

**Modelo de Acta de Asamblea de SA autorizando al Órgano de
Administración a acogerse a los beneficios del ATP o a la
moratoria Ley N°27.541 y reformada por la Ley N°27.562**

AUTORES:

Dr. REPILA, Juan Carlos

Dr. CP STOLKINER, Diego A.

Dr. CP ZAGLUL, Carlos S.

Integrantes de la Comisión de Estudios Societarios y del Derecho
Mercantil

- Agosto 2020 -

OBJETIVOS DEL PRESENTE TRABAJO

El objetivo del presente trabajo es proponer a los profesionales matriculados una herramienta de análisis a tener en cuenta respecto a la Responsabilidad de los Directores y/o Gerentes a fin de asegurar que no se vea impugnada u observada la gestión de los mismos durante el ejercicio en relación a los efectos que pudieran derivarse de decisiones adoptadas en virtud de todas las restricciones que se dictaron en oportunidad de otorgarse los ATP por el Gobierno Nacional y las sancionadas por la Ley 27.562, con la ampliación de la moratoria modificatoria de la ley 27.541.

Responsabilidad del Órgano de Administración ante las restricciones a la distribución de utilidades en el ATP y en la Ley 27.541 y sus modificaciones introducidas por la Ley 27.562.

La declaración de Pandemia por parte de la Organización Mundial de la Salud OMS a las cuestiones sanitarias generada por el COVID-19 produjo la necesidad en diversos países del mundo de sancionar normas de protección de la población en materia sanitaria y económica.

En nuestro país con la sanción del Decreto 334/2020 se crea el Programa de Asistencia de Emergencia a la Producción y el Trabajo con facultades del Jefe del Gabinete de Ministros a fin de establecer los criterios objetivos, sectores y demás elementos que permitan determinar la asistencia prevista.

Posteriormente mediante el Decreto 347/2020 se crea el Comité de Evaluación y Monitoreo del antedicho Programa integrado por los Ministros de Desarrollo Productivo, Economía y Trabajo, Empleo y Seguridad Social además del Director General de Administración de Ingresos Públicos AFIP con el fin de recomendar o desaconsejar la inclusión de actividades en el Programa, así como proponer medidas conducentes al cumplimiento de los objetivos del Decreto del Poder Ejecutivo.

La referida norma legal establece que será el Jefe de Gabinete de Ministros quien decidirá la implementación y procedencia de las medidas a adoptarse previo dictamen fundamentado del Comité de Evaluación y Monitoreo del Programa de Asistencia de Emergencia a la Producción y el Trabajo.

Es así como el citado Comité fue realizando durante varios meses su tarea y emitiendo al efecto Actas en las que se asentaron sus recomendaciones que en todos los casos fueron aceptadas por la Jefatura del Gabinete de Ministros y generaron a su vez una denominada Decisión Administrativa por parte de ella.

Hasta la fecha el Comité realizó reuniones cuyas conclusiones fueron volcadas en Actas numeradas de la Nº 1 a la 19 y a su vez la Jefatura de Gabinete de Ministros emitió diecinueve Decisiones Administrativas coincidentes con las conclusiones de cada una de esas Actas.

No es motivo de este trabajo analizar la validez y jerarquía de estos actos administrativos sino limitarnos a desgranar las cuestiones que la letra de ellos genera en el desenvolvimiento de las sociedades anónimas y en sus órganos.

El Acta Nº 4, refrendada por la Decisión Administrativa de la Jefatura del Gabinete Nº 591 establece una importante restricción a aquellas empresas que cuenten con más de 800 trabajadores que soliciten acogerse al Programa de Asistencia de Emergencia impidiendo su incorporación a quienes realicen ciertos actos propios o posibles de una actividad empresarial tales como:

- Distribuir utilidades por los períodos fiscales cerrados a partir de noviembre de 2019
- Recomprar sus acciones directa o indirectamente.
- Adquirir títulos valores en pesos para su posterior e inmediata venta en moneda extranjera o su transferencia en custodia al exterior.
- Realizar erogaciones de ninguna especie a sujetos relacionados directa o indirectamente con el beneficiario cuya residencia, radicación o domicilio se encuentre en una jurisdicción no cooperante o de baja o nula tributación.

Posteriormente el Acta Nº 7 del Comité, refrendada por la Decisión Administrativa Nº 702 de la Jefatura del Gabinete, recomienda considera que las empresas beneficiarias referidas en el Acta Nº 4 no podrán efectuar las operaciones ahí previstas durante el ejercicio en curso y los DOCE (12) meses siguientes a la finalización del ejercicio económico posterior a aquel en el que se otorgó el beneficio, inclusive por resultados acumulados anteriores.

Finalmente el Acta Nº 11 del Comité, refrendada por la Decisión Administrativa Nº 817 de la Jefatura de Gabinete extiende a todas las empresas que soliciten el acogimiento al ATP, con independencia de la cantidad de trabajadores con que cada empresa cuente, las restricciones establecidas en el Acta Nº 4 en relación con la distribución de utilidades, la recompra de sus acciones, la compra de moneda extranjera mediante la adquisición de títulos e inmediata venta y las erogaciones a sujetos residentes en países con baja o nula tributación.

Adicionalmente el Acta aclara que. a los efectos de resultar beneficiario respecto de los salarios que se devenguen en el mes de mayo para las empresas con más de 800 trabajadoras y trabajadores, el Comité recomienda ampliar a VEINTICUATRO (24) meses los requisitos establecidos en el Acta Nº 4”.

Admitamos que no es nuestra intención pronunciarnos sobre las motivaciones que han llevado al Poder Ejecutivo a establecer tanto el beneficio del Programa de Asistencia como las exclusiones para ser acreedor del mismo. No obstante, debemos convenir en que una decisión de gestión y administración que la Ley 19550 LGS en sus artículos 157 y 255 deposita en el Órgano de Administración tanto de las sociedades de responsabilidad limitada como anónimas, tal sería la de acceder a un subsidio para el pago de salarios, interferiría con una decisión que claramente

prescribe el art.234 de la citada Ley como es la distribución de ganancias como resorte exclusivo de la Asamblea Ordinaria.

Todo ello sin entrar a considerar la potestad de compra de las propias acciones prevista especialmente por los artículos 220 y 221 de la Ley 19.550 dentro de las atribuciones del Órgano de Administración y las operaciones de compra venta de títulos para su venta en moneda extranjera.

César Vivante definía el dividendo como el derecho del accionista a participar de las utilidades que arroje el resultado comercial de la sociedad, conforme resulte del balance de ejercicio y de los estatutos sociales.

Por lo cual resulta “contra natura” la prohibición establecida por las Decisiones Administrativas a las cuales nos refiriéramos, ya que sin ninguna duda generalmente una persona invierte en una sociedad para obtener de ella, eventualmente, ventajas económicas.

Pero esta actitud de trasladar al Órgano de Administración decisiones que la Ley 19550 expresamente deposita en la Asamblea de Accionistas no ha sido sólo patrimonio de esta suerte de Decisiones Administrativas de la Jefatura de del Gobierno de Ministros sino que encontramos que la Ley 25.741, reformada por la Ley 27.562 denominada Ley de Solidaridad Social y Reactivación Productiva, legislando sobre la llamada moratoria fiscal universal, establece en su artículo 13 punto 6 lo siguiente:

“Los planes de facilidades de pago caducarán:

“Por la distribución de dividendos o utilidades a sus accionistas o socios o socias, en los términos de los artículos 49 y 50 de la Ley del Impuesto a las Ganancias, texto ordenado en 2019 y sus modificaciones, desde el momento en el cual se adhirió al presente régimen que finalice el ejercicio fiscal entonces en curso y por los veinticuatro (24) meses siguientes”.

A continuación lista otra serie de actividades de gestión que generarían la caducidad de la moratoria, por lo que debe prestarse especial atención a las restricciones que impone, entre otras: el no acceso al MULC (Mercado Único y Libre de Cambios), la prohibición de la compra o venta de dólares MEP/CLL, la imposibilidad de efectuar transferencias de fondos a entidades del exterior y la repatriación obligatoria del 30% de sus activos financieros en el exterior, si los tuvieran. Adicionalmente, desconociendo la diferencia existente entre la persona jurídica sociedad y la persona accionista establece en su artículo octavo que aquellos socios o accionistas de personas jurídicas que se acojan a la moratoria y que posean por lo menos el treinta por ciento (30%) del capital social estarán obligados a repatriar el 30% de sus activos financieros en el exterior.

A los efectos de nuestro trabajo si bien remarcamos o nos interesa particularmente la limitación a la distribución de dividendos y la obligatoriedad de repatriación de activos financieros para los socios o accionistas que posean más del 30% del capital social, debemos poner en conocimiento de la Asamblea las otras restricciones ya que podrían afectar la actividad normal de la empresa por su actividad de importadora/exportadora (acceso al mercado de cambios). Más

aún cuando podrían llegar a existir conflictos de intereses entre la sociedad y los socios, y/o entre los socios entre sí.

Aquí vuelve el legislador, aunque no lo diga expresamente a depositar en el Órgano de Administración una decisión que afecta los intereses de los accionistas, ya que una simple decisión administrativa como sería la de acogimiento o no a una moratoria fiscal, tiene repercusión en la distribución de dividendos y no en forma transitoria o en un breve plazo sino nada menos que por 24 meses y no solo eso, sino que en la medida en que la sociedad posea accionistas o socios con una participación igual o mayor al 30% del capital, obligará a estos, en el caso de tenerlos a repatriar el 30% de sus activos financieros en el exterior. A estas alturas, vale la pena recordar que según lo establece el artículo 234 punto 1) de la Ley 19550 LGS la distribución de dividendos es de competencia exclusiva de la Asamblea Ordinaria.

Adicionalmente los artículos 146 y 163 de la referida Ley prescriben claramente que los socios o accionistas de una sociedad de responsabilidad limitada o sociedad anónima limitan su responsabilidad a las cuotas o acciones suscriptas e integradas, por lo que la obligación de repatriar el 30% de sus activos financieros del exterior podría eventualmente significarles una pérdida de valor de ellos que implique aumentar su responsabilidad por encima del aporte realizado.

Corresponde entonces a nosotros preguntarnos: podrá el Órgano de Administración de una sociedad resolver por sí solo, ya sea la solicitud del beneficio del ATP como el acogimiento a esta moratoria universal, habida cuenta de las restricciones y obligaciones establecidas en ambas normas, sin que su decisión encuadre en las responsabilidades prescriptas por las disposiciones de los artículos 59 y 274 de la Ley 19550 LGS y 160 y Título Vº del Código Civil y Comercial de la Nación?

No cabe duda que una decisión como la antedicha se encuadraría en las responsabilidades de los referidos artículos, ya que estaría el Órgano de Administración atribuyéndose una decisión que como dijéramos anteriormente es de competencia exclusiva de la Asamblea Ordinaria, esto más allá de que se materialicen las acciones judiciales pertinentes.

Consideramos que sólo la Asamblea de Socios o Accionistas podría tomar una decisión que afectará directamente sus intereses tal es el derecho a la distribución de utilidades o al dividendo, razón por la cual realizaran la inversión en la sociedad o en su caso la repatriación de su tenencia de activos financieros en el exterior.

Y agregamos una consecuencia seguramente no querida por las normas señaladas y es que el acogimiento al ATP y a la moratoria fiscal seguramente afectará el financiamiento de la sociedad ya que difícilmente encontrará inversores dispuestos a aportar capital al emprendimiento societario sin la posibilidad de recibir un legítimo rédito al mismo.

Bibliografía y normas consultadas.

- Grispo, Jorge, Tratado sobre la Ley de Sociedades Comerciales, Buenos Aires, 2005.
- Quesada, Laura, Artículo Publicado por Business Law Partners, Buenos Aires, junio de 2019
- Decretos 260/2020; 297/2020; 332/2020; 347/2020 y 376/2020.
- Actas del Comité de Evaluación y Monitoreo del APT N°s. 1 al 19.
- Decisiones Administrativas de la Jefatura de Gabinete de Ministros de aprobación de las Actas del Comité de Evaluación y Monitoreo del ATP N°s 483 no correlativas a 1343.
- Ley N° 19550 – Ley General de Sociedades.
- Código Civil y Comercial de la Nación
- Ley 27541 (parte pertinente).
- Ley 27562

ANEXO I

Modelo de Acta de Asamblea de SA autorizando al Órgano de Administración a acogerse a los beneficios del ATP o a la moratoria Ley 27541 y Ley 27562

(Adaptarse al tipo societario y tipo de Asamblea y oportunidad de realización)

En caso de no ser una sociedad cerrada o familiar, y mientras continúen las restricciones a la circulación de personas las reuniones de Directorio y Asambleas pueden realizarse a distancia RG IGJ 11/2020. Ver modelos en www.consejo.org.ar/herramientas_profesionales/material_tecnico/colaboraciones_tecnicas.

TEMA: Asamblea General Ordinaria o Extraordinaria según el criterio del Profesional

(Tener presente quórum y mayorías diferentes según el tipo de Asamblea)

ACTA N°

En la Ciudad de Buenos Aires, a los días del mes de de 2020, siendo las horas, se celebra en la sede social la Asamblea General Ordinaria (o Extraordinaria) de accionistas de XXXX S.A. a la que asisten accionistas titulares de la totalidad del capital social y de los votos, por lo que, en la medida en que las decisiones sean tomadas por unanimidad, la Asamblea revestirá el carácter de unánime, (en caso de corresponder) conforme a lo dispuesto en el artículo 237 “in fine” de la Ley 19550 Se encuentran presentes los señores directores (gerentes) y síndicos (en caso de corresponder) que firman al pie de la presente.

Preside la reunión el titular, señor quien, luego de declararla válidamente constituida, da comienzo al desarrollo del orden del día:

1º) DESIGNACION DE DOS ACCIONISTAS PARA FIRMAR EL ACTA.

Por unanimidad se designa a los accionistas xxxx y xxxx.

2º) CONSIDERACIÓN DEL ACOGIMIENTO DE LA SOCIEDAD A LOS BENEFICIOS DEL PROGRAMA ATP Y A LA MORATORIA DE LA LEY 27541 REFORMADA POR LA LEY 27562 HABIDA CUENTA DE LAS RESTRICCIONES DE AMBAS NORMAS A LA DISTRIBUCIÓN DE DIVIDENDOS, ACCESO AL MERCADO ÚNICO Y LIBRE DE CAMBIOS, OBLIGACIÓN DE REPATRIACION DE ACTIVOS FINANCIEROS y demás normativa. Autorizaciones (1).

Toma la palabra el señor Presidente del Directorio quien expone los beneficios y las restricciones a la distribución de dividendos establecidos en ambas normas entregando a los asistentes copias de las mismas.

Se produce un animado intercambio de ideas luego del cual se aprueba por unanimidad el acogimiento de la sociedad a los beneficios de ambas normas aceptando las restricciones a la distribución de dividendos, acceso al Mercado Único y Libre de Cambios o a la compra o venta de dólares MEP/CCL, a la repatriación de activos financieros del exterior por parte de accionistas que posean más del 30% del capital social, etc., en ellas establecidas y autorizar al Directorio para que designe al Señor Presidente (o a quién corresponda) a suscribir la documentación que permita acogerse a los beneficios de ambas normas (o aclarar que ya se acogieron a determinados ATP) y **en especial a las que pudieran dictarse entre la fecha de celebración de esta Asamblea y la fecha en que la sociedad se acoja a la MORATORIA ante las posibles reglamentaciones que se dicten por decreto y normas de la AFIP.** No habiendo más asuntos que tratar, se levanta la sesión siendo las hs.

(1) En caso de creerse necesario podrían considerarse en la Asamblea otras autorizaciones relacionadas con el resto de las restricciones a que aluden ambas normas.