

AUTONOMIA ESTATUTARIA EN MATERIA DE REPARTO DE UTILIDADES

Guillermo Cash

Sumario

Examinando el derecho de los socios al reparto periódico de dividendos, se analiza el grado de libertad con que cuentan los socios para ejercer la autonomía de la voluntad en la materia, concluyendo que es legal establecer condiciones estatutarias para la distribución, incluso puede la asamblea decidir constituir reservas especiales para afrontar contingencias que resulten justificadas conforme al objeto social. Desde que en esta materia la ley de sociedades se orienta a tutelar la integridad del capital social antes que los derechos subjetivos de los socios, cabe interpretar que la operatividad del reparto de utilidades resulta ajena al control de legalidad de la IGJ y pertenece al ámbito de autonomía estatutaria, debiendo los socios afectados en sus derechos acudir a la vía prevista por el art. 251 de la LSC.

Ponencia

Puede restringirse estatutariamente el reparto de utilidades y su operatividad no se encuentra sujeta al organismo de contralor mercantil, sino al remedio judicial (art. 251 LSC).

1. Introducción

El derecho del socio a las utilidades, en la acepción comúnmente aceptada, es un derecho patrimonial del socio, orientado a participar en las futuras ganancias que produzca la sociedad en la medida de la

porción de su tenencia de las acciones en circulación. No se trata por ende de un derecho creditorio del socio, sino de un derecho potencial de participar en las utilidades. Dicho derecho lleva implícito el carácter de periodicidad, habida cuenta que el balance que lo justifica tiene tratamiento anual. Ante la existencia de beneficios en el ejercicio cerrado, nace una expectativa abstracta en ese sentido, cuya cuantificación dependerá del correlato en utilidades que haya producido la sociedad en el último ejercicio y de la propia voluntad de los socios expresada en la votación asamblearia que trata la distribución de dividendos, observando las previsiones estatutarias.

Este trabajo se orienta a examinar si la asamblea se encuentra obligada al reparto de utilidades ante la existencia de resultados positivos en el ejercicio, así como también en que medida puede ser dicho temperamento libremente pautado en el estatuto o contrato social. En ese orden, conviene anticipar que la operatividad del derecho a participar en los beneficios se encuentra condicionada por diversas previsiones de la ley de sociedades, e incluso puede estar restringido por previsiones estatutarias específicas. Respecto a esto último, es importante destacar el grado de libertad con que cuentan los socios para ejercer la autonomía de la voluntad en la materia (art. 11, inc. 7º, LSC), concluyendo que es legítimo establecer limitaciones estatutarias -adicionales a las ya previstas por la ley- para la distribución de dividendos.

La tesis que propongo sostiene que en las sociedades cerradas, el derecho al reparto de utilidades ante resultados positivos de ejercicio no se encuentra alcanzado por el orden público societario, por tratarse de un derecho subjetivo de los socios, si bien su postergación irrazonable puede dejar abierta la vía judicial del art. 251 LSC.

2. La cuestión de la “distribución de dividendos”

El dividendo es la porción de utilidades que se destina al pago de los accionistas o cuotistas. Como regla general, la distribución de ganancias es en efectivo, aunque puede establecerse su pago en cualquiera de las formas previstas para la cancelación de las obligaciones. Una vez aprobada la distribución, el dividendo se transforma en un crédito del socio y es irrevocable, pues deja de

pertenecer al patrimonio social ⁽¹⁾. Aquí por el contrario nos referiremos a la etapa previa, cuando las utilidades aún son patrimonio de la sociedad y pueden quedar sometidas a diverso tratamiento por voluntad de los socios expresada en el estatuto o en la asamblea ordinaria.

En la Ley 19.550, el tema que nos ocupa quedó contemplado principalmente en los artículos 1º, 11 inc. 7º, 66, 68, 70 y 71, quedando reconocido el derecho a la participación de los beneficios, como una caracterización inalienable del accionista. Sin perjuicio de ello, no encontramos en la ley de sociedades ningún artículo que establezca imperativamente el reparto de utilidades, aún ante la existencia de resultados positivos. Del análisis del articulado citado, se colige que se prioriza la protección de los acreedores sociales y la preservación de la empresa, antes que la distribución de dividendos. En efecto, como previo a la distribución la ley impuso como recaudo cumplir determinadas pautas, como ser la exigencia del saneamiento de eventuales pérdidas de ejercicios anteriores (art. 71 LSC), el cumplimiento de la reserva legal (art. 70 LSC) y la consideración de la retribución de los administradores. También surge del texto legal admitir la constitución de reservas facultativas (art. 70 último párr.), por lo que éste tipo reservas -establecidas en el estatuto o determinadas por asamblea- también pueden afectar las utilidades de ejercicio, siempre las mismas sean razonables y respondan a una prudente administración.

El órgano competente para decidir la distribución de dividendos del ejercicio es exclusivamente la asamblea ordinaria (art. 234 inc. 1 LSC) que considera el Balance del ejercicio cerrado, debiendo corroborar la existencia de "ganancias realizadas y líquidas" (arts. 68 y 224 LSC) que permitan aprobar la distribución de dividendos, en forma parcial o total.

Hasta este punto queda en evidencia que en materia de reparto de utilidades, el aspecto que la ley de sociedades tutela mayormente es la integridad del capital social, pues procura evitar la distribución de dividendos ficticios o en exceso. Surge claramente que se otorga

(1) Conf. Filippi, Laura "La naturaleza irrevocable de los dividendos de la sociedad anónima y los fraudes contables", en *Doctrina Societaria y Concursal Errepar*, t. XIV, sept. 2002.

preferencia a la capitalización de la sociedad, antes que al reparto de utilidades entre los socios. La operatividad del derecho al dividendo por parte de los socios queda entonces subordinada al cumplimiento del interés social y a la protección de los acreedores sociales. En ese marco se inscribe la prohibición para las sociedades cerradas de distribuir dividendos provisorios. En la asamblea que aprueba el balance cerrado, una vez cumplidos los recaudos legales, serán los propios socios quienes decidirán libremente que parte de las utilidades del ejercicio pueden distribuirse si en la convocatoria respectiva se previó constituir una reserva especial, desde que ninguna disposición de la ley obliga a votar afirmativamente la distribución de un dividendo mínimo. La decisión adoptada, incluso la falta de distribución, no podría ser cuestionada si la reserva votada se encuentra justificada. Es importante acotar que un precedente judicial sentó la doctrina que *“deben declararse nulas las resoluciones de las asambleas, si en ninguna de las mismas se previó en la convocatoria la creación de la reserva cuestionada (arts. 347 y 349, Cód. Com.), ni por cierto reforma alguna de los estatutos a cuyas decisiones debieron sujetar sus decisiones”*⁽²⁾.

Por otra parte advertimos una legítima subordinación de la asamblea o reunión de socios a las previsiones estatutarias o contractuales del acto constitutivo en orden a la distribución de dividendos. El estatuto o contrato social puede determinar, en el marco de la autonomía de la voluntad, plazos y otras modalidades tendientes a reglamentar la distribución de utilidades (art. 11, inc. 7°, LSC). Esto último debido a que el acto constitutivo es para los socios como la ley misma, siempre que no contraríen el interés público (art. 1197, Cód. Civil, y art. 11 inc. 7° de la Ley 19.550). Aquí el orden público societario no se encontraría afectado por la libre determinación de los socios en la materia, siempre que dicha estipulación no implique excluir a alguno de los socios de los beneficios (art. 13, inc. 1°, LSC) o suprimir definitivamente la participación en aquellos (art. 1° LSC). Sin perjuicio de reconocer que la autonomía de la libertad en la materia debe recorrer prudentemente un estrecho desfiladero para no perjudicar el

(2) CNCom., sala B, mar 28-1969, “Arano, José y otros c/ Ecsal”, L.L. t.136-60.

derecho individual de los socios, aparece como factible y legítimo sujetar el reparto anual de utilidades a determinadas pautas orientadas a mantener el capital de giro de la empresa o su expansión, en forma acorde con el objeto social.

3. Las facultades del organismo de contralor en la materia

Cabe preguntarse que argumentos permiten avanzar hacia la tesis que sustrae la decisión asamblearia sobre de la distribución de utilidades del ámbito de control del Registro Público de Comercio. Liminarmente, la operatividad del derecho al dividendo ante resultados positivos no estaría alcanzada por el orden público societario, por tratarse de una cuestión ajena al interés público. A mayor abundamiento, resulta evidente que las utilidades de ejercicio son de propiedad de la sociedad e integran su patrimonio hasta tanto su distribución sea votada afirmativamente por la asamblea o reunión de socios. El interés de los terceros no se encuentra comprometido por el acrecentamiento del patrimonio de la sociedad. Por otra parte, hasta tanto no se haya votado el dividendo, no opera el nacimiento del derecho creditorio del accionista que sustrae dicha utilidad del patrimonio social. En consecuencia, la previsión estatutaria que lo posterga o el voto negativo a la distribución de dividendos por razones justificadas, sólo afecta un derecho subjetivo que el socio mantiene en grado de expectativa.

La decisión del reparto de utilidades a los socios, obedece también a un criterio político de oportunidad, mérito y conveniencia de su distribución. Razones valederas tales como la autofinanciación del emprendimiento o la constitución de una reserva especial para afrontar una contingencia que afecta el objeto social, pueden justificar postergar la distribución de dividendos. Obviamente, deben extremarse las formalidades de convocatoria e inclusión en el orden del día de tales cuestiones. En estos supuestos, la falta de distribución de dividendos acarrea igualmente limitaciones en la remuneración de los administradores (art. 261 LSC) y dependiendo del importe por el que se constituya la reserva se requerirán mayorías calificadas.

La votación contraria a la distribución, o su falta de tratamiento, en base a la constitución de reservas injustificadas ó no incluidas en el orden del día, podría dar lugar a la impugnación judicial de la

asamblea por los socios que se opusieron acudiendo a la vía del art. 251 LSC. Lo que no parece acertado, es que estas asambleas puedan ser declaradas irregulares e ineficaces a los efectos administrativos por el organismo de contralor societario, porque se expone a la sociedad a quedar comprometida en su desenvolvimiento a causa de un interés particular. En mérito a lo previsto por el art. 5 de la ley orgánica de la I.G.J. ⁽³⁾, los derechos subjetivos de los socios afectados son materia ajena a la competencia de control del Registrador Mercantil, los que deberán esgrimirse en sede judicial.

El art. 4 de la Res. Gral. (IGJ) N° 25/04 estableció que las asambleas de accionistas que deban considerar estados contables de cuyo estado de resultados y resultados acumulados resulten saldos positivos susceptibles de tratamiento conforme a los arts. 68 y 70 – párr. 3ro.- o 224 de la LSC (distribución de dividendos en base a ganancias realizadas y líquidas), deberían adoptar resolución expresa en los términos de las normas citadas.

El cuerpo normativo dictado por la Inspección General de Justicia mediante la Resolución General N° 7/2005, recogió ese antecedente en su art. 272, sin que pueda predicarse que el obligado tratamiento de la distribución de dividendos ante la existencia de utilidades, deba traducirse en su aprobación concreta por la asamblea. El ordenamiento mercantil debe atender a preservar el interés social y la protección de terceros, no así respecto al interés particular de los socios, el cual encuentra resguardo fuera del ámbito administrativo. Ante la violación fraudulenta del derecho al reparto de utilidades no cabe el control de legalidad administrativo, sino el remedio judicial.

La doctrina judicial se expidió fallando que ante la ausencia de una previsión estatutaria en la materia, si una asamblea decidió constituir reservas con las utilidades del ejercicio, impidiendo reiteradamente la distribución de dividendos, sin justificar las razones que hacían al interés de la sociedad que autorizaban dicho proceder, queda abierta y expedita la impugnación de dicha decisión en los términos del art. 251 de la LSC. En ese sentido se pronunció

(3) Ley 22.315, Art. 5º: "...También son de competencia judicial las resoluciones de las cuestiones que versen sobre derechos subjetivos de los socios de una sociedad comercial entre sí y con respecto a la sociedad".

la jurisprudencia en autos: "Mihura, Luis y Otros c. Mandataria Rural S.A." (4).

En conclusión, dentro del ámbito de la autonomía de la voluntad los socios se encuentran facultados para establecer reservas estatutarias o especiales que restrinjan el derecho al reparto de utilidades. Sólo corresponde a la asamblea o reunión de socios que da tratamiento al balance anual, decidir si corresponde proceder al reparto de utilidades a los socios ante la existencia de resultados positivos en el ejercicio. En tales supuestos, la asamblea podrá negarse a distribuir total o parcialmente dividendos cuando existan razones justificadas que impiden adoptar dicho temperamento.

Bibliografía

- HALPERIN, Isaac y OTAEGUI, Julio, *Sociedades anónimas*, 2ª ed., Depalma, Bs. As., 1998.
- RANDEL, Ignacio J., "Derecho del accionista al dividendo y al canje de acciones; prescripción", L.L. t. 1989-D, 439.
- RICHARD, Efraín H. y MUIÑO, Orlando, *Derecho societario*, Astrea, Bs. As., 2000.
- ROVIRA, Alfredo L., "El derecho al reparto anual de utilidades y su protección", E.D. t. 89, 468.
- VERON, Alberto Victor, *Tratado de los conflictos societarios*, La Ley, Bs. As., t. 1.

(4) CNCom, Sala D, 26/12/1979, E.D. t. 89, p. 468, con nota de Alfredo L.