

La reactivación societaria y la exigencia de viabilidad económica y social

Alejandro Miller

Sumario

La reactivación o reconducción de la sociedad con la remoción de la causal de disolución que la afecta configura una de las incorporaciones valiosas de la Ley 26.994 en la ley de sociedades comerciales (ahora Ley General de Sociedades). Le permite abandonar el estado de liquidación y retornar a su plenitud jurídica. Respecto de los fundamentos del instituto no existe coincidencia en la doctrina. Hay quienes lo vinculan con el principio de la conservación de la empresa; mientras que otros autores lo hacen con el principio de la libre autonomía de la voluntad de las partes en el contrato social. En lo personal nos inclinamos por esta última. El trabajo explora las distintas ideas fuerza que justifican una u otra posición. Esta divergencia explica que exista o no la exigencia de viabilidad para la actividad de la sociedad reactivada. Finalmente el trabajo pasa a analizar los conceptos de viabilidad económica y social y a hacer ponencia sobre diversos aspectos que permanecen aún en la duda habida cuenta de la parquedad de la norma legal (art. 100, LGS). Entre los aspectos considerados: si la exigencia de viabilidad supone una condición previa o es un requerimiento atemporal. La referida exigencia dice en relación a la sociedad como tal o a su objeto o a su giro. La circunstancia de si es o no factible pactar en contra de tal exigencia o si hay exclusión de tal requisito por virtud del art.166 CCCN. Finalmente se analiza el contenido tanto de la exigida viabilidad económica como la social.

I. Concepto, inserción en la ley societaria y relevancia de la reactivación societaria

1. La reactivación o reconducción de la sociedad es un instituto jurídico que permite, mediante un acto social en favor de la reactivación (emanado

del órgano de gobierno de la sociedad) y tal acto conteniendo o acompañando de la eliminación o remoción de la causal de disolución imperante, que la sociedad disuelta recupere su plenitud jurídica. En suma, nos hallamos ante un acto de naturaleza corporativa por el cual la sociedad disuelta (ya operada la disolución, no solo la producción de alguna de sus causales) recupera su plenitud, vuelve a tener vigencia su objeto, su organización, le es factible retornar a su actividad económica sin restricciones²²⁹. En el derecho español García Cruces refiere que la “reactivación ha de entenderse como la revocación de la situación que se deriva de la verificación de una causal de disolución, con la consideración obvia de que la eliminación de tal causa de disolución verificada producirá o deberá producir el efecto de superar al mismo tiempo, el estado de liquidación”²³⁰. Por tanto reactivar conlleva a un acto social por el cual sus socios remueven la causal de disolución que pesaba sobre la sociedad y proceden con ello a llevar o conducir a la sociedad de nuevo hacia su plenitud jurídica, es decir, hacia la posibilidad de realizar su giro y hacerlo dentro de las características de su tipo social. Tradicionalmente se ha indicado que la reconducción conlleva dos aspectos, no siempre traducidos en sendos actos jurídicos separados: (a) la remoción de la causal, generalmente se ha de verificar por un modo ordinario como por ejemplo si es disolución por la decisión de los socios, será a través de un acto social con el sentido de dejar sin efecto la decisión y de continuar con la actividad; o por el reintegro del capital o su aumento en el caso de pérdida del mismo; y (b) el acto social que dispone tal reconducción, es decir, la decisión del órgano de gobierno de proceder la tal medida (el que podrá coincidir o no con el acto de remoción de la causal). En el caso de la ley argentina veremos que se adicionan otras dos condiciones (viabilidad) y temporalidad (antes de cancelarse la inscripción de la sociedad).

2. La Ley 26.994 que estableció el Código Civil y Comercial de la Nación (CCCN) generó, en su Anexo II, diversas modificaciones sustantivas a la entonces ley de sociedades comerciales (19.550) la que, con la incorporación de la sociedad civil, las atípicas y otras alteraciones, pasó a denominarse Ley General de Sociedades (LGS). Una de estas reformas fue insertar un nuevo texto al artículo 100 sin perjuicio de dejar aquél que ya tenía como apartado final. El nuevo texto extiende el instituto de la reactivación o reconducción

²²⁹ ZALDÍVAR y otros, *Cuadernos de Derecho Societario*, t. IV, 2ª ed., Buenos Aires, Abeledo-Perriot, 1980, ps. 317-341.

²³⁰ GARCÍA CRUCES, José Antonio, *La reactivación de la sociedad. Dir. Rojo-Beltrán. Disolución y liquidación de Sociedades Mercantiles*. 1ª ed., Valencia, Tirant, 2009; ps. 94-95.

de la sociedad fuera de la hipótesis del vencimiento del plazo de la sociedad (art. 95, LGS). Es decir, como lo señala el nuevo texto legal “*las causales de disolución podrán ser removidas mediando decisión del órgano de gobierno y eliminación de la causa que el dio origen*” y es tema actualmente en debate si esta generalidad de la ley comprende a toda causal de disolución (aun aquellas por vía de sanción); o si son sólo susceptibles de ser removidas algunas de ellas: 94.1; 94.2, en forma subsidiaria a la norma especial del 95; 94.3; 94.4; 94.5, en forma subsidiaria a la norma específica del 96 y 94.8; mientras que no sería pasibles de remoción aquellas causales indicadas en los numerales: 94.6; 94.7 y 94.9. No es el propósito de este trabajo ingresar en este debate sino hacer referencia a las cuestiones adicionales a las que la ley establece como requisitos para que opere la remoción de la causal. Hacemos referencia al acto social o decisión del órgano de gobierno y especialmente a que exista “*viabilidad económica y social de la subsistencia de la actividad de la sociedad*” aspecto éste que, en un lenguaje que nos parece un tanto farragoso, alude a que se acredite para la sociedad que se pretende reconducir o reactivar es viable económica y socialmente. La ponencia tiene como propósito analizar este último presupuesto legal.

3. Luego de la reforma a la ley societaria para DASSO esta reactivación societaria que introduce la citada Ley 26.694 “*constituye el aspecto más trascendente como novedad legislativa tanto en el orden teórico o dogmático como el útil o práctico*”²³¹. En el mismo sentido VÍTOLO la ha calificado como una reforma significativa²³². Estamos de acuerdo, ésta y otras modificaciones como lo referente a las sociedades informales o de la Sección IV son aspectos que marcan innovaciones trascendentes. De allí que pensamos que es bueno detenernos en analizar algunos aspectos puntuales de esta reactivación o reconducción societaria.

II. La reactivación en la doctrina argentina

4. La reactivación o reconducción societaria marca un instituto que era reclamado por la mayoría de la doctrina societaria argentina. En efecto, la Ley 22.903 trae la reconducción por vencimiento del plazo (arts.94.2 y 95) aduciendo que esta hipótesis de reconducción era la más acuciante de allí la

²³¹ DASSO, A., La reactivación societaria, El nuevo color del cristal con que se mira. *Cuestiones Mercantiles en el Código Civil y Comercial de la Nación*. Coord. Boquin, Nissen y Vítolo, Buenos Aires, Fidas, 2016, p. 211.

²³² VÍTOLO, Daniel, *Manual de Sociedades*, 1ª ed. Buenos Aires, 2016, p. 331.

necesidad de reglarse, no obstante dejando constancia en la Exposición de Motivos de dicha ley que la política adoptada no implica tomar partido sobre la admisibilidad de la reconducción en otros casos de disolución. Lo que dio lugar a comentarios como el de ZUNINO en el sentido que “*los motivos circunstanciales que influyeron en la instrumentación de la reforma a este respecto, no constituyen impedimento para interpretar, como siempre lo ha creído la doctrina mayoritaria, que la reconducción opera en realidad ante cualquier caso de disolución cuya naturaleza, obviamente permita la aplicación de los postulados del instituto en cuestión*”. Para luego declarar que adhiere a esta interpretación amplia en el convencimiento que la reconducción social es una solución legal benéfica.²³³

5. En el mismo sentido ya lo había expresado CÁMARA para quien la reactivación societaria amén de mantener la fuente de trabajo en beneficio de la colectividad, no lesiona ninguno de los intereses comprometidos por los socios y acreedores y al contrario puede beneficiarlos²³⁴. Igualmente ZALDÍVAR y los otros coautores para quienes la reconducción procede en cualquier hipótesis de disolución de la sociedad desde que la ley si bien no la receptaba en ese momento fuera del vencimiento del plazo, tampoco lo prohibía²³⁵. En la misma línea de pensamiento pero más recientemente, VANASCO señala que “*la reactivación es un valioso instituto, recogido parcialmente en nuestro derecho, por lo que debe propiciarse su admisión en nuestro ordenamiento societario*”²³⁶. ESCUTI, para quien se debe extender a otras hipótesis la reactivación proyectándose la misma como norma general. ESCUTI, Ignacio. *Sociedades*. Buenos Aires, Astrea, 2009, p. 112. Bien se puede decir que la Ley 26.994 logró este propósito de generar esa norma general. Finalmente Nissen luego de la reforma juzga la modificación como acertada, ya que con toda lógica se permite ahora la remoción de las causales de disolución²³⁷.

6. Un aspecto, quizás de apariencia más adjetivo, pero que refleja concepciones sustantivas con relación a la sociedad disuelta y su estado jurídico como

²³³ ZUNINO, Jorge, *Sociedades Comerciales. Disolución y liquidación*, t. 2. 1ª ed. Buenos Aires, Astrea, 1987, p. 325.

²³⁴ CÁMARA, Héctor, *Estudios de Derecho Societario*, Buenos Aires, Depalma, 1985, p. 572.

²³⁵ ZALDÍVAR, Enrique y Otros, *Cuadernos de Derecho Societario*, t. IV, 2da. ed., Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1980, p. 340.

²³⁶ VANASCO, Carlos, *Sociedades Comerciales*, t. I. Buenos Aires, Astrea, 2006, p. 314.

²³⁷ NISSEN, Ricardo, *Incidencias del C.C.C.N. Derecho Societario*. 1ª ed. Buenos Aires, Hammurabi, 2015, p. 188. En el mismo sentido, NISSEN, Ricardo. *Curso de Derecho Societario*. 3ª ed. Buenos Aires, Hammurabi, 2015; ps. 324-325.

tal, lo da la denominación a dar a este instituto. La LGS con un criterio neutral hace referencia a la remoción de causales de disolución (art. 100, LGS). La doctrina, antes y ahora, mantiene el debate en este aspecto. Mientras algunos se vuelcan por denominarlo como “reactivación” otros prefieren el término de “reconducción”. La primera denominación parte de considerar a la sociedad disuelta en un estado jurídico de recogimiento, de latencia y vigente o viva a los solos y únicos efectos de su pronta liquidación, no pudiendo acometer otros actos que no sean aquellos inherentes a su mejor liquidación. Así para Zunino “reactivar” es el término que más representa gráficamente la idea de volver a activar una sociedad disuelta, que está en recogimiento²³⁸. En lo personal, desde una perspectiva uruguaya, preferimos la denominación de reconducción desde que la sociedad disuelta se mantiene con todos sus órganos y como un ente vivo, incluso operando en ámbitos ajenos a la liquidación²³⁹.

III. Derecho comparado

7. Diversos son los derechos societarios que han receptado la reactivación o reconducción societaria. Se encuentran, entre otros, el español, alemán y quiero hacer referencia al uruguayo.

8. En el derecho español, el Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital (Real Decreto 1/2010) con sus modificativas, establece la reactivación de la sociedad disuelta cuando la junta general así lo decida, siempre que haya desaparecido la causal de disolución, el patrimonio contable de la sociedad no sea inferior al capital social y no haya comenzado el pago de las cuotas de liquidación. La reactivación supone para la sociedad disuelta el retorno a la vida activa comercialmente (art. 370). Como se puede apreciar están presentes la remoción de la causal y el acto social (Junta General) que decide la reactivación y se agrega un elemento de límite temporal y otro de naturaleza económica, más precisamente de viabilidad económica.

9. El derecho societario alemán establece también la reactivación y lo hace en la Ley de Sociedades Anónimas (AKTIENGESSETZ) de 1965 y modificativas. Concretamente señala la reactivación únicamente por vencimiento de plazo o decisión de los accionistas en la Junta General y tiene como límite temporal la distribución del patrimonio entre los accionistas (art. 274). No hay en este caso el requerimiento de viabilidad económica. Ello se puede

²³⁸ ZUNINO, *Disolución y liquidación*. 1ª ed. (1987); pp. 328-329.

²³⁹ MILLER, Alejandro. “La sociedad comercial en liquidación”, R.D.C.O., t. 47, número 2014-A, p. 771.

explicar por el hecho que las causales que admiten la remoción no convocan a una necesaria valoración de la viabilidad.

10. Finalmente digamos que el derecho uruguayo consagra la reconducción para todo tipo de sociedad y lo hace para todas las causales de remoción excepto: en caso de fusión o escisión y cuando la sociedad estuviera realizando en forma continuada una actividad ilícita o prohibida. Estas causales, por razones diferentes, no admiten remoción. La ley requiere de un acto social (órgano de gobierno) que disponga la continuación de la sociedad con la mayoría necesaria para reformar el contrato social. Se otorga el receso al disidente y no hay exigencias de viabilidad de la actividad para ello, ni hay derecho de oposición para acreedores. Es el artículo 166, LSC. Cabe acotar que la doctrina uruguaya se ha pronunciado en forma unánime en favor, considerando que estamos ante un instituto loable y beneficioso para la sociedad.

IV. Fundamentos de la reactivación societaria

11. Examinado la doctrina se puede reducir a dos los fundamentos que se emplean para justificar la reactivación como restitución de la sociedad a su plenitud jurídica. El primero de ellos pasa por “*la conservación de la empresa*” mientras que el segundo puede enunciarse como “*la prevalencia de la autonomía de la voluntad de los socios bajo el contrato social*”. Debatir acerca de cuál es el fundamento que se adoptó para basar en ello la reactivación societaria no es solamente un tema académico sino que justifica, a nuestro entender, porqué se establece o no como condicionamiento la viabilidad económica y social de la sociedad, es decir de ésta en cuanto empresa.

A. La reactivación vinculada al principio de la conservación de la empresa

12. Para quienes ven en la reactivación un instituto vinculado directamente y por qué no únicamente, con la conservación de la empresa, argumentan que con ello se prioriza el mantenimiento de una organización económica que genera trabajo y riqueza la que está ínsita en la estructura legal de la sociedad comercial. Conservar la sociedad comercial es mantener su actividad, las fuentes de trabajo. El principio de la conservación de la empresa, se ha dicho, supone el reconocimiento por el derecho que el mantenimiento de la empresa tiene valor por sí, pese a que sus titulares o socios se encuentren afectados por alguna causa de disolución²⁴⁰.

²⁴⁰ WONSIK, María, *Manual de Sociedades Comerciales*, Coautores: Hargain, Schwartz, Serván, Montevideo, AEU, 1990, p.25.

13. Conforme con lo anterior, un sector importante de la doctrina examina este instituto bajo el prisma de la conservación de la empresa y no de la conservación o mantenimiento de la sociedad o la conservación de su contrato social. Así NISSEN saluda a la reforma entiendo que es acertada ya que la empresa es generadora de trabajo y únicamente no procedería cuando la disolución es consecuencia de una sanción legal o de una decisión judicial. Por eso también debe estar supeditada a la viabilidad económica y social de la actividad de la sociedad. Después de todo para qué reactivar una sociedad-empresa que no es viable. Qué sentido tiene extraer de la liquidación a una empresa que no tiene un giro sustentable. Vanasco, por su parte y antes de la reforma, ya señalaba que la reactivación abreva en el interés de mantener la continuidad de una sociedad y por ende de la empresa subyacente. Conservar la sociedad es conservar a la empresa, es conservar fuentes de trabajo, concluye. En idéntico sentido se pronunciaban Zaldívar y otros (Rovira, Manóvil, Ragazzi) en los legendarios Cuadernos.

14. Más recientemente, y tras la reforma, Vítolo afirma que *“la nueva normativa legal advierte que en la idea del legislador predomina el concepto de preservación de la actividad empresarial desarrollada por la sociedad –producción de bienes y servicios para el mercado– y otorga nuevas oportunidades para que dicha actividad no sea interrumpida o amenazada por haber operado causales de disolución”* por eso se explica que *“de donde ha pretendido (léase el legislador) otorgar nuevas oportunidades a la sociedad que desarrolle una actividad económica y socialmente viable de revertir la disolución operada y salir de su estado de liquidación para recobrar una vigencia efectiva”*²⁴¹. Su concepto sintetiza cabalmente esta tesitura de fundar la reactivación en el principio de la conservación de la empresa. Por su parte Balbín nos aporta otro elemento. La reactivación, a partir de su relación con la conservación de la empresa, asume la calidad de un instituto de derecho privado pero donde el interés público es manifiesto. En efecto, la reactivación propugna la posibilidad de emprender, de continuar o de fomentar una actividad económicamente productiva. Bajo esta premisa estará ligada a un interés público, ya que la insuficiencia o la extinción de las fuentes productivas puede implicar desocupación o merma de producción con lógica disminución del Producto Bruto Interno del país, afectando por tanto al bienestar del país. Allí radica este interés público en la conservación y reactivación societaria. De esta concepción surge que la reactivación como instrumento *“orienta la permanencia de la empresa económicamente viable y socialmente útil, permitiéndole subsanar la ocurrencia de*

²⁴¹ VÍTOLO, Daniel, *Sociedades Comerciales*, tomo V-B, 1ª ed., Buenos Aires, RUBINZAL, 2015, ps. 69-73.

*ciertos hechos que comprometen la suerte de la sociedad*²⁴². La exigencia de viabilidad económica y social emana de ese interés público que está presente en la valoración que tiene la reactivación.

B. La reactivación vinculada al principio de la libre autonomía de la voluntad de los socios

15. Una aproximación muy diferente la tienen quienes vinculan la reactivación con el contrato de sociedad o la sociedad, pero no con la empresa contenida en ella. En este entorno la reactivación se presenta como un ejercicio de la libre autonomía de la voluntad de los socios. Si la naturaleza de la sociedad es, jurídicamente, aquella de un contrato plurilateral, asociativo (siguiendo la concepción de Ascarelli), como contrato que es, por qué privar a sus contratantes actuales la posibilidad de desandar el camino de la disolución que se adoptó. Por qué negar en el ejercicio de su autonomía de voluntad el poder remover la causal de disolución (en tanto ello fuera factible) y decidir (en acto social) adoptar la resolución de alterar lo resuelto y continuar con la sociedad y su giro, recuperando para la misma la plenitud jurídica. En este entorno puede señalarse que la norma de interpretación que mantiene el art. 100, LGS hace referencia a la conservación de la sociedad, no de la empresa. De allí que la reactivación indicada en la parte anterior de este mismo artículo estará hermenéuticamente vinculada a este fenómeno de conservación de la sociedad, esto es del ente societario. En suma, bajo esta tesis, únicamente será necesario para la reactivación que: (a) la sociedad esté disuelta; (b) la causal de disolución sea susceptible de ser removida y tal circunstancia ocurra; (c) el acto social o la decisión del órgano de gobierno en el sentido de proceder a la reactivación de la sociedad; y (d) que tal decisión sea temporalmente posible. No otra cosa. Sujetar la reactivación de la sociedad a otras condiciones externas a la sociedad en su condición de contrato asociativo no debería tener cabida en la aplicación del instituto de la reactivación.

16. Precisamente esta es la posición mayoritaria de la doctrina uruguaya. Así Rippe entiende que la reactivación societaria se funda en la aplicación del principio de la libertad de contratar y de la autonomía de la voluntad de las partes contratantes²⁴³. Rodríguez Olivera y López Rodríguez entienden

²⁴² BALBÍN, Sebastián. *Manual de Derecho Societario*, 2ª ed., Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2016, ps. 342-343.

²⁴³ RIPPE, Siegbert, *Sociedades Comerciales*, 8ª ed., Montevideo, Fundación de Cultura Universitaria, 1993, p. 75.

que en la reactivación ha de primar la autonomía de la voluntad de los socios, en tanto que la misma –en puridad– es una modificación del contrato social. Mientras no se liquida la sociedad como contrato y como persona jurídica continúan teniendo existencia, por ende, es susceptible de ser reactivada.²⁴⁴ En lo personal adherimos a esta tesitura. Y la ley societaria uruguaya así parece al no haber ubicado como presupuestos de admisibilidad de la reactivación ninguna consideración sobre la viabilidad económica o social de la sociedad, de su giro o actividad de la sociedad, o bien de la empresa que la misma comporta. Otro efecto de esta aproximación es que no se concede derecho de oposición a los acreedores (como sí se hace en el derecho italiano).

17. En la doctrina argentina también el tema ha sido considerado. Quintana Ferreyra y Richard en un trabajo señero en la temática se cuestionan si el principio de la conservación de la empresa representa “*una suerte de dogma en el ánimo del hombre de leyes*”. La contestación es clara: “*No. La tutela de la empresa no es una idea orientadora en materia societaria porque se afirma más en la idea de tutela de la conservación del contrato de sociedad y respeto de la autonomía de la voluntad de las partes en cuanto recurren a un medio técnico para la realización de la actividad empresarial*”.²⁴⁵ La cita hace foco en que la reactivación está vinculada con el contrato de sociedad y el respeto de la voluntad de los contratantes y su autonomía. En tal sentido hay coincidencia con las tesis de la doctrina uruguaya. Con ciertos matices también Zunino acepta la vinculación primaria de este instituto con la libertad contractual de los socios y lo hace señalando “*la reconducción es una figura que favorece primeramente el interés particular de los socios, sin perjuicio de la inmediata relación entre éste y el interés colectivo en la preservación de la empresa*”²⁴⁶.

18. En suma la identificación de la base dogmática de la reconducción societaria nos ha de permitir entender si la misma se une a la viabilidad económica y social de la sociedad o empresa reactivada o bien si tal instituto no debe tener otro presupuesto que la voluntad de los socios y la factibilidad de remover la causal de disolución, más el límite temporal que permite aquilatar hasta cuándo tal reconducción es factible.

²⁴⁴ RODRÍGUEZ OLIVERA, Nuri y LÓPEZ RODRÍGUEZ, Carlos, *Manual de Derecho Comercial Uruguayo*, tomo 6, volumen 4. 1ª ed., Montevideo, Fundación de Cultura Universitaria, 2013, ps. 143 y 162.

²⁴⁵ QUINTANA FERREYRA, Francisco y RICHARD, Efraín, “La conservación de la empresa en las leyes de sociedades 19.550 y de concursos 19.551”, R.D.C.O., t. 11, año 1978; ps. 1371-1388.

²⁴⁶ ZUNINO, Jorge. *Disolución y liquidación*, t. 2, 1ª ed. (1987), p. 325.

V. Viabilidad económica y social de la actividad de la sociedad reconducida

19. La LGS en su art. 100 vincula la reactivación a que exista viabilidad económica y social de la subsistencia de la actividad de la sociedad reactivada. Esta exigencia, sin otras aclaraciones, configura uno de los puntos oscuros de la nueva regulación. Analicemos ello.

A. Viabilidad: ¿condición de admisibilidad de la reactivación o resolutoria?

20. Un primer interrogante: ¿estamos ante una condición de admisibilidad para la reconducción? O se trata de un elemento que puede acreditarse antes, durante o incluso luego de operada la reactivación, bastando sólo que se acredite. Dicho de otra manera, la viabilidad es: ¿condición de admisibilidad, condición suspensiva o condición resolutoria? Nada se aclara en la ley. No obstante pensamos que si se examina el texto teniendo presente la pauta literal y complementariamente su finalidad -art. 2 CCCN- en tal caso parecería inducirse al intérprete que se trata de un elemento cuya verificación se establece como necesaria, aun cuando no sea necesario acreditarlo con anterioridad o durante la reactivación. El texto legal parece vincular la reactivación en forma directa y previa: a la remoción de la causal de disolución y a la decisión del órgano de gobierno. Así lo indica “*las causales de disolución podrán ser removidas mediando...*” Lo que da a entender que la viabilidad opera como un requisito que debe cumplirse pero no necesariamente ni en forma contemporánea ni en forma previa como los otros dos restantes. Por tanto se postula que, verificados ambos dos requisitos, ha de operar la reactivación con todos sus efectos legales. La viabilidad, por tanto, no es una condición previa ni tampoco sería una condición suspensiva. Identificamos la misma con la calidad de ser una condición resolutoria de la reactivación y de exigencia atemporal. Esto supone que la sociedad reactivada deberá tener presente, en caso de cuestionamiento, la necesidad de acreditar tal viabilidad, pero no se nos plantea como un requerimiento que deba obtenerse necesariamente y guardarse en carpeta. De todas maneras juzgamos que esta será una práctica muy conveniente ante cualquier cuestionamiento.

B. Viabilidad en referencia: ¿al objeto social, a su giro, a la sociedad?

21. Un segundo aspecto, ya de fondo, es qué comprende la exigencia de la viabilidad económica referida a la actividad de la sociedad. Nótese que no es la viabilidad referida directamente a la sociedad sino a su actividad. ¿Por actividad debemos entender el objeto social o su giro? En el derecho urugua-

yo este aspecto no es menor ya que es pacífica la práctica de constituir sociedades anónimas con un objeto amplio (denominado en la jerga como: “objeto ómnibus”). Entendemos y postulamos la interpretación de que la referencia que hace la ley a la “actividad” alude al giro, por más que el objeto deba ser preciso (art. 11.3, LGS). En efecto, aun siendo preciso el objeto puede contemplar más de una actividad. Otro aspecto importante: la viabilidad está exigida para la actividad de la sociedad, no a la misma sociedad. Por tanto, deberá acreditarse que el giro es viable económicamente y no necesariamente que la sociedad está debidamente capitalizada.

C. ¿Es factible no tener en cuenta este requerimiento o pactar en contra?

22. Un aspecto que llama la atención es que se establece esta exigencia solamente para la reconducción de la sociedad y no para todas las personas jurídicas. En efecto, el art. 166 CCCN permite la remoción de causales y la continuación del ente por decisión de sus miembros y no establece viabilidad de ninguna clase como exigencia. ¿Podría sostenerse que la sociedad en cuanto persona jurídica podría quedar liberada de esta exigencia en aplicación del citado 166 CCCN? Entendemos que la respuesta es negativa. Las personas jurídicas privadas que se constituyan se rigen por las normas imperativas de la ley especial o en su defecto de este CCCN (art. 150, literal “a”, CCCN). Por tanto, la ley especial para toda sociedad es la LGS y en ella -art.100- reputamos a la exigencia de la viabilidad como imperativa, calificación esta derivada de sus palabras y tiempos verbales que son de carácter imperativo a lo que se suma la no admisión del pacto en contrario. En suma, entendemos que estamos ante una exigencia especial e imperativa del legislador para con las sociedades, a diferencia de otros entes jurídicos privados. Esta opinión se da con el respeto que debe tenerse cuando se está haciendo referencia a un derecho extranjero para el autor.

D. Contenido de la viabilidad económica

23. ¿Qué significa esta exigencia? Y en función de lo anterior: ¿cómo se acredita la misma? Para Barreiro se debe integrar este vacío que plantea el artículo 100 LGS acudiendo a la LCQ. Siguiendo esta pauta integradora en la ley concursal nos encontramos con que *“el juez puede poner fin a la continuidad de la explotación antes del vencimiento del plazo si ella resultara deficitaria o de cualquier otro modo resultare perjuicio para los acreedores”* (art. 192, in fine, LCQ). Sobre esta premisa el autor completa su pensamiento expresando que tal viabilidad económica *“consiste en la posibilidad cierta*

de sustentación de la actividad del patrimonio cesante, que deberá producir ingresos suficientes para poder atender las erogaciones propias del giro social". Esto quiere decir, continúa afirmando, que la ley societaria asume un propósito preventivo, impidiendo que la actividad económica inviable agrave las consecuencias y desemboque en un incumplimiento generalizado²⁴⁷.

24. Nuestra valoración crítica radica en vincular la reactivación que es un instrumento que atiende jurídicamente al contrato de sociedad y no a la empresa con exigencias propias para ésta última. Exigencias que exorbitan el ámbito jurídico en que se debe situar la reconducción societaria. Al punto que se trata de sacar a la sociedad de su estado de liquidación y cuál es el límite temporal para ello, justamente que la empresa no haya sido aún afectada (la cancelación de la inscripción presupone la liquidación del patrimonio empresarial de la sociedad). Lo que denota que la reconducción está en directa relación con la reconducción del contrato social y de la sociedad por derivación. Y el fundamento únicamente está en la libre autonomía de sus socios de así disponerlo. En el mismo sentido crítico se expresa García Cruces respecto al texto español, quien entiende que *"el legislador impone un condicionamiento extraño al significado conceptual de la reactivación e incorpora un requisito que, en su sentido técnico, responde a exigencias del proceso fundacional, lo que –desde luego– carece de sentido y razón de ser"*²⁴⁸.

25. Ahora bien, dicho esto, y considerando que el texto argentino ha optado por la otra alternativa y ha impuesto la viabilidad económica como requerimiento para la reactivación, coincidimos con Barreiro en que la exigencia a demostrar es que el giro social será sustentable, sea a corto plazo o incluso a mediano o largo plazo, pero sustentable al fin. Y también se puede afirmar que esta medida configura un elemento más que acredita que el derecho societario es la faceta preventiva del derecho concursal cuando se trata de sociedades. En tal sentido recuérdese cómo se insiste actualmente en la necesidad de potenciar la obligación de los socios respecto que la sociedad esté debidamente capitalizada o con suficiente patrimonio. En cuanto a la acreditación entendemos que un informe del flujo de fondos esperado y una proyección del negocio social elaborado y firmado por contador público debería ser suficiente como elemento técnico demostrativo de viabilidad económica.

²⁴⁷ BARREIRO, Rafael, Viabilidad económica y social de la continuación de la actividad de la sociedad disuelta. *El Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación, efectos en materia Societaria y Concursal*. Dir. ARECHA, 1ª ed., Buenos Aires, D&D, 2015, ps. 172-174.

²⁴⁸ GARCÍA CRUCES, José Antonio. La reactivación de la Sociedad. *Disolución y liquidación de Sociedades Mercantiles*, 1ª ed., Dir. Rojo-Beltrán, (2009), p. 113.

E. Contenido de la viabilidad social

26. Más desafíos plantea al intérprete desentrañar el alcance de esta viabilidad social exigida. Y ni qué decir, cuando otro organismo (juez, registrador, etcétera) debe valorar esta viabilidad social. Su naturaleza de apreciación muy subjetiva puede ser un verdadero problema y ello puede traer el riesgo, del que nos advierte Barreiro “*que se amplía el ámbito de actuación discrecional de la administración pública sin que sea sencillo advertir qué ventajas se derivarían de ello*”²⁴⁹. Entendemos que esta viabilidad social de la actividad está vinculada con las concepciones de la sociedad comercial como un agente de la comunidad, un factor que desarrolla su peso y su influencia en toda una comunidad, como lo resalta Drucker, extralimitando la frontera natural de los socios y llegando a los trabajadores, proveedores, clientes actuales o futuros, el medio ambiente, las autoridades nacionales y municipales y en suma, a la comunidad toda. En este esquema tal viabilidad social se relaciona con el concepto del interés social concebido desde los “*stakeholders*” por oposición a la tesis que ubica al interés social solamente en la satisfacción de los intereses de los socios o accionistas (“*shareholders*”). Dicho de otra manera la viabilidad económica y social –alienada con el moderno concepto del interés social– supone que la actividad de la sociedad reactivada deberá estar centrada y acreditando la creación de valor para la sociedad, maximizando la rentabilidad y los beneficios sociales, tanto para los socios actuales, futuros y eventuales como para los terceros (“*stakeholders*”). Por último digamos que la ausencia de parámetros entendemos que ha de permitir una valoración genérica sin atarse a un cumplimiento puntual de ciertos ítems que en definitiva serán arbitrarios.

²⁴⁹ BARREIRO, Rafael, *Viabilidad económica y social*, El Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación, efectos en materia Societaria y Concursal. (2015), p. 180.