

Remoción de causal disolutoria: Inexistencia de plazo para la decisión del órgano de gobierno prevista en el art. 96 LGS, liquidación y viabilidad

Efraín Hugo Richard

Constatada por la aprobación de un balance la insuficiencia patrimonial de una sociedad para atender la totalidad del pasivo: ¿Existe plazo para su remediación?.

La nueva norma incorporada al art. 100 Ley General de Sociedades (LGS) impone un análisis sobre las funciones de los órganos societarios.

I – Plazo para remediación de la causal de disolución art. 94 inc. 5 LGS

¿Existe o no plazo para la remediación de la constatación de que existe patrimonio negativo o sea de la causal de disolución prevista en el art. 94 inc. 5 LGS?.

Recurramos a Nissen¹⁷⁵, para un análisis de los arts. 94 inc. 5º, 96 y 99 LSA, aunque no estamos totalmente de acuerdo con sus apreciaciones, siempre serias y fundadas, representando un punto de partida insoslayable para ello. Nissen expresa “... Estimamos que resulta más adecuado a derecho, en beneficio de la seguridad jurídica y la protección de los terceros, la aplicación analógica de lo dispuesto por el art. 94 inc. 8º..., en cuanto prevé la existencia de un término de tres meses... período durante el cual debe ser convocada y celebrada una reunión de socios o asamblea... Transcurrido dicho plazo y si la sociedad no se ha pronunciado en uno y otro sentido, la disolución se produce en este caso de pleno derecho ... No es admisible ni se compadece con el parámetro de actuación que prevé el art. 59..., que los administradores nada hagan ante la constatación de que la sociedad ha perdido el capital social”.

¹⁷⁵ NISSEN, Ricardo Augusto, *Ley de sociedades comerciales. 19.550 y modificatorias. Comentada, anotada y concordada*, 3ª edición actualizada y ampliada, Astrea, Buenos Aires 2010, que hemos comentado, particularmente, t. I, ps., 912 y ss..

No nos parece adecuada la calificación de las causales de disolución en las que operan de pleno derecho, “ipso jure” u “ope legis”, dentro de las que se señala el vencimiento del término¹⁷⁶. Aún en la causal de vencimiento del término la sociedad podría seguir operando —otro tema es la responsabilidad si ello generara daño—¹⁷⁷. Es valiosa la clasificación entre causales imperativas y voluntarias, y en relación a las primeras las de inmediata constatación o que deben ser declaradas. Todo en vista a la sanción: la responsabilidad.

No hay duda que la pérdida del capital social cuando se formaliza o debió formalizar el balance con tal revelación aparece como de inmediata constatación e impone la convocatoria a los socios. No es un problema de plazo sino de diligencia, como bien señala Nissen.

No existe plazo para remover la causal (art. 96 LSA) o iniciar la liquidación, pero la responsabilidad nace en forma inmediata (art. 99 LSA), y la obligación de resarcir está ligada a la existencia de daño.

Si hay “recomposición” del capital social o su reintegración o aumento desaparece todo problema aunque hubiere demora, pues ningún daño se ha generado manteniéndose la garantía de los acreedores.

Si esa recomposición no se decide y continúa operando la sociedad la cuestión de la responsabilidad se retrotrae a la fecha en que se acredite que administradores y socios conocieron o debieron conocer la situación o si aprobaron un balance donde se registrara la pérdida del capital social.

Es una visión sobre la autonomía de la voluntad, la diligencia de los administradores, la actitud de los socios y la posibilidad de dañar a terceros al no atender la causal de disolución advertida a que debió advertirse de cumplir regularmente las disposiciones imperativas sobre la funcionalidad societaria.

Como señaló la jurisprudencia¹⁷⁸ “la suficiente capitalización de la sociedad al momento de su constitución y posteriormente, durante todo el desarrollo de la actividad empresarial es la mejor manera de evitar la insolvencia de la sociedad, atento que ésta cuenta con mecanismos para obtener la financiación interna”, y —eventualmente— la capitalización del pasivo.

¹⁷⁶ Sobre este aspecto nos hemos explayado en “Disolución y liquidación de sociedades” en *Derecho y principios societarios*, Ed. Tapas, Córdoba 1982, p. 223, apuntando que en el caso los socios han deliberado y constatado la causal al aprobar el balance con el patrimonio neto neutro o negativo.

¹⁷⁷ RICHARD, E. H. y MUIÑO O. M., *Derecho Societario*, 2ª edición ampliada y actualizada, Astrea, Bs. As. 2007, p. 365 y ss..

¹⁷⁸ Cám. Trabajo y Minas 4ª Nominación de Santiago del Estero, República Argentina, con fecha 15 de junio de 2005, en la causa “Salazar, Oscar E. c/ Forestal El Milagro SRL”, LLNOA 2005-1446.

II. La iniciación de la etapa de liquidación

Se impone reiterar la diferencia entre constatar la existencia de una causal de disolución, de la decisión orgánica, regulada cuidadosamente para la sociedad por acciones, de generar la remediación de la causal de disolución por pérdida patrimonio, sea decidiendo el reintegro o capitalización, como el inicio de la etapa de liquidación.

Tampoco en este supuesto debe entenderse que la sociedad cesa en su actividad ordinaria. El inicio de la liquidación no importa el cese de la actividad, que podría llevar a consecuencias funestas para acreedores y socios, no satisfaciendo a todos pese a un aparente activo superior al pasivo, al generarse un incremento exponencial de este último por indemnizaciones por despido, rupturas de contratos, etc.. La liquidación puede comportar una larga etapa, conforme a un plan concebido de acuerdo a las características del negocio, a las cualidades del activo a liquidar y la minimización de nuevas cuentas de pasivo. Justamente Bernardo Carlino¹⁷⁹ expresa: “Final: el procedimiento liquidatorio es un plan de negocios ad-hoc. De igual modo puede analizarse la liquidación de la empresa: todo el proceso liquidatorio (Secc. XIII - Cap. I, LSC) debe responder a un plan, y aunque parezca impropio llamarlo de “negocios”, lo cierto es que el liquidador debe finiquitar los negocios pendientes, aunque ello signifique llevar a cabo algunas actividades propias de un administrador, sea para no malvender las existencias de bienes de cambio, para finalizar los procesos productivos en curso de ejecución, para no interrumpir abruptamente la provisión ya convenida a terceros y generar litigios, etcétera”.

III. La viabilidad del giro social

Y un matiz fundamental cuando se ha producido una causal de disolución es no sólo adoptar las medidas de su remoción, sino un juicio sobre la viabilidad de la empresa.

Es la apreciación sobre la conservación de la empresa cuando el giro de la sociedad es económicamente viable (art. 100 LGS en su nueva redacción).

Aparece esa actividad diligente y leal de los administradores como indispensable para que los socios puedan decidir la conveniencia de reintegrar el capital social, o invitar a capitalizar o disponer la liquidación para evitar males mayores.

¹⁷⁹ CARLINO, Bernardo Genética del plan de negocios (más sobre la contribución de E. H. Richard) en *Jurisprudencia Argentina*, Newsletter del 20 de marzo de 2009

Conlleva a traer de nuevo a cuento el tema del PLAN DE EMPRESA –o de negocios, o de reorganización, como quiera llamárselo– con cuya consideración rendimos homenaje a Pedro J. Frías¹⁸⁰, un constante requirente para la sociedad política y empresaria de administradores estratégicos. Volvimos sobre ello ya con el apoyo de Junyent y Muiño¹⁸¹, y recalamos la cuestión¹⁸² que Alberti¹⁸³ señala “Expresó nuestro autor, amigo y homenajeado, que la carencia de ese *plan* provoca fatalmente la inoperancia de los esfuerzos aplicados a la concreción del acuerdo preventivo extrajudicial. Continúa el prestigioso jurista: “El exigir a los insolventes una concisa exposición de su programa de modificación de la situación empresaria precedente al concursamiento, mediante un plan de aquello por poner en práctica para corregir la pérdida que ha causado los incumplimientos de los pagos, saneará el concurso preventivo de su actual empleo como artificio procedimental destinado simplemente a diferir una fatal liquidación”.

El art. 66 LSA manda cumplir a los administradores con la obligación de “informar en la memoria sobre el estado de la sociedad”. La Memoria importa una obligación de los administradores para que “los accionistas de informen adecuadamente no sólo de lo acaecido sino también de lo proyectado por la administración de la sociedad (art. 66 LSA); mediante el uso de esa información, el socio se debe encontrar en condiciones de determinar la congruencia de lo actuado y lo proyectado para la consecución del objeto social, y determinar la posibilidad de acciones de responsabilidad (art. 59 LSA) o de impugnación (art. 251 LSA), permitiendo después juzgar si lo actuado fue en cumplimiento de lo comprometido en la memoria, ya que en virtud del principio de veracidad de ella, el apartamiento del camino comprometido permitirá

180 En Estudios en honor de Pedro J. Frías, editado por la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, 1994, nto. trabajo en el tomo III, p. 1187, “El plan de empresa, Ética y responsabilidad del empresario”.

181 “Salvataje de la empresa: ¿Una postulación sin respuesta en la ley concursal?” con Francisco JUNYENT BAS y Orlando Manuel MUIÑO, en RDCO año 30, 1997 p. 525 y ss., ya citado.

182 Como puede ser visto en su Efectos societarios de la insolvencia, publicado en Anales XXVI (1987) 161, de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba”.

183 ALBERTI, Marcelo Edgardo, “Una contribución de Efraín Hugo Richard al derecho concursal: el plan de empresa como recaudo del concurso preventivo” en *Derechos Patrimoniales, Estudios en Homenaje al Profesor Emérito Dr. Efraín Hugo Richard*, Ad-Hoc, Buenos Aires 2001, t. II, p. 949.

una mejor apreciación sobre el ejercicio de acciones de responsabilidad por mal desempeño del cargo (art. 274 LSA)¹⁸⁴.

La omisión de la Memoria implica una violación de la ley de sociedades en su art. 234 inc. 1º, por cuanto comporta una falta de integración de la documentación contable obligatoria, explícitamente mencionada en la norma, por lo que “ni la votación unánime aprobando el resto de la documentación, puede purgar el vicio, resultado impugnado desde la convocatoria a la reunión de socios... no pudiendo descomponerse en partes cumplidas e incumplidas, ni es facultad de los administradores el ejercicio de tales opciones, pues se trata de un complejo informativo necesariamente integrado”¹⁸⁵. “¿Para qué perder tiempo si no hay viabilidad económica? El diagnóstico previo fue la sabia vivificante del sistema procesal francés que le permitió decir que los procesos llevaban a la solución de los concursos. – La separación del hombre de la empresa, sin que la empresa tuviera que acarrear los errores y las inconductas de sus dirigentes. Si había inconducta de los dirigentes y la empresa era viable, ¿por qué liquidar una empresa por la inconducta de los directivos?”¹⁸⁶.

No hay duda que señalada la pérdida del capital social en el balance puesto a consideración de la Asamblea, la Memoria debe hacer alguna referencia conforme el deber de diligencia indicado. La existencia de aportes irrevocables no palia la situación sino se vincula a la toma de una decisión para su capitalización.

Esta apreciación cumpliría la finalidad prevista en el art. 100 LGS, pero de no haberse incorporado en ese momento oportuno, deberá formalizarse cuando se intente remover la causal disolutoria, muy particularmente las derivadas de las causales de los incs. 4 y 5 del art. 94 LGS, vinculadas normalmente a problemas patrimoniales de cumplimiento del objeto social. Si se ha constatado la existencia de una causal de liquidación, la misma puede ser revertida, incluso en la etapa de liquidación abierta por el órgano de gobierno.

184 Nto. *Derecho Societario* con Orlando Muiño, p. 274, Astrea, Buenos Aires 1997, donde remitimos a nto. “El buen hombre de negocios y el plan de empresa” en *Doctrina Societaria y Concursal*, Errepar, abril 93, t. V p. 337 y ss..

185 CARLINO, Bernardo, “Genética del plan de negocios (más sobre la contribución de E. H. Richard)” en Abeledo-Perrot, Newsletter 20 de marzo de 2009, sección Doctrina, p. 31.

186 PALMERO, Juan Carlos, “Nuevo enfoque para empresas en crisis. Modificaciones destacables en relación a la ley 19.551. Apreciación metodológica inicial. Como entender el nuevo régimen concursal” en Nueva legislación concursal y la participación del profesional en Ciencias Económicas. Jornadas de actualización”, *Advocatus Córdoba* noviembre 1995, p. 17.

Pero esa reversión exige un mínimo que es la “viabilidad económica” de la sociedad. Entendemos que la misma se cubre por un dictamen del órgano de administración considerado por el órgano de gobierno de la sociedad. No requiere ninguna aprobación oficial. En su caso su presentación ante la autoridad que correspondiera, donde quedará depositado.

Es posible que los órganos de la sociedad hayan soslayado ese requisito de viabilidad, el riesgo es el daño que pueda producirse por el posterior fracaso, sea por quiebra o concurso. La misma eventualidad puede acaecer con la formulación de un supuesto plan de viabilidad, que era inviable a la fecha en que fue formalizado. El criterio sería similar al previsto en los arts. 125.1 y 125.2 de la ley de concursos y quiebras 19.551 reformada en el año 1983, vigente hasta el año 1995, o sea valuarlo al plan a la fecha de su formulación y no en el futuro al generarse un nuevo problema.

La importancia de esta declaración parece adaptarse a nuestra posición en cuanto a que en el concurso de una sociedad, esa viabilidad o plan de negocios debe referirse en la petición de concurso, y no puede dejar de integrar la propuesta de acuerdo.

IV. Meditando

Se advertirá la congruencia de las disposiciones de la ley especial societaria en orden a la constatación de la causal de disolución, su remoción y la necesidad de expresarse sobre la viabilidad, vinculadas directamente a un problema de responsabilidad que será asumido en otra comunicación.