

La viabilidad económica y social de la sociedad incurra en causal de disolución es un condicionamiento dirimente cuya ausencia inhibe el mecanismo saneatorio

Gabriel de las Morenas

1. Introducción

El sistema societario argentino ha adoptado para sí una visión contractuálista en el que la sociedad comercial ha sido siempre considerada un contrato. Este esquema tiene la virtud de respetar la autonomía negocial de los agentes económicos bien que el legislador sustrajo de esa autonomía partes relevantes al predeterminar los moldes para que esa voluntad se canalice a través de contratos típicos. Hoy esa tipicidad ha sido sustancialmente flexibilizada por la ley 26.994 y su reforma a la Sección IV de la LGS.

En ese contexto el legislador de 1972 estableció una presunción a favor de la supervivencia de la empresa al redactar el art. 100 LSC que en su texto original decía: “Artículo 100. — En caso de duda sobre la existencia de una causal de disolución, se estará en favor de la subsistencia de la sociedad”. Esta norma importó una política legislativa pro empresa en el sentido de abogar por su supervivencia *en caso de duda*. Es decir, más allá de las causales de disolución establecidas en el art. 94 y otras normas del cuerpo societario, la mera existencia de duda permitía a la sociedad sobrevivir.

Era una norma dirigida al intérprete en general pero al juez comercial y al registrador en particular. Cuando se analizaba la verificación de los supuestos que acarreaban la disolución y liquidación del ente debían analizarse pruebas que acreditaran tales hechos fundantes. Si la prueba o acreditación de tales hechos no era concluyente en punto a que las conclusiones lógicas del análisis de los elementos probatorios no alcanzaban para llegar, aplicando un razonamiento recto, a una sola solución, existía la duda. Y frente a la duda el legislador ordenaba rechazar la disolución y mantener la sociedad con vida. Esa solución se mantiene el día de hoy pero la ley ha ganado detallismo para su aplicación.

2. El nuevo texto legal

En función de la reforma acaecida, ley 26.994 mediante, hoy ha cambiado la orografía del mentado art. 100 y si bien una primera aproximación nos parece mostrar que se mantiene la línea de la norma anterior lo cierto es que las variaciones son importantes.

Así el nuevo texto dice: “Artículo 100. — Las causales de disolución podrán ser removidas mediando decisión del órgano de gobierno y eliminación de la causa que le dio origen, si existe viabilidad económica y social de la subsistencia de la actividad de la sociedad. La resolución deberá adoptarse antes de cancelarse la inscripción, sin perjuicio de terceros y de las responsabilidades asumidas.- Norma de interpretación.- En caso de duda sobre la existencia de una causal de disolución, se estará a favor de la subsistencia de la sociedad”.

En primer lugar, el nuevo texto despeja cualquier duda que pudiera abrigarse acerca de qué órgano social es aquel que debe sanar la causal de disolución. Hoy es claro que debe ser el órgano de gobierno y sólo él.

Además, para que la remoción de la causal de disolución sea efectiva se agrega un factor temporal: dicho saneamiento debe arribar antes de la inscripción registral de la cancelación. Esto es muy importante en tanto confirma que la frontera entre la vida y la muerte de la sociedad pasa por la cancelación registral de su matrícula societaria. En metáfora con las personas de existencia visible, la sociedad comercial comienza a transitar su agonía cuando se halla incurso en una causal de disolución. A partir de que tal causal se verifique o sea detectada la sociedad se encaminará hacia su último destino; y ese camino estará jalonado por una serie de eventos que la propia ley se encarga de señalar. La designación y aceptación del cargo del liquidador; y la inscripción de la disolución y del liquidador, el procedimiento liquidativo y finalmente la baja del Registro mediante la cancelación del asiento registral de la sociedad. Este último evento es, justamente, aquel que delimita el tiempo útil para poder remover la causal disolutoria y permitir que la sociedad retorne a la vida societaria normal –no liquidativa-. Por el contrario, una vez que el Registro de Comercio toma razón de la cancelación registral ya no habrá sociedad y por ende no podrá operar el resurgimiento de aquello que no existe. En otras palabras, en el derecho argentino no existe la resurrección societaria²⁵⁰ y el nuevo texto del art. 100 ha refrendado esta posición de manera vehemente.

²⁵⁰ Esta aseveración que formulamos de manera terminante en términos teóricos tiene claroscuros prácticos que no se nos escapan pero que rebalsan el limitado marco del presente. Ver en tal sentido: MACAGNO, Ariel, “La cancelación de la matrícula societaria y los pasivos ocultos: ultraactividad post cancelación”, *Actualidad Jurídica Córdoba*, N° 145, p. Xxx.

El legislador ha querido en este punto generar un requisito que no existía en el régimen anterior. Además, de las cuestiones formales –qué órgano debe decidir y cuál debe ser el contenido de la decisión- y de las temporales – hasta cuándo puede ser removida la causal disolutoria- se suman las cuestiones sustantivas.

Estas cuestiones sustantivas son dos.

En primer lugar, debe el órgano de gobierno remover o hacer desaparecer la causal de disolución. Esto implica actuar conductas y generar hechos que contradigan la causal disolutoria en cuestión. Por ejemplo revocar una decisión social de disolución, prorrogar o reconducir el plazo social, modificar la condición a la que subordinó la existencia del ente, modificar el objeto que no se puede cumplir o hacer cesar las circunstancias que hacen imposible su cumplimiento; recomponer el capital social por cualquier mecanismo societario legítimo, etc. No todas esas conductas dependen del órgano de gobierno e incluso algunas de ellas dependen de terceros como la conclusión de la quiebra. El órgano de gobierno resolverá la voluntad de remover la causa disolutoria pero la efectiva remoción de ella dependerá de su concreción efectiva por actos del órgano de administración de la sociedad y también de terceros.

3. El requisito de la viabilidad económica y social

Pero la ley hoy pide más. Además de todo lo anterior hay una cuestión sustantiva más, que según el nuevo texto legal, la sociedad debe cumplir: *debe ser económica y socialmente viable la continuación de su actividad empresarial*. Este es un *plus* que el legislador exige en consonancia con intereses superiores de la comunidad que no son solamente los intereses de socios y acreedores. Se pone el foco para habilitar la continuidad de la sociedad, a pesar de la causal de disolución ya operada, en que este ente tenga *viabilidad*.

¿Qué es la *viabilidad*? La *viabilidad* es una cualidad que predica acerca de las probabilidades de poderse llevar a cabo con éxito un determinado asunto²⁵¹. En clave societaria la viabilidad importa un juicio *a priori* en el que se analizan las chances de supervivencia de una sociedad determinada en actividad. El problema de efectuar un juicio *a priori* es que será efectuado en base a potencialidades y conjeturas. Es un juicio sobre eventos futuros y como tal será endeble. No obstante, será un juicio necesario porque el legislador lo pide. Ya veremos, la ley societaria no es la única que demanda este juicio.

251 <http://dle.rae.es/?id=biZYVX4|bia2X1Q>

Es claro que el legislador introdujo estos *test* de viabilidad con un carácter preventivo, buscando que la reversión de la disolución no tenga por resultado un daño para quienes no aportan su voluntad para mantener la continuidad de la actividad.

La viabilidad económica de la sociedad debe ser analizada a la luz de su situación patrimonial a la hora de revertir la causal de disolución. Es decir, el intérprete debe ponderar la aptitud patrimonial de la sociedad de mantener su giro empresario. Esto implica analizar la condición económica para poder operar sin afectar la posibilidad de su patrimonio para responder por sus pasivos en forma regular y mantener su capital intangible. En este punto la viabilidad persigue establecer como fiel un *standard* de solvencia mínima para evitar daños de este giro empresario a terceros.

Pero además, y dejando a salvo el caso de las sociedades constituidas conforme el art. 3 LGS, la viabilidad económica engarza también con los derechos de los socios. Una sociedad que de manera recurrente priva al socio en minoría de su dividendo –por poner un ejemplo paradigmático– es una sociedad que desvía su finalidad económica trocando la causa fin del negocio jurídico societario. No hay viabilidad económica en sociedades comerciales que no reparten dividendos cuando existen condiciones jurídicas y económicas para hacerlo. Las causales de disolución pueden ser –también– mecanismos de liberación del socio minoritario quien tiene derecho a ser reembolsado en la medida de su aporte cuando se verifican hechos como los tabulados en el art. 94 LGS.

En cuanto a la viabilidad social de la subsistencia de la actividad societaria impone elevar la consideración del intérprete hacia intereses superiores de la comunidad. En este punto cabe aclarar que la voz *social* no se debe interpretar como referida al ente societario sino a la sociedad como comunidad de personas que conviven en un ámbito geográfico determinado y bajo normas comunes.

Esta referencia a valores superiores requiere de cierta concreción para evitar una interpretación meramente subjetiva. Esta valoración implica analizar la incidencia, positiva o negativa según el caso, que la actividad comercial de la sociedad tenga para la comunidad. Una sociedad que contrata masivamente mano de obra y cuyo cese afecte el funcionamiento económico de un pueblo, ciudad o región tiene una valoración social superior que una que es indiferente porque contrata pocos empleados. La viabilidad social de la primera es evidente por ser un engranaje primordial en el funcionamiento productivo de cierta área. Por el contrario, si una entidad mercantil subsiste contratando mano de obra sin registración, en la ilegalidad, se representará como socialmente inviable a pesar de que muchos trabajadores dependan de ella.

La viabilidad social puede considerar otros factores además de las relaciones laborales. Así también puede tenerse en cuenta la interrelación mercantil entre la sociedad en disolución y otros comerciantes en cadenas productivas. De modo que que si el ente en cuestión es una causa de prosperidad será socialmente viable y si es causa de quebrantos para los otros eslabones no lo será.

Por último, el comportamiento ambiental de la entidad en disolución hablará mucho acerca de su viabilidad social. Vale decir, una sociedad con altos estándares ambientales o cuyo objeto incida favorablemente sobre el ambiente tiene una viabilidad social evidente que debe ser puesta de relieve.

4. La viabilidad como parámetro de la remoción de la causal disolutoria. Las reglas de su acreditación y prueba

Como hemos advertido, la viabilidad es un juicio al que solo se arriba una vez que la sociedad ha cumplido con los demás recaudos formales y sustantivos. En ausencia de estos recaudos es inoficioso hablar de viabilidad porque, de todos modos, la suerte liquidativa del ente estará sellada.

Ahora bien, el juicio de viabilidad que debe efectuar el juez comercial o el registrador debe fundarse en los elementos que se alleguen en el marco del proceso judicial o administrativo. Vale decir, además de acreditar la resolución del órgano de gobierno destinada a remover la causal resolutoria, la remoción efectiva de la causal y la operatividad del hecho resolutorio en tiempo útil se impone a los administradores societarios predicar y acreditar acerca de la viabilidad económica y social. Ello así toda vez que incurra ya la sociedad en el camino de disolución se impone una labor probatoria para modificar ese *status* puesto que todos los recaudos legales deben ser cumplimentados. Por lo tanto no va de suyo que a toda sociedad incurra en causal de disolución habrá que darle el beneficio de la remoción de la causal si es que no se efectúa un esfuerzo por demostrar la viabilidad.

Claro que ese esfuerzo probatorio no será ciclópeo pero sí razonable. Es un juicio, como dijimos, precario por versar sobre el futuro de la actividad empresarial y, por ende, el intérprete debe aplicar criterios interpretativos más plásticos que pétreos.

Vale decir no puede pretenderse, sobre todo en sede administrativa, generar una convicción acabada acerca de la viabilidad y antes bien bastará con acercar elementos que la indiquen. La interpretación en el punto debe ser flexible pero esa flexibilidad no debe ser abrogatoria de la norma legal. Porque si como concluimos antes debe efectuarse un juicio de viabilidad, esa conclusión debe formarse con elementos objetivos y no con un mero simulacro con elementos declamados.

Es del caso aclarar que la presunción fijada en el art. 100 in fine LGS no aplica en este punto. En efecto, esta norma refiere a la duda en cuanto a la

existencia de la causal de disolución y no en otros supuestos. Por tanto parece que el texto aplica el *in dubio pro vita* solo frente a la duda acerca del hecho que es descrito por la ley como configurante de la consecuencia jurídica disolución societaria.

La solución legal parece paradójal pero no lo es tanto bien que se analice. Porque la viabilidad como cualidad ayuda a remover la causal de disolución ya establecida y, de otro lado, la presunción que se aplica para evitar caer en la causal disolutoria ya no puede ser invocada para salir del trance de liquidación ya abierto. La ley exige un *plus* y está bien. Remover la causal de disolución ya establecida importa demostrar sumariamente la utilidad económica y social de tal hacer. Ya no hay presunción *in dubio pro vita*. Aquí en caso de duda se rechazará el planteo de remoción de la causal de disolución.

5. La solución no es novedosa

El juicio de viabilidad que introduce como novedad el art. 100 LGS en el sistema societario argentino no es una novedad en el Derecho patrio. Por el contrario, este juicio existe desde antaño en la ley concursal (ver arts. 184 y s.s. de la ley 19.551) y se mantiene en la actualidad (ver arts. 190, 191 y c.c. LCQ). Es cierto que la ley concursal busca ese juicio de diferente manera y con diferentes objetivos en tanto la *télesis* legislativa de ambos cuerpos legales –societario y concursal– apunta hacia diferentes metas. Pero ello no impide ver que el legislador ya ha puesto en cabeza del intérprete la posibilidad de opinar sobre la viabilidad de la actividad de sociedades comerciales en liquidación.

En efecto, el juicio de viabilidad ha hecho su aparición en ambos regímenes con el saludable cometido de analizar la posibilidad de sostener la actividad amenazada de sociedades con giros empresarios social y económicamente apreciados.

6. Conclusiones

a. El nuevo art. 100 LGS ha establecido requisitos formales y sustanciales para remover la causal disolutoria.

b. Es un requisito sustancial para tal remoción la acreditación de la viabilidad económica y social de la actividad social.

c. La valoración de la prueba de tal viabilidad compete al juez comercial o al registrador.

d. La presunción *in dubio pro vita* no aplica respecto del requisito de la viabilidad.