



UNIVERSIDAD VALLE DEL MOMBOY

www.uvm.edu.ve

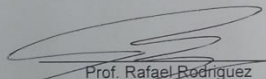
Av. Caracas con calle Buenos Aires Quinta Las Palmas, Valera Edo. Trujillo - Venezuela. Telfs (0271)2253648-2251621-2212233

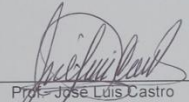
VICERRECTORADO FACULTAD DE CIENCIAS JURIDICAS, POLITICAS Y SOCIALES

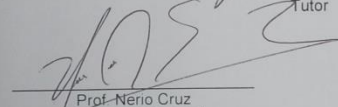
VEREDICTO

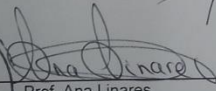
Nosotros, Profesor Rafael Rodríguez, Profesor Nerio Cruz, Profesor José Luis Castro; designados como miembros del Jurado examinador del Trabajo Especial de Grado: "PERDIDA DE CAPITAL SOCIAL EN LAS COMPAÑÍAS ANÓNIMAS", que presenta la bachiller **ANGGI WILEISIS AVENDAÑO**, titular de la Cédula de Identidad N° V-20.047.080, nos hemos reunido para revisar dicho Trabajo y después de la presentación, defensa e interrogatorio correspondiente, lo hemos calificado con veinte (20) puntos, de acuerdo con las normas vigentes dictadas por el Consejo Universitario de la Universidad "Valle del Momboy", referente a la evaluación de los Trabajos Especiales de Grado para optar al título de Abogado.

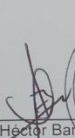
En fe de lo cual firmamos en Valera, a los siete días del mes de diciembre del año dos mil dieciocho (2018).


Prof. Rafael Rodríguez
C.I. N° V- 5.631.462
Jurado


Prof. José Luis Castro
C.I. N° V- 1.534.052
Tutor


Prof. Nerio Cruz
C.I. N° V- 5.764.014
Presidente del Jurado


Prof. Ana Linares
C.I. N° V- 9.013.217
Decana


Prof. Héctor Bahazarte
C.I. N° V- 9.150.646
Vicerrector

Valera, Septiembre de 2018

REPÚBLICA BOLIVARIANA DE VENEZUELA
UNIVERSIDAD VALLE DEL MOMBOY
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS, POLÍTICAS Y SOCIALES
CARRERA DE DERECHO
VALERA ESTADO TRUJILLO



PÉRDIDA DEL CAPITAL SOCIAL EN LAS COMPAÑÍAS ANÓNIMAS

Autor:

AVENDAÑO, Anggi

ROSALES, David

Tutor:

Abog. José Luis Castro

Valera, Septiembre de 2018

REPÚBLICA BOLIVARIANA DE VENEZUELA
UNIVERSIDAD VALLE DEL MOMBOY
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS, POLÍTICAS Y SOCIALES
CARRERA DE DERECHO
VALERA ESTADO TRUJILLO



PÉRDIDA DEL CAPITAL SOCIAL EN LAS COMPAÑÍAS ANÓNIMAS

Trabajo de Grado para optar al Título de Abogado

Autor:

AVENDAÑO, Anggi

ROSALES, David

Tutor:

Abog. José Luis Castro

Valera, Septiembre de 2018

REPÚBLICA BOLIVARIANA DE VENEZUELA
UNIVERSIDAD VALLE DEL MOMBOY
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS, POLÍTICAS Y SOCIALES
CARRERA DE DERECHO
VALERA ESTADO TRUJILLO

APROBACIÓN DEL TUTOR

Quien suscribe Abg. José Luis Arístides V., titular de la cédula de identidad

Nº V- 1534052 hago constar que aceptó asesorar a los alumnos Arendano Angeli CI. 20.047.080, Rosales David CI. 16.082.683.

con el carácter de Tutor, en la elaboración del Trabajo de Grado titulado **PÉRDIDA DEL CAPITAL SOCIAL EN LAS COMPAÑIAS ANÓNIMAS.**

Para respectivamente optar al Grado de Abogado, que otorga la Universidad Valle Del Momboy.

- En la ciudad de Valera 14 días del mes de Octubre de 2018.

José Luis Arístides V.
1534052

DEDICATORIA

El mundo nos depara momentos de alegría, que nos llena de orgullo y satisfacción, pero también de tristezas, momentos no deseados que por ley de vida, son imposibles de evitar que debemos enfrentar con madurez y resignación, situaciones que solo el pesar del día a día permitirá suavizarlas para no olvidarlas, sino por el contrario para aprender a vivir con ella, ya que fueron, son y seguirán siendo parte ineludible de nuestra existencia. Por ello quiero dedicar muy sinceramente mi Trabajo Especial de Grado.

A mis padres, por confiar en mí, esperando siempre la final, la satisfacción de un reto alcanzado, pero sobre todo a ti MADRE, por brindarme tu ayuda y apoyo incondicional en los momentos que más te necesite. Este logro también es tuyo. TE AMO MAMA.

A mi hija JUANGELIS, esta meta te la dedico como un ejemplo a seguir como parte del esfuerzo que he vivido contigo. Te amo grande hija mía.

A mis hermanas Andys y Anny. Espero que esto sea motivo de orgullo para ustedes, pero sobre todo a ese par de princesas Najoa y Valeria para que vean en su tía una persona constante y perseverante.

AGRADECIMIENTOS

Parece mentiras que hoy nuevamente se cierra otra etapa de mi existencia, estando consciente, de que no es el final, por el contrario es el inicio de otro camino para seguir en la lucha incansable para lograr lo que deseamos en la vida por eso son pocas las palabras de gratitud a tantas personas especiales, las que puedo expresar en estas cortas líneas, sin embargo quiero dedicar, agradecer y compartir "MI LOGRO" a quienes fueron pilares en este breve trayecto.

A Dios todo poderoso, Padre Celestial por darme la sabiduría, la vida y la oportunidad de culminar esta meta propuesto "SU TIEMPO ES PERFECTO".

A mis padres, por su amor, dedicación y apoyo incondicional para ayudarme a obtener este éxito y sobre todo por confiar en mí.

A mi Hija JUANGELIS, por ser el motor que me impulsa a continuar y a alcanzar mis metas.

A mis hermanas: Andys y Anny, por estar siempre en los momentos ideales.

A mis sobrinas: Najoa y Valeria por hacer de cada momento algo especial y porque con sus ocurrencias llenan mi vida de alegría.

A mi compañero de vida, por estar conmigo en este largo camino.

A la Sra Coromoto por colocarme en cada una de sus oraciones, por su apoyo y consejos

A mis amigos y compañeros, que aunque no menciono conocen la gran importancia que significan para mi, gracias por sus palabras de motivación para seguir luchando y alcanzar esta meta. Por todos esos momentos especiales compartidos.

A mi fiel amigo y compañero de estudio David Rosales, gracias por la paciencia y perseverancia que tuviste conmigo en este largo camino. Fuiste lo suficiente y parte de este logro.

A la Universidad Valle del Momboy por abrirme las puertas y brindarme la oportunidad de pertenecer a la gran familia UVM a lo largo de mis estudios.

A mis profesores y tutores por su paciencia y guía durante el proceso de formación.

Avendaño Anggi.

DEDICATORIA

A Dios.

Por darme la oportunidad de vivir y por estar conmigo en cada paso que doy, por fortalecer mi corazón e iluminar mi mente y por haber puesto en mi camino a aquellas personas que han sido mi soporte y compañía durante todo el periodo de estudio.

A mi madre Grecia Duque.

Por haberme apoyado en todo momento, por sus consejos, sus valores, por la motivación constante que me ha permitido ser una persona de bien, gracias MADRE por ser mi amiga, mi consejera, ejemplo y mayor fuente de inspiración, TE AMO INMENSAMENTE, y este logro en gran parte es tuyo, siéntelo así.

A mi Padre David Rosales.

En esta vida quisiera ser como tú, por tu ejemplo de perseverancia y constancia que te caracterizan y por el valor mostrado para salir adelante y por tu amor. Tú quisiste siempre que fuera abogado y comencé a estudiar por mí, yo también lo anhelaba y ahora que lo he logrado, sé que también lo hice por ti. Quiero que te sientas ORGULLOSO. TE AMO.

A mis hermanos.

Maikel Rosales y William Rosales, que este logro sea para ustedes de estímulo y ejemplo a seguir, espero como su hermano mayor tener un impacto positivo en sus vidas, los Amo inmenso y doy gracias por tenerlos como hermanos.

A mi Esposa y mis Hijos.

Por ser una columna esencial en mi vida, por ser parte de todo lo que soy, por estar en las buenas y en las malas y en esos momentos en el que más lo necesito. Jesus David y Alessandro LOS AMO CON LA VIDA.

AGRADECIMIENTOS

A Dios Todopoderoso.

Por ser mi roca, mi fuerza, mi luz, mi guía, mi fortaleza, por darme la vida, por hacerme soñar, creer y por darme la oportunidad de ver materializado aquello que he soñado y creído en mi corazón.

A Mis Padres.

En la vida escogemos, qué comer, cómo vestir, el color favorito, no escoges a tu familia, no decides quienes van a ser tus padres, sin embargo estoy más que agradecido porque ustedes sean mis padres, GRACIAS POR DARME LA VIDA, gracias por LOS VALORES inculcados, por tenerme PACIENCIA y por darme su AMOR.

A mis hermanos.

Maikel Rosales, por su apoyo incondicional, por estar presente en los momentos de angustias y brindarme socorro y ayuda en los momentos que necesito y a William Rosales, por ser mi ejemplo de buen hombre, buen hermano, padre y ser humano.

A mis hijos.

Le decimos TE AMO a muchas personas, creemos conocer el significado de esa palabra, pero llegas a conocer ese significado cuando tienes hijos, esa palabra cobra Vida, ellos se convierten en tu todo, y deseas con todas las fuerzas poder llenar su vida de alegría, ser fuente de inspiración, ejemplo a seguir, poder ayudarlos a cumplir sus sueños, deseas darles tanto, pero en realidad son ellos lo que te dan a ti. Jesús David y Alessandro ustedes son la razón que impulsan mi vida.

A mi Esposa.

Gracias por ser un cactus, gracias por ser mi apoyo, por la paciencia, por estar conmigo a lo largo de todos estos años, por estar en la escasez, en la abundancia y en la escasez otra vez, en todas las situaciones, gracias por amar, por ser mi esposa y no perder la fe en mí. TE AMO.

A mis amigos y a Mis compañeros.

Muchos de ustedes causaron un pacto positivo en mi vida, fui bendecido por conocerles, gracias por tantas vivencias y ocurrencias, gracias por alegrarme la vida los fines de semanas, por haber sido vehículos e instrumentos útiles para realización de este sueño que hoy se convierte en un logro, gracias por

la motivación, gracias por sus palabras en momentos y situaciones difíciles, muchos de ustedes me han dado una gran enseñanza de vida y dejan una huella que perdurará en el tiempo, todos son de alguna forma especial pero deseo nombrar a Aquellos que fueron mis aliados, mis compinches, mi combo: David Sánchez, Braulio, Tamaris Paredes, Luis Briceño, Luis Araujo, Pedro Suarez, Corina Araujo, Adriana Araujo, Herleny Sierra, Erlinda Estébanez, Luixana Herrera, Roximer Moreno, Petra Martos, a todos les quiero mucho y deseo que vean materializados todos sus sueño y que en su vida no falten bendiciones y motivos de alegría.

A Anggi Avendaño.

No sabía que en la universidad iba a conocer a una mujer que se convertiría en mi mejor amiga, mi complice, aliada “La ratona”, “MI MULETA”, MI APOYO, mi confidente, en muchos momentos fuiste motivación, el impulso que me hacía falta para seguir en la carrera, siempre estuviste para mí, me diste mucho en todo estos cinco años y definitivamente doy gracias por conocerte y por tenerte en mi vida.

Al Personal Académico y Administrativo de la Universidad Valle del Momboy.

Gracias a esta casa de estudios por haberme dado la mejor educación posible, educación de excelencia, con profesores de la calidad como Marilyn Hernández Madrina de Promoción, Adolfo Gimeno, Lesbia Molina, Francisco Conte, Luis Colmenares, Adela Matos, Nelson Torrealba, Trino Godoy, Nerio Cruz. GRACIAS A TODOS por haber transmitido o pasado sus conocimientos a esta generación nueva de abogados.

A nuestro tutor Académico Abog. José Luis Castro.

Por su orientación a lo largo del desarrollo de este proyecto, por su motivación y ayuda para que este Trabajo Especial de Grado fuera posible.

A todas aquellas personas.

Que de alguna u otra manera me ayudaron a alcanzar esta meta.

¡A TODOS GRACIAS!

David Armando Rosales Duque.

ÍNDICE GENERAL

APROBACIÓN DEL TUTOR	iii
DEDICATORIA	iv
AGRADECIMIENTOS.....	v
ÍNDICE GENERAL	ix
RESUMEN	x
INTRODUCCIÓN	1
1. CAPITAL SOCIAL	4
2. IMPLICACIONES Y EFECTOS JURÍDICOS DE UNA PÈRDIDA DEL CAPITAL SOCIAL Y LAS ACCIONES QUE DEBEN TOMARSE PARA ATENDER DICHA PÈRDIDA.....	8
3. MEDIOS DE DETERMINACIÒN QUE POSEEN LOS ADMINISTRADORES PARA CUMPLIR CON EL RÈGIMEN PREVISTO EN EL ARTÍCULO 264 DEL CÒDIGO DE COMERCIO.....	27
4. DERECHO DE LOS ACCIONISTAS ANTE UNA SITUACIÒN DE PÈRDIDAS	29
5. RESPONSABILIDAD DE LOS ADMINSTRADORES	30
CONCLUSIONES	33
REFERENCIAS BIBLIOGRAFICAS.....	39

REPÚBLICA BOLIVARIANA DE VENEZUELA
UNIVERSIDAD VALLE DEL MOMBOY
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS, POLÍTICAS Y SOCIALES
CARRERA DE DERECHO
VALERA ESTADO TRUJILLO

PÉRDIDA DEL CAPITAL SOCIAL EN LAS COMPAÑÍAS ANÓNIMAS

Autores: AVENDAÑO Anggi

ROSALES David

Tutor: Abog Jose Luis Castro

RESUMEN

El presente estudio tuvo como objetivo analizar la pérdida del capital social en las compañías anónimas, conforme lo estipulado en el artículo 264 del Código de Comercio, por los retos que la situación económica del país, caracterizada por procesos continuados de inflación y devaluación, les plantea a los administradores de la empresa venezolana y las condiciones en que las pérdidas deben ser afrontadas desde el punto de vista jurídico-legal. Ante la pérdida del capital (nominal o fijo) igual o superior a los dos tercios del capital social, considera que debe procederse de conformidad con el artículo 264 del Código de Comercio, aun cuando “ni en el Código de Comercio ni en ninguna otra ley vigente en la materia en Venezuela encontramos que se otorguen lapsos” para “convocar a la asamblea de accionistas ni ejecutar sus decisiones, por lo cual los administradores deben “comportarse en la ejecución de sus deberes con la diligencia de un buen padre de familia. Del mismo modo, se plantea la posibilidad de adoptar medidas distintas a las previstas en el artículo comentado para sustraer a la compañía de la situación de pérdidas, por ejemplo: la capitalización de la revaluación del activo. El estudio es de tipo documental, con un diseño bibliográfico, basado primordialmente en criterios doctrinarios y jurisprudenciales, los cuales permiten abordar la temática con amplitud.

Palabras Clave: capital social, administradores, asamblea, pérdidas, inflación, devaluación.

INTRODUCCIÓN

Ante los vaivenes y particularismos de la economía venezolana, caracterizada por encontrarse bajo la marcha tenaz de un sostenido y crónico proceso inflacionario, potenciado por reiteradas devaluaciones de la moneda y momentos alternados de recesión, los administradores de las empresas venezolanas deben convivir y luchar porque las empresas que gerencian crezcan, sean innovadoras, generen valor a sus accionistas, mantengan las cuotas de mercado que tanto les ha costado conseguir, y puedan sortear los riesgos exógenos a la propia actividad productiva de la empresa, particularmente aquellos asociados a la inflación y a la devaluación, que devoran los activos de la empresa, restándole vitalidad, atendiendo a que el patrimonio es el aceite que nutre y mantiene en funcionamiento el giro comercial de la sociedad o compañía.

Respecto de la inflación, el Doctor Humberto Romero-Muci, en su obra "Los Ajustes por Inflación en la Ley de Impuesto sobre la Renta, publicada en 1993, señala que es un fenómeno económico que se manifiesta como un aumento general y sostenido, durante un período dado, de los precios de los bienes de consumo y de los factores de la producción, esto es, una pérdida progresiva del valor de la moneda como medio de cambio. Otro autor, James-Otis Rodner, en su obra "El Dinero, la inflación y las deudas de valor", editada en 1995 considera que la devaluación del bolívar se explica por el nivel de inflación interna venezolana que obliga la devaluación del bolívar con respecto al dólar, lo cual encarece, en términos de bolívares, los bienes y servicios.

En este sentido, los procesos continuados de inflación y devaluación colocan a las empresas a riesgo constante de situarse contablemente en situación de pérdidas de capital, aun y cuando dichas pérdidas no impliquen en lo inmediato ni sean consecuencia de merma de la actividad productiva, atraso en el cumplimiento de obligaciones ni la existencia de

una situación de insolvencia. Las pérdidas, por lo general, no son el resultado de la ineficiencia gerencial ni de la improductividad o resultado desfavorable de la explotación del giro comercial de la empresa, es decir, de la carencia de éxitos en los negocios sociales. Las pérdidas, en la mayoría de los casos, obedecen más bien a la exposición al proceso combinado de inflación y devaluación, que encarecen la actividad productiva y vulneran los valores del activo social, con lo cual deberían tratarse como “pérdidas aparentes”. Se trata, a veces, de pérdidas meramente contables, pues la sociedad puede estar generando utilidades y, por el propio efecto de la inflación conjugada con la devaluación, encontrarse impedida de distribuir las a los accionistas debido al hecho de reflejar pérdidas generadas, por no otra cosa, que el binomio inflación-devaluación.

Por consiguiente, el problema radica en que esas “pérdidas aparentes” derivadas de la corrosión inflacionaria, jurídicamente deberán ser tratadas como pérdidas reales, salvo prueba en contrario y podrían legalmente colocar a la sociedad en una causal de disolución.

Es así como el proceso conjugado de inflación y devaluación continuada encarece para los accionistas el mantenimiento de su inversión, al colocarlos a mayor riesgo de perderla en muy corto tiempo y de tener que considerar la reposición de la misma en los términos prescritos en el artículo 264 del Código de Comercio, e inclusive la necesidad de liquidar la compañía de no existir el ánimo o el musculo financiero entre accionistas de reponer el capital perdido.

El presente trabajo tiene en consecuencia como objetivo general analizar las implicaciones jurídico-legales de tales pérdidas, de las obligaciones que tales pérdidas generan para los administradores de sociedades mercantiles, de la conducta esperada de los administradores cuando la sociedad mercantil se encuentre en situación de pérdidas

(ejemplo, sociedades anónimas, sociedades de responsabilidad limitada y sociedades en comandita por acciones), de los deberes y derechos de los accionistas ante tal situación, y de las medidas que los accionistas pueden tomar a efectos de sustraer a la sociedad de una situación de pérdidas, a la luz de la legislación aplicable a sociedades de capital privado, que no cotizan sus acciones en bolsa y que no se dedican a actividades económicas que se encuentren supervisada por entes reguladores y sometidas a legislaciones especiales, como serían, entre otras, las empresas bancaria y de seguros.

1. CAPITAL SOCIAL

El tratadista Joaquín Garrigues (1987), al referirse a la sociedad anónima expresa: “la sociedad anónima es, puede decirse, un capital con categoría de persona jurídica. El concepto de capital ilumina la esencia de la sociedad anónima”. (p. 345) Por otra parte, Alfredo de Gregorio, citado por Enrique Urdaneta Fontiveros (2000), define al capital social como:

El índice que mide el estado del patrimonio social, el índice que demuestra si el equilibrio originario entre el capital social y las distintas partidas del activo de la empresa se ha conservado o se ha quebrantado a favor o en contra de la sociedad”. (p. 9)

En este sentido consideramos que, efectivamente, el capital social ilumina la esencia de la sociedad anónima por múltiples razones; entre las cuales destacan las siguientes:

1.- La sociedad tiene personalidad jurídica propia distinta a la de sus socios y el capital permite que la empresa construya su propio patrimonio, independiente al de los accionistas.

2.- Los accionistas tan sólo responden por el monto de sus aportaciones; es decir, hasta el monto de su participación en el capital social de la empresa.

3.- Prescribe la ley que los valores representativos del capital social sean reales.

4.- La ley prohíbe a los accionistas retirar tales aportes sin antes cumplir determinadas formalidades.

5.- El capital indica el patrimonio que debe existir, más no el que efectivamente exista, pues sirve de referencia a los acreedores del patrimonio mínimo existente en la sociedad.

6.- Sirve de medida para determinar su capacidad de endeudamiento.

Todo ello tiene como finalidad la preservación de la integridad del capital social en protección de los intereses de terceros, atendiendo a que el patrimonio de la sociedad es la prenda común de sus acreedores y, como quiera que el capital social refleja el patrimonio que debería existir en la

sociedad, es, en buena medida, el pulmón que le da oxígeno económico a la empresa, el aceite que la nutre y la mantiene en funcionamiento.

El ordinal 3° del Artículo 201 del Código de Comercio señala que la compañía anónima es aquella en la cual “las obligaciones sociales están garantizadas por un capital determinado y en la que los socios no están obligados sino por el monto de su acción”.

En este orden de ideas, el autor Cristóbal Espín Gutiérrez (1997) expresa respecto del capital de la sociedad anónima lo siguiente:

En su acepción nominal el capital es la cifra mencionada en los estatutos sociales e incluidos en los sucesivos balances de ejercicio, que determina el importe mínimo a que debe ascender el activo de la sociedad. El capital en su aspecto real es una fracción del patrimonio neto social, no determinada cualitativamente pero sí cuantitativamente, no pudiendo disponerse de ella libremente. (p.4)

En consecuencia, el capital cumple diversas funciones; el capital social regula el desarrollo de las relaciones entre los socios y el propio gobierno de la sociedad, y cumple una función de garantía para los acreedores al servir de cifra de retención patrimonial.

La doctrina patria y extranjera señalan que el capital se encuentra construido y regulado por cuatro principios fundamentales, cuales son: 1) el de unidad; 2) el de determinación; 3) el de efectividad; y 4) el de permanencia. Tales principios buscan mantener la prenda general que los terceros tienen sobre el patrimonio social, mediante la defensa de la capitalización societaria.

El **principio de unidad** implica que el capital debe ser uno sólo. El capital, al momento de la constitución de la sociedad, corresponde a la expresión de valor monetario de los aportes realizados por los accionistas, consistentes en dinero y especies, efectivamente recibidos por la sociedad, y, cualquier modificación, a lo largo de la vida de la sociedad, de la cifra del

capital, ya sea por incremento o reducción, implicará una modificación de los estatutos sociales.

Por ello, el mismo autor Cristóbal Espín Gutiérrez (Ídem p. 190) considera que "...en las sociedades por acciones el capital social equivale al suscrito, vale decir, al monto de las acciones en circulación y de las que eventualmente haya readquirido la sociedad"

El **principio de determinación** implica que, a lo largo de la vida de la compañía los estatutos sociales deben expresar y determinar numéricamente el monto exacto del capital social.

El **principio de efectividad** significa que las aportaciones de los socios sean reales (y estatutariamente debe reflejar los aportes realmente efectuados por los accionistas a la compañía, debidamente asentados en el libro de accionistas); no sólo al momento de la constitución de la sociedad, sino también durante la vida de ésta, con lo cual se busca que el capital guarde cierto grado de equivalencia con el patrimonio efectivo.

El **principio de permanencia** implica que el capital social sólo puede modificarse cumpliendo los requisitos establecidos en la ley, resguardando los intereses de terceros; no podrán distribuirse utilidades si éstas no están liquidas y recaudadas, ni tampoco si en ejercicios previos se han producido pérdidas, pues tales utilidades deberán absorberlas; que los socios deban reponer la porción del capital perdido, caso contrario deberán ajustar el capital en la misma proporción de la pérdida o proceder a liquidar la compañía.

Ahora bien, los principios de efectividad y permanencia se ven poderosamente afectados por los efectos corrosivos de la inflación y la devaluación, convirtiéndose hoy día en verdaderos problemas para las sociedades mercantiles, sus administradores y accionistas. Tales efectos corrosivos hacen difícil mantener los valores de los activos que respaldan al capital social efectivo, repercutiendo en la cifra de retención patrimonial, que

constituyen la garantía de los acreedores y demandando mayor prudencia de parte de los administradores, quienes deberán procurar tomar medidas preventivas a efectos de mantener el equilibrio entre el capital y el patrimonio de la sociedad. Como veremos más adelante, uno de esos mecanismos es la capitalización de la revaluación o represión de los activos. En este sentido, Joaquín Garrigues señala:

...cuando como consecuencia de pérdidas disminuye el patrimonio social, aunque no se reduzca paralelamente el capital, la garantía de los acreedores automáticamente queda reducida en la misma cuantía de las pérdidas, pues las pérdidas aminoran la masa social, que es la garantía de los acreedores. (Ob. Cit. p. 36)

Y Romero-Muci señala:

... uno de los temas más vidriosos del aspecto patrimonial de la sociedad anónima es el de la valoración de los elementos del activo y del pasivo. Los problemas de valoración toman mayor importancia ante la prioridad de proteger a los acreedores contra el riesgo de la minoración de su garantía. La cifra del capital podría volatizarse o reducirse solo con sobrevalorar los bienes del activo o subvalorar los del pasivo. Un balance mal confeccionado permitiría repartir, a título de beneficio, lo que realmente constituye sustancia de capital. (Ob. Cit. p. 46)

Antes de entrar a estudiar las implicaciones y efectos jurídicos de una pérdida del capital social y las acciones que deben tomar para atender dicha pérdida, es preciso recordar lo que dispone el Artículo 249 del Código de Comercio, el cual proclama que “para la constitución definitiva de la compañía, es necesario que esté suscrita la totalidad del capital social y entregada en caja por cada accionista la quinta parte, por lo menos, del monto de las acciones por él suscritas, si en el contrato social no se exige mayor entrega; pero cuando se hicieren aportes que no consistan en numerario o se estipulen ventajas en provecho particular de alguno o algunos de los socios, deberán cumplirse además las prescripciones del artículo 253”.

Por otra parte, el ordinal 1º del Artículo 260 del Código de Comercio expresa que 2el libro de accionistas, donde conste el nombre y domicilio de cada uno de ellos, con expresión del número de acciones que posea y de las sumas que haya entregado por cuenta de las acciones, tanto por el capital primitivo, como por cualquier aumento, y las cesiones que haga”.

2. IMPLICACIONES Y EFECTOS JURÌDICOS DE UNA PÈRDIDA DEL CAPITAL SOCIAL Y LAS ACCIONES QUE DEBEN TOMARSE PARA ATENDER DICHA PÈRDIDA

2.1 CONSIDERACIONES A LA LUZ DEL CÒDIGO DE COMERCIO

El Artículo 264 del Código de Comercio establece que corresponde a los administradores la revisión y verificación del inventario y balance de la compañía, a los fines de reconocer si la misma se encuentra bajo el supuesto de hecho de aplicación de la antes citada norma, esto es, el de una pérdida representativa del capital social.

Dicho artículo concatenado con el Artículo 304 *eiusdem*, prevé que la presentación del balance por parte de los administradores de la compañía, deberá reflejar el capital social realmente existente, es decir, el capital nominal histórico (el capital fijo, registrado), el cual corresponde con aquél reflejado en el documento constitutivo-estatutario de la compañía y en el balance general histórico de la compañía.

En este sentido, es preciso citar a los autores Carlos Eduardo Acedo Sucre y Luisa Teresa Acedo de Lepervanche (2003), quienes expresan:

...la disminución o pérdida a que se refiere el artículo citado debe determinarse según los estados financieros, considerando todas las cuentas de patrimonio. Se debe, a los efectos del reintegro, reducción o aumento del capital social, hacer la comparación de dicha pérdida patrimonial con el capital registrado de la compañía, es decir, el resultado de la sumatoria del valor nominal de sus acciones. Para ello, la

pérdida del ejercicio debe imputarse en primer término a las cuentas del patrimonio distintas del capital social, y la diferencia, de haberla, debe imputarse al capital social, a los efectos de determinar si se aplica o no el artículo citado. (p. 113)

En consecuencia, a la luz de lo dispuesto en el Artículo 264 del Código de Comercio, se puede concluir que los administradores de la compañía deberán tomar en consideración y reconocer de acuerdo con el balance general histórico de la misma (no por el ajustado o reexpresado por inflación) si la compañía ha perdido uno o dos tercios ($2/3$) o más del capital social, encontrándose, por tanto, en situación de pérdida. El capital social a que se refiere el artículo 264 es un concepto jurídico, su disminución en las proporciones antes indicadas produce efectos jurídicos.

En este sentido, el Artículo 264 del Código de Comercio establece textualmente lo siguiente:

Cuando los administradores reconozcan que el capital social, según el inventario y balance ha disminuido un tercio, deben convocar a los socios para interrogarlos si optan por reintegrar el capital, o limitarlo a la suma que queda, o poner la sociedad en liquidación.

Cuando la disminución alcance a los dos tercios del capital, la sociedad se pondrá necesariamente en liquidación, si los accionistas no prefieren reintegrarlo o limitar el fondo social al capital existente.

Al respecto, para comprender el contenido de esta disposición legal es preciso citar lo que expresan los autores Carlos Eduardo Acedo Sucre y Luisa Teresa Acedo de Lepervanche, quienes señalan:

Las normas del Código de Comercio que regulan el capital social se refieren al monto o valor nominal, que es el que está registrado... El capital social con el que se compara la disminución de capital o pérdida patrimonial es el capital social registrado, y no un capital ajustado por inflación, pues el

capital social que habría que reintegrar o limitar, según el Código de Comercio, es el que delimita la responsabilidad de los accionistas, es decir, el expresado en el valor nominal de las acciones, y no este valor ajustado por inflación. (Ob. Cit. p. 114).

Y el maestro José-Loreto Arismendi (1979) respecto de la disposición antes transcrita expresa:

...el legislador asumió una actitud prudente en cuanto a la pérdida de un tercio del capital social y aun cuando no consideró que la misma implica para la sociedad una situación de importante gravedad, si pensó que se trataba de una circunstancia que debía ser llevada al conocimiento de los accionistas, para que éstos decidan lo que resulte más conveniente para la sociedad,... pero cuando la pérdida llega a los dos tercios, la ley, en interés de los terceros, pone un límite a la libertad de los socios, pues aquéllos no pueden estar a la expectativa que los socios quieran resolver". (p.295)

En nuestro criterio, de la disposición transcrita, se evidencia, en primer término, que la ley no exige que exista una correspondencia permanente entre capital y patrimonio, sólo exige que cuando los administradores reconozcan que el capital social, según el inventario y balance ha disminuido en un tercio, deben convocar a los socios para interrogarlos si optan por reintegrar el capital social, o limitarlo a la suma que queda, o poner la sociedad en liquidación.

En segundo término, que frente a una pérdida de capital nominal o capital fijo (entiéndase, el suscrito según consta en el documento constitutivo y estatutario de la compañía) igual o superior a los dos tercios (2/3) del capital social de la sociedad, los administradores deberán abstenerse de formalizar nuevas operaciones al entenderse legalmente disuelta la sociedad (al encontrarse en una causal de disolución) y convocar de manera inmediata a una asamblea de accionistas para que estos procedan a tomar una decisión según prevé el Artículo 264 del Código de Comercio, so pena de incurrir en responsabilidad al no haber convocado oportunamente la asamblea para

decidir acerca de las medidas previstas por la ley para afrontar la situación de pérdidas del capital, entre las que destacan:

1.- Informar a los accionistas sobre la situación de merma del capital social de la sociedad o situación de pérdidas, para lo cual deberán convocar de manera inmediata a una asamblea de accionistas para tales fines. Si la pérdida es por el orden de los dos tercios (2/3) del capital social o más, los administradores deberán señalarles a los accionistas que legalmente la sociedad se encuentra bajo una causal de disolución y, por ende, según ordena una administración juiciosa y prudente, cónsona con el estándar de conducta legalmente exigido, estarían impedidos de realizar nuevas operaciones. En este sentido, el autor Roberto Goldschmidt (2001) señala que:

Cuando la sociedad alcance los dos tercios del capital social, la sociedad se pondrá necesariamente en liquidación. Esa disolución en virtud de la Ley no se produce si los accionistas prefieren reintegrar el capital social o limitar el fondo social al capital existente: en otros términos, ella está condicionada de manera resolutoria por tales eventos. Los administradores, que ya no pueden emprender nuevas operaciones, deben convocar la asamblea que resuelva al respecto. (p. 495)

En relación al plazo o tiempo dentro del cual deba llevarse a cabo la convocatoria para la celebración de la Asamblea de Accionista a la que hace referencia el Artículo 264 del Código de Comercio, ni el Código de Comercio ni en ninguna otra ley vigente en la materia, encontramos que se otorguen lapsos o términos para llevar a cabo las acciones previstas en el Artículo 264 del Código de Comercio, relativas a recuperar a las sociedades mercantiles de la situación de pérdidas en la que se encuentran inmersas o reconocer las pérdidas y limitar el capital al monto correspondiente, entendido como por pérdidas razonables de su capital social, que es una expresión de las pérdidas

patrimoniales reflejadas en el balance y que repercute en el principio de integridad e incolumidad del capital social.

En consecuencia, por no establecerse un plazo de tiempo para el cumplimiento de esta obligación legal, la Ley tampoco establece una sanción particular a este incumplimiento, sin menoscabo de las disposiciones particulares que a ese efecto se establezcan en el documento constitutivo y estatutario de la compañía y de las responsabilidades propias de los administradores establecidas en la ley.

Sin perjuicio de lo antes señalado, consideramos que la convocatoria que han de efectuar los administradores a los accionistas para que éstos resuelvan acerca de las medidas que van a adoptar a efectos de sustraer a la sociedad mercantil de la situación de pérdidas en la cual se encuentre, se trata de una acción cuyo tiempo de ejecución el legislador ha dejado al libre juicio o arbitrio de los administradores, según el estándar de diligencia de un buen padre de familia, entendiéndose que la falta de acción diligente compromete su eventual responsabilidad civil por los daños que se causen.

Corresponde entonces a los administradores determinar la gravedad de la pérdida y las razones a que éstas se deben, y actuar en consecuencia. Ahora, si se trata de una pérdida igual o superior a los dos tercios (2/3) que legalmente coloca en estado de disolución a la sociedad mercantil (pendiente del reconocimiento en Asamblea por parte de los accionistas) y que por ello impide a los administradores prudentes y juiciosos de realizar nuevas operaciones, entonces se impone la inmediatez en la actuación de los administradores respecto a la convocatoria de la Asamblea de Accionistas.

Sucede con frecuencia en economías de persistente inflación y devaluaciones sin pausa y de materialidad significativa, como la venezolana, que las sociedades mercantiles, por la propia dinámica económica, totalmente exógena a la actividad comercial o industrial que ésta desarrolla, pero

firmemente entrelazadas, que suelen presentarse de manera inadvertida pérdidas que no repercuten legal ni financieramente en sus actividades diarias, pues dichas pérdidas generan problemas de liquidez o insolvencia y, por ende, de atraso o mora en el cumplimiento de las obligaciones asumidas por la sociedad, tan sólo es un resultado de esa realidad exógena antes anotada que se ve expresada en la contabilidad de la sociedad (en la cuenta de Pérdidas y Ganancias)

En todo caso, si las pérdidas corresponden a los supuestos comprendidos en el artículo 264 del Código de Comercio, la consecuencia jurídica es que, ineludiblemente, se tendrá que convocar a asamblea de accionistas para que éstos resuelvan qué hacer respecto de las pérdidas existentes, ya sea que éstas tengan su origen en un resultado desfavorable de la propia explotación comercial o en naturaleza distinta, como por ejemplo, por el propio efecto corrosivo de la la inflación y de constantes e imparables devaluaciones que han asignado a nuestra economía en las últimas décadas.

En consecuencia, si la pérdida es por el orden de los dos tercios (2/3) o mas del capital social, entonces la sociedad se entenderá legalmente inserta en una de las causales de disolución contenidas en nuestro Código de Comercio y los administradores juicios y prudentes deberán abstenerse de realizar nuevas operaciones.

Asimismo, somos de la opinión que cuando la pérdida del capital social alcance un cien por ciento (100%) del mismo, la convocatoria debe ser efectuada de inmediato, sin dilación alguna, pues en este caso, estamos en el supuesto previsto en el Artículo 340 ordinal 5º del Código de Comercio, relativo a la disolución de la sociedad por la pérdida entera del capital social y por imposibilidad propia de cumplir el objeto social.

Por otra parte, a los fines comerciales y financieros, es de trascendencia mayor que la reposición de las pérdidas del capital se lleve a cabo dentro del

menor tiempo posible, ya que los administradores no podrán, en los términos de los artículos 342 y 347 del Código de Comercio, emprender nuevas operaciones, lo que generaría una cierta inhabilitación de la sociedad para llevar a cabo su giro comercial; los administradores se verán impedidos, por ejemplo, de contraer nuevas obligaciones, de disponer de los bienes de la sociedad, de solicitar fianzas o dar u otorgar garantías.

En este orden de ideas, juzgamos que una administración prudente, sana y juiciosa, una vez que observe o se percata según la información contable-financiera que maneja, debería, en primer orden, reunirse en Junta, si la administración es conducida por medio de un órgano colegiado, convocando igualmente a dicha reunión al Comisario de la sociedad mercantil, y en el seno de la Junta deliberar sobre la situación de pérdidas en la que se encuentra la sociedad, acordar convocar a la Asamblea de Accionistas a efectos de presentarles los estados financieros e informarles de la situación de pérdidas, señalarles, si fuere el caso, que dicha situación coloca legalmente a la sociedad en una de las causales de disolución previstas en nuestro Código de Comercio.

Además, plantear soluciones para sustraer a la empresa de la situación de pérdidas que presenta, advirtiéndoles que la administración tomó la decisión en Junta de abstenerse de realizar nuevas operaciones hasta tanto los accionistas no se reunieran y tomaran las medidas que la ley ordena, decisión ésta que tiene como objetivo no sólo el resguardo de la responsabilidad de los administradores, sino también el del patrimonio de la empresa.

Ahora bien, el problema adicional para determinar el lapso en que deba efectuarse es notificación, se encuentra en que en la legislación venezolana, a diferencia de la de otros países, no existe un órgano regulador, controlador y supervisor especial para sociedades mercantiles constituidas con capital privado y de carácter cerrado, lo que deja únicamente en manos de los

accionistas y de terceros interesados las acciones a que haya lugar y la ley no establece sanción especial para el caso de que no se adopten las medidas señaladas en el artículo 264 del Código de Comercio u otras, según mejor estimen los accionistas que permiten sustraer a la sociedad de la situación de pérdidas en la que se encuentre.

2.- Por otra parte, somos del criterio, aun y cuando no exija el propio artículo 264 del Código de Comercio, que en dicha asamblea el administrador o administradores deberán responderles a los accionistas, para su aprobación o improbación, respetando las previsiones del artículo del Artículo 306 del Código de Comercio, un balance elaborado conforme a lo previsto en los artículos 304 y 305 del mismo Código, los cuales establecen que el balance deberá indicar claramente el capital realmente existente y demostrar con evidencia y exactitud las pérdidas experimentadas, junto con el informe de los comisarios.

El administrador deberá exponerles las razones o motivos que han propiciado la pérdida del capital, y si las mismas obedecen a una coyuntura transitoria que el propio giro comercial podrá enfrentar y salir de la misma con éxito por tener capacidad para generar utilidades suficientes para neutralizar las pérdidas, o si se trata de un hecho más profundo que una mera circunstancia. La decisión de los accionistas descansará., principalmente, en el juicio expuesto por el o los administradores.

Los accionistas, de no encontrarse o considerarse bastantes informados sobre la materia sometida a su deliberación, podrán, de conformidad a lo previsto por el Artículo 288 del Código de Comercio, pedir que la reunión se difiera por tres días.

3.- En esta asamblea , los accionistas deberán aprobar o improbar el balance, y luego, de resultar aprobado el balance que evidencie con exactitud las pérdidas experimentadas, los accionistas tendrán que pronunciarse,

conforme a los intereses en juego y a las causas que han generado las pérdidas y su impacto en la viabilidad económico-financiera de la sociedad que tiene incidencia en la jurídica, sobre si acuerdan: 1) el reintegro del capital social perdido; 2) limitan al mismo al existente; o 3) o resuelven ejecutar otras medidas alternativas o complementarias, según corresponda, que coadyuven a sustraer a la sociedad de la situación de pérdidas, según exponemos más adelante.

En consecuencia, si la decisión pasa por reposición y/o aumento de capital, los accionistas tendrán, de ser el caso, que ineludiblemente pagar la porción del capital insoluto que les corresponda, es decir, la cuota parte de los dividendos pasivos que les corresponda.

A falta de acuerdo sobre cualesquiera de los dos supuestos antes indicados, los accionistas tendrán que convenir la disolución y la sociedad deberá ponerse necesariamente en liquidación, en cuyo caso, los accionistas serán solidariamente responsables por un lapso de cinco años siguientes a la disolución de la compañía, tal como se desprende de los artículos 371 y 373 del Código de Comercio.

3.- Ahora bien, la norma contenida en el Artículo 264 del Código de Comercio no dispone, ni prevé lapso alguno para que los accionistas ejecuten las decisiones que en Asamblea se tomen respecto de los supuestos de hecho contemplados en la precitada norma, eso, a nuestro juicio, queda al libre arbitrio de los accionistas, con el riesgo, si éstos se demoran en la toma y ejecución de la decisión, que la situación patrimonial de la sociedad se deteriore aún más, a niveles de insolvencia, y los acreedores demanden la quiebra y soliciten que la misma sea calificada como culposa, conforme al Artículo 920 del mismo Código, o que cualquiera de los accionistas demande ante el Tribunal competente la liquidación de la sociedad.

Al igual que para el caso anterior, ni el Código de Comercio ni ninguna ley vigente establece un plazo para que se ejecuten las decisiones adoptadas por la Asamblea de Accionistas en relación a los supuestos establecidos en el Artículo 264 del Código de Comercio. La Asamblea de Accionistas es soberana y le corresponde por ello establecer los plazos y condiciones para ejecutar las decisiones adoptadas.

En este sentido, con respecto tanto al plazo para la realización de la convocatoria y el plazo relativo a la ejecución de las decisiones adoptadas en la Asambleas de Accionistas convocada a los fines de solventar la situación de pérdida patrimonial de la compañía, los administradores de la compañía, al tener que comportarse en la ejecución de sus deberes con la diligencia de un buen padre de familia, todo aquello que vaya en detrimento de este estándar de conducta, ya sea por acción u omisión, podrá generar en su cabeza, las responsabilidades a que haya lugar, atendiendo a la naturaleza de sus actos, y a los daños que por la misma puedan causarse a la sociedad.

Pues independientemente de la obligación de los administradores de convocar a los accionistas en los casos previstos en el Artículo 264 del Código de Comercio, a los fines de resolver sobre el futuro de la compañía, también existe su obligación de manejo diligente de la administración de la empresa, y estas responsabilidades, a nuestro juicio, no deben ser entendidas como excluyentes en ningún caso.

En este mismo orden de ideas, consideramos que dentro del referido estándar de conducta se encuentra la obligación de señalarle a los accionistas el plazo dentro del cual deberán ejecutarse las medidas acordadas en Asamblea.

2.2 APLICACIÓN DE OTRAS ALTERNATIVAS JURÍDICAS DISTINTAS A LAS PREVISTAS EN EL ARTÍCULO 264 DEL CÓDIGO DE COMERCIO PARA LA SUSTRACCIÓN DE LA SITUACIÓN DE PÉRDIDAS

El objetivo del legislador, al prever la norma contenida en el artículo 264 del Código de Comercio, no ha sido otro que resguardar el principio de efectividad e incolumidad que regula, entre otros, al capital de la empresa.

En este sentido, es preciso señalar que el principio general es, que cuando la pérdida del patrimonio sea superior al capital social existente, la viabilidad social de la compañía pasaría, bien porque los accionistas acuerden el reintegro del capital social perdido, como sería por ejemplo la reposición del capital social suscrito por los accionistas, pero, obviamente, no a valores constantes -reexpresados por efecto de las inflación-, pues en ese caso estuvieran reponiendo más de lo perdido, atendiendo a que sólo puede perderse lo que una vez se aportó y no más de eso o, bien, de lo contrario, deberá necesariamente ponerse en liquidación la sociedad.

Lo anterior es, en el entendido, que limitarlo al capital existente sería dejar a la sociedad sin capital alguno- en el supuesto que quedaría un número negativo-, lo cual no es legalmente viable al no sustraer a la sociedad de la causal de disolución en la que se encuentra, caso éste que se ve con mucha frecuencia en economías inflacionarias y de progresiva devaluación de su signo monetario, donde el capital social suele ser inferior al patrimonio y, al verificarse la pérdida, la misma no es sustraída con el solo reintegro del capital fijo, pues como lo hemos señalado el capital social cumple diversas funciones, entre las cuales se encuentra, el de servir de referencia para decidir la reposición del capital social.

Por tanto, consideramos que en adición a las alternativas jurídicas que la ley plantea en el artículo 264 del Código de Comercio para la sustracción de la situación de pérdidas, como lo son el reintegro, la limitación o la liquidación, los accionistas de la compañía podrían adoptar, con base en la libre autonomía societaria, y en el caso arriba indicado, en la Asamblea de Accionista, otras alternativas jurídicas para solventar la situación de pérdidas en que se encuentra la sociedad.

En consecuencia, aun cuando la ley contempla los supuestos que preferentemente podrán ser aplicados al caso en comentario, a nuestro juicio, no excluye ni prohíbe de manera expresa la adopción o ejecución de cualquier otra operación que conduzca a obtener el mismo efecto para la sociedad en situación de pérdidas.

Sin embargo, es importante destacar que, independientemente del mecanismo jurídico que pretendan acordar los accionistas para colocar a la compañía en una situación distinta a la planteada en el Artículo 264 del Código de Comercio, que la sustraiga de la situación de pérdidas, reiteramos que es indispensable la convocatoria para la celebración de la asamblea de accionistas por parte de los administradores, como un deber indelegable de éstos, tal como se encuentra establecido en el Código de Comercio.

En opinión contraria a la sostenida anteriormente por nosotros, se expresan los autores Manuel Acedo Mendoza y Luisa Teresa Acedo de Lepervanche (Ob. Cit. p.), quienes afirman que “frente a una situación de pérdidas, no hay otras alternativas que el reintegro de capital, su limitación al remanente o la liquidación. No parece haber la alternativa de revaluar activos para reponer pérdidas.” (p. 268).

En consecuencia, ante el proceso inflacionario y devaluacionista que siga la economía venezolana, consideremos que los accionistas de la compañía podrían recurrir en la asamblea de accionistas, y en ocasiones estarán obligados a recurrir, si no desean liquidar la empresa, en virtud de la soberanía y autonomía que ésta posee de sus decisiones, a otras alternativas jurídicas para sustraer a la compañía de los supuestos contenidos en el artículo 264 del Código de Comercio, especialmente de la revaluación del activo, según expondremos más adelante. Siendo un principio en derecho privado, aquel que dispone que lo que no esté expresamente prohibido por la ley, es totalmente permitido.

Por consiguiente, aun cuando la ley contempla los supuestos que preferentemente podrán ser aplicados al caso en comentario, no prohíbe cualquier otra forma de operación jurídica que conduzca a obtener el mismo efecto para la sociedad en situación de pérdidas, el cual consiste en sustraerla de tal situación y colocarla en una jurídicamente viable y económicamente estable. Sin embargo, consideramos que cualquier alternativa que se desee aplicar o ejecutar que no, sin que constituya una medida complementaria a la reposición del capital social perdido, deberá, ir acompañada de un estudio contable financiero que denote que la ejecución de tal medida no repercuta desfavorablemente sobre la efectividad del capital social de la empresa.

En ese sentido, tales operaciones pudiesen conducir a la compañía, dependiendo de cada caso concreto, a sustraerla de la pérdida del capital social que alcance los dos tercios (2/3) para sobrellevarla a la pérdida de un tercio del capital social o, sustraerla completamente de la situación de pérdidas (estado de disolución legal) prevista en el supuesto de hecho desarrollado en el Artículo 264 del Código de Comercio y solventar su desequilibrio patrimonial.

Sin embargo, en aquella situación donde el patrimonio supera con creces el capital social y la sola reposición del mismo no sustrae a la sociedad de la situación de pérdidas, a nuestro juicio es prudente resaltar que los accionistas deberán acordar una operación conjunta de reintegro de capital y de aumento de capital o de aportes patrimoniales, siempre que dicha operación produzca un mejoramiento patrimonial que excluya a la sociedad de los supuestos establecidos en el artículo 264 del Código de Comercio, en resguardo de la efectividad del capital social. En otras palabras, si se opta por aumentar el capital social, juzgamos que esta medida debe complementarse con la reposición de capital, caso contrario, el patrimonio no acrecerá, y ello será en desmedro de los intereses de terceros.

Ahora bien, en este sentido es importante destacar que son varias las alternativas existentes y de ejecución probable para atender a la situación de

pérdidas sociales, entendiendo, reiteramos, que las posibilidades plasmadas en el artículo 264 del Código de Comercio no son de carácter taxativo sino meramente enunciativo y, además, la ejecución de las soluciones allí planteadas pudieran, por sí solas (reposición o reducción de capital) ser insuficientes para sustraer a la sociedad de la situación de pérdidas: entre las diversas alternativas, encontramos las siguientes:

1.- Aumento del capital social

Los accionistas podrían solventar la situación de pérdida del capital social a través de la ejecución de un aumento de capital social como medida alternativa o complementaria a la reposición de pérdidas, en el entendido que la sola reposición de pérdidas es insuficiente para sustraer a la compañía de la situación de pérdidas.

Este aumento podría efectuarse mediante el aporte en efectivo o mediante la capitalización de acreencias por parte de los accionistas de la compañía o mediante la capitalización de la reexpresión contable de los activos de la compañía, como por ejemplo el incremento de capital por revalorización de activos. Dicho aporte se vería reflejado mediante un aumento en el valor nominal de las acciones o bien a través de la emisión de nuevas acciones.

En cuanto a la reexpresión el autor Romero-Muci (Ob. Cit.) señala que «las reexpresiones monetarias permiten incorporar al capital social los mayores valores en términos homogéneos del activo social y, por ende, permite reconocer en valores nominales la nueva medida de la garantía frente a terceros» (p. 56)

A nuestro juicio, reiteramos, corresponderá a los administradores determinar si la situación de pérdidas se debe principalmente a la inflación, y de ser así, consideramos que lo apropiado, de no haberse hecho antes, es que los administradores sugieran a los accionistas, en primer orden, aumentar

el capital social mediante la capitalización de la reexpresión contable de los activos de la compañía, a efectos de mantener la efectividad del capital social de la compañía y la garantía de los acreedores, sin que se considere la reposición del capital, pues éste, a nuestro juicio, realmente no se ha perdido, sino que la inflación ha distorsionado la información contable-financiera de la empresa y la capitalización por revaluación de activos tiene como objetivo corregir la distorsión producida por el efecto corrosivo de la inflación.

Ahora bien, a los fines de determinar si la ejecución del aumento de capital social por parte de los accionistas de la compañía produciría la salida de ésta de la situación de pérdidas en la cual se encuentra y la colocaría en una situación patrimonialmente distinta, sería necesario realizar el ejercicio numérico, ya que dependiendo del monto del aumento de capital, la compañía pudiese: 1) permanecer en una situación jurídica de pérdida de capital social por el orden de los tercios (2/3); 2) continuar manteniendo pérdidas, pero en este caso pérdidas que solamente alcancen un tercio (1/3) de su capital social o menos que legalmente no colocan a la sociedad en estado de disolución; o 3) solventar su situación financiera y sustraerse de la pérdida de capital social prevista para los dos supuestos de hecho de la norma contenida en el Artículo 264 del Código de Comercio.

En caso de ser ejecutada la operación de aumento de capital social, la misma implicaría la celebración de una Asamblea de Accionistas de la compañía en la cual se apruebe tal decisión, con el quórum y mayoría calificada previstos en el Artículo 280 del Código de Comercio. El aumento de capital pudiera también acordarse en la Asamblea de Accionistas que se convoque por efecto del Artículo 264 del referido Código, pero siempre cumpliendo con el quórum y mayorías antes señalados.

En el caso de aumento del capital social, ya sea mediante la capitalización de acreencias o a través de aportes en efectivo o por efecto de la revalorización monetaria de activos, a fines fiscales debe considerarse lo

siguiente:

a) El aumento del capital social, bien sea producto de la capitalización de acreencias o a través del aporte de efectivo, no tiene implicaciones fiscales para las partes involucradas en la misma, ya que de ella no se derivan enriquecimientos gravables.

b) Para la compañía, se generará un gasto deducible producto de las erogaciones realizadas para el registro del Acta de Asamblea de Accionistas que evidencia el acuerdo de aumento del capital social en referencia, pago que se efectuará conforme a las tasas vigentes para la fecha del registro de dicha acta.

2.- Creación de una “reserva para fortalecer el patrimonio”:

Los accionistas también podrían solventar la situación de pérdidas de la sociedad, a través de la creación, por parte de los accionistas, de una reserva especial dentro del patrimonio de la compañía, que podría denominarse “Reserva para Fortalecer el Patrimonio”, que consistiría en la creación de una reserva general, distinta de la llamada reserva legal, la cual está contemplada en el Artículo 262 del Código de Comercio, que no se encontrará destinada a cubrir ningún riesgo específico, tal y como sucede con las reservas legales, sino a permitir expansiones del negocio o la ejecución de nuevos proyectos.

Se trata entonces de una reserva *extraordinaria, general o no destinada*, que es propiedad del accionista que realiza el aporte y, que, además, con posterioridad, podría ser capitalizada (suponiendo exista la aquiescencia del accionista), total o parcialmente, previo el acuerdo en la Asamblea de Accionistas de la empresa, a través de un aumento de capital. Con ello, se permitiría, si así lo consideran conveniente los accionistas, transformar el aporte patrimonial en un aporte al capital.

Importancia fundamental tiene el hecho de que los aportes realizados pertenecen en propiedad a los accionistas que los ejecutan, en el entendido de que ello implica la posibilidad legal de retirarlos sin mayor trámite legal, salvo aquellas condiciones o requisitos que los propios accionistas, en Asamblea, hayan determinado. Los aportes que no se realicen en efectivo, deberán estar respaldados de avalúos que determinen el justo valor por el cual se están aportando.

Desde el punto de vista jurídico, esta clase de reservas pueden ser legalmente constituidas en cualquier momento de la vida social de la compañía, ya que al igual que la antes mencionada “reserva legal” y que las “reservas destinadas”, éstas se crean con la finalidad de preservar la estabilidad económica de la empresa. Evidentemente, que a los efectos de la creación de la “reserva para Fortalecer el Patrimonio”, resulta necesario e imperativo contar previamente con la aprobación de la Asamblea de Accionistas de la compañía.

La instrumentación y ejecución de los antes señalado implicaría la determinación y aprobación a priori por parte de la Asamblea de Accionistas de los siguientes aspectos: 1) los montos de los aportes y, de ser el caso, con indicación de la forma o modo de pago y el tipo de moneda o título valor o bien en general en que se pueden efectuar, 2) el régimen de liberación o rescate de los aportes realizados, con especificaciones sobre tiempo y condiciones para el retiro de éstos; 3) la valorización de los aportes; y 4) el no devengo de intereses sobre los aportes realizados al fondo de reserva.

3.- Compensación de deudas recíprocas.

Por otra parte, la reposición también puede llevarse a cabo a través de la compensación de deudas recíprocas existentes entre uno o varios accionistas y la sociedad de la que éstos poseen acciones.

Consideramos que no existe óbice o impedimento legal alguno para que los accionistas, una vez acordado en asamblea en los términos expuestos anteriormente, reintegren o repongan el capital social mediante el aporte de acreencias que mantengan contra la compañía de la cual son socios o a través de cualquier otro mecanismo, como por ejemplo, la capitalización de la revalorización de activos antes expuesta.

Ahora bien, ¿podiera interpretarse que tales aportes constituyen una liberalidad o una donación por parte de los accionistas para con la compañía? En nuestra opinión, no podría ser interpretado, jamás ni nunca, que tales aportes efectivamente impliquen una donación. Tal aseveración la hacemos sobre la base de las siguientes razones:

- a) Una vez que los accionistas acuerden en asamblea reintegrar o reponer el capital social disminuido, asumen irrevocablemente una obligación dineraria firme para con la sociedad, es decir, pasan a ser deudores de la compañía.
- b) Una vez que los accionistas tienen plena libertad para decidir o determinar la forma mediante la cual saldarán dicha obligación, ya sea en efectivo o en especie o mediante la combinación de ambas, pues no existe una disposición legal expresa que les obligue a hacerlo bajo una figura específica.
- c) Para que exista una donación es necesario que estén presentes los siguientes elementos: a) *El animus donandi*, es decir, la voluntad del donante de dar gratuitamente un bien, y, b) que se produzca un empobrecimiento del donante y un enriquecimiento del donatario; éste se enriquece en la medida que el donante se empobrece.
- d) Como quiera que los accionistas asumen la antes citada obligación frente a la compañía, o sea, reintegrar o reponer el capital social disminuido, y como quiera que el pago de dicha obligación puede realizarse bajo la figura legal que mejor les parezca, entonces no podría

pensarse que los accionistas al aportar al capital social las acreencias que tengan con la compañía, le estén donando tales activos a la sociedad, pues el aporte lo hacen en cumplimiento de la obligación de reintegrar o reponer el capital social disminuido y, por tanto, existe de por medio una contraprestación que consiste, simple y llanamente, en liberarse de una obligación, con lo cual se desvirtúa la presencia tácita o implícita del *animus donandi*; y

- e) Una vez que ocurra el aporte de las acreencias se verificará de pleno derecho, entre los accionistas y la compañía, la compensación de las obligaciones que se deben mutuamente por las cantidades concurrentes de las mismas y, por tanto, tales obligaciones quedarán saldadas hasta las cantidades concurrentes según lo prevé la ley.

Así las cosas, a los efectos tributarios, la reposición del déficit de capital, por no ser una liberalidad, no califica una donación a los fines de la Ley de Impuesto sobre Sucesiones, Donaciones y demás Ramos Conexos, la cual establece un gravamen a la transmisión gratuita de bienes, sean muebles o inmuebles, derecho y acciones.

4.- Préstamos por parte de los accionistas de la sociedad

En relación con la posibilidad que los accionistas efectúen un préstamo para solventar la pérdida del capital, somos de la opinión que con dichos préstamos se estaría asumiendo un pasivo que, necesariamente luego de su inclusión en el patrimonio, sería considerado a los fines del cálculo previsto en el Artículo 264 del Código de Comercio, tantas veces señalado, por lo que consideramos poco probable que ayude a la solución del problema planteado.

5.- Revalorización de activos.

Bajo el ordenamiento legal venezolano es posible ajustar por inflación los estados financieros de las sociedades mercantiles, lo cual actualmente se conoce como corrección monetaria, pero tales ajustes no implican en modo

alguno un aumento automático del capital social con base a una revalorización de los activos, siempre que se encuentre precedida de una decisión de la asamblea de accionistas, tal como lo establece el artículo 280 del Código de Comercio, Reiteramos que tal aumento de capital, en este caso por revalorización de los activos, podrá acordarse en la asamblea de accionistas que se celebre, atendiendo a lo previsto en el Artículo 264 del mismo Código. Al respecto el autor Alfredo Morles Hernández (1998) opina que:

...la revaluación de activos es una práctica cuya frecuencia está en relación con los índices de inflación, pero la misma puede tener aplicaciones peligrosas y ser la base de manipulaciones fraudulentas. La idea de la revaluación, además se aparta del principio de prudencia, conforme al cuál el valor contable de los bienes es el valor menor, cuando existe opción entre varios valores... Partiendo de la base de que estén autorizados por la ley (al menos no estén prohibidas), las revaluaciones deben hacerse acatando la regla de prudencia que preside la elaboración de los registros contables y la formulación del balance; es necesario, en consecuencia, que la apreciación subjetiva de los administradores sea confirmada por un avalúo realizado por peritos independientes". (p. 1.138)

3. MEDIOS DE DETERMINACIÓN QUE POSEEN LOS ADMINISTRADORES PARA CUMPLIR CON EL RÉGIMEN PREVISTO EN EL ARTÍCULO 264 DEL CÓDIGO DE COMERCIO

Tal como lo dispone la norma en el Artículo 264 del Código de Comercio. Corresponde a los administradores la revisión y verificación del inventario y balance de la compañía, a los fines de reconocer si la misma se encuentra sujeta a la aplicación de la respectiva norma; es decir, la compañía ha disminuido su capital social en un tercio (1/3) o en dos tercios (2/3) y, en consecuencia, se encuentra en situación de pérdidas que legalmente la coloca en una causal de disolución.

De acuerdo con ello, los administradores de la compañía deberán, de conformidad con lo dispuesto en el Artículo 35 del Código de Comercio efectuar la revisión del inventario de la compañía, por una parte y, por la otra, examinar los estados financieros y los balances de ganancias y pérdidas de la misma.

Ahora bien, tal como lo establece el Artículo 304 del Código de Comercio, el cual textualmente dispone:

Los administradores presentarán a los comisarios, con un mes de anticipación por lo menos al día fijado para la asamblea que ha de discutirlo, el balance respectivo con los documentos justificativos, y en él se indicará claramente: 1º El capital social realmente existente. 2º Las entregas efectuadas y las demoras. El balance demostrará con evidencia y exactitud los beneficios realmente obtenidos y las pérdidas experimentadas, fijando las partidas del acervo social por el valor que realmente tengan o se les presuma. A los créditos incobrables no se les dará valor.

Del mandato de la ley, se infiere que, a los fines de la presentación del balance por parte de los administradores de la compañía, el mismo deberá reflejar social realmente existente, lo cual significa que las cuentas de capital deben presentar el capital social suscrito, las utilidades y las pérdidas acumuladas de años anteriores, esto es el patrimonio. Por lo que a la luz del Artículo 304 del Código de Comercio anteriormente transcrito, se deduce que el balance presentado por los administradores de la compañía deberá ser aquel que refleje realmente el capital social existente, es decir, el capital social nominal histórico o capital fijo (suscrito por los accionistas), el cual se encuentra reflejado en el documento constitutivo y estatutario de la sociedad, así como en el balance general histórico de la compañía y no en el balance ajustado por índices de inflación o corrección monetaria.

En efecto, la exigencia de representar la realidad del valor del capital existente queda seriamente comprometida si la cifra correspondiente se

expresa en términos de valores históricos superados por la inflación. Podría decirse inclusive, que tal información sería inexacta e irreal particularmente en lo que respecta a la incidencia de la inflación sobre la posición monetaria de la compañía y únicamente es utilizada para determinar variaciones entre ejercicios económicos de las compañías.

Por lo antes expuesto, y concatenado con lo dispuesto en el Artículo 264 del Código de Comercio, se puede concluir que los administradores de la compañía deberán tomar en consideración y reconocer de acuerdo con el balance general histórico de la compañía y no aquel ajustado por inflación o corrección monetaria que la compañía ha perdido dos tercios (2/3) de su capital social y se encuentra en situación de pérdidas en los términos expuestos por el Artículo 264 del Código de Comercio. Sin embargo, lo expuesto avala la obligación de reintegrar el capital social perdido por parte de los accionistas, en resguardo del principio de efectividad que regula al capital social, si ese fuere el caso, entendiéndose por ello, la reposición del capital social pagado y suscrito por los accionistas, pero no a valores constantes, pues en este caso estuvieran reponiendo más de lo perdido, atendiendo a que sólo puede perderse lo que una vez se aportó y no más de eso.

4. DERECHO DE LOS ACCIONISTAS ANTE UNA SITUACIÓN DE PÉRDIDAS

1. Conforme al artículo 306 del Código de Comercio, los accionistas tienen el derecho de examinar, con al menos quince (15) días de antelación a la celebración de la asamblea de accionistas, los informes de los administradores, el balance, los estados de ganancias y pérdidas, y demás estados financieros que hayan sido presentados por los administradores, conjuntamente con el respectivo informe del comisario.
2. Si algunos de los accionistas, al menos la tercera parte, reunidos en Asamblea, consideran que no se encuentran suficientemente

informados para deliberar los puntos objeto de la convocatoria, podrán pedir que la reunión se difiera por tres días.

3. En la eventualidad que la Asamblea de Accionistas que hubiere sido convocada para deliberar y tomar medidas respecto a una situación de pérdidas de la sociedad, resuelva reintegrar el capital social perdido o reintegrar conjuntamente con un aumento de capital social o solamente ejecutar el aumento del capital social, los accionistas, de conformidad con lo previsto en el Artículo 282 del Código de Comercio, tendrán el derecho de retirarse de la compañía y que se les paguen sus acciones en la proporción del activo neto social existente según el balance que hubieres sido aprobado en dicha Asamblea de Accionistas.

En aras de un desarrollo más claro y preciso del derecho contenido en el Artículo 282 del Código de Comercio, consideramos que los estatutos sociales deberían prever disposiciones que complementen la referida norma y delimiten con mayor precisión el alcance de las obligaciones de los administradores y accionistas.

En la eventualidad que en la Asamblea de Accionistas que hubiere sido convocada para deliberar y tomar decisiones respecto de una situación de pérdidas de la sociedad, los accionistas no hubieren tomado decisión alguna, cualquier accionista podrá pedir ante el Tribunal competente que, conforme a lo previsto en el ordinal 5º del Artículo 340 del Código de Comercio, la compañía sea liquidada.

5. RESPONSABILIDAD DE LOS ADMINSTRADORES

Procedemos a realizar las siguientes consideraciones:

- 1) Las facultades de los administradores son, en forma taxativa, aquellas previstas expresamente en el documento constitutivo estatutario de la sociedad y aquellas otorgadas expresamente por la ley (Artículo 264 del Código de Comercio).

- 2) El administrador contrae responsabilidad frente a la compañía y a los accionistas cuando causa daño mediante un acto ilícito que se materialice en el incumplimiento o en el cumplimiento defectuoso de sus obligaciones, por un acto o una omisión. En este sentido, independientemente que la compañía se encuentre inmersa en el supuesto previsto en el Artículo 264 del Código de Comercio, siguen vigentes todas y cada una de las obligaciones asumidas por los administradores desde el momento de su designación.
- 3) Con la pérdida de al menos dos tercios (2/3) del capital social, la compañía legalmente se sitúa en una de las causales de disolución que prevé nuestro Código de Comercio y, a nuestro juicio, una administración prudente y juiciosa debería abstenerse de realizar nuevas operaciones en los términos expuestos por los artículos 347 del Código de Comercio y 1.682 del Código Civil.
- 4) En ejecución del mandato establecido en el Artículo 243 del Código de Comercio, la responsabilidad de los administradores sólo puede producirse cuando el acto realizado haya causado un daño, exista una relación de causalidad y esté presente un supuesto de culpa, funcionando en esta materia los esquemas de responsabilidad y daño resarcible vigente para el derecho común. Esta responsabilidad en que pueden incurrir los administradores puede ser frente a la sociedad (es decir, sus accionistas); o, frente a terceros, por los daños causados siguiendo las reglas de responsabilidad extra-contractual.

En cuanto a las acciones por responsabilidad que pueden ser tomadas por los accionistas (sociedad) contra los administradores, se entiende que las mismas pueden incluir cualquier reclamación que se

genere por daños a la sociedad, correspondiéndole a la asamblea de accionistas su ejercicio, pudiendo delegar expresamente para ello, al comisario o a cualquier otra persona. Asimismo, cuando así se estime conveniente, se podrá llevar a cabo una denuncia, por parte de un número de accionistas que al menos representen el veinte por ciento (20%) del total del capital social de la compañía, ante el Tribunal competente, cuando se abriguen fundadas sospechas de graves irregularidades en el cumplimiento de sus deberes por parte de los administradores. A todo evento se entiende que los administradores tendrán una responsabilidad personal y directa en todos los actos que lleven a cabo en la administración de la sociedad que contraríen las afirmaciones antes realizadas.

Sin embargo, debe tenerse presente lo previsto en el Artículo 945 del Código de Comercio, el cual proclama que, si la sociedad como consecuencia de su situación patrimonial incurriera en una cesación de pagos y llegase a un proceso concursal de quiebra, se considerarán nulos y sin efecto por los acreedores en concurso los siguientes actos, cuando los mismos sean realizados o efectuados en esa época o dentro de los diez (10) días anteriores a la misma: enajenación de bienes muebles e inmuebles a título gratuito, ; constitución de hipotecas convencionales o judiciales, derechos de anticresis, prenda y cualquier privilegio o causa de preferencia en el pago, obtenidos sobre bienes de la compañía, por deudas contraídas con anterioridad a los diez (10) días indicados; los pagos de deudas de plazo no vencidos; y los pagos de deudas de plazo vencido, que fueren hechos de otra manera en dinero o en papeles negociables, si la obligación era pagadera em efectivo.

En caso de que se ejecuten cualesquiera de los actos antes citados, en el momento en que se produzca la cesación de pago, o en

el período de tiempo antes indicado, se puede entender, de llegarse a un procedimiento concursal de quiebra, que la quiebra es fraudulenta, lo que traería como consecuencia que tanto los administradores como los accionistas pudieran incurrir en responsabilidad civil y penal. Por ejemplo, uno de los supuestos de quiebra fraudulenta es la declaración falsa del capital existente.

CONCLUSIONES

1.- Los procesos continuados de inflación y devaluación colocan a las empresas a riesgo constante de situarse contablemente en situación de pérdidas de capital, aun cuando dichas pérdidas no obedezcan a una merma en la actividad productiva, ni impliquen en lo inmediato atraso en el cumplimiento de obligaciones ni la existencia de una situación de insolvencia. Las pérdidas generadas en dichos procesos, por lo general, no son el resultado de la ineficiencia gerencial ni de la improductividad o resultado desfavorable de la explotación del giro comercial de la empresa; es decir, de la carencia de éxitos en los negocios sociales.

Las pérdidas, en la mayoría de los casos, son atribuibles al proceso combinado de inflación y devaluación, que encarece la actividad productiva y vulnera los valores del activo social, con lo cual deberían tratarse como “pérdidas aparentes” que necesariamente debe poner en alerta a los administradores y a los accionistas y obligarles a tomar medidas que atiendan el problema, como por ejemplo, la capitalización de la revalorización de los activos patrimoniales, lo cual

busca mantener la efectividad del capital social y devolverle el equilibrio perdido al patrimonio social.

2.- El capital social cumple diversas funciones; el capital social regula el desarrollo de las relaciones entre los socios y el propio gobierno de la sociedad, y cumple una función de garantía para los acreedores al servir de cifra de retención patrimonial.

3.- La efectividad del patrimonio social se ve poderosamente afectada por los efectos corrosivos de la inflación y la devaluación, convirtiéndose hoy día en verdaderos problemas para las sociedades mercantiles, sus administradores y accionistas. Tales efectos corrosivos hacen difícil mantener los valores reales de los activos que respaldan al capital social efectivo, repercutiendo en la cifra de retención patrimonial.

4.- El objetivo del legislador, al prever la norma contenida en el Artículo 264 del Código de Comercio, no ha sido otro que resguardar el principio de efectividad e incolumidad que regula, entre otro, al capital social de la empresa y la garantía de los acreedores.

5.- A la luz de lo dispuesto en el Artículo 264 del Código de Comercio, se puede concluir que los administradores de la compañía deberán tomar en consideración y reconocer de acuerdo con el balance general histórico de la misma, si la compañía ha perdido un tercio ($1/3$) o dos tercios ($2/3$) o más de su capital social, encontrándose, por tanto, en situación de pérdidas.

6.- Frente a una pérdida de capital nominal o capital fijo igual o superior a los dos tercios ($2/3$) del capital social de la sociedad, que legalmente la coloca en una de las causales de disolución previstas en nuestro Código de Comercio, una administración prudente y juiciosa debería abstenerse de formalizar nuevas operaciones y convocar a una

Asamblea de Accionistas para que éstos procedan a tomar una decisión según prevé el Artículo 264 del Código de Comercio.

7.- Juzgamos que una administración prudente, sana y juiciosa, una vez que observa o se percata, según la información contable-financiera que maneja, debería, en primer orden, reunirse en Junta, si la administración es conducida por medio de un órgano colegiado, convocando igualmente a dicha reunión al Comisario de la sociedad mercantil, y en el seno de la Junta deliberar sobre la situación de pérdidas en la que se encuentra la sociedad, acordar convocar a la Asamblea de Accionistas a efectos de presentarles los estados financieros e informarles de la situación de pérdidas, señalarles, si fuere el caso, que dicha situación coloca legalmente a la sociedad en una de las causales de disolución previstas en nuestro Código de Comercio, y plantearles situaciones para sustraer a la empresa de la situación de pérdidas que presenta, advirtiéndoles que la administración tomó la decisión en Junta de abstenerse de realizar nuevas operaciones hasta tanto los accionistas no se reunieran y tomaran las medidas que la ley ordena, decisión que tiene como objetivo no sólo el resguardo de la responsabilidad de los administradores, sino también el del patrimonio de la empresa.

8.- En relación con el plazo de tiempo dentro del cual deba llevarse a cabo la convocatoria para la celebración de la Asamblea de Accionista a la que hace referencia el Artículo 264 del Código de Comercio, ni en el Código de Comercio, ni en ninguna otra ley vigente en la materia en Venezuela, encontramos que se otorguen lapsos o términos para llevar a cabo las acciones previstas en el Artículo 264 del Código de Comercio.

9.- Corresponde entonces a los administradores determinar la gravedad de la pérdida y las razones a que éstas se deben, y actuar en

consecuencia, ateniéndose al estándar de conducta esperado de un buen padre de familia. Por tanto, la convocatoria que han de efectuar los administradores a los accionistas para que éstos resuelvan acerca de las medidas que van a adoptar a efectos de sustraer a la sociedad mercantil de la situación de pérdidas, en primer orden, deber estar precedida de una reunión de Junta Directiva (si la administración se conduce a través de un órgano colegiado) y, en segundo orden, se trata entonces de una acción cuyo tiempo de ejecución el legislador ha dejado al libre juicio o arbitrio de los administradores, según el estándar de diligencia de un buen padre de familia, entendiéndose que la falta de una acción diligente compromete su eventual responsabilidad civil por los daños que se cause. Ahora bien, si se trata de una pérdida igual o superior a los dos tercios (2/3) que legalmente coloca en estado de disolución a la sociedad mercantil y que por ello impide a los administradores de realizar nuevas operaciones, entonces opinamos que se impone la inmediatez en la actuación de los administradores respecto a la convocatoria de la Asamblea de Accionistas.

10.- El administrador o administradores deberán presentarle a los accionistas, para su aprobación o aprobación, respetando las previsiones del Artículo 306 del Código de Comercio, un balance elaborado conforme a lo previsto en los artículos 304 y 35 del Código de Comercio, junto con el informe del comisario.

11.- En Asamblea, los accionistas deberán aprobar o improbar el balance, y luego de resultar aprobado el balance que evidencie con exactitud las pérdidas experimentadas, los accionistas tendrán que pronunciarse, conforme a los intereses en juego y a las causas que han generado las pérdidas y su impacto en la viabilidad económico-financiera de la sociedad que tiene incidencia en la jurídica, sobre si acuerdan: 1) el reintegro del capital social perdido; 2) limitan el mismo

al existente; 3) resuelven ejecutar otras medidas alternativas o complementarias, según corresponda, que coadyuben a sustraer a la sociedad de la situación de pérdidas. A falta de acuerdo sobre cualquiera de los dos (2) supuestos antes indicados, los accionistas tendrán que reconocer que la sociedad se ha disuelto y deberán ponerla necesariamente en liquidación, de tratarse de una pérdida igual o superior a los dos tercios (2/3), los accionistas serán solidariamente responsables por un lapso de cinco (5) años siguientes a la liquidación de la sociedad.

12.- Ni el Código de Comercio ni ninguna otra ley vigente en la República Bolivariana de Venezuela establece un plazo para que se ejecuten las decisiones adoptadas por la Asamblea de Accionistas en relación con los supuestos establecidos en el Artículo 264 del Código de Comercio. La Asamblea de Accionistas es soberana y le corresponde por ello establecer los plazos y condiciones para ejecutar las decisiones adoptadas.

13.- Corresponderá a los administradores determinar si la situación de pérdidas se debe principalmente a los efectos de la inflación y, de ser así, consideramos que lo apropiado, de no haberse hecho antes, es que los administradores sugieran a los accionistas, en primer orden, aumentar el capital social mediante la capitalización de la reexpresión de los activos de la compañía a efectos de mantener la efectividad del capital social y la garantía de los acreedores, sin que se considere la reposición del capital, pues éste, a nuestro juicio, realmente no ha perdido (se trataría de una “pérdida aparente”), sino que la inflación ha distorsionado la información contable-financiera de la empresa y la capitalización por revaluación de activos tiene como objetivo corregir la distorsión.

14.- Consideramos que los accionistas de la compañía podrían recurrir en la Asamblea de Accionistas, en virtud de la soberanía y autonomía que ésta posee de sus decisiones, a otras alternativas jurídicas para sustraer a la compañía de los supuestos contenidos en el Artículo 264 del Código de Comercio. Siendo un principio en derecho privado, aquel que dispone que lo que no esté expresamente prohibido por la ley, es totalmente permitido. Por lo cual, aun cuando la ley contempla los supuestos que preferentemente podrán ser aplicados al caso en comentario, no prohíbe cualquier otra forma de operación jurídica que conduzca a obtener el mismo efecto para la sociedad en situación de pérdidas, el cual consiste en sustraerla de tal situación. No obstante, aunque la decisión pase por reposición y/o aumento de capital, los accionistas tendrán que ineludiblemente pagar la porción de capital insoluto que les corresponde; por ejemplo, la cuotaparte de los dividendos pasivos que les toque.

15.- Cualquier alternativa que se desee aplicar o ejecutar, sin que constituya una medida complementaria a la reposición del capital social perdido, deberá, en nuestro criterio, ir acompañada de un estudio contable-financiero que denote que la ejecución de tal medida no repercute desfavorablemente sobre la efectividad del capital social de la empresa.

16.- En aras de un desarrollo más claro y preciso del derecho contenido en el Artículo 282 del Código de Comercio y de una delimitación más clara de las obligaciones de los administradores y accionistas previstas en el Artículo 264 del mismo Código, consideramos que los estatutos sociales deberían prever disposiciones que complementen la referida norma y determinar con mayor precisión el alcance de las obligaciones de los administradores y accionistas, como por ejemplo, plazo para convocar a la Asamblea de Accionistas y

plazo para ejecutar las medidas adoptadas o aprobadas en Asamblea de Accionistas.

REFERENCIAS BIBLIOGRAFICAS

- ACEDO SUCRE, Carlos Eduardo y ACEDO DE LEPERVANCHE, Luisa Teresa. "Las Reservas de las Sociedades Anónimas, su relación con el Artículo 264" en Estudio sobre Derecho de Seguros. AVEDECES-AIDA. UCAB. Caracas.2003.
- ARISMENDI, José-Loreto. "Tratado de las sociedades Civiles y Mercantiles". 5ª Edición, Gráficas Armitano C.A. Caracas, 1979.
- ESPÍN GUTIÉRREZ, Cristóbal. "La Operación de Reducción y Aumento del Capital Simultáneos en la Sociedad Anónima". Editorial McGraw-Hill. Madrid. 1997.
- GARRIGUES, Joaquín. "Tratado de Derecho Mercantil". Tomo II. Editorial Temis. Bogotá. 1987.
- GOLDSCHMIDT, Roberto. "Curso de Derecho Mercantil". Actualizado por María Auxiliadora Pisani Ricci, Gabriel Rodríguez e Ivanova Beirutti Ruiz. Universidad Católica Andrés Bello y Fundación Roberto Golschmidt. Caracas. 2001.
- MORLES HERNÁNDEZ, Alfredo. "Curso de Derecho Mercantil". Tomo II. Universidad Católica Andrés Bello. Caracas. 1998.
- RODNER, James-Otis. "El dinero, la inflación y las deudas de valor". Editorial Arte. Caracas. 1995.

ROMERO-MUCI. Humberto. "Los Ajustes por Inflación en la Ley del Impuesto sobre la Renta". Editorial Jurídica Venezolana. Caracas. 1993.

URDANETA FONTIVEROS, Enrique. "Problemas de Orden Jurídico que suscita la Publicación Técnica sobre Reestructuración del Patrimonio Ajustado por Efectos de la Inflación". Livrosca C.A. Caracas. 2000.