

Los llamados dividendos a cuenta en el Derecho Mercantil

Jorge Delgado Calisto

Bachiller en Derecho

Es práctica en nuestro medio de reparto a los accionistas de los llamados dividendos a cuenta, anticipados o provisionales en el curso del ejercicio social o aún durante el período comprendido entre el cierre de éste y la aprobación del balance general. En este artículo, trataremos sobre las particulares características de esta figura.

1. NOCION

Constituye un principio que el accionista no debe recibir "vigente sociedad" sumas de otras fuentes que no sean las utilidades del ejercicio. Nuestra Ley General de Sociedades en su artículo 259 señala que "sólo podrán ser pagados dividendos sobre las acciones en razón de utilidades realmente obtenidas (...)", y, el artículo 20, del mismo cuerpo legal, señala que "la distribución de utilidades puede hacerse después del **balance**¹ que efectivamente las arroje (...)" (El subrayado es nuestro). Se desprende, pues, que sólo un balance es capaz de legitimar un reparto de utilidades. Pero, ¿A qué balance se refiere la ley: a uno parcial o al general del ejercicio social? El párrafo quinto del citado artículo 20, señala que los socios que hubieran actuado de buena fe estarán obligados sólo a compensar las utilidades recibidas con las que les correspondan en los **ejercicios siguientes**" (El subrayado es nuestro). Parecería correcto afirmar que el balance a que se refiere el mencionado artículo es el del ejercicio social. Podemos señalar, además, que el balance en cuestión no es otro que el formulado, de acuerdo al artículo 250 de la ley, por el directorio "en el plazo máximo de ochenta días, contados a partir del **cierre del ejercicio social (...)**" (El subrayado es nuestro), y que presentará a la "Junta" para su aprobación, tal como aparece del artículo 256 del mismo cuerpo legal. Por otra parte, el artículo 160 de la Ley señala que "el período del directorio termina al resolver la Junta Gene-

ral sobre el **balance de su último ejercicio (...)**" (El subrayado es nuestro), haciendo clara referencia al balance del ejercicio. La junta a que se refieren los mencionados artículos 256 y 160 no es otra que la General Ordinaria, órgano social competente para "aprobar o desaprobar la gestión social, las cuentas y el balance general del ejercicio" y "disponer la aplicación de las utilidades que hubieren", tal como lo señala el artículo 122 de la ley incisos 1) y 2). Para comprender a cabalidad este artículo, es necesario concordarlo con el 78 inciso 14) de la misma ley, el cual señala que "el estatuto expresará obligatoriamente: (...) 14) la oportunidad en que debe someterse a la Junta General la aprobación del **balance de cada ejercicio** y el régimen de aplicación de las utilidades" (El subrayado es nuestro). El artículo 122 antes referido, al señalar que "la Junta General debe realizarse cuando lo disponga el estatuto y necesariamente cuando menos una vez al año, dentro de los tres meses siguientes a la terminación del ejercicio económico anual", no hace sino señalar el plazo en que indefectiblemente debe reunirse la junta para aprobar "el balance general del ejercicio" y "disponer la aplicación de las utilidades que hubieren", lógicamente, en él. La ley toma las precauciones necesarias para que el derecho del socio al dividendo no sea arbitrariamente postergado. En resumen, tenemos que sólo el balance general del ejercicio social podrá arrojar utilidades pasibles de ser distribuidas como dividendos.

Restaría determinar ahora, cuál es la periodicidad de dicho balance y, por ende, la del ejercicio social. El antes citado artículo 122, al normar lo relativo al momento en que la junta debe reunirse para aprobar el balance del ejercicio y disponer la aplicación de las utilidades, prescribe que dicha junta debe realizarse dentro de los tres meses siguientes a la terminación del "ejercicio económico anual". De esta forma, sien-

1. Sasot Betes y Sasot: "Sociedades Anónimas: Las Asambleas", Ed. Abaco, Bs. As. 1978, p. 371 y siguiente. Señalan que "tanto la doctrina como la jurisprudencia están de acuerdo en considerar al balance como un acto jurídico cuya finalidad esencial es asegurar la integridad del capital social, lo que ha permitido afirmar que el balance de la sociedad anónima es un documento contable como expresión de cantidad, pero un documento jurídico como expresión de cualidad".

do el ejercicio uno anual, el balance a que alude el artículo 20 de la L.G.S. no será otro que el anual. Esto se encuentra corroborado en la propia Ley en los artículos 169 y 252 inciso 2), los cuales hacen expresa referencia al balance anual. Mención aparte merecen los artículos 258 y 260, los cuales señalan que de la utilidad líquida del ejercicio se deducirán los "impuestos", haciendo clara referencia al Impuesto a la Renta cuya periodicidad es anual. Debemos concluir esta parte señalando que, de acuerdo con el artículo 250 de la ley, el ejercicio social coincide, en principio, con el año calendario, salvo que el estatuto establezca una coincidencia diferente.

No obstante lo señalado en los párrafos anteriores, la costumbre comercial, la jurisprudencia y la legislación de algunos países admiten el pago a los socios de los llamados dividendos a cuenta. Creemos que "una acepción precisa es la de anticipos provisionales o pagos a cuenta de dividendos, quedando en claro que no son definitivos, y que están sujetos a los resultados finales del ejercicio"².

Las legislaciones que han regulado estos pagos, son generalmente muy estrictas en su aplicación. Esta rigurosidad, tiene su fundamento en el hecho de que los anticipos son una excepción al pago normal de dividendos. Nuestra Ley General de Sociedades hace alusión al otorgamiento de anticipos a los accionistas en su artículo 118, al señalar que "en ningún caso la sociedad puede otorgar préstamos o **dar anticipos** con garantía de sus propias acciones, bajo responsabilidad del directorio" (El subrayado es nuestro). Posteriormente examinaremos este artículo y las características del pago de anticipos de acuerdo a nuestra ley. Pasemos ahora a analizar la naturaleza jurídica de estos pagos que como hemos señalado no constituyen uno por dividendos.

2. NATURALEZA JURIDICA

Creemos, que el denominar a esta figura con el calificativo de "dividendos provisionales" o "dividendos anticipados" ha creado cierta confusión con respecto a su real naturaleza jurídica. Posiblemente las denominaciones aludidas sólo buscan evidenciar la característica principal del otorgamiento de estas sumas; cual es su pago condicionado a la ulterior existencia de dividendos. Albiñana, señala que "toda entrega a los accionistas bajo título de dividendo a cuenta no es

dividendo ni firme ni a cuenta: es un simple pago condicionado a la existencia de beneficios y al reconocimiento de dividendos por la Junta General"³. Resulta, pues, improcedente señalar que la figura bajo estudio ampare una real distribución anticipada de utilidades, no sólo porque el derecho patrimonial del socio con respecto a las utilidades se restringe al dividendo, sino porque las utilidades, como tales, no pertenecen al accionista sino a la sociedad misma, mientras el órgano social competente no delibere su aplicación al final del ejercicio social. Antes del momento señalado, el dividendo será siempre incierto y aleatorio.

Por otro lado, estos pagos a cuenta o anticipos "expresan por sí su carácter provisorio, sujeto a las cuentas definitivas, y a la posibilidad de su repetición de quien lo hubiera habido sin derecho"⁴. Esta es la diferencia fundamental con el dividendo propiamente dicho: los anticipos no son definitivos. Desde esta óptica, resulta clara la norma contenida en el artículo 118 de nuestra Ley, que regula las garantías que el accionista puede o no otorgar para el caso en que el balance anual sea deficitario o arroje una utilidad menor al anticipo repartido. Si se pagaran sobre utilidades ya generadas, "los recursos de que se trate saldrían del patrimonio de la sociedad en forma definitiva e ingresarían con ese mismo carácter al patrimonio del socio, por lo que resultaría absurdo que la ley regulara sobre las garantías que el accionista puede o no otorgar para su eventual devolución"⁵.

Los anticipos constituyen recursos que aún después de pagados se mantienen dentro del activo de la sociedad. Como señala Esquivel, "la sociedad hace salir de su patrimonio dinero en efectivo, sustituyendo, como resultado de dicho anticipo la posesión de numerario con un derecho frente al accionista para cobrar esas cantidades anticipadas"⁶. Estos créditos contra los accionistas se encuentran sujetos a la condición resolutoria de existencia de dividendos, ya que verificándose ésta se producirá una compensación automática con el crédito que nace a favor del accionista por concepto de dividendos. En conclusión, los llamados "dividendos a cuenta" no son otra cosa que créditos "sui generis" concedidos a los accionistas, que tienen por objeto el pago de cierta suma de dinero como anticipo repetible del dividendo del ejercicio en el cual se pagan.

La Resolución CONASEV No. 372-84-EFC/

2. Roitman, Horacio: "Dividendos Provisionales", En Revista de Derecho Comercial, Bs. As. 1976, Año II, No. 61 a 66, p. 1464.
3. Albiñana, Manuel: "El Beneficio y su Distribución según la Ley de Sociedades Anónimas", En Revista de Derecho Mercantil, Madrid 1954, Marzo-Abril, Vol. XVII, No. 50, p. 182.
4. Roitman, Horacio, p. 1464.
5. Ossio, Jorge: "Naturaleza Jurídica de los llamados dividendos a Cuenta en el Derecho Mercantil y Tributario", En Revista del Instituto de Derecho Tributario, Lima 1985, p. 58.
6. Esquivel, Ramón: "Duración del Ejercicio Social y Reparto de Dividendos", En Revista del Foro, México D.F., Cuarta Época, No. 15-17, 1957, p. 44.

94.10 con fecha 28 de noviembre de 1984, ha opinado que "las empresas podrían conceder créditos a sus accionistas con cargo a las utilidades de su ejercicio" (artículo 1 inciso b). Si bien la Resolución de CONASEV no constituye una norma legal, resulta un precedente nacional importante desde que se pronuncia adecuadamente en torno a la real naturaleza jurídica de la figura bajo análisis.

3. LA CUESTION DE SU PROCEDENCIA

Teóricamente, las utilidades o las pérdidas sólo se podrán considerar como definitivas en el momento en que se disuelva la sociedad. Sin embargo, la práctica y la justa expectativa del capitalista de obtener una oportuna retribución por su aporte, ha impuesto una determinación periódica de las utilidades. Es así, que se llega a la división cronológica de la economía societaria en los llamados "ejercicios". Esta división, como todo enmarque temporal legalmente establecido, tiene sin duda algo de arbitrario, y puede no responder a las posibilidades económicas de una empresa en determinado momento. Desde esta perspectiva, el pago de anticipos posiblemente nace de una distorsión del afán lucrativo de los accionistas, vinculado a una corriente de ideas que propugnan la división de la ganancia en el momento que ésta se produzca.

Parte de la doctrina argumenta que no es aceptable el pago de anticipos al socio, desde que el accionista tiene derecho a los dividendos del ejercicio y no a la materialización de una expectativa incierta de realización de beneficios por parte de la sociedad al final del ciclo social. Es así que el accionista carece de legitimidad para solicitar el adelanto de una utilidad de futura realización, incluso las calculadas técnicamente sobre contratos celebrados pero todavía no ejecutados. No puede hablarse de pago de una obligación que no ha nacido, ni para la sociedad, ni para los accionistas.

De otro lado, como señala De Gregorio, "la comprobación de las utilidades obtenidas está vinculada casi siempre con las operaciones inherentes al cierre de determinados períodos del ejercicio. Si los administradores en la cuenta de ganancias y pérdidas dejen aparte estas partidas, corren el riesgo de repartir utilidades inexistentes"⁷. El balance del ejercicio contiene una universalidad de actos jurídico-patrimoniales que no pueden tomarse aisladamente. Caso contrario, la posibilidad de repartir el propio capital social, atentando contra su intangibilidad, es por lo menos latente.

Otro problema que se desprende de la dación de estas sumas, es el relativo a su repetición en caso el balance final sea deficitario o arroje utilidades en cuantía menor al adelanto repartido. En este supuesto, la sociedad tendrá frente al accionista el carácter de un acreedor común. Esquivel señala que "en estas condiciones considerando el caso de las sociedades que tienen sus acciones distribuidas entre un grupo numeroso de accionistas, y cuando el anticipo es por una pequeña cantidad, el ejercicio del derecho para recobrar tales dividendos puede resultar prácticamente imposible, (...) ya que los gastos erogados llegarían casi a ser iguales o superiores al reintegro que se podría obtener de los accionistas"⁸.

Autores como Garrigues—Uría argumentan a favor del pago de anticipos, señalando que es "perfectamente lícito el reparto de un dividendo a cuenta del beneficio final del propio ejercicio, uso este que está muy extendido en las grandes sociedades, en las cuales el beneficio anual y su cuantía suelen ser constantes"⁹. Notemos que el autor no se solidariza con una aplicación irrestricta de la figura bajo estudio, sino que la circunscribe a aquellas empresas que producen utilidades regulares. Mas, cómo podríamos determinar cuando una sociedad debe ser catalogada como productora de beneficios regulares. Esta cuestión es difícil de precisar, y más aún en aquellos países, como el nuestro, que se encuentran sujetos a una coyuntura empresarial cuya característica principal es la inestabilidad económica y normativa. Por otro lado, los efectos de la inflación podrían quebrar los cálculos más conservadores. Lo dicho no significa negar la existencia de este tipo de sociedades en nuestra realidad empresarial, sino plantear el problema de cómo distinguir las de otras no constantes en sus beneficios. En la práctica, parece necesaria la intervención de un órgano estatal que determine si la sociedad puede o no otorgar anticipos a sus socios.

Si bien las normas que autorizan el pago de anticipos son criticables teóricamente, razones de conveniencia práctica como la de alentar la inversión del pequeño ahorrista justifican su incorporación en la legislación. Como señala Halperin, su dación "fomenta el aporte del pequeño ahorro, que busca la inversión segura de una renta regular"¹⁰. Creemos, eso sí, que el pago de anticipos, como figura de excepción, debe mantenerse dentro de límites rigurosos, a efectos de no constituir una forma de reparto de los aportes sociales, con el consiguiente desmedro de la cifra formal del capital.

7. Gregorio De, Alfredo: "De las Sociedades y Asociaciones Comerciales", Vol. II, Bs. As., Ed. Ediar, 1950, p. 84 y siguiente.

8. Esquivel, Ramón, p. 44.

9. Garrigues, Joaquín—Uría, Rodrigo: "Comentarios a la Ley de Sociedades Anónimas", Madrid, Imp. Samoran, 1953, p. 403. En igual sentido: Halperin, Isaac: "Manual de Sociedades Anónimas", Bs. As. Depalma, 1971, p. 177 y Sussini, M.: "Dividendos de las Sociedades Anónimas", Bs. As., Depalma, 1951, p. 240.

10. Halperin, Isaac, p. 177.

4. VALIDEZ DEL PAGO DE ANTICIPOS Y RESPONSABILIDAD DE LOS MIEMBROS DEL DIRECTORIO QUE ACORDARON SU OTORGAMIENTO

Se acepta que sea el directorio, como órgano de administración, el facultado para otorgar anticipos a los accionistas¹¹. Generalmente esta facultad se halla supeditada a la observancia de determinados requisitos para el pago, los cuales se encuentran detallados en la ley y en los Estatutos. De esta forma, el pago será válido en la medida que el directorio cumpla con las formalidades legalmente establecidas. La responsabilidad del órgano social pagador se restringe a la observancia y cumplimiento de aquellas limitaciones impuestas al pago. Consideramos inaceptable el extender la responsabilidad del directorio a un hecho incierto y aleatorio como es la aparición de utilidades al final del ejercicio social¹². Nuestra Ley General de Sociedades no establece ningún tipo de requisito previo para el pago de estas sumas. Si interpretáramos que es de aplicación al caso el artículo 20 de la ley, que trata sobre dividendos y no sobre anticipos, nos encontraríamos con que éste no contiene ninguna pauta que tienda a salvaguardar, en este caso, la integridad del capital social, ya que nada puede garantizar que el beneficio arrojado por un balance parcial sea tal al final del ciclo social. Creemos necesaria la dación de una norma que regule el otorgamiento de anticipos en nuestro país y circunscriba la responsabilidad del directorio al cumplimiento de requisitos previos al pago. Caso contrario, su responsabilidad sólo podrá ser de gestión.

5. EL DIVIDENDO FICTICIO Y EL MONTO NO COMPENSADO DE LO PAGADO POR CONCEPTO DE ANTICIPOS

Existe cierta inclinación a considerar al monto no compensado de lo pagado por anticipos como un dividendo ficticio. De esta forma, la restitución de estas sumas se obtendría, de acuerdo con el artículo 20 de la L.G.S., a título de repetición de dividendos ficticios.

El dividendo ficticio responde a una transgresión dolosa o negligente del balance general, la cual hace aparecer como efectivas ganancias inexistentes. La aparición del dividendo ficticio se halla estrechamente vinculada al balance final del ejercicio económico, ya que sólo él podrá ser capaz de arrojar resultados

susceptibles de ser distribuidos como dividendos. Por otra parte, el anticipo, como hemos dicho, no constituye un dividendo y no se otorga en calidad de tal, siendo éste un hecho legítimo y no engañoso. La aprobación del balance final y la aplicación de utilidades en favor de los socios, no convierte en dividendos los montos repartidos como anticipos, simplemente originará una compensación de créditos. Asimismo, un balance deficitario no convierte en dividendos ficticios los anticipos repartidos, simplemente se tendrá por no compensado el crédito concedido, pasando dicho monto a cuentas por cobrar, convirtiéndose la sociedad en un acreedor más del accionista. En conclusión, sostenemos que el anticipo no compensado no constituye un dividendo ficticio y que la acción de repetición a que se refiere el artículo 20 de la ley, no es aplicable al caso.

6. EL ARTICULO 118 DE LA L.G.S.

El citado artículo prescribe que "en ningún caso la sociedad puede otorgar préstamos o **dar anticipos** con garantía de sus propias acciones, bajo responsabilidad del directorio" (El subrayado es nuestro). Estos adelantos no son otros que aquellos otorgados con cargo al dividendo del ejercicio. No imaginamos otro derecho del accionista que sea pasible de anticiparse que no sea el derecho al dividendo.

Esta norma es la única en nuestra L.G.S. que hace alusión al otorgamiento de anticipos¹³. Decimos alusión, porque el artículo no se ha detenido a regular la figura, ocupándose únicamente de las garantías permitidas para respaldar la operación. Cabe resaltar, que la ley ha visto por conveniente referirse en un mismo precepto a dos formas de otorgamiento de sumas a los accionistas, distintas de las utilidades, y que no son otra cosa que créditos concedidos en forma excepcional. En conclusión, el artículo mencionado permite el pago de anticipos sin restricción alguna. Esta permisón resulta sumamente peligrosa, ya que el capital social se verá afectado en la medida que se otorguen anticipos sin el debido respaldo, toda vez que su incobrabilidad causará una reducción indirecta de la cifra capital. A esto habría que añadir, el perjuicio inmediato que se irrogará a los acreedores sociales en la medida que se reduzca la prenda social.

La legislación, jurisprudencia y doctrina de aquellos países que han optado por permitir estos pagos, se orientan generalmente por preceptuar ciertos requi-

11. Farina, Juan: "Tratado de Sociedades Anónimas, Parte Especial II—B, Sociedades Anónimas". Rosario, Ed. Zeus, 1979, p. 462 y Sussini, p. 240.
12. El artículo 463 del código de Comercio de Chile, modificado por la ley No. 17308 del 01/07/70, extiende la responsabilidad del directorio a la ulterior existencia de utilidades. La ley No. 19550 y la Resolución No. 14 del 08/11/78 emanada de la Inspección de Personas Jurídicas, ambas de Argentina, restringen la responsabilidad del directorio al cumplimiento de determinados requisitos para el pago.
13. Existen en nuestro medio ciertos dispositivos legales que se han ocupado de esta figura, como son los Decretos Leyes Nos. 20139 y 21533, y, las Resoluciones de CONASEV Nos. 053—80—EF/94.10 y 131—83—EFC/94.10, entre otros. Salvo lo estatuido en el D.L. No. 21533, que luego comentaremos, los dispositivos mencionados sólo se ocupan de prohibir su otorgamiento para determinadas actividades empresariales.

sitos a ser observados en forma previa a su dación. La inobservancia de estas formalidades suele acarrear la responsabilidad solidaria de los miembros del directorio que acordaron el pago indebido. A continuación, haremos un examen de aquellos requisitos que consideramos de cumplimiento necesario para efectuar un pago por lo menos confiable de anticipos a cuenta.

7. REQUISITOS A CUMPLIRSE PARA EL PAGO DE ANTICIPOS

a) Autorización estatutoria

Siendo el pago de anticipos a los accionistas una excepcional, resulta saludable que el propio Estatuto Social lo contemple expresamente. La jurisprudencia francesa¹⁴, el Código de Comercio de Chile y la ley de Sociedades Anónimas del Brasil contemplan este requisito.

b) Elaboración de un balance parcial que determine el monto del anticipo a distribuir

Resulta necesaria la compilación de un balance especial y de un estado de resultados del período a que se contrae el anticipo, ya que de otro modo no habría forma de determinar con exactitud el anticipo a repartir.

c) Fijación de una tasa máxima

Este requisito se encuentra vinculado con el hecho de que las utilidades en las que se funda el anticipo no tienen el carácter de irrevocables y pueden no estar realizadas totalmente. La posibilidad de que por esta vía se retorne el capital social a los socios, con el consiguiente desmedro de la prenda social, hace necesario condicionar su pago a la observancia de una tasa porcentual máxima, la cual se encuentra referida al monto pagado del capital social. El D.L. No. 21533 del 23 de junio de 1976, restringió el monto a pagar por concepto de anticipos con cargo a las utilidades del ejercicio de 1976 a un máximo del 10 o/o del capital pagado. Resulta ser este artículo el único en nuestro medio que contempló un requisito previo para el pago de estas sumas.

d) Elaboración de una proyección patrimonial de la empresa

La Resolución No. 14 de la I.G.P.J. de Argentina señala, como condición para el abono de anticipos, que la sociedad pagadora elabore un presupuesto financiero proyectado para un período de 12 meses, partiendo del mes siguiente al del balance especial¹⁵. Debe entenderse, que la proyección aludida debe ser

patrimonial y no sólo de caja, ya que se trata de saber si la sociedad podrá obtener o no utilidades al cabo de ese período. Este requisito, generalmente es exigido por aquellas legislaciones que mantienen una constante supervigilancia administrativa sobre las empresas pagadoras de anticipos.

e) Autorización Administrativa

Ante los peligros que puede acarrear a la sociedad el pago de anticipos, algunas legislaciones no se han detenido ni siquiera ante una intervención administrativa. Tal es el caso de la Resolución No. 14 I.G.P.J. de Argentina antes mencionada. En nuestro medio, no sólo es extraña una supervisión administrativa en este caso, sino que la ley, como hemos señalado, no contempla ningún requisito previo para su pago.

f) Imposibilidad de otorgarse en caso hubieran pérdidas acumuladas

Si existe la imposibilidad de hacer una distribución de utilidades sobre la base del balance final cuando se arrastra una pérdida, de acuerdo con el principio de la solidaridad de los ejercicios sociales, con mayor razón deberá ser vetada la operación, si se intenta repartir anticipos con cargo a utilidades cuyo destino es el compensarse, primeramente, con las pérdidas.

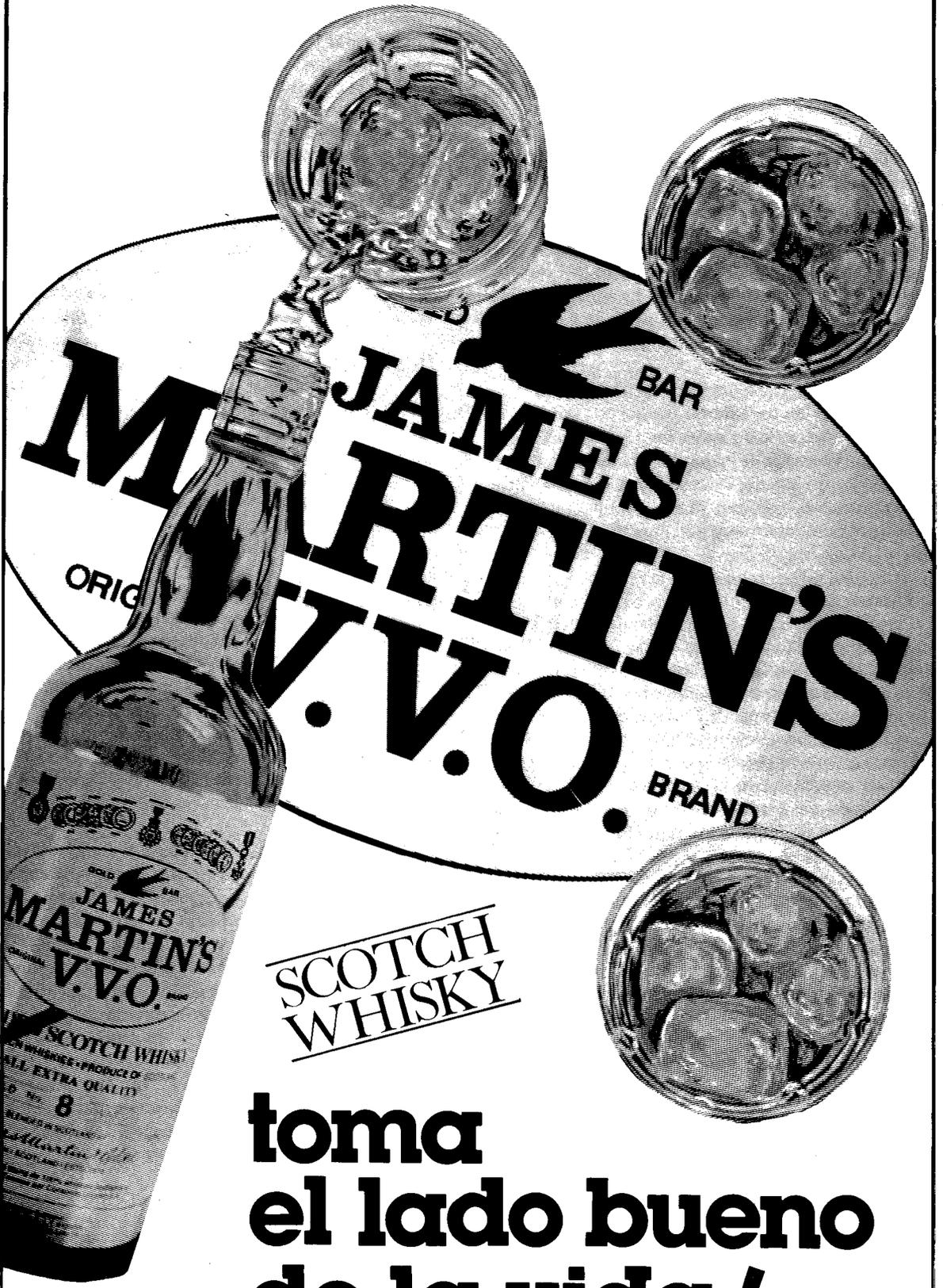
g) Imposibilidad de repartirse mientras no se conozcan los resultados del ejercicio económico anterior

Esta norma se desprende de la propia naturaleza del anticipo, cual es el de ser un crédito con cargo al dividendo del ejercicio en el cual se abonan. De esta forma, antes de reiniciar su otorgamiento, deberá comprobarse que las sumas previamente anticipadas han sido compensadas con las utilidades del ejercicio clausurado. Caso contrario, se estaría repartiendo claramente el capital social.

Con miras a una reforma legislativa, nos parece imprescindible que la ley no sólo contemple en forma expresa su permisión, toda vez que la figura bajo estudio corresponde a una forma excepcional de reparto de sumas a los socios, sino que tome, además, todas las garantías necesarias para que su aplicación no devenga en una burla al principio de la integridad de la cifra capital. De los requisitos mencionados en el presente numeral, los tratados en los literales d) y e) son, a nuestro juicio, de difícil aplicación práctica, dado el desorden y la poca celeridad burocrática que ostentamos. Mientras tanto, nos parece aconsejable insertar en los estatutos sociales una norma que precise y limite los alcances del artículo 118 de la L.G.S.

14. Sussini, M., p. 241.

15. Farina, Juan, p. 462.



JAMES MARTIN'S
V.V.O.
 BRAND

SCOTCH
WHISKY

**toma
 el lado bueno
 de la vida!**