

EL DERECHO AL REPARTO ANUAL DE UTILIDADES Y LAS RESTRICCIONES IMPUESTAS POR LOS ACREEDORES SOCIALES

Alfredo L. ROVIRA

1. INTRODUCCION

Dentro del cuadro de derechos patrimoniales del accionista el derecho al reparto anual de las utilidades ha sido consagrado como uno de los más importantes, casi podría decirse relevante de la calidad de socio ya que ínsitamente guarda el fin, normalmente principal, que lo induce a formar parte del contrato social: el fin de lucro.

Sussini, a quien nuestra doctrina ha reconocido como maestro en esta materia ha sostenido que "el reparto periódico de utilidades es una de las bases de la concepción económica de la sociedad por acciones así como también corolario de que los dividendos distribuidos al final de cada ejercicio sean irrevocablemente adquiridos" (Sussini, M. "Los Dividendos de las Sociedades Anónimas", p. 40).

El punto medular, es sin embargo, hasta qué punto tal derecho al reparto anual puede ser restringido o aceptar limitaciones.

2. EL DERECHO DE PARTICIPAR EN EL REPARTO DE LAS GANANCIAS SOCIALES Y EL DERECHO AL DIVIDENDO

Es pacíficamente aceptada la distinción entre el derecho al reparto anual de utilidades y el derecho al dividendo. El primero surge como una consecuencia del resultado positivo que arroje el estado de resultados acumulados del ejercicio, mientras que el segundo resulta como una derivación de la resolución asamblearia que disponga la distribución de tal utilidad así reconocida.

El reparto anual es concebido como un derecho abstracto que si bien no es de naturaleza creditorio no por ello deja de tener contenido. Como dice el maestro URÍA (R. URÍA, Derecho Mercantil, 11a. edic. Madrid, 1976, p. 214) es "un derecho corporativo inconcreto y abstracto que no hace nacer por sí en favor del accionista ninguna acción de pago de cantidad". En cambio, el derecho al dividendo alude al derecho creditorio que se le otorga al accionista una vez que la utilidad, resultante de un balance regularmente confeccionado, es reconocida como utilidad líquida y realizada disponiéndose su distribución entre los accionistas.

A partir de ese momento es que el dividendo surge con todo su carácter de derecho creditorio que, salvo error o fraude en el balance que constituye su presupuesto, en forma alguna puede ser desconocido o limitado con posterioridad, ni aun por la mayoría absoluta en asamblea. (Richard, E.H. "Derechos Patrimoniales de los accionistas en las Sociedades Anónimas", pág. 141). De lo antedicho resulta la diferencia sustancial entre los derechos patrimoniales de los accionistas a que hemos venido aludiendo. El primero encierra una expectativa que depende de varios factores que, en orden cronológico podrían resumirse en los siguientes: (a) resultado de la explotación, esto es, éxito o fracaso de los administradores en la gestión social; (b) concreción de tal resultado en el balance de ejercicio; (c) que los estados contables no solo sean regularmente confeccionados sino que también merezcan la aprobación de la mayoría de los accionistas; (d) que la utilidad así verificada sea líquida y realizada, es decir, corresponda a operaciones sociales totalmente terminadas y no sujetas a condicionamientos o eventos que puedan alterarlas, que no hubiere déficit anterior que requiera ser enjugado o por lo menos que su importe sea la cifra neta de la deducción pertinente que permita satisfacer anteriores resultados negativos y por fin que la empresa esté en condiciones de afrontar el pago de tales utilidades por haber ingresado los fondos que correspondan a las ganancias declaradas en la cuenta de resultados; (e) que la

asamblea de accionistas disponga la distribución entre los mismos de toda aquella utilidad susceptible de distribución o aunque más no sea, parcialmente. Y es en ese momento de la vida societaria donde el derecho al reparto anual tiene sustancia, pues la ley, en defensa del mismo ha establecido en primer término, la irrenunciabilidad del mismo consagrando no sólo la nulidad de toda convención que atente contra el derecho a la aprobación e impugnación de los estados contables o contra el derecho a participar en las resoluciones de cualquier orden a su respecto, sino también la prohibición de renunciar a la posibilidad de ejercerlo (art. 69, Ley 19.550).

Ello, en síntesis, constituye un importante freno al poder omnimodo de la asamblea en lo que se refiere al destino a fijarse a la utilidad así consagrada.

Por otra parte el derecho al dividendo se nos presenta como una consecuencia del derecho que tiene todo socio al reparto de las utilidades mostradas en el balance. Es decir, que su presupuesto es el derecho al reparto anual, del cual a su vez, resulta ser su manifestación concreta.

3. RESTRICCIONES

3.1. Su viabilidad

Pero, como se dijera anteriormente, hasta tanto nazca el derecho creditorio del socio, es factible que el derecho al reparto anual pueda merecer restricciones.

De hecho, la misma ley las contempla cuándo prevé la constitución de reservas legales o de otro tipo (estatutarias o facultativas) siempre que respondan a un criterio de razonabilidad y de prudencia administrativa (art. 70, Ley 19.550).

De ahí se deriva entonces la posibilidad de impedir que la asamblea decida arbitrariamente negar la distribución de dividendos. Odriozola, (Anteproyecto de Ley de Sociedades Comerciales, en "Rev. del Derecho Comercial y de las Obligacs.", año I, p. 907) sostuvo concordantemente que "el accionista que considera que no se le ha respetado el principio de razonabilidad (en la distribución de utilidades por constituirse reservas voluntarias no justificadas) en la decisión y la satisfacción de un real interés social, puede recurrir a la justicia para que decida en definitiva y proceda, en su caso, a la corrección de la desviación de poder", facultad esta que ya había sido consagrada por otro de los autores de la ley, el Profesor Halperín, cuando en su "Manual de Sociedades Anónimas" sostuviera que "Los derechos individuales de los accionistas no pueden quedar librados a la apreciación o arbitrariedad de las autoridades de la sociedad (directorio y asamblea); ha de interpretarse justa y equitativamente con el control judicial." (Halperín, I. "Manual . . .", p. 166).

3.2 Las restricciones impuestas por los acreedores

Resta entonces determinar si aquellas restricciones que se impusieran a la sociedad por vía de acuerdos con los acreedores sociales podrían justificar, con la razonabilidad y prudencia requerida por la normativa societaria, una decisión que privara a los socios de acceder a su porción en las utilidades.

Es frecuente encontrar en acuerdo, sobre todo de otorgamiento de financiaciones o créditos, cláusulas que se insertan en beneficio del acreedor en virtud de las cuales se veda a las sociedades beneficiarias del crédito o financiación, la posibilidad de distribuir o declarar dividendos hasta tanto el respectivo crédito hubiera sido cancelado. En verdad, ello implica la obligatoriedad de constituir una reserva especial en beneficio de los acreedores.

A veces las mismas resultan justificadas en vista a la situación empresarial, mas no siempre ello es así.

La cuestión abre diversos interrogantes, a saber: (1) Qué órgano es competente para celebrar un pacto con tal contenido; (2) hasta qué punto es posible ejecutar una cláusula

contractual de tal naturaleza contra la sociedad: (3) qué restricción efectiva significa para los accionistas; (4) cuándo tales restricciones podrían ser verdaderamente ejecutables por los acreedores, por sobre los intereses particulares de los socios?

En nuestro derecho positivo, el principio de la teoría del órgano ha merecido acogida (art 58 y 59 - Ley 19.550).

Cuando los órganos sociales actúan, es la sociedad misma la que expresa su voluntad. En este sentido puede considerarse dentro de las facultades propias del órgano de administración, el que éste tienda a la provisión de recursos financieros para la sociedad y, en tal sentido, tenga las más amplias facultades hasta los límites que estatutariamente se le hubieran establecido.

Corresponde en consecuencia definir si se encuentra dentro del amplio marco de facultades que implica el cumplimiento de la función administrativa que el Directorio, por sí, pueda obligar a la sociedad no sólo a constituirse en deudora sino que como consecuencia de ello, los accionistas sufran una restricción en uno de los fundamentales derechos patrimoniales que se derivan de su calidad de socio, como es el derecho al reparto anual.

En nuestro derecho, salvo situaciones excepcionales en donde la salvedad está consagrada en verdad, para reafirmar el derecho al reparto anual (art. 224, Ley 19.550), el único órgano facultado para decidir respecto de tal derecho es la Asamblea de Accionistas. Por ende, en nuestro sentir, todo aquel pacto que se celebre con los acreedores, aunque en principio competa al órgano de administración, en la medida que implique un directo condicionamiento del ejercicio de alguno de los derechos propios de los socios, sólo puede considerarse legalmente imputable a la sociedad y por consiguiente ejecutable en la medida que el órgano de gobierno, la Asamblea de Accionistas, la hubiere aprobado. Lo contrario significaría un desconocimiento de la delimitación de funciones propias de la estructura societaria que los terceros no pueden desconocer y cuya violación deben sufrir.

Pero, a pesar de reconocer que sólo la Asamblea de Accionistas puede disponer de los derechos que son inherentes a quienes la componen, cabe preguntarse si un pacto de tal naturaleza podría ser igualmente ejecutable contra la sociedad, si ésta, por decisión de su órgano de gobierno, resolviera no cumplir la restricción impuesta o, a instancia de una minoría que solicitara el amparo judicial, resolviera no obstante proceder con la consagración del derecho al dividendo de los socios con todos los presupuestos que la ley contempla.

La respuesta merece una distinción. Una vez que el órgano supremo social, la Asamblea, hubiere aprobado un acto con un tercero, el incumplimiento por parte de la sociedad, cae dentro de las reglas generales que gobiernan el incumplimiento de los contratos.

En cambio, si el órgano se encuentra ante la situación en que una minoría hubiere objetado la validez del pacto por afectarse un derecho esencial del socio cabrá analizar en cada caso en particular si la situación financiero-económica de la sociedad justificaba que ésta hubiere aceptado una limitación de tal envergadura como condicionamiento para la obtención de su crédito. Si así no lo fuere, lo cual deberá ser declarado judicialmente, no cabe duda alguna de que la sociedad no puede sufrir las consecuencias dañinas del actual órgano de administración y eventualmente de la mayoría, que seguramente es su inspirador. Por ende, si bien cabe reconocer en beneficio de los terceros su acción por incumplimiento de la sociedad quedaría expedita en favor de los accionistas minoritarios la acción de responsabilidad que marca la ley (art. 274 y ss.) contra los administradores sin perjuicio de la acción por daños y perjuicios que les cabría contra aquellos accionistas que votaran favorablemente una decisión de tal naturaleza, lo cual, obviamente presume, la previa exitosa acción de nulidad asamblearia (art. 251).

Se trataría en el caso de un típico supuesto de confluencia de diversos intereses, por un lado el interés particular de los socios, por otro el interés social y por fin el interés de los terceros. Este es uno de los pocos supuestos en donde se ve claramente el orden de preferencia en la defensa de los mismos. Una vez consagrada judicialmente la falta de

razonabilidad de la restricción, el interés social se confunde con el interés particular de los socios, que seguramente será contrapuesto al de la mayoría de los mismos. Sin embargo, la relación en el orden de defensa de los mismos, no puede afectar a los terceros actuando de buena fe.

Es decir entonces, que si bien en principio podría constituirse una restricción válida mediante resolución asamblearia, la misma queda sujeta al control de razonabilidad y prudencia que la ley permite.

Queda, no obstante, abierto un amplio margen de discrecionalidad que, a primera vista, podría dar lugar a abusos por parte de minorías obstruccionistas o a situaciones inestables en casos de mayorías atomizadas. Por tal razón pareciera ser razonable pensar, que tanto en defensa de la sociedad como del acreedor mismo podría justificarse una modificación estatutaria que consagrara por esa vía una restricción al derecho de reparto anual de mayor jerarquía.

Así, por lo menos, se evitaría toda posibilidad de discusión a aquellos accionistas que devinieran tal carácter con posterioridad a la resolución asamblearia que consagrara la restricción estatutariamente.

4. CONCLUSIONES

4.1 El derecho al reparto anual constituye un derecho de mera expectativa subordinado a que se dé la conjunción de factores que permitirían su manifestación concreta: el derecho al dividendo.

4.2 El derecho al reparto anual es susceptible de merecer restricciones sujetas a las pautas de prudencia y razonabilidad que marca la ley. Por ende tal derecho patrimonial de los socios no es renunciable en términos absolutos.

4.3 Los acreedores podrán imponer restricciones a tal derecho en la medida que el órgano de gobierno, la Asamblea de Accionistas, las hubiere aprobado dentro del marco de las pautas fijadas por la ley.

4.4 No obstante la aceptación asamblearia de las restricciones que pretendan imponer los acreedores, la resolución queda sujeta a impugnación por parte de los accionistas que consideraran violada la regla básica del art. 69 de la Ley 19.550. De resultar triunfante su acción, queda abierta la acción de responsabilidad contra los administradores y sindicos sin perjuicio de la acción de daños y perjuicios derivada de la acción de nulidad asamblearia.

4.5 En principio, la nulidad de la resolución asamblearia no puede implicar la inimputabilidad de las consecuencias del pacto celebrado con el acreedor.

4.6 La consagración estatutaria de la restricción motivada en la pretensión del acreedor de asegurar la cobranza de su crédito abre mayores perspectivas de seguridad para los órganos sociales, la mayoría de los accionistas y terceros acreedores, poniéndolos a cubierto en forma plena, por lo menos, respecto de los que devinieran la calidad de accionistas con posterioridad a la resolución asamblearia consagratória de la restricción.