

## **DIVIDENDOS A CUENTA EN LA SOCIEDAD ANÓNIMA DE FAMILIA**

*Ricardo Marcelo Castrogiovanni*

### **SUMARIO**

La ley de sociedades 19.550 estableció un sistema de tipos societarios pensados como estructuras acordes a distintas realidades de agrupamiento de socios, a la luz de un criterio dimensional de la empresa. En este esquema, la sociedad anónima cerrada se diferenció de la sociedad cotizante en su origen, profundizándose esa diferencia con la reforma de la ley 22.903. Acorde con la situación en las que quedaron las SRL a partir de esa reforma, los emprendimientos familiares se inclinaron mayormente por la adopción del tipo sociedad anónima cerrada, a punto de superar ampliamente en número a las constituidas adoptando otros tipos. Una muy elevada cantidad de emprendimientos familiares, están organizados desde entonces como sociedades anónimas cerradas. El plexo normativo de la sociedad anónima es asimétrico con una de las cuestiones básicas que hacen a la sociedad familiar, el retiro de dividendos, disfrazándose como administradores a quienes no gestionan la sociedad a efectos del retiro. Se propicia en esta ponencia un régimen de dividendos a cuenta para estas sociedades.



La ley de Sociedades Comerciales N° 19.550, hoy Ley General de Sociedades, introdujo una concepción innovadora para su época, cambiando el paradigma de las relaciones internas y reglamentando con avanzada precisión un elenco de tipos societarios para atender jurídicamente diversas situaciones de negocio.

Este andamiaje jurídico fue concebido a la luz de diversos principios que lo iluminaron y que fueron, entonces, consagrados por la normativa; a veces en disposiciones puntuales, como en el artículo 1° referente a la naturaleza jurídica del acto constitutivo, o en el artículo 2° cuando se alude a la categoría de sujeto de derecho bajo la concepción de “realidad jurídica”, y otras, en cambio, a lo largo del texto y que se plasman en el juego de diferentes artículos.

Uno de estos principios ha encarnado en la adhesión a lo que se ha dado en llamar “criterio dimensional de la empresa”.

Dejando de lado interpretaciones al detalle, sobre si la actividad empresarial puede o, más recientemente “debe” acompañar al contrato, o si era, o luego de la reforma “es” o no una condición esencial para la existencia de la sociedad, lo cierto es que este plexo jurídico está previsto para organizar estructuras societarias más sencillas o más complejas, para la celebración de negocios.

Esta concepción refleja justamente este “criterio dimensional de la empresa”, resultando en una serie de tipos societarios que, con mayor o menor elasticidad según la conveniencia de las relaciones entre socios aconseje en cada caso, atienden a la configuración estructural de la empresa que organicen, resultando en verdaderos estándares a la manera de trajes de medida para cada proyecto, que el margen disponible del articulado permitirá adaptar -en una suerte de sintonía fina- a cada unidad negocial.

En este orden de sistematización del plexo normativo, se destacan como sociedades con organicidad más compleja, las sociedades anónimas. Y ya la ley en su versión original reconocía una distinción según la sociedad anónima fuera “cerrada o de familia”, o fuera, en cambio “abierta”, reservando para ésta última una estrictez reglamentaria y un contralor diferenciado.

Pero, en general, la regulación positiva era -y mayormente sigue siendo- única. Así, la exposición de motivos destacaba en punto a la administración, por ejemplo, que “El conjunto de disposiciones da una rica gama de soluciones en la organización de la administración, que permitirá afrontar satisfactoriamente las necesidades de la administración de la empresa, cualquiera sea el grado de complejidad y su dimensión”.

Con la reforma de la ley 22.903, se estableció un nuevo ajuste en el mencionado “criterio dimensional de la empresa”.

Esta vez, el plexo normativo fue reformado acentuando la diferencia entre la sociedad anónima abierta y la cerrada o de familia, liberalizando y haciendo más elástico, a su vez, el esquema de la sociedad de responsabilidad limitada, de modo de que estas dos últimas -SRL y sociedades anónimas cerradas- atendieran a situaciones de negocio sumamente parecidas. Así, por ejemplo, la posibilidad para la anónima cerrada de prescindir de la sindicatura y reemplazarla por el derecho de inspección y control reconocido a los socios en el art. 55.

Este nuevo panorama, no obstante, no resultó óptimo a través del tiempo, por diversos motivos.

La mayor complejidad y costos que generaba una estructura legal de sociedad de responsabilidad limitada, entre otras circunstancias, inclinó la balanza para que las sociedades cerradas fueran mayormente constituidas como sociedades anónimas, en orden a su economía y practicidad, entre otros factores.

Así, por ejemplo, a pesar de que la libertad en la cesión de cuotas pasó a ser la regla, una sociedad de responsabilidad limitada que no permaneciera estática en su composición de capital, colocaba a los pequeños emprendimientos frente a trámites más complejos y costosos, tales como enfrentarse a modificar el contrato con cada cesión, realizar inscripciones en el registro público, publicar edictos, certificar firmas, entre otros, lo cual contrastado con esta nueva versión flexibilizada de sociedad anónima cerrada, resultaba una opción no deseada.

El certificado de defunción definitivo de la sociedad de responsabilidad limitada vino con la eliminación de su encuadre en el impuesto a las ganancias -que era sumamente conveniente y acompañaba la realidad de los socios en pequeños y medianos negocios- y su reemplazo por un régimen idéntico al de las sociedades anónimas, con lo cual, la elección del tipo SRL dejó de ser una opción interesante.

De esta forma, y en gran medida por las cuestiones reseñadas, la cantidad de sociedades anónimas cerradas o de familia, se incrementó progresivamente, constituyendo el tipo más popular entre las pequeñas y medianas empresas en las últimas décadas. Y este dato no es menor si se lo conjuga con el de las estadísticas que recurrentemente reflejan la enorme incidencia porcentual de las empresas pequeñas y medianas en la economía nacional.

Este es el motivo de nuestra atención sobre esta versión del tipo sociedad anónima, porque, a pesar de la diferenciación ya concebida por el legislador de 1972 y de la flexibilización del legislador de 1983, las disposiciones que rigen el tipo, no siempre acompañan la realidad ni las consecuentes necesidades de las sociedades anónimas cerradas o de familia.

Y, si bien estas reflexiones son válidas para las sociedades cerradas en general, en el caso de las sociedades de familia que han adoptado el tipo de sociedad anónima, se presentan cuestiones específicas, particularmente atendiendo la problemática de los accionistas que no intervienen realmente en la gestión.

No en vano el proyecto de reformas elaborado por la comisión designada por resolución MJ 465/91 propuso desmembrar el tipo, creando lo que llamó la “sociedad anónima simplificada”, que reguló en 14 artículos diferenciados a cuyas previsiones eran aplicables las disposiciones de la sociedad anónima en tanto fueran compatibles con este articulado “y las disposiciones estatutarias adoptadas de acuerdo con estas últimas” (artículo 321 del proyecto).

Presentado este encuadre, corresponde entonces centrar la atención en estas asimetrías que devienen de aplicar un régimen concebido -de acuerdo al criterio dimensional de la empresa- para los grandes emprendimientos, a la realidad de las pequeñas y medianas.

Varias son las cuestiones puntuales que no hacen foco en el contexto de este tipo de estructuras negociales. En esta ponencia nos referiremos puntualmente al régimen de los dividendos.

Sobre la base de un criterio de seguridad, la ley 19.550 estableció una serie de pautas para que puedan repartirse dividendos. Si bien la redacción original -y que subsiste- del artículo puede no ser clara, especialmente por su empleo equívoco del vocablo “ganancias”, término que, ceñido a lo jurídico propiciamos se reserve al resultado positivo de la cuenta de ganancias y pérdidas <sup>1</sup>, reservando el término “beneficio” para referirse al real y efectivo incremento patrimonial acusado por el balance <sup>2</sup>.

Así, este resultado positivo de la cuenta y esta proporción excedente del patrimonio con respecto al capital social más reservas, permite que la asamblea decida distribuirla entre los accionistas, configurando esa parte del beneficio, la llamada utilidad. Precisamente la parte correspondiente a cada accionista encarnará en el dividendo.

A los efectos de este análisis, no tendremos en cuenta disquisiciones más detalladas acerca de si el concepto de dividendo -que referimos como resultado del ejercicio- engloba también a las reservas facultativas de ejercicios anteriores o a montos de la cuenta de resultados no asignados, o equivalentes.

De este modo, las previsiones del artículo 68 de la ley 19.550 prescriben que *“Los dividendos no pueden ser aprobados ni distribuidos a los socios, sino por ganancias realizadas y líquidas resultantes de un balance confeccionado de acuerdo con la ley y el estatuto y aprobado por el órgano social competente, salvo en el caso previsto en el artículo 224, segundo párrafo”*.

La salvedad contenida en el artículo 68 de la ley, refiere a la situación de las sociedades comprendidas en el artículo 299.

Precisamente, en este caso se autorizan otros retiros de dividendos que los interanuales, sobre la base del mayor control a que están sujetas las sociedades a que refiere el artículo 299 y también en tanto la responsabilidad ilimitada y solidaria recae sobre directores y síndicos. Esta previsión puede hacer más atractiva la inversión en acciones de estas sociedades, comparada con otras del mercado de bonos o del financiero, como colocaciones a plazo fijo, especialmente para el inversor a pequeña escala.

---

<sup>1</sup> Conforme lo proponen Miguel A. Sasot Betes y Miguel P. Sasot en “Los dividendos”, *Ábaco de Rodolfo Depalma*, Buenos Aires, 1985, p. 7.

<sup>2</sup> *Íd.* nota 1

En cambio, no existe alternativa para las sociedades anónimas cerradas, que, no se encuentran controladas externamente como las del artículo 299 y que, generalmente, han optado por prescindir también de la sindicatura.

Va de suyo que la previsión de cuidado del artículo 68 nos parece muy acertada. Sin embargo, resulta totalmente asimétrica en el caso de las sociedades anónimas cerradas o de familia.

En efecto, a diferencia de las posibles ventajas que el reparto de dividendos más allá del anual pueda implicar para las sociedades cotizantes, la realidad de las sociedades cerradas revela otras, muy diferentes.

En general, estas sociedades cerradas están compuestas por grupos de socios unidos por estrechos vínculos familiares que suelen conservar sus tenencias accionarias a través del tiempo y se comprometen, mayoritariamente, con la gestión de los negocios.

Pero, al mismo tiempo, existen siempre integrantes de la familia que participan de las tenencias accionarias, sea porque se les ha asignado como una forma de hacerlos participar de los beneficios del negocio familiar, sea porque las han adquirido por herencia, pero que mantienen total desvinculación con la gestión.

Esto produce conflictos permanentes en punto al retiro de dividendos, precisamente porque el régimen legal vigente no permite retiros otros que interanuales.

De hecho, la identidad entre accionistas y administradores es muchas veces total, cuando en una gran cantidad de casos, no ejercen el cargo, limitándose a firmar los libros de actas, a efectos de acceder a cifras periódicas que hagan a su ingreso, como fruto de su participación accionaria en el negocio familiar.

Esto denota que estos accionistas tampoco son meros inversores y esta aseveración que parece una verdad de Perogrullo, reviste particular importancia a la hora del reparto de dividendos, toda vez que la actividad de la sociedad constituye el medio de vida de todas estas personas.

El recurso de retener un cargo en el directorio como administradores, cuando en verdad no los son, obedece a la necesidad de hacerse de fondos provenientes del resultado de la explotación empresarial con la periodicidad que exige un ingreso regular que atienda sus necesidades.

Esta distorsión genera no pocas cuestiones, tanto en la esfera económica cuanto en la de responsabilidad personal, debiendo asumirse costos -por ejemplo, previsionales e impositivos- y responderse eventualmente por deudas que no les correspondería asumir.

A fin de morigerar estas incidencias, se recurre a veces a una pequeña ingeniería profesional, inscribiendo al accionista también como empleado en re-

lación de dependencia de la sociedad, en la medida que permita neutralizar, al menos en parte, la situación creada.

Esto podría variar, sincerando el retiro periódico y reflejando su real naturaleza, es decir, estableciendo un sistema de retiro a cuenta de dividendos que permita su real objeto.

Como dijimos, no se trata aquí de controvertir las sanas previsiones del artículo 68, sino de permitir una construcción que no se agote en el reparto anual.

Los países desarrollados han adoptado mayormente esta postura, que inclusive ha sido receptada en Europa por la 2ª Directiva comunitaria en materia de sociedades (77/91/CEE), de 13 de diciembre de 1976, la que, en sus artículos 15 y 16, establece las condiciones mínimas que deben observar las leyes nacionales para el reparto a cuenta de dividendos.

Estas previsiones mínimas exigen la confección de un estado de cuentas del que surja que los fondos disponibles son suficientes para la distribución, no pudiendo exceder el importe de los resultados obtenidos desde el fin del último ejercicio cuyas cuentas anuales hubieran sido establecidas, más los beneficios a cuenta nueva y las sumas deducidas de las reservas disponibles a este fin, menos las pérdidas a cuenta nueva y las sumas que deban pasarse a reservas en virtud de obligación legal o estatutaria.

La contravención a estas previsiones genera la obligación de restituir si se demuestra que el accionista conocía la irregularidad de tales distribuciones a su favor, o no podía ignorarlo teniendo en cuenta las circunstancias.

A partir de allí existen variantes que podrían proponerse.

Por ejemplo, a la manera italiana, estos estados de cuentas podrían estar sujetos a una auditoría, que, en nuestro caso, podría ser privada, desde el momento que el sometimiento a un ente oficial al efecto seguramente constituiría un obstáculo de índole administrativa y económica.

O, también, podría desplazarse la decisión del reparto al directorio y agravarse su responsabilidad, en caso de retiros que no observasen estos parámetros o que, debiendo ser reintegrados eventualmente a la sociedad, no lo fueran.

Si se respetasen los requisitos de seguridad, estos retiros a cuenta de dividendos se transformarían en dividendos efectivos con el resultado final del ejercicio y no habría necesidad de restituirlos. En todo caso y frente a la falta de confirmación, pueden ser considerados préstamos que deberían ser devueltos a la sociedad, propiciándose a la manera del esquema establecido en el art. 150 referido a aportes de socios de SRL, la solidaridad de todos los socios por las sumas no reintegradas.

A todo evento, la implementación de este sistema, debería venir acompañada por un esquema tributario acorde que no obstaculizase su ejercicio, esto es,

que no generen anticipadamente renta presunta o retenciones a cuenta de impuestos que, eventualmente, deban quedar como sumas de libre disponibilidad para el sujeto.

Por lo expuesto se propicia incluir en la Ley General de Sociedades una previsión para que las sociedades anónimas cerradas o de familia puedan repartir sumas a cuenta de dividendos, sobre la base de las actuales previsiones del artículo 68, y requisitos adicionales según se esbozó en la presente ponencia.