

INCONSISTENCIAS LEGALES ENTRE LAS RESERVAS FACULTATIVAS Y ENTREGA DE DIVIDENDOS EN ACCIONES-CAPITALIZACIÓN DE UTILIDADES

POR MARÍA BARRAU¹

Sumario

1. Para no distribuir las ganancias líquidas y realizadas, afectadas a reservas facultativas, se le exige a la sociedad la justificación de su razonabilidad, una prudente administración y mayorías agravadas –siendo ésta una decisión temporal susceptible de reversibilidad al año siguiente. Sin embargo, si la sociedad decidiera la no entrega de las utilidades líquidas y realizadas y su capitalización o la distribución de los dividendos en acciones, solamente se le exigiría su expresión en la memoria –siendo esta última situación mucho más dañosa para el accionista.

2. Las ganancias líquidas y realizadas que se capitalizan nunca han llegado al patrimonio del accionista y no saldrán del patrimonio social mientras el ente se encuentre vigente –a excepción de los escasos supuestos de reducción de capital.

3. Las ganancias líquidas y realizadas que no se distribuyeron y se afectaron a reservas facultativas, en algunos casos pueden ingresar al patrimonio del accionista si la sociedad decidiera luego distribuir las.

¹ Abogada. Titular de la Cátedra de Derecho Societario de la Facultad de Ciencias Económicas de la Universidad Nacional de Mar del Plata. Adjunta de la Cátedra de Derecho Societario de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Mar del Plata. Alsina 2681 Mar del Plata (C.P. 7600). E-Mail marriabarrau@speedy.com.ar. Tel. 0223-4519595/0223-4512529.

4. Podemos afirmar que los accionistas se encuentran en mejores condiciones y más protegidos frente a la realización de reservas facultativas que ante supuestos de entregas de dividendos en acciones o de capitalización de utilidades.

I. Introducción

Analizaremos el capital social, las utilidades, los dividendos, la entrega de dividendos en acciones, la capitalización de utilidades y la infracapitalización. Estos tópicos se encuentran intervencidos dentro del derecho societario y no podremos referir a uno sin mencionar a los demás. El tema se circunscribe a la problemática societaria existente y a la postura del legislador sobre el interés social, el interés del socio y la protección de los acreedores.

II. Financiamiento de la empresa

La necesidad de respetar la relación capital social-objeto social reviste el carácter de eje central de esta problemática.

La distribución de utilidades se encuentra vinculada al financiamiento de la empresa, de donde obtiene recursos la sociedad para crecer, ya sea con capital propio o ajeno.

Para poder crecer y mantenerse en el mercado, la empresa y por ende la sociedad, debería incrementar todos los años sus fondos. El origen de éstos, la protección de los actores por parte de la ley y su corrección devienen cuestiones que deben analizarse.

Entre las formas de financiamiento de la sociedad se encuentran la retención o no distribución de utilidades líquidas y realizadas.

La sociedad se encuentra facultada a retener las utilidades y no distribuirlas a los accionistas de diversas maneras, como por ejemplo la capitalización de utilidades, la entrega de dividendos en acciones, la constitución de reservas facultativas y la tan cuestionada cuenta de resultados no asignados.

III. La distribución de las ganancias líquidas y realizadas dentro del marco de la Ley 19.550

La ley establece dentro de los elementos de primordial existencia de todo contrato societario la distribución de las ganancias líquidas y realizadas.

Este derecho aparece establecido en los artículos primero, once, trece, sesenta y ocho, setenta, setenta y uno, doscientos sesenta y uno, entre otros.

La causa-medio del contrato societario es el desarrollo del objeto social. La causa-fin, el móvil que lleva a los socios a asociarse, es la obtención de un beneficio, la distribución de utilidades por parte de la sociedad.

No se modifica la afirmación *supra* referenciada con la admisión de las Asociaciones –pudiendo adoptar la forma de sociedad bajo alguno de los tipos previstos en la ley– en su artículo 3.

IV. Constitución de reservas

Para realizar reservas facultativas, los administradores deben cumplir con:

1. El artículo 70 de la ley:
 - a. Las reservas tienen que ser razonables.
 - b. Los administradores deben llevar una prudente administración.
 - c. En las sociedades por acciones es obligatorio adoptar la decisión social conforme las mayorías del artículo 244, última parte, cuando su monto excediera el capital y las reservas legales.
 - d. En las sociedades de responsabilidad limitada se requieren las mayorías necesarias para reformar el contrato social.

2. El artículo 66 inciso tercero nos obliga a declarar en la memoria las razones por las cuales se propone la constitución de reservas explicadas clara y circunstanciadamente.

3. Para poder realizar reservas facultativas deberíamos contar con un conjunto de elementos.

4. Las mismas revestirían el carácter de razonables, moderadas, de acuerdo a las necesidades de la sociedad.

5. Las reservas facultativas responderían a una prudente administración. Sobre esta temática deberíamos analizar el significado que el legislador le asigna al término de “prudente administración” y si está indicando solamente que administremos como un buen hombre de negocios.

Los administradores deben ser prudentes, atinados, maduros, juiciosos, sensatos. Solamente si las reservas facultativas resultan imprescindibles de acuerdo a un estudio minuciosamente efectuado de la realidad económica de la sociedad, podríamos realizarlas.

6. En el supuesto de las sociedades anónimas, se requieren las mayorías agravadas del artículo 244, cuando estas reservas excedieran el capital y las reservas legales.

7. Existe en nuestro país una discordancia en las sociedades familiares entre el capital y el patrimonio social, situación que lleva a superar dichos parámetros en la mayoría de los supuestos.

8. Por le contrario, en las Sociedades de Responsabilidad Limitada siempre se requiere la mayoría para reformar el contrato social.

9. Solamente en los casos especiales de coexistencia de todos estos elementos podríamos llegar a constituir reservas facultativas.

10. Se debe indicar en la memoria dicha circunstancia.

V. Entrega de dividendos en acciones o capitalización de utilidades

Para poder capitalizar las utilidades o entregar dividendos en acciones tenemos que cumplir con:

1. El artículo 66 inciso cuarto establece la obligación de consignar las causales detalladas por las cuales se propone el pago de dividendos o la distribución de ganancias en otra forma que en acciones.

2. El artículo 189 obliga a respetar la proporción de cada accionista en la capitalización de reservas y otros fondos especiales inscritos en el balance, en el pago de dividendos en acciones y en procedimientos similares por los que deben entregarse acciones integradas.

3. El aumento de capital se debe realizar conforme lo establece el artículo 235 -Asamblea Extraordinaria-, salvo el supuesto del artículo 188.

4. En el caso del artículo 188 los aumentos de capital se pueden efectivizar mediante asamblea ordinaria, si lo prevé el estatuto y hasta el quintuplo del capital social.

5. El artículo 245 otorga a los accionistas derechos de recesso en aumentos de capital social decididos por asamblea extraordinaria que impliquen un desembolso para el accionista.

6. Si se decidiera capitalizar las utilidades o entregar dividendos en acciones se debería explicar en la memoria y respetar las proporciones de los accionistas conforme el artículo 189.

7. No sería necesario justificar la razonabilidad y la prudente administración ya que no reviste un requisito legal frente a los aumentos de capital, con independencia de los fondos que se capitalicen.

8. Tampoco se exigirían las mayorías agravadas del artículo 244 último párrafo de la Ley de Sociedades.

9. Consideramos legitimados a los accionistas para ejercer el derecho de receso como lo manifiesta el Dr. Ricardo Niseen, postura que compartimos.

Para que se habilite la posibilidad del derecho a receso conforme la ley, debería existir un desembolso por parte del accionista. En el presente caso tal desembolso se encuentra ausente de manera directa. Por el contrario, en el primer caso la asamblea decidiría entregar dividendos en acciones, distribuirlos entre sus accionistas en acciones, alegando que no posee liquidez, y en el segundo caso –el de capitalización de utilidades– la asamblea decidiría que las ganancias líquidas y realizadas no se distribuirían a los accionistas sino que se utilizarían para financiar la sociedad mediante la capitalización de las mismas.

10. Los supuestos anteriores se asemejan a la situación creada con la entrega de utilidades líquidas y realizadas a los accionistas y la concreción posterior de nuevos aportes en efectivo. De ello se deriva la legitimación para ejercer el derecho de receso.

11. Si bien los accionistas en este caso tendrían derecho a receso, el valor del mismo se calcularía conforme lo establece el artículo 245, reembolsándose las acciones por el valor resultante del último balance realizado o que deba realizarse en cumplimiento de las normas legales o reglamentarias.

12. El accionista tendría derecho a receder y se llevaría una porción muy alejada a la realidad de su valor patrimonial.

13. Podemos afirmar entonces que el accionista recedente no retira su participación en la sociedad a valores reales.

VI. Inconsistencias legales entre las reservas facultativas y entrega de dividendos en acciones-capitalización de utilidades

1. Los accionistas se encontrarían menos protegidos frente a supuestos de entrega de dividendos en acciones o de capitalización de deudas.

2. La afectación de las ganancias líquidas y realizadas a reservas facultativas sería una decisión temporal susceptible de reversibilidad al año siguiente. Para concretarla se le exigiría a la sociedad que cumpla con un conjunto de requisitos para su concreción.

3. Sin embargo, si la sociedad decidiera la no entrega de las utilidades líquidas y realizadas y su capitalización o la distribución de los dividendos en acciones, solamente se le exigiría su expresión en la memoria –siendo esta última situación mucho más dañosa para el accionista.

4. Podemos afirmar que los accionistas se encuentran en mejores condiciones y más protegidos frente a la realización de reservas facultativas que ante supuestos de entregas de dividendos en acciones o de capitalización de utilidades.