

## 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

Carlos Eduardo Acedo Sucre

Luisa T. Acedo de Lepervanche

*Artículo 264: 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.*

### I

La aplicación del artículo 264 del Código de Comercio implica que la sociedad afectada está en una situación de graves dificultades; sin embargo, las opciones allí propuestas a los accionistas pueden permitir su recuperación.

La primera parte del citado artículo 264 prevé que, en caso de que el capital de una sociedad disminuya en un tercio o más, sin alcanzar los dos tercios del capital, los administradores han de convocar a los accionistas para que decidan si optan por reintegrar el capital, limitarlo a la suma que queda o liquidar la compañía. La segunda parte del mismo artículo prevé que, en caso de que el capital social disminuya en dos tercios o más, los administradores han de convocar a los accionistas para que decidan si optan por reintegrar el capital o limitarlo a la suma que queda, y, en ausencia de decisión, la compañía entrará en liquidación.

En consecuencia, es importante analizar con detenimiento el mecanismo para determinar si efectivamente el capital social ha disminuido en un tercio, al menos. A tal efecto debe hacerse una comparación entre dos elementos, identificados en el propio artículo 264: (i) el capital registrado de la compañía, y (ii) la disminución de dicho capital, que solamente puede entenderse como pérdida patrimonial. Debe entonces compararse la pérdida patrimonial con el capital social.

Para determinar si las pérdidas afectan al capital social, a los efectos del citado artículo 264, existen ciertas partidas patrimoniales que han de ser tomadas en cuenta. Es decir, la pérdida debe primero compararse con otras cuentas de patrimonio, antes de tomar en cuenta su relación con el capital social. Efectivamente, los supuestos de hecho del artículo 264 identifican los dos elementos que deben compararse para determinar si se dan o no las consecuencias jurídicas de advertencia a los accionistas y de reintegro del capital, limitación de éste o liquidación. Lo que importa es la cifra neta del patrimonio, que, en definitiva, es la expresión del valor conjunto de los activos y pasivos de la sociedad, único valor relevante a efectos de los acreedores de la sociedad, en cuya protección fue promulgado el artículo 264. En consecuencia, las pérdidas patrimoniales relevantes o disminución del capital (utilizando el lenguaje del artículo 264), a los efectos de este artículo, deben determinarse tomando el efecto neto de todas las cuentas patrimoniales antes de afectar al capital registrado de la compañía.

Si la compañía estuviera en su primer ejercicio económico y su patrimonio estuviera constituido únicamente por su capital social, una comparación simple entre la pérdida de un tercio del capital o más y la cifra registrada de capital social llenaría el supuesto del hecho del artículo 264. Sin embargo, en todos los demás casos, la diferencia entre los activos y pasivos de una compañía, que conforma su patrimonio, no está representada únicamente en el capital social, sino en otras partidas, como lo son el superávit ganado, la reserva legal, las reservas estatutarias, las utilidades no distribuidas, el superávit no realizado, la reserva para revalorización de valores y la reserva para revalorización de inmuebles; todas las cuales deben tomarse en cuenta, antes de ver si las pérdidas afectan al capital social en la proporción indicada.

En consecuencia, 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 de 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.

El capital social a que se refiere el artículo 264 es un concepto jurídico, su disminución en las proporciones antes indicadas produce efectos jurídicos. Los procedimientos para reducción, incremento o reposición del capital social están previstos en el Código de Comercio. Estos procedimientos requieren una decisión de la asamblea de accionistas, la participación al Registro Mercantil y la publicación en la prensa. Dicha divulgación tiene como fin alertar a los accionistas potenciales y a los acreedores, sobre el monto que los accionistas actuales tienen aportado como capital a la compañía. El capital social es el límite de la

responsabilidad de los accionistas de cualquier sociedad mercantil, y, desde el punto de vista contable, viene a ser una especie de deuda de cada compañía para con sus accionistas. Entonces, el artículo citado se refiere a los cambios que han de hacerse en el capital social, en caso de que las pérdidas de la compañía lleguen a cierto nivel. En efecto, el capital social es lo que puede ser objeto de reducción, incremento o reposición, conforme al Código de Comercio; a lo que se añade la circunstancia de que el capital social determina la responsabilidad de los accionistas ante los accionistas potenciales y los acreedores, en razón de lo cual se establecieron ciertos requisitos de registro y publicidad. De modo que, para determinar la proporción de la pérdida del capital social (uno o dos tercios) conforme al artículo citado, hay que referirse al capital social, por ser éste, repetimos, el susceptible de ser aumentado, reducido o repuesto, y el relevante para que los terceros conozcan hasta dónde responden los socios. Las normas del Código de Comercio que regulan el capital social se refieren al monto o valor nominal, que es el que está registrado.

Entonces, dado que el artículo 264 se refiere a los cambios que han de hacerse en el capital social, en caso de que las pérdidas de la compañía lleguen a cierto nivel, es obvio que lo primero que hay que ver es si tales pérdidas patrimoniales sobrepasaron, realmente, dicho nivel, más allá del cual se imponen los aludidos ajustes. En este sentido, para determinar si el capital social está afectado por una pérdida, hay que tomar en consideración, previamente, todas las cuentas patrimoniales, porque, de no hacerse esto, se incurriría en una distorsión, obligándose a los accionistas a considerar si van a reponer o a reducir el capital social, que, repetimos, se asemeja a una deuda de la sociedad con los accionistas, a pesar de que el capital, luego de consideradas dichas cuentas patrimoniales, puede no verse siquiera alterado.

Por eso es que insistimos en que resulta indispensable tomar en consideración todas las cuentas de patrimonio, antes de comparar tales pérdidas con el monto del capital social, para ver si procede la reposición o reducción de éste.

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.

Todas las cuentas del patrimonio, entre las cuales figura la reserva legal y cualquier otra reserva, son cuentas preservadoras del capital social, y, por lo tanto, con anterioridad a aplicar el artículo citado, es decir, antes de considerar afectado el capital social, deben tomarse en consideración aquellas cuentas.

El criterio que hemos expuesto, en relación con la necesidad de tomar en consideración todas las cuentas patrimoniales, para ver si las pérdidas

patrimoniales encuadran dentro del supuesto de hecho del citado artículo 264, a los efectos de determinar si hay que hacer o no ajustes en el capital social registrado, se debería aplicar a todas las compañías mercantiles: tanto a las sociedades que llevan estados financieros históricos, como a las que llevan estados financieros ajustados por inflación; se trate de una sociedad mercantil ordinaria o una especial, como lo son las empresas de seguros, sujetas a una legislación especial. En todas estas hipótesis, las pérdidas operativas se deberían comparar primero contra las partidas del patrimonio distintas al capital social; y, sólo si existe un saldo negativo respecto de esas partidas, es cuando se puede decir que las pérdidas afectan el capital social, conforme al artículo 264.

## II

Existe abundante doctrina, venezolana y extranjera, que citaremos a continuación, que respalda lo dicho aquí. En algunos casos, dicha doctrina se refiere a la reserva legal, la cual ha de tomarse en cuenta antes de considerar que disminuyó el capital social; pero el argumento vale por igual para las reservas voluntarias y las demás partidas del patrimonio. De hecho, la mayor parte de la doctrina invocada seguidamente no viene referida a la reserva legal únicamente, sino también a las reservas voluntarias o a las cuentas patrimoniales en general. Un sector de la doctrina que citaremos parte de la premisa de que todas las cuentas patrimoniales pueden utilizarse para enjugar pérdidas o para capitalizar la compañía, cuestión que tiene implicaciones especiales en el caso de las compañías aseguradoras, como analizaremos más adelante. Citamos, a continuación, algunos de los numerosos autores que analizan este tema.

### VENEZUELA:

**Hung Vaillant, Francisco.** *SOCIEDADES. Ediciones Homero. Caracas, 1983. Pág.263-264:*

“El fondo de reserva legal tiene la finalidad de mantener la integridad del capital social [GOLDSCHMIDT (1), 287] y podrá ser utilizado para conjugar pérdidas de la sociedad....

“La doctrina coincide en afirmar que el fondo de reserva legal contribuye a reforzar la situación económica de la sociedad y a ponerla en posición de hacer frente a eventuales crisis. Es igualmente generalizada la opinión de que la reserva legal se establece para reforzar o aumentar las garantías de los acreedores sociales. Sintetizando el pensamiento general de la doctrina, el fondo de reserva legal previsto en la mayoría de las legislaciones tendría las siguientes finalidades:

“A. Cubrir pérdidas eventuales de la sociedad. Esta finalidad tendría como consecuencia evitar que tales pérdidas se compensen con

bienes de la Compañía disminuyendo el capital social y consecuentemente la garantía de los acreedores. Eventualmente, la reserva legal también favorece a los socios indirectamente por cuanto si las pérdidas alcanzan magnitudes que afecten en el capital en una proporción tal que exista obligación legal de restituirlo o reducirlo (Art. 264 Cco.), los socios quedarían afectados.

“B. Servir de mecanismo de garantía para los acreedores sociales. En efecto, *si todo o parte de las pérdidas de un determinado ejercicio se cubre con todo o parte de la reserva legal, no será necesario recurrir al capital para conjugar dichas pérdidas.* Consecuentemente, se mantiene incólume el capital social garantía de los acreedores” (las cursivas son nuestras).

**Acedo Mendoza, Manuel, y Acedo de Lepervanche, Luisa. LA SOCIEDAD ANÓNIMA. Ediciones Schnell. Primera Edición. Caracas. 1985. Pág. 387.**

“el fondo de reserva legal es indisponible; no puede aplicarse sino para cubrir pérdidas que no hayan sido compensadas por las utilidades del ejercicio, ni por otros fondos de previsión, ni por las utilidades acumuladas provenientes de ejercicios anteriores. El uso del fondo de reserva legal para cubrir pérdidas es un último recurso cuando aquéllas no hayan podido ser cubiertas en otra forma”.

### **ITALIA:**

**Vivante, César. TRATADO DE DERECHO MERCANTIL. Editorial Reus, S.A. Primera Edición. Madrid, 1932. Tomo 2, pág. 344 (#587):**

“*Se deberán tener en cuenta las reservas para determinar si el capital social ha disminuido en uno o dos tercios (art. 146), o si se perdió totalmente (art. 189, núm. 5º)*” (las cursivas son nuestras).

**ASCARELLI, Tulio. APPUNTI. Pág. 301:**

“El Código ha querido crear así un fondo social que *absorberá las pérdidas antes de que vayan a afectar al capital social*<sup>1</sup>” (las cursivas son nuestras).

### **FRANCIA:**

---

<sup>1</sup> Citado por Rodríguez Rodríguez, Joaquín. Pág. 352.

**Vuillermet, G. DROIT DES SOCIÉTÉS COMMERCIALES. NOUVELLE LÉGISLATION. Dunod. París, 1969. Tomo 1, págs. 96 y 101:**

“1° Las reservas convencionales serán afectadas:

“1. Sea a aumentos del capital social... o a la amortización de pérdidas.

“2. Sea al reembolso de las partes sociales...

“2° La reserva legal no puede ser utilizada sino para amortizar las pérdidas o aumentar el capital social...

“...la amortización de pérdidas sociales es uno de los destinos normales de las reservas<sup>2</sup>” (las cursivas son nuestras).

### **ESPAÑA:**

**Velasco Alonso, Angel. LA LEY DE SOCIEDADES ANÓNIMAS. Editorial de Derecho Financiero. Quinta Edición. Madrid, 1982. Pág. 536:**

“El Artículo 99 se refiere a la reducción de capital como consecuencia de pérdidas de patrimonio por debajo de la cifra de capital. La finalidad que se persigue con esta operación no es otra que la de restablecer el equilibrio entre las cifras de capital y patrimonio cfr. Art. 1°, 3°), a) A la misma finalidad responde la obligación de aplicar beneficios a enjugar pérdidas de ejercicios anteriores. Otras veces, la reducción de capital antecede a una operación de aumento de capital por ingreso de nuevos socios que desean participar en la sociedad ya saneada. *Una sociedad que comienza a tener pérdidas, primero éstas son absorbidas por las reservas; pero cuando el montante de aquéllas supera al de las reservas, la sociedad empieza a descapitalizarse...*” (las cursivas son nuestras).

### **ARGENTINA:**

---

<sup>2</sup> 1° Les reserves conventionnelles seront affectés:

1) Soit à des augmentations du capital social... ou à l'amortissement des pertes.

2) Soit au remboursements des part sociales...

2° La réserve légale ne peut être utilisée que pour amortir des pertes ou augmenter le capital social....

...

... l'amortissement des pertes sociales est l'une des destinations normales des reserves.

**Verón, Alberto Víctor.** *SOCIEDADES COMERCIALES. LEY 19.550 Y MODIFICATORIAS. COMENTADA, ANOTADA Y CONCORDADA.* Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma. Buenos Aires, 1986. Tomo 3, pág. 394:

“...el Artículo 206 de la LSC estableció que ‘La reducción es obligatoria cuando las pérdidas insumen las reservas y el 50% del capital’....

“Verificadas las pérdidas en la magnitud prevista (*100% de las reservas y 50% del capital*), la sociedad está obligada a reducir su capital...” (las cursivas son nuestras).

### **PERÚ:**

**Montoya Manfredi, Ulises.** *COMENTARIOS A LA LEY DE SOCIEDADES MERCANTILES.* Imprenta de la Universidad Mayor de San Marcos. Lima, 1966. Pág. 377:

“*Para que se reduzca el capital, tienen que haberse producido pérdidas que no han podido ser absorbidas por la reserva legal y por las reservas voluntarias, si existieran. Y estas pérdidas, para que determinen la reducción, deben tener carácter duradero y adquirir cierta magnitud*” (las cursivas son nuestras).

### **MÉXICO:**

**Rodríguez Rodríguez, Joaquín.** *TRATADO DE SOCIEDADES MERCANTILES.* Editorial Porrúa, S.A.. México, 1981. Pág. 351 y 352:

“Desde el punto de vista de favorecimiento de la sociedad, *la reserva cumple su papel al absorber las pérdidas que puedan experimentarse, de manera que no lleguen a afectar al capital...*

“... la reserva legal sólo podrá ser empleada en absorber las pérdidas experimentadas como resultado general del negocio...” (las cursivas son nuestras).

## III

El caso de las empresas aseguradoras es interesante, a la luz de lo dispuesto, primeramente, en la Norma 79 de las Normas de Contabilidad para Empresas de Seguros, que establece que las aseguradoras “no podrán... absorber pérdidas con el monto del superávit no realizado”; y, más recientemente, el artículo 168 del

Decreto con Fuerza de Ley de Empresas de Seguros y Reaseguros de 2001, que contiene una disposición similar.

Nos referiremos, en primer lugar, a la situación de las aseguradoras antes de que se publicara dicho decreto-ley, el 12 de noviembre de 2001, reimpresso el 28 del mismo mes; y, en segundo lugar, a la situación de las aseguradoras bajo el régimen previsto en el mismo. En efecto, la vigencia de dicho decreto-ley se encuentra suspendida mientras que el Tribunal Supremo de Justicia, en Sala Constitucional, decide si el mismo es o no nulo en razón de su inconstitucionalidad; a lo que se añade que existe la posibilidad de que el referido decreto-ley sea modificado por la Asamblea Nacional.

La situación de las aseguradoras antes del 12 de noviembre de 2001 era la siguiente, repetible a partir de la suspensión del referido decreto-ley:

Las compañías de seguros incluyen en sus balances una cuenta de patrimonio, consistente en un superávit no realizado, que constituye una reserva para revalorización de activos, como resultado de aplicar su valor de mercado con el respaldo de avalúos. Las aseguradoras, conforme a la Norma 79 citada, no podrían utilizar la partida mencionada para enjugar pérdidas. Enjugar pérdidas supone la compensación de la partida patrimonial que muestra la pérdida con la partida de superávit no realizado, con lo cual quedaría eliminada la partida que muestra la pérdida. En otras palabras, el *enjague* supone eliminar o borrar la pérdida como partida o cuenta patrimonial, con cargo a la partida de superávit no realizado, lo cual se encuentra específicamente prohibido por la norma 79 antes citada.

Ahora bien, esto no significa, en absoluto, que las aseguradoras no puedan tomar en consideración la partida últimamente mencionada, así como las demás cuentas patrimoniales, para ver si se les aplica o no el artículo 264 del Código de Comercio.

Se trata de normas diferentes, establecidas para supuestos de hecho distintos. La disposición 79 es una regla contable especial para las aseguradoras; el artículo 264 es una regla mercantil, aplicable por igual a todas las sociedades anónimas, incluyendo a las compañías de seguros. La disposición 79 no establece ninguna previsión en relación con las disposiciones del citado artículo 264. Éste presupone tomar en consideración todas las partidas patrimoniales, incluida la cuenta mencionada en la disposición 79, que, aunque no es susceptible de ser utilizada para enjugar pérdidas de las aseguradoras, no puede por eso ignorarse su existencia real a los efectos de verificar la disminución de capital.

De modo que la disposición 79 de las Normas de Contabilidad para Empresas de Seguros prohíbe que estas empresas enjuguen pérdidas con la cuenta de superávit no realizado; no prohíbe tomar en consideración dicha cuenta para ver si

se está o no dentro del supuesto de hecho previsto por la primera o la segunda parte del artículo 264 del Código de Comercio.

Pretender aplicar la disposición 79 al cálculo necesario para determinar el supuesto de hecho del artículo 264, sería modificar una norma general del Código de Comercio, por una norma de contabilidad de rango sublegal y sólo aplicable a las aseguradoras para el propósito exclusivo de impedir el enjugamiento de pérdidas, pero no para definir su situación patrimonial. Esta interpretación conduciría a discriminar a las compañías aseguradoras, así que, además de ser ilegal (pues supone la modificación de su contenido de rango legal por una norma de rango sublegal), es doblemente inconstitucional, ya que nuestra Constitución prohíbe la discriminación y faculta a la administración para reglamentar, pero mediante decreto y sin alterar el espíritu, propósito y razón de la ley. Adicionalmente, esta interpretación va en contra del conocidísimo principio según el cual el intérprete no puede distinguir donde no distinguió el legislador, siendo el caso que el codificador, cuando promulgó el artículo 264, no distinguió entre las empresas aseguradoras y las demás sociedades anónimas.

No existe ningún elemento en el artículo 264 ni en la norma 79 sobre contabilidad, que permita interpretar aquel artículo, con base en esta norma, de manera distinta, para las empresas aseguradoras, que para cualquier otra sociedad anónima. Cada una de estas dos disposiciones debería aplicarse de manera independiente, sin pretender modificar el alcance de aquel artículo con base sobre lo dispuesto en esta norma.

Es claro que ambas disposiciones tienen ámbitos y propósitos distintos; por cuanto el primero dice en qué casos de disminución de capital o pérdida patrimonial hay que convocar a la asamblea, para que ésta decida si va a reducir o reponer el capital; y la segunda señala que ciertas partidas no pueden ser utilizadas para enjugar pérdidas. Son, pues, supuestos de hecho y consecuencias jurídicas totalmente diferentes; al punto de que el artículo 264 ordena a los administradores de las compañías que convoquen a una asamblea de accionistas, si la disminución de capital sobrepasa ciertos límites, precisando que tales accionistas, en caso de que esta disminución no alcance dos tercios del capital social, pueden decidir no reponer ni reducir dicho capital, sin que, por ello, la compañía deba entrar en liquidación (como sí ocurriría si la pérdida alcanzara dos tercios del capital social); mientras que la norma 79 sobre contabilidad se limita a indicar que ciertas partidas no pueden ser utilizadas para capitalizar una aseguradora o enjugar las pérdidas sufridas por ésta.

En consecuencia, para aplicar el artículo 264 a una compañía de seguros, el principio es el mismo que para cualquier otra sociedad mercantil: deben tomarse en consideración todas las partidas patrimoniales antes de afectar el capital. La referida cuenta debe tomarse en consideración para determinar si la pérdida patrimonial a la que se refiere el artículo citado afecta o no el capital social, aunque, por tratarse de una empresa de seguros, no pueda capitalizar dicha

cuenta o utilizarla para enjugar pérdidas, por mandato de la norma 79 sobre contabilidad. En efecto, para que haya una pérdida patrimonial relevante a los efectos del artículo 264, es necesario que la pérdida represente uno o dos tercios del capital social de la compañía luego de deducida dicha cuenta, lo mismo que las demás partidas patrimoniales distintas del capital social; entonces, si el monto de la pérdida, así determinada, es superior a uno o dos tercios del capital social de la compañía, se dan los supuestos previstos en este artículo, que debería aplicarse por igual a todas las sociedades mercantiles, sean o no empresas de seguros. La norma 79 citada, cuando prohíbe a las aseguradoras “absorber pérdidas con el monto del superávit no realizado”, se limita a prever, como su texto lo indica, que dicha cuenta no puede utilizarse para enjugar pérdidas, pero ello no significa que dicha cuenta no exista, y que no pueda ser tomada en cuenta a los efectos de ver si es aplicable el igualmente citado artículo 264.

El criterio expresado rige para todas las sociedades anónimas, incluyendo a las empresas de seguros, para quienes rige, además, el requisito de un margen de solvencia mínimo, así como las consecuentes exigencias legales especiales en materia de capitalización.

La función de preservación del capital social es justamente la que cumplen las reservas, incluyendo las reservas ordinarias en las sociedades anónimas, que son distintas de y adicionales a las reservas especiales que contempla la Ley de Empresas de Seguros y Reaseguros.

#### IV

Bajo el amparo de la Ley de Empresas de Seguros y Reaseguros publicada el 22 de mayo de 1975, reimpressa el 8 de agosto de 1975, reformada parcialmente según publicación del 23 de diciembre de 1994 y reimpressa el 8 de marzo de 1995, ocurrió lo siguiente: la Providencia N° 000015 de la Superintendencia de Seguros fechada 3 de enero de 2001 acogió el planteamiento expresado en los capítulos I y II del presente trabajo, por cuanto señala lo siguiente:

“la pérdida a que se refiere el mencionado artículo 264 debe determinarse según inventario y balance, es decir que deben llevarse primero contra las cuentas de patrimonio y en caso de existir diferencia deben imputarse a la cuenta de capital... es decir, que las pérdidas se comparan primero contra las cuentas del patrimonio... y sólo si existe un saldo es que se puede decir que las pérdidas afectan el capital social”.

Ahora bien, a pesar de todo lo antes expuesto, en la citada providencia la referida Superintendencia expresó lo copiado a continuación:

“la norma 79 de las Normas de Contabilidad para Empresas de Seguros impide la utilización del Superávit No Realizado para enjugar pérdidas... las empresas aseguradoras están sometidas a un régimen especial contable,

en consecuencia se encuentran en la obligación de agrupar las cuentas según el código e instrucciones que establezca la Superintendencia de Seguros, potestad ésta que le confiere el artículo 97 de la Ley de Empresas de Seguros y Reaseguros, en este sentido, salvo mejor opinión en Derecho, considera este Organismo que no todas las cuentas patrimoniales que se reflejan en los estados financieros de las empresas de seguros deben considerarse con el objeto de determinar si una empresa aseguradora se encuentra en el supuesto establecido en el artículo 264 del Código de Comercio, ya que si partimos de la interpretación de que se deben estimar las partidas patrimoniales a los fines de establecer si una pérdida afecta el capital social, no hay que olvidar que el citado artículo del Código de Comercio dispone que ello es según el inventario y el balance, que en el caso de las empresas de seguros debe ser elaborado según el código e instrucciones que establezca la Superintendencia de Seguros”.

De modo que la Superintendencia mencionada no acogió el planteamiento expresado en el capítulo III del presente trabajo. No compartimos el criterio expuesto en el texto que acabamos de transcribir, por las razones explicadas anteriormente.

En todo caso, respecto de las cuentas patrimoniales distintas de la norma 79 sobre contabilidad, antes citada, dicha Superintendencia admite que, a los efectos del artículo 264, igualmente citado, las pérdidas patrimoniales relevantes o disminución del capital (utilizando el lenguaje de este artículo), deben determinarse tomando el efecto neto de todas las cuentas patrimoniales antes de afectar al capital registrado de la compañía. En efecto, la resolución mencionada expresó:

“las pérdidas se comparan primero contra las cuentas del patrimonio... a excepción del superávit no realizado y sólo si existe un saldo es que se puede decir que las pérdidas afectan el capital social”.

## V

La Superintendencia de Seguros era partidaria de establecer un régimen sobre pérdidas y reducción o reposición del capital para las empresas de seguro, distinto del establecido en el Código de Comercio.

De hecho, el Anteproyecto de Decreto Ley de Empresas de Seguros y Reaseguros, segundo anteproyecto, fechado 8 de marzo de 2001, distribuido a los interesados por dicha Superintendencia,<sup>3</sup> estableció un régimen especial sobre pérdidas y reducción o reposición del capital de empresas de seguro.

---

<sup>3</sup> Dicho **segundo** anteproyecto a veces es llamado “séptimo anteproyecto”, pues el **primer** anteproyecto que fue distribuido al público incluía, en el extremo superior derecho de la primera página, la mención de que se trataba de la “Sexta Versión” y la siguiente fecha: “26-12-00”. De modo que el presente trabajo se refiere al *segundo*

Este anteproyecto, una vez finalizada su revisión, había de ser promulgado mediante decreto con rango y fuerza de ley, con base sobre la Ley Habilitante publicada en la Gaceta Oficial N° 37.076 del 13 de noviembre de 2000. Dicha Ley Habilitante permitía:

“Dictar medidas que regulen la actividad aseguradora con la finalidad de conferir al organismo de control los medios adecuados para el ejercicio de sus funciones; *llenar los vacíos normativos en materia de supervisión contable, forma de reposición del capital y asunción de pérdidas de capital*, adecuación de capitales mínimos, previsión de sanciones aplicables, establecimiento de responsabilidades de los administradores de las empresas de seguros y reaseguros y sus accionistas, modificación de las garantías previstas y la forma en que deben ser presentadas las reservas. Se establecerá un régimen de fusión de las empresas de seguros y se redimensionará el mercado asegurador con el fortalecimiento del sector” (las cursivas son nuestras).

Ahora bien, surge la duda siguiente: ¿Establecer un régimen sobre pérdidas y reducción o reposición del capital para las empresas de seguro, distinto del establecido en el Código de Comercio, es acaso lo mismo que llenar los vacíos normativos en materia de reposición del capital y asunción de pérdidas de capital, que es lo previsto en la referida Ley Habilitante? En nuestro criterio, esta pregunta debió ser respondida con una negación.

Ahora bien, en los artículos 155 y 158 del referido anteproyecto, se estableció un régimen en relación con las pérdidas en cuentas patrimoniales, con lo que se aclaró que las pérdidas no se comparan contra el capital, sin antes haber tomado en cuenta las demás partidas del patrimonio, de acuerdo con lo explicado en los capítulos I y II de este trabajo. Sin embargo, allí se estableció expresamente que no ha de tomarse en consideración la cuenta de superávit no realizado, ratificándose así el criterio de dicha Superintendencia reseñado en el capítulo VI de este trabajo, contrario a la opinión manifestada en el capítulo III de este trabajo. En efecto, dichos artículos disponen lo siguiente:

“Artículo 155. Cuando conforme al análisis realizado por la Superintendencia de Seguros se determine: ...Pérdidas en el capital pagado y reservas del superávit distintas del superávit no realizado de una compañía de seguros o de reaseguros o de corretaje de seguros o de reaseguros, equivalentes a un porcentaje mayor del veinticinco por ciento (25%) pero menor del cincuenta por ciento (50%)..., la Superintendencia de Seguros solicitará la reposición de las cuentas de capital en la forma y plazo previstos en esta Ley o su limitación al capital existente... Para tal efecto,

---

*anteproyecto distribuido al público*, en razón de lo cual, en el extremo superior izquierdo de la primera página del mismo, dice “Segundo Anteproyecto”, con la siguiente fecha: “8-3-2001”.

los administradores deberán convocar una asamblea la cual deberá reunirse dentro de los treinta (30) días siguientes a la fecha en que la Superintendencia de Seguros ordene la reposición. Hasta tanto se cumplan estas condiciones, la Superintendencia de Seguros prohibirá... realizar nuevas operaciones hasta normalizar la relación del capital necesario” (sic).

“Artículo 158. Cuando la Superintendencia de Seguros determine la existencia de pérdidas que reduzcan el capital pagado y reservas de superávit distintas del superávit no realizado, de una empresa de seguros o de reaseguros o de corretaje de seguros o reaseguros en más de un cincuenta por ciento (50%)..., ordenará a los accionistas, la reposición en dinero efectivo del capital social, en un plazo no mayor de treinta (30) días continuos. A tal efecto, los administradores deberán convocar una asamblea la cual deberá reunirse dentro de los quince (15) días siguientes a la fecha en que la Superintendencia de Seguros ordene la reposición. Asimismo, la Superintendencia de Seguros designará funcionarios para que vigilen y hagan el seguimiento de las medidas acordadas, quienes asistirán con poder de veto a las reuniones de Junta Directiva y demás órganos de la compañía...”

La regulación contenida en los artículos de dicho anteproyecto, que acabamos de transcribir parcialmente, era muy distinta del régimen relativo a las pérdidas de capital establecido en el artículo 264 del Código de Comercio, tantas veces citado. Podrían surgir dudas sobre si los artículos 155 y 158 se aplicarían adicionalmente al artículo 264 o en lugar del mismo. El criterio de la Superintendencia de Seguros parecía ser que los artículos 155 y 158 se aplicarían en lugar del artículo 264.

En su oportunidad, se alertó a dicha Superintendencia sobre la circunstancia de que podría considerarse que establecer un régimen sobre pérdidas y reducción o reposición del capital para las empresas de seguro distinto del establecido en el Código de Comercio no es lo mismo que llenar los vacíos normativos en materia de reposición del capital y asunción de pérdidas de capital, que es lo previsto en la referida Ley Habilitante. En este caso, se podría declarar que el Ejecutivo Nacional no fue autorizado, mediante la referida Ley Habilitante, para legislar en esta materia y, por ende, que esta regulación sería violatoria de dicha Ley Habilitante y de la Constitución; así pues, por un lado, cualquiera podría demandar la ilegalidad e inconstitucionalidad del decreto-ley correspondiente, y, por otro lado, cualquiera podría pedir que se desaplique dicho decreto-ley, por considerarlo inconstitucional (control difuso de la constitucionalidad).

Los citados artículos 155 y 158 no establecían un plazo para la reposición de capital. Al respecto, en el acta de la reunión celebrada el 6 de abril de 2001 para discutir dicho anteproyecto, con asistencia de la Superintendente de Seguros, la

Superintendente Adjunta y la Consultora Jurídica de dicho Despacho, así como representantes del Consejo Nacional de Seguros<sup>4</sup>, se expresó lo siguiente:

“La Superintendencia de Seguros manifestó que... se revisará toda la norma para aclarar los plazos para reposición de capital”.

La parte final del artículo 155 establecía que, mientras no se reponga el capital, esa Superintendencia prohibirá “realizar nuevas operaciones”. Esto dio lugar a que se planteara a dicha Superintendencia lo siguiente: “podría destruirse la capacidad de recuperación de la compañía en virtud de la disposición de la parte final del artículo 155 (cuyo supuesto de hecho es menos grave que el del artículo 158)”<sup>5</sup>. Al respecto, en la referida acta del 6 de abril de 2001 consta que, ante el argumento de que prohibir realizar nuevas operaciones “es demasiado amplio”, dicha Superintendencia ofreció lo señalado a continuación: “a los fines de aclarar el espíritu de la norma se indicará que se prohíben nuevas operaciones de seguros o contraer nuevas obligaciones, hasta que el déficit de capital o reservas se haya subsanado”. Ahora bien, la verdad es que la parte final del artículo 155 no se vería aclarada suficientemente con la inclusión de una mera referencia a “contraer nuevas obligaciones”, lo cual sigue siendo sumamente amplio.

## VI

El 12 de noviembre de 2001 fue publicado por primera vez el Decreto con Fuerza de Ley de Empresas de Seguros y Reaseguros, que fue reimpresso por errores el 28 del mismo mes y año. Respecto del tema que nos ocupa, la primera parte de su artículo 168 expresa:

“Cuando conforme al análisis realizado por la Superintendencia de Seguros se determinen pérdidas en el capital pagado y reservas del superávit *distintas del superávit no realizado de una empresa de seguros o de reaseguros o de corretaje de seguros o de reaseguros*, equivalentes a un porcentaje *mayor de veinticinco por ciento (25%) pero menor de cincuenta por ciento (50%)*, la Superintendencia de Seguros solicitará la reposición de las cuentas de capital en la forma y plazo previstos en este Decreto Ley o su limitación al capital existente. A tal efecto, los administradores deberán convocar una asamblea la cual deberá reunirse dentro de los quince (15) días continuos siguientes a la fecha en que la Superintendencia de Seguros dicte la decisión” (las cursivas son nuestras).

---

<sup>4</sup> Dicha reunión formó parte de un conjunto de reuniones celebradas en la Superintendencia de Seguros, en el marco del proceso de participación ciudadana, a las cuales concurrió Carlos Eduardo Acedo Sucre, socio de Mendoza, Palacios, Acedo, Borjas, Páez Pumar & Compañía, como abogado de la Cámara de Aseguradores.

<sup>5</sup> Informe de Carlos Eduardo Acedo Sucre, por Mendoza, Palacios, Acedo, Borjas, Páez Pumar y Cía., fechado 19 de marzo de 2001, entregado por la Cámara de Aseguradores el 28 del mismo mes a la Superintendencia de Seguros.

Así, se establece un régimen en relación con las pérdidas en cuentas patrimoniales, que es distinto del régimen relativo a las pérdidas de capital establecido en el artículo 264 del Código de Comercio, sin aclararse si el artículo 168 sería aplicado adicionalmente al artículo 264 o en lugar del mismo.

Por otro lado, el citado artículo 168 se refiere a las pérdidas en el capital pagado y reservas de superávit distintas del superávit no realizado. No se entiende por qué se impide tomar en cuenta las reservas para revalorización de valores y de inmuebles, que forman parte del patrimonio y que, en épocas de inflación, constituyen partidas importantes, plenamente justificadas. Decimos que se trata de partidas importantes y plenamente justificadas, porque, en épocas de inflación, los viejos precios de adquisición son muy inferiores a los nuevos precios por los que se pudieran vender los mismos activos. Esta realidad económica no se debió desconocer.

En consecuencia, por su falta de claridad y su carencia de lógica económica, consideramos que el artículo citado, susceptible de afectar gravemente a las empresas y a sus accionistas, infringe el artículo 49 de la Constitución, que consagra el derecho de defensa y al debido proceso, y el artículo 115 de la Constitución, que consagra el derecho de propiedad. Este último artículo señala que la ley puede establecer limitaciones a la propiedad, pero sólo “con fines de utilidad pública o interés general”; siendo el caso que el citado artículo 168 no obedece a tal utilidad o interés, sino que tiene que ver, más bien, con no entender perfectamente la realidad económica y con errores de técnica legislativa, pues se debió legislar de manera clara y razonable.

Hay que tener presente que la aplicación del citado artículo 168 puede resultar en que se destruya la capacidad de recuperación de la compañía afectada, en virtud de la disposición contenida en la parte final del mismo artículo, que es del siguiente tenor:

“La empresa no podrá asumir nuevas obligaciones o realizar nuevas operaciones hasta normalizar la situación”.

Afortunadamente, la aplicación del citado artículo 168 se encuentra suspendida, siendo aplicable a las aseguradoras el artículo 264 del Código de Comercio. En efecto, ocurrió lo siguiente:

Tal como lo mencionamos previamente, la Ley de Empresas de Seguros y Reaseguros publicada el 23 de diciembre de 1994 y reimpressa el 8 de marzo de 1995, fue derogada por el Decreto con Fuerza de Ley de Empresas de Seguros y Reaseguros publicado el 12 de noviembre de 2001 y reimpresso el 28 del mismo mes, que contiene una disposición derogatoria expresa.

El día 26 de marzo de 2002, Carlos Eduardo Acedo Sucre, coautor de este trabajo, y otros abogados de Mendoza, Palacios, Acedo, Borjas, Páez Pumar &

Cía. introdujimos ante la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, en nombre de dieciocho aseguradoras y de la Cámara de Aseguradores, un recurso de nulidad contra otro decreto-ley, a saber: el Decreto con Fuerza de Ley del Contrato de Seguro, que también fue publicado el 12 de noviembre de 2001 y que pretendió derogar los artículos sobre los contratos de seguros y reaseguros del Código de Comercio. Dicho recurso fue seguido de un segundo recurso de nulidad, que presentamos ante la misma Sala el 8 de mayo de 2002, en nombre de las mismas recurrentes, esta vez contra el Decreto con Fuerza de Ley de Empresas de Seguros y Reaseguros publicado el 12 de noviembre de 2001 y reimpresso el 28 del mismo mes. Pues bien, el primer recurso y el segundo recurso antes mencionados incluyeron:

- una solicitud de amparo constitucional, en la que pedimos la suspensión de efectos del Decreto con Fuerza de Ley del Contrato de Seguro y el Decreto con Fuerza de Ley de Empresas de Seguros y Reaseguros, mientras la referida Sala decide si estos decretos-leyes son o no inconstitucionales; y
- una solicitud de medida preventiva innominada, basada en el artículo 588 del Código de Procedimiento Civil, igualmente con vistas a lograr una suspensión de efectos de los referidos decretos-leyes, hasta que se produzca la sentencia definitiva.

Ahora bien, no fue sino con motivo de un tercer recurso de nulidad, que cursa en el expediente relativo a la demanda de nulidad intentada el 16 de mayo de 2002 por C.A. Seguros Guayana, que la referida Sala acordó la suspensión de la aplicación de uno de los dos decretos-leyes, basándose en el citado artículo 588. En efecto, la Sala mencionada suspendió con efectos erga omnes la aplicación del Decreto con Fuerza de Ley de Empresas de Seguros y Reaseguros, mediante decisión de fecha 13 de agosto de 2002. El que la referida decisión de suspensión tenga efectos erga omnes significa que beneficia a las recurrentes y a cualquier otra persona natural o jurídica.

La mencionada decisión no se dio a sí misma efectos retroactivos, por lo que la suspensión del Decreto con Fuerza de Ley de Empresas de Seguros y Reaseguros debía surtir efectos desde la fecha de tal decisión en adelante, es decir, a partir del 13 de agosto de 2002. Habiendo la Ley de Empresas de 1994 sido derogada por la disposición derogatoria contenida en el Decreto con Fuerza de Ley de Empresas de Seguros y Reaseguros, y habiendo este decreto-ley sido suspendido por la referida decisión, es posible afirmar que la ley derogada retomó vigencia a partir de la fecha de suspensión. Esto fue afirmado por la Superintendencia de Seguros, por ejemplo, en el oficio FSS-2-008414 del 20 de septiembre de 2002, en los siguientes términos:

“El citado Decreto Ley se encuentra suspendido por decisión del 13 de agosto de 2002 emanada del Tribunal Supremo de Justicia en Sala Constitucional, siendo de aplicación transitoria la Ley de 1995”.

Ahora bien, una solicitud de aclaratoria de la referida decisión de suspensión, presentada por el doctor Henry Pereira Gorrín, dio lugar a que el 2 de octubre de 2002 la misma Sala dictara una sentencia aclaratoria. En la referida solicitud, el doctor Pereira Gorrín no tomó en cuenta el artículo 10 de la Ley de Publicaciones Oficiales, que señala que, cuando una sentencia ha de ser impresa en la gaceta oficial (lo cual no fue requerido ni tenía que ser requerido en la referida decisión de suspensión), la sentencia de que se trate surte efectos desde que el tribunal la emita, aunque esté pendiente su aparición en la gaceta oficial. No obstante, la referida Sala, mediante la aclaratoria mencionada, modificó la citada decisión de suspensión, con el pretexto de aclararla. En tal sentido, en virtud de tal aclaratoria, la suspensión de la aplicación del decreto-ley, declarada en dicha decisión de suspensión, quedó sin efectos, hasta que se imprimiera esta última en la gaceta oficial. De modo que, sin que nada lo justificara, volvió a ser aplicable, hasta que se realizara dicha impresión, el decreto-ley suspendido, con sus numerosos y gravísimos defectos.

Tal como lo mencionamos previamente, habiendo la ley derogada sido sustituida por el decreto-ley y habiendo éste sido suspendido por la referida decisión de suspensión, la Superintendencia de Seguros, antes de la mencionada aclaratoria, consideró que la ley derogada debía retomar vigencia, con motivo de esta decisión. Pues bien, la citada aclaratoria confirmó este criterio, que había sido puesto en duda por el doctor Pereira Gorrín ante la Sala.

Ahora bien, a raíz de la mencionada aclaratoria, dicha Superintendencia aplicó nuevamente el decreto-ley, dado que su suspensión no había sido publicada en la gaceta oficial. Ello ocurrió, por ejemplo, en el oficio FSS-1-1-1628 147 emitido por dicha Superintendencia el 21 de octubre de 2002. La nueva aplicación del decreto-ley se debió a que la aclaratoria retiró sus efectos a la decisión de suspensión y duró hasta que ésta se publicó en la gaceta oficial.

Ello ocurrió el 7 de noviembre de 2002. En efecto, la decisión de suspensión, con su aclaratoria, fue impresa en la Gaceta Oficial N° 37.565 del 7 de noviembre de 2002. En consecuencia, a partir de esta fecha, quedó suspendida la aplicación del decreto-ley, hasta que la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia decida si es o no nulo, por inconstitucional.

De modo que, antes de la impresión en la gaceta oficial de la decisión de suspensión y su aclaratoria, que ocurrió el 7 de noviembre de 2002, se aplicó el decreto-ley; y, a partir de esta fecha, se aplica nuevamente la vieja ley, que dejará de aplicarse si la referida Sala decide que el decreto-ley no viola la Constitución.

En consecuencia, la aplicación del artículo 168 del decreto-ley, que establece, para las aseguradoras con pérdidas, un régimen distinto al del artículo 264 del Código de Comercio, se encuentra suspendida, por lo que se rige esta última disposición, la cual, en nuestro criterio, debe ser interpretada de la manera explicada en el presente trabajo.

**MENDOZA, PALACIOS, ACEDO, BORJAS, PÁEZ PUMAR & CÍA.**  
ABOGADOS