

**XVI JORNADAS Y
VI INTERNACIONAL DE
COMUNICACIONES
CIENTÍFICAS DE LA
FACULTAD DE DERECHO Y
CIENCIAS SOCIALES Y
POLÍTICAS UNNE**

Compilación:
Alba Esther de Bianchetti

2020
Corrientes -
Argentina

XVI Jornadas y VI Internacional de Comunicaciones Científicas de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales y Política-UNNE : 2020 Corrientes-Argentina / Mirian Beatriz Acosta ... [et al.] ; compilado por Alba Esther De Bianchetti. - 1a ed compendiada. - Corrientes : Moglia Ediciones, 2020.
CD-ROM, PDF

ISBN 978-987-619-372-6

1. Comunicación Científica. I. Acosta, Mirian Beatriz. II. De Bianchetti, Alba Esther, comp.

CDD 340.115



ISBN N° 978-987-619-372-6

Editado por **Moglia Ediciones**

Todos los derechos reservados - Prohibida su reproducción total o parcial, por cualquier método

Queda hecho el depósito que previene la ley 11.723

Impreso en **Moglia S.R.L.**, La Rioja 755

3400 Corrientes, Argentina

moglibros@hotmail.com

www.mogliaediciones.com

Noviembre de 2020

LA DESCAPITALIZACIÓN SOCIAL Y CESACIÓN DE PAGOS

Alvarez Salvador, Marcela A.

marcela-a-alvarezsalvador@hotmail.com

Mambrin Cunha, Sabrina M. S.

sabrinamsmambrin@gmail.com

Resumen

La evolución en el derecho, no suele plasmarse de forma simultánea en todas las normas que, bajo ramas distintas del derecho, apuntan a la regulación de un mismo fenómeno. Así como en las que atendiendo a especiales sujetos o procesos, se superponen en determinados puntos, sin armonizar con la evolución que opera en la realidad que intentar regular.

Si bien el derecho intenta superar estos obstáculos por ejemplo, a través del sistema de prelación normativa. Observar y armonizar las regulaciones de estos fenómenos en las distintas normas, ayudaría a superar la incertidumbre de la discrecionalidad judicial en cuanto a la aplicación de estas a los distintos casos juzgados, cimentando al tiempo la seguridad jurídica de nuestro sistema.

Palabras claves: insolvencia – capital social – armonización legislativa.

Introducción

Puesto que como bien expone la afirmación de que *“Las crisis empresariales son esencialmente objeto de tratamiento del Derecho Concursal; sin embargo el Derecho Societario no es ajeno a esos temas”* (Araya, 2019). Por lo mismo no es entendible que este mismo fenómeno de crisis empresarial encuentra una solución en el Derecho Societario como disolución social por pérdidas graves, y otra, de marcada diferencia en el Derecho Concursal como estado de cesación de pagos.

Doble enfoque, cuyo problema se agrava teniendo en cuenta la marcada línea de soluciones preventivas que contempla la Ley de Concursos y Quiebras N° 24.522 (LCQ), en contraste al viejo remedio liquidativo de la Ley General de Sociedades N° 19.550 (LGS)

Materiales y método

La metodología a aplicar en el presente trabajo ha tenido en cuenta el método deductivo. Llevado a cabo a través de fuentes de datos secundarias como ser: informaciones que ya han sido producidas por otras personas o instituciones, los antecedentes más significativos del derecho, la doctrina de los autores nacionales y extranjeros con mayor prestigio académico. Materializado para el presente tanto en obras físicas, como en reproducciones por medios digitales.

Resultados y discusión

El sistema societario en cuanto su organización jurídico-financiera, impone reglas obligatorias. Construidas en torno a la noción fundamental de capital social. Concepción que nuestro derecho toma del Derecho continental europeo.

Así, como bien señala la Doctrina nacional, el capital social constituye *“una noción jurídica que históricamente se justifica afirmando que ha venido a sustituir la responsabilidad personal de los socios, característica de las sociedades colectivas.”* (Araya, 2019), y es así *“un requisito común a todos los contratos de sociedad –o de declaración unilateral de voluntad por la cual se pretenda constituir una sociedad–”* (Vítolo, 2016).

En esta inteligencia, se le han asignado históricamente tres funciones: de “productividad”, de “determinación” de la posición del socio, y de “garantía”. En el marco de esta última función es que el Derecho Societario apunta a alertar a los acreedores sobre una posible situación de crisis empresarial. Ante la cual, la normativa impone la disolución de la sociedad cuando se opera una situación de pérdida grave del capital social (art. 94, inc. 5°, LGS), salvo que esa situación de crisis se remedie.

La aplicación en la práctica, tal vez por la insuficiencia de nuestra legislación, tan poco precisa en ese aspecto, o tal vez, porque el agudo proceso inflacionario que ha azotado a Argentina, durante tantas décadas, ha tornado ilusoria su aplicación, obligando incluso, en períodos concretos a suspender su vigencia, tal es el caso en la actualidad, y desde el 23 de diciembre de 2019, conforme la Ley 27.541, cuya vigencia se extiende en principio al 31 de diciembre de 2020, pero que dado el contexto de crisis financiera mundial producida con la Pandemia declarada por OMS, no sería de extrañar que dicha fecha sea prorrogada una vez alcanzada.

No obstante lo cual, esta regla aún constituye una de las bases del principio de intangibilidad del capital social y es la expresión más rotunda de la postura que afirma que el capital, cumple fundamentalmente una función de garantía.

Sin embargo, cimentando las bases que inspiran el presente trabajo, es importante señalar que la solución adoptada por el legislador argentino si bien común en el Derecho europeo, no es la única. Así, en el Derecho norteamericano, *“precisamente una de las críticas más sustantivas que la doctrina estadounidense formula a las normas clásicas sobre el capital social, concebido fundamentalmente en función de garantía, reside en el mantenimiento de esta regla básica, que puede resumirse de la siguiente manera: en caso de pérdidas graves, “se recapitaliza o se disuelve”.*” (Araya, 2019) De dicha crítica se advierte la inobservancia de que en el plano jurídico-contable, la llamada insolvencia según los estados contables (fundada en datos contables del balance) puede llevar a que la sociedad sea obligada a recapitalizarse o disolverse, cuando su valor económico neto (de empresa en marcha) es superior al contable. Lo que en una aplicación extrema podría significar la liquidación de empresas económicamente sustentables.

Volviendo a nuestra realidad nacional, también hay que recordar que desde la Sanción de la ley 27.349, se cristaliza el debilitamiento de la noción clásica de capital social, tal como fuera concebida por el Derecho continental europeo. Ya que en el caso de las S.A.S. el capital mínimo exigido al momento de la constitución es el equivalente a dos (2) Salarios Mínimos Vitales y Móviles (SMVM), dejando la función de garantía del capital social totalmente debilitada.

Mientras tanto, el Derecho Concursal, *“tiene como fundamento el estudio del patrimonio y las relaciones creditorias de la persona que se encuentra en cesación de pagos, sin perjuicio de advertir que en la actualidad la empresa y su conceptualización se alzan como pilar esencial del derecho de la insolvencia”* (Junyent Bas, 2017). Entre la doctrina nacional existe consenso, no sólo sobre el carácter de presupuesto objetivo tanto del concurso como de la quiebra, sino que también *“acerca de la definición de la cesación de pagos, que es concebida como un estado de impotencia para satisfacer por medios regulares las obligaciones exigibles. Su exteriorización puede ser apreciada por una variedad de hechos reveladores que operan como prueba de ese estado.”* (Araya, 2019).

En esta línea, la ley 22.917 del año 1983 agregó un presupuesto adicional al tradicional estado de cesación de pagos las "dificultades económicas o financieras de carácter general". Este acierto legislativo fue mantenido y mejorado en la vigente ley 24. No obstante la doctrina ha debatido acerca de este agregado al presupuesto objetivo clásico, ya que para algunos las "dificultades económicas o financieras" serían previas al estado de cesación de pagos. Prevalciendo así la concepción de que la reforma ha incluido una ampliación al presupuesto objetivo tradicional del estado de cesación de pagos, incorporando lo que se ha calificado como estado de "crisis o preinsolvencia".

En este contexto, es que se señala con cierto que la situación pérdida de capital social, muy relevante desde el punto de vista contable, no significa que la sociedad tenga un problema de insolvencia. Es entonces que surgen los problemas de coordinación entre las reglas del Derecho Societario y las del Derecho Concursal, cuando se dan simultáneamente la confluencia de los dos supuestos de crisis empresarial: por un lado, la pérdida grave del capital social, que impone la disolución, y por otro, la cesación de pagos del deudor, que impone la presentación en concurso.

A este respecto, en derecho comparado, el régimen español ha encontrado su solución a través de lo que la doctrina llama "solución alternativa". La que consiste en agregar, en el caso de pérdidas graves del patrimonio social, como uno de los supuestos que dilata la disolución de la sociedad, la presentación concursal, aplicable, lógicamente en aquellos casos en que ésta se encuentre también en estado de cesación de pagos.

Entre la Doctrina nacional, es Araya quien ha sostenido la postura minoritaria de que, no tiene ningún sentido disolver la sociedad por pérdidas del capital, cuando es evitable por vía concursal a través de una solución concordataria de ésta con sus acreedores.

Conclusión

En suma, de todo lo analizado ut supra en el presente trabajo, hemos logrado concluir lo que a continuación se sintetiza:

- 1) La función de garantía del capital social, incluido en el régimen societario, surgida y heredada de la Europa continental, se encuentra, sumamente debilitada en nuestro derecho.
- 2) En la actualidad, pero aún reiterados períodos cíclicos, poco significa en la práctica judicial argentina, principalmente debido a el crónico proceso inflacionario, que ha coadyuvado también a limitar su aplicación. Como es el caso actualmente.
- 3) La sanción de la ley 27.349 ha venido a dinamitar el débil sustento que aún sostenía a la función de garantía del capital social. Ya que dicha función pudo tener su razón de ser en los orígenes de la sociedad anónima y justificarse durante largo tiempo. Pero hoy ha perdido significación, al menos en nuestro país.
- 4) En materia concursal, la idea de “pérdida de capital social” no es útil para la determinación del estado de cesación de pagos. Cuando al apoyarse en valores netamente contables deja de ser una garantía, ya que ni siquiera los alerta de una posible situación de crisis empresarial. Impidiendo así el remedio preventivo y liquidando una empresa viable.
- 5) El estado actual de ambas legislaciones, hace que la “disolución por pérdida de capital social” de la LGS atente contra el Principio de Conservación de la Empresa de la LCQ. Pese a la solución propuesta por Araya a través de una aplicación de concepción amplia del Art. 100 de la LGS que nos acerque a la solución del derecho español.

6) Finalmente postular la necesidad de una solución legislativa alternativa, para el supuesto. Que contemple o una solución armónica entre ambos sistemas que, ya sea por remisión o por supresión, clarifique la norma aplicable de acuerdo a lo más favorable para las partes, para el ordenamiento y para nuestra sociedad en su conjunto,

Referencias bibliográficas

-Araya, M.C. (2019). Nuevas reflexiones sobre la pérdida del capital social y la cesación de pagos. Santa Fé: Rubinzal-Culzoni.

-Junyent Bas, F. (2017). Manual de Derecho Concursal. Córdoba: Advocatus

-Rouillon, A.A.N. (2016). Régimen de Concursos y Quiebras. Ley 24.522. Buenos Aires: Astrea

-Vítolo, D.R. (2016). Manual de Sociedades. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Estudio.

-Zunino, J.O. (2019) Régimen de sociedades. Ley general 19.550. Buenos Aires. Astrea

Filiación

Integrante de Cátedra:

-Alvarez Salvador, Marcela A, Adjunta a cargo, Derecho de los Concursos y las Quiebras, Cátedra “A”, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales y Políticas, UNNE

-Mambrin Cunha, Sabrina M. S, Adscripta, Derecho de los Concursos y las Quiebras, Cátedra “A”, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales y Políticas, UNNE. Aval: Alvarez Salvador, Marcela A.