

## **Algunas cuestiones societarias vinculadas al régimen de saneamiento y capitalización del sector privado.**

TITULO IV-DECRETO 1387/2001.

Por Susy Inés Bello Knoll y Enrique Skiarski

El Título IV del Decreto 1387/01 y sus complementarios los Decretos 1404/01 y 1524/01 disponen un régimen de saneamiento y capitalización del sector privado.

Con las medidas dispuestas se persigue la superación de la emergencia y la reactivación de la economía al incrementar el capital de trabajo de las empresas privadas a través de:

- a) la regularización de deudas fiscales mediante un procedimiento de capitalización (art. 27 D. 1387);
- b) la regularización de deudas bancarias permitiendo cancelarlas mediante la dación en pago de Títulos Públicos a su valor técnico (art. 30 inc. a, D. 1387);
- c) la recepción como aportes de capital de incrementos patrimoniales no declarados a la AFIP, eximiéndolos de todo impuesto nacional (art. 30 inc. b, D. 1387).

El presente trabajo analiza los mecanismos de capitalización indicados, a saber:

### **1.- CAPITALIZACIÓN POR PARTE DE LA AFIP**

#### **1.1. SUJETOS: Los sujetos que pueden adherirse a este régimen son:**

1. *Cualquier sociedad anónima*: Incluye tanto a las sociedades anónimas que coticen sus acciones como que no cotizan. Omite a las sociedades en comandita por acciones que podrían emitir acciones preferidas. Sin perjuicio de ello las sociedades en comandita por acciones podrían transformarse en sociedad anónima a los fines de adherir al régimen.
2. *Cualquier comerciante en los términos previstos en el artículo 2 y concordantes del Código de Comercio o cualquier persona física o sucesión indivisa que transfiera su fondo de comercio a una sociedad anónima o se organice como tal*: La mención de *cualquier comerciante* es redundante por cuanto luego se incluye a *cualquier persona física* y dentro de este concepto quedan comprendidos los comerciantes por tratarse de una relación género- especie. La norma mezcla sujetos fiscales con sujetos de derecho (la sucesión indivisa es sujeto fiscal pero no es sujeto de derecho). Se omiten otros sujetos fiscales (ley 11.683) que podrían transferir su fondo de comercio a una sociedad anónima (por ejemplo los establecimientos permanentes de una sociedad extranjera o los organismos pertenecientes al Estado) u organizarse como tal (por ejemplo uniones transitorias de empresas). Sin embargo la exclusión es sólo aparente ya que nada impediría que un sujeto impositivo no contemplado en el Decreto 1387, adopte bajo el régimen de reorganización de empresas (artículo 77 Ley de Impuesto a las Ganancias) el tipo de sociedad anónima y luego se adhiera al régimen.
3. *Cualquier persona jurídica que se transforme en una sociedad anónima*: Recordamos que para el artículo 74 Ley de Sociedades Comerciales (LSC) hay transformación cuando una sociedad adopta otro de los tipos previstos. Quedarían excluidas las sociedades de hecho e irregulares que por no estar tipificada no pueden transformarse; sin embargo podrían regularizarse en los términos del artículo 22 LSC adoptando el tipo de sociedad anónima y luego adherirse al régimen.

#### **1.2. REQUISITOS:**

Se establecen en el artículo 27 incisos a), b), e) y f) del D. 1387:

- Art. 27 inc. a) D. 1387: (Que la sociedad anónima o la empresa predecesora) *tenga o haya tenido al menos CINCO (5) empleados en relación de dependencia en promedio en los últimos SEIS (6) meses*: Quedan excluidas, en consecuencia, las sociedades que no cuenten con 5 empleados promedio durante los 6 meses anteriores al acogimiento, sin importar si los mismos se desempeñaron durante todo el mes o un solo día del mes, ni el monto de los salarios percibidos. No se contempla el caso de empresas con actividades estacionales, por ejemplo fruticultura, donde la cosecha se realiza en una temporada y durante el período de receso trabajan menos personas. Hubiera sido razonable un promedio de seis meses o un año con 5 personas, a opción del contribuyente.
- Art. 27 inc. b) D. 1387: *Se trate de una empresa en marcha*: No se reglamenta el criterio de empresa en marcha. El art. 105 del Decreto Reglamentario de la Ley de Impuesto a las Ganancias aplicable al régimen de reorganizaciones empresarias entiende que “tal condición se cumple, cuando se encuentren desarrollando las actividades objeto de la empresa, o cuando habiendo cesado las mismas el cese se hubiera producido dentro de los 18 meses anteriores a la fecha de la reorganización”. El criterio podría ser aplicable aunque entendemos que para el caso el plazo de 18 meses resulta excesivo.
- Art. 27 inc. e) D. 1387: *Cancele el saldo adeudado que no capitalice, o se adhiera a un régimen de facilidades de pago para su cancelación*. Como veremos más adelante, el régimen establece un importe máximo a capitalizar por la AFIP. El saldo no capitalizado deberá, previamente ser cancelado, pudiendo la empresa optar por acogerse a los regímenes establecidos en el D. 1005, que permite la cancelación con títulos públicos y el D. 1384, que permite al contribuyente adherirse a un favorable régimen de consolidación de deudas, exenciones de intereses, multas y demás sanciones y facilidades de pago.
- Art. 27 inc. f) D. 1387: *Mantenga el gerenciamiento de la empresa, incluso después de la capitalización del Fisco*. No ha sido aún reglamentado cómo se mantiene el gerenciamiento de la empresa y parece imposible de reglamentar. ¿Significa acaso que los directores y gerentes deberán permanecer en funciones aún luego de vencidos sus cargos, no pudiendo renunciar ni ser removidos? ¿Y hasta cuándo? Evidentemente hubiera sido razonable limitar la transferencia de las participaciones accionarias del grupo de control durante lapso determinado, por ejemplo dos años, tal como acontece en el régimen impositivo de reorganización de empresas.

### **1.3. EXCLUSIONES:**

Se indican en el art. 33 del D. 1387 y art. 3 D. 1524.

Art. 33 D. 1387: 1) Los declarados en estado de quiebra, si no se ha levantado. Se reitera en art. 3 D. 1524 por cuanto la declaración de quiebra es causal de disolución de la sociedad; 2) Condenados con fundamento en las Leyes Nros. 23.771 y sus modificaciones, ó 24.769, según corresponda, o por delitos relacionados con la materia aduanera, conforme lo previsto en los artículos 863 a 875, ambos inclusive, de la Ley N° 22.415; 3) Condenados por delitos comunes que tengan conexión con el incumplimiento de sus obligaciones tributarias o la de terceros, o cuando el mismo guarde relación con delitos comunes que fueran objeto de causas penales en las que se hubiera ordenado el procesamiento de funcionarios o ex - funcionarios públicos.

- Art. 3 D. 1524: Para acceder al régimen la sociedad no debe hallarse al momento de la capitalización afectada por alguna de las causales de disolución del art. 94 LSC. Recordamos que existen otras causales de disolución además de las establecidas en el art. 94 (ya sea legales, por ejemplo, el art. 88 inc. III LSC, o, contractuales como el art. 89 LSC). La sociedad podría remover la causal de

disolución que posea para acogerse al régimen sub-examine. La remoción de algunas de las causales, por ejemplo la disolución por pérdida del capital (art. 94 inc. 5 LSC), requerirá un aumento de capital o su reintegro conforme al art. 96 LSC.

A fin de establecer si la sociedad se halla incurso en la causal de disolución por pérdida del capital, según el art. 3 del D. 1524 deberán computarse previamente las compensaciones y exenciones establecidas en el art. 2 del D. 1524 que se desarrollarán más adelante (1.5.). Entendemos que estas deducciones deberán computarse a la fecha de cierre del último balance aprobado antes de la capitalización, pues es en base a un balance general que se establece si la sociedad se halla en estado de disolución por la causal indicada.

En caso de disolución por declaración en quiebra (art. 94 inc.6 LSC) ésta debe levantarse, conforme art. 33 inc. a) D. 1387.

#### **1.4. CONCEPTOS CAPITALIZABLES**

El art. 27 D. 1387 comprende las deudas declaradas o que registre en concepto de impuestos nacionales hasta el pasado 30 de setiembre de 2001 con más sus accesorios, excluyendo en el inciso d) los “aportes y contribuciones al Sistema Nacional de Obras Sociales, a las Administradoras de Riesgo del Trabajo, o aportes, retenidos o no, al personal en relación de dependencia, con destino al Sistema Integrado de Jubilaciones y Pensiones”.

Sin embargo el art. 1 del D. 1524 amplía el régimen incorporando además de los tributos nacionales impositivos, a los aduaneros, de la Seguridad Social y multas que se encuentren firmes. En consecuencia, sólo quedan excluidos los aportes y contribuciones destinados al Sistema Nacional de Obras Sociales, a las ART y los aportes (*no las contribuciones*) retenidos o no con destino al Sistema Integrado de Jubilaciones y Pensiones.

#### **1.5. MONTO A CAPITALIZAR**

El monto de la deuda impositiva que la sociedad podrá cancelar mediante su capitalización lo establece indirectamente el art. 2 del D. 1524, que remite al art. 8 del D. 1384. Resulta de la siguiente fórmula:

$$\text{Monto a capitalizar} = a - b - c - d - e$$

donde:

- a: monto de la deuda: deudas por obligaciones impagas con más sus accesorios, intereses, multas firmes y demás sanciones (***Ver Conceptos Capitalizables 1.4.***).
- b: menos: saldos a favor del contribuyente de libre disponibilidad de impuestos, reintegros de exportación, saldos a favor de contribuciones patronales (excepto régimen nacional de OS y ART). En caso de no ser utilizados se considerarán renunciados.
- c: menos: saldos técnicos conforme el art. 24 primer párrafo de la Ley de Impuesto al Valor Agregado.
- d: menos: intereses y multas (art 1. D. 1384)
- e: menos: reducción de contribuciones al SUSS y deducción especial del impuesto a las ganancias para autónomos (art. 23 D. 1384), aunque cabe precisar que esta última deducción no es aplicable a las sociedades anónimas.

#### **1.6. PROCEDIMIENTO DE LA CAPITALIZACION**

El art. 27 inc. c) del D. 1387 establece que “*las acciones que (la sociedad anónima) entregue en cancelación, deben ser preferidas convertibles en acciones ordinarias que otorguen los mayores derechos sociales equivalentes a las mejores emitidas conforme al Estatuto Social, a opción del titular*”.

El art. 4 del D. 1524 complementa la norma citada agregando que las referidas acciones deberán emitirse sin derecho a voto y gozarán de un dividendo acumulativo

fijo anual equivalente a la tasa LIBO, que se pagará con preferencia a las acciones ordinarias.

Las acciones emitidas de acuerdo a este régimen serán suscriptas por la AFIP, para lo cual la Sociedad deberá efectuar la pertinente solicitud y la AFIP deberá dictar la resolución pertinente si el contribuyente no registra deudas fiscales líquidas y exigibles hasta el 30 de setiembre de 2001 no incluidas en la capitalización (art. 30 D. 1387 y 6 D. 1524), de acuerdo a las condiciones que oportunamente dicte con carácter general el organismo recaudador (art. 12 D. 1524).

Las acciones suscriptas por la AFIP deberán ser entregadas a un fideicomiso en el que actuará como fiduciario el Banco de la Nación Argentina o una sociedad constituida por éste al efecto (art. 35 D. 1387).

A pesar de que el art. 4 expresamente dispone que las acciones se emiten sin derecho a voto, los modelos de Estatuto Tipo (Anexo I) y de reforma (Anexo II) aprobados en los art. 22 y 23 del D. 1524 establecen que además de los supuestos contemplados en el art. 244 último párrafo LSC, *toda otra reforma estatutaria* requerirá el voto favorable de la AFIP o del Fiduciario, según corresponda, mientras las acciones preferidas permanezcan en titularidad de cualquiera de ellos. El aumento del capital social hasta su quíntuplo no requiere reforma estatutaria si se halla previsto en el estatuto, por lo que no requerirían el voto favorable de la AFIP o del Fiduciario, pero observamos que el estatuto tipo no prevé esta modalidad de aumento de capital.

Entendemos que este régimen afecta el principio mayoritario propio de las sociedades anónimas, impidiéndoles modificar sus estatutos prácticamente en ninguna circunstancia, ni siquiera cuando la reforma no afecte los intereses de la AFIP (por ej., cambio de fecha de cierre del ejercicio, cambio de domicilio, modificación de la composición del Directorio o la Sindicatura, etc.), por lo que la norma constituye un verdadero corsé para el desarrollo y la evolución de la sociedad. Imaginemos lo que pasaría si la sociedad requiere de un aporte adicional de capital y que la AFIP o el Fideicomiso no comparece a otorgar su conformidad.

El art. 27 D. 1387 indica que *la emisión y entrega de acciones de la Sociedad Anónima en cuestión se efectúa a valor libros, previa reducción de capital para absorber resultados negativos anteriores*. Recordamos que de tratarse de acciones escriturales no habrá *entrega de acciones*. ¿Qué se entiende por *valor libros*? Según el art. D. 1524 parecería ser el monto de la deuda neto de las compensaciones y exenciones (**Ver: Monto a capitalizar 1.5.**). Es decir que el importe de la emisión será igual al monto a capitalizar. No surge claramente esto de la norma sub examine y se debería aclarar la interpretación correcta. No creemos que la norma haya querido establecer que el valor de la emisión sea a valor patrimonial proporcional, ello implicará la necesidad de confeccionar un balance a la fecha del acogimiento a fin de establecer la prima de emisión correspondiente y en tal caso, la necesidad de que la AFIP audite los saldos consignados a fin de evitar una licuación de su acreencia. Procedimiento éste por demás engorroso e impracticable.

La absorción de los resultados negativos anteriores permitirá a la AFIP o al Fideicomiso que se constituya para administrar las acciones recibidas, percibir dividendos sin que las ganancias que se generen deban cubrir pérdidas de ejercicios anteriores (art. 71 LSC).

## **1.7. CONVERSION EN ACCIONES ORDINARIAS**

Como anticipamos en 1.6. el art. 27 inc. c) D. 1387 establece que *“las acciones que (la sociedad anónima) entregue en cancelación, deben ser preferidas convertibles en acciones ordinarias que otorguen los mayores derechos sociales equivalentes a las mejores emitidas conforme al Estatuto Social, a opción del titular”*.

La conversión deberá ser autorizada por la Asamblea que disponga la emisión de las acciones preferidas (art. 4 D. 1524). Hubiere sido adecuado incluir en los Anexos I y II la relación de conversión, que debería ser a la par, es decir de una acción ordinaria por cada acción preferida. Si existen acciones ordinarias de voto plural, la AFIP o el Fideicomiso que las administre tendrán derecho a la conversión por las que mayores derechos sociales otorguen. Tampoco se establece la época de conversión, la cual no debería exceder de los 30 días de la fecha en que la sociedad sea comunicada de la intención del tenedor.

La comunicación de la conversión deberá ser aceptada por el Directorio de la Sociedad en acta que deberá inscribirse en el Registro Público de Comercio, a efectos de su publicidad y de la cancelación de las acciones preferidas y la emisión de las acciones ordinarias con motivo del canje.

### **1.8. OPCION DE COMPRA**

Los accionistas al momento de la capitalización gozan de una opción de compra, a prorrata de sus tenencias, equivalente al valor patrimonial proporcional al momento de la capitalización más un 12% anual durante dos años contados desde la fecha de la capitalización (art. 35 D. 1387), periodo que se extenderá por otros dos años si la sociedad decide cotizar sus acciones bajo el Régimen de Oferta Pública o si actualmente lo hace.

Entendemos que el fideicomiso no podrá enajenarlas durante el periodo de opción.

La opción de compra es sólo a favor de los accionistas que acrediten su condición de tales al momento de la capitalización, no de los posteriores cesionarios, ni de la Sociedad, que hubiera podido adquirirlas mediante el proceso de reducción previsto en el art. 220 inc. 2 LSC. Si los accionistas que gozan del derecho de opción enajenan sus acciones, el derecho de opción se perderá. En consecuencia, la opción de compra puede efectuarse por las acciones preferidas o por las ordinarias si la conversión ya hubiera sido efectuada y se hace efectiva por la sola declaración de voluntad del accionista ante la AFIP o el fideicomiso, según corresponda, sin requerir el consentimiento de éstos.

La norma determina un precio inadecuado para el ejercicio de la opción. El V.P.P. resulta de dividir el total de patrimonio neto por la cantidad de acciones emitidas y es aplicable a acciones ordinarias, no preferidas, que por generar un rendimiento fijo deberían medirse a su valor nominal como si se tratara de una deuda. Su cálculo será por demás engorroso e impracticable por cuanto la sociedad deberá confeccionar un balance especial a la fecha de la capitalización con la intervención de la AFIP para evitar subvaluaciones que perjudiquen sus derechos.

Si la sociedad tuviera pérdidas con posterioridad a la capitalización, éstas no serán soportadas por la AFIP o el fideicomiso, por cuanto los accionistas deberán abonar el precio establecido previamente.

Asimismo, entendemos que la tasa de interés del 12% anual es excesiva, más aún si la Sociedad hubiera abonado dividendos a las acciones preferidas, y contrapuesta a las propias intenciones del Gobierno, empeñado en reducir la tasa de interés vigente en el mercado. Hubiera sido más razonable fijar la tasa LIBO, descontando los dividendos ya percibidos.

### **1.9. CONSIDERACIONES RESPECTO A NORMAS DE LA LEY DE SOCIEDADES COMERCIALES**

El art 28 del Decreto 1387 establece que no deben efectuarse publicaciones del art. 194 LSC ni del art. 2 de la ley 11867.

El art. 5 del Decreto 1524 aclara que debe publicarse el art 10 LSC, art 77 inc 4 (transformación) y convocatoria del art. 237 LSC. La excepción de publicaciones a que se refiere el art. 28 se limita a las operaciones que resultan necesarias para la

capitalización del Fisco, con lo cual, no se entiende si deben efectuarse las publicaciones de oposición del art. 2 de ley 11.867 cuando otros intereses que no sean del Fisco se vean afectados (acreedores). No se ha previsto la inaplicabilidad del art. 12 ley 14.449 que requiere la expedición por parte del organismo recaudador del libre deuda previsional para la inscripción de las transferencias de fondos de comercio.

El régimen conculca el derecho individual del accionista en relación a la preferencia y acrecentamiento para la suscripción de las acciones preferidas convertibles, que sólo hubiera podido ser conculcado por la asamblea en los términos del art. 197. Entendemos que la emisión de acciones preferidas debe ser establecida por asamblea extraordinaria (art. 235 inc 1), sin requerirse la mayoría agravada del art. 244 último párrafo requerida por el 197.

Aún cuando el accionista disconforme vea disminuida su participación no tendrá derecho de receso.

Se omitió considerar el artículo 1277 del CÓDIGO CIVIL en referencia a la transformación de sociedades de personas que entendemos no rige en estos casos y no será necesario.

## **2.- CAPITALIZACIÓN POR PARTE DE LOS PARTICULARES**

### **2.1. SUJETOS que pueden recibir aportes de los particulares:**

1. Las sociedades anónimas que hayan capitalizado sus deudas tributarias conforme el régimen anteriormente analizado (1.) y hasta el límite del monto capitalizado por la AFIP.
2. Las restantes sociedades por acciones (en este caso se incluyen las S.C.A., S.G.R. y sociedades cooperativas) que no registren deudas fiscales exigibles ni determinadas al 30/9/01, conforme certificación expedida por la AFIP, pero con el límite está dado por el monto equivalente que hubiera pagado la sociedad en concepto de impuestos nacionales en los últimos 5 años, límite que fue modificado por el art. 11 del D. 1524, al admitir para su determinación la suma de todos los tributos nacionales impositivos, aduaneros y de la seguridad social, desde el 1/11/96 al 2/11/2001, fecha de publicación del D. 1387. En este caso no deben cumplirse los requisitos previstos para el régimen anterior. Los otros tipos sociales (por ejemplo las sociedades de responsabilidad limitada) deberán previamente transformarse en sociedades por acciones, aún cuando el tipo social no se adecúe a la estructura de la empresa y sin que ello implique ningún beneficio para nadie.

## **2. BENEFICIOS DEL REGIMEN**

El presente régimen beneficia a los particulares que efectúen aportes en los sujetos indicados en 2.1. y consiste en la exención de todo impuesto nacional de los incrementos patrimoniales no declarados al 31 de diciembre de 2000 a la AFIP si la suscripción e integración se realiza dentro de los 6 meses contados desde la fecha de publicación de la reglamentación (art. 31 del D. 1387, sustituido por el art. 3 del D. 1404). No se previó si la integración fue anterior mediante adelantos irrevocables a cuenta de futuras emisiones.

No se previó que el aumento o reintegro de capital necesarios para entrar al régimen, a efectos de sustraerse de la causal de disolución por pérdida de capital, también goce de estos beneficios. Sin embargo, si la sociedad recibe aportes en concepto de aportes irrevocables podrá superar la causal del inc. 5 del 94 y gozaría del beneficio del art. 31 del Decreto 1387 en el momento de la capitalización.

Se excluye del beneficio a los incrementos patrimoniales que hubiesen tenido su origen en hechos delictivos declarados por sentencia firme.