumplida de reintegrar o aceptar la capitalización de la sociedad. Y hemos referido la imperatividad de esas normas en el derecho rioplatense.

Bastará advertir que no se adoptaron soluciones societarias, que no se afrontó la crisis oportunamente, que sólo se exige un sacrificio a los acreedores, para que la propuesta pueda ser cuestionada por abusiva¹⁷² y en fraude a la ley al haberse omitido las soluciones societarias.

El abuso de derecho y el fraude a la ley resulta, en caso de sociedades, por no haberse cumplido con las previsiones del derecho societario, trasladando la cuestión a la decisión de los socios, y si éstos no hubieren intentado superar la pérdida del capital social (conservación de la empresa), con desembolsos propios o invitando a los acreedores a compartir el riesgo¹⁷³, conllevan a intentar un enriquecimiento de los obligados con desmedro del patrimonio de los acreedores.

Al alcanzarse, vaya a saber como, las mayorías para homologar un acuerdo predatorio sólo suele ocuparse el juzgador, o la doctrina tradicional, en señalar que en el caso no es abusiva, sin referencias a la buena fe y mucho menos al fraude a normas imperativas del derecho societario. O la invocación del art. 52.3.IV LCQA de que el dividendo no sea inferior al liquidatorio, con el aforismo “the best interest of creditors”, sin advertir que esa norma es aplicable

¹⁷⁰ Nto. “SOBRE EL TÍTULO PRELIMINAR DEL PROYECTO DE CÓDIGO CIVIL, en *El Derecho*, Buenos Aires, diario de doctrina y jurisprudencia del 5 de abril de 2013.

¹⁷¹ Nto. “SOBRE EL PATRIMONIO SOCIAL: ¿CAPITALISMO DE REPOSICIÓN O DONATARIO?”, en *Revista del Derecho Comercial del Consumidor y de la Empresa*, Ed. La Ley, Buenos Aires, año II n° 5 Octubre de 2011, pág. 151 y ss.

¹⁷² Nto. “Crisis de sociedades: Acuerdos concursales abusivos vs. Solución privada” en *SUMMA CONCURSAL*, Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires 2012, tomo II pág. 1945.

¹⁷³ FIMMANO, Francesco “L’ allocazione efficiente dell’ impresa in crisi mediante la trasformazione dei creditori in soci”, en *Revista delle società*, 2010, páginas 57 y siguientes.



al supuesto de una persona humana, pero no jurídica donde las previsiones imponen responsabilidades de no haber una liquidación satisfactoria.

Si ello no ha ocurrido, el Juez no puede dejar de ver que a través de ese acuerdo se empobrecería a acreedores que no han dado conformidad, y ha enriquecido a los socios, que no realizaron el esfuerzo que les impone la ley societaria, ni afrontaron el esfuerzo compartido que imponen reglas de equidad –y buena fe¹⁷⁴- y de repartos dikelógicos, usando del sistema jurídico y judicial – aparentemente disponible- para enriquecerse. Se altera la absolute priority rule que referimos inicialmente.

Esta es una verdadera revolución y desafío para los jueces, se vincula directamente a la diligencia de atender las alertas tempranas y mantener activado el análisis de viabilidad para no generar daño.. ¹⁷⁵ Y parte de esto fueron los diálogos con Angel Rojo y Aurelio Gurrea Chale en el reciente Congreso Iberoamericano de la Insolvencia, en L´Sapienza de Roma.

Sin duda debemos construir un DERECHO SOCIETARIO DE CRISIS con CONVERGENCIA DE DOS REGÍMENES. EL 150 CCC define la cuestión dando prioridad a la LGS y en su defecto a las NORMAS IMPERATIVAS del Código Civil y Comercial. Se impone un CAMBIO DE FORMA DE PENSAR, como planteo en el Congreso del IIDC en Punta del Este en 2017 en maestro Alessandro Nigro, con su ensayo *Il «diritto societario della crisi»: una nuova frontiera?*.

¹⁷⁴ Nto. “ENSAYO EN TORNO A BUENA FE E INSOLVENCIA SOCIETARIA” en Libro colectivo 2ª edición del *Tratado de la Buena Fe en el Derecho*, Coordinador Marcos M. Córdoba, Editorial La Ley, 2 tomos Buenos Aires 2005, , constituyendo el capítulo XLIX del tomo I a pág. 811.

¹⁷⁵ Aurelio Gurrea Chale EL PLAN DE VIABILIDAD EN LOS INSTITUTOS CONCURSALES Y PRECONCURSALES DE LA LEY CONCURSAL ESPAÑOLA Y SU PROYECTADA REFORMA. El Real Decreto Legislativo 1/2020, de 5 de mayo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley Concursal, como ya venía haciendo la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, habla de la presentación de un plan de viabilidad por el deudor, solamente en el caso de convenio y cuando se prevea que éste se va a financiar con los recursos que genere la actividad profesional o empresarial del deudor. Sin embargo, en los institutos concursales, tanto el acuerdo de refinanciación como el acuerdo extrajudicial de pagos, estos deberán ir acompañados de un plan de viabilidad. El Proyecto de Ley de reforma del texto refundido de la Ley Concursal, presentado por el Gobierno de España en las Cortes para la adaptación a la legislación patria de la Directiva (UE) 2019/1023, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, sobre marcos de reestructuración preventiva, exoneración de deudas e inhabilitaciones, y sobre medidas para aumentar la eficiencia de los procedimientos de reestructuración, insolvencia y exoneración de deudas, y por la que se modifica la Directiva (UE) 2017/1132 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de junio de 2017, sobre determinados aspectos del Derecho de sociedades. Va a cambiar notoriamente, nuestra legislación concursal, fundamentalmente sobre el procedimiento especial para microempresas que recoge el Capítulo III del Título I que regula los efectos de la apertura del procedimiento especial y los institutos concursales que son a los que nos vamos a referir, fundamentalmente, en el presente trabajo sobre el plan de viabilidad: los planes de reestructuración.



Los acreedores de una sociedad en crisis deberían tener el mismo tratamiento, derechos y tutelas que los accionistas de una sociedad solvente, pero se encuentran en la misma situación de inversores sin derecho¹⁷⁶.

XXI. UN GIRO EN LA CUESTION.

A principios del año pasado, previamente al Congreso Iberoamericano de la Insolvencia que se realizó en Buenos Aires, la Dra. Gabriela Fernanda Boquin sacudió estas doctrinas en su nuevo libro *RESPONSABILIDAD DE ADMINISTRADORES Y SOCIOS POR INFRAPATRIMONIALIZACIÓN*, exponiendo ante el mundo jurídico lo fundamental de la tesis “LA CONVERGENCIA DE LAS ACCIONES DE RESPONSABILIDAD CONTRA ADMINISTRADORES Y SOCIOS ANTE LA INSOLVENCIA FRENTE A TERCEROS”. El mismo deviene de una tesis que defendiera ante un riguroso Tribunal en la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Córdoba.

Boquin sorprende al ingresar en un campo que casi es tierra de nadie en la enseñanza del derecho, y con una sistemática posición que conmueve la tranquilidad de la posición mayoritaria y de la tendencia procesal. En algunos spectos habíamos trabajado “LA TEORIA DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL EN LA LEY GENERAL DE SOCIEDADES”¹⁷⁷ con el Profesor Dr. José Fernando Marquez miembro del jurado y Codirector del Instituto de la Empresa de la Academia..

Las acciones de responsabilidad internas son doctrinariamente interesantes en el intento de limitarlas a los daños directos –con la discusión sobre la legalidad de los resultados no asignados-, cuya apreciación intenta trasladarse inapropiadamente a los casos de infrapatrimonialización, adonde llegan administradores y socios de control alentados por jurisprudencia y doctrina complaciente, omitiéndose la referencia y aplicación al art. 99 LGS. Y si la tesis de Boquin era esclarecedora, la ADVERTENCIA PRELIMINAR con la que la

¹⁷⁶ Lorenzo STANGHELLINI *Proprietà e controllo del'impresa in crisi* Rivista delle Societa anno 49° 2004 settembre-ottobre fascicolo 5°, Editorial Giuffrè Milano, pág. 1079.

¹⁷⁷ Ponencia en el libro de los XV Congreso Argentino de Derecho Societario y XI Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa, Córdoba, octubre de 2022, Com. II punto 4 Responsabilidad. Publicación de la Universidad Nacional de Córdoba, que luce en su tomo III pág. 445.



DECONOMI

Autora ilumina su pensamiento signa definitivamente su tesis, que se enrola a mi entender en prevenir la crisis, no sólo con sus referencias a las alertas tempranas, sino al significado disuasorio que tienen las acciones de responsabilidad, y que deberían ser remarcadas por la doctrina y jurisprudencia con tal sentido preventivo, evitando el daño.

Es que frente a pensamientos disruptivos, que son costumbre en los procesos concursales, es advertible que no son fáciles los cambios, reacción que “ha sido bien descrita por Claus Offe (en *The utopia of the zero option*”, publicado en 1987 en *Praxis International*): las sociedades complejas ‘se han vuelto tan rígidas que el mero intento de renovar o pensar normativamente su ‘orden’ –la naturaleza de la coordinación de los procesos que se producen en ellas- está virtualmente obturado en función de su futilidad práctica y, por lo tanto, en su inutilidad esencial’. ... El orden general de las cosas no admite opciones...”¹⁷⁸. Y esto es lo que ocurría en materia de concursos de sociedades... Pero mi utopía me permite entrever que algo está cambiando, y el pensamiento de la Dra. Boquin irrumpe ordenadamente en interpretación novedosa en el campo de la responsabilidad civil en las relaciones de organización personificadas, donde la sociedad ocupa el campo central.

Es claramente advertible que Boquin sienta las bases de un sistema de la responsabilidad civil para las relaciones de organización personificadas, y apunta a la sistemática de esas relaciones, en el campo del derecho privado patrimonial donde la regulación histórica lo ha sido de las relaciones de cambio, y nuestro nuevo Código Civil y Comercial introduce una normativa sistemática de las personas jurídicas, que a mi entender es introductoria de las relaciones de organización personificadas.

Así el art. 319 CCC refiere al valor probatorio de los instrumentos particulares, para su apreciación por el Juez ponderando la congruencia entre lo sucedido y narrado, la precisión y calidad técnica del texto, los usos y prácticas del tráfico, las relaciones precedentes y la confiabilidad de los soportes utilizados y de los procedimientos técnicas que se apliquen. Esa disposición está referida a las relaciones de cambio, pero tiene fundamental importancia para valorar lo

¹⁷⁸ BAUMAN, Sigmunt *Modernidad líquida*. Ed. Fondo de Cultura Económica, impreso en Argentina, segunda reimpresión 2022, p. 11.



DECONOMI

acaecido interna y externamente en las relaciones de organización. Recordemos que aquí nos referimos a las acciones de responsabilidad, pero estas no son sino la forma de destacar como deben conducirse en las relaciones de organización administradores y socios, para asegurar la finalidad causal que llevó a constituir la sociedad para la conservación y operación de una actividad viable, sin dañar a terceros asumiendo el riesgo.

Pienso centralmente en la conservación de la empresa viable, particularmente en la organizada como sociedad por la eficacia de la misma para unir voluntades o separar patrimonios, sin generar daños. Conforme la función preventiva Halperin refiriéndose a la eficacia expresó que “La legislación francesa que responsabiliza al director por el pasivo social, ha sido criticada porque podrá ser eficaz en la pequeña y mediana sociedad, pero no en la gran sociedad, en la que el director generalmente tiene un patrimonio relativo pequeño en proporción a la importancia del pasivo social. La crítica es exacta si se analiza desde el punto de vista del fin reparatorio total, pero tanto la indemnización que se traduce en el empobrecimiento del director como las consecuencias personales (art. 264 L.S.), satisfacen la función preventiva perseguida por la ley”¹⁷⁹.

Ante la crisis económico financiera el concurso judicial no aparece obligatorio en la legislación argentina para las sociedades presentarse en concurso. Es un escudo disponible para los administradores. “Al decir de Abadesa: la remodelación tiende a salvar la empresa, no a aquellos que deben sufrir la responsabilidad y riesgo de la insolvencia”.¹⁸⁰

El punto de la responsabilidad de administradores –e inclusive de socios-, se acentúa frente a esas crisis patrimoniales de la sociedad, o sea en casos en que se produce una imposibilidad sobreviniente de cumplir con el objeto social por cuestiones financieras, económicas o patrimoniales –lo que engloba las causales de disolución de los ap. 4 y 5 del art.94 LGS-, que deberían ser afrontadas conforme las opciones imperativas que fija el art. 96 LGS, que no impone plazo alguno de resolución pero abre la causal de responsabilidad

¹⁷⁹ HALPERIN, Issac *Sociedades Anónimas. Examen crítico del decreto ley 19550*. Ed. Depalma, Bs. Aires 1974, pag. 466 nota 243.

¹⁸⁰ Nto. trabajo de hace 42 años “La conservación de la Empresa”, tomo xxv de Anales de la Academia, año 1986, donde a pág. 118 se reproduce la recepción del Premio Academia con fecha 21 de mayo de 1981.



DECONOMI

prevista en el art. 99 LGS, sobre cuya interpretación giró la novedosa presentación de Boquin..

Desde las finanzas corporativas, se bosqueja que en una sociedad "in bonis" el riesgo empresarial está en cabeza de los socios. Por eso sólo ellos pueden iniciar acciones de responsabilidad contra los administradores sociales. Pero cuando caen en insolvencia (y es necesario distinguir cesación de pagos de insolvencia, eventualmente insolvencia financiera de insolvencia patrimonial), lo que acaece es una transferencia del riesgo empresarial de los socios (que limitarían –lo decimos en potencial- sus pérdidas a lo aportado, conforme al tipo societario) a los acreedores. Ese es el motivo por el cual los acreedores (sea por sí, o a través de la sindicatura) pueden ejercer las acciones de responsabilidad contra los administradores ante la insolvencia del patrimonio. Además, en ese contexto de infrapatrimonización, indirectamente (razonan economistas), la propiedad se transfiere de los accionistas a los acreedores. Es que atendiendo a la responsabilidad de administradores por el déficit concursal¹⁸¹, en razón del incumplimiento de las obligaciones inherentes a sus atribuciones, han colocado a los acreedores y a la sociedad deudora en una compleja situación económica, recordando que el riesgo en el caso de crisis de personas humanas es de los acreedores, pero en el caso de personas jurídicas sociedades es de sus socios conforme conclusiones del “Grupo de Alto Nivel de Expertos en Derecho de Sociedades, presidido por Jaap Winter, con el objetivo de iniciar una discusión sobre la modernización del Derecho de Sociedades y elaborar recomendaciones destinadas a crear un nuevo marco regulador.

Se corresponde ello a lo dispuesto por el art. 99 LGS. La posición se ajusta a través de la posición, muy compartida, que los administradores deben siempre actuar en el interés social, y así se protege a los acreedores, pues los socios en el derecho americano son acreedores subordinados, se habla en interés de los *stakeholders* y no de los *shareholders*, socios.

En panel realizado en la UBA en 2019 –organizado por el incansable Osvado Chomer- recordamos a Karsten Schmidt, quién poco antes decía en ese

¹⁸¹ LÓPEZ RODRÍGUEZ, Carlos E. *Responsabilidad concursal de los administradores societarios. Administración de hecho y déficit concursal. Estudio comparado con la legislación española y argentina*”, Ed. La Ley Uruguay, Montevideo 2016.



recinto las dificultades de la enseñanza del tema en Alemania, sobre que la legislación concursal fuera unitaria para personas humanas y jurídicas, y sobre 270 normas sólo 7 estaban dedicadas a las sociedades, y su predilección a la capitalización, y que las crisis societarias fueran solucionadas en silencio... para concluir textual “*Pero mi lema sigue siendo “Los mejores saneamientos de empresas transcurren libremente, temprano y en silencio”, sería bueno que siguiera siendo así”*. Karsten Schmidt¹⁸²-en ese coloquio- exponía “En la mayoría de los países del mundo muchas de nuestras cuestiones de responsabilidad son tratadas como elementos del Derecho Concursal. En parte eso se basa en la observación correcta, que las cuestiones de responsabilidad entran en vigencia en los casos de insolvencia. La calificación de Derecho Concursal de las reglas de responsabilidad tiene en tanto razones más fenomenológicas que motivos sistemáticos de Derecho. En Alemania, donde prevalecen los pensamientos sistemáticos en el Derecho, la tendencia hasta ahora era la contraria: la mayoría de nuestras cuestiones actuales de responsabilidad son clasificadas como elementos del Derecho Societario –no del Derecho Concursal-, aun si como parte actora comparece un síndico de concurso. En el año 2000, en el Segundo Congreso Iberoamericano¹⁸³ expuse el motivo por el cual en Alemania hasta el momento lo vemos así... En la actualidad todavía considero correcta esta apreciación sistemática del Derecho. Los derechos y obligaciones de los cuales hablamos, por cierto no resultan del procedimiento de insolvencia...”. La doctrina italiana reiteraba que la reforma de la legislación concursal omitió una regulación orgánica de la crisis y de la insolvencia de la sociedad, perpetuando una laguna de la legislación concursal hace tiempo criticada por la doctrina¹⁸⁴.

De ninguna forma pretendo que administradores asuman el riesgo del mercado o el error de planificación¹⁸⁵, tomando conciencia que de una actitud

¹⁸² SCHMIDT, Karsten “Responsabilidad de los socios y administradores” en *Derecho Comercial y de los Negocios, Sociedades – Concursos AAVV* siendo compiladores Raúl Aníbal Etcheverry, Héctor Osvaldo Chomer y Luis Mariano Genovesi, Ed. Eudeba, Buenos Aires 2007, tomo I pág. 395 y ss., reproduciendo una conferencia del año 2005.

¹⁸³ SCHMIDT, Karsten “El derecho empresario y el derecho concursal” en *De la Insolvencia Segundo Congreso Iberoamericano AAVV* directores Junyent Bas-Rodríguez Pardina-Richard, Ed. Advocatus, Córdoba 2000, tomo III pag. 751 y ss..

¹⁸⁴ NIGRO, A. “Le società per azioni nelle procedure concursali”, in *Trattato delle società per azioni*, diretto da G.E. Colombo e G.B. Portale, 9º, Torino 1993, 209 y ss..

¹⁸⁵ Es el parámetro que fijaban los arts. 125-1 y 125-2 incorporados en el año 1983 a la ley de concursos 19.551 entonces vigente, disponiendo que la razonabilidad de un plan debía juzgarse en relación a la fecha en que había sido formulado, descartando así los avatares del mercado, de la política o de la globalización.



omisiva o desleal puede resultar responsabilidad. No deben preocuparse los administradores que actúan con lealtad y diligencia Pero también me preocupa el limitado número de investigaciones –y de investigadores- que bucean sobre este sistema y la integración de las leyes de sociedades y concursos. Boquin se introdujo claramente en ello –ya hicimos fundamentales referencias en mi ensayo del año pasado en esta Revista electrónica- El reflejo práctico de la tendencia son las continuas reformas a la legislación concursal –o requiriendo reforma- sin advertir que la base de la organización societaria contenida en las leyes específicas prevé soluciones a la crisis. Luego de ello constatar que las leyes concursales no son adecuadas para afrontar, en la mayoría de los casos, las crisis de sociedades que terminan mal, o sea destruyendo a la empresa que se pretende conculcar. Por eso estos pensamientos, particularmente los de Boquin conmocionan y permitirán importantes avances sobre la realidad que vivimos, conteniendo el daño y las acciones de responsabilidad al advertir claramente a asesores económicos y jurídicos lo que deben prevenir.

XXII. LA CRISIS.

Existe autonomía de la voluntad para crear sociedades con personalidad jurídica, para desarrollar un objeto social y para que los socios se distribuyan las ganancias o “soporten las pérdidas”, como bien señala la LGS. Esta es la base de la autonomía para la creación: no generar daños. Sin embargo a través de concursos preventivos y vaya a saber porque medios, las pérdidas las soportan los acreedores a través de quitas, inclusive generando utilidades al disminuir el pasivo de la sociedad. Un absurdo lógico, un fraude al sistema de la ley de sociedades,¹⁸⁶ al aspecto causal señala Boquin.

¹⁸⁶ Vienen a cuento las expresivas y sinceras manifestaciones *obiter dictum* del camarista Dr. Alfredo A. Kölliker Frers “la realidad cotidiana de nuestros tribunales demuestra que los ‘verdaderos acreedores permanecen ajenos, en general, al trámite de los concursos, ya sea por desconocer siquiera su existencia, por falta de información o por ignorancia sobre como manejarse en ese tipo de contingencias, o incluso por carecer de asesoramiento legal o, simplemente, por fastidio o hastío por un sistema legal que desde la perspectiva popular sólo pareciera proteger a los deudores y desamparar a los acreedores. En fin, cualquiera sea la razón de esta realidad, lo cierto es que estos acreedores “genuinos” –mayormente proveedores, trabajadores y/o genéricamente, acreedores comerciales- deben presenciar como el concursado y sus asesores letrados diseñan estrategias que les posibilitan a estos últimos “manejar” las mayorías concursales para imponerles a aquéllos propuestas abusivas, cuando no irrisorias, para dilatar su pago, o diluir o licuar directamente sus créditos hasta límites inconcebibles. ¿Puede seriamente creerse, entonces, que esos desprotegidos acreedores estarán en condiciones de evaluar si la falta de actividad actual y/o potencial del concursado constituye o no un óbice para el éxito de la solución preventiva, cuando además de carecer por completo de todo tipo de información acerca de la actividad comercial del deudor, se procura por todos los medios que aquéllos no participen del



DECONOMI

Es importante distinguir, como lo hace Boquin con maestría, el mero desequilibrio en medios de pago de la insolvencia patrimonial para satisfacer el pasivo. Desde hace muchos años Mauricio Yadarola y Fernández igualaron los conceptos de cesación de pagos e insolvencia. Pero concordé con la especialista en Sindicatura Concursal, Prof. Celina Mena¹⁸⁷, con visión contable-económica, señala que “cesación de pagos” e “insolvencia” “no es lo mismo porque la insolvencia se manifiesta en el patrimonio, es este el que no puede hacer frente al pasivo y el remedio en principio es liquidativo. La cesación de pagos es un problema financiero y económico. Este problema se manifiesta por la falta de capital de trabajo. Esto se puede revertir o agravar según la empresa sea viable o no...”. Obviamente el último aspecto destacado describe la causal de disolución: pérdida del capital social¹⁸⁸. Y este es el centro de la cuestión o del disenso. La imprecisa terminología que se expande en soluciones normativas, ha llevado a que autores, como la española Marta Prats Marquina¹⁸⁹ con buen criterio unifiquen en insolvencia, pero distinguido la “insolvencia negocial” entendiendo por ella la incapacidad de generar recursos, de la “insolvencia patrimonial”, ya transitoria (activo superior al pasivo a una fecha determinada), ya definitiva (activo inferior al pasivo exigible).

Para advertir la objetividad de conductas u omisiones para la atribución de responsabilidad por daños, apunto que advertida la situación de crisis, es imposible de soslayar por un administrador societario –buen hombre de negocios-, la diligencia actuar para paliarla –planificando¹⁹⁰-, llevando la cuestión

procedimiento concursal (si es que se enteran de su existencia) y son frecuentemente excluidos de la “voluntad” del colegio de acreedores mediante la interposición de acreedores ficticios o ya “desinteresados” deliberadamente para que brinden su connivente complacencia a las estrategias del deudor, situación que se agrava si se tiene en cuenta que ni siquiera este último está obligado por la ley a decir qué se propone hacer con su empresa y de dónde piensa sacar los fondos con los que les va a pagar? Sinceramente creo que no... se tiene la más absoluta certeza desde la perspectiva de juez que el único objeto del deudor es “bicicletear” a los acreedores y/o ganar tiempo para asegurarse un espacio temporal durante el cual poder diluir su responsabilidad patrimonial y garantizar la inmunidad de los responsables de la falencia”. Como compartimos este diagnóstico, tan brutal¹⁸⁶, es que dirigimos nuestros razonamientos a dar una inteligencia constructivista al sistema concursal actual, particularmente en relación a la actividad empresaria organizada como sociedad, integrándolo a la legislación específica de la actual Ley General de Sociedades –LGS-

¹⁸⁷ MENA, Celina María “CESACION DE PAGOS VS. INSOLVENCIA”, en libro colectivo “Homenaje al Dr. Osvaldo J. Maffia”, Ed. Lerner Córdoba 2008, Instituto Argentino de Derecho Comercial y Fundación para la Investigación del Derecho Concursal y la empresa en crisis Pablo Van Nieuwenhoven. Coordinadores E. Daniel Truffat – Marcelo Barreiro – Carlos Roberto Antoni Piossek – Ramón Vicente Nicastro. En igual sentido CASADIO MARTINEZ, Claudio Alfredo *Informes del síndico concursal*, Ed. Astrea, Buenos Aires 2011, págs.. 170 y ss., correspondiendo la jurisprudencia citada corresponde a CNCom, Sala B 24.3.81 LL 1981-C-615.

¹⁸⁸ RICHARD, Efraín Hugo “La empresa: su organización y crisis” en RDCO n° 253 marzo-abril 2012 p.407.

¹⁸⁹ “*Insolvencia y crisis económico: Su reflejo en el derecho concursal*” R.G.D. Madrid, 1998.

¹⁹⁰ RICHARD, Efraín Hugo *Insolvencia societaria*, Ed. Lexis Nexis, Buenos Aires 2007; “El plan de empresa (o como asumir crisis tempestiva y extrajudicialmente)” en libro colectivo *Homenaje al Dr. Osvaldo J. Maffia* Cap. II



DECONOMI

a conocimiento y decisión de los socios, quiénes deben afrontar la cuestión por los diversos medios que prevé la legislación societaria de todos los países: reintegración o aumento del capital social, reorganización societaria o del negocio, capitalización del pasivo o disolución de la persona jurídica. Este es el verdadero sistema de prevención de la insolvencia en el caso de sociedades, incluso la capitalización de deudas.

Aparece acertado afirmar que la legislación societaria es preconcursal, paraconcursal o anticoncursal, cuya normativa opera en el derecho comparado “como un instrumento preconcursal”¹⁹¹, “tiene una función *preconcursal* o *paraconcursal*, considerando algún otro considerarla como *anticoncursal*”¹⁹², y ante los estudios que tratan de rescatar esas normas, desde lo concursal se ha avanzado en las recientes reformas española de la ley de sociedades y la italiana¹⁹³.

Recordando algo aparentemente olvidado, se ha dicho “La normativa societaria ha tenido, desde siempre, la preocupación de la defensa y protección del crédito y, por esta vía, de la prevención de las crisis empresariales. Con herramientas y procedimientos diferentes ha ido convergiendo con una legislación concursal cada vez más preocupada por la prevención de las crisis empresariales y en la solución de éstas con el menor daño posible a las estructuras productivas. Esta comunidad de objetivos entre ambas ramas del ordenamiento mercantil hacen necesaria una coordinación y armonización normativa, de modo que su objetivo común pueda ser logrado en forma segura y eficiente, derecho concursal y derecho societario no son dos compartimentos estancos. Ambas disciplinas deben perseguir, desde una concepción integral del sistema jurídico, una armonización de sus sistemas normativos en orden a la

pág. 217, Ed. Lerner Córdoba 2008, Instituto Argentino de Derecho Comercial y Fundación para la Investigación del Derecho Concursal y la empresa en crisis Pablo Van Nieuwenhoven, ya citado.

¹⁹¹ URÍA, R.; MENÉNDEZ, A. y GARCÍA de ENTERRÍA, J.” La sociedad anónima: disolución” Cap. 4, pág. 1001 en *CURSO DE DERECHO MERCANTIL* dirigido por Rodrigo URÍA y Aurelio MENÉNDEZ, Ed. Civitas, Madrid 1999, tomo I, especialmente “Las pérdidas graves” págs. 1009 a 1013.

¹⁹² DÍEZ ECHEGARAY, José Luis *Deberes y Responsabilidad de los Administradores de Sociedades de Capital*, 2006, Ed. Thomson-Aranzadi 2ª edición, Navarra. p. 387.

¹⁹³ STRAMPELLI, Giovanni “Capitale sociale e struttura finanziaria nella società in crisis”, en *Rivista delle Società*, anno 57, 2012, luglio-agosto 2012, fascicolo 4, pág. 605, Ed. Giuffrè Editore, Italia 2012, donde se analiza la disposición contenida en el decreto ley del 22 de junio de 2012, n. 83, donde se impone la reconstrucción del capital social o el concurso de la sociedad, en forma similar a lo previsto en la última reforma española.



tutela del crédito, a la anticipación de las crisis y a evitar su profundización y propagación”¹⁹⁴.

El derecho societario y el derecho falimentar se influyen recíprocamente, bajo las reglas del *corporate government*, imponiendo ante la pérdida total o parcial del capital social la convocatoria a asamblea, configurando el “leitmotiv” de la “profilaxis de la insolvencia” el asegurar la estabilidad de la empresa, adoptando las medidas de saneamiento¹⁹⁵.

Omitir las vías preconcursales societarias, para intentar las de reactivación en una presentación en concurso permite avizorar el nacimiento de acciones de responsabilidad.

Las soluciones concursales, extrajudiciales o judiciales, están pensadas para actuar tempranamente frente a la crisis o cesación de pagos, anticipándose a la pérdida del capital social –insolvencia-. Si hay insolvencia son las soluciones societarias las que corresponde aplicar. La espera o la capitalización parecerían soluciones no abusivas ni en fraude a la ley.

Cuidemos los asesores económicos y jurídicos al instrumento maravilloso de la organización empresaria que es la sociedad y evitemos que pueda responsabilizarse a administradores y eventualmente a los socios por su obrar contrario a la ley¹⁹⁶.

XXIII. LA EMPRESA.

La empresa se ha convertido en eje de elucubraciones, en muchos casos teñidas de ideología. Debe centrarse en una visión exclusivamente jurídica¹⁹⁷, como lo hace Boquin.

¹⁹⁴ OLIVERA AMATO, Juan M. *Herramientas societarias para la solución y prevención de las crisis empresariales en Situaciones de crisis en las sociedades comerciales*” AAVV directores José Miguel Embid Irujo, Daniel Roque Vitolo, Ed. Ad Hoc, Buenos Aires 2010, pág.31 y ss., esp.35.

¹⁹⁵ SPOLIDORO, M. S. comentando la tesis de Alexandros N. ROKAS *Die Insolvenzprophylaxe als Bestandteil der Corporate Governance im deutschen Aktienrecht*, Baden Baden, Nomols 2012, en Rivista delle Società anno 57°, noviembre-diciembre 2012 fas. 6°, pág. 1353.

¹⁹⁶ RICHARD, Efraín Hugo “¡MÁS JUSTICIA Y MENOS JUICIOS! CONSERVACIÓN DE LA EMPRESA Y PRECONCURSALIDAD SOCIETARIA-2 Publicado en Revista de Derecho Comercial, del Consumidor y de la Empresa (DCCyE, Editorial La Ley) Año IV, Número 1, Febrero 2013, pág. 3.

¹⁹⁷ En *Ensayos de Derecho Empresario*, Ed. Advocatus, edición de FESPRESA para Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales –Instituto de la Empresa- y Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba –Departamento de Coordinación Docente de Derecho Comercial-, hemos hecho una serie en torno a la “empresa”: “Sobre la empresa” en el n° 1 pág. 55, “EN TORNO A LA CONSERVACION DE LA EMPRESA”, en



DECONOMI

Para que la conservación de la empresa represente un principio debe tenerse presente el complejo de *intereses* que concurren en su mantenimiento – *stakeholders*-, que no son ya los mismos que generaron su advenimiento – limitados a la decisión empresarial que generó el aporte patrimonial para su fundación-. Se trata de los “intereses diversamente vinculados” a través de la conservación de la empresa: de los trabajadores, los proveedores, los clientes, la comunidad nacional, el mercado en su conjunto y el estado. Es que “Los intereses mencionados gradúan, en mayor o menor medida, según el caso el giro y el contenido de las modernas legislaciones concursales”¹⁹⁸.

Omitir las vías preconcursales societarias, para intentar las de reactivación en una presentación en concurso permite avizorar el nacimiento de acciones de responsabilidad. El informe general del síndico u otros elementos agregados al juicio concurrencial podrán acreditar el incumplimiento de los deberes societarios del administrador, y fundar la promoción de acciones de responsabilidad individuales por parte de ciertos acreedores. Particularmente aquellos no informados con los que contrataron estando la sociedad en cesación de pagos. Este informe general en el concurso facilita la prueba de los extremos que podrán invocar esos acreedores, que -en otros casos- puede ser bastante dificultosa, como se señala en la doctrina de los Estados Unidos de Norteamérica¹⁹⁹.

Me lo venía planteando en el ensayo “La responsabilidad de administradores societarios se califica en caso de crisis”²⁰⁰, para sostener que la diligencia y lealtad que deben mantener los administradores de una sociedad se acentúa ante situaciones de crisis, particularmente frente a terceros. Por un lado no es agredible el patrimonio de ellos y de socios si la sociedad tiene bienes – arg. Art. 143 CCC- y congruente con ello ante la posibilidad de insolvencia se autoriza la acción de terceros acreedores por el daño que puedan sufrir –art. 99

nº 2, pág. 41; “La conservación de la empresa por asunción de la crisis en la organización societaria”, nº 3, pág. 192; “Notas en torno a la conservación de la empresa: ¿principio concursal o del derecho societario” nº 4, pág. 56;

¹⁹⁸ ALEGRIA, Hector, “Diálogo de economía y derecho y convergencias culturales y sociales en la insolvencia” en La Ley diario del 9 de mayo de 2007 pág. 1 a 10.

¹⁹⁹ Entienden los autores norteamericanos sobre la incerteza de acciones de responsabilidad de administradores y confirmando las obligaciones de alegar y probar a cargo de los actores que hacen extremadamente gravosas estas acciones. RIBSTEIN L. *Another perspective on Citigroup and AIG* en “blogs.law.harvard.edu”.

²⁰⁰ En XV CONGRESO ARGENTINO DE DERECHO SOCIETARIO Y XI IBEROAMERICANO DE DERECHO SOCIETARIO Y DE LA EMPRESA Tomo IV. ISBN 978-987-48857-6-0 pág. 111-120, Córdoba, 2022.



DECONOMI

LGS-. Boquin cala más profundo, y me congratulo de ser superado, esto hace al progreso de las ciencias jurídicas: el diálogo constructivo, la disidencia respetuosa, saber escuchar y ser escuchado. Me deleito leer el libro que ahora precedo en este entusiasta Prólogo..

Es que hace más de 20 años me refiero al derecho societario de crisis, como arando en el mármol, y ahora Boquin ara más profundo, siembra y recoge de manera magistral.. Se apunta "Desde que ... se introdujo, en el ámbito del derecho societario, en el caso de incumplimiento de especiales deberes disolutorios, el supuesto especial de responsabilidad de los administradores por las obligaciones sociales en 1989..., y, después en 2003, con la aprobación de la Ley concursal, la especial responsabilidad concursal por el déficit patrimonial, son ciertamente muy numerosas las contribuciones de la doctrina española sobre los distintos supuestos de responsabilidad relacionados con las situaciones de crisis... Como es sabido el fondo del problema de la regulación de la materia es la búsqueda de adecuados mecanismos de tutela de intereses de los acreedores, en conflicto con los de los socios, en situación de crisis empresarial, que se mueven en el terreno fronterizo entre el derecho de sociedades y el derecho concursal"²⁰¹.

En 2020 Colombia sustituyo la causal de pérdida por la de negocio en marcha al final del ejercicio, entronizada en nuestras legislaciones a través de los requisitos de la Memoria y del insoslayable deber de diligencia de administradores sobre el plan de viabilidad, que no asegura éxito pero si predictibilidad.

Para ese agravamiento de responsabilidad podría sostenerse que el estado de cesación de pagos sólo será observado por los administradores cuando se practique el balance anual. Pero eso es una falsedad, el administrador moderno tiene información inmediata,"on line" -por los medios informáticos disponibles- de la situación de la empresa y pesa sobre ellos una obligación de programar hacia el futuro, no de esperar los resultados estáticos del pasado. La Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 19 de junio de 2015 es modélica en relación con el análisis de este tipo de casos. Los hechos son

²⁰¹ VELASCO, Esteban Gaudencio prólogo en Eva RECAMAN GRAÑA *Los Deberes y la Responsabilidad de los administradores de Sociedades de Capital en Crisis* Ed. Thomson Reuters Aranzadi 1a. Ed. 2016, págs..29 y30.



típicos: el acreedor –un proveedor de la sociedad- demanda a la sociedad deudora y a su administrador. La sociedad está disuelta en el momento de presentarse la demanda y el acreedor prueba que las deudas que reclama se generaron después de que la sociedad estuviera en causa de disolución por pérdidas...Sorprendentemente, el Juzgado desestima la demanda contra el administrador. La Audiencia revoca la sentencia, sosteniendo “Que dicha situación tuvo que ser conocida o debió serlo por los administradores incluso antes de la formulación de las cuentas anuales dada la grave situación de deterioro económico de la sociedad. La jurisprudencia entiende que el plazo de dos meses para el cumplimiento del deber de convocar junta para acordar la disolución se computa desde que el administrador tiene conocimiento de la concurrencia de la causa de disolución en términos de normalidad económica y contable, según el principio de exigencia de intencionalidad o negligencia que, ceñido a la conducta de omisión” generan responsabilidad. Y la autora demuestra la intensidad de las obligaciones de buen orden para las relaciones de organización societaria.

XXIV. RESPONSABILIDAD POR DAÑO.

La responsabilidad se genera ante concreto daño a terceros, incluso a la sociedad y a socios minoritarios, por el actuar de administradores y de ciertos socios, aún en las personas jurídicas con limitación de responsabilidad por no actuar conforme a normas imperativas de la ley y generar ese daño. El debido contrapeso al control preventivo lo constituyen, decía Mauricio Yadarola, las acciones de responsabilidad contra administradores y socios que arguyeron la viabilidad de mala fe causando daño²⁰².

No sé si se trata de una responsabilidad objetiva, es una violación a la diligencia de los administradores que ante la aparente inviabilidad de la sociedad no convocan a los socios para resolverlo, y con deslealtad posibilitan daños a terceros cuando no a la propia sociedad. Estamos frente a una infrapatrimonialización, y al no actuar incurren en la previsión del art. 1757

²⁰² RICHARD, Efraín Hugo “Responsabilidad de administradores societarios por insolvencia” pág. 504 en “Jornadas italoargentinas de derecho: perspectivas del derecho entre Latinoamérica e Italia” Córdoba Argentina 2004-2005, Ed. Alveroni, Córdoba Agosto 2006.



CCCA. Si por la inacción de los socios de control continúan con la contratación desleal no podrán soslayar la acción de terceros por los daños que pudieren causar, sin perjuicio de la posible repetición contra los socios de control, cuya responsabilidad es tratada particularmente intensiva por Rosa Otzoa- Errarte Goikoetxea²⁰³ ante la necesidad de adoptar medidas en defensa de los derechos de los acreedores. Y conforme el art. 99 LGS aparece como una responsabilidad ex legge. Dejemos para otro ensayo, aunque si son obligaciones solidarias o concurrentes, lo que bien ha tratado Boquin, particularmente al referir esa norma a administradores y socios, que conforme ensayos anteriores entendemos que son los con poder decisión (arts. 99 LGS y 150 y 167 in fine CCCA).

Como visión premonitoria, ante los vientos de reformas mundiales del sistema de crisis, así como se intenta delinear un procedimiento para consumidores –que debería ser sencillísimo-, y para grandes o pequeñas empresas, señalo que al margen de ello debe aceparse un sistema de crisis de sociedades donde se impone la integración normativa y la preeminencia de las normas imperativas de la persona jurídica. Es un postulado que lentamente se va aceptando por diversos caminos, no siempre el que sustento²⁰⁴, pero desde hoy una reforma no podrá ignorar la posición de Boquin y asumir normativas congruentes con el derecho de las relaciones de organización personificadas, su organización y responsabilidad de todos los actores.

Los abogados solemos soslayar los aspectos contables. Pero los mismos son fundamentales para determinar abusos funcionales o acciones de responsabilidad, de socios o de terceros, y estos aspectos son particularmente desarrollados.

“Se impone utilizar, en la legislación empresaria el método de la empresa o de organización, que trata de analizar en su conjunto una serie de actos o contratos conexos conforme su finalidad según su funcionalidad económica y jurídica, resguardando tanto las modernas técnicas de organización

²⁰³ *La responsabilidad de los Socios por la Infracapitalización de su sociedad* 2ª. Ed. Thomson Reuters, España 2011.

²⁰⁴ VEIGA, Juan Carlos – RICHARD, Efraín Hugo “EL CONTRADERECHO (EL ABUSO Y EL FRAUDE EN LA HOMOLOGACION DE ACUERDOS CONCURSALES PROPUESTOS POR SOCIEDADES COMERCIALES CON QUITAS), en *Pensar en Derecho*, Nro. 5 Año 3, pág. 257, Buenos Aires, Febrero 2015. Ed. Eudeba, Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires.



DECONOMI

de la empresa, como los derechos de terceros”²⁰⁵. La empresa que no es autosustentable no es empresa ²⁰⁶. La tensión aumenta cuando el valor patrimonial de la sociedad no permite satisfacer su pasivo. Aquí retorno al tema del interés a tutelar: los accionistas pierden interés en la gestión, y los acreedores en cambio pasan a tener interés fundamental en la prosecución exitosa de la actividad. Los acreedores de una empresa en crisis se encuentran en la misma situación de inversores sin derecho²⁰⁷, que no tuvieron en cuenta cuanto contrataron sin información de esa situación o antes que se produjera.

Es importantísimo traer a cuento las expresiones de Halperin, particularmente porque la ley 19550 en 1972 trabajo un importantísimo régimen normativo para las relaciones de organización personificadas, sociedad, que ha pasado desapercibido. Pienso centralmente en la conservación de la empresa viable, particularmente en la organizada como sociedad por la eficacia de la misma para unir voluntades o separar patrimonios, sin generar daños. Conforme la función preventiva Halperin refiriéndose a la eficacia expresó que “La legislación francesa que responsabiliza al director por el pasivo social, ha sido criticada porque podrá ser eficaz en la pequeña y mediana sociedad, pero no en la gran sociedad, en la que el director generalmente tiene un patrimonio relativo pequeño en proporción a la importancia del pasivo social. La crítica es exacta si se analiza desde el punto de vista del fin reparatorio total, pero tanto la indemnización que se traduce en el empobrecimiento del director como las consecuencias personales (art. 264 L.S.), satisfacen la función preventiva perseguida por la ley”²⁰⁸. ¡Nuestra Ley General de Sociedades!

²⁰⁵ Richard, Efrain Hugo Las relaciones de organización y el sistema jurídico del derecho privado Ed. Advocatus... Ob. Cit., pag. 36.

²⁰⁶ Obviamente que una empresa puede integrar su flujo operacional con subsidios, particularmente si explota servicios públicos, lo que es connatural a la apreciación política sobre su rol en el bienestar general y la asignación de fondos operativos al restringir, por ejemplo, su libertad de fijar tarifas.

²⁰⁷ STANGHELLINI, Lorenzo *Proprietà e controllo del'impresa in crisis* Rivista delle Societa anno 49° 2004 settembre-ottobre fascicolo 5°, Editorial Giuffrè Milano, pag. 1079. Los socios minoritarios, ajenos al grupo de control y dirección de la sociedad están casi en la situación de inversores, hasta pudiendo constituir una clase de socios, pero siempre tienen derecho a una información sobre el estado de la sociedad y una preferencia ante el aumento del capital, directamente vinculado a su derecho al resultado social; sobre este punto puede verse SPOLIDORO, “Il capital sociale”, pag. 59 y especialmente pag. 67 citado, en “Il Diritto delle società per azioni: Problema, Esperienze, Progetti” collana della Rivista delle Società, Ed. Giuffrè 1993.

²⁰⁸ HALPERIN, Issac *Sociedades Anónimas. Examen crítico del decreto ley 19550*. Ed. Depalma, Bs. Aires 1974, pag. 466 nota 243.



DECONOMI

En el momento que enviaba este ensayo por correo electrónico recibí de José Miguel Embid Iruho su interesantísimo ensayo SOBRE EL (NUEVO) DERECHO DE LA INSOLVENCIA Y SU INFLUJO EN EL DERECHO DE SOCIEDADES, con un sumario que apunta a la reforma permanente de “Derecho concursal clásico”, y en eso estamos, aunque sin esperar la reforma, simplemente sistematizando.

Córdoba, U.N.C, 21 de abril de 2025.



“La supresión por acuerdo mayoritario de un derecho estatutario de adquisición preferente de participaciones o acciones”²⁰⁹

Por Velasco San Pedro, Luis Antonio²¹⁰

SUMARIO:

I. INTRODUCCIÓN

II. ADMISIBILIDAD DE LA ELIMINACIÓN DEL DERECHO DE ADQUISICIÓN PREFERENTE

A. En la sociedad de responsabilidad limitada

B. En la sociedad anónima

III. REQUISITOS PARA LA SUPRESIÓN DEL DERECHO DE ADQUISICIÓN PREFERENTE

A. En la sociedad de responsabilidad limitada. ¿Necesidad de acuerdo unánime?

B. En la sociedad anónima. ¿Necesidad de acuerdo unánime o, alternativamente, de doble acuerdo?

IV. EL CONTROL *EX POST* DE LA SUPRESIÓN DEL DERECHO DE ADQUISICIÓN PREFERENTE

A. Cumplimiento de los requisitos legales. En especial, la información a los accionistas: el informe justificativo

B. El control de abusividad

V. RECAPITULACIÓN

I. INTRODUCCIÓN

El objeto de este trabajo, que evoca un caso que se me planteó profesionalmente hace unos años²¹¹, es valorar desde el Derecho español la posibilidad de que una sociedad, cuyos estatutos conceden un *derecho de adquisición preferente* a los socios cuando uno de ellos pretenda enajenar total o parcialmente sus acciones o participaciones, pueda suprimirlo mediante acuerdo mayoritario de su junta general²¹².

²⁰⁹ El texto de este trabajo se corresponde con la ponencia presentada en el “II Congresso Luso-Hispânico de Direito Civil e Comercial [Faculdades de Direito do Porto, Coimbra, Valladolid e Salamanca]”, organizado por la Faculdade de Direito do Porto, en Oporto (Portugal), el día 10 de abril de 2025

²¹⁰ Catedrático de Derecho Mercantil. Universidad de Valladolid (España)

²¹¹ El caso se resolvió en un arbitraje de forma favorable a mis tesis, que en parte traigo a este trabajo, actualizadas con la doctrina aparecida posteriormente (y que intuyo que también ha sido motivada por este caso).

²¹² Quedan fuera de mi análisis aquellos derechos de adquisición en favor de la propia sociedad, y/o que operan en supuestos de adquisiciones mortis causa o en el marco de procedimientos de ejecución forzosa.



DECONOMI

Para una correcta resolución del problema, creo que debe hacerse diferenciando entre sociedades anónimas y sociedades de responsabilidad limitada²¹³, dada su diferente configuración tipológica, aunque en no pocos casos las soluciones serán análogas, lo que permitirá simplificar la respuesta cuando así sea.

Es lo que vamos a tratar de realizar a continuación, examinado en diversos apartados [1] si existen obstáculos legales que impidan eliminar este *derecho de adquisición preferente*; [2] si, caso de admitirse la posibilidad de eliminarlo, cuáles serían los requisitos que habría que cumplir *ex ante* para ello, y [3] qué tipo de control *ex post* tendría que superarse. Ya adelanto que la primera cuestión merece una respuesta afirmativa, pues si los estatutos pueden modificarse, también podrá serlo un derecho de configuración estatutaria, aunque ello debe matizarse en función del tipo social habida cuenta de la configuración de la sociedad limitada como una sociedad necesariamente cerrada, a diferencia de la anónima que inicialmente se concibe por el legislador como una sociedad abierta, aunque se permite que por vía estatutaria se acabe articulando también de manera cerrada. La respuesta de la segunda, se conecta a los requisitos que se exigen para la reforma de los estatutos sociales, que parten de su reserva al acuerdo de la junta, pero que, de nuevo, se pueden complementar con requisitos adicionales dependiendo del tipo social y, aquí la respuesta se complica ya que, en mi opinión, dependerá de qué naturaleza se dé al *derecho de adquisición preferente*. La tercera, finalmente, obliga a explorar los escenarios de impugnabilidad de los correspondientes acuerdos, examinando posibles causas.

II. ADMISIBILIDAD DE LA ELIMINACIÓN DEL DERECHO DE ADQUISICIÓN PREFERENTE

A. En la sociedad de responsabilidad limitada

²¹³ Lo que se diga para las sociedades anónimas serían también aplicable a las comanditarias por acciones (tipo muy poco frecuente en la actual práctica española) en virtud de la inexistencia de reglas específicas sobre esta cuestión en su regulación y la remisión en bloque que se hace al régimen de la anónima en lo no especialmente previsto para ellas por el artículo 3.2 de la Ley de sociedades de capital (LSC).



DECONOMI

En una primera aproximación desde el régimen de la sociedad de responsabilidad limitada, el *derecho de adquisición preferente* debe considerarse como una restricción a la circulación de las participaciones sociales. Tal es así que la propia LSC, en su artículo 107.2, configura un derecho de este tipo en la regulación supletoria que hace de la transmisión voluntaria por actos *inter vivos* de participaciones sociales, para el caso de que falte previsión estatutaria, ya que este tipo social, como se acaba de señalar, se configura legalmente como una sociedad necesariamente *cerrada*.

En este orden de consideraciones, resulta claro y ello no es controvertido, que el establecimiento directo o indirecto de un *derecho de adquisición preferente* en los estatutos, no es un sistema necesario, sino claramente disponible, de manera que las sociedades pueden optar por reconocerlo, en la misma forma que se hace en el citado artículo 107.2 LSC (esto podría resultar indirectamente si se guarda silencio sobre esta cuestión en los estatutos), o de otra forma total o parcialmente distinta (lo que es más habitual en la práctica española), o bien establecer en los estatutos un sistema de restricciones a la transmisión de participaciones *inter vivos* diferente, basado en un mecanismo distinto, que es a lo único que obliga el artículo 107.1 LSC, con tal –eso sí– de que se respeten los límites a la autonomía estatutaria que, a este respecto, establece el artículo 108 LSC.

Llegados a este punto, en principio, no debería haber obstáculos legales para eliminar el *derecho de adquisición preferente* mediante una *modificación de los estatutos sociales*, que es una operación que se admite expresamente con carácter general en la LSC, no pudiendo, además, considerarse a este derecho como uno de los *principios configuradores del tipo* sociedad de responsabilidad limitada, que es un límite a la autonomía privada que se establece en el artículo 28 LSC, ya que dicho derecho se considera por la LSC, como acaba de verse, únicamente como una posible alternativa a la hora de establecer el régimen de restricciones a la circulación de las participaciones. No obstante, esta supresión debería acompañarse del mantenimiento o del establecimiento de cualquier otro sistema de restricción, pues el art. 108.1 LSC declara nulas las cláusulas que hagan prácticamente libre la transmisión *inter vivos* de participaciones sociales.



A mayor abundamiento, la propia LSC confirma la posibilidad de variar el régimen de la transmisión de las participaciones. Por un lado, cuando su artículo 111 se ocupa del régimen aplicable en tales casos, al señalar que este “será el vigente en la fecha en que el socio hubiera comunicado a la sociedad el propósito de transmitir” sus participaciones. Por otro, de manera todavía más clara, cuando el artículo 346 LSC señala que “[e]n las sociedades de responsabilidad limitada tendrán, además, derecho a separarse de la sociedad los socios que no hubieran votado a favor del acuerdo de modificación del régimen de transmisión de las participaciones sociales”.

Cuestión distinta es el de los requisitos que habría que cumplir para esa modificación estatutaria, cuestión que examinaremos en un apartado sucesivo²¹⁴.

B. En la sociedad anónima

Inicialmente los mismos planteamientos que acaban de hacerse, son trasladables a las sociedades anónimas. También aquí el *derecho de adquisición preferente*, en este caso de acciones, merece ser considerado como una restricción a la circulación de las acciones, con la diferencia de que en este tipo social se tiene que recoger expresamente en los estatutos, al igual que cualquier otra forma de restricción a la circulación de las acciones, por exigirlo el artículo 123 LSC.

La diferencia tipológica estriba aquí en que una eventual supresión del *derecho de adquisición preferente* no tiene por qué acompañarse necesariamente del mantenimiento o la introducción de otras restricciones alternativas, pues la transmisión de acciones puede ser enteramente libre ya que la sociedad anónima se configura legalmente como una *sociedad abierta*, a diferencia de la de responsabilidad limitada. Por tanto, la cuestión a plantear aquí

²¹⁴ Asimismo, cabría también una *derogación singular* del *derecho de adquisición preferente*, para un caso concreto y sin modificar los estatutos, aunque respetando las reglas establecidas para su reforma, habida cuenta de la inexistencia de un principio de inderogabilidad singular de los estatutos, a diferencia de lo que sucede con los reglamentos administrativos. Mantiene con carácter general esta posibilidad A. CAMPINS, “Derogación singular de los estatutos sociales”, en *Revista de Derecho Mercantil* n° 242 (2001), pp. 1685-1710. Se refiere a un caso específico de derogación singular, en relación con el nombramiento de unos administradores para cuya separación se acordó una mayoría distinta a la que reflejaban los estatutos, la resolución de la Dirección General de los Registros y el Notariado (RDGRYN) de 24 de marzo de 2009 (BOE de 10 de mayo de 2009), que sin embargo no la consideró inscribible.



es si, mediante la supresión de este *derecho de adquisición preferente* vía reforma de estatutos sociales, pueden eliminarse totalmente las restricciones a la circulación de las acciones que contemplasen los estatutos.

En relación con esta cuestión, ni la LSC, ni ninguna otra norma legal imperativa, se oponen a que se puedan eliminar las restricciones a la circulación de las acciones. A mayor abundamiento, la eventual existencia de tal *derecho de adquisición preferente* de configuración estatutaria no puede considerarse como un *principio configurador del tipo* sociedad anónima, que impediría su eliminación, ya que ni siquiera merecería tal consideración, como acaba de decirse, en la de responsabilidad limitada pese a ser concebida legalmente como una *sociedad cerrada*. En este orden de consideraciones, se ha afirmado por la RDGRYN de 17 de mayo de 1993, que la “esencial transmisibilidad de las acciones de la Sociedad Anónima (...) constituye un verdadero principio configurador de este tipo social”²¹⁵, de lo que también se hace eco alguna doctrina²¹⁶. Lo que seguramente es exagerado, aunque por contraste pone de relieve el contrasentido que habría sido entender lo contrario respecto a un eventual *derecho de adquisición preferente*.

Por otro lado, la circunstancia de que se admita la introducción de restricciones a la circulación de las acciones por la vía de reforma estatutaria, actualmente en el artículo 123.2 LSC, conduce *a fortiori* a entender también posible lo contrario: suprimirlas.

Otra cuestión es la de los requisitos que habría que cumplir para que se pudiera suprimir tal derecho, pero ello se examinará de nuevo en un apartado sucesivo.

III. REQUISITOS PARA LA SUPRESIÓN DEL DERECHO DE ADQUISICIÓN PREFERENTE

²¹⁵ BOE de 23 de junio de 1993.

²¹⁶ Un planteamiento semejante hace C. GALÁN LÓPEZ, “Acciones (restricciones a la libre transmisibilidad)”, en ALONSO LEDESMA, C. (dir.), *Diccionario de Derecho de Sociedades*, Iustel, Madrid 2006, p. 77.



A. En la sociedad de responsabilidad limitada. ¿Necesidad de acuerdo unánime?

Para suprimir el derecho de adquisición preferente de participaciones, como ya se ha señalado, con carácter general habría que cumplir los requisitos establecidos para la modificación de estatutos en los artículos 285 a 288 LSC.

Cabe plantearse, no obstante, si además de cumplir estos requisitos generales habría que satisfacer algún otro requisito adicional. Concretamente, debe valorarse si el reconocimiento estatutario de un *derecho de adquisición preferente*, podría considerarse un “derecho individual del socio”, ya que el artículo 292 LSC señala que “[c]uando la modificación [de los estatutos] afecte a los derechos individuales de cualquier socio de una sociedad de responsabilidad limitada deberá adoptarse con el consentimiento de los afectados”, lo que impondría a esta reforma estatutaria el requisito adicional de la unanimidad de todos los socios.

En este orden de consideraciones, algunos autores como el Prof. Perdices, autor de una importante monografía sobre la cuestión, han venido entendiendo que efectivamente el *derecho de adquisición preferente* sería un *derecho individual de los socios*, por lo que para su supresión se requeriría del consentimiento de todos los socios²¹⁷. Este mismo autor, recientemente, ha insistido en estos planteamientos indicando que

“Estos derechos de adquisición, aunque son derechos de los socios, no son sin embargo derechos sociales en sentido propio; es decir, derechos constitutivos de su condición de socio ejercitables frente a la sociedad y que el socio puede reclamar a o frente a la sociedad. Si esto es así, como creemos, la intangibilidad de estos derechos para la mayoría aún debería ser más clara”²¹⁸.

²¹⁷ A. PERDICES, *Cláusulas restrictivas de la transmisión de acciones y participaciones*, Civitas, Madrid 1997, pp. 451 y ss., con una postura común para el derecho de adquisición preferente de participaciones o acciones. A esta opinión se han adherido recientemente, en relación con el derecho de adquisición preferente de acciones, A. RECALDE/F.J. ARIAS, en J.A. GARCÍA-CRUCES/I. SANCHO GARGALLO (dirs.), *Comentario de la Ley de Sociedades de Capital*, Tirant lo Blanch, Valencia 2021, II, sub. art. 123, p. 1723.

²¹⁸ A. PERDICES, “Los derechos estatutarios de adquisición son indisponibles para la mayoría”, *Estudios Jurídicos en Homenaje al profesor Ángel Rojo*, Civitas, Madrid 2024, II, p. 1514.



No comparto este planteamiento²¹⁹. Debe tenerse en cuenta que la categoría de los *derechos individuales* que utiliza el citado artículo 292 LSC, no se corresponde con el concepto vulgar del término, sino que es un *concepto jurídico indeterminado*, que debe concretarse por grupos de casos mediante una interpretación adecuada. A este fin, debe descartarse que puedan comprenderse dentro de estos derechos individuales cualquier modificación que altere la posición del socio en la sociedad, pues esto haría inviable la inmensa mayoría de las modificaciones estatutarias, en contra de lo que la ley quiere –que se puedan aprobar por mayoría²²⁰ –, pues en casi todas las modificaciones estatutarias, se pone en juego esta posición, por mínimo que sea su impacto. Por poner un ejemplo extremo, pero quizá por ello más expresivo, cuando se cambia de domicilio a la sociedad esto puede perjudicar a los socios, al hacerles más gravoso acudir a la junta general para votar. ¿Podríamos considerar que con ello se está afectando a un derecho individual cuando, además, el actual artículo 285.2 LSC ni siquiera exige el acuerdo de la junta general para ello?

El Prof. Perdices, en su citada monografía, evidencia estas dificultades cuando trata de aplicar la categoría de los derechos individuales a las restricciones estatutarias. Para la supresión de las cláusulas de autorización (donde se somete la adquisición al *placet* de un órgano de la sociedad), y las de adquisición a favor de la sociedad, considera que es suficiente el acuerdo mayoritario²²¹, pasando por alto que aquí se afecta también a la posición de los socios porque se verán privados de poder participar en la adopción de las decisiones correspondientes (autorizar la operación o que la sociedad adquiera). Probablemente por ello otros autores, como la Prof^a Martínez Flórez, aun

²¹⁹ Tampoco lo comparten, en relación con las acciones, F. CARBAJO, “La supresión de restricciones estatutarias a la libre transmisión de acciones por imposición de la mayoría”, en *Estudios de Derecho de Sociedades y de Derecho Concursal en homenaje al profesor Jesús Quijano González*, Universidad de Valladolid, Valladolid 2023, pp. 173 y ss.; R. PALÁ, “La supresión del derecho estatutario de adquisición preferente en la transmisión inter vivos de acciones”, en *Estudios Jurídicos en Homenaje al profesor Ángel Rojo* cit., II, pp. 1467 y ss. y J. ALFARO, “A propósito de Antonio Perdices, Los derechos estatutarios de adquisición son indisponibles para la mayoría”, *Estudios Rojo*, en el Blog *Almacén de Derecho* [<https://almacenederecho.org/los-derechos-estatutarios-de-adquisicion-son-disponibles-para-la-mayoria>], indicando, además, su cambio de opinión al respecto (anteriormente suscribía la postura de Perdices).

²²⁰ Este salto se dio en la mayoría de las legislaciones sobre sociedades anónimas a lo largo del siglo XIX, cuando se abandonó una concepción estrechamente cerrada sobre su naturaleza contractual que imponía la unanimidad para cualquier novación o modificación del contrato social (como se exige para los contratos en general).

²²¹ A. PERDICES, *Restricciones...* cit., pp. 443 y ss.



defendiendo que los derechos individuales pueden resultar de los estatutos, a la hora de enumerar esta categoría de derechos, se cuidaron de no incluir entre ellos el de *adquisición preferente*²²².

Ante esta disyuntiva se impone una concepción prudente y proporcionada de estos derechos individuales, porque en otro caso se impediría prácticamente cualquier modificación estatutaria en las sociedades limitadas, en contra de lo que la propia LSC quiere. Acogiendo este planteamiento, se ha venido entendiendo de manera muy mayoritaria por la doctrina que se ha ocupado de la cuestión, que esta categoría debe identificarse con aquellos *derechos especiales* que singularicen la posición del socio en la sociedad, reconociéndole algún tipo de *privilegio* o *preferencia* donde la ley lo permite: voto, dividendos, etc.²²³. Así las cosas, el *derecho de adquisición preferente* de configuración estatutaria es un derecho concedido a la generalidad de los socios, por lo que habría que descartar su consideración como *derecho individual* propiamente dicho conforme a este criterio.

En mi opinión, sin embargo, y con independencia de la solución que pudiera darse a esta controvertida cuestión, creo que sistemáticamente habría que descartar también su posible aplicación al *derecho de adquisición preferente* como restricción a la transmisión que es, puesto que, como ya se dijo, el posterior artículo 346.2 LSC, al referirse a la modificación del régimen de transmisión de las participaciones, y sin hacer distinciones en relación con las diferentes modificaciones que pueden operarse –entre ellas, obviamente, la supresión de este derecho–, otorga un derecho de separación a los socios disidentes. Si previamente se exigiera la unanimidad para suprimir el *derecho de adquisición*

²²² A. MARTÍNEZ FLÓREZ, en A. ROJO/E. BELTRÁN, *Comentario a la Ley de sociedades de capital*, Civitas, Cizur Menor 2011, II, sub. art. 292, p. 2155.

²²³ Así lo entienden, entre otros, F. ALONSO ESPINOSA, “La posición jurídica del socio en la Ley 2/1995”, en *Revista de Derecho de Sociedades*, nº 4, 1995, pp. 24 y s.; D. ESPÍN, “La modificación de los estatutos sociales” en AA. VV., *Derecho de sociedades de responsabilidad limitada*, McGraw Hill, Madrid 1996, II, p. 765; J. GARCÍA DE ENTERRÍA, “El régimen general de modificación de estatutos en la nueva Ley de sociedades de responsabilidad limitada”, en AA. VV., *Estudios de Derecho Mercantil en homenaje al Profesor Justino Duque Domínguez*, Universidad de Valladolid, Valladolid 1998, I, p. 377; J. MACHADO/F. MERCADAL, en I. ARROYO/J.M. EMBID/C. GÓRRIZ (dirs.), *Comentarios a la Ley de sociedades de responsabilidad limitada*, 2ª ed., Tecnos, Madrid 2009, sub. art. 71, p. 872; F. VICENT, *Introducción al Derecho Mercantil*, 24ª ed., Tirant Lo Blanch, Valencia 2022, p. 1421.

Una visión más amplia tiene, en cambio, MARTÍNEZ FLÓREZ al considerar como tales a “los derechos legales que pueden ser alterados, en todos o en alguno de sus aspectos, por los estatutos, así como a los derechos otorgados por los propios estatutos” (en A. ROJO/E. BELTRÁN, *Comentario... cit.*, II, sub art. 292, p. 2154).



preferente, se estaría introduciendo una distinción que la norma no contempla, yendo en contra del conocido brocardo *ubi lex non distinguit nec nos distinguere debemus*, y privándola de contenido pues no llegaría a poderse aplicar (todos los socios habrán tenido que votar a favor de la modificación). A este respecto no es baladí que la práctica se oriente de manera muy mayoritaria por el *derecho de adquisición preferente* como sistema de restricción a la circulación de las participaciones, en línea con lo que establece el artículo 107.2 LSC que, en el sistema legal supletorio que contempla, parte asimismo de este derecho.

Pero al margen de esto, la concesión de un derecho de separación en estos casos, creo que por sí solo es suficientemente protector del socio en relación con una modificación estatutaria que, en una sociedad de suyo cerrada como es la limitada, ciertamente puede afectar a sus intereses, con la ventaja adicional de ser, además, una solución equilibrada porque se cohonesta con el reconocimiento del *principio mayoritario* que seguramente es –este sí– uno de los *principios configuradores* de todas las sociedades de capital²²⁴. Lo que obviamente no sucede con la alternativa de exigir la unanimidad de los socios.

B. En la sociedad anónima. ¿Necesidad de acuerdo unánime o, alternativamente, de doble acuerdo?

De manera análoga a como se ha visto para la sociedad de responsabilidad limitada, también para suprimir el *derecho de adquisición preferente* de acciones y, en su caso, hacer totalmente libre su transmisibilidad, habría que cumplir con carácter general los artículos 285 a 288 LSC sobre modificación de los estatutos sociales. Las peculiaridades en este punto estribarían únicamente en la exigencia a mayores en la sociedad anónima de un *informe de los administradores* sobre la modificación propuesta, que no se requiere en la limitada (artículo 287 LSC), y la diferente articulación de *quorum* y/o mayorías en ambos tipos sociales (artículo 288 LSC).

²²⁴ J. SÁNCHEZ CALERO, “La transmisión de participaciones sociales y el derecho de separación en la sociedad limitada”, en *Revista de Derecho de Sociedades* nº 6, 1996, p. 14, considera que el derecho de separación, en atención a su fundamento, se circunscribe a los casos en que se incrementa el grado de restricciones a la transmisión de las participaciones; posición que, sin embargo, no se compadece con la literalidad de la norma, tanto en la LSRL como en la actual LSC, que no hace distinciones al respecto, por lo que debe entenderse que existe en todos los casos de modificación del régimen de transmisión, ya se endurezca o se liberalice. En este sentido, entre otros, A. EMPARANZA, A. ROJO/E. BELTRÁN, *Comentario...* cit., II, sub art. 346, pp. 2476 y s.



DECONOMI

También aquí cabe considerar, si además de cumplir estos requisitos, habría que hacerlo respecto a otros suplementarios, que, en el caso específico de las sociedades anónimas, no solo se pueden, teóricamente al menos, plantear respecto a un eventual consentimiento unánime de todos los socios, como en la sociedad de responsabilidad limitada, sino alternativamente –pues ambas soluciones se excluyen recíprocamente–, respecto a la necesidad de que haya un doble acuerdo.

De entrada, la LSC no establece *expressis verbis* ninguno de estos requisitos suplementarios. El artículo 123.1, 2 LSC, contempla la posibilidad de introducir restricciones a la circulación de las acciones, a través de una modificación estatutaria, estableciendo para este caso un *vacatio* de tres meses, durante los cuales los accionistas que no hayan votado a favor del acuerdo, no quedan sometidos a dicho acuerdo. Como nada especial señala para el caso opuesto, de que se eliminen las restricciones, en buena lógica interpretativa, hay que entender que esta modificación estatutaria se somete únicamente a las *reglas generales sobre reforma de los estatutos*.

Esta *lectura sistemática* de la norma resultaba tan evidente, que los primeros y muy eminentes comentaristas de la Ley de sociedades anónimas (LSA) de 1951, de donde procede la citada regla, como eran los profesores Uría y Girón, admitieron esta posibilidad dándola por sentada y sin cuestionarse exigencia complementaria alguna.

En este sentido, el Prof. Uría, que fue, además, uno de los autores del anteproyecto de la LSA de 1947, en el que se basó la LSA de 1951, señalaba textualmente a este respecto:

“La ley nada previene acerca de la competencia de la junta general para modificar o incluso abolir las restricciones existentes. Creemos, sin embargo, que debe sostenerse la competencia de la junta para modificar o *derogar las restricciones estatutarias*, del mismo modo que es competente para introducir las”²²⁵ (cursiva añadida).

²²⁵ R. URÍA, en J. GARRIGUES/R. URÍA, *Comentario...* cit. (la primera edición de esta obra fue en 1952), I, sub. art. 46, pp. 534 y ss.



DECONOMI

Con posición análoga, el Prof. Girón indicaba por su parte lo siguiente:

“Las cláusulas restrictivas tienen carácter constitucional en la S. A.: constituyen menciones facultativo-necesarias de los Estatutos (art. 46) y por eso pueden solo establecerse o *hacérselas desaparecer por vía de reforma estatutaria*”²²⁶ (cursiva añadida).

El mismo planteamiento haría años después el Prof. Broseta, autor de la primera monografía extensa sobre las restricciones estatutarias publicada en España, al señalar, ya con un razonamiento más desarrollado, lo siguiente:

“Puede afirmarse que cualquiera que sea el momento de su creación –fundacional o posterior– *la Junta general puede acordar la derogación de las restricciones estatutarias*. Aunque nada dice la LSA expresamente, la respuesta afirmativa parece indudable. Si el artículo 85-3 de la LSA²²⁷ permite que la mayoría derogue el derecho a la libre transmisibilidad de acciones que originariamente eran transmisibles, siendo así que este derecho nacía de la ley al no estar expresamente derogado por los estatutos, con mayor razón *podrá la mayoría derogar las restricciones a la libre transmisibilidad de las acciones*”²²⁸ (cursiva añadida).

En contra de este planteamiento, el Prof. Perdices en relación con aquellas cláusulas que otorgasen un *derecho de adquisición preferente a los socios* (aunque abordando conjuntamente la cuestión en sociedades anónimas y limitadas y pasando por alto sus diferencias tipológicas), defendió, como ya se ha dicho, la necesidad del consentimiento individual de los socios; postura a la que se adhieren los profesores Recalde y Arias²²⁹.

Esta opinión, sin embargo, fue rechazada poco después por la Prof^a. Cheves, en otra monografía extensa sobre la materia, además centrada en el *derecho de adquisición preferente*, al entender que en estos temas lo que debe

²²⁶ J. GIRÓN, *Derecho...* cit., p. 235.

²²⁷ Este artículo se corresponde actualmente con el citado artículo 123.2 LSC.

²²⁸ M. BROSETA, *Restricciones...* cit., pp. 86 y 87.

²²⁹ Véase la nota 7.



ponderarse propiamente, no es el interés de los socios, sino el interés de la sociedad²³⁰.

Posteriormente, el Prof. Fernández de la Gándara ha mantenido asimismo la posibilidad de suprimir las restricciones por acuerdo mayoritario de la junta, resaltando que:

“Las restricciones estatutarias a la libre transmisibilidad de las acciones revisten carácter voluntario sin que por consiguiente puedan calificarse como derechos esenciales del socio. *De ahí que en esta materia la potestad de la mayoría, ejercida a través de la Junta, resulta plenamente vigente y efectiva*” (cursiva añadida)²³¹.

Recientemente han mantenido asimismo esta posición, de manera más pormenorizada, los profesores Carbajo, Palá y Alfaro, resaltando la facultad de la mayoría para suprimir esta restricción a la circulación de las acciones en el marco de la reforma de los estatutos sociales y negando, por tanto, el carácter de derecho inderogable por la mayoría del de adquisición preferente²³².

En la *jurisprudencia del Tribunal Supremo* se ha mantenido también la posición de considerar que la supresión de las restricciones, aunque comportasen un *derecho de adquisición preferente*, puede hacerse con el solo acuerdo de modificación estatutaria: sentencias (SSTS) nº 1003/1992 de 14 de noviembre de 1992 (RJ 1992\9406) y nº 123/2007 de 16 de febrero de 2007 (RJ 2007\2540) (esta última, no obstante, implícitamente al considerar finalmente nulo el acuerdo por la falta de suficiente justificación en el informe de los administradores, pero no por no haber sido consentido por todos los accionistas). La primera de estas sentencias, señaló a este respecto lo siguiente:

²³⁰ N. CHEVES, *El derecho de adquisición preferente como cláusula restrictiva a la transmisibilidad de las acciones y de las participaciones sociales*, McGraw Hill, Madrid 1999, pp. 154 y ss. Esta autora apunta, además, que “[l]os estatutos pueden atribuir el derecho [de adquisición preferente] a los socios exclusivamente; más los estatutos no regulan derechos *uti singuli*, sino *uti socii* y por tanto descartamos el argumento de parasocialidad para descartar aquí el poder derogador de la mayoría, en la medida en que siempre es tutelable un interés social” (p. 156).

²³¹ L. FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, *Derecho de Sociedades*, Tirant lo Blanch, Valencia 2010, I, pp. 506 y s. La cita textual de la p. 507.

²³² F. CARBAJO, “La supresión...” cit., pp. 171 y ss.; R. PALÁ, “La supresión...” cit., pp. 1467 y ss.; J. ALFARO, “A propósito...” cit.



DECONOMI

“[L]a modificación por el acuerdo quinto [de la junta extraordinaria] del art. 8º de los Estatutos sociales, suprimiendo el derecho de adquisición preferente en la enajenación de las acciones, es perfectamente lícito como ejercicio de la voluntad soberana de la Junta para establecer las normas reguladoras de la sociedad con respeto a la legislación vigente que en ese caso no resultó conculcada como tampoco resultaba del acuerdo perjuicio alguno para la Sociedad”.

También en la *jurisprudencia menor* se sigue esta orientación en las sentencias de la Audiencia Provincial (SSAP) de Santa Cruz de Tenerife nº 357/02 de 24 de mayo de 2002, de Madrid nº 295/2013 de 25 de octubre de 2013 y nº 242/2014 de 12 de septiembre de 2014, y Palma de Mallorca nº 30/2017 de 7 de febrero de 2017, que señalan lo siguiente:

SAP Santa Cruz de Tenerife nº 357/02 de 24 de mayo de 2002:

“Nada dice expresamente la LSA sobre si es o no posible variar el régimen de restricciones estatutarias impuesto en el momento fundacional. La LSA permite que la mayoría, mediante la modificación de los estatutos, la restricción de la libre transmisibilidad de las acciones que eran originariamente transmisibles, por lo que lo contrario también ha de considerarse permisible, es decir, derogar las restricciones impuestas originariamente para ajustarlas al régimen común de las mismas”.

SAP Madrid nº 295/2013 de 25 de octubre de 2013:

“La eliminación de restricciones para la transmisión de acciones, lejos de ser un comportamiento que deba ser observado con recelo, supone el acomodo al principio de libre transmisibilidad, siendo precisamente las previsiones estatutarias (artículo 63.1 del TRLSA) las que, a modo de excepción, pueden llegar a limitarlo. La acción es por vocación un título transmisible y son las restricciones estatutarias (propias, en realidad, de sociedades familiares o cerradas, aunque se haya extendido a otros casos) las que vienen a constituir una limitación de derechos para los socios y por ello deben cumplir determinadas exigencias. El acometimiento de una modificación estatutaria que elimine una restricción al respecto lo que supone es ampliar el derecho de todos los socios y no el de restringir el de ninguno de ellos”.



SAP Madrid nº 242/2014 de 12 de septiembre de 2014:

“La eliminación de restricciones para la transmisión de acciones, que es lo que en opinión del demandante determinaría la abusividad de los acuerdos objeto de impugnación en el presente procedimiento, lejos de ser un comportamiento que deba ser observado con recelo, supone el acomodo al principio de libre transmisibilidad, siendo precisamente las previsiones estatutarias (artículo 63.1 de la Ley de Sociedades Anónimas) las que, a modo de excepción, pueden llegar a limitarlo. La acción es por vocación un título transmisible y son las restricciones estatutarias (propias, en realidad, de sociedades familiares o cerradas, aunque se haya extendido a otros casos) las que vienen a constituir una limitación de derechos para los socios y por ello deben cumplir determinadas exigencias”.

SAP Palma de Mallorca nº 30/2017 de 7 de febrero de 2017:

“Es decir, a priori y desde un punto estrictamente objetivo, la modificación acordada que viene a suprimir una limitación anterior, en principio de (sic) no puede ser mirada con prevención y por ello, convenimos que (sic) con la parte apelante, que el acometimiento de una modificación estatutaria que elimine una restricción al respecto, no tiene por qué constituir un trato discriminatorio al socio, pues lo que supone es ampliar el derecho de todos los socios y no restringir el de ninguno de ellos”.

Como balance de este repaso, se aprecia que tanto la jurisprudencia, como un sector mayoritario de la doctrina, se inclinan por que la supresión de las cláusulas restrictivas a la circulación de las acciones, incluso *aunque comporten un derecho de adquisición preferente*, se pueda hacer por acuerdo mayoritario de la junta general, adoptado con los requisitos previstos para las modificaciones estatutarias, y sin necesidad de requisitos suplementarios como el consentimiento unánime de todos los socios.

También es un aspecto muy relevante a tener en cuenta, la *refundición* de las anteriores LSA de 1989²³³ y Ley de sociedades de

²³³ La LSA de 1951 había sido objeto de una previa refundición en 1989 (Real Decreto Legislativo 1564/1989, de 22 de diciembre), en relación con la gran reforma del Derecho de sociedades de la Ley 18/1989, de 25 de julio.



DECONOMI

responsabilidad limitada (LSRL) de 1995, en la actual LSC de 2010. En esa refundición, en no pocas cuestiones, se extendieron soluciones que en aquellas leyes estaban previstas solo para uno de los tipos, a los dos indistintamente. En el punto que nos interesa, sin embargo, no fue así, al mantenerse *las diferencias tipológicas* entre sociedad anónima y sociedad limitada. En este sentido, el artículo 95, c) LSRL que, en la *modificación del régimen de transmisión de participaciones* (por tanto, también cuando se suprimiera un derecho de adquisición preferente), otorgaba un *derecho de separación* a los socios disidentes, se trasladó tal cual al actual artículo 346.2 LSC; esto es, solo para las sociedades limitadas y sin incluir en su ámbito a las sociedades anónimas. Lo mismo se hizo con el artículo 71.2 LSRL, donde se sometía al consentimiento de los socios afectados, los acuerdos de modificación estatutaria que afectasen a sus “derechos individuales”, y que el texto refundido trasladó literalmente al actual artículo 292 LSC, anteriormente citado, en referencia solo a la sociedad limitada y sin incluir, de nuevo, a la sociedad anónima.

Por otro lado, tampoco puede hablarse de que en relación con la sociedad anónima haya una *laguna legal* al no contemplarse expresamente la posibilidad de suprimir las cláusulas restrictivas, que permitiría una aplicación analógica de aquella norma. Esta materia conceptualmente está englobada dentro de las modificaciones estatutarias, que la ley solo singulariza en aquellos casos en los que se ha considerado conveniente añadir a mayores reglas especiales. Además, como acabamos de ver, este supuesto sí se contempla para la sociedad limitada (el artículo 346.2 LSC), por lo que aquí tampoco puede hablarse de un olvido o una imprevisión del legislador (refundidor). Si no hay una laguna de regulación, y no se adoptan requisitos especiales como los previstos en la misma LSC para la sociedad limitada, es más patente, si cabe, que el solo acuerdo de supresión de las restricciones, adoptado por la junta general con los requisitos generales que se exigen para la modificación de los estatutos, debe ser suficiente para operar tal resultado²³⁴.

²³⁴ La circunstancia de que el artículo 158.3 del Reglamento del Registro Mercantil (RRM) exija que conste el consentimiento de los accionistas interesados o afectados cuando una modificación estatutaria “implique nuevas obligaciones para los accionistas o afecte a sus derechos individuales”, para la inscripción del correspondiente acuerdo, revela un claro exceso de la norma reglamentaria (que adolece por otra parte de una clamorosa falta de actualización a las sucesivas reformas legales) que no se compecede con lo que resulta de la LSC. Otros excesos del RRM ya han sido corregidos por los



DECONOMI

Puestos a recurrir a la analogía, más apropiado sería comparar el *derecho de adquisición preferente* con el de *suscripción preferente*, pues en ambos casos se concede a los accionistas el derecho a adquirir acciones, aunque en el primero sean acciones viejas y la adquisición sea *derivativa*, y en el segundo sean acciones nuevas y la adquisición *originaria* (esto es precisamente la *suscripción*). En parte, además, estos derechos tendrían la misma función cuando se reconocen asimismo en las transmisiones entre socios, cual es el mantenimiento del *statu quo*²³⁵. Pues bien, sabido es que la LSC, lejos de considerar el *derecho de suscripción preferente* como un derecho individual, inderogable sin el consentimiento de sus titulares, permite en su artículo 308 que se *excluya mediante acuerdo de la junta general* cuando así lo exija el interés social. Dada la analogía evidente entre ambos derechos –el de adquisición y el de suscripción preferente–, descubrimos en esta última regla un argumento suplementario para mantener que el derecho de adquisición preferente no puede tener el carácter de derecho individual, inderogable sin el consentimiento de los afectados, sino que más bien sería un derecho eliminable por la mayoría cuando sea lo más adecuado para el interés social.

Con todo, aunque se descarte la necesidad de la unanimidad para la adopción del acuerdo, cabría plantearse si podría aplicarse la alternativa del *doble acuerdo*, que la LSC establece como medida equivalente de protección de los derechos de los accionistas en el artículo 293 LSC²³⁶.

Una razón que podría argüirse para defender la necesidad de un doble acuerdo en la eliminación del *derecho de adquisición preferente*, es que esta medida, aunque formalmente sea igualitaria, discriminaría a los accionistas minoritarios, al permitir al accionista mayoritario que ha impuesto con sus votos la supresión, vender libremente su paquete accionarial a quien desee,

tribunales del orden contencioso administrativo cuando se han impugnado por esa vía, como en su día la posibilidad que reconocía de inscribir sociedades civiles en el Registro Mercantil, en el art. 81.3, introducido por el Real Decreto 1867/1998, y que fue anulado por la STS (sala 3ª) de 24 de febrero de 2000.

²³⁵ Sobre esta función del derecho de suscripción preferente me remito a las consideraciones de A. SÁNCHEZ ANDRÉS, *El derecho de suscripción preferente del accionista*, reimpresión, Civitas, Madrid 1990, pp. 78 y ss.

²³⁶ En el asunto profesional al que me he referido en la primera nota, la aplicabilidad de este requisito fue defendido por una de las partes del arbitraje.



DECONOMI

obteniendo una *prima de control*, que no podrían obtener, en cambio, los minoritarios.

Este argumento no es aceptable. Comenzando porque el problema de la participación de los minoritarios en una eventual *prima de control*, como pone de relieve el régimen de las OPAs en las sociedades cotizadas, solo puede atajarse obligando a quien adquiere el control de una sociedad a adquirir de todos los accionistas que lo deseen y a un precio equitativo (artículo 108 de la Ley de los Mercados de Valores y de los Servicios de Inversión) y no aplicando el método inverso, en virtud del cual los accionistas para evitar su supuesta “discriminación” tendrían que hacer ellos mismos justamente lo contrario, adquirir del accionista de control actual (derecho de tanteo) o del que acaba de obtenerlo (derecho de retracto). Pero para llegar a aquel resultado, ante la inexistencia en las sociedades no cotizadas de un deber semejante al de formular una OPA, la única alternativa habría sido introducir un *derecho de acompañamiento (Tag Along)* de los minoritarios en caso de que el mayoritario venda su participación, sea en los estatutos o en un pacto parasocial.

Pero al margen de la inaceptabilidad del argumento, debe tenerse en cuenta que el requisito del doble acuerdo, como medio para prevenirlo, no sería de aplicación al estar legalmente concebido para otros escenarios bien distintos. Este requisito se estableció en su día en el artículo 85.2 LSA de 1951 como sistema para proteger a los titulares de acciones que, por tener derechos especiales o privilegiados, conformasen una clase diferenciada, al exigir que cualquier modificación que afectase a estos derechos especiales o privilegiados, tenía que someterse, además de al acuerdo de la mayoría de la sociedad, necesario para toda reforma estatutaria, al acuerdo de la mayoría de la clase (determinado en votación separada o en junta especial de la categoría). Es verdad que doctrinalmente se propuso un entendimiento de la clase de accionistas no solo en relación con lo que estrictamente consideraba como tal la LSA, sino para acuerdos que vulnerasen la igualdad de tratamiento de los socios, exigiendo en tales casos el acuerdo complementario y mayoritario de las acciones correspondientes a los accionistas discriminados, y que tal planteamiento se llevó ulteriormente al que hoy en día es el artículo 293.2



DECONOMI

LSC²³⁷. Pero en un caso, como el que nos ocupa, donde se proponga suprimir el *derecho de adquisición preferente*, ni hay clases distintas de acciones, pues todas las acciones tienen los mismos derechos (artículo 94.2, 2 LSC), ni se infringe en modo alguno la igualdad de tratamiento de los socios, pues la medida se aplica por la sociedad por igual a todas las acciones, que es lo único que implica esta igualdad, como pone de relieve el artículo 97 LSC, al indicar que “[l]a sociedad deberá dar un trato igual a los socios que se encuentren en condiciones idénticas”.

Por último, debe resaltarse que considerar a los accionistas minoritarios como una categoría de accionistas distinta de la del accionista mayoritario, solamente por esta circunstancia, haría saltar por los aires el *principio mayoritario* que, como ya se dijo, es uno de los *principios configuradores* de la sociedad anónima, que se deriva, entre otros preceptos, del artículo 159 LSC. En este contexto, exigir que un acuerdo cuente con el respaldo de la mayoría de la minoría, es un sinsentido total que se rebate por sí mismo.

Como última reflexión general, debe resaltarse que la solución adoptada por la LSC, no exigiendo requisitos especiales para la eliminación de las restricciones a la circulación de las acciones, más allá de los generales de modificación de los estatutos, lejos de ser una solución *extraña* o *atípica* en el *Derecho comparado*, se corresponde con las soluciones de otros ordenamientos de nuestro entorno. Así, mientras que en el § 68.2 de la *Aktiengesetz* alemana solo se permite que los estatutos *restringan la circulación de las acciones* sometiendo su transmisión a la aprobación de la sociedad (cláusula de autorización), en el § 180,2 se dispone que, si esta restricción se introduce modificando los estatutos, debe aprobarse por todos los accionistas afectados, pero sin señalar ningún requisito especial para el caso de que se haga lo contrario (eliminar una restricción previamente establecida). En la misma línea, pero con mayor claridad aún, el artículo 328 del *Código das Sociedades Comerciais* portugués, que exige asimismo unanimidad para la incorporación de restricciones a la circulación de las acciones en los estatutos, expresamente permite su eliminación conforme a las reglas generales para su modificación. Por

²³⁷ Yo mismo mantuve, junto a otros autores, esta interpretación en L.A. VELASCO, *La adquisición por la sociedad emisora de sus propias acciones*, Lex Nova, Valladolid 1985, pp. 237 y ss.



su parte, el actual artículo 2437 del *Codice civile* italiano, salvo que los estatutos señalen otra cosa, establece un derecho de separación para los accionistas que no hayan aprobado la introducción o remoción de restricciones a la circulación de las acciones, sin que en ningún caso se exija de nuevo el consentimiento de todos los socios²³⁸.

III. EL CONTROL *EX POST* DE LA SUPRESIÓN DEL DERECHO DE ADQUISICIÓN PREFERENTE

Todos los acuerdos sociales están sometidos a una posible revisión *ex post* por un órgano judicial a través del sistema de *impugnación de acuerdos* que se establece actualmente en los artículos 204 y ss. LSC. El acuerdo de modificación de estatutos *suprimiendo del derecho de adquisición preferente* adoptado por la junta general que estamos considerando aquí, no es una excepción, como además se encarga de resaltar la jurisprudencia que sobre esta cuestión se ha producido hasta la fecha.

El establecimiento de un sistema común de impugnación de acuerdos sociales para todos los tipos de sociedades de capital, permite aquí una consideración conjunta de la cuestión, distinguiendo los diversos supuestos que podrían fundamentar eventualmente una impugnación del acuerdo.

A. Cumplimiento de los requisitos legales. En especial, la información a los accionistas: el informe justificativo

Dejando al margen aquellos requisitos que he considerado que no son necesarios para la validez del acuerdo –como el acuerdo unánime o el doble acuerdo de mayoría-minoría– y que, lógicamente, para quienes entiendan lo contrario fundamentarían su impugnación por contradecir la Ley, en el marco de lo previsto en el artículo 204.1 LSC, debe destacarse, en sociedades anónimas, la exigencia por el artículo 286 LSC de un *informe justificativo de los proponentes de la reforma* (los administradores o los accionistas de quienes proceda) que

²³⁸ Esta solución es parecida a la que establece el artículo 346.2 LSC en relación con las sociedades limitadas, con la diferencia de que en este precepto no se permite excluir este derecho de separación en los estatutos, como sí se hace en la norma italiana. Hace un examen más detallado del Derecho comparado en la materia, R. PALÁ, “La supresión...” cit., pp. 1481 y ss.



debería acompañar a cualquier iniciativa de suprimir el *derecho de adquisición preferente*.

En este contexto, cabría plantearse qué ocurriría en el supuesto de que tal informe faltase, o que su contenido no mereciera considerarse como tal.

Esta cuestión fue abordada, precisamente, por la STS nº 123/2007 de 16 de febrero de 2007, que, en relación con el papel del informe en un acuerdo de supresión de las limitaciones a la circulación de las acciones, indicó lo siguiente:

“La Ley no determina el contenido, ni siquiera exige que tal Informe sea «detallado», a diferencia de lo que se preceptúa en los supuestos de fusión (artículo 237) y de escisión (artículo 254), pero es forzoso coincidir con las opiniones que señalan que el Informe no puede ser genérico o abstracto y que es necesario exponer las razones concretas de las propuestas que no sean meramente formales y justificar clara y concretamente las razones del cambio, ofreciendo explicaciones suficientes para orientar la decisión que se ha de traducir en el voto”.

En una línea similar, el Prof. Rojo, poniendo como ejemplo, además, la modificación estatutaria que aquí se está considerando, señala que

“Se trata de un documento que contiene la «justificación» de la propuesta, es decir, de un informe en el que, con claridad y precisión, los autores de la propuesta exponen las razones sobre la oportunidad o conveniencia de la modificación de los estatutos [...]

“El informe, aunque sea sucinto, tiene que ser concreto. No son admisibles los informes genéricos o abstractos [...] Así, por ejemplo, si se propone la modificación del carácter de las acciones –de nominativa al portador, o viceversa– o si la propuesta tiene por objeto la introducción, la modificación o la supresión de una cláusula limitativa de la libre transmisibilidad de las acciones, será menester justificar clara y concretamente la razón o las razones del cambio [...]”²³⁹.

²³⁹ A. ROJO, en A. ROJO/E. BELTRÁN, *Comentario...* cit II, sub. art. 285, p. 2114. A pesar de su postura contraria a la supresión del *derecho de adquisición preferente* por mero acuerdo mayoritario, manifiesta



DECONOMI

Después de la reforma de la LSC de 2014, que trató de evitar la utilización oportunista del sistema de impugnación para combatir acuerdos perfectamente legítimos basándose en pequeñas faltas de procedimiento o en una infracción del derecho de información, y, en definitiva, desactivar *abusos de minoría*, no veo seguro que se pueda seguir manteniendo este planteamiento, elevando los defectos (reales o presuntos) en el *informe justificativo*, como *exigencia formal* de la convocatoria de la junta general, relacionada, además, con el *derecho de información* del accionista, a causas de impugnación del correspondiente acuerdo, merecedoras del amparo judicial. A este respecto son suficientemente expresivos los dos párrafos del artículo 204.3 LSC que se reproducen a continuación, y que creo que se ajustan perfectamente a este supuesto:

“3. Tampoco procederá la impugnación de acuerdos basada en los siguientes motivos:

“a) La infracción de requisitos meramente procedimentales establecidos por la Ley, los estatutos o los reglamentos de la junta y del consejo, para la convocatoria o la constitución del órgano o para la adopción del acuerdo, salvo que se trate de una infracción relativa a la forma y plazo previo de la convocatoria, a las reglas esenciales de constitución del órgano o a las mayorías necesarias para la adopción de los acuerdos, así como cualquier otra que tenga carácter relevante.

“b) La incorrección o insuficiencia de la información facilitada por la sociedad en respuesta al ejercicio del derecho de información con anterioridad a la junta, salvo que la información incorrecta o no facilitada hubiera sido esencial para el ejercicio razonable por parte del accionista o socio medio, del derecho de voto o de cualquiera de los demás derechos de participación”.

En cualquier caso, aunque se considerase que el juez puede seguir controlando el contenido del informe y se estimase que podría decretar la nulidad del acuerdo si dicho contenido no se ajusta a lo que debe ser un informe de esta naturaleza, ha de descartarse que este control pueda llegar tan lejos como entrar

su escepticismo sobre la efectividad de este informe como control *ex ante* de dicha supresión, A. PERDICES, “Los derechos...” cit., pp. 1514 y ss.



a valorar cuestiones de *mérito u oportunidad* relativas a la reforma estatutaria, que solo la propia sociedad puede estimar, al tratarse de decisiones que forman parte de la *discrecionalidad empresarial*²⁴⁰. Como se ha señalado con acierto, “[h]ay que entender que basta con una motivación o exposición de los argumentos que avalen la modificación desde el punto de vista de los proponentes, sin que haga falta una «justificación objetiva» en el sentido más estricto del término”²⁴¹. La reciente introducción, también en la reforma de 2014, de una regla de *protección de la discrecionalidad empresarial (business judgment rule)*, en el artículo 226 LSC, en relación con la responsabilidad de los administradores, no hace sino reforzar esta conclusión.

B. El control de abusividad

Finalmente, cabría valorar si un acuerdo de supresión del derecho de adquisición preferente, podría considerarse *lesivo al interés social* y, por tanto, merecedor de ser declarado nulo en virtud de lo que dispone el artículo 204.1 LSC.

Un razonamiento que podría llevar a esta conclusión, podría ser la de entender que el reconocimiento de tal derecho en los estatutos, particularmente en los originarios de la sociedad, respondería a un *interés común* de los socios, concepto que generalmente se ha venido identificando con el interés social (al menos en las *tesis contractualistas*), y que vendría a ser contradicho con esta modificación si faltase la unanimidad. Sin embargo, esta comprensión tan estrecha del interés social, impediría cualquier modificación estatutaria, ya que cabe presuponer que los estatutos aprobados por los fundadores, responderían a lo que en aquel momento estos consideraron que respondería a su interés común.

²⁴⁰ También considera que este es un ámbito reservado a la discrecionalidad empresarial, A. ÁVILA, en J.A. GARCÍA-CRUCES/I. SANCHO GARGALLO (dirs.), *Comentario...* cit., IV, sub. art. 286, p. 4018.

²⁴¹ J. QUIJANO, J. “Modificación de los estatutos: requisitos y límites”, en AA. VV., *Derecho de sociedades anónimas, III. Modificación de estatutos. Aumento y reducción del capital. Obligaciones*, vol. 1, Civitas, Madrid 1994, p. 40 y s.



Cuestión distinta podría ser la aplicación de la nueva cláusula de abusividad añadida en la reforma de 2014²⁴², ya que el actual artículo 204.1, 2º LSC considera que

“La lesión del interés social se produce también cuando el acuerdo, aun no causando daño al patrimonio social, se impone de manera abusiva por la mayoría. Se entiende que el acuerdo se impone de forma abusiva cuando, sin responder a una necesidad razonable de la sociedad, se adopta por la mayoría en interés propio y en detrimento injustificado de los demás socios”.

Evidentemente, la concurrencia de esta causa solo puede hacerse caso a caso y en atención a sus circunstancias concretas, sin que la supresión del *derecho de adquisición preferente*, pueda considerarse por sí misma como expresiva de esta circunstancia²⁴³. Un caso, sin embargo, donde esta circunstancia probablemente se producía, es el de la señalada STS nº 123/2007 de 16 de febrero de 2007, que puede utilizarse de ejemplo relevante a estos efectos, y donde se indicaba lo siguiente:

“[L]a modificación estatutaria que se impugna no obedecía a otro propósito que la intención del socio mayoritario de vender sus acciones a un tercero distinto y eludiendo los derechos de adquisición preferente de la actora quien como socia tenía reconocido previamente el derecho de adquisición preferente en los estatutos sociales y que había ejercitado ante el anuncio de venta efectuado por el Sr. Íñigo en fecha 4 de septiembre de 2014 y del que el

²⁴² En su configuración originaria en la LSA de 1951, vigente prácticamente hasta la reforma de 2014, esta causa de impugnación se conectaba a un conflicto de interés entre la sociedad y alguno de los socios (o terceros, añadidos en la gran reforma de 1989). Sin embargo, aun con dudas y vacilaciones, la jurisprudencia menor fue detectando casos en los que era patente la existencia de un abuso, aunque el acuerdo no afectase negativamente al patrimonio social, para lo que se acudió frecuentemente al expediente del abuso de derecho, proscrito por el artículo 7 del Código civil (véase COMISIÓN DE EXPERTOS EN MATERIA DE GOBIERNO CORPORATIVO, *Estudio sobre propuestas de modificaciones legislativas*, Madrid 14 de octubre de 2013, p. 29).

²⁴³ Viene a mantener una posición semejante, al entender que la supresión del derecho de adquisición preferente “no puede calificarse por principio ni abusiva para los intereses de los accionistas minoritarios ni contraria al interés de la sociedad”, aunque pudiera serlo en el caso concreto acudiendo “a elementos de análisis externos, fácticos y jurídicos, para intentar demostrar que existe un abuso de la mayoría y, en su caso, una lesión del interés social”, F. CARBAJO, “La supresión...” cit., p. 181. Asimismo R. PALÁ, “La supresión...” cit., pp. 1485 y ss.



otro socio se «echó atrás» ante la discrepancia sobre el precio de venta de las acciones objeto de la oferta de la transmisión”²⁴⁴.

V. RECAPITULACIÓN

A la vista de las consideraciones que preceden, estimo que puede procederse a la supresión de un *derecho de adquisición preferente* de acciones o participaciones, mediante un acuerdo mayoritario de la junta general de accionistas que respete el procedimiento general de modificación de los estatutos sociales, sin que sean exigibles requisitos suplementarios, como el del consentimiento de todos los socios o, alternativamente, el doble acuerdo de los accionistas mayoritarios y minoritarios. En cuanto al control *ex post*, considero irrelevante, a los efectos de la impugnación de acuerdos, los vicios procedimentales que eventualmente pudieran afectar al *informe justificativo* que se exige en las sociedades anónimas y solo, cuando haya un abuso acreditable por haberse adoptado en interés propio de la mayoría, causando un detrimento injustificado en los demás socios, el acuerdo sería impugnabile.

²⁴⁴ Esta sentencia, no obstante, y como ya se dijo, razonó finalmente desde la insuficiencia del informe justificativo.

