

Del nuevo artículo 100 ley 19.550 y los presupuestos para su aplicación

María de los Ángeles Luján y Carlota Palazzo

Sumario

El nuevo artículo 100 ley 19.550 genera una serie de interrogantes acerca de los presupuestos necesarios para su aplicación referidos principalmente a quién debe verificar la viabilidad económica y social y a si les cabría algún derecho a los terceros a oponerse a la remoción de la causal de disolución y subsistencia de la sociedad.

La ponencia procura dar respuestas a dichos interrogantes.

I. Planteo del problema

El artículo 100 ley 19.550 (LGS) prevé la facultad de remover las causales de disolución 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. Decisión del órgano de gobierno que debe adoptarse antes de la cancelación de la inscripción, sin perjuicio de terceros y de las responsabilidades asumidas.

Se trata de una norma valiosa que enriquece el derecho societario y viene a reforzar el sistema imperativo preconcursal a la vez que ratifica el criterio doctrinario y jurisprudencial respecto a que la sociedad viable es la única que merece conservarse, sea por disposiciones concursales, preconcursales o extra-concursales.

Sin embargo se presentan algunas dudas acerca de:

- 1) quién y cómo debe verificar si existe viabilidad económica y social de la subsistencia de la actividad de la sociedad;
- 2) si cabe a los terceros algún derecho en caso de disconformidad respecto de la decisión del órgano de gobierno que resolvió remover la causal de disolución.

II. Posición de las Ponentes

1) Con relación al primer interrogante las respuestas posibles podrían ser concurrente o excluyentemente:

a) El órgano de gobierno de la sociedad

Indiscutiblemente por la forma en que se encuentra redactado el artículo los propios socios a través del órgano de gobierno de la sociedad al resolver sobre la remoción de la causal de disolución deben pronunciarse sobre la existencia de la viabilidad y relacionar los fundamentos del porqué la actividad social debe subsistir.

La duda aquí radicaría más bien en cómo deberían cerciorarse de la misma. Entendemos que a la luz de las buenas prácticas de gobierno corporativo propuestas por la OCDE²²³ la resolución social debería basarse no solo evidentemente en la información contable y financiera que periódicamente debió confeccionarse (estados contables, memorias, plan de negocios, etc.) sino también en un previo informe favorable especial confeccionado en términos prospectivos por el órgano de administración, validado por el auditor externo independiente y en su caso también en un informe ad-hoc preparado por el órgano de fiscalización en el marco de las atribuciones y deberes que impone el artículo 294.

b) La autoridad de control

Resuelta la primera inquietud debe avanzarse sobre si la valoración acerca de la viabilidad efectuada por el órgano de gobierno al resolver la remoción de la causal de disolución puede y/o debe ser revisada por la autoridad de control.

La LGS delimita en su articulado la extensión de las funciones de fiscalización que tiene la Autoridad de Contralor y la acota, conforme lo tiene sentado la mayoría de la doctrina, al control de legalidad formal y al de la regularidad de funcionamiento de las sociedades.

Esto significa que la fiscalización durante el funcionamiento de la sociedad se mantiene ajena al mérito de las decisiones o los resultados de las mismas. O dicho de otro modo, que la intervención de la autoridad de contralor, prevista por el legislador, solo será admisible cuando se funda en decisiones sociales que vulneran la legalidad, mientras que sobre las restantes ninguna injerencia le cabrá pesando exclusivamente sobre los órganos sociales competentes la obligación de merituar con la debida prudencia y diligencia las implicancias y consecuencias de las decisiones que toman.

²²³ Véanse los Principios de Gobierno Corporativo de la OCDE – 2004 <https://www.oecd.org/daf/ca/corporategovernanceprinciples/37191543.pdf>

La ley 19.550 siempre fue clara al prever la forma en que podían removerse las causales de disolución (prórroga, reconducción, aumento o reintegro de capital, incorporación de socios en un plazo determinado); fue el propio legislador quien previó la subordinación de una norma imperativa frente al interés de un acuerdo común; y en esto la decisión del poder administrador nunca ha tenido injerencia, mucho menos con la reforma al artículo 100 LGS, en donde claramente se deja librado a la autonomía de la voluntad la remoción de las causales de disolución. Por lo cual, no puede indirectamente entenderse que la autoridad de contralor puede involucrarse en cuanto a la viabilidad de la subsistencia si eso ha sido resuelto por el órgano social competente.

El primer límite que se observa entonces y que obsta a una revisión de la resolución del órgano de gobierno es que tal y como establece el artículo 100 solo la decisión de los socios puede remover las causales de disolución y frente a tal decisión, que importa una cuestión de mérito y oportunidad, nada puede hacer la autoridad de control²²⁴.

Sentada dicha premisa básica corresponde luego analizar lo previsto en los artículos 301 y 303 inc.3 de la LGS²²⁵. El primero delimita las funciones

²²⁴ Ello sin perjuicio de que la autoridad de control pueda solicitar un pronunciamiento expreso por parte del órgano de gobierno en los términos del artículo 100 LGS cuando sometida a su consideración una decisión relativa a la remoción de las causales de disolución se hubiera omitido hacer expresa referencia a la existencia de viabilidad económica y social de la subsistencia de la actividad de la sociedad.

²²⁵ Fiscalización estatal limitada. Art. 300: La fiscalización por la autoridad de contralor de las sociedades anónimas no incluidas en el artículo 299, se limitará al contrato constitutivo, sus reformas y variaciones del capital, a los efectos de los artículos 53 y 167. Fiscalización estatal limitada: extensión. Art. 301: La autoridad de contralor podrá ejercer funciones de vigilancia en las sociedades anónimas no incluidas en el artículo 299, en cualquiera de los siguientes casos: 1) Cuando lo soliciten accionistas que representen el diez por ciento (10 %) del capital suscrito o lo requiera cualquier síndico. En este caso se limitará a los hechos que funden la presentación; 2) Cuando lo considere necesario, según resolución fundada, en resguardo del interés público. Facultad de la autoridad de contralor para solicitar determinadas medidas. Art. 303: La autoridad de contralor está facultada para solicitar al juez del domicilio de la sociedad competente en materia comercial: 1) La suspensión de las resoluciones de sus órganos si las mismas fueren contrarias a la ley, el estatuto o el reglamento; 2) La intervención de su administración en los casos del inciso anterior cuando ella haga oferta pública de sus acciones o debentures, o realice operaciones de capitalización, ahorro o en cualquier forma requiera dinero o valores al público con promesa de prestaciones o beneficios futuros y en el supuesto del artículo 301, inciso 2. La intervención tendrá por objeto remediar las causas que la motivaron y si no fuere ello posible, disolución y liquidación; 3) La disolución y liquidación en los casos a que se refieren los incisos 3, 4, 5, 8 y 9 del artículo 94 y la liquidación en el caso del inciso 2 de dicho artículo.

de vigilancia que ejerce la autoridad de contralor cuando las decisiones no han sido adoptadas por acuerdo unánime o cuando advierte que se puede afectar el interés público en virtud de lo resuelto por los socios; y el segundo en la posibilidad de solicitar la disolución y liquidación, en los casos allí previstos, frente a la inactividad o falta de resolución de los socios.

Con relación al primer supuesto es la propia ley 19550 la que mantiene en cabeza del órgano de gobierno (tal y como regía bajo la vieja ley de sociedades comerciales) la facultad de remover las causales de disolución solo que profundizando la significación del principio de conservación de la empresa le asigna la carga de cerciorarse acerca de la existencia de la viabilidad; pero permaneciendo dichas valoraciones dentro de la órbita de las cuestiones de mérito y oportunidad sobre las que no le cabe intervenir a la autoridad de contralor que no podría alegar que su intervención se justifica en un interés superior o distinto al que la propia norma establece (el de conservación de la empresa). Por lo cual, no resultan aplicables las funciones de vigilancia previstas en el artículo 301 cuando se ha resuelto la opción de continuidad de la sociedad de acuerdo a lo previsto por el artículo 100.

Un supuesto distinto se presentaría con lo previsto por el artículo 303 inciso 3, cuando la autoridad de contralor detectare la existencia de las causales de disolución. Aquí se trataría de una intervención justificada en la medida que, previo a solicitar las acciones previstas por el artículo 303 inciso 3, los socios fueran intimados a resolver lo que correspondiere y frente a la omisión o inactividad de los mismos, la autoridad emitiese la resolución administrativa correspondiente y simultáneamente interpusiese la acción judicial de disolución. Ahora bien luego de iniciada la acción de disolución ésta podrá repelerse en los términos del artículo 100 que habilita a la toma de decisión por el órgano de gobierno hasta que no haya sido cancelada la inscripción; decisión sobre cuyo mérito no podrán inmiscuirse ni la autoridad de control como actora ni el juez.

c) El juez de la quiebra ante el cual se presenta el pedido de conversión

Un interrogante especial se presenta con respecto al supuesto del inciso 6 del artículo 94 ley 19.550 (relativo a la declaración de la quiebra).

Cabe preguntarse si en el trámite de pedido de conversión del concurso preventivo en quiebra en los términos de los artículos 90 y sucesivos y 6 de la ley 24.522 (LCQ) en el que debería presentarse la resolución del órgano de gobierno relativa a la ratificación de la continuación del proceso de conversión en concurso preventivo (y que ahora por lógica sistémica debería ser inclusiva de las consideraciones exigidas por el artículo 100 ley 19.550) cabrá al magistrado concursal la facultad de inmiscuirse en la valoración sobre si

existe viabilidad económica y social de la subsistencia de la actividad de la sociedad para poder remover la causal de disolución.

Nuestra postura es por la negativa por dos cuestiones.

La primera es temporal ya que la sentencia de declaración de conversión en concurso preventivo razonablemente debería ser emitida de respetarse los plazos legales²²⁶ antes de que venza el plazo para acompañar la resolución del órgano de gobierno ratificatoria de aquella del órgano de administración. Con lo cual no será un elemento del que dispondrá el magistrado a la hora de resolver si deja sin efecto la quiebra.

La segunda de fondo, en tanto el artículo 93 LCQ no fue reformado y establece que solo puede rechazarse la conversión en concurso preventivo por no haberse cumplido los requisitos del artículo 11. Luego no podrían pretenderse ampliar los supuestos de rechazo con sustento en el artículo 100 ley 19.550.

2) Con relación al segundo interrogante y pese a que la redacción de la norma "*sin perjuicio de terceros*" no resulta feliz y podría llevar a imaginarse alguna instancia de publicidad a terceros de la resolución y de oposición a la misma; entendemos que la misma debe ser interpretada de modo coherente con el resto del ordenamiento. Por ende, la referencia a los terceros debe entenderse en el sentido que quedan salvaguardados sus derechos por la responsabilidad ilimitada y solidaria que podrá imputárseles a administradores y socios en los términos de los artículos 54, 59, 99 y 274.

III. Reflexión final

El poder de decisión acerca de la viabilidad constituye una decisión empresarial que debe asignarse o reconocerse en quien se encuentre más interesado o incentivado en tomar buenas decisiones²²⁷. Los jueces y organismos de control son sustitutos imperfectos para los actores del mercado, quienes al tener su propio dinero en juego se encuentran intensamente interesados en tomar buenas decisiones. Más aún siendo que existe un proceso de selección natural en función del cual solo sobreviven aquellos actores del mercado que toman buenas decisiones. No existe un proceso competitivo similar para

²²⁶ Los 30 días del artículo 6 vencerían luego de dictada la sentencia de conversión que debería pronunciarse dentro de los 5 ó 15 días máximo desde la presentación del pedido de conversión (artículos 11, 13, 92 y 93 ley 24.522).

²²⁷ BAIRD, Douglas G., MORRISON, Edward, "Bankruptcy Decision Making", John M. Olin Program in Law and Economics, Working Paper N° 126, 2001.

los jueces y organismos de control²²⁸ que carecen tanto de los conocimientos, como de la experiencia e incentivos para tomar una decisión relativa a la viabilidad.

Luego, la decisión relativa a la remoción de la causal de disolución por considerarse que existe viabilidad compete exclusivamente a la esfera interna de la sociedad sobre cuyo mérito no deben inmiscuirse ni la autoridad de control ni los magistrados. Ello sin perjuicio de que la autoridad de control pueda controlar “formalmente” que existió un pronunciamiento expreso acerca de la viabilidad. Entiéndase bien, sobre lo que no podrá avanzar será sobre si dicho pronunciamiento fue debidamente fundado; ni sobre si está de acuerdo con la valoración acerca de la viabilidad.

El debido contrapeso lo constituirán las acciones de responsabilidad de las que serían posibles administradores y socios de corroborarse que arguyeron la viabilidad cuando la misma no era tal. De allí que resulte recomendable como buena práctica, más no compulsivo por no haber sido expresamente regulado en la ley, que la decisión del órgano de gobierno se sustente en documentos objetivos de análisis económico y financiero prospectivo del negocio social producidos especialmente para la oportunidad en que el órgano de gobierno deba resolver y relacionados con precisión en la decisión.

²²⁸ Si se les asignara la responsabilidad de revisar la decisión al respecto de la viabilidad, por un lado este tipo de decisiones constituiría una aguja en un pajar del total de asuntos que son sometidos a su consideración y por otro lado su estabilidad en los cargos no se encuentra supeditada a su *performance* en este tipo de decisiones.