

# La pérdida de capital social. Causal de disolución no prevista en el Código Civil y Comercial

Schneider, Lorena R.

## I. Breves notas introductorias

Si posamos la vista sobre aquél postulado de Kelsen: "una ciencia normativa no puede admitir contradicción entre dos normas que pertenecen a un mismo sistema", cabe preguntarse si existe colisión normativa entre el art. 94, inc. 5º, de la Ley General de Sociedades (en adelante, LGS), y el reciente art. 163, que incorpora el Código Civil y Comercial (en adelante, CCyC).

La necesidad de examinar el asunto surge precisamente por cuanto el art. 94, LGS, establece —y lo hace taxativamente—, cuáles son las causales disolutorias dispuestas para las sociedades mercantiles, incluyendo en ellas a la pérdida del capital social (inc. 5º) Pese a ello, sorprendentemente el nuevo Código, en su art. 163, al tratar las causales por las cuales se disuelve la persona jurídica —lo hace también de modo taxativo—, omitió mencionar esa causal, o simplemente, prefirió quitarla.

Pues bien, aceptando que el derecho es un sistema de normas, puede claramente advertirse que nos encontramos ante una aparente colisión entre dos cuerpos normativos, por lo que resulta esencial acudir a un análisis más profundo de la cuestión. Veamos:

## II. Patrimonio y capital social, nociones bien diferenciadas

Expresa Vivante (1), que el patrimonio de una sociedad es el conjunto de todas las relaciones jurídicas de que ella es titular, relaciones de propiedad, de goce y de garantía sobre cosas corporales e incorporales. Dicho patrimonio es esencialmente mudable según las vicisitudes de su industria, pero conserva constantemente los caracteres jurídicos de una universalidad de derecho, inscrita y perteneciente al ente social. En contraposición al patrimonio o capital efectivo, existe el capital nominal de la sociedad, fijado establemente por una cifra contractual, que tiene una función contable y jurídica, una existencia de derecho y no de hecho. Todos los esfuerzos legislativos tienden a hacer coincidir el valor del patrimonio social con el importe del capital en el momento en que se constituye la sociedad; después esta momentánea coincidencia desaparece favorable o desfavorablemente, según las vicisitudes económicas de la sociedad.

En este orden de ideas, el destacado autor ponderó que este capital nominal y abstracto (nomen iuris), llena frente al patrimonio o capital real, la función de un recipiente destinado a medir el grano, que ora supera la medida, ora no llega a colmarla. La confusión entre estos dos instrumentos de la vida social, el uno formal y el otro material, puede dar lugar a muchos equívocos peligrosos para la interpretación de la ley, si no se les tiene bien diferenciados. (2)

Galgano por su parte, sostiene que el patrimonio de una sociedad está formado inicialmente, por el conjunto de aportes efectuados por los socios; posteriormente experimenta variaciones, ya que puede aumentar por el efecto de las utilidades obtenidas por la empresa social y no distribuidas entre los socios, o por efecto del mayor valor adquirido en el tiempo, por los aportes en especie, etc, y por otra parte, puede disminuir a consecuencia de pérdidas sufridas por la sociedad, o por la depreciación de los aportes en especie, etc. Distinta de la noción de patrimonio social es la noción de capital social, pues la primera indica un conjunto de bienes, ya sean en dinero, o como es el caso de los aportes en especie, otros bienes muebles e inmuebles; la segunda designa en cambio, una entidad numérica, que expresa en términos monetarios el valor total de los aportes prometidos (capital suscrito), o efectuados por los socios (capital pagado), y una entidad numérica a la cual la ley le atribuye el carácter de elemento esencial en la escritura de constitución de la sociedad. Así, el capital social a diferencia del patrimonio, es una entidad rígida, ya que para ser modificado requiere una decisión de la asamblea que reforme la escritura de constitución. De este modo, la función del capital social es una entidad mínima de garantía. (3)

De tal forma, y al poco tiempo de la sanción de la Ley de Sociedades, allá por 1972, los autores —notables por cierto—, Zaldívar, Manóvil, Ragazzi, y Rovira, hicieron ver que patrimonio y capital son dos

conceptos que no deben confundirse ni usarse indistintamente pues, su significado es bien diverso. La importancia de esta distinción está dada por el distinto rol que han de jugar estos conceptos en la vida societaria. (4)

De esa manera, los indicados autores definieron de manera precisa al capital social como el componente técnico, una cifra permanente de contabilidad, un símbolo que no necesita corresponder a un equivalente patrimonial efectivo. Esa cifra indica el patrimonio que debe existir, no el que efectivamente existe. El capital entonces, es una cifra matemática no representativa de bienes o cosas, sino un dato de valor inmutable, que solo puede modificarse formalmente, jurídicamente. Así, se pone de manifiesto el carácter eminentemente jurídico del capital, constituyendo una cantidad que indica el límite de responsabilidad que asumen los asociados y a través del cual, se trata de garantizar a los acreedores, en cuanto ello sea posible, la existencia de un activo que responde a las necesidades del pasivo. (5)

Así pues, la cuestión no resulta novedosa en nuestro ámbito, ya que como ha podido verse la doctrina mas calificada ha destacado sus notas distintivas desde tiempo considerable. Si es novedoso en cambio, la escasa importancia que al capital social ha dado el nuevo Código, por no haber incluido una sola de sus disposiciones al tratamiento de ese elemento. De esta manera, el reciente cuerpo normativo, ha otorgado acentuada importancia al patrimonio; ello se desprende por ejemplo, del art. 15, que define el patrimonio como "el conjunto de bienes de una persona (art. 15, CCyC), comprensivo en nuestro derecho de sus créditos y deudas, por esencia constantemente variable durante la vida de la persona"; del art. 154, que para las personas jurídicas dispone: "La persona jurídica debe tener un patrimonio", y del art. 167, que al establecer el proceso de liquidación de los bienes sociales, resuelve en su segundo párrafo: "la liquidación consiste en el cumplimiento de las obligaciones pendientes con los bienes del activo del patrimonio de la persona jurídica...".

Sin lugar a dudas, a estas alturas, y dado que el Cód. Civil y Comercial ha guardado completo silencio con relación al elemento esencial de la ley societaria (capital social - art. 11, inc. 4º), se presenta indispensable examinar el preciso alcance que tiene el patrimonio social dentro del ámbito societario, y así preguntarse por ejemplo: ¿qué posición ocupa el accionista frente al patrimonio social? ¿le asiste un derecho de propiedad sobre él? ¿la pérdida del capital social es tan gravosa como para activar un proceso de disolución societaria? ¿la pérdida del patrimonio social supone insolvencia?. Dado todo ello ¿cuál ha de ser entonces la efectiva función que debe atribuírsele al capital social?. Como puede verse, el análisis del tema requiere analizar variados interrogantes.

#### ii.1. ¿Son los accionistas propietarios del patrimonio social?

Propietario, dominus, es el titular de un derecho de propiedad sobre un bien. El accionista no es titular de un derecho de propiedad sobre el patrimonio social. Ni siquiera sobre la parte proporcional de éste que se corresponda con sus acciones. No es titular de un derecho de naturaleza real, como es la propiedad. El accionista es titular de un conjunto de derechos de naturaleza obligacional, exigibles frente a la sociedad. Si en el momento de constitución de la sociedad el socio suscriptor de una acción entrega un bien de su propiedad como aportación al patrimonio social, pierde la condición de propietario de ese bien y adquiere la cualificada condición de acreedor frente a la sociedad. El conjunto de derechos que comprende la condición de socio le permite exigir el pago del dividendo repartible, si éste se acuerda en la asamblea; le permite también, exigir la cuota de liquidación de la sociedad, si ésta se disuelve y liquida. (6)

La sociedad es titular de distintos tipos de derechos subjetivos sobre los bienes que integran su patrimonio. No es siempre propietaria de todos, sino que puede ser su arrendataria, arrendataria financiera, acreedora, usufructuaria, depositaria, etc, y tiene sobre ellos poder de disponibilidad. Estos bienes son contemplados en la contabilidad de la sociedad en la que, conforme al principio contable clásico, se ofrece la imagen fiel del patrimonio, de la situación financiera y de los resultados de la sociedad. Las cuentas anuales atribuyen un valor específico a cada uno de los bienes del patrimonio social, incluidos algunos inmateriales de más fácil identificación, como los comprendidos en el fondo de comercio. Si pensamos ahora en el accionista, cabe observar que del incremento o disminución del valor del patrimonio se benefician y perjudican tanto la sociedad, su titular, como cada accionista, en cuanto acreedor de la sociedad y titular de

los derechos que le corresponden en proporción al número de sus acciones. No se priva de sus derechos al accionista por no considerarle ni propietario ni titular de ese patrimonio. (7)

Más allá de la dimensión contable y de la correspondiente a la atribución de titularidades jurídicas específicas sobre los bienes integrantes del patrimonio, si se consideran esos bienes en su conjunto y se analizan desde una perspectiva vinculada al aspecto organizativo e institucional, el término patrimonio es insuficiente y corresponde pensar en la empresa, un bien inmaterial, que comprende a todos los que componen el patrimonio social. El sujeto titular del poder de disposición plena sobre ese objeto es la sociedad. Ella tiene la titularidad real plena sobre la empresa. El propietario de la empresa es la sociedad.

Negar al socio la condición de propietario no significa que por su posición en la sociedad sea más débil. Nada más desacertado que ello. Al contrario, si tenemos en cuenta que los administradores representan a la propiedad de la empresa, es más que necesario someterles a un control riguroso en el ejercicio de su labor de administración de un patrimonio del cual ellos no son propietarios a título personal. Por demás, la sociedad no necesariamente puede ser propietaria de todos y cada uno de los bienes que integran su patrimonio, pues puede ser que le correspondan otros tipos de derechos de titularidad sobre ellos. Sin embargo, la sociedad persona jurídica social, sí es propietaria de la empresa. (8)

## II.2. El principio de conservación de la empresa y la sociedad insolvente

Modernas tendencias afirman la necesidad de contemplación de distintos intereses ante una situación de insolvencia. Una posición fundamental la ocupa la consagración del principio de conservación de la empresa como pivote en el que se apoyan la totalidad de esos intereses. Así, en el derecho argentino se ha señalado a este principio como "principio inspirador común en la reforma legislativa mercantil", lo que fue reconocido por la doctrina, en especial, respecto de la ley de Sociedades y de la Ley de Concursos, con distintas manifestaciones regulatorias concretas. (9)

En el año 1972, cuando fue sancionada la Ley de Sociedades, como asimismo la Ley de Concursos y Quiebras, todos los estudios que se hicieron de ambos ordenamientos coincidían que en ambos el principio de conservación de la empresa subyacía en el espíritu y que constituía un pilar fundamental sobre el que reposaba el sistema. Pese a ello, no está incluido en forma expresa en ninguna de las dos leyes, sino que por el contrario surge del conjunto, y su expresión más próxima resulta del art. 100, LGS.

En rigor, se trata de una pauta de interpretación frente a un caso dudoso que pudiere presentarse de disolución; no obstante, la doctrina ha interpretado que esta norma tiene un contenido más amplio, pero en realidad debe ceñirse estrictamente al instituto de la disolución. (10) Sin embargo, el principio tiene, como es natural, límites: no significa que cualquier empresa deba ser continuada o conservada; claro está, mucho menos si tal empresa no existe o su conservación es contraria al interés público. Conclusión natural es que la continuación no puede efectuarse a cualquier costo, pues no puede esconderse la realidad con un salvataje imposible. (11)

Según la Real Academia Española, insolvencia significa incapacidad de pagar una deuda. (12) En tal sentido, sociedad insolvente es la que no cuenta con ningún patrimonio que responda por las deudas generadas, ya sea porque aquél se ha perdido por la desidia y mala gestión de sus dirigentes, o bien porque tal patrimonio nunca ha existido por tratarse de sociedades fantasmas. Hay una serie de conductas típicas que suelen darse en este tipo de sociedades, y que a continuación se resumen: a) contraer obligaciones de pago muy superiores económicamente a la capacidad financiera y comercial de la sociedad, y por supuesto a su patrimonio y capital social; b) el capital social es inexistente, puesto que las cuentas corrientes se encuentran con saldo cero y están desprovistas de activos y, por ende, patrimonio; c) los bienes muebles que poseen son de valor escaso y no poseen bienes inmuebles, o si los poseen, tienen anotaciones de embargo y no les queda ningún resquicio para el resarcimiento de la deuda, etc. (13)

De esta manera, cuanto más se endeude la empresa para disminuir su coste financiero y cuantos más beneficios reparta en forma de dividendos líquidos, menos tesorería tiene para hacer frente a los pagos que tenga comprometidos con sus acreedores financieros, comerciales, o con sus propios trabajadores. Por tanto, los costes que la insolvencia puede acarrear a la empresa, sus accionistas y directivos hacen disminuir el atractivo que tiene la ventaja que el endeudamiento tiene fiscalmente, en contraposición a la financiación

propia. (14)

Así, cuando existe una mayor posibilidad de que la empresa no pueda afrontar sus pagos, los acreedores financieros, proveedores, clientes, accionistas y directivos reaccionan ante esa situación con el objetivo de evitarla o disminuir el efecto que produce sobre sus respectivos patrimonios. Los acreedores financieros restringirán el acceso de la empresa a nuevos incrementos de financiación, encarecerán el coste de la renovación aplicado a préstamos, créditos y líneas de descuento o exigirán una disminución del nivel de endeudamiento. Los proveedores pueden disminuir el volumen de los aprovisionamientos y endurecer las condiciones y plazos de pago. Los clientes disminuir sus compras ante la inseguridad de recibir la adecuada asistencia posventa o nuevos suministros que le causen, a su vez, problemas comerciales con sus propios clientes o retrasos en su proceso productivo. Los accionistas, ante el peligro de perder parte o la totalidad de la inversión que ya tienen inmovilizada en la compañía, tratarán de mejorar la estructura financiera de la empresa. Por su parte, los directivos, que verían su prestigio dañado y su puesto de trabajo en peligro, deberán mantener alejada la empresa de esta difícil situación y transmitir confianza al resto de colectivos y, en su caso, tomar las decisiones comerciales, de inversión y de estructura productiva, entre otras, más adecuadas. (15)

II.3. ¿Cuál es entonces la función que debe atribuírsele al capital social?

Como es sabido el art. 11, LGS contiene los requisitos generales que deben cumplir las partes contratantes al momento de instrumentar el acto constitutivo de sociedad. El artículo lo llama instrumento constitutivo y el estatuto social, si de sociedades anónimas se trata o contrato social para los demás tipos sociales. De más está decir que a estos requisitos generales, deben adicionarse aquellos específicos previstos para cada tipo societario en particular, como por ejemplo el art. 166, LGS. Se trata de elementos generales no tipificantes, por lo que su omisión o defecto conlleva la anulabilidad del contrato (art. 17, LGS).

En el análisis del tema, Roitman (16) expone los principios que rigen el capital social y —del mismo modo que lo hace la doctrina en general—, expresa que no debe confundirse capital social con el patrimonio de la sociedad. El primero es uno (unidad), aunque existan asignaciones patrimoniales a agencias, sucursales o establecimientos. Las filiales por su parte, no están comprendidas ya que son sujetos de derecho independientes de la sociedad matriz, con su propio capital, el que a su vez, debe respetar el principio de unidad. Este principio no obsta la existencia de prestaciones accesorias, ya que las mismas no integran el capital social.

El capital social además, debe ser fijado en forma exacta y precisa (determinación), expresando su monto en moneda de curso legal al momento de la constitución de la sociedad. En nuestro país, dadas las vicisitudes constantes con la moneda y la desvalorización, es frecuente que exista desvalorización nominal en los estatutos, en cuyo caso, deberá acudir a un experto contable a fin de adecuar el monto del capital a valores constantes.

Asimismo, tanto en el nacimiento de la sociedad como durante la vida de la misma, el capital debe existir realmente y equivaler a aportaciones efectivas (efectividad) Por demás, el capital social debe permanecer inalterado durante la vida de la sociedad, hasta tanto sea modificado mediante decisión adoptada por el órgano correspondiente y con los requisitos y formalidades impuestos por la ley (permanencia y variabilidad condicionada), e igualmente, el capital social no puede ser variado (aumentado o disminuido), sin arreglo a las disposiciones legales pertinentes (intangibilidad); esa inalterabilidad del capital se mantiene sin perjuicio de que los bienes aportados cambien de valor o hayan salido del patrimonio de la sociedad. Aquellos notables autores —Zaldívar, Manóvil, Ragazzi y Rovira—, hicieron ver estos principios también, denominándolos principios ordenadores del capital social. (17)

Sobre el principio de intangibilidad además, cabe decir que se trata, de un principio de orden público, que los socios no pueden derogar ni siquiera por decisión unánime y que protege a: 1) los acreedores sociales; 2) los socios contra maniobras de administración deficiente o fraudulenta y, 3) los socios presentes y futuros contra quienes pretenden utilidades ficticias, obtenidas mediante el reparto del capital.

La Ley General de Sociedades contiene diversas normas tendientes al respeto de este principio: a) el art. 11, inc. 4, y 163, que establece que el capital debe ser expresado nominalmente en moneda argentina; b) el

art. 13, inc. 3, fulmina con la nulidad a aquellas cláusulas que aseguran al socio su capital o ganancias eventuales; c) el art. 31, que pone un límite a la participación de una sociedad en otra; d) el art. 32, que prohíbe las participaciones recíprocas; e) los arts. 37 a 53 y 187, 3 párr., que regulan el régimen del aporte, y tienen entre sus fines asegurar la correcta y adecuada conformación del capital social; f) los arts. 58 y 59, que hacen responsables a los administradores por los daños y perjuicios resultantes de la violación de la intangibilidad del capital social; g) los arts. 61 a 73, que regulan todo lo atinente a la confección de los balances y de llevar las cuentas y registros de la sociedad; h) el art. 68, y su concordante 224, que prohíbe la distribución de dividendos cuando no provengan de utilidades líquidas y realizadas, que provengan de un balance conforme la ley y el estatuto; i) el art. 70, que establece las reservas legales; j) el art. 83, inc. 2, que establece la necesidad de consentimiento de los acreedores sociales, en los casos de fusión y escisión; k) el art. 185, que establece un límite a los beneficios y ventajas que pueden obtener los promotores y fundadores; l) el art. 186, que establece la obligación de suscribir totalmente el capital social; m) el art. 202, que prohíbe la emisión de acciones bajo la par; n) el art. 203, que establece el sistema de reducción del capital social; ñ) el art. 220, que restringe la adquisición por la sociedad de sus propias acciones; o) el art. 222, que prohíbe a la sociedad recibir sus propias acciones en garantía; p) el art. 223, que reglamenta la amortización de acciones; q) el art. 224, que prohíbe la distribución anticipada de dividendos, o resultantes de balances especiales; r) los arts. 227 a 232, que regulan los bonos de goce o participación. (18)

De esta manera, el capital social ha de ser entendido como un concepto estático —y tal como se advirtiera—, en el momento de constituirse la sociedad, el valor del capital social coincidirá con el patrimonio neto de la misma, como bien lo ha dicho Brunetti: "el capital social representa el importe obligatorio de patrimonio neto de la sociedad en el momento inicial de la empresa", y durante la vida de la sociedad, el monto mínimo al que debe ascender el activo neto de la sociedad. (19)

Araya por su parte, divide las funciones del capital social en tres: garantía, organizativa y de productividad. La primera (garantía), en virtud de que el capital social cumple una función de garantía patrimonial para los terceros que se relacionan con la sociedad, sobre todo en las que los socios limitan su responsabilidad por las deudas sociales, cuando se convierte en la contrapartida de la limitación de la responsabilidad de los socios; la segunda (organizativa), es la que atañe a organizar la estructura financiera de la sociedad y precisar la posición jurídica de los socios en la vida social, y la tercera y última (de productividad), en atención a la cual el capital se presenta como un conjunto de medios patrimoniales aportados por los socios, valorables objetivamente, destinados a facilitar la capacidad productiva de la empresa y permitirle, periódicamente, la distribución de utilidades. (20)

En este orden de ideas, y teniendo en cuenta que capital social es una cifra estática, esa cifra matemática no representativa de bienes o cosas, un dato de valor inmutable, y que pone de manifiesto el carácter eminentemente jurídico, puede observarse la consumada trascendencia del capital social —con fines prácticos y sin desmerecer su sentido y alcance—, podría limitarse a la formación de los acuerdos sociales (voluntad del ente), constituyendo además, esa cantidad que indica el límite de responsabilidad que asumen los asociados, como bien los explicaron los maestros Zaldívar, Manóvil, y otros destacados autores. Ello conduce a analizar las mayorías societarias, para la conformación de la voluntad social.

### II.3.1. La mayoría societaria en la adopción de decisiones

La mayoría es, en la mecánica de la adopción de los acuerdos de la sociedad anónima, un resultado concreto obtenido en una votación social sobre un punto determinado, y en un momento también determinado. Jurídicamente en las sociedades por acciones, la mayoría no es identificable con un grupo determinado de accionistas que tengan como función interpretar la voluntad social. La mayoría pues, no deviene en un órgano permanente constituido por un cierto número de socios, sino que es un momento dialéctico en el proceso de formación de la voluntad corporativa. Sin embargo, la ley ha otorgado a la mayoría el poder de formar la voluntad social, en el convencimiento de que ésta interpreta de mejor manera los intereses sociales. (21)

La valoración primaria es entonces, objetiva, y obedece a la imposibilidad de poder fijar a priori y de forma absoluta e inamovible, lo que es más conveniente para la sociedad. Ante el dilema de tener que

nombrar un intérprete de la voluntad social, la ley se inclina por la mayoría, pero esta identificación del interés de la mayoría con el interés social no es definitiva, por cuanto comprobado un interés extrasocial de la mayoría, cesa la justificación de su nombramiento de arbitrum boni viri e inmediatamente asume la minoría, el rol de intérprete de los intereses sociales. (22)

De esta forma, será la cantidad de capital poseído por los socios (y no el número de éstos), el criterio básico que atribuya y delimite el alcance que tendrá su intervención en la formación de la voluntad social (acuerdo mayoritario), a través de la ponderación de más o menos cuotas de voto dentro de la votación en la asamblea. Ello puede provocar que los socios más pudientes económicamente, sean los auténticos dominadores de la sociedad (aún siendo inferiores en número), con el consabido daño y desprotección de los socios minoritarios o poseedores de menor cantidad de capital. De lo dicho hasta ahora puede inferirse que la cifra de capital social, o mejor dicho, la participación más o menos amplia de cada socio puede convertirse a un nivel general en una medida de mesura (o atribución), de poder político a ejercitar en la asamblea, traducida en votos que coadyuvarán, más o menos, en el acuerdo social mayoritario. (23)

En los sistemas europeos, en especial la LSA española, también optan por el principio real o la "mayoría de capitales", en la adopción de acuerdos de la asamblea de accionistas. Puede entonces sostenerse que, es también norma básica en derecho europeo que las mayorías que llegan a conformar la voluntad del órgano soberano de la sociedad se computen conforme al capital social poseído por los participantes en el mismo, como así se reconoce en la AKTG alemana (arts. 134.1 y 134.2 y 112, entre otros), el Codice Civile italiano (arts. 2368, párr. 2º y 2369, párr. 3º y 4º), y el Código de Obligaciones suizo (arts. 703 y 704, punto 1º) Más confusa es, la posición del Código de Sociedades Comerciales portugués, cuando en su artículo 386.1, se dice que "la asamblea general decide por mayoría de los votos emitidos, sea cual fuere el porcentaje del capital representado en la misma, salvo disposición contraria de la ley o de los estatutos". Esta remisión a los "votos emitidos, sea cual fuera el porcentaje representado en la misma", también podría suponer dentro de una interpretación amplia de la ley, una mayoría viril. Sin embargo, nótese que el mismo Código portugués también estipula previamente (art. 384.1), que "a falta de diferente cláusula estatutaria, a cada acción le corresponde un voto". (24)

Destaca igualmente el Código de Comercio francés, imponiendo el principio real de manera general en su artículo 225-122, y de manera particular en los artículos 225-98 (para la asamblea de accionistas ordinaria), y 225-96 (para la asamblea extraordinaria) En el mismo sentido, e introduciendo el criterio intuitus pecuniae, aparece el texto del artículo 33, del Proyecto de V Directiva Comunitaria. (25)

### **III. La pérdida del capital social como causal disolutoria**

Antes de entrar de lleno al análisis, conviene traer a la vista que el proceso legislativo que dio nacimiento al nuevo Código, inició sus pasos allá por el año 2011. Lo hizo a través del decreto 191/2011 (que designó los juristas encargados de redactar su Proyecto) Tiempo después, mediante ley 27.077, se sustituyó el art. 7º, de la ley 26.994, ordenándose anticipar la fecha de entrada en vigencia originariamente establecido para el 1º de enero de 2016, al 1º de agosto de 2015, tal como hubo acontecido. Por demás, debe reconocerse que, las disposiciones de este nuevo cuerpo normativo han sido y son actualmente, objeto de fecundo análisis y, de posiciones a favor y en contra de las más diversas.

En virtud de ello, el mencionado Código de fondo deroga la Sección IX del Capítulo II —arts. 361 a 366— y el Capítulo III de la ley 19.550, y sustituye la denominación de la ley 19.550, T.O. 1984, por la de Ley General de Sociedades N° 19.550, T.O. 1984 y las denominaciones de la Sección I del Capítulo I de la ley 19.550, T.O. 1984, y de la Sección IV del Capítulo I de la ley N° 19.550, T.O. 1984, por las siguientes: Sección I De la existencia de sociedad; SECCION IV De las sociedades no constituidas según los tipos del Capítulo II y otros supuestos". Dentro de este cuerpo de normas se encuentra precisamente el art. 163, que al enunciar taxativamente las causales que llevan a la disolución a la persona jurídica, omite establecer la pérdida del capital social.

En este contexto y a la luz de las nociones vertidas en este trabajo —que hacen ver que patrimonio y capital poco tienen en común y sólo pueden inicialmente coincidir—, se hace menester analizar la pérdida del capital social como causal de disolución, y del mismo modo, examinar si ha sido acertado, que el

legislador del Código unificado haya omitido su inclusión.

Frente a ello y teniendo especialmente a la vista que la disolución da lugar precisamente a una fase de singular importancia para la sociedad, como la liquidación societaria y posterior pedido de cancelación de su matrícula ante el Registro Público, se hace indispensable conocer el efectivo valor de la causal disolutoria prescindida por aquél cuerpo normativo. Ante ello, cabe preguntarse además, cuál de ambos regímenes será finalmente aplicado (si el societario, art. 94.5, o el correspondiente al derecho de fondo, art. 163), para el caso de verificarse la pérdida del capital social, y por demás, examinar si existe colisión de normas entre los reseñados ordenamientos.

Pues bien, el Cap. I, Sec. XII, a partir del art. 94, LGS, regula la etapa final de la sociedad como empresa, como instrumento, y como persona jurídica. Es la culminación de la denominada "parte general" donde se regulan las causales y el procedimiento de disolución, para dejar abierta la etapa de liquidación (arts. 101 a 112, LGS) que concluirá con la cancelación de la persona jurídica. (26)

Así, es la etapa en el desarrollo de la sociedad comercial que, ante una causa establecida por la ley, o por decisión de los socios, cesa el objeto para el cual ha sido constituida, subsistiendo la personalidad al solo efecto de liquidarla, y se produce la enajenación de sus activos para satisfacer a todos los acreedores, y eventualmente distribuir entre los socios el remanente, si lo hubiere, o contribuir éstos a la satisfacción de los saldos insolutos, según el tipo de que se trate.

En este sentido Vivante, al tratar las causas dispuestas para la disolución societaria en lo que hace al capital social —entre las que señala el reembolso definitivo de todas las acciones, o que las acciones se concentren en manos de un solo socio—, omite mencionar la pérdida del capital social.

En diversa posición, Ripert entiende que la disolución anticipada puede ser una decisión útil si evita el mal grave de una explotación continuamente deficitaria. Si el balance de la sociedad arroja una pérdida de las tres cuartas partes del capital social, los administradores tienen la obligación de reunir la asamblea general extraordinaria para que delibere sobre la disolución anticipada. Y agrega el autor, que es una regla de orden público que puede ser evitada por una cláusula de los estatutos. (27) En posición similar, para Gálgano, es causal de disolución la reducción del capital por debajo del mínimo legal, salvo que la asamblea haya decretado su reducción y aumento simultáneos. (28)

Señala Richard, que la causal de disolución por pérdida del capital social constituye parte de las disposiciones imperativas de la Ley Gral. de Sociedades, en protección de terceros. Si bien removible, su constatación dispara acciones de responsabilidad contra administradores y socios. La autonomía de la voluntad permite la continuidad del giro de la sociedad evitando iniciar la etapa de liquidación pese a la pérdida del capital social, pero esa decisión no altera la referida responsabilidad de no haberse cumplido con las previsiones imperativas (reintegrar el capital o capitalizar la sociedad). (29)

Sin embargo, cabe hacer notar que no basta con que exista pérdida de una porción del capital social, sino que la pérdida debe ser total para que opere como causal disolutoria lo que surge del art. 96 al posibilitar éste la superación de dicha causal cuando los socios acuerden el reintegro total (o parcial) del capital social.

Ello guarda simetría con la concepción expuesta en la Exposición de Motivos, donde se expresa que la ley societaria no impone límite alguno a la reducción por lo que puede eventualmente reducirse a cero y disponerse la nueva integración permitiendo así "conservar el valor del establecimiento y la empresa en marcha como fuente de trabajo.

Pero además, para verificar esta causal, es necesario que se conjuguen los siguientes elementos tipificantes: a) la primera operación que debe efectuarse es la valorización del patrimonio; b) que el pasivo que se computa sea el exigible; c) que la imputación de los quebrantos se realice a los fondos de reserva y revalúos legales, y luego al capital suscripto; d) la pérdida del capital social debe ser total; e) en cuanto a la oportunidad para constatar el estado patrimonial de la sociedad, que la misma corresponda al balance de ejercicio. Si bien otros admiten otros estados contables, el criterio que se aplica es el de la jurisprudencia.

Esta causal no opera de pleno derecho, si los socios no acuerdan su reintegro total o parcial del mismo o su aumento. Y en efecto, en cuanto al momento en que válidamente puede declararse la pérdida por causa de

dicho desequilibrio económico, habrá de ser la fecha en que así lo resuelva la reunión de socios o la asamblea general.

En ese orden de ideas, del art. 96, LGS pueden extraerse las siguientes conclusiones: i) no se establece plazo ni modalidad de efectivizar el reintegro o aumento. Se ha sostenido que el plazo debe ser lo más breve posible, no tolerando más allá del establecido en el inc. 4º, del art. 94, LGS; ii) la posibilidad de dejar sin efecto la causal de disolución se da hasta la anotación de la sentencia judicial que reconoce la existencia de esta causal de disolución; iii) los terceros no tienen legitimación para solicitar la disolución por esta causal. Solamente tienen a su alcance las acciones individuales y la posibilidad de solicitar la declaración falencial en caso de verificarse los requisitos de la LCQ; iv) no se establecen sanciones específicas para el caso de incumplimiento del art. 96, de la LGS, y v) la pérdida del capital social se resuelve por la vía prevista en el art. 96, de la LGS. Las demás pérdidas se canalizan a través de los arts. 205 y 206, del mismo cuerpo normativo. (30)

Planteada pues la cuestión, expresa Galimberti, que el esquema que presenta la ley societaria es el siguiente: a) si las pérdidas insumen las reservas y menos del 50% del capital social, nos hallamos frente a una reducción del capital, por pérdidas, regulada en el art. 205, aconsejable pero no obligatoria. No siendo de aplicación los requisitos del art. 204 (oposición de los acreedores) toda vez que la merma patrimonial es un hecho irreversible y consumado, se reduzca o no el capital. Y el valor del patrimonio permanece inmutable antes y después de la reducción. Su finalidad es restablecer el equilibrio entre el capital y el patrimonio y en ello se basa la Exposición de Motivos para exceptuarla del cumplimiento de los requisitos precitados; b) si las pérdidas insumen el 50% del capital o más, nos encontramos frente a la reducción obligatoria normada en el art. 206. Tampoco son de aplicación los requisitos del art. 204 por las razones apuntadas anteriormente; c) si las pérdidas insumen las reservas y la totalidad del capital social; nos encontramos frente a una causal disolutoria regulada en el inc. 5 del art. 94: pérdida del capital, causal que no opera automáticamente (art. 96), sino que requiere decisión expresa del órgano de gobierno. (31)

Como puede verse, la pérdida del capital social, no sólo dispara para la ley societaria la disolución de la sociedad, sino además, la eventual responsabilidad para socios y administradores sociales dispuesta en el art. 99, de la LGS.

Pues bien, todo el sistema expuesto se contrapone —como se anticipara—, con el sistema disolutorio dispuesto para las personas jurídicas en el Cód. Civil y Comercial, que resta por completo trascendencia al capital social. A tal punto le quita importancia el nuevo cuerpo normativo, que al regular el instituto de la liquidación, hace exclusiva mención a la liquidación de bienes del activo del patrimonio (art. 167, CCyC)

Por demás cabe coincidir con Dasso (32), quien en su excelente disertación, además de mencionar lo reseñado, enseña que la reconducción dispuesta en el art. 166, CCyC pareciera más bien referirse a la reactivación societaria, que a la reconducción propiamente dicha.

#### **IV. ¿Estamos ante un caso de colisión normativa?**

En su obra "Teoría pura del derecho", Kelsen se cuestionó: "...Dado que el acto jurídico es un sistema de normas, se plantea de entrada una pregunta: ¿qué es lo que constituye la unidad de una pluralidad de normas jurídicas? ¿porqué una norma pertenece a un orden jurídico determinado?. Una pluralidad de normas constituye una unidad o un orden cuando su validez reposa, en último análisis, sobre una norma única. (33)

En análisis de la norma fundamental (Constitución), para el autor, existe una estructura jerárquica y sus normas se distribuyen en diversos estratos superpuestos. La unidad de orden reside en el hecho de que la creación —y que por consecuencia la valide—, de una norma está determinada por otra norma, cuya creación a su vez, ha sido determinada por una tercera norma. Por tanto, de aquella norma fundamental, depende la validez del orden jurídico en su conjunto.

Pero se cuestiona ¿es posible mantener la unidad lógica de un sistema de normas jurídicas cuando dos de ellas, situadas en estratos diferentes, son lógicamente contradictorias, cuando hay validez simultánea? El derecho positivo conoce tales situaciones. El mismo toma en cuenta el derecho "contrario al derecho" y confirma su existencia adoptando diversas medidas para impedir su surgimiento o mayor expansión.

Sin embargo, el escenario actual que se analiza, no se compadece con la posibilidad de "anular un acto constitucional", como parte del control jurisdiccional de constitucionalidad, tal como postula el señalado autor.

Del texto del Proyecto de Código unificado, sin embargo, puede leerse la gráfica Presentación que realizara el Dr. Lorenzetti, en la regla general N° I. "Paradigmas y Principios Jurídicos" "Un código del siglo XXI se inserta en un sistema complejo, caracterizado por el dictado incesante de leyes especiales, jurisprudencia pretoriana y pluralidad de fuentes. La relación entre un código y los microsistemas jurídicos es la del sol que ilumina cada uno de ellos y que los mantiene dentro del sistema. Lo importante es entonces —agrega— que el código defina los grandes paradigmas del derecho privado, a través de los principios que van estructurando el resto del ordenamiento, y esa es la proporción metodológica central de este Proyecto. En relación a las leyes especiales, se ha decidido mantenerlas, como sucede (...) con sociedades, etc. Sin embargo, la potencialidad de los principios, irá reformulando el sentido de cada uno de los microsistemas, tarea que incumbe a la doctrina y jurisprudencia...". Y añade: "...Sin embargo, en un código sólo pueden consignarse reglas generales y no es posible trasladar por completo todo ese caudal normativo, propio de una legislación especial. (34)

Lo transcripto, cobra singular relevancia, y resulta por demás esclarecedor, precisamente porque determina la aplicación —preeminencia—, de la ley especial por sobre la ley general, en caso de existir contradicción.

Asimismo, el art. 150, CCyC establece expresamente: Leyes aplicables. "Las personas jurídicas privadas que se constituyan en la República se rigen: a) por las normas imperativas de la ley especial o, en su defecto, de este Código; b) por las normas del acto constitutivo con sus modificaciones, prevaleciendo las primeras, en caso de divergencia; c) por las normas supletorias de leyes especiales, o en su defecto, por las de este Título. Las personas jurídicas privadas que se constituyen en el extranjero se rigen por lo dispuesto en la Ley General de Sociedades".

Frente a todo lo expuesto cabe preguntarse ¿Existe verdaderamente colisión entre el art. 163, y el art. 94, inc. 5°, LGS? La respuesta no puede ser otra que en sentido contrario. Por demás, a todo lo mencionado debe agregarse, que si pudiera presentarse alguna contradicción entre la Ley Gral. de Sociedades y el Cód. Civil y Comercial, habrá de prevalecer la ley especial (LGS) por sobre la ley general (CCyC) Ello por cuanto, ha sido el mismo Código el que se ha ocupado de decirlo (Proyecto de texto y art. 150), y además, porque ello es lo que surge del estudio de normas constitucionales que en sus principios establecen: "la ley especial deroga tácitamente a la ley general. Pero a la inversa, la ley general no deroga a la especial, salvo que aparezca clara la voluntad derogatoria".

Sobre ello, cabe mencionar que han tenido oportunidad de ocuparse del tema en diversas oportunidades nuestros Tribunales, pudiendo señalarse por ejemplo, un fallo de la Sala D, de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial ("Siganevich Mariano c. Tutelar Bursátil Sociedad de Bolsa S.A. s/ Ordinario"), que dispuso hacer prevalecer la ley societaria por sobre la general. (35)

Por último, resulta importante aquí recordar las reglas básicas de la tarea interpretativa de las leyes, en cuanto —llegado el caso—, suponen una operación intelectual por la que se busca establecer el sentido de las expresiones utilizadas por la ley para decidir los supuestos contenidos en ella y, consecuentemente, su aplicabilidad al supuesto de hecho que se le plantea al intérprete. "La interpretación por tanto, es la indagación del verdadero sentido y alcance de norma jurídica, en relación con el caso que por ella ha de ser reglado". (36) Se trata de saber cómo, aplicando una norma general a un hecho concreto, el órgano judicial obtiene la norma individual que le incumbe establecer. Ello, sin embargo, sin perder de vista los valores que se encuentren en pugna, en el caso concreto.

## **V. Algunas valoraciones**

Inicialmente, cabe hacer notar los conceptos que fueran aquí examinados, en particular podría recogerse a Vivante, quien muestra visiblemente que el capital social, aquél capital nominal y abstracto (nomen iuris) —tal como lo llamó el autor—, llena frente al patrimonio o capital real, la función de un recipiente destinado a medir el grano, que ora supera la medida, ora no llega a colmarla. Frente a ello, aquella momentánea

coincidencia entre patrimonio y capital social, se desvanece favorable o desfavorablemente, según las vicisitudes económicas de la sociedad.

Lo mencionado simboliza —si bien elemento esencial y de variadas funciones—, que el capital social se desempeña dentro del marco societario como una cifra contractual, matemática no representativa de bienes o cosas; un dato de valor inmutable que valdrá entre otras cosas, para formar la voluntad social del ente, a través del principio de las mayorías societarias. Ello por cuanto, es la cantidad de capital poseído por los socios (y no el número de éstos), el criterio básico que atribuye y delimita el alcance que tiene su intervención en la formación de la voluntad social (acuerdo mayoritario).

En este contexto, a la luz de las disposiciones analizadas y si bien pareciera que nos encontramos ante un caso de colisión normativa, lo cierto es que en la materia societaria, rige el art. 94, inc. 5., LGS, por la prevalencia de la ley especial por sobre la general, que de expreso modo ordena la ley de fondo (art. 150, CCyC) Es decir que mientras que para la ley societaria la pérdida del capital social, es una causal disolutoria, para la ley de fondo el capital social no reviste la menor importancia; sí por el contrario, el patrimonio social. Frente a ello, no puede olvidarse, que en caso de producirse la pérdida del capital social en el ámbito societario, los administradores quedan sometidos al régimen de la responsabilidad solidaria y están obligados a tomar decisiones meditadas y coherentes, puesto que con incumplimiento de sus obligaciones se originaría una grave responsabilidad de sus miembros.

Todo lo señalado hacer ver, que resulta menester otorgar al concepto de patrimonio social la revelada transcendencia que tiene —del mismo modo que lo hizo el legislador del Cód. Civil y Comercial—, pero debe reprochársele a éste que debió haber modificado la cláusula 5°, del art. 94, y consignar allí a la pérdida del patrimonio social, o de otro modo, simplemente haber quitado como causal disolutoria, a la pérdida del capital social. Es que, como pudo verse, la pérdida del patrimonio social, no es otra cosa que insolvencia; e insolvente es aquella sociedad que no cuenta con ningún patrimonio que responda por las deudas generadas, es decir que carece por completo de capacidad para afrontar deudas; y allí es donde se encuentra la singular importancia del patrimonio social.

En consecuencia —y para así concluir—, la cuestión cobra destacada relevancia, sobre todo si se observa que del incremento o disminución del valor del patrimonio se benefician y perjudican tanto la sociedad (su titular), como cada accionista (en cuanto acreedor de la sociedad y titular de los derechos que le corresponden en proporción al número de sus acciones), como así también, sus acreedores, proveedores y hasta los propios trabajadores. Ha quedado pendiente entonces la indicada adecuación normativa, no solo por el alcance que el patrimonio social tiene en el plano societario y concursal, sino además, por cuanto debe propenderse armonizar el sistema de normas vigente.

(1) VIVANTE, César, "Tratado de Derecho Mercantil", vol. II, ed. Reus S.A., Madrid, 1932, p. 207.

(2) VIVANTE, C., ob. cit., p. 208.

(3) GALGANO, Francesco, "Derecho comercial", vol. II, ed. Temis S.A., Colombia, 1999, p. 206.

(4) ZALDIVAR-MANOVIL-RAGAZZI-ROVIRA, "Cuadernos de derecho societario", t. II, 2da. parte, ed. Abeledo Perrot, 1975, p. 111.

(5) ZALDÍVAR-MANÓVIL, y otros, ob. cit., p. 113.

(6) MARTÍNEZ ECHEVARRÍA y GARCÍA DE DUEÑAS, Alfonso, "Gobierno corporativo: la estructura del órgano de gobierno y la responsabilidad de los administradores", ed. Thomson Reuters - Aranzadi, España, 2015, p. 111.

(7) MARTÍNEZ ECHEVARRÍA, ob. cit., p. 127.

(8) MARTÍNEZ ECHEVARRÍA., ob. cit., p. 128.

(9) ALEGRÍA, Héctor, "La conservación de la empresa como centro principal del derecho concursal moderno (Evolución, panorama actual y cuestiones modernas) ", Tratado de la Empresa, t. I, ed. Abeledo Perrot, 2009, p. 8.

(10) ROITMAN, H., ob. cit., t. II, p. 497.

(11) ALEGRÍA, H., ob. cit., p. 18.

- (12) <http://dle.rae.es/?id=LlommDp>.
- (13) MOYA JIMENEZ, Antonio, "La responsabilidad de los administradores en empresas insolventes", ed. Bosch, 10º ed. Barcelona, 2015, p. 19.
- (14) CRESPO ESPERT, J. L. - CRECENTE ROMERO, F. - MIR FERNANDEZ, C., "Gobierno corporativo de las sociedades no cotizadas desde la perspectiva de la economía financiera", ed. Marcial Pons, 2014, España, p. 277.
- (15) CRESPO ESPERT, J., y otros, ob. cit., p. 278.
- (16) ROITMAN, Horacio, "Ley de Sociedades Comerciales. Comentada y Anotada", LA LEY, 2006-II, 228/9.
- (17) ZALDÍVAR-MANÓVIL, y otros, ob. cit., p. 112.
- (18) ROITMAN, H., ob. cit., p. 231.
- (19) ROITMAN, H., ob. cit., p. 232, con cita Brunetti, Antonio, vol. II, p. 76, N° 401.
- (20) ROITMAN, H., ob. cit., p. 228.
- (21) VERGARA, Carlos M., "Algunas consideraciones sobre el sistema clásico de proteccionismo del accionariado en la gran sociedad anónima", Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, N° 11, 1987, p. 35, con cita RUBIO, cit. p. 238; también <http://www.rdpucv.cl/index.php/rderecho/article/viewArticle/194>.
- (22) VERGARA, Carlos M., cit., p. 35, con cita: ARCANGELLI Y ASCAREM, II Régime della società per azioni con parteolare riguardo al voto plurimo e alla protezione della minoranze, en R.D.C., 1932-1, p. 170; ASCARELLI, Sui poteri della maggioranza nelle società per azioni e su alcuni loro limiti, en R.D.C., 1950-1, p. 188/9.
- (23) GIRÓN TENA, "Derecho de Sociedades Anónimas", Valladolid, 1952, p. 63 y 178.
- (24) ALBORCH BATALLER, C., "El derecho de voto del accionista", ed. Tecnos S.A., Madrid, 1977, p. 173.
- (25) ALBORCH BATALLER, C., ob. cit., p. 174 y s.s.
- (26) ROITMAN, H., ob. cit., p. 400.
- (27) RIPERT, Georges, "Tratado elemental de derecho comercial", t. II, ed. Tipográfica Editoria Argentina, Buenos Aires, 1954, p. 553.
- (28) GALGANO, F., ob. cit., p. 275.
- (29) RICHARD, Efraín, "El derecho societario y la empresa en el tercer milenio", XII Congreso de Derecho Societario y VIII Congreso de derecho societario e Iberoamericano de la empresa, LA LEY 2013-III, 439.
- (30) ROITMAN, H., ob. cit., p. 465.
- (31) GALIMBERTI, María B., "La pérdida del capital social en las S.A. ¿Causal disolutoria o de reducción obligatoria? Incidencia de la modificación introducida al art.62 —ley de sociedades comerciales— por la 22.902".
- (32) DASSO, Ariel A., "La Ley 26.994 sobre Unificación del Código Civil y Comercial y Reforma de la Ley Societaria: La Reactivación de la Sociedad", en 1º Sesión del Instituto de Derecho Comercial, del C.P.A.C.F., celebrada el 7/3/2016.
- (33) KELSEN, H., "Teoría pura del derecho", 1960 (9ª reimpresión, 2009), ed. Eudeba, p. 111 y ss.
- (34) <http://www.nuevocodigocivil.com/wp-content/uploads/2015/02/1-Presentacion-del-Dr.-Ricardo-Lorenzetti.pdf>.
- (35) CNCom., Sala D, del 28/6/2011, en autos "Siganevich Mariano c. Tutelar Bursátil Sociedad de Bolsa S.A. s/ Ordinario", publicado en elDial.com, ref. AA6EBF, el 7/9/2011.
- (36) CASTAN TOBEÑAS, José, "Derecho Civil Español", Común y Foral, Madrid, España, ed. Reus, 1980.

