AUMENTO DE CAPITAL MEDIANTE PARTICIPACIONES RECÍPROCAS EN LA SOCIEDAD ANÓNIMA

José L. Galimberti

I. Síntesis de conclusiones

1. La nulidad prevista por el artículo 32 para el supuesto de aumento de capital mediante participaciones recíprocas debe ser entendida como la nulidad del contrato de suscripción y no la nulidad del aumento. Será el contrato de suscripción el que se vea privado de sus efectos esenciales, manteniendo su validez tanto el aumento de capital como los contratos celebrados entre los demás suscriptores y la sociedad.

2. La obligación de reducir el capital indebidamente integrado prevista por el artículo 32, no se trata de una forma de subsanar la nulidad, sino que es la forma prevista por la Ley para restablecer el equilibrio entre la cifra capital y el capital efectivamente suscripto, que ha sido roto debido a la nulidad de un contrato de suscripción.

3. Ante la nulidad de un contrato de suscripción, debe admitirse a la sociedad la posibilidad de optar, en lugar de reducir su capital social, por integrar el monto no cubierto con reservas libres o resultados acumulados, repartiendo las acciones correspondientes en forma proporcional entre los accionistas, o con nuevas aportaciones de los accionistas.

4. Producida la disolución, debe admitirse la posibilidad de reactivación de la sociedad, mediante la reducción del capital ficticio o a través del aporte de los socios o la capitalización de resultados acumulados o reservas libres, para cubrir el capital no suscripto e integrado debidamente.

5. No ya como interpretación del artículo, sino como propuesta de modificación del régimen legal, sugerimos que la disolución sólo debería operarse cuando la nulidad de la suscripción mediante participaciones recíprocas significara la inexistencia total del capital de la sociedad o la inexistencia de una parte sustancial del mismo que determinara la imposibilidad de la sociedad de cumplir con su objeto.

II. Fundamentos

1. Introducción

La Ley de Sociedades Comerciales, al regular los grupos societarios, se ha limitado a describir el fenómeno de control y de la vinculación, estableciendo algunas limitaciones (artículos 30 al 33)[1].

Dentro de las limitaciones mencionadas se encuentra el artículo 32 de la Ley de Sociedades, el cual pretende, según sostiene Zaldívar, evitar que ante la apariencia de un capital se oculte su inexistencia o su aguamiento[2].

---

[1] Zaldívar, E., Manóvil, R., Ragazi, G., Rovira, A.L., "Cuadernos de Derecho Societario", Tomo III, Vol. VI, Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1976, pág. 47.

[2] Zaldívar, E., Manóvil, R., Ragazi, G., Rovira, A.L., "Cuadernos de Derecho Societario", Tomo III, Vol. VI, Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1976, pág. 54.

La Exposición de Motivos de la Ley 19.550, al referirse al artículo 32, explica que, para evitar cualquier tipo de maniobras, "la prohibición inserta lo ha sido con carácter absoluto"[3]. Sin embargo, dicha prohibición prevista no debe ser interpretada aisladamente, sino en forma armónica con el resto del ordenamiento societario.

Las conclusiones propuestas y los fundamentos que sustentan las mismas pretenden vislumbrar los alcances de la prohibición legal y los efectos de su violación, limitándose, sin embargo, a los diversos supuestos de aumento de capital mediante participaciones recíprocas en las sociedades anónimas.

2. Proceso de aumento de capital

2.1 Aumento de capital como acto complejo

El aumento de capital en las sociedades anónimas consiste en una operación compleja, un proceso económico y jurídico formado por una serie de actos concatenados en donde se distinguen claramente dos etapas o momentos: la decisión y la ejecución[4].

La primera etapa se encuentra a cargo de la asamblea de accionistas, la que resolverá aumentar el capital social y emitir las acciones representativas de dicho aumento, estableciendo, asimismo, la clase y características de las acciones emitidas. Esta decisión de la asamblea de accionistas, sostienen Blaqué y Jelonche, seguidos por Zaldívar, "no es sinónimo del aumento, sino sólo una etapa de una especie fáctica compleja". A esta primera etapa, le sigue una segunda fase, como resultado de la cual se obtiene el aumento de capital, totalmente suscripto, e integrado de acuerdo a lo establecido por la ley[5]. En otras palabras, para poder hablar de aumento de capital deberán haberse transitado todas las etapas descriptas.

2.2 Contrato de suscripción de acciones

Resueltos el aumento de capital y la emisión de acciones por la asamblea de accionistas, y transcurrido el plazo para ejercer el derecho de suscripción preferente (o limitado o suspendido el derecho de suscripción preferente de acuerdo a lo establecido por el artículo 197), la sociedad podrá celebrar con terceros contratos de suscripción de acciones. La celebración de estos contratos forma parte de la etapa ejecutiva del aumento de capital[6].

---

[3] "Exposición de Motivos, Ley 19.550", Sección V, Punto 5.

[4] Zaldívar, E., Manóvil, R., Ragazi, G., Rovira, A.L., "Cuadernos de Derecho Societario", Vol. III, Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1983, pág. 166. García Cuerva, H.M., "El Contrato de Suscripción de Acciones", Ed. Depalma, Buenos Aires, 1988, pág. 54. Bacqué J.H., Jelonche, E.I., "Aumentos de Capital y Reforma de Estatutos", L.L. 1979-A, pág. 705 y sig.

[5] Bacqué J.H., Jelonche, E.I., "Aumentos de Capital y Reforma de Estatutos", L.L. 1979-A, pág. 707. Zaldívar, E., Manóvil, R., Ragazi, G., Rovira, A.L., "Cuadernos de Derecho Societario", Vol. III, Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1983, pág. 166.

[6] García Cuerva, H.M., "El Contrato de Suscripción de Acciones", Ed. Depalma, Buenos Aires, 1988, pág. 54. Nos referimos a la suscripción de acciones por parte de terceros no accionistas dado que, en principio, sería la susceptible de originar las participaciones recíprocas (aunque podría ocurrir que el suscriptor ya fuera accionista de la sociedad y que las participaciones recíprocas existentes hubieran sido adquiridas de manera diferente al aporte de capital).

Si bien la celebración del contrato de suscripción de acciones integra el acto complejo de aumento de capital, cada contrato es un acto jurídico en sí mismo. Cada contrato de suscripción es un acto jurídico bilateral y oneroso[7] e independiente de los demás contratos de suscripción. Así, el artículo 191 de la Ley de Sociedades Comerciales establece que en caso de suscripción insuficiente, los suscriptores y la sociedad no se liberarán de las obligaciones asumidas, salvo disposición en contrario de las condiciones de emisión. Sostiene Zaldívar que el contrato de suscripción crea un vínculo jurídico entre la sociedad y el suscriptor, obligándose recíprocamente ambos en los términos del contrato, de modo que si el aumento no fuera cubierto totalmente, ambos se obligan a cumplir con las obligaciones pactadas en el contrato, excepto que se hubiera acordado otra cosa[8]. Es decir, cada contrato de suscripción será en principio válido, independientemente de que existan o no otros contratos de suscripción y de los vicios que puedan afectar a dichos contratos.

3. Formas de aumentar el capital mediante participaciones recíprocas

El artículo 32 de la Ley de Sociedades sanciona con la nulidad al aumento de capital realizado "mediante participaciones recíprocas, aún por persona interpuesta".

Podemos encontrar comprendidos en el enunciado legal diferentes supuestos. A los efectos de explicar cada uno de dichos supuestos, llamaremos "Sociedad Socia" a la sociedad que tiene una participación accionaria en otra sociedad, a la cual llamaremos "Sociedad Participada" y llamaremos "Sociedad Indirecta" a la sociedad que tiene una participación accionaria en la Sociedad Socia. Por último, llamaremos "Sociedad Indirecta de Segundo Grado" a la sociedad que tiene una participación accionaria en la Sociedad Indirecta y "Sociedad Indirecta de Tercer Grado" a la que tiene una participación accionaria en la Sociedad Indirecta de Segundo Grado.

Los supuestos que a nuestro criterio se encuentran comprendidos son los siguientes:

a) Aumento de capital de la Sociedad Socia o de la Sociedad Indirecta, suscripto e integrado por la Sociedad Participada mediante un aporte en efectivo o en especie.

b) Aumento de capital de la Sociedad Participada, suscripto por la Sociedad Indirecta aportando acciones de la Sociedad Socia.

c) Aumento de capital de dos Sociedades Participadas, suscriptos ambos por la Sociedad Socia (también de ambas), aportando acciones de cada una de dichas Sociedades Participadas a la otra Sociedad Participada.

4. Efectos del aumento de capital mediante participaciones recíprocas

La Ley de Sociedades establece que es nulo el aumento de capital mediante participaciones recíprocas. Se trata, según Halperín, de una nulidad absoluta[9].

---

7 García Cuerva, H.M., "El Contrato de Suscripción de Acciones", Ed. Depalma, Buenos Aires, 1988, pág. 116.

8 Zaldívar, E., Manóvil, R., Ragazi, G., Rovira, A.L., "Cuadernos de Derecho Societario", Vol. III, Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1983, pág. 159.

9 Halperín, I., "La Reforma de las Sociedades Comerciales. Ley 19.550.", RDCO 1972, Editorial Depalma,

Se entiende por nulidad la sanción legal que priva de sus efectos normales a un acto jurídico, en virtud de una causa originaria, es decir, existente la momento de su celebración. Señala Borda que la nulidad implica privar al acto de sus efectos esenciales, es decir, de aquellos que las partes tuvieron especialmente en mira al celebrarlo. La nulidad implica una invalidez completa del acto, susceptible de invocarse erga omnes[10].

La nulidad, de acuerdo con el texto del artículo, aparentemente caería sobre el aumento de capital[11]. Sin embargo, si ello fuera así, el aumento se vería privado de efectos y, por lo tanto, no se entendería la necesidad de proceder a la reducción del capital indebidamente integrado, bastando la declaración judicial de la nulidad. Inclusive, por aplicación del artículo 1038 del Código Civil, podría sostenerse que el acto es nulo, aún cuando su nulidad no haya sido juzgada, lo que significa que la sentencia no es intrínsecamente necesaria, por más que muchas veces, señala Borda, sea indispensable en la práctica para evitar la violencia entre las partes[12].

En otras palabras, si la nulidad priva de sus efectos al aumento de capital, ¿para qué reducir?, o ¿qué reducir?

Toma importancia en este momento lo mencionado precedentemente en cuanto a las diferentes etapas del aumento de capital. En este sentido, resuelto el aumento de capital por la asamblea de accionistas de una sociedad anónima y emitidas las acciones correspondientes, finalizado el plazo para el ejercicio del derecho de suscripción preferente, se celebran los contratos de suscripción de acciones. Uno de dichos contratos es celebrado entre la sociedad emisora (a la cual definimos más arriba como Sociedad Socia) y una sociedad en la cual la sociedad emisora tiene una participación accionaria (Sociedad Participada). Se ha configurado, en ese momento, uno de los casos de aumento de capital mediante participaciones recíprocas, individualizado anteriormente en el apartado a) del punto 3. La interpretación del artículo 32 de la Ley de Sociedades en el sentido de que la configuración de estas participaciones recíprocas acarrean la nulidad de todo el aumento nos parece contraria a la naturaleza plurilateral del contrato de sociedad.

En este sentido, sostiene Halperín que, como resultado de esa naturaleza plurilateral, el consentimiento de un socio no condiciona la validez o eficacia del consentimiento de los demás, puesto que los socios no son respectiva y recíproca-

---

Buenos Aires, pág. 623. En el mismo sentido, Otaegui, J.C., "Invalidez de Actos Societarios", Editorial Abaco, Buenos Aires, 1978, pág. 321.

10 Borda, G., "Tratado de derecho Civil", Parte General, Tomo II, Editorial Perrot, Buenos Aires, 1965, pág. 382 y 383.

11 Explica Nissen que " el artículo 32, en su párrafo 1º contempla dos formas de concretar las participaciones recíprocas: a través de constitución de sociedades o por medio de aumentos de capital, supuestos de mayor frecuencia. En ambos casos sanciona a estos actos con la nulidad"... (Nissen, R., "Ley de Sociedades Comerciales", Tomo I, Editorial Abaco, Buenos Aires, 1993, pág. 320). Sostiene Zaldívar que ..."para el primer supuesto de participaciones recíprocas, que es el de la constitución directa de esa forma o el aumento de capital suscripto de ese modo, se decreta la nulidad del respectivo acto" (Zaldívar, E., Manóvil, R., Ragazi, G., Rovira, A.L., "Cuadernos de Derecho Societario", Tomo III, Vol. VI, Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1976, pág. 54.). Por su parte, Verón manifiesta que el primer párrafo del artículo determina la nulidad del acto por el cual se constituyan sociedades o se aumenten sus capitales mediante participaciones recíprocas (Verón, A., "Sociedades Comerciales. Ley 19.550 Comentada, Anotada y Concordada", Tomo I, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1990, pág. 294).

12 Borda, G., "Tratado de derecho Civil", Parte General, Tomo II, Editorial Perrot, Buenos Aires, 1965, pág. 389.

mente contrapartes, de ahí que la eventual nulidad del vínculo de uno de los socios no autorice, en principio, a los demás a reclamar la resolución del contrato social ni su anulación[13].

En nuestra opinión, la nulidad prevista por el artículo 32 debe ser entendida como la nulidad del contrato de suscripción y no la del aumento. Será el contrato de suscripción el que se vea privado de sus efectos esenciales.

Esta interpretación resulta armónica con lo previsto en el artículo 16 de la Ley de Sociedades, en cuanto establece que la nulidad o anulación que afecte el vínculo de alguno de los socios no producirá, en principio, la nulidad, anulación o resolución del contrato. Es decir, producida la nulidad de uno de los contrato de suscripción, ello no afecta, en principio, los demás contratos, es decir, el vínculo entre los demás socios y la sociedad. Por lo tanto, el aumento debe mantener su validez, de otra manera el vínculo entre los demás suscriptores y la sociedad no podría subsistir.

También es importante considerar lo establecido en el artículo 191 de la Ley de Sociedades, el cual establece que aún cuando un aumento de capital no sea suscripto en su totalidad, los suscriptores y la sociedad no se liberarán de las obligaciones asumidas, salvo disposición en contrario de las condiciones de emisión. Siguiendo el mismo criterio, la nulidad de cualquiera de los contratos de suscripción debería también ser indiferente a los demás contratos. Es decir, la nulidad de uno de los contratos de suscripción determina, en cierta manera, una suscripción insuficiente, ya que el monto del aumento no resulta totalmente suscripto. Por lo tanto, la interpretación del artículo 32 en el sentido de que la nulidad afecta al contrato de suscripción y no al aumento y que la validez de los demás contratos de suscripción no se ve afectada por la nulidad de cualquiera de dichos contrato por la existencia de participaciones recíprocas, resulta congruente con lo establecido en el artículo 191 para el supuesto de suscripción insuficiente[14].

Ahora bien, cuál es el fundamento de la nulidad. Precisa Otaegui que la integración del capital de sociedades mediante participaciones recíprocas importa un supuesto de simulación ilícita que acarea la nulidad absoluta del acto, porque mira el interés de terceros[15].

En nuestra opinión, el fundamento de la nulidad varía según el supuesto de participaciones recíprocas de que se trate.

Así, respecto del supuesto previsto en el apartado a) del punto 2 anterior, la norma del artículo 32 establece, en nuestra opinión, una incapacidad de derecho. La nulidad del contrato de suscripción se basa, entonces, en una incapacidad de derecho de la Sociedad Participada para suscribir el aumento de capital de la Sociedad Socia o de la Sociedad Indirecta, en cualquier grado.

De acuerdo con lo previsto por el artículo 1042 del Código Civil, son nulos los actos jurídicos otorgados por personas relativamente incapaces respecto al acto, es decir, los actos otorgados por incapaces de derecho[16].

---

[13] Halperín, I., "La Reforma de las Sociedades Comerciales. Ley 19.550.", RDCO 1972, Editorial Depalma, Buenos Aires, pág. 616.

[14] Es más, no pueden quedar dudas de que, en caso de ser las participaciones recíprocas detectadas estando aún vigente el plazo de suscripción previsto en las condiciones de emisión, la nulidad del contrato de suscripción respectivo podría inclusive resultar insignificante, si la totalidad del aumento fuera suscripta en el término previsto.

[15] Otaegui, J.C., "Invalidez de Actos Societarios", Editorial Abaco, Buenos Aires, 1978, pág. 318.

[16] Borda, G., "Tratado de derecho Civil", Parte General, Tomo II, Editorial Perrot, Buenos Aires, 1965, pág. 386.

La nulidad del contrato de suscripción puede o no ser manifiesta e incluso puede ser desconocida por la Sociedad Participada (por ejemplo, en el caso de aumento de capital de una Sociedad Indirecta de Quinto Grado). Ello no modifica la invalidez del acto, sólo que en lugar de tratarse de un acto nulo, en el supuesto de que la nulidad no fuera manifiesta, el acto será anulable[17].

En este sentido, entendemos que en los supuestos de aumento de capital mediante participaciones mencionados en el apartado a) del punto 2 anterior, las situaciones difieren:

Así, en el caso de aumento de capital de la Sociedad Socia, suscripto e integrado por la Sociedad Participada mediante un aporte en efectivo o en especie nos encontramos ante un acto nulo.

En cambio, el contrato de suscripción de acciones proveniente de un aumento de capital de una Sociedad Indirecta Tercer o mayor Grado, celebrado con la Sociedad Participada resultará, seguramente, un acto anulable.

En cuanto al fundamento de la nulidad en el supuesto del apartado b) del punto 2, es decir, el aumento de capital de la Sociedad Participada, suscripto por la Sociedad Indirecta aportando acciones de la Sociedad Socia, la situación es diferente. En este caso, la Sociedad Indirecta tiene plena capacidad para suscribir el aumento de la Sociedad Participada, pero la integración del aumento realizada con acciones de la Sociedad Socia es ficticia, crea una apariencia de un capital inexistente y, por lo tanto, desvirtúa el principio de efectividad o correspondencia que establece que el capital debe existir en forma real y concreta[18].

Los mismos principios deben aplicarse a la suscripción por parte de una Sociedad Indirecta de Segundo, Tercer o mayor Grado que integre el aumento mediante el aporte de acciones de una Sociedad Indirecta de Grado menor.

En el supuesto previsto en el punto c) del punto 2, es decir, el aumento de capital de dos Sociedades Participadas, suscriptos ambos por la Sociedad Socia (también de ambas), aportando acciones de cada una de dichas Sociedades Participadas a la otra Sociedad Participada, el caso es similar al planteado en el apartado b), ya que una vez integrado el primer aumento de capital en una de las Sociedades Participadas, esta sociedad pasará a ser Sociedad Socia de la otra Sociedad Participada y la Sociedad Socia pasará a ser Sociedad Indirecta. Es decir, al integrar el aumento de la segunda Sociedad Participada, la ahora Sociedad Indirecta aportaría acciones de la ahora Sociedad Socia.

A menos que el acto de aumento de capital de dos o más sociedades se produzca en forma simultánea, la sanción deberá ser impuesta sobre el aumento que determina la existencia de las participaciones recíprocas, es decir, el aumento que se produce en segundo lugar. Si la celebración de los contratos de suscripción fuera simultánea, formando parte de una maniobra coordinada, la nulidad deberá recaer sobre ambos contratos de suscripción. Nuevamente, deberá analizarse las características de cada caso concreto para determinar sobre qué contrato o contratos deberá ser impuesta la sanción.

---

[17] De acuerdo con el artículo 1045 del Código Civil, son anulables los actos jurídicos cuando los agentes obraran desconociendo su incapacidad impuesta por la ley al tiempo de firmarse el acto o cuando la prohibición del objeto del acto no fuera conocida por la necesidad de alguna investigación.

[18] Zaldívar, E., Manóvil, R., Ragazi, G., Rovira, A.L., "Cuadernos de Derecho Societario", Vol. III, Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1983, pág. 142.

En el caso de aportes de títulos valores que determinen la existencia de participaciones recíprocas, podría sostenerse que nos encontramos ante un supuesto de nulidad del aporte, lo que determinaría un incumplimiento del contrato de suscripción y no su nulidad. Sin embargo, por aplicación del artículo 186 de la Ley de Sociedades, el contrato de suscripción debe contener el precio de cada acción y del total suscripto, la forma y condiciones de pago. Asimismo, en caso de aportes en especie, los mismos se individualizarán con precisión. Es decir, en el caso de aporte de participaciones accionarias, el mismo estará previsto en el contrato de suscripción específicamente. Debido a que el aporte de participaciones recíprocas se encuentra específicamente prohibido por la ley, el contrato de suscripción será nulo. Así, establece el artículo 1044 del Código Civil que son nulos los actos jurídicos cuando fuese prohibido el objeto principal del acto. Entendemos que el artículo 32 al establecer que es nulo el aumento de capital mediante participaciones recíprocas, prohibe la celebración de contratos de suscripción de acciones en los cuales se aporten participaciones cuyo valor sea ficticio, por constituir una cadena de aportaciones que reembolsan al aportante inicial sus aportes, produciendo el vaciamiento de las sociedades afectadas.

5. Reducción de capital aumentado mediante participaciones recíprocas

El artículo 32 establece la obligación de reducir el capital indebidamente integrado, dentro del plazo de tres meses.

Sotiene Otaegui que la nulidad prevista por el artículo 32 es una nulidad absoluta y que posibilidad de reducir el capital indebidamente aumentado prevista por la que Ley de Sociedades constituye un supuesto de subsanación y no de confirmación, siendo que esta última sólo es aceptable en los casos de nulidades relativas y debería ser efectuada por las partes en cuyo interés se estipula la nulidad, es decir, los terceros, y no por la sociedad misma[19] .

En nuestra opinión, el artículo 32 establece la obligación de reducir el capital indebidamente integrado, no como una forma de subsanar la nulidad, sino como la lógica consecuencia de la existencia de un contrato de suscripción nulo, que determina que el capital que se muestra a terceros no se encuentre totalmente suscripto.

La reducción es la forma prevista por la Ley para restablecer el equilibrio entre el capital que se muestra a terceros, es decir, la cifra capital, y el capital efectivamente suscripto; equilibrio que ha sido roto por la nulidad de un contrato de suscripción.

Existen diferentes supuestos en la Ley de Sociedades en dónde el desequilibrio entre la cifra capital y el capital efectivamente existente no acarrea la obligación de reducir.

El artículo 205 otorga a la asamblea extraordinaria, en razón de pérdidas sufridas por la sociedad, la facultad (no la obligación) de reducir el capital para restablecer el equilibrio entre el capital y el patrimonio. Por su parte, el artículo 206 de la Ley de Sociedades establece que la reducción del capital sólo será obligatoria cuando las pérdidas insuman las reservas y el 50% del capital.

---

[19] Otaegui, J.C., “Invalidez de Actos Societarios”, Editorial Abaco, Buenos Aires, 1978, pág. 321.

Asimismo, en el caso de que el capital se pierda totalmente, el artículo 96 prevé como una de las formas en las que los socios pueden evitar la disolución, la resolución de un aumento de capital. Está demás decir que dicho aumento, si bien hará que la sociedad supere el momento de disolución, no solucionará el desequilibrio entre el patrimonio neto y la cifra capital.

En el caso del artículo 32, resulta indiferente a la Ley la cuantía o importancia del monto del capital no suscripto en virtud del contrato de suscripción nulo. Tampoco le interesa si la sociedad tiene reservas o resultados acumulados suficientes para cubrir la porción cuya suscripción es nula. La Ley no distingue, en todos los casos será necesario reducir bajo pena de disolución.

En nuestra opinión, una interpretación armónica del ordenamiento societario nos lleva a sostener que ante la nulidad de un contrato de suscripción, la sociedad puede optar, en lugar de reducir su capital social, por integrar el monto no cubierto con reservas libres o resultados acumulados, repartiendo las acciones correspondientes en forma proporcional entre los accionistas (de acuerdo con lo previsto por el artículo 189), o por cubrir dicho monto con nuevas aportaciones de los accionistas.

De esta manera, ante la nulidad del contrato de suscripción, corresponderá la devolución al suscriptor de los importes o bienes aportados y la restitución de las acciones a la sociedad. Las acciones no suscriptas, ahora en poder de la sociedad, deberán ser canceladas, previo acuerdo de reducción de capital o integradas mediante reservas libres o resultados acumulados y repartidas de acuerdo con lo previsto en el artículo 189 de la Ley de Sociedades o suscriptas e integradas con nuevos aportes de los accionistas.

6. Disolución

En caso de no obrarse de la manera indicada en el punto anterior, la Ley prevé que la sociedad se disolverá de pleno derecho.

En cuanto a esta sanción, Halperín explica que la ley complementa la prohibición con un régimen de sanciones acorde con la gravedad de la ilicitud y que si no se procede a la reducción del capital, la sociedad queda disuelta de pleno derecho, agregando que la pena se gradúa a la ilicitud de la conducta y a la inexistencia de un interés efectivo en la conservación de la sociedad[20] .

En nuestra opinión, la sanción resulta excesiva frente a lo previsto en otros artículos de la normativa societaria para supuestos que producen frente a terceros similares efectos, esto es, la apariencia de un capital inexistente.

Así, el artículo 94, inciso 5 establece que la disolución de la sociedad recién se produce por la pérdida total del capital social. Es decir, el mero hecho de que la cifra capital sea inferior al patrimonio neto de la sociedad no acarrea la disolución. Más aún, de acuerdo a lo explicado precedentemente, podrá solucionarse la situación mediante un aumento de capital, el cual, como vimos, no solucionará el desequilibrio entre el patrimonio neto y la cifra capital.

Si bien los supuestos de reducción por pérdidas y disolución por pérdida del

[20] Halperín, I., "La Reforma de las Sociedades Comerciales. Ley 19.550.", RDCO 1972, Editorial Depalma, Buenos Aires, pág. 623.

capital no tienen una connotación fraudulenta, como el caso de las participaciones recíprocas, la diferencia de tratamiento bien podría limitarse a lo previsto en el artículo 32 en cuanto a la responsabilidad ilimitada y solidaria de los administradores, directores y síndicos. Es decir, si la situación ficticia se produce como consecuencia de maniobras dirigidas a engañar a terceros, la conducta se castiga con la responsabilidad ilimitada y solidaria de los responsables, no sólo a los previstos en la Ley de Sociedades, sino al suscriptor que actuó con culpa o dolo, por aplicación de los artículos 1056 y 1057 del Código Civil[21].

Asimismo, el hecho de permitir la reducción del capital como medio de evitar la disolución significa que la sanción prevista no cumplirá una función disuasiva de la conducta prohibida, ya que los responsables tendrán la posibilidad de evitarla. En realidad, la función disuasiva estará dada por la responsabilidad ilimitada y solidaria prevista en la Ley.

Los terceros podrán reclamar la nulidad de los contratos celebrados con la sociedad alegando la existencia de dolo por parte de la misma. Sin embargo, para ello deberán probar que para la celebración de dichos actos tuvieron especialmente en cuenta el capital de la sociedad y de haber conocido el verdadero capital, no hubieran celebrado dichos actos[22].

En nuestra opinión, la disolución sólo debería operarse en caso de que la nulidad de la suscripción mediante participaciones recíprocas significara la inexistencia total del capital de la sociedad (aplicándose a este caso el artículo 94 inciso 5) o la inexistencia de una parte sustancial del mismo que determinara la imposibilidad de la sociedad de cumplir con su objeto (aplicándose el artículo 94 inciso 4).

No obstante lo explicado, la disolución se encuentra prevista expresamente para el caso de aumento con participaciones recíprocas, dejando fuera cualquier posibilidad de interpretación análoga con supuestos similares. Asimismo, como mencionamos anteriormente, la Exposición de Motivos de la Ley 19.550 expresa claramente que se prohibió el aumento de capital mediante participaciones recíprocas en forma absoluta, para obviar cualquier clase de maniobra[23]. Es decir, cualquiera sea el monto del aumento no suscripto en virtud de la nulidad del contrato de suscripción, de no efectuarse la reducción (o, en nuestro criterio, no cubrirse dicho monto afectando otros fondos disponibles o nuevas aportaciones) se producirá la disolución de pleno derecho.

La disolución no es un estado, es un momento de la vida de la sociedad originado por circunstancias específicas[24]. En términos generales, la posibilidad de revocar las causales de disolución es admitida por la doctrina[25]. Sostiene Nissen

---

[21] Señala Llambías que es necesario para la viabilidad de la acción de responsabilidad que exista un daño causado por la realización del acto inválido y que ese daño sea imputable al demandado en razón de su culpa o dolo (Llambías, Jorge J., "Código Civil Anotado", Tomo II B, Editorial Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1979, pág. 250).

[22] Siguiendo a Borda podemos decir que el dolo, para justificar la nulidad del acto, deberá (i) ser grave, (ii) determinante del consentimiento, (ii) ocasionar un daño importante y (iv) no haber sido recíproco (Borda, G., "Tratado de derecho Civil", Parte General, Tomo II, Editorial Perrot, Buenos Aires, 1965, pág. 317).

[23] "Exposición de Motivos, Ley 19.550", Sección V, Punto 5.

[24] Zaldívar, E., Manóvil, R., Ragazi, G., Rovira, A.L., "Cuadernos de Derecho Societario", Tomo III, Vol. VI, Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1976, pág. 249.

[25] Sostiene Zaldívar que la revocación de la disolución o reactivación de la sociedad corresponde en todos los supuestos de disolución (Zaldívar, E., Manóvil, R., Ragazi, G., Rovira, A.L., "Cuadernos de Derecho Societario", Tomo III, Vol. VI, Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1976, pág. 317 y sig.).

que interpretando la voluntad del legislador es válido afirmar que, como principio general, toda causal disolutoria es siempre revocable y susceptible de ser evitada y que ello es válido para todos los supuestos en los cuales la Ley no ha prohibido expresamente o implícitamente esa posibilidad. Agrega, por último que todo acuerdo social que resuelva la vuelta a la vida dinámica de la sociedad, nunca puede ser considerado como exorbitante al trámite de liquidación y, además, que de la extinción de la sociedad nadie saca provecho[26].

No obstante lo indicado, la interpretación difiere para el caso del artículo 32. Así, sostiene Zaldívar que una vez transcurrido el plazo de tres meses, no es posible subsanar la disolución, ya que los principios de orden público e interés de terceros, privan sobre la conservación de la empresa[27]. En el mismo sentido, Verón indica que la disolución se produce de pleno derecho y es insubsanable[28].

En nuestra opinión, la posibilidad de subsanar la sanción no afecta principios de orden público. Si bien la nulidad del contrato de suscripción impuesta por el artículo 32 se establece en protección de los terceros, no es la nulidad del contrato de suscripción lo que se está subsanando. Transcurrido el plazo de tres meses y operada la disolución, la sanción ya fue impuesta; continuar sancionando a la sociedad disuelta bajo el argumento de que ello se hace en protección de los terceros nos parece contradictorio.

Así es, no obstante es mejor que la situación se solucione cuanto antes y se muestre a los terceros el capital real de la sociedad (de ahí la necesidad de incluir en la Ley un plazo corto bajo apercibimiento de disolución) el interés de terceros no se ve más protegido por el hecho de no permitir esta reactivación luego de transcurrido el plazo legal. Permitida la reactivación de la empresa, los terceros estarán, seguramente, en una situación mejor a la que se encontrarían en el caso de liquidación de la sociedad, sobre todo si tenemos en cuenta que la reactivación no significa una reducción de las responsabilidades previstas en la Ley.

De la misma manera que se permite la reactivación de una sociedad cuyas pérdidas han insumido totalmente su capital, siendo esta situación la peor hipótesis a la que puede dar lugar la existencia de participaciones recíprocas, debemos admitir la posibilidad de reactivación de la sociedad disuelta en virtud de la sanción prevista por el artículo 32 de la Ley. Los argumentos son los mismos que permiten la reactivación en los demás supuestos de disolución previstos por la Ley donde la misma no se encuentra explícita o implícitamente prohibida.

Por lo tanto, producida la disolución, no obstante dicha causal se produzca de pleno derecho, subsistirá, en nuestro criterio, la posibilidad de revocarla mediante la reducción del capital ficticio o a través del aporte de los socios o la capitalización de resultados acumulados o reservas libres para cubrir el capital no suscripto e integrado debidamente.

---

[26] Nissen, R., "Ley de Sociedades Comerciales", Tomo II, Editorial Abaco, Buenos Aires, 1994, pág. 225.

[27] Zaldívar, E., Manóvil, R., Ragazi, G., Rovira, A.L., "Cuadernos de Derecho Societario", Tomo III, Vol. VI, Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1976, pág. 281.

[28] Verón, A., "Sociedades Comerciales. Ley 19.550 Comentada, Anotada y Concordada", Tomo II, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1991, pág. 198.