

Citación sugerida: Errepar, Doctrina Societaria y Concursal, Tomo XXII – 2010, Diciembre 2010, N° 274.

Las decisiones sobre aplicación de resultados deben ser razonables, fundadas y justificadas.
Comentario al fallo: “Carreras, Alberto J. c/ Juárez, Edgardo y otros”¹

Diego A. J. Duprat²

1. No obstante lo escueto de la sentencia se puede colegir que el actor impugnó la resolución de la asamblea que dispuso la retención de utilidades –la que se sostenía solamente “en la existencia de una crisis económica mundial y nacional”- y dedujo una medida cautelar a fin de que se ordenare a la sociedad a que “deposite el importe equivalente al porcentaje de utilidades que podrían corresponderle al accionante”.

El Juez de primera instancia hizo lugar a la medida cautelar, decisión que, luego, confirmó la Cámara.

La sentencia que se comenta va en la buena dirección en tanto sostiene que la decisión social de retener las utilidades “debe estar justificada en razones fundadas, explicadas clara y circunstanciadamente para constituir reservas”.

Porque no sólo se debe exigir razonabilidad, prudencia y debida justificación a la decisión de constituir reservas facultativas (en virtud de lo dispuesto por el art. 70, 3° pár., LSC), sino que tales exigencias deben ser aplicadas a toda decisión sobre el destino y aplicación de los resultados del ejercicio³.

La mera invocación de una crisis económica mundial y nacional no alcanza a justificar debidamente la decisión de retener utilidades, si no se la correlaciona con la sociedad, de manera de explicitar de qué manera tal crisis podría impactar en los negocios sociales y cuál es la necesidad o conveniencia de la retención de utilidades.

La Cámara, en el estrecho marco de una medida cautelar, consideró que los únicos argumentos que pretendieron justificar la retención de utilidades fueron claramente insuficientes al no hacer ninguna mención a la sociedad y sus negocios. Por ende, concluyeron que la decisión de retención de utilidades no surgía debidamente fundamentada.

El tribunal, correctamente, limitó su actuación a efectuar un “control de legitimidad” de la decisión impugnada y, al advertir, la falta de fundamentación de la decisión que retuvo utilidades, concedió la cautelar en protección de los

¹ CNCom., Sala A, 23-3-2010.

² Profesor Titular Ordinario de Derecho Societario, Dpto. de Derecho, Universidad Nacional del Sur (www.uns.edu.ar; www.derechouns.com.ar), Doctor en Derecho (UBA).

³ MOLINA SANDOVAL, Carlos A.; “Principios básicos del régimen de distribución de utilidades”, JA 2004-IV-987, Lexis N° 0003/010873; ROITMAN, Horacio; *Ley de Sociedades comerciales. Comentada y anotada*, La Ley, Bs. As., 2006, p. 447 (“Como la ley no se ocupa en particular de estos aspectos, excepto el art. 70 LS con relación a las reservas, es que la doctrina en general ha estudiado como formando parte de esta disposición los conceptos que la misma abarca”).

intereses del socio accionante. Se abstuvo, en consecuencia, de efectuar una fiscalización sobre la “oportunidad, mérito y conveniencia” que, en palabras de la misma sala en una causa anterior, excedería “el ámbito de la intervención que le compete al órgano jurisdiccional en la materia y pertenece al ámbito de incumbencia del regular funcionamiento del órgano de gobierno de la sociedad”⁴.

2. En nuestro régimen positivo la asamblea de accionistas tiene libertad para resolver sobre el destino de los resultados del ejercicio.

Esta regla de libertad de aplicación de resultados, no obstante sus límites, tiene otra regla complementaria que impone la distribución de las utilidades sociales entre los accionistas cuando la decisión asamblearia que resuelve su no distribución no surgiera debidamente fundada y justificada, o no fuera razonable en términos económicos y financieros teniendo en cuenta el interés social.

Esta conclusión surge del juego armónico de lo dispuesto por los artículos 31; 63, apart. 2º, I-a); 66, inc. 3º; 68; 70; 71; 189; 218, 3er. párr.; 224; 225; 231; 234 y 261 de la LSC, donde, ante un supuesto de existencia de ganancias y de inexistencia de “deducciones” legales⁵ o de falta de un destino razonable de las mismas que surja debidamente fundado, la solución residual sería la de distribuir las entre los accionistas a través del pago de dividendos en efectivo (art. 66, inc. 4to., LSC). Llegamos a esta conclusión considerando que tanto la constitución de reservas facultativas no estatutarias, la reinversión de las utilidades en proyectos corporativos e, inclusive, la falta de asignación de un destino concreto a las ganancias sociales o su pase a un futuro ejercicio, deben surgir debidamente fundamentadas y resultar razonables. Caso contrario, y por

⁴ CNCom., Sala A, 29-12-1999, “Madanes, Mónica c/ Aluar Alumino Argentino S.A. s/ Sumario”, www.societario.com, (“... teniendo en cuenta que tratándose de un régimen de gobierno societario estatuido legalmente no cabe una flexibilización de las causales de apartamiento por parte del órgano jurisdiccional que desnaturalice el legítimo ejercicio de la libertad de opción que se someten a las decisiones del órgano de gobierno ya que a sus integrantes le compete la facultad legal de optar entre las múltiples alternativas que a su consideración discrecional atribuye el régimen jurídico de las sociedades comerciales. Pudiéndose configurar una ilegítima intromisión en la voluntad válidamente adoptada por la asamblea de accionista en cuestiones relativas a la orientación de la gestión de política comercial o financiera de no encontrarse justificada tal intervención, especialmente recordando una vez más, que no cabe revisión judicial alguna en materia de preferencias atinentes a diferentes alternativas de la planificación empresaria dentro del marco del interés social. Lo contrario, podría llegar a significar -según la amplitud de aplicación del citado criterio que se sustente-, sustituir ese legítimo derecho de la “libertad de opción” que el ordenamiento jurídico le atribuye al órgano de gobierno y someter, so pretexto de la función revisora del juez, el control de las distintas apreciaciones que pueden legítimamente sustentarse atinentes a la planificación empresaria al órgano jurisdiccional, pudiéndose llegar a alegarse las más variadas situaciones que pudiera legítimamente entender poder plantear cualquier accionista disidente con el consiguiente desplazamiento de la organización social.”).

⁵ Reservas legales (art. 70, LSC), reservas estatutarias, imputación a pérdidas anteriores (art. 71, LSC), respetar las condiciones de emisión de los bonos de goce (art. 228, LSC), las de los bonos de participación (arts. 229 y 231, LSC), el pago de los títulos de deuda en las condiciones de su emisión (arts. 325 y ss., LSC y LON), el cumplimiento de las resoluciones de adquisición de acciones por la propia sociedad (art. 220, LSC), la decisión de amortizar acciones (art. 223, LSC); honorarios.

defecto, se deberían distribuir las utilidades entre los accionistas⁶. En este sentido, el ya mencionado art. 71, LSC casi lo está diciendo en forma explícita, al disponer que las ganancias no podrán distribuirse hasta tanto se hayan cubierto las pérdidas de ejercicios anteriores. En consecuencia, no existiendo déficits de anteriores ejercicios o habiendo sido los mismos saldados, nada debe obstar para que se distribuyan las utilidades entre los accionistas⁷ siempre que no existiera una decisión asamblearia –razonable, justificada y fundada- que resolviera su retención.

Debe quedar en claro que no predicamos un derecho subjetivo a favor de los accionistas a la distribución anual de dividendos. Sino que, lo que sostenemos es que el derecho de la asamblea a resolver sobre los resultados del ejercicio debe ejercerse en forma razonable, justificada y fundamentada. Caso contrario, la asamblea no podrá retener utilidades en perjuicio de los accionistas.

Si se han cumplido las exigencias y restricciones legales y, a pesar de ello, continuaran existiendo utilidades, la regla supletoria (que podría ser alterada por disposición estatutaria o decisión unánime de los socios) sería la de distribuirlos vía dividendos. Ahora bien, si los administradores presentaran un proyecto alternativo destinado a constituir nuevas reservas, a cancelar o amortizar acciones, a capitalizar las utilidades, a cancelar pasivo, a reinvertir las utilidades en un proyecto corporativo o, inclusive, a retener las utilidades en cuentas sin asignación específica (“resultados no asignados” o similares), deberán demostrar su razonabilidad y conveniencia, presupuestos de los que también deberá gozar la resolución asamblearia respectiva. Si así no lo hicieren, el acto sería pasible de impugnación.

Odriozola sostuvo, en igual sentido, 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 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”⁸. Igual postura sostuvo Rovira cuando expresó que toda indisponibilidad de la utilidad “debe estar fundamentada en la razonabilidad y el criterio de prudente administración que le compete al juez determinar en caso de conflicto entre socios”⁹.

⁶ En igual sentido NISSEN, Ricardo A.; *La capitalización de utilidades en las Sociedades Anónimas*, Edit. Ad-Hoc, Bs. As., 1990, p. 21 “... de existir ganancias líquidas y realizadas, conforme la terminología legal, las mismas tienen por destino natural su distribución entre los socios, salvo que, mediando razones concretas y fundadas, se resuelva otorgarles otro destino. Esta es la excepción y aquella la regla.”

⁷ Esta posición tiene sus opositores, entre ellos Cabanellas de las Cuevas, que sostiene que el mencionado artículo “no dice en modo alguno que una vez cumplidos esos requisitos deba procederse a distribuir utilidades. Simplemente se podrá hacer tal distribución” (CABANELLAS de las CUEVAS, Guillermo; *Derecho societario*. Parte General, Edit. Heliasta S.R.L., Bs. As., 1997, p. 110).

⁸ ODRIOZOLA, Carlos S.; “Anteproyecto de ley de sociedades comerciales”, RDCO, 1968, p. 907.

⁹ ROVIRA, Alfredo L.; “El derecho al reparto anual de utilidades y su protección”, ED 89-474.

3. No obstante coincidir con el sentido de la sentencia, tal vez merezca hacer algún reparo a la cautelar concedida en la medida que impone el depósito del importe que le correspondería al actor de las utilidades, ya que tal decisión precautoria avanza sobre competencias del órgano de gobierno de la sociedad, sustituye la voluntad social y adelanta el contenido de la eventual sentencia. Hubiera bastado, para garantizar los eventuales derechos de los accionistas, con decretar embargo sobre la porción de las utilidades coincidente con la participación societaria del socio impugnante o con el porcentaje de participación de éste en las ganancias pactado en el estatuto (art. 11, inc. 7º, LSC); o bien con la suspensión preventiva de la ejecución de la decisión asamblearia impugnada, en los términos del art. 252, LSC.