

LA IMPUGNACIÓN DEL BALANCE NO SIEMPRE HABILITA LA CAUTELAR DE SUSPENSIÓN DE LA DISTRIBUCIÓN DE UTILIDADES

POR BERNARDO CARLINO

Sumario

La impugnación de la resolución mayoritaria de los socios que aprueba un Balance de ejercicio (artículos 69 y 251) no habilita la suspensión de la ejecución de la distribución de utilidades realizadas y líquidas, si su fundamento corrige defectos de cómputo de cuentas y rubros que no inciden directamente en la modificación del Estado de resultados.

Ponencia

Para fundamentar esta ponencia existen las siguientes reglas legales:

1) El derecho de impugnación de los estados contables es irrenunciable.

El artículo 69 de la Ley de Sociedades Comerciales (LSC) establece que el derecho a la aprobación e impugnación de los estados contables y a la adopción de resoluciones de cualquier orden a su respecto, es irrenunciable y cualquier convención en contrario es nula.

2) Las utilidades distribuibles son tales cuando la reunión de socios aprueba el Balance de ejercicio.

Los dividendos, por el artículo 68, 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).

3) *Toda aprobación del Balance General adoptada en violación de la ley, el estatuto o el reglamento, puede ser impugnada de nulidad.*

El artículo 251 legitima para ello a los accionistas que no hubieren votado favorablemente en la respectiva decisión y por los ausentes que acrediten la calidad de accionistas a la fecha de la decisión impugnada.

4) *El juez puede suspender a pedido de parte, la ejecución de la resolución impugnada.*

El artículo 252 legitima a la parte impugnante a solicitar la suspensión de la decisión impugnada, si existieren motivos graves y no mediare perjuicio para terceros, la ejecución de la resolución impugnada, previa garantía suficiente para responder por los daños que dicha medida pudiere causar a la sociedad.

En términos más precisos, la ley se refiere a las utilidades que resultan de restar a las líquidas y realizadas el porcentaje destinado a reserva legal si aún no se ha cubierto el porcentaje del capital *ajustado* que considera como mínimo la ley¹ y deducidos los honorarios de administradores y síndicos.

Para ser *realizada*, la ganancia debe resultar de negocios jurídicos perfeccionados en los que la sociedad habrá cumplido con sus obligaciones de modo tal que se origine un crédito irrevocable e incondicionado a su favor. Para considerarse *líquida*, aunque no haya ingresado aún en efectivo a la caja, debe ser exigible en el corto plazo y seguro su cobro por la solvencia del deudor o las garantías prestadas².

Respecto de la resolución social que trata el balance de ejercicio, las alternativas son dos:

a) Que resulte impugnado –rechazado– por la mayoría al momento de votarse el punto en el Orden del día.

En cuyo caso los administradores procederán a reformularlo sin que medien recursos judiciales para la minoría que

¹ Artículo 70 Ley de Sociedades Comerciales.

² Recio, Juan. “El concepto de “Ganancia Realizada y líquida”, II Jornada Nacional de Derecho Contable, Tucumán, Ed. UNSTA, 2009, p. 205.

los aprobó, pues la legitimación la concede la ley para los que impugnan la aprobación y no para los que impugnan su desaprobación.

b) Que resulta aprobado por la mayoría e impugnado por la minoría.

La decisión social que aprueba por las mayorías legales o contractuales el Balance y la distribución de ganancias, por el hecho de estar impugnada en sede judicial, no deja de estar aprobada aunque sujeta a una eventual revisión según la resolución firme emanada de esa fuente.

El artículo 251 admite que toda resolución de la asamblea adoptada en violación de la ley, el estatuto o el reglamento, pueda ser impugnada de nulidad por los accionistas que no hubieren votado favorablemente en la respectiva decisión, por los que votaron favorablemente si su voto es anulable por vicio de la voluntad y por los ausentes que acrediten la calidad de accionistas a la fecha de la decisión impugnada; y por los directores, síndicos, miembros del consejo de vigilancia o la autoridad de contralor.

Sostiene Nissen que “la aprobación de los Estados Contables no es una resolución asamblearia que se agota con su aprobación, pues de ella se deriva inescindiblemente la distribución de los resultados del ejercicio y los honorarios de los administradores”³.

Respecto de la acción de impugnación, la jurisprudencia tiene dicho que procede cuando corresponde al socio impugnante en ejercicio de un derecho subjetivo propio que, cuando es lesionado, hace nacer otro de carácter subrogatorio para la anulación de la deliberación⁴. Y que las decisiones asamblearias que simplemente aprueban los estados contables de un ejercicio, resultan “insusceptibles” de ser suspendidas, dado que la virtualidad se agota con la resolución misma sin que exista materia que permita hablar de ejecución de la decisión respectiva, salvo cuando esta decisión hubiera sido tenida en cuenta para otras resoluciones de la misma asamblea, también impugnadas, en

³ Nissen, Ricardo A. *Ley de Sociedades Comerciales*, Tomo IV, Buenos Aires, Ed. Ábaco, p. 188.

⁴ C. N. Com., Sala B, 05 de febrero de 2004, “Errecart, S. contra La Gran largada S.A. y otros sobre ordinario”.

que se debe dejar a salvo la hipotética procedencia de la suspensión de estas últimas⁵.

Por lo tanto, para pedir la suspensión de la decisión asamblearia que decide la distribución de utilidades, se debe impugnar de nulidad la decisión aprobatoria del balance y demostrar la conexión con un actuar ejecutivo posterior al momento en que se toma para hacerla efectiva, actuar que generalmente queda en manos del Directorio.

Además del carácter restrictivo que pesa sobre toda cautelar, debe acreditarse la existencia de motivos graves, que no mediere perjuicio para terceros, y satisfacer previamente garantía para responder por los daños que dicha medida pudiere causar a la sociedad.

Se puede admitir que, demostrando el perjuicio irreparable y acreditada prioritariamente la ambigüedad de los estados contables de una sociedad, proceda la medida de suspensión en tanto su aprobación, aunque impugnada, permita que la sociedad continúe la marcha normal de sus negocios sin ningún tipo de obstáculo sobre la base de un balance presumiblemente falso o inexacto que no describe la realidad de las cosas.

Permitir en tales casos que comience el ejercicio posterior y los subsiguientes, los cuales serían también erróneos y perjudiciales de conocerse finalmente la causal de nulidad que afecta al balance impugnado, implicaría tener que volver atrás luego de varios ejercicios toda una actividad económica desarrollada por la sociedad que provocaría una confusión y desequilibrio tal que probablemente terminaría con su existencia comercial misma, ya que seguramente no resultaría suficiente la responsabilidad ilimitada y solidaria de directores, miembros del consejo de vigilancia y síndicos, impuesta por la misma ley.

Sin embargo, si se impugna la aprobación de un Balance por no estar de acuerdo en la clasificación de cuentas o el contenido de rubros del activo y del pasivo (por ejemplo: presentados como no corrientes, cuando se intenta demostrar que son corrientes; o bien por no mostrar las garantías que afectan a un pasivo, omitir asientos de orden, etcétera) aunque presumiblemente procedente respecto de los fundamentos de la acción de nulidad, el desenlace no alterará la existencia y determinación

⁵ C. N. Com., Sala E, 13 de noviembre de 1998, "Haimovici, H. contra Casa Rubio S.A. sobre medida precautoria".

de las utilidades tal como se han presentado, y por lo tanto, no habrá razón ni materia que impida su distribución.

Es legítimo el interés del socio en impulsar en sede judicial una decisión tendiente a que se presente el balance en su formulación ajustada a derecho y a las normas técnicas profesionales en la materia. De dejarse firmes estas inexactitudes, las consecuencias pueden ser la necesidad de aumento del capital no previsto debidamente, la insolvencia o la disolución y liquidación societaria, no reveladas a tiempo por la correcta formulación del balance.

Pero este tipo de impugnaciones y la posterior corrección del Balance, no afecta a la determinación del resultado y de las ganancias líquidas y realizadas distribuibles, como sería el caso de que se impugnaran rubros o cuentas que afectan directamente al Estado de Resultados y que, de hacerse lugar a la materia en disputa, se modificara la determinación de los mismos presentados por los administradores y votada por la reunión de socios.

Por lo que sostenemos que en los casos de impugnación de la decisión de los socios aprobatoria del Balance General, fundamentadas en partidas que no incidirán directamente en la determinación del resultado del ejercicio votado, no es susceptible de la cautelar dispuesta por el artículo 252.