

Consecuencias derivadas del artículo 264 del Código de Comercio de Venezuela

Samantha Sánchez Miralles*

Sumario

Introducción

1. El artículo 264 del Código de Comercio *1.1 Primer supuesto: pérdida de un tercio del capital social* *1.2. Segundo supuesto: pérdida de dos tercios del capital social* **2. Consecuencias derivadas del artículo 264** *2.1. Tiempo para tomar la decisión* *2.2. Consecuencias de no tomar la decisión* **2. Derecho comparado. Breve mención al Derecho peruano**

Conclusiones

Introducción

Se plantea el análisis del artículo 264 del Código de Comercio de Venezuela a los fines de determinar sus consecuencias, en particular si los socios no toman las acciones previstas en la propia disposición, visto que el artículo no prevé sanciones específicas ni para la sociedad, ni para los accionistas, en caso de inactividad de estos últimos.

* **Universidad Central de Venezuela**, Abogado *Magna Cum Laude*; Doctora en Ciencias, Mención Derecho. **University of Michigan**, LL.M.

1. El artículo 264 del Código de Comercio¹

Reza la disposición indicada:

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.

Es decir, que la disposición en comento plantea dos supuestos, cada uno con sus consecuencias correspondientes que serán analizadas de manera más detallada *infra*. Sin embargo, ambos casos parten de la disminución de capital que debe constar en el inventario y en el balance.

El balance es la presentación sintética del estado patrimonial de la sociedad, con la indicación de los elementos de que se compone, agrupados según su naturaleza, y con expresión de sus respectivos valores. Se trata de un documento contable que debe hacerse de modo que indique de forma clara e inequívoca el capital realmente existente, es decir, debe evidenciar con exactitud los beneficios realmente obtenidos y las pérdidas experimentadas, fijando las partidas del acervo social por el valor que tienen.

Además, el balance debe estar precedido del inventario, conforme al cual el comerciante debe hacer una descripción estimatoria de todos sus bienes, tanto muebles como inmuebles, y de todos sus créditos, activos y pasivos. Asimismo, en el balance debe hacerse mención de las garantías otorgadas, así como de cualquier otra obligación contraída bajo condición suspensiva.

¹ *Gaceta Oficial de la República de Venezuela* N° 475 extraordinario, del 21 de diciembre de 1955.

Es decir, que a los efectos del artículo 264, para determinar el patrimonio neto deben tomarse todos los valores patrimoniales que conformen el acervo social.

1.1. Primer supuesto: pérdida de un tercio del capital social

“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 sobre si optan por reintegrar el capital, limitarlo a la suma que queda, o poner la sociedad en liquidación”.

Vemos que la principal obligación de este supuesto recae sobre los administradores de la sociedad, quienes deben convocar a los accionistas y hacer de su conocimiento la situación relativa a la pérdida del capital, para que estos últimos tomen una decisión, según lo contemplado en el propio artículo.

En este punto resulta de interés la posición de la Sala de Casación Civil, cuando ha analizado quiénes pueden convocar a una asamblea de accionistas, indicando dentro de estos supuestos que “la ley impone a los administradores la obligación de convocar la asamblea, de un modo directo y expreso. Así ocurre en el caso del artículo 264 del Código de Comercio (pérdida del capital)” cuando “tengan conocimiento de que el capital social ha disminuido en un tercio”².

Esta obligación, en cabeza de los administradores, debe leerse de modo concurrente con los artículos 266 y 310 del mismo Código, que contemplan la responsabilidad de dichos sujetos *vis-a-vis* los accionistas y los terceros, por el incumplimiento de los deberes que le impone la Ley.

Recordamos brevemente que los deberes de los administradores se encuentran contenidos en diversas disposiciones del Código de Comercio, siendo los principales:

- i. Exigir a los promotores, en caso de constitución sucesiva, todos los documentos y la correspondencia referentes a la compañía y su constitución

² TSJ/SCC, sent. N° RC0565, de fecha 22 de octubre de 2009, <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scc/octubre/rc.00565-221009-2009-08-675.html>.

(artículo 259); ii. depositar en la caja social un número de acciones determinado por los estatutos para garantizar los actos de su gestión (artículo 244); iii. llevar los libros prescritos a todo comerciante, además del libro de accionistas, libro de actas de asamblea y libro de actas de la junta de administradores (artículo 260); iv. permitir a los accionistas la inspección de los libros de accionistas y de actas de asamblea (artículo 261); v. convocar a los socios para interrogarlos sobre si optan por reintegrar el capital, limitarlo a la suma que queda o poner la sociedad en liquidación, cuando el capital haya disminuido en uno o dos tercios (artículo 264); vi. formar, cada seis meses, un estado sumario de la situación activa y pasiva de la compañía y ponerlo a disposición de los comisarios (artículo 265); vii. abstenerse de intervenir en las deliberaciones sobre la materia en la cual tengan un interés contrario al de la compañía (artículo 269); viii. formar el balance de la compañía y presentarlo a los comisarios con un mes de antelación, por lo menos, al día fijado para la asamblea que ha de discutirlo (artículo 304); ix. presentar cuentas de su administración a la asamblea ordinaria (artículo 287); x. presentar al juez de comercio o al registrador copia del balance y del informe del comisario, dentro de los 10 días siguientes a su aprobación (artículo 308); xi. convocar la asamblea, cuando sea solicitado por un número de socios que represente al menos el 20 % del capital social (artículo 278); y xii. dar opinión al tribunal, en casos de oposición o denuncia presentados conforme a los artículos 290 y 291, cuando el juez así lo solicite.

Destacamos, pues, para el número “v”, en virtud del cual, al tener los administradores conocimiento de la pérdida de capital, deberá convocar a la asamblea para que los socios tomen la decisión que consideren prudente. Es decir, el momento para realizar la convocatoria, es el momento mismo en el cual los administradores se han percatado de la pérdida del capital de la sociedad que están administrando.

Ahora bien, la obligación de los administradores se satisface, entonces, con la simple convocatoria de la asamblea, con independencia de la decisión que luego tomen los accionistas en la misma.

Planteada en consecuencia la situación de pérdida a los accionistas, estos podrán decidir entre: i. reintegrar el capital social; ii. limitarlo a la suma restante; o iii. colocar la sociedad en liquidación.

1.2. Segundo supuesto: pérdida de dos tercios del capital social

“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”.

En este caso, cuando la disminución es de dos tercios (66,66 %) o más del capital social, el universo de opciones de los socios se limita severamente ya que ellos solo podrán decidir entre: i. Reintegrar el capital o ii. limitarlo a la suma restante.

Si los socios no lograsen un acuerdo para seguir alguna de estas dos opciones, el Código plantea que la sociedad entrará inmediatamente *e ipso iure* en estado de liquidación conforme a la letra del propio artículo 264 ya citado y en concordancia con el artículo 340 N° 5 del Código de Comercio, según el cual “las compañías de comercio se disuelven: (...) 5. Por la pérdida entera del capital o por la parcial a que se refiere el artículo 264 cuando los socios no resuelven reintegrarlo o limitarlo al existente”.

El caso contemplado en el artículo 340 N° 5, si bien puede no resultar evidente con facilidad para los terceros, como ocurriría en aquellos casos en los cuales la sociedad no consigne en el Registro Mercantil sus balances, sí es evidente para los administradores, quienes están obligados a conocer la situación económica de la sociedad y a convocar a la asamblea para que resuelva poner a la compañía en liquidación, reintegrar el capital perdido o limitarlo al existente.

Es decir, al igual que en el primer supuesto analizado anteriormente, la obligación de los administradores de convocar una asamblea para notificar a los socios sobre las pérdidas de la compañía es clara y se genera en el momento mismo en el que los administradores conozcan de la pérdida.

2. Consecuencias derivadas del artículo 264

2.1. *Tiempo para tomar la decisión*

Hemos señalado *supra* que el tiempo para que los administradores cumplan con su obligación de alertar a los socios sobre las pérdidas, ocurre en el mismo momento en el que éstos conocen de tal hecho. Esto para ambos supuestos de la disposición analizada.

Ahora bien, el Código no establece, para ninguno de los dos casos, de manera expresa un tiempo para que los accionistas tomen una decisión, luego de que éstos han conocido la situación de la compañía. Es decir, de acuerdo a lo prescrito en el artículo 264, lo que encontramos es un silencio, por lo que pensamos que, en principio, los socios deberían tomar la decisión en la siguiente asamblea de accionistas que celebre la sociedad.

Normalmente, cada sociedad establece, en sus propios estatutos sociales, la frecuencia con la que se deben celebrar sus asambleas de accionistas, pero al menos debería hacerlo una vez al año (artículo 274 del Código de Comercio). En tal sentido, podemos decir que, en general, los estatutos contemplan que la asamblea ordinaria se reunirá dentro de los tres meses siguientes al cierre del ejercicio anual, quedando en potestad de los administradores la determinación de la fecha exacta de la reunión³.

Todo lo anterior no obsta, para que dado el carácter extraordinario de la situación aquí discutida y vista la obligación de los administradores de dar a conocer la pérdida tan pronto como ellos la conozcan, y consecuentemente, su obligación de convocar una asamblea en ese momento, estemos frente a la posibilidad de celebrar una asamblea extraordinaria de accionistas, donde obviamente se podrán ventilar los mismos asuntos que en la ordinaria y tomar alguna de las decisiones prescritas por la disposición aquí analizada.

³ Morles Hernández, Alfredo: **Curso de Derecho Mercantil. Las sociedades mercantiles.** Tomo II. UCAB. Caracas, 1999, p. 1187.

2.2. *Consecuencias de no tomar la decisión*

Nos hemos planteado cuáles serían las consecuencias, si, luego de que los socios han sido debidamente informados de la situación por parte de los administradores de la compañía, los primeros deciden no tomar ninguna decisión con respecto a la pérdida del capital social.

Lo primero que debemos señalar es que el propio Código de Comercio no contempla un lapso determinado para la toma de la decisión por parte de los accionistas, como ya se ha indicado, ni tampoco prevé sanciones para los socios, en caso de que éstos no tomen ninguna decisión.

Traemos al análisis la existencia del principio de autonomía de la voluntad de los socios, y planteamos si dicho principio permitiría sustentar la no toma de decisiones por parte de los accionistas, en los supuestos contenidos en el artículo 264 aquí analizado.

Efectivamente, la mayor parte de la doctrina contemporánea admite sin mayores reservas la validez de la autonomía de la voluntad de los socios para determinar el funcionamiento de su propia empresa, incluyendo la determinación de causales estatutarias de disolución distintas de las contempladas en la lista taxativa legal. Por lo que, en principio, esa autonomía ampararía a los accionistas en su decisión de no tomar ninguna medida de las contempladas en la norma del artículo 264.

Sin embargo, este principio debe compaginarse con el hecho de que el capital social es uno de los elementos fundamentales de una sociedad anónima y es, en definitiva, el límite de la responsabilidad de los accionistas y una garantía frente a los terceros. Así, es relevante para que los terceros conozcan hasta dónde responden los socios⁴, y si ese capital que funge de garantía ha disminuido drásticamente, como en los supuestos aquí estudiados, este hecho y sus posibles consecuencias van más allá del principio de la autonomía de la voluntad de los socios.

⁴ Véase: García Mandaloniz, Marta: “El cuestionado sentido del régimen jurídico del capital social”. En: **Simplificar el derecho de sociedades**. Marcial Pons. Madrid, 2010.

En este punto, es menester separar para esta parte del análisis los dos supuestos contenidos en el artículo 264.

En el primer supuesto de la pérdida de un tercio del capital social, en nuestra opinión es perfectamente posible que los socios decidan no hacer nada por un tiempo. Es decir, pensamos que es legal y factible no tomar ninguna decisión al respecto, ya que ello no originaría ninguna sanción en cabeza de la sociedad ni de sus socios. Así lo confirma la doctrina nacional al señalar: “los socios podrán no tomar ninguna determinación al respecto y continuar así las actividades de la compañía”⁵.

Pensamos que el silencio de la norma, en cuanto a las consecuencias jurídicas que se derivan de la no actuación por parte de los accionistas, se debe a que la misma realidad, el propio giro comercial de la empresa, determinará el tiempo –y probablemente la premura– de la toma de la decisión por parte de los socios, ya que una empresa no puede operar con normalidad si no tiene suficiente capital. Sus propios acreedores se constituyen de alguna manera en garantes o guardianes para que los socios tomen las medidas pertinentes: ya sea resarcir las pérdidas, disminuir el capital social o disolver la sociedad.

Recordemos que el propósito subyacente en la disposición contenida en el artículo 264 es la protección de los acreedores de la sociedad y, por lo tanto, este será un factor fundamental a la hora de interpretar este artículo.

Así las cosas, verificada la disminución de capital por parte del administrador de la compañía, al mismo no le quedaría otra opción, sino convocar a la asamblea extraordinaria de accionistas –cumpliendo con tal llamado su obligación de ley– y a los accionistas, a los fines de decidir cuál vía elegir; pudiendo optar por la “inactividad” o “falta de decisión” solo en caso que la pérdida no supere los dos tercios sobre el capital.

⁵ Hernández-Bretón, Armando: **Código de Comercio venezolano**. Editorial La Torre. Caracas, 1965, p. 162.

En la práctica además, cuando una sociedad ha perdido su capital, está imposibilitada por ejemplo de participar en el Registro Nacional de Contratistas⁶ y, en consecuencia, está imposibilitado de proveer bienes, servicios u obras al Estado venezolano. En una economía como la nuestra, donde el Estado es el jugador más importante y con más peso, el solo hecho de tener esta limitación podría considerarse como una sanción lo suficientemente fuerte como para incentivar a los accionistas la toma de la decisión planteada por el Código de Comercio.

Por su parte, los administradores, ya lo hemos resaltado, han cumplido con su obligación, en principio, al haber convocado una asamblea de socios y haberles informado sobre la pérdida.

En el segundo supuesto, luego de que los socios se han enterado de la situación, parece menos claro que éstos puedan abstenerse de tomar alguna decisión. Nuestra conclusión se desprende del hecho de que, si bien el artículo tampoco establece para el segundo caso un “límite de tiempo para tomar esas medidas”, sí incluye un supuesto fáctico del cual no parece posible que pueda abstraerse la sociedad, porque se considera que en ese momento ha entrado en liquidación, tal y como lo señala el artículo 340 del Código de Comercio.

La doctrina también coincide en que la liquidación se produciría *ipso iure* si no se toma alguna de las medidas contempladas en la propia disposición⁷.

Es importante recalcar que tal liquidación *ipso iure* se produce únicamente si la asamblea no decide reintegrar o limitar el capital. La prohibición para los

⁶ El Registro Nacional de Contratistas es una dependencia administrativa del Servicio Nacional de Contrataciones según la Ley de Contrataciones Públicas que tiene por objeto la consolidación de los datos de las empresas que han solicitado inscripción a través de un “Registro Auxiliar” el cual permite recabar información relevante que sirva de soporte para los procesos de contratación pública. Contiene la información básica para la calificación legal, financiera y por especialidad de acuerdo a la Ley de Contrataciones Públicas. La inscripción de las empresas es requisito indispensable para contratar obras, bienes o servicios con el Estado venezolano.

⁷ Véase: Acedo Mendoza, Manuel y Acedo de Lepervanche, Luisa: **La sociedad anónima**. Vadell Hermanos Editores. Valencia, 1994.

administradores de emprender nuevas operaciones –consecuencia de la disolución–, se aplica de inmediato, una vez que los administradores concluyan que se ha producido la pérdida indicada.

Esta idea es recogida, a su vez, por la Sala Constitucional, en fallo donde indicó:

Se observa que, estos artículos determinan, entre otros casos, la situación en la cual se encuentra una sociedad de comercio cuando se ha producido la pérdida del capital social. La pérdida entera del capital social o la parcial a que se refiere el artículo 264 del Código de Comercio, cuando los socios no resuelven reintegrarlo o limitarlo al existente, es causal de disolución de las sociedades, tal como lo prevé el ordinal 5° del artículo 340 *eiusdem*.

Las sociedades anónimas no pueden subsistir sin un capital determinado, en los casos en que se verifique una disminución del capital social, los administradores de la sociedad mercantil, están obligados a convocar a los accionistas para interrogarlos sobre la decisión que debe adoptar, a través de la convocatoria de una asamblea extraordinaria de accionistas de conformidad con el *quórum* y la votación requerida por el artículo 280 del Código de Comercio. Una de esas decisiones que puede adoptar la asamblea es la disolución de la sociedad, la cual debe ser expresa por parte de los accionistas, ello en caso de que no se resuelva el reintegro de capital o limitar el mismo, según el caso. La pérdida o disminución del capital, debe aparecer del inventario y del balance, tal como lo dispone el artículo 264 *eiusdem*, ya que éstos son los medios idóneos para establecerla. Si los socios en la asamblea, no acuerdan la disolución, la compañía sigue funcionando, pero se encontrará en situación de liquidación si la pérdida alcanzara o sobrepasara los dos tercios del capital, con las consecuencias pertinentes⁸.

Ahora bien, la liquidación de una sociedad no es algo automático, sino que tiene un proceso, unos pasos que deben cumplirse, por eso y, a pesar de

⁸ TSJ/SC, sent. N° 1213, de fecha 23 de junio de 2004, <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/junio/1213-230604-03-1909%20.htm>.

que el artículo 340 del Código de Comercio señala que cuando los socios no toman la decisión de reponer las pérdidas o disminuir el capital o aumentarlo, la compañía entra en liquidación, pensamos que debe a partir de entonces seguirse los pasos contemplados en la legislación para que dicha liquidación se lleve a cabo.

El autor argentino Alberto Víctor Verón explica que “la extinción de una sociedad no se lleva a cabo de modo repentino, espontáneo o en acto único, sino que, como en el proceso formativo de la sociedad, tiene que recorrer un íter extintivo...”, siguiendo a Verón, que el proceso de extinción se lleva a cabo en cuatro etapas: i. La disolución; ii. la liquidación; iii. la partición del patrimonio social; y iv. la extinción propiamente dicha, cuando desaparece el patrimonio social⁹.

Esto se traduciría en que en este segundo supuesto, la sociedad, si bien entraría en liquidación, debe seguir los pasos para materializar la misma. No obstante, una vez entrada la empresa en liquidación, los administradores deben abstenerse de hacer operaciones en nombre de la compañía, so pena de nulidad frente a terceros.

3. Derecho comparado. Breve mención al Derecho peruano

Queremos destacar el caso peruano. Aquí se contempla la causal de disolución con la posibilidad de que si se otorgan garantías reales o personales de accionistas o terceros a favor de los acreedores, que representen más del 80 % del total adeudado, la causal de disolución no operará. Estas garantías deben otorgarse en el momento en el que los accionistas reconozcan las pérdidas¹⁰.

⁹ Citado en Acedo Sucre, Carlos y Acedo de Lepervanche, Luisa: “Las reservas de las sociedades anónimas, su relación con el artículo 264 del Código de Comercio y la aplicación de éste a las compañías aseguradoras”. En: **Estudios sobre Derecho de Seguros, libro homenaje a los 40 años de la fundación de la Asociación Venezolana de Derecho de Seguros**. UCAB. Caracas, 2003, pp. 118 y ss.

¹⁰ Hundskopf, Oswaldo: **Derecho comercial, nuevas orientaciones y temas modernos**. Tomo II. Universidad de Lima. Lima, 1994, p. 187.

El caso peruano nos parece interesante porque, apoyándose en un sentido práctico, apunta a la posible continuidad de la vida societaria, siempre y cuando se aumenten las garantías frente a los terceros, que, como ya hemos indicado anteriormente, es el espíritu y la función del principio de integridad del capital social que subyace bajo la disposición del artículo 264 del Código de Comercio venezolano.

Conclusiones

El artículo 264 plantea dos supuestos: i. Pérdida de un tercio del capital social y ii. pérdida de dos tercios del capital social. El propio artículo 264 prescribe las acciones que los socios deben tomar en cada supuesto: i. resarcir las pérdidas, ii. disminuir el capital, o iii. disolver la sociedad. No obstante, la disposición analizada no contempla lapso para tomar alguna de las decisiones que ordena, ni tampoco prevé sanciones para el caso de que los accionistas no tomen ninguna decisión.

Opinamos que, en el primer supuesto, esa inacción por parte de los socios es perfectamente válida y no conlleva a mayores consecuencias. Para el caso previsto en el segundo supuesto, pensamos que la inacción de los socios o el postergar en el tiempo su decisión, bajo los parámetros de la norma en comento, conlleva a la sociedad a estado de liquidación, aunque esto no se genere de manera automática, ya que la liquidación implica un proceso determinado, con pasos y formalidades que cumplir para su ejecución.

* * *

Resumen: El trabajo examina los efectos que se deducen del artículo 264 del Código de Comercio, cuando ocurre una pérdida importante del capital social, circunstancia que genera determinados deberes para los accionistas y que en su escenario más grave ocasiona que la sociedad entre en estado de liquidación de no tomarse las medidas necesarias para recuperar el capital. **Palabras clave:** pérdida del capital social, disminución el capital, liquidación de la sociedad. Recibido: 30-07-2015. Aprobado: 07-09-2015.