

## AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD Y NORMAS IMPERATIVAS

*Efraín Hugo Richard*

**El nuevo Código Civil y Comercial –C.C. y C.– ha generado un sistema en torno a las personas jurídicas, sin duda aplicables a todas las sociedades, que ha venido a ratificar la concepción de un régimen de mayor libertad en la configuración de las relaciones de organización, con mayor responsabilidad en cuanto a no generar daños.**

**Se configura el sistema con una serie de normas de resguardo.** Las normas imperativas del derecho societario no pueden ser dejadas de lado (art. 150 C.C. y C. cuando en su inc. a expresa que las personas jurídicas se reglan “Por las normas imperativas de la ley especial, o en su defecto, de este Código”<sup>1</sup>, priorizándolo incluso de la ley de concursos<sup>2</sup>, que deben ser integradas sin alterar aquella primacía, además de las del C.C. y C., congruente con el art. 2° C.C. y C.

---

<sup>1</sup> “Normas imperativas del derecho societario para prevenir daños”, publicado en *Los aspectos empresariales en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación*, Ed. Fidas, Buenos Aires 2015, página 79; “Las normas imperativas del código civil y comercial, del derecho societario y el sistema concursal” en tomo I “Presupuestos y principios de los Concursos” en X Congreso Argentino de Derecho Concursal – VIII Congreso Iberoamericano de la Insolvencia, Santa Fe Octubre 2018, página 621; “Ante las crisis societarias consultemos la ley específica (respondiendo a un par de críticas)” en RDCO, Sociedades – Doctrina p. 113, número 276, Enero/Febrero 2016; “Crisis económico-patrimoniales de las personas jurídicas (especialmente societarias) y el Código Civil y Comercial”, publicado en *Derecho Comercial y de las obligaciones (Revista de Doctrina, Jurisprudencia, Legislación y Práctica)*, N° 272 mayo/junio 2015, Edición especial Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación, Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires 2015, p. 613 y ss.; X Congreso Nacional de Derecho Concursal – VII Congreso Iberoamericano de la Insolvencia “Crisis y Derecho”: “Normas imperativas del Derecho Societario para prevenir daños (art. 96 LGS)”, tomo I p. 111.

<sup>2</sup> RICHARD, Efraín Hugo *Perspectiva del Derecho de la Insolvencia*, Ed. Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales, Córdoba Rep. Argentina, 2012. Comunicación al VIII Congreso Argentino de Derecho Concursal y VI Congreso Iberoamericano de la insolvencia” Tucumán (R.A.) septiembre de 2012, “La necesaria integración del sistema

## 1. Normas imperativas y supletorias

Las normas o leyes se clasifican en imperativas o supletorias. Una ley es imperativa cuando no es posible sustraerse a lo que obliga o prohíbe, y es supletoria cuando lo dispuesto por la norma puede ser cambiado o modificado según la voluntad de las personas intervinientes en la situación jurídica por la ley elaborada o regulada. Debe distinguirse de aquellas normas que son imperativas para sus destinatarios, es decir las que se imponen sin posibilidad de pacto o decisión en contra pues sus efectos deben producirse con independencia del querer de las personas, de las que tiene un carácter de decisión particular contraria.

Son imperativas aquellas que ordenan sin facultar una conducta diversa, aludidas en el adagio latino *Ius publicum privatorumpactismutarinequit*, a las que Del Vecchio llama taxativas, en latín *normaecogenti o ius cogens*: mandan o imperan independientemente de la voluntad de las partes de manera que no es lícito derogarlas, ni absoluta, ni relativamente en vistas al fin determinado que las partes se propongan alcanzar; porque la obtención de éste fin está cabalmente disciplinada en la norma misma<sup>3</sup>. No es la voluntad de las partes la que constituye el derecho aplicable sino la voluntad de la ley coincidente o no con aquella de las partes. El fin de la norma es de interés público y se identifica con su contenido.

También deben distinguirse las opcionales imperativas, en cuanto permiten decidir entre más de una solución pero sin apartarse de ellas. Esa decisión podrá ser voluntaria, según su deseo y conveniencia entre dos o más posibilidades reguladas por la misma ley en cuanto a los efectos de las opciones consagradas.

## 2. ¿Cuáles son las normas imperativas del sistema societario?

Pablo Augusto Van Thienen, máximo defensor de la autonomía de la voluntad en materia societaria expresó<sup>4</sup> “La ley 19.550 posee normas de tipo imperativas y normas de tipo dispositivas...Ejemplo lo encontramos en algunos institutos societarios: 1) el capital social, 2) la representación del capital en acciones o

---

concurral con el societario ante la crisis de sociedades”, tomo II p. 815; “la enseñanza y la investigación del derecho societario de crisis” en *Anuario XV (2013-2014)* del Centro de Investigaciones Jurídicas y Sociales Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba, p. 351, editado en Córdoba diciembre 2015.

<sup>3</sup> COLOMBRES, Gervasio, “*Curso de Derecho Societario*”, Parte General, Abeledo-Perrot, 1972, p. 84, siguiendo a GEORG HENRIK VON WRIGHT, “*Norm and action a logical enquiry*”, Londres, 1963.

<sup>4</sup> VAN THIENEN, Pablo Augusto (director y colaboradores), “Orden público societario... ¿estás ahí? en *Lax& Finance, Working Paper N° 20*, 2008.

cuotas, 3) la asamblea como órgano de gobierno, 4) el directorio como órgano de administración, 5) el régimen de limitación de responsabilidad; 6) la liquidación de la sociedad por pérdida total del patrimonio; 7) el régimen de reorganización societaria vía fusión, escisión o transformación; 8) el régimen de disolución y liquidación; entre otros dispositivos. Nadie puede negar que el capital social constituye un elemento esencial del tipo pues hace al patrimonio neto mínimo de retención que el sistema jurídico exige como atributo de la personalidad y del régimen de limitación de responsabilidad. ...”.

Esta línea de doctrina acepta que todo lo referido a ciertas causales de disolución y liquidación, como la falta de capital social, son normas imperativas, de orden público, irrenunciables e inderogables. El art. 1° L.G.S. que tipifica la relación de organización personificante sociedad dispone en forma imperativa que las pérdidas serán soportadas por los socios. A salvo la autonomía de la voluntad de remover la causal reintegrando el capital social en el caso.

Debemos determinar que normas imperativas son las que interesan para la prevención de las crisis y se enrolan en el sistema de asegurar el patrimonio y no pueden ser dejadas de lado. La L.G.S. a través de los arts. 94 inc. 5°, 96, 99 y 100 L.G.S. <sup>5</sup> genera un régimen de prevención de la crisis y de daños a acreedores, respetando el principio tipificante de una sociedad cual es que los socios deban soportar las pérdidas –art. 1° L.G.S.–. Los artículos 55 y 56 de la legislación sobre las sociedades por acciones simplificadas expresamente mantienen la aplicación de dichas previsiones cautelares para no dañar.

Los límites, resguardados por normas imperativas, aparecen como moldeadores de la responsabilidad en las sociedades respecto de terceros, cualquiera sea el régimen de limitación de la misma que surja del tipo adoptado o de las precisiones estatutarias <sup>6</sup>. Evitar el daño, soportando las pérdidas los socios (art. 1° L.G.S.), se encuentran insertos “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

<sup>5</sup> “Disolución por pérdida del capital social y concurso”, en Anales de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, Año Académico 2010, p. 37. Ed. Academia, Córdoba 2011.

<sup>6</sup> “La responsabilidad de socios en las sociedades simple y en las con responsabilidad limitada” en *Derecho Comercial y de las obligaciones*, Ed. Abeledo Perrot, N° 280, septiembre/octubre 2016, Bs.As. 2ª quincena de noviembre, en Sección I Congreso Internacional de Derecho Comercial, p. 539.

patrimonio ha descendido”<sup>7</sup> poniendo en peligro la satisfacción del pasivo se adopte una solución.

La imperatividad y preminencia de normas no genera una divergencia de énfasis, sino de fondo. El art. 96 L.G.S. de no constituir una norma imperativa sería una norma disponible. Y lo que la misma dispone como opción es imperativo, porque su incumplimiento implica una conducta antijurídica que puede generar daño y por consiguiente responsabilidad. Responsabilidad no como sanción sino por el daño, dentro de la teoría general de la responsabilidad de base subjetiva. Incluso administradores y socios podrán disponer que la sociedad se concurse, pero no podrán generar una nueva opción de la fijada en la norma imperativa<sup>8</sup>. Deben optar<sup>9</sup> pues de no incurrirán en una antijuridicidad, y de existir daño deberán satisfacerlo. Los órganos de la sociedad tienen facultad para acordar con acreedores, p.ej. la capitalización –repetimos–, e inclusive concursarse, pero no podrán alterar las opciones imperativas de esa norma<sup>10</sup>.

---

<sup>7</sup> GARCÍA CRUCES, J.A. *Derecho de Sociedades Mercantiles*, Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia 2016, p. 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 en *Estudios de Derecho Empresario*, AAVV “Crisis de Sociedades y la legislación societaria”, en Volumen Especial N°10: “Revista informática del Instituto Iberoamericano del Derecho Concursal, revista electrónica en el portal de la Universidad Nacional de Córdoba <https://revistas.unc.edu.ar/index.php/esdeem/issue/view/1407>

<sup>8</sup> MUIÑO, Orlando Manuel “En torno a la indisponibilidad de la disolución por pérdida del capital social”, en *Crisis y Derecho*, Tomo 1 “Las vías de prevención y saneamiento de la crisis empresarial”, p. 124, Ed. Fespresa, Córdoba 2015; “El segundo aspecto (disolución *ipso jure*), puede fácilmente responderse de manera negativa, toda vez que, atendiendo a la disposición del art. 96 LGS, es posible remediar la situación de pérdida del capital social “si los socios acuerdan su reintegro total o parcial del mismo o su aumento”. La causal requiere pronunciamiento de los socios, quienes pueden rechazar la disolución con reintegro total o parcial o aumento del capital (art. 96 *in fine* LGS). ... Las previsiones imperativas de la LGS, hoy acentuadas por el CCC, implican soluciones preconcursales cuando la crisis se ha agravado e insume la pérdida del capital social.” Ricardo Olivera García en ap. III “El orden público en la ley de sociedades comerciales” de su libro *Estudios de Derecho Societario*, Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe 2005, enfrenta el tema de la imperatividad de las normas societarias en el derecho argentino, a partir de discernir ¿Cómo se determina cuando una norma es de orden público?

<sup>9</sup> Opción conforme el Diccionario de la Real Academia es la “Libertad o facultad de elegir. Derecho de elegir entre dos o más cosas, fundado en precepto legal en negocio jurídico”. En el caso no se puede sustituir la decisión por algo no previsto en el propio art. 96 LGS.

<sup>10</sup> La Corte constitucional colombiana en sentencia T-597 definió de la siguiente manera estos conceptos “Pero en las leyes debe distinguirse con claridad entre aquellas de sus normas que son imperativas para sus destinatarios, es decir las que se imponen sin posibilidad de pacto o decisión en contra pues sus efectos deben producirse con independencia

Si la norma no es imperativa, genera una disponibilidad, o sea la posibilidad de pactar de diferente forma de la norma que actúa sólo a falta de regulación privada ¿Podrían los constituyentes de una sociedad pactar en el estatuto que si la persona jurídica societaria pierde el capital social esa causal de disolución deberá ser afrontada por los acreedores? ¿Se aceptaría por los órganos de control (administrativos o judiciales) inscribirla con tal cláusula? Y si se la hubiera rechazado, eliminándola del Estatuto, ¿podrían los socios en el momento de aprobarse un balance del que surgiera la constatación de la pérdida del capital social –sin ninguna observación contable– decidir que continuarían el giro sin reintegrar ni capitalizar por sí, por terceros y acreedores, disponiendo que la sociedad sea concursada y se requiera una quita a los acreedores? ¿O que se concursara la sociedad para que los acreedores asuman la pérdida sin recibir ninguna contraprestación?

### 3. Crisis patrimoniales

Como anticipo de esa situación patrimonial que genera una causal de disolución, aparece otra dentro de las legislaciones societarias, cual es la imposibilidad sobreviniente de cumplir el objeto social, que es convergente con la idea de la conservación de la actividad empresaria, que debe ser viable. Esto importa también una protección de todos los intereses involucrados. El concurso oportuno no es extraño a esto.

El primer principio para evitar generar daño y las consiguientes acciones de responsabilidad a quiénes lo hubieren causado, directa o indirectamente es asegurar la viabilidad del negocio<sup>11</sup>. El art. 99 L.G.S. señala la responsabilidad solidaria de administradores sin perjuicio de la responsabilidad de los socios si constatada la pérdida del capital social no se hubiere enfrentado, por ejemplo con una de las opciones imperativas introducidas por el art. 96 L.G.S.. Todo lo

---

del querer de las personas, de los que tienen un carácter apenas supletorio de la voluntad de los sujetos a quienes se refieren, las cuales operan solamente a falta de decisión particular contraria, y también de las opcionales, esto es, las que permiten a los individuos escoger, según su deseo y conveniencias, entre dos o más posibilidades reguladas por la misma ley en cuanto a los efectos de las opciones consagradas”.

<sup>11</sup> FUSHIMI, Jorge Fernando – RICHARD, Efraín Hugo, “El balance anual de las sociedades. constataciones y efectos”, en “Aspectos contables, impositivos y previsionales en las sociedades y los concursos”, obra colectiva, director Martín Arecha, ps. 101 a 123, Publicación del Instituto Argentino de Derecho Comercial. Editorial Legis Argentina SA, Buenos Aires, abril de 2013.

referente al capital social y causales de disolución, y eventuales responsabilidades por daño ante incumplimiento son indisponibles<sup>12</sup>.

Los órganos de la sociedad tienen facultad para acordar con acreedores, p.ej. la capitalización, e inclusive concursarse, pero no podrán alterar las opciones imperativas de esa norma<sup>13</sup>. El art. 96 preceptúa una opción imperativa: ante la causal de disolución no cabe sino disponer la liquidación o capitalizar la sociedad.

Declarada la pérdida del capital social al aprobar –sin reservas– un balance con patrimonio neto negativo, si bien nace de inmediato esa responsabilidad de administradores y socios “en su caso”, no existe plazo para la adoptar la opción imperativa prevista en el art. 96 L.G.S., pero con la remediación no se elimina la posibilidad de acciones de responsabilidad si se hubiere generado daño.

Así es congruente con el art. 1º L.G.S. que dispone que las pérdidas deben ser afrontadas por los socios, coherente con la legislación comparada y el informe Winter<sup>14</sup>, ratificado por el art. 106 L.G.S. Aún en liquidación la sociedad podrá concursarse –art. 5 LCQ–. El ejercicio de la opción esa a su vez condicionado por el art. 100 de la misma ley a la “viabilidad económica” de la sociedad. No son normas disponibles que puedan ser alteradas por el Estatuto social o una resolución de su órgano de gobierno<sup>15</sup>. **Los riesgos de la actividad societaria no pueden ser transferidos por los socios a terceros**<sup>16</sup>.

<sup>12</sup> RICHARD, Efraín Hugo, “El laberinto de la pérdida del capital social y su remediación” en p. 111 del N° 7 de *Estudios de derecho empresario*, julio 2016, en portal de la Universidad Nacional de Córdoba. El artículo 1709 C.C. y C. es congruente con aquella norma.

<sup>13</sup> La Corte constitucional colombiana en sentencia T-597 definió de la siguiente manera estos conceptos “Pero en las leyes debe distinguirse con claridad entre aquellas de sus normas que son imperativas para sus destinatarios, es decir las que se imponen sin posibilidad de pacto o decisión en contra pues sus efectos deben producirse con independencia del querer de las personas, de la que tienen un carácter apenas supletorio de la voluntad de los sujetos a quienes se refieren, las cuales operan solamente a falta de decisión particular contraria, y también de las opcionales, esto es, las que permiten a los individuos escoger, según su deseo y conveniencias, entre dos o más posibilidades reguladas por la misma ley en cuanto a los efectos de las opciones consagradas”.

<sup>14</sup> Ese informe es el resultado del trabajo realizado por el “Grupo de Alto Nivel de Expertos en Derecho de Sociedades”, presidido por Jaap Winter, con el doble objetivo de iniciar una discusión sobre la necesidad de la modernización del Derecho de Sociedades y elaborar una serie de recomendaciones destinadas a crear un nuevo marco regulador de las sociedades cotizadas.

<sup>15</sup> “El laberinto de la pérdida del capital social y su remediación”, en p. 111 del N° 7 de *Estudios de derecho empresario*, julio de 2016, en portal de la Universidad Nacional de Córdoba.

<sup>16</sup> STANGHELLINI, Lorenzo, “Proprietà e controllodel’impresa in crisi” en *Rivista delle Società* año 49º, 2004, settembre-ottobre, fascicolo 5º, Giuffrè, Milano, p. 1079.

#### 4. Fundamento de la imperatividad de normas en la ley societaria

Ante la autonomía de la voluntad para crear personas jurídicas societarias, el carácter imperativo es en beneficio de terceros, y su apartamiento constituye una antijuridicidad, por lo que de generarse daño habrá que pensar en responsables. Un ensayo sistemático impone reflexiones sobre la protección a terceros: “Y dicha protección, cabe decirlo, debe ser amplia, y así ha sido establecida en la ley. Se protege a los terceros a través del establecimiento de una regulación que prescribe cómo se llevan adelante los procesos de creación y extinción de sociedades y qué derechos se conceden a las personas que integran un ente societario. De tal manera, cualquier derecho que desee intervenir en una estructura jurídica societaria ha de saber, de antemano, cuáles son sus derechos. Asimismo, la legislación protege a los terceros que se vinculen (ya sea a través de un contrato o en virtud de un ilícito extracontractual) con socios o miembros de sociedades. Así, un tercero va a tener conocimiento de cuáles son sus derechos en caso de sufrir un daño en tales circunstancias”.<sup>17</sup> Introduce una cuestión sobre esa coordinación: “La expresión “o en su defecto” utilizada en el art. 150 es, a nuestro juicio, desacertada y constituye un aspecto criticable de la técnica legislativa utilizada. ¿Qué significado cabe darle a la misma? Lo que el legislador, a nuestro humilde juicio, quiso hacer al utilizar la referida alocución es señalar que las normas imperativas del CCyC serían de aplicación, en un caso concreto, cuando no existiere regulación de la ley especial sobre el supuesto en cuestión. Esto implica que, si existiese una norma en la ley especial que regula una determinada hipótesis fáctica, es dicha norma, y no la del CCyC, cuya aplicación corresponde realizar. ¿Y si la norma del CCyC plantea una hipótesis fáctica más abarcativa que la de la ley especial? ¿Y si introduce consecuencias jurídicas de mayor amplitud? ...”.

Nosotros consideramos acertada la expresión “en su defecto” del art. 150 C.C. y C. para aplicar normas imperativas de este Código existiendo otras en la L.G.S., la previsión del art. 99 L.G.S. “sin perjuicio de la responsabilidad de los socios”, obliga a pensar ¿en qué supuestos y cuáles?<sup>18</sup>, y a nuestro entender

<sup>17</sup> CIMA, Eduardo “La legislación societaria y su relación con el Código Civil y Comercial” en *Empresa y sociedad. Actualidad y relevancia*, libro colectivo AAVV, dirección de María Cristina Mercado de Sala, Ed. Lerner, Córdoba, mayo 2018, p. 61 y ss.

<sup>18</sup> “La pérdida del capital social y la responsabilidad de socios” con Luisa Isabel BORGARELLO, publicado en *Doctrina Societaria y Concursal*, Ed. Errepar, Buenos Aires setiembre 2016, N° 346, p. 947. Nota del Editor: La escuela comercialista de Córdoba, a través de dos de sus tradicionales figuras, plantea sistemáticamente una cuestión tratada pero no generalizada como en el caso lo hace: la diferencia entre la responsabilidad de los socios por el tipo de sociedad que integran y la que les puede caber por aplicación de la teoría general de la responsabilidad que, sin duda no son excluyentes; “Sobre el art. 99 de la ley

resuelve adecuadamente la norma imperativa del 167 C.C. y C.. “responden ilimitada y solidariamente sus administradores y aquellos miembros (socios en el caso) que, conociendo o debiendo conocer la situación y contando con el poder de decisión necesaria para ponerle fin, omiten adoptar las medidas necesarias al afecto”, conforme un postulado específico de la teoría general de la responsabilidad –art. 1709 C.C. y C.–<sup>19</sup>.

Miguel C. Araya <sup>20</sup> remarca el carácter imperativo de las normas del derecho societario sobre pérdida del capital social “que es un concepto jurídico/contable y la ley impone que los administradores disuelvan; ... El derecho de sociedades no es ajeno a la crisis económica de la empresa. El régimen de pérdida de capital social... y la exigencia de adoptar medidas alternativas ante esa pérdida... revelan esa preocupación del legislador societario, al imponer deberes a los administradores y accionistas, como prevención a la crisis de insolvencia”.

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 derecho<sup>21</sup>.

Por eso es fundamental determinar que normas son imperativas y no pueden ser dejadas de lado ni por mayorías ni por un juez en procesos concursales.

## 6. Subordinación

De esa integración resulta que cuando la sociedad es insolvente y los socios en vez de capitalizarla le prestan dinero, ese crédito sólo puede ser verificado como obligación subordinada, como se ha sentado en las sentencias que hacen referencia a las obligaciones de los socios de dotar el patrimonio de la sociedad; Sentencia del 3er. Juzgado de Procesos Concursales de la 1ª Circunscripción Judicial de Mendoza, en la causa “KLP Emprendimientos S.A. p/ Megaconcurso”, fechada en Mendoza, 22 de abril de 2016 del juez de Mendoza Pablo Gonzalez Masanes, y la sentencia recaída en la causa “Díaz y Quirini SA s/ concurso

---

de sociedades” Publicado en *Estudios de Derecho Empresario*, volumen 2 p. 77, revista electrónica en portal de la Universidad Nacional de Córdoba.

<sup>19</sup> Elucubración que formalizamos en el Prólogo del libro *Empresa y Sociedad*, cit..

<sup>20</sup> “La función preconcursal del régimen de pérdida del capital social” en *VI Congreso Argentino de Derecho Concursal IV Congreso Iberoamericano sobre la Insolvencia*, Rosario 27/29 de septiembre de 2006, Rosario 2006/8, tomo II págs.. 25/32, y luego el debate en tomo IV p. 286.

<sup>21</sup> STANGHELLINI, Lorenzo *Proprietá e controllodel'impresa in crisis*, Rivista delle Societa, anno 49°, 2004 settembre-ottobre fascicolo 5°, Editorial Giuffrè Milano, p. 1079.



preventivo s/ incidente de revisión (promovido por Quirini Augusto)” de la CNCOM – sala C del 31/05/2012. Queda así plasmada una corriente evolutiva, integradora entre la legislación concursal y la societaria frente a la crisis de sociedades.

## 7. Viabilidad de la sociedad

Otra norma imperativa es la que impone el requisito de viabilidad<sup>22</sup>. El art. 100 L.G.S. también modificado por la reforma unificadora, concretamente y efectivizando el principio de Conservación de la Empresa, que era sólo una pauta interpretativa en la vieja ley, pero que ahora se lo ha receptado con carácter firme posibilitando la remoción de la causal disolutoria una vez que esta se ha producido. Se permite la remoción de la o las causales disolutorias acaecidas, desde luego sujetas a ciertos requisitos previstos por la propia ley. La entrada triunfal específica del principio de conservación de la empresa a la ley, que permite la *subsistencia de la actividad de la sociedad cuando hay viabilidad económica y social* es acertada, por cuanto posibilita subsanar causales de disolución cuando ocurren, dejándolas de lado, priorizando a las sociedades como fuente de trabajo, instrumentos de concentración de capitales y de concertación de negocios y actividades económicas y comerciales con la importancia que esto trae aparejado para la economía de su zona de actuación. La sociedad inviable no contiene una empresa conservable en su seno. En síntesis, la tendencia de la conservación de la empresa que marcó toda una época del Derecho Concursal<sup>23</sup> se introduce al Derecho Societario.

Su condición de oportunidad es no haber concluido la liquidación y 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, con dos requisitos “*eliminación de la causa que le dio origen*” y además “*si*

---

<sup>22</sup> El art. 100 LGS. BALDUZZI, Leonardo David “La disolución de la persona jurídica como causal de extinción del contrato de agencia” en *El Derecho Societario y de la Empresa en el Nuevo Sistema del Derecho Privado*. Tomo I Ed. XIII Congreso Argentino de Derecho Societario, IV Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa, Universidad de Mendoza – Universidad Nacional de Cuyo, Advocatus, Córdoba, agosto 2016, p. 317.

<sup>23</sup> Rojo, Ángel en Prólogo de “El INREC en devenir pretérito y actual del Derecho Concursal Comparado”, de Baró, Alejandro y otros, Ed. Inca, Mendoza, República Argentina, p. 17.

*existe viabilidad económica y social de la subsistencia de la actividad de la sociedad?*

Corresponde la decisión de sus miembros **adoptada por unanimidad o la mayoría requerida por la ley o el estatuto** (solución que resulta del silencio que guarda el art. 100 L.G.S.)<sup>24</sup>.

No deben necesariamente coincidir temporalmente la remoción de la causal disolutoria y la reactivación o retorno a la actividad social.

No se piense que el Juez debe juzgar sobre el punto. No lo entendemos así, como no pensamos que el Juez de Registro tenga que analizar si el capital constitutivo de una sociedad es suficiente o no, como piensa alguna doctrina.

Requisito que puede ser anterior, coetáneo o posterior a la resolución de los socios de continuar el giro social<sup>25</sup>, y frente a lo cual el Juez sólo debe asegurarse del cumplimiento del requisito, que quedará como elemento de convicción si luego se generaran daños en el obrar social. Justamente el art. 100, en su último párrafo<sup>26</sup> establece una última condición de admisibilidad: la resolución de reactivación societaria por vía de remoción del hecho disolutorio que hubiera determinado el estado de disolución “*deberá adoptarse sin perjuicio de terceros y de las responsabilidades asumidas*”.

Si la sociedad es viable económicamente deberá satisfacer todas las obligaciones, pero si ello no acaeciere las responsabilidades generadas se mantienen.

---

<sup>24</sup> Artículo 100.- *Remoción de causales de disolución.* Las causales de disolución podrán ser removidas mediando decisión del órgano de gobierno y eliminación de la causa que le dio origen, si existe viabilidad económica y social de la subsistencia de la actividad de la sociedad. La resolución deberá adoptarse antes de cancelarse la inscripción, sin perjuicio de terceros y de las responsabilidades asumidas. *Norma de interpretación.* En caso de duda sobre la existencia de una causal de disolución, se estará a favor de la subsistencia de la sociedad.

<sup>25</sup> MILLER, Alejandro “La reactivación societaria y la exigencia de viabilidad económica y social” en *El Derecho Societario* Publicado en *El Derecho Societario y de la Empresa en el Nuevo Sistema del Derecho Privado*. Tomo I Ed. XIII Congreso Argentino de Derecho Societario, IV Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa, Universidad de Mendoza – Universidad Nacional de Cuyo, Advocatus, Córdoba, agosto 2016, p. 371.

<sup>26</sup> Artículo 100.- *Remoción de causales de disolución.* Las causales de disolución podrán ser removidas mediando decisión del órgano de gobierno y eliminación de la causa que le dio origen, si existe viabilidad económica y social de la subsistencia de la actividad de la sociedad. La resolución deberá adoptarse antes de cancelarse la inscripción, sin perjuicio de terceros y de las responsabilidades asumidas. *Norma de interpretación.* En caso de duda sobre la existencia de una causal de disolución, se estará a favor de la subsistencia de la sociedad.

**La responsabilidad contraída por administradores y socios subsiste, como regla de buena fe, pues si la sociedad es económicamente viable no hay duda que su patrimonio generará los medios voluntarios o compulsivos para satisfacer las obligaciones contraídas, sin necesidad de ejercitar la responsabilidad subsidiaria de socios o administradores. Si no es viable no es empresa, no hace falta que genere dividendo, pero si debe tener sustentabilidad para no dañar.**