

DISOLUCIÓN DE LA SOCIEDAD QUE NO DISTRIBUYE UTILIDADES

ROBERTO A. MUGUILLO, MARÍA BARRAU, LUIS MARÍA ESANDI,
MARCELA BERNAL y DANIELLA BASSO

PONENCIA

Es aconsejable proteger el derecho del socio a la percepción efectiva de utilidades mediante la admisión como causal disolutoria de la sociedad, la circunstancia de una reiterada o indebida frustración de tal percepción.

FUNDAMENTOS

1. *El derecho a la distribución de utilidades*

El contenido del acto jurídico societario debe integrarse con la obligación de aportación a un fondo común, la determinación de la actividad que constituirá el objeto social propiamente dicho y una participación en las utilidades y pérdidas.

Por ello es válido afirmar que las personas físicas o de existencia ideal que participan así de una sociedad comercial, ya fuere como socios fundacionales, como suscriptores o cesionarios o inversores aportantes posteriores de capital, lo hacen animadas de una causa, de un objetivo final, de una télesis común: la obtención de beneficios económicos.

Este último aspecto en su ubicación como elemento del negocio societario, ha generado diversas interpretaciones en la doctrina. Por un lado, aquellos que lo entienden integrativo del contenido como objeto del contrato y aquellos que lo identifican con la causa del contrato de sociedad. Sea para satisfacer un aspecto de contenido o el de la causa fin del acto jurídico societario, lo cierto es que la participación en las ganancias y en las pérdidas conforma un elemento esencial del negocio por definición o, mejor aún, por

específica disposición de la propia Ley de Sociedades Comerciales (conf. art. 1º, ley 19.550).¹

En base a lo expuesto podemos válidamente expresar que en el negocio societario se da la particularidad de que encontramos un dato que es respuesta a la pregunta que todos nos hacemos cuando queremos ubicar a la causa de un negocio jurídico: el por qué y el para qué. Esta respuesta que generalmente no figura en el negocio particular que se defina ni en el texto de la ley, si sucede en el caso de la Ley de Sociedades Comerciales que en su art. 1º lo incorpora a la definición del concepto.²

Esta inserción de la percepción de utilidades o participación en las pérdidas como elemento esencial del negocio societario lo encontramos ratificado en todo el articulado de la ley. Lo advertimos en el art. 11 al referirse a la utilidad, pues no sólo la subraya como esencial, sino que en protección a la vigencia del negocio le busca alternativas supletorias ante la ausencia de referencia alguna sobre ella. Por su parte, el art. 13, por vía de los supuestos de cláusulas nulas, se dirige en similar dirección, y finalmente —para no abundar— la presupone cuando permite a los promotores reservarse utilidades en uno o más ejercicios futuros (conf. art. 170, inc. 5] y 185, segundo párr., ley 19.550).

Si bien se ha sostenido por una parte de la doctrina que el fin de lucro no es de la esencia de la sociedad mercantil y se ha acudido en apoyo de dicha tesis a la norma del art. 3º de la ley 19.550, el argumento a nuestro criterio no es satisfactorio, toda vez que la aplicación extensiva del régimen de la ley societaria a las asociaciones civiles que se ajustaron al art. 3º no es sino puramente morfológica o estructural y dicha asimilación no las convierte en comerciales en cuanto a sus fines.

Podrá también argumentarse por la doctrina crítica que la efectiva e inmediata obtención de lucro no es requisito esencial de la sociedad mercantil misma, pero de ningún modo puede admitirse que le sea ajeno el propósito o

¹ Conf. DE GREGORIO, Alfredo, en *Tratado de Derecho Comercial de Bolaffio-Rocco-Vivante*, t. 6, vol. I (*De las Sociedades*), Ediar, p. 19. Expone el autor que la finalidad del contrato consiste en la división de la ganancia obtenida de las cosas puestas en comunidad. Si bien el Código de Comercio (anterior a la unificación de 1942) no establece expresamente el requisito, exige en el acto constitutivo o en el estatuto la indicación de las normas para el reparto de utilidades, indicándolo como elemento esencial para la existencia de la sociedad comercial por la propia definición del art. 76.

² No sólo la participación en los beneficios que laxamente enuncia el art. 1º de la L.S. es integrativa de la definición como elemento esencial, sino que también surge ello del "...fin de obtener alguna utilidad apreciable en dinero..." del art. 1648 del Cód. Civil que hace de ello un elemento esencial por definición.

causa final que estriba en la búsqueda de ese beneficio patrimonial a los socios a través de ese negocio jurídico que es la sociedad.

Richard, entre otros autores, alude a la distinción entre objeto de la sociedad y causa final de la misma, al decir: "La combinación de bienes y actividades para la obtención de un lucro importa la finalidad de la sociedad, pero esa actividad y el uso de esos bienes importa el objeto como medio de dicho fin".³ Y más terminante aún, el mismo autor sostiene que "finalidad y objeto se constituyen entonces en medida y límite de la personalidad jurídica".⁴

Pero no se trata simplemente de que la sociedad obtenga beneficios, si no los distribuye entre los socios.⁵ El provecho económico de la explotación sólo adquiere sentido cuando se traduce en las utilidades a dividir entre los socios, quienes a tal fin se han reunido y han efectuado aportes, conforme ello surge del propio art. 1º de la ley 19.550.

Esto ha sido explicado categóricamente por Zavala Rodríguez (pater), al afirmar que "sin el propósito de repartir los beneficios no hay sociedad, aunque exista ánimo de obtener beneficios".⁶

La expectativa de obtención de ganancias, como el consiguiente cobro de dividendos, es el incentivo natural para asociarse (conf. art. 1º, L.S.), como para atraer al inversor de capital en la actividad productiva generada por el negocio societario. Un régimen legal que sea permisivo en obviar esa expectativa, ese incentivo, mediante la sistemática postergación de la distribución de utilidades, terminará alejando a los eventuales partícipes del negocio societario y aventará a los inversores atraídos con mayores argumentos por otras modalidades de colocación de su capital.

Como bien sostiene con énfasis Fargosi⁷ "...la sociedad es un medio técnico dispuesto por el orden jurídico para la satisfacción de determinados

³ Conf. RICHARD, Efraín Hugo: *Derechos Patrimoniales de los Accionistas en las Sociedades Anónimas*, Bs. Aires 1970, p. 39.

⁴ Conf. RICHARD, E. H.: *ib. cit.* p. 43.

⁵ Como bien expresa ODRIÓZOLA, Carlos S.: *Estudios de Derecho Societario*, Ed. Cangallo, 1971, p. 39, debemos distinguir: 1) un derecho abstracto a las utilidades que resulta de la finalidad del contrato y se encuentra reconocido por la ley, 2) el derecho del accionista al dividendo aprobado, y 3) el derecho del accionista al reparto periódico de utilidades. Compartimos la distinción apuntada, si bien en el curso del trabajo estaremos apuntando a este último punto como esencial en el negocio societario.

⁶ Conf. ZAVALA RODRÍGUEZ, Carlos J.: *Código de Comercio Comentado*, Depalma, t. I, p. 285.

⁷ Conf. FARGOSI, Horacio P.: *Nuevas Cuestiones de Derecho Societario*, Ed. Cangallo, edic. 1971, p. 39.

intereses..." y esa subjetivización de la sociedad tiene por límite el hecho de ser instrumento para el logro de los fines de sus componentes, o sea la distribución de utilidades. Por ello se ha dicho que "el derecho al dividendo es el más importante entre los derechos patrimoniales del accionista y debe considerarse como esencial".⁸

2. *La razonable periodicidad de su percepción como esencial al negocio societario*

Ripert, citado por Odriozola,⁹ señala que el accionista no tiene derecho a exigir cada año su parte de los beneficios, admitiendo el derecho de la asamblea societaria a decidir el no reparto de los beneficios habidos, pero limitando este derecho a que esté inspirada por justos motivos.

A contrario entendemos que lo manifestado en orden al derecho a las utilidades como causa típica del negocio y elemento esencial de éste, se ve entonces confirmado —a nuestro criterio— en lo que hace a una razonable distribución y periodicidad en la acreditación de aquéllas cuando —obviamente— existen ganancias y no hay razones que justifiquen la retracción de ese reparto.

Del propio elenco normativo de la ley 19.550 surgen razones que nos llevan a dicha posición, como lo son las normas sobre anualidad de los estados contables (con su obligatorio cierre dentro de los cuatro meses de la clausura del ejercicio y tratamiento en el seno de la asamblea ordinaria), que no es sino la reunión de los potenciales acreedores al dividendo, y fundamentalmente surge del inc. 4) del art. 66 en el deber impuesto a los administradores en orden a la fundamentación de su propuesta de pago o no de dividendos o sobre otra forma de distribución de ganancias. Surge también en la limitación impuesta por el art. 261 de la L.S.

Lo anteriormente sostenido en cuanto a la periodicidad en la percepción de utilidades, es también lo sostenido por Susini,¹⁰ quien aun sin un texto normativo expreso que lo apoyara —conforme hoy entendemos viable— afirmaba que la noción de dividendo está íntimamente ligada al factor tiempo y a la participación periódica en las utilidades líquidas reveladas por el balance.

⁸ Conf. RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ: *Tratado de Sociedades Mercantiles*, t. 1, p. 375.

⁹ Conf. RIPERT, G.: *Derecho Comercial*, Ediar, Bs. Aires, 1955, t. II, p. 360, citado por ODRIOZOLA, Carlos S.: *Estudios de Derecho Societario*, p. 44.

¹⁰ Conf. SUSINI, Miguel: *Los Dividendos de las Sociedades Anónimas*, Depalma, Bs. Aires, 1951, p. 41.

Vista la jerarquía que el dividendo cuenta en la definición de sociedad dada por el art. 1º de la ley 19.550, es lógico que el mismo debe imperar como tésis durante toda la vida de la sociedad. La desviación de la conducta de los socios a otra finalidad distinta, o la imposibilidad de alcanzarlo de acuerdo a la infraestructura que la sociedad cuenta, lleva válidamente a sostener que el negocio está en vías de o se ha frustrado. La persecución del dividendo es el eslabón que vincula a los socios. Por ello, desaparecida o frustrada la finalidad tenida en mira por los socios o ante la imposibilidad de la empresa de poder materializar esa finalidad, la sociedad se resquebraja y pierde sentido a su reconocimiento como estructura legal.¹¹

3. *¿Existe en nuestra normativa un remedio al desconocimiento de este derecho?*

En nuestro medio suele verse con frecuencia la reiterada postergación del derecho de los socios a la real y efectiva percepción de utilidades, en particular en los accionistas minoritarios de sociedades anónimas cerradas. Los balances suelen arrojar utilidades exiguas, o éstas no se exhiben lisa y llanamente, o son destinadas a nuevas reservas facultativas y extraordinarias, o imputadas a subsiguientes ejercicios, impidiéndole al socio acceder a la renta o beneficio de su aporte o inversión.

No cabe duda alguna que el régimen normativo vigente no contiene un remedio particular y específico al estado de cosas descripto. Mal podría decirse, por ejemplo, que las limitaciones impuestas por el art. 261 de la L.S. a las retribuciones de los directores protegen real y efectivamente el derecho de los accionistas a la percepción de utilidades, apuntando en tal sentido, puesto que la norma sólo contempla las excepciones al tope retributivo fijado (25 % de las utilidades) no obstante reducirlo al 5 % cuando no se distribuyan dividendos (art. cit., tercer párrafo), vinculándose sólo indirectamente con el tema en estudio.

Por ello en un análisis de *lege lata*, la solución debe ser buscada atendiendo al elemento finalista lucrativo, reconociéndolo —a dicho elemento— como razón de ser en la existencia misma de la sociedad comercial. Es tal la fuerza de la causa fin en la definición o concepto de sociedad que da la ley 19.550 en su art. 1º, que el mismo —por esencial— no puede faltar durante la

¹¹ Conf. FARGOSI (*Nuevas Cuestiones...* pp. 40-41), el reconocimiento de la personalidad jurídica tiene por límite el hecho de ser instrumento para el logro de los fines de sus componentes. El recurso técnico de la personalidad no expresa sino una disciplina referida siempre al hombre, concerniente a las relaciones entre los hombres.

vida de la misma. Corolario de esto será —a nuestro entender como respuesta a la pregunta del acápite— la posibilidad disolutoria de la sociedad cuando la misma ha demostrado su ineptitud o incapacidad para —existiendo ganancias— distribuir las utilidades según corresponda entre los socios.

Verdad es que la precedente afirmación entendida como causal disolutoria no figura específicamente en la nómina del art. 94 de la ley societaria. Pero también es verdad que dicha nómina no agota el repertorio de causales contemplado en nuestro sistema legal. En primer lugar, recuérdese que la norma genérica del art. 89 de la L.S. habilita a los socios para prevenir en el contrato constitutivo causales de resolución parcial y de disolución no contemplada en los textos legales. Pero además hallamos también otro supuesto no incluido en el listado del art. 94, en el art. 93 de la ley: la disolución resultante de la exclusión de un socio en una sociedad integrada por sólo dos. También existe otra situación disolutoria necesaria (art. 90, *a contrario sensu*) por muerte de un socio en una sociedad constituida por dos personas si no se ha pactado que la sociedad continúe con los herederos del socio fallecido. Tampoco debe olvidarse que las sociedades fusionadas o absorbidas se disuelven sin liquidarse (art. 82, L.S) no encontrándose esta causal incluida en aquella norma del art. 94 de la L.S.

Vale decir, que el criterio de la ley de sociedades es mucho más amplio en esta materia que el aparente ante una visión erróneamente centrada en una taxatividad de la nómina del art. 94. Ello sin olvidar que entre las causales del art. 94 de la L.S., el legislador ha incluido la del inc. 4, que hace referencia a la imposibilidad sobreviniente de lograr el objeto social. Esta expresión, en nuestra particular opinión debe ser interpretada en sentido amplio, dando así cabida al supuesto de no distribución de utilidades entre los socios, entendiendo como la causa finalista del propio negocio societario.

Zunino acompañando la esencia de esta ponencia, expresa que si el art. 94, inc. 4) de la L.S., dice que la sociedad se disuelve ante la imposibilidad de lograr el objeto social, no necesita completar la fórmula con expresas alusiones a la empresa, al funcionamiento —o aun mismo a la causa, fin decimos nosotros— para destacar que la tal imposibilidad no sólo puede provenir de eventos que conciernan intrínsecamente al objeto como “meta”, sino también a circunstancias que impliquen la frustración de la funcionalidad, p. ejemplo, reiterados ejercicios sin que se produzcan ganancias —o sin que éstas se distribuyan— agregamos nosotros.¹²

¹² La controversia que genera el tema de esta ponencia nos coloca en adecuado punto para advertir la contraposición entre contrato y persona jurídica, entre la resolución del negocio y la extinción por disolución de la persona jurídica. Conf. BELTRAN, Emilio: *La disolución de la sociedad anónima*. Madrid. pp. 7. 8 y ss.

La norma del art. 70 de la L.S. al hablar de la posibilidad de la asamblea ordinaria de decidir la constitución de reservas, siempre que sean razonables y respondan a una prudente administración, nos está dando también pauta para merituar los límites a esta causal disolutoria.

Cuando se vea frustrado ese fin del contrato que es la distribución de utilidades, o pueda implicarse en la decisión una arbitrariedad extrema, o una manifiesta irracionalidad en la no distribución de tales utilidades, o haciéndose de ello una patología en la operatoria social, entendemos que se plasmaría específicamente la posibilidad disolutoria ejercitable por el accionista afectado en los términos del art. 94, inc.4) de la L.S. Esta posición que sostenemos es más claramente analizada y mejor explicada por el jurista español E. Beltrán¹³ al expresar que el fin social es obtener beneficios a través del ejercicio de la actividad económica. La imposibilidad de conseguir el fin social puede nacer pues, tanto de la imposibilidad de obtener beneficios (fin último) con el ejercicio del objeto social, cuanto de la imposibilidad de desarrollar el objeto social (fin medio), posición ésta que hemos advertido en nuestro medio en las ideas de Zunino ya citado *ut supra*.

Concomitantemente con esta alternativa y como adecuada respuesta tutelada por el principio de conservación de la empresa, estará la vía de la sociedad y todos los demás socios en decidir la reconducción de la misma, conforme sostiene Butty.¹⁴ En este supuesto se da operatividad como contrarrespuesta a la vía del derecho de recesso respecto del que invocara la causal disolutoria, como así también —conjunta y paralelamente— la de todo aquel que se opusiere o disintiera con dicha reconducción (conf. art. 245, L.S.), aun cuando no hubiere ese socio planteado como causal disolutoria fundada en la falta de distribución de utilidades.

Pero aún nos quedarían preguntas por contestar. ¿Cuándo se operaría en este caso la disolución?, ¿qué mecanismos previos debieran considerarse?

En respuesta al primer interrogante, entendemos que la alternativa es el planteo judicial disolutorio en forma directa para que el órgano jurisdiccional declare dicha disolución con efecto retroactivo al hecho desencadenante (fecha de la aprobación del balance que plasme la patología derivada de la reiterada privación de utilidades o la irracionalidad manifiesta o arbitrariedad extrema en tal frustración), conforme el art. 97 de la L.S.

¹³ Conf. BELTRÁN, Emilio: *La disolución de la sociedad anónima*, pp. 72 y ss.

¹⁴ Conf. BUTTY, Enrique M.: *Reconducción en Derecho Societario y de la Empresa*, t. II, p. 202. Compartimos la opinión de esta ponencia al anterior Congreso por la cual la reconducción como revocación del estado de liquidación opera frente a cualquier causal de disolución.

Otra alternativa posible —aunque no consideramos obligado el accionista a convocar al órgano político asambleario— será la convocatoria de asamblea, a fin de tratar la petición del accionista que se considere afectado por la falta de distribución de utilidades y requiere su disolución como punto del orden del día a considerarse en la asamblea extraordinaria cuya reunión solicita. En caso de adoptarse esta vía, la acción del afectado —de resolverse negativamente su pedido por el órgano de gobierno— deberá incluir la acumulación de la acción del art. 251 de la L.S. con la subsidiaria de disolución de la sociedad para el supuesto de que la asamblea resuelva no declarar operada la disolución.¹⁵

4. Ponencia a este Congreso de Derecho Societario

Por las breves y sintéticas consideraciones efectuadas, se eleva a la consideración de este Congreso por la Cátedra de Derecho Comercial II de la Universidad F.A.S.T.A. de la ciudad de Mar del Plata la siguiente ponencia:

a) De lege lata

Es aconsejable proteger el derecho del socio a la percepción efectiva de utilidades mediante la admisión como causal disolutoria de la sociedad en los términos del art. 94, inc. 4) de la L.S., la circunstancia de una reiterada o indebida frustración de tal percepción.¹⁶

¹⁵ Disidencia de la Dra. María Barrau: El socio —tratándose de la aprobación del balance que reitera irrazonablemente la no distribución de utilidades una resolución que viola la ley—, conforme los antecedentes reseñados, puede y debería impugnar la decisión directamente en los términos del art. 251 de la L.S., siendo ésta la necesaria y única vía idónea, pues no se justifica —considerando el principio de conservación de la empresa— la situación disolutoria, ya que dentro de la propia normativa societaria se encuentran siempre soluciones menos perjudiciales para la sociedad que resolverían los problemas de los socios. Sin perjuicio de considerar que ante la patología de una periódica ausencia de ganancias sería viable la vía disolutoria de la sociedad, lo cierto es que necesariamente se debe pasar por la impugnación de la decisión previa del órgano de gobierno de la sociedad.

¹⁶ Esta reiterada o indebida frustración del derecho a percibir utilidades periódicas deberá configurarse como arbitraria o de una irracionalidad dañosa (pauta de mérito justificable por asimilación a la situación regulada por el art. 70 de la L.S.) conforme se expusiera en el voto del Dr. F. M. Cuartero en "Pereda Rafael c/Pampagro S.A.", CNCom. Sala D, 22/8/89. Se reitera la disidencia de la Dra. María Barrau, quien sólo admite la causal disolutoria por la inexistencia de ganancias en forma reiterada y continuada, y sólo la vía de la impugnación del art. 251 L.S. ante los hechos supuestos de no distribución de utilidades acá sostenidos como causal disolutoria.

Esta doctrina que proponemos frente al supuesto de no distribución de utilidades, deberá considerarse viable con mayor razón frente a la patología derivada de una periódica o constante inexistencia de ganancias derivada de la operatoria social.

b) *De lege ferenda*

Entendemos que *de lege ferenda* debemos propiciar ampliar la nómina del art. 94, incluyendo entre las causales de disolución de las sociedades comerciales una que podría exponerse así: "La sociedad se disuelve... por existencia de ganancias sin distribución de utilidades en efectivo durante tres ejercicios consecutivos o de cinco ejercicios no consecutivos de los últimos diez cerrados, como así también por la ausencia de ganancias en los mismos períodos y supuestos".

Pensamos que tanto la doctrina que se propone como una norma del tenor de la proyectada refuerza eficazmente el sistema de garantías y derechos de todos los socios y particularmente de aquellos minoritarios e inversionistas, contribuyendo al equilibrio del régimen societario en general como a reforzar el interés del mercado de capitales, permitiendo al socio afectado forzar la disolución y liquidación de un ente no apto para el objetivo para el cual se lo reconoce jurídicamente.

Una sociedad que no remunera o que viene postergando indefinidamente la remuneración a uno de sus factores como es el capital, es una sociedad en crisis o cuanto menos una sociedad ineficiente. Es innegable que en la no remuneración del capital la sociedad exterioriza los primeros indicios de su ineficiencia, y otorgar mecanismos ágiles a los accionistas para que reclamen una modificación de esas circunstancias es brindar a la economía un modo eficaz para evitar males mayores en la sociedad comercial que se desarrolla en una comunidad dada.

Como bien expresara Susini¹⁷ la regularidad en el pago de dividendos ayuda a la sociedad y a la comunidad donde ella se desarrolla, en dos aspectos fundamentales: crea por un lado un grupo fiel de accionistas interesados que conservarán sus acciones al considerarlas como rentable inversión y no como elemento de especulación; y por el otro fortalece el crédito de la sociedad, colocándola en condiciones de tomar dinero en préstamo en el mercado de capitales con mejor posición que otras que no efectúen tales distribuciones.

¹⁷ Conf. SUSINI, Miguel (h.): *Los Dividendos de las Sociedades Anónimas*, Depalma. Bs. Aires, 1951, pp. 51 y ss.