

"LA DISTRIBUCIÓN DE UTILIDADES EN LAS SOCIEDADES Y CORPORACIONES"



MARÍA BARRAU

USA
Ediciones Suárez

En esta obra se analizan las nociones de capital y de patrimonio social en su relación dinámica con el fenómeno doctrinariamente conocido como "infrapatrimonialización."

La referida temática se aborda destacando la interrelación que existe entre algunas normas jurídicas y determinados principios y sistemas contables, mediante un análisis comparativo de sus componentes.

El esfuerzo está dirigido a poner de mani?esto las equívocas situaciones que se pueden producir al momento de utilizar las instituciones bajo estudio para determinar el valor de la empresa o para proceder a la distribución de utilidades. Con el propósito de llegar a conclusiones útiles, se somete a una crítica constructiva la noción de "utilidad social", especialmente en su íntima correlación con la expresión "ganancias líquidas y realizadas," incluida en el texto del artículo 68 de la LGS. En definitiva, lo que se postula es que -en los hechos- suele ser imposible distribuir entre los socios fondos que ?guran bajo la fórmula mencionada. O sea, aun cuando en los Estados Contables ?gura que existen ganancias líquidas y realizadas, se sostiene en este trabajo que tal mención, por sí, no aseguraría la viabilidad de una distribución.

El conocimiento de la referida problemática es vital para determinar cuándo una distribución de utilidades no perjudicaría al interés social. Se propone una reforma del régimen vigente, que sin duda impactará en el régimen de responsabilidad de socios y funcionarios sociales.

DATOS DE LA AUTORA

María Barrau. Abogada. Posgrados: "Perfeccionamiento en Responsabilidad Civil" UNMdP 1996, "Perfeccionamiento en Asesoría Jurídica de Empresa." UNMdP 1996, "Curso de Posgrado Cuestiones Actuales de Derecho Cambiario" UNMdP 2002.

Espedialización "Especialista en Magistratura Judicial" UNMdP 2008. "Doctor en Derecho" UNMdP 2017. Profesor Titular de "Sociedades" Facultad de Ciencias Económicas y Sociales de la UNMdP. Profesora Adjunta de "Sociedades" Facultad de Derecho de la UNMdP.

Autora de las siguientes obras: "Constitución y Modificación de Personas Jurídicas. Sociedades Comerciales. Asociaciones Civiles. Mutuales. Fundaciones". Edit. Ad Hoc, Buenos Aires, 1998, y "Derecho Asodativo Registral" Edit. Ad Hoc, Buenos Aires, 2011.

Coautora y participante de otras múltiples obras.

E-Mail: barraumaria@gmail.com



Agradecimientos

Este trabajo de investigación -tal y como fue concebido- habría sido imposible sin el aporte del Dr. Roberto A. Muguillo. Fue un privilegio tenerlo como guía. Es un jurista no sólo afamado por sus profundos conocimientos jurídicos y por su gran experiencia, sino también por su humanismo. Mi deuda con él es enorme y por eso, quiero dedicarle mi primer agradecimiento.

También doy gracias a la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Mar del Plata como institución y a sus autoridades como colaboradores por haberme brindado la posibilidad de capacitarme en cursos de posgrado.

A mi esposo Ricardo L. Gulminelli y a mis hijos Luciano y Eugenio les agradezco su incondicional apoyo y aliento.

Algunas de mis conclusiones fueron propuestas en Congresos, Jornadas y reuniones vinculadas al Derecho Societario. Muchos colegas y juristas enriquecieron mi pensamiento. A ellos también -sin duda alguna- se los debo agradecer.

MARÍA BARRAU

**“LA DISTRIBUCIÓN DE UTILIDADES EN LAS
SOCIEDADES Y CORPORACIONES”**

Barrau, María
“La Distribución de Utilidades en las Sociedades y
Corporaciones”/María Barrau. - 1a ed.

- Mar del Plata: Suárez, 2017.

280 p.; 21 x 15 cm.

ISBN 978-987-1990-50-4

1. Derecho. 2. Comercial. I. Título.

CDD A863

© 2018, Ediciones Suárez

Roca 4091. Tel. (223) 475-8250- Mar del Plata (CP 7600).

Info@edicionesuarez.com.ar

Buenos Aires. Argentina

Queda hecho el depósito que indica la ley 11.723

ISBN 978-987-1990-50-4

Impreso en Argentina

Queda prohibida la reproducción total o parcial, el almacenamiento, la transmisión o la transformación de este libro en cualquier forma o por cualquier medio, sea este electrónico, químico, mecánico, óptico, de grabación o de fotocopia. Digitalización u otro método sin la autorización previa y por escrito del editor. Su infracción constituye un delito a la propiedad intelectual está penada por las leyes 11.723 y 25.446 de la República Argentina.



Ediciones Suárez

Palabras del Autor

La presente tesis doctoral es el fruto de muchos años de estudio y de investigación alrededor de una expresión que pese a ser primordial, no es calificada de modo uniforme. Me refiero a la noción de Utilidades y por ende Capital Social. Su incidencia crucial en muchas situaciones de conflicto societario es directa y mayúscula. En el ejercicio de la abogacía pude advertirlo nítida y reiteradamente. Por eso, mi esfuerzo se orientó a buscar fórmulas de equilibrio que sirvieran para defender el interés social sin desatender el de los socios. En síntesis, establecer un sistema que permitiera que las utilidades fueran distribuidas y que ello se efectuara de manera equitativa y razonable.

María Barrau, diciembre de 2016

MARÍA BARRAU

Abogada: título obtenido en la Universidad Nacional de Mar del Plata en el año 1988.

Posgrados. "Perfeccionamiento en Responsabilidad Civil" UNMdP 1996, "Perfeccionamiento en Asesoría Jurídica de Empresa." UNMdP 1996, "Curso de Posgrado Cuestiones Actuales de Derecho Cambiario" UNMdP 2002.

Especialización "Especialista en Magistratura Judicial" UNMdP 2008.-

Doctorado: "Doctor en Derecho" UNMdP 2017.

Docencia. Profesor Titular de " Sociedades" Facultad de Ciencias Económicas y Sociales de la UNMdP, desde 2003 a la fecha.- Profesora Adjunta de "Sociedades" Facultad de Derecho de la UNMdP, desde 1996 a la fecha.

Libros

"Constitución y Modificación de Personas Jurídicas. Sociedades Comerciales. Asociaciones Civiles. Mutuales. Fundaciones". Edit. Ad Hoc, Buenos Aires, 1998.

"Derecho Asociativo Registral" Edit. Ad Hoc, Buenos Aires, 2011.

Coautorías y participaciones:

"Ley 21526 de Entidades Financieras y Leyes Complementarias". Director Roberto Muguillo. Universidad Fasta, Edición 1999.

"Derechos Patrimoniales". Estudios en Homenaje al Profesor Emérito Dr. Efraim Hugo Richard. Edit. Ad Hoc, Agosto de 2001.

"Manual de Operaciones Bancarias y Financieras" Director Roberto Muguillo. Ediciones Jurídicas Cuyo, Edición 2002.

"Código de Comercio y normas complementarias" Director. Ghersi, Carlos, Weingarten, Celia. Autores Varios, Tomo V.

"Ley de Sociedades Comerciales" Artículos 163 a 254 pág 358 a 552. Ed. Nova, Buenos Aires, 2007.

"Tratado de Derecho Comercial" Ernesto E Martorell Director. Autores varios. Tomo XIV- Títulos de Crédito, Editorial La Ley, 2010.

"Tratado de los Conflictos Societarios. Diego Duprat Director. Tomo Uno. Edit. Abeledo Perrot, 2013.

E-Mail: barraumaria@gmail.com

INDICE GENERAL

CAPÍTULO 1

**EL CAPITAL Y EL PATRIMONIO SOCIAL. FORMACIÓN.
INTANGIBILIDAD. INFRACAPITALIZACIÓN**

I. Introducción. 13

II. Funciones del Capital Social. 24

III. Principios del Capital. 27

IV. Limitación de Responsabilidad – Importancia del Capital Social. 28

V. Relación Capital Social Objeto Social. 30

VI. Normas que Protegen la Intangibilidad del Capital Social. Protección de los Terceros. 35

VII. Infracapitalización. 37

VIII. Responsabilidad e Infracapitalización, Infrapatrimonialización. 44

IX. La Infracapitalización y la Quiebra de la Sociedad. 51

Conclusión del Capítulo I. 54

CAPÍTULO 2

**RÉGIMEN JURÍDICO DE DOCUMENTACIÓN Y DE CONTABILIDAD,
LAS UTILIDADES Y RESERVAS**

I. Régimen jurídico de la Documentación y de la Contabilidad 61

II. Utilización de Medios Mecánicos. 63

III. Los Estados Contables. 64

III.a) Estados Contables Básicos. 65

III.b) La Moneda Homogénea. 66

III.c) Sociedades Controladas. 73

IV. Memoria Administradores (Art. 66). 74

V. Estado de Situación Patrimonial o Balance General. 76

V.a) Activo. 79

V.b) Pasivo. 80

V.c) Patrimonio Neto. 81

VI. Estado de Evolución del Patrimonio Neto. 84

VII. Estado de Resultados. 85

VII.a) Resultado Ordinario. 86

VII.b) Resultado Extraordinario. 87

VIII. Notas y Cuadros Anexos a los Estados Contables. 92

IX. Estado de Origen y Aplicación de Fondos. 93

X. Reservas. 94

X.a) Legales. 100

X.b) Estatutarias. 101

X.c) Facultativas. 102

XI. El Problema de las Valuaciones de los Diferentes Rubros en los Estados Contables

XI.a) Diferentes Posturas Doctrinarias 105

XI.b) Elementos y Pautas de Valuación para cada Rubro. 112

XI.b).1. Bienes de Cambio. 112

XI.b).2. Acciones y Títulos de Rentas. 118

XI.b).3. Moneda Extranjera. 118

XI.b).4. Los Activos Biológicos. 119

XI.b).5. La Actividad Minera. 119

XI.b).6. Las Inmovilizaciones. 120

XI.b).7. Bienes Inmateriales. 121

XI.b).8. Créditos y Débitos. 124

XI.c) Esquema Normativo Vigente a Enero 2016 en Argentina. 124

 1. Entes que Cotizan en Bolsa;

 2. Pymes;

 3. Restantes Entes. 124

XII. Concepto Contable de Resultado de un Período. 125

XIII. Nuestra Contabilidad Sigue el Criterio de lo Devengado. . . 126

XIV. Amortización. 128

XV. Previsiones. Provisiones. 131

XVI. Aprobación del Balance. Sus Efectos. 132

Conclusión del Capítulo II. 136

CAPÍTULO 3

LA DISTRIBUCIÓN DE UTILIDADES

I. Introducción. 141

II. Financiamiento de La Empresa. 145

III. Derecho Abstracto a las Utilidades, Derecho al Reparto Periódico de Utilidades y Derecho al Dividendo Aprobado. 147

 III.a) Derecho Abstracto a las Utilidades. 149

 III.a) 1. Causa del contrato social. 149

 III.a) 2. Lucro como parte integrante de la causa. 153

 III.b) Derecho al Reparto Periódico de Utilidades. 159

 III.c) Derecho al Dividendo Aprobado. 166

IV. Ganancias -Beneficio. 167

V. Naturaleza de las Ganancias Líquidas y Realizadas. 170

VI. Pautas de la Distribución de Utilidades. 172

VII. Desentrañar el Significado de “Ganancia Líquida y Realizada”. 173

VIII. Ganancia Líquida y Realizada. 173

IX. Cuándo una Ganancia es Líquida. 178

X. Cuándo una Ganancia es Realizada. 183

XI. Concepto Contable de Resultado de un Período. 191

XII. Nuestra Contabilidad sigue el Criterio de lo Devengado. . . 192

XIII. Reservas Ocultas. 195

XIV. Reservas Contables. 198

XV. Dividendos Encubiertos. 199

XVI. Derecho al Dividendo -Derecho Comparado. 202

XVII. Conflictos de Intereses. 221

XVIII. Posibilidades de Acción con las Ganancias Líquidas y Realizadas. 226

 XVIII.a) Compensar con pérdidas de ejercicios anteriores (art. 71, L.G.S.). 227

 XVIII.b) Retribuir a los directores (art. 261, L.G.S). 228

 XVIII.c) Constituir reservas (legales, estatutarias, facultativas) (art.70, L.G.S). 229

 XVIII.d) Capitalizar las utilidades. 230

 XVIII.e) Entregar dividendos en acciones. 231

 XVIII.f) Pagar dividendos en especie. 232

 XVIII.g) Dejar las ganancias líquidas y realizadas como resultados no asignados. 233

 XVIII.h) Abstenerse de tratar la distribución como punto del orden del día de la asamblea ordinaria. 239

XVIII..i) Entregar dividendos en dinero efectivo. 240
Conclusión del Capítulo III. 241

CAPÍTULO 4

CONCLUSIÓN GENERAL DEL TRABAJO

Introducción. 245

I. ¿Deben resultar de operaciones con terceros o de meras revaluaciones o incrementos contables u operaciones internas? 246

II. ¿Deben resultar de verdaderos ingresos de dinero o basta su devengamiento? 251

III. ¿La sociedad debe tener liquidez, es decir flujo de caja, o se debe endeudar para distribuir utilidades?. 252

IV. ¿Se debe tener en consideración la situación financiera de la sociedad? 254

V. ¿Se debe prestar atención al análisis de la posible infracapitalización–infrapatrimonialización? 255

VI. ¿Se puede tener en consideración los proyectos de inversión para limitar la distribución de dividendos? 256

VII. ¿Se pueden distribuir utilidades sobre ganancia extraordinarias? 258

VIII. ¿Se puede considerar determinante la decisión de la mayoría de los socios o accionistas? 258

PROPUESTA DE MODIFICACIÓN DE LA NORMATIVA DE LEGE FERENDA. 261

BIBLIOGRAFÍA. 263

CAPÍTULO 1

EL CAPITAL Y EL PATRIMONIO SOCIAL. FORMACIÓN INTANGIBILIDAD. INFRACAPITALIZACIÓN

I. INTRODUCCIÓN:

En el discurso jurídico, es común que algunos términos se utilicen de manera indistinta como si fueran una misma cosa, aun cuando existan entre ellos diferencias sustanciales. Esto suele suceder en legislaciones de diversos países con relación a vocablos como patrimonio, haber, patrimonio neto contable, patrimonio social, neto patrimonial, capital, etc. Las diferentes interpretaciones que se realizan sobre estos sustanciales temas, varían según sean realizadas por profesionales de las ciencias contables o de las ciencias jurídicas.

A los efectos de desentrañar dichos conceptos encontramos que el **capital** es uno de los requisitos esenciales del contrato social para la existencia del ente; no hay sociedad sin él como surge del art. 11 de la L.S.G. Entonces, el capital social es importante, especialmente respecto a los tipos de sociedades que limitan la responsabilidad de los socios.

En base a una concepción tradicional, se podría decir que el capital social está integrado por el conjunto de aportes que los socios realizaron a la sociedad, ya sea en su constitución o con posterioridad mediante sucesivos incrementos instrumentados como aumento de capital social¹.

¹ PÉREZ DE LA CRUZ BLANCO, Antonio, La reducción del capital en las S.A. y en las S.R.L. pág. 29, Publicación por Real Colegio de España en Bolonia, 1973. SUSSINI, Miguel; Los dividendos de las sociedades anónimas, pág. 65, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1951. ZALDIVAR, Enrique, Cuadernos de Derecho Societario, t. I, pág. 204, Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1978. GARRIGUES, Joaquín; Curso de Derecho Mercantil, t. I, pág. 232, Madrid, 1936. VÍTOLO, Daniel Roque, Aportes

Zaldívar indica que los aportes pueden ser en numerario o en especie. Excluye por tanto las obligaciones de hacer que considera no pueden ser integrativas del capital. Para Zaldívar, entre otros, los aportes de los socios al integrar el capital social se incluyen en el pasivo, lo cual veda su distribución, con la excepción que se modifique el contrato social². Por el contrario Cabanellas de las Cuevas considera que esta aseveración es incorrecta existiendo una confusión entre los asientos contables y la realidad económica de la sociedad, que utilizará los aportes de los socios como capital de giro, manteniéndose estático³.

Realizando otra distinta formulación, se podría aseverar entre ellos Zaldívar, Susinni, Grispo, Talliercio, Cabanellas De Las Cuevas, Reyes Villamizar, que el capital es un concepto exclusivamente jurídico, un valor abstracto y formal, una cifra permanente de la contabilidad indicadora de la cifra de patrimonio efectivo mínimo que debe existir en una sociedad⁴.

suplementarios y prestaciones accesorias en las sociedades comerciales LA LEY 2010/09/22, Buenos Aires. CRACONA, Dante, La relación capital-objeto social en la dinámica societaria Sup. Esp. Sociedades ante la I.G.J. Buenos Aires, 2005 (abril), 127. SIRENA, José Luis, Aportes Irrevocables y otros rubros del patrimonio neto, pág. 9, Errepar, segunda edición, Buenos Aires, 2007. HALPERIN, Isaac "Sociedades Anónimas", pág. 195, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1975. NISSEN, Ricardo A. Ley de Sociedades. Comerciales, t. I pág. 702, Ed. Astrea, Buenos Aires, 2010. SUSSINI, Miguel; Los dividendos de las sociedades anónimas, pág. 65, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1951. FAVIER DUBOIS, Eduardo M. (h), Derecho Societario Registral, pág. 263-264, Ed. Ad Hoc, Buenos Aires, 1994. LAPIQUE, Luis, El capital de las sociedades comerciales, segunda edición, pág 10, Ed. Fundación Cultura Universitaria, Montevideo, 2006.

² ZALDIVAR, Enrique, Cuadernos de derecho Societario, t. I, pág. 206, Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1978. VERÓN, Alberto Víctor, Los Balances Tratado sobre los Estados Contables, t. I pág. 387, Ed Errepar, 1997, Buenos Aires. HALPERIN, Isaac "Sociedades Anónimas" pág.195, Edit. Depalma, Buenos Aires,1975.

³ CABANELLAS DE LAS CUEVAS, Guillermo, El contrato de sociedad, t II, pág. 637, Ed. Heliasta S.R.L. Buenos Aires, 1994.

⁴ Ver ZALDIVAR, Enrique, Cuadernos de Derecho Societario, t. I, pág. 207, Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1978. El capital, -considera Zaldívar- es una entidad abstracta y formal, cifra permanente de contabilidad. SUSSINI, Miguel; Los dividendos de las sociedades anónimas, pág. 66. Ed. Depalma, Buenos Aires, 1951. GRISPO, Jorge, D., La Ley, Buenos Aires, 2007-2006-E, 836. TALLIERCIO Christian, La Teoría del patrimonio ante el derecho concursal, Tratado de Derecho Comercial, t. IX, pág. 6, La Ley. Buenos Aires 2010. Talliercio lo conceptualiza como

Esta concepción resalta el carácter jurídico del capital social. Bajo esta óptica, es un monto que representa en cada caso una pauta legal que se utiliza como base en relación a diversos efectos jurídicos y económicos, entre ellos, la concesión de beneficios como la limitación de la responsabilidad. Respecto al activo social se clasifica como el conjunto de bienes, créditos y derechos de los cuales una sociedad es titular. Ante ello se debe diferenciar el capital con el patrimonio social”⁵.

Desde un enfoque clásico, se puede postular que el patrimonio está formado por el conjunto de bienes que una sociedad tiene en un momento determinado. En el art. 2312 del Código Civil de Vélez Sarsfield, aparecía como el conjunto de bienes de una persona que resultaba totalmente disponible en cualquier momento por los administradores⁶. El patrimonio social varía constantemente. Por ello, resulta necesario para su conocimiento la confección de un inventario de los bienes a valores reales, descontados los pasivos. Creemos que para determinar el patrimonio de

una universalidad, una abstracción. Dice este autor que no pierde su entidad por el aumento o disminución de sus componentes. Sigue existiendo con independencia de la variación de los derechos en su integración y aunque ningún derecho lo integrase. CABANELLAS DE LAS CUEVAS, Guillermo, El contrato de sociedad, t. II, pág. 640, Ed. Heliasta S.R.L., Buenos Aires, 1994. Cabanellas de las Cuevas. Dice que “...el concepto de capital es utilizado desde un valor contable como el conjunto de aportaciones de los socios...”. REYES VILLAMIZAR, Francisco, Derecho Societario, t. I, pág. 262, Ed. Temis S.A., 2004, Bogotá, Colombia.

⁵ SUSSINI, Miguel, Los dividendos de las sociedades anónimas, pág.68, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1951. Sussini, manifiesta que es necesario no confundir el capital con el patrimonio social.

⁶ Ver en el Art. quince del Código Civil y Comercial Unificado, se expresa que “Las personas son titulares de los derechos individuales sobre los bienes que integran su patrimonio conforme con lo que se establece en este Código”. GARO, Francisco J, Sociedades Comerciales t. I, vol. I, pág. 338, La Facultad SRL Librería Editorial Buenos Aires, 1949. Dice Garo, citando a Vivante que “...el patrimonio de una sociedad es el complejo de todas las relaciones jurídicas de la cual es titular, relaciones de propiedad, de goce, de garantía, sobre cosas corporales e incorpóreas, el patrimonio es esencialmente mudable...”. Tiene las particularidades jurídicas que caracterizan a una universalidad de derecho. REYES VILLAMIZAR, Francisco, Derecho Societario, t. I, pág. 265. Ed. Temis S.A. 2004, Bogotá, Colombia. ZALDIVAR, Enrique, Cuadernos de Derecho Societario, t. I, pág. 205, Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1978. HALPERIN, Isaac, “Sociedades Anónimas”, pág. 195, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1975.

una sociedad debemos inexorablemente sumar todos los bienes que la sociedad posee, en un momento dado, a valores de mercado- con independencia de sus valuaciones contables-descontando los pasivos, también valuados de la misma manera, y solamente de esa forma podremos conocer cuál es el verdadero patrimonio de la sociedad. Patrimonio, que se diferenciará seguramente del valor de la sociedad como empresa en marcha, el cual podrá ser mayor o menor de acuerdo a un conjunto de circunstancias a tener en consideración como pasivos contingentes –posibles futuras indemnizaciones- o posibilidad de generar utilidades.

Por ello consideramos que el patrimonio social representa la expresión de una realidad tangible que se presenta como un fondo efectivo de bienes y de derechos, descontadas las deudas, variable en su composición y cuantía.

La cuenta capital al formarse con el conjunto de aportes de los socios, queda conformada por los montos originales que los socios hubieran aportado al momento de la constitución de la sociedad o con el transcurso del tiempo. No se modifica ni se actualiza por los cambios de moneda, períodos inflacionarios, aumentos de valuación de los bienes, posicionamientos en el mercado, incremento o creación de bienes intangibles, o cualquier otra variación patrimonial.

Para que exista capital social es suficiente la existencia del compromiso de aporte de los socios **-suscripción-**. Para la incorporación al patrimonio de la sociedad, no es necesario que el dinero o bienes hayan salido del patrimonio del socio. En el mismo sentido se refiere la legislación Colombiana⁷.

El capital social es una cifra estática e inamovible; mientras que el patrimonio varía constantemente. En el momento de la constitución de la sociedad, tanto capital social como patrimonio social coinciden (con la excepción del aporte en especie subvaluado, emisiones bajo la par o sub la par, prestaciones accesorias, y obligaciones de hacer en los tipos

⁷ REYES VILLAMIZAR, Francisco, Derecho Societario, t. I, pág. 230, Ed. Temis S.A., 2004, Bogotá, Colombia.

permitidos. En el mismo sentido se refiere la legislación Colombiana⁸. De esta forma para Cabanellas de las Cuevas no es exacto que el capital social coincida con el patrimonio social al momento de su constitución⁹.

El contrato social refleja con precisión cuál es el monto del capital de la sociedad; por el contrario para conocer cuál es su patrimonio, es necesario realizar un conjunto de operaciones y de previsiones. Se debe sumar el valor actualizado de todos los bienes y restar todas las deudas que poseyera la sociedad en un momento dado.

La ley 19.550 abandonó la noción de capital autorizado y de capital emitido. Entonces, sin compromiso de aportes no existe capital social. Por eso, Enrique Butty -y más recientemente otros distinguidos magistrados- han sostenido en sus votos que los síndicos concursales pueden en cualquier momento -y como acción imprescriptible- reclamar a los socios la integración del capital suscrito y no integrado¹⁰.

⁸ REYES VILLAMIZAR, Francisco, Derecho Societario, t. I, pág. 264, Ed. Temis S.A. 2004, Bogotá, Colombia.

⁹ CABANELLAS DE LAS CUEVAS, Guillermo, El contrato de sociedad, t. II, pág. 636, Ed. Heliasta S.R.L., Buenos Aires, 1994.

¹⁰ Epicureo SA s/ quiebra. – Incom., sala B – 1995/09/13 (ED, 20.3F° 47025; JA 26.4.96, LA LEY 1996-B-320, F° 94197). "Coma's S.A. s/ quiebra s/ incidente de determinación de aportes", CNCom., Sala B 2010/04/19. Eime S.R.L. • CNCom, sala B. 2008/07/ 23, La Ley On line; Buenos Aires, AR/JUR/7567/2008. Resulta improcedente que los socios de una sociedad anónima opongan la excepción de prescripción a la acción judicial deducida por el síndico concursal, en virtud de la cual les reclama la integración de los aportes societarios. La prescripción como consecuencia legal de la inacción del acreedor, opera en el plano de las relaciones entre la sociedad y los socios remisos; pero resulta inoponible a los terceros. Por su parte, de admitirse la excepción se consagraría la inequitativa paradoja de que quienes crearon al sujeto de derecho cuya inactividad habría determinado la extinción de la acción en las relaciones internas entre ellos, se beneficiarían con su ausencia de responsabilidad, a la hora de la insuficiencia de la garantía específica que prometieron frente a los terceros al optar por munirse de las prerrogativas que les proveyese la técnica societaria, desvirtuando indebida e intolerablemente las razones que fundan el instituto de la limitación de la responsabilidad por las deudas sociales.

El maestro Otaegui en un minucioso trabajo sobre el tema, clasifica al capital en capital patrimonial, contable, legal y estatutario¹¹.

¹¹ Ver OTAEGUI, Julio C. "El capital. LA LEY 20/07/2006, 1. Buenos Aires, 2007 LA LEY 2006-D, 1202. Derecho Comercial Sociedades Doctrinas Esenciales t. II, pág. 461, El maestro Otaegui en un minucioso trabajo sobre el tema, clasifica al capital en capital patrimonial, contable, legal y estatutario. Diferenciando de esta forma "...a) El "capital patrimonial" que considera es imprescindible para formar el fondo común. El concepto de "capital patrimonial" dice que resulta del ex Cód. Civil, art. 1649, que llama "capital social" a la totalidad de las prestaciones de los socios consistentes en obligaciones de dar. También resultaba del art. 406, del ex Código de Comercio, que cuando todo o parte del capital que un socio debía aportar consistiera en efectos, se debía efectuar su tasación. Manifiesta Otaegui, que la norma del ex Cód. Civil, art. 1649, era aplicable a la sociedad comercial en base a la regla I del Código de Comercio derogado que disponía que en todo lo no regulado en el mismo regía el Cód. Civil. Recordaba que también el art. 207, del Código de Comercio derogado, prescribía que el derecho civil en cuanto no estuviera modificado por el Código de Comercio, era aplicable a las materias y negocios comerciales...". Según el Dr Otaegui "...este concepto de capital se refiere al patrimonio en el sentido del ex Cód. Civil, art. 2312. El Art. 167 del Código Civil Unificado se refiere a esta categoría de capital patrimonial. B) El "capital contable", se podría decir que es necesario para conocer la situación y los resultados de la sociedad tanto en interés de los accionistas como de la plaza. En el concepto contable de capital, el conjunto de los bienes de la sociedad que es su patrimonio se expone en el "activo" mientras que en el "pasivo" se consigna al pasivo con terceros y al patrimonio neto o el pasivo con los accionistas donde se ubica el "capital contable". Este concepto de "capital contable" discuerda además con el ex Cód. Civil, art. 1714, que dispone que sobre los bienes de la sociedad (o sea el "capital patrimonial") cobrarán preferentemente los acreedores de la sociedad siendo evidente que la preferencia se hará sobre los bienes de la sociedad integrantes de su "capital patrimonial" y no sobre las cifras de su "capital contable"...". Manifiesta este autor que el capital contable se generó como consecuencia del tráfico comercial. Asimila de esta forma al capital contable como el conjunto de dinero y/o bienes que los socios han dejado en la sociedad en su carácter de tales y por ende se contabilizan como cuentas del patrimonio neto. Amplia con este concepto la noción de capital social a todas las cuentas del patrimonio neto, en alguna medida las normas NIF de contabilidad intencional siguen la misma temática. c) El "capital legal" es inevitable si se estima conveniente reservar el tipo de sociedad anónima para sociedades de cierta envergadura. El concepto de "capital legal" se remonta al tiempo del origen histórico de la anónima. El Código de Comercio francés de 1807 hizo una innovación genial consistente en introducir junto a las sociedades comerciales clásicas que implicaban la negociación en nombre de sus socios que quedaban obligados, una sociedad personificada que no negociaba en nombre de socio alguno y que por ello fue denominada sociedad anónima. Esta solución se recogió en nuestro derecho (Cód. de Comercio 1862, art. 455 y Cód. de Comercio 1890, art. 302). d) El capital estatutario es el que asignan a la sociedad sus accionistas sea igual o superior al "capital legal".

Cracogna, sigue la misma línea diferenciando entre una noción económica, contable y jurídica del capital resaltando que desde el ángulo contable es una cuenta alojada en el patrimonio neto, representa el aporte de los socios, si bien pueden darse casos en los que el volumen de otras cuentas (reservas, utilidades no distribuidas, aportes irrevocables, etc.) supere al del capital propiamente dicho y desde el punto de vista jurídico representa el aporte de los socios”¹².

Para otros autores esta distinción forma parte de las funciones del capital social, las cuales se pueden categorizar en tres importantes: servir como fondo patrimonial empleado para la obtención de un beneficio- *sin el cual la sociedad no podría desarrollar el objeto social- función de garantía-* el capital es la prenda común de los acreedores- y de determinación de la posición del socio -sirve para determinar la

El "capital estatutario" reviste diversas variantes y así puede ser predeterminado por la asamblea como lo es en nuestro derecho correspondiendo según el caso la asamblea ordinaria o extraordinaria. También puede ser como en otros derechos que el capital no está predeterminado por la asamblea sino por el directorio y esto es lo que da lugar a las acciones sin valor nominal, este último se divide en: 1) El "capital estatutario-garantía" es razonable por corresponder a la histórica regla de la preferencia de los acreedores sobre los socios. 2) El "capital estatutario-cuantía" es insoslayable para fijar la parte del accionista en el fondo común y por ende en la gestión y los resultados. Otra es la función de cuantía o coparticipación que fija la parte de cada socio en el fondo común, parte de la que derivan sus derechos políticos y económicos (LSC, arts. 13, 194, 207, 216, 217) y que da lugar a la representación del capital en acciones (LSC, art. 163) de igual valor aunque con la posibilidad de diversas clases con derechos diferentes (LSC, art. 207) sea con voto privilegiado (LSC, art. 216) o con preferencia patrimonial (LSC, art. 217). Es imprescindible la existencia del "capital estatutario-cuantía" pues del mismo resulta como antes se remarcó, la cantidad de acciones en que se divide el capital siendo la cantidad de acciones de cada accionista la que indica su participación en el fondo común y por ende sus derechos políticos o instrumentales a participar en la gestión y sus derechos económicos o sustanciales a participar en los resultados de la gestión. 3) El "capital estatutario-valía" es útil para la protección del crédito honesto y el castigo del crédito torpe...”

¹² CRACOGNA, Dante, La relación capital-objeto social en la dinámica societaria Sup. Esp. Sociedades ante la I.G.J. 2005 (abril), 127. Derecho Comercial Sociedades Doctrinas Esenciales t. II, pág. 445, Buenos Aires. Dice que el capital contable “...es la noción de capital que surge del balance de cualquier empresa y se expresa mediante una cuenta alojada entre las que integran el patrimonio neto, es decir la diferencia entre el activo y el pasivo...”

participación de cada socio en la sociedad y en la distribución de utilidades-. Desarrollaremos estos conceptos en extenso en el punto II de este trabajo.

En este estado del análisis es necesario diferenciar con claridad los conceptos de suscripción e integración de capital. El primero representa todos los compromisos de aporte de los socios con independencia de su integración; el segundo está representado por la porción de capital suscrito que los socios hubieran desembolsado y que por tanto se encontrarían en poder de la sociedad. Al momento de la constitución de las sociedades es esencial la existencia del compromiso de suscripción de la totalidad del capital social ya que a partir de dicho momento la sociedad poseerá un deudor, el socio celebrante del compromiso de suscripción. El patrimonio por ende es un elemento útil para medir la solvencia de la compañía; no así el capital social.

Pueden establecerse capitales mínimos elevados o capitales mínimos irrisorios, Araya entre otros autores considera que este podría ser un elemento a tener en consideración para quienes afirman que el capital necesario es aquel que la sociedad precisa para cumplir su objeto social. De esta forma consideran Araya, Dasso y las Directivas de la Comunidad Económica Europea que un capital mínimo alto para las sociedades anónimas, nos llevaría a que la gran empresa se constituya bajo la forma de sociedad anónima y la pequeña o mediana empresa, bajo el tipo de la sociedad de responsabilidad limitada¹³.

La RT 26 de 2009 aplica las normas NIIF para las sociedades que cotizan en bolsa ha establecido para ellas que el **patrimonio neto se forma de dos grandes capítulos: Capital y Resultados**. Consigna para dichas sociedades **que el Capital está formado por** a) los aportes comprometidos o efectuados por los accionistas, estén o no representados por acciones. Estos comprenden 1) las acciones en circulación, 2) valor

¹³ ARAYA Miguel, “Repensar la noción de capital social”, VI Congreso Argentino de Derecho Societario, t. II, pág. 284, Ed. Ad Hoc, Buenos Aires, 1995. DASSO, Ariel Y DASSO, Ariel Gustavo, El capital mínimo en la sociedad anónima. V Congreso de Derecho Societario. t. III, pág. 16, Ed. Advocatus, Córdoba, 1992.

nominal de las acciones propias en cartera y costo de acciones propias en cartera, 3) aportes irrevocables a cuenta de futuras emisiones de acciones, 4) primas de emisión y negociación de acciones, 5) contribuciones de capital originadas en propietarios con la sociedad. Con criterio similar Bello Knoll, Nissen, Rodríguez Peluffo, Martorell se habían manifestado ¹⁴:

Fernández del Pozo realiza una diferencia indicando que desde la óptica financiera reservas y capital son estudiados de un modo global como fondos/recursos propios, y desde la perspectiva jurídica son diferentes, el capital social y las reservas y éstas entre sí no son

¹⁴ Ver BELLO KNOLL, Susy Inés, Hacia un concepto nuevo de capital social, VII Congreso Argentino de Derecho Societario, Buenos Aires, t. III, pág. 283, 1998, considerando que debía integrarse la noción de capital social con "...los aportes de los socios, el ajuste de capital social, los aportes irrevocables, las prestaciones no retribuíbles y cualquier otra contribución de los socios o no socios cualquiera sea su forma jurídica, si tienden al mantenimiento de una inversión permanente en la sociedad...". RODRÍGUEZ, PELUFFO, Damián LA LEY 16/04/2010, 1. Buenos Aires, LA LEY 2010-B, 1254. Normas Contables Internacionales. Conforme las normas internacionales "...El término "capital" a los efectos del art. 31, LS incluye: Acciones en circulación (valor nominal de acciones ordinarias y preferidas, aun cuando estas últimas tengan el tratamiento contable de pasivo) Valor nominal de "acciones propias en cartera" (cuenta acreedora) y de "costo de acciones propias en cartera" (cuenta deudora). Otras partidas convertibles en acciones: aportes irrevocables, primas de emisión y primas de negociación de acciones propias...". NISSEN, Ricardo A, "La contabilidad creativa", Algunas reflexiones sobre la cuenta de resultados no asignados del patrimonio neto y otras partidas de los estados contables, LA LEY 2002-D, 180, Derecho Comercial Sociedades Doctrinas Esenciales t. II, pág. 535, Nissen manifiesta que dentro de la estructura del patrimonio neto de los estados contables, "...la cuenta capital difiere del concepto de capital social a que se refiere la ley 19.550, suma que, ocioso es repetirlo, constituye una cantidad fija, constituida originalmente por el valor de los aportes efectuados por los socios y sólo variable por los procedimientos legales de aumento o reducción previstos por la referida ley. Por el contrario, y en la estructura del patrimonio neto de los estados contables, el capital social, entendido conforme lo dispuesto por el art. 11 inc. 4º de la ley 19.550, constituye sólo un rubro de la cuenta capital, que se integra además con otras partidas, denominadas comúnmente como "ajuste de capital" "aportes no capitalizados" o "aportes irrevocables" y "revalúos legales", las cuales se encuentran muchas veces englobados bajo una cuenta más amplia denominada "aporte de los socios...". MARTORELL, Ernesto, Tratado de Derecho Comercial, t. VI, pág. 485, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2011.

fungibles¹⁵. Como se podrá apreciar existe una tendencia a considerar capital a todos los fondos de los socios que se encuentran en la sociedad, situación que manifiesta Otaegui al hablar del capital contable. Podría pensarse que estos autores amplían este concepto a todas las cuentas de capital que consideran las normas NIIF mas aquellas de resultados que los socios han dejado en la sociedad de alguna manera indisponibles, con las modificaciones introducidas por la resolución 7/2015 en concordancia con la aplicación de las normas NIIF Internacional para las sociedades que cotizan en Bolsa¹⁶.

Vítolo ha manifestado que la debida adecuación del capital social a la actividad societaria es un supuesto de hecho que debe convergerse a su unificación¹⁷.

Nosotros consideramos que debe interpretarse que el concepto de capital social se encuentra conformado por el compromiso de aporte de los socios, incluyendo dentro de estos aquellos montos que los socios dejaron en la sociedad con la intención de que integren el capital social en un futuro -aportes irrevocables, primas de emisión-. Por el contrario, pensamos que, otros rubros del patrimonio neto conformados por utilidades que los socios no retiraron, pero que pueden decidir su distribución en un futuro, no integran -en nuestra normativa actual- el concepto de capital social. Un tema más controvertido se encuentra con las reservas facultativas -constituidas conforme el Art. 70 de la ley de sociedades- éstas, podríamos llegar a manifestar que integran el capital

¹⁵ FERNANDEZ DEL POZO, Luis, Las reservas atípicas, las reservas del capital y de técnica contable en las sociedades mercantiles, pág. 11, Ed. Marcial Pons, Barcelona, 1999, "...en la literatura financiera, reservas y capital son estudiados de un modo global como partes indiferenciadas del agregado fondos/recursos propios... Ahora bien desde la perspectiva jurídica el capital y las reservas expresan vínculos jurídicos diferentes, el capital social y las reservas y éstas entre sí no son fungibles...".

¹⁶ Ver desarrollo en extenso en el capítulo III, Punto XVIII, g.

¹⁷ VÍTOLO, Daniel Roque, El fenómeno de la infracapitalización societaria, t. III, pág. 332, IX Congreso Argentino de Derecho Societario y V Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa. Imprenta Lux SA San Miguel de Tucumán 2004. Para este autor "...Debe convergerse hacia una identidad entre el concepto jurídico de capital social y el concepto contable de la cuenta capital...".

social porque existe un mayor compromiso por parte de los socios de que dichos montos permanezcan en el seno de la sociedad, pero a pesar de ello, consideramos, que este rubro no integra el concepto de capital social atento que los socios pueden decidir su desafectación y distribución. Coincidimos de esta forma con el criterio amplio que establecen las normas NIIF para las sociedades que cotizan en Bolsa con las siguientes salvedades, creemos que el capital social está conformado por: a) los aportes comprometidos o efectuados por los accionistas, estén o no representados por acciones. Estos comprenden 1) las acciones en circulación, 2) aportes irrevocables a cuenta de futuras emisiones de acciones, con las salvedades efectuadas. 3) primas de emisión 4) negociación de acciones, 5) Fondos de reservas legales indisponibles para los socios y pensamos que de este sería un criterio más realista que el establecido por nuestra norma.

Sin perjuicio de ellos creemos que en nuestro derecho cuando el legislador se refiere al termino capital social lo circunscribe a la noción jurídica integrada por el conjunto de aportes de los socios, por el capital suscrito conforme surge del art 186 de la ley general de sociedades, por lo que nosotros tomaremos este criterio, cuando nos referimos a la noción de capital social en este trabajo, salvo que especialmente aclaremos dicha circunstancia.

Estamos convencidos que el concepto de capital social, debería ampliarse como lo manifiesta el maestro Otaegui al capital contable y estar integrado por el conjunto de bienes que una sociedad posee en un momento determinado, es decir que deberían unificarse los conceptos de capital social y patrimonio social, tal como lo indico Vítolo. De esta forma se evitarían, muchas de las irregularidades y abusos que se producen de manera cotidiana en el giro societario.

II. FUNCIONES DEL CAPITAL SOCIAL

Cuando hablamos de las funciones del capital social, nos encontramos con la primer contradicción entre el concepto de capital social como la suma de aportes de los socios y la utilización amplia que la doctrina, y la propia ley en algunos institutos pretende asignarle.

De esta forma encontramos que la primera función que cumple el capital es servir como fondo patrimonial empleado para la obtención de un beneficio. La segunda es ser garantía frente a los terceros “es la prenda común de los acreedores”. La tercera es la determinación de la posición del socio. Posición que es sostenida por autores extranjeros como Luis Fernández del Pozo y Susinni en nuestro derecho¹⁸. De esta forma podemos aseverar que la:

a) Función de fondo patrimonial empleado para la obtención de un beneficio: Se trata para estos autores de la primera función de contenido netamente económico que cumple el capital social. Coincide con la noción del instituto en su aspecto de fondo patrimonial empleado en el giro empresario con el objeto de obtener beneficios¹⁹. Advertimos que esta

¹⁸ FERNÁNDEZ DEL POZO, Luis, Las reservas atípicas, las reservas del capital y de técnica contable en las sociedades mercantiles, pág. 59, Ed. Marcial Pons, Barcelona, 1999. SUSSINI, Miguel, Los dividendos de las sociedades anónimas, pág. 70, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1951. Para Sussini el capital cumple una triple función: “...la de protección de los acreedores actuales y futuros contra posibles maniobras de los accionistas; la protección de los accionistas antiguos contra los más recientes, la tutela de los accionistas futuros salvaguardándolos del afán de especulación de los actuales que podrían verse tentados a utilizar la distribución de dividendos tomados del capital como medio para provocar un alza artificial y engañosa de la cotización de las acciones, y a obtener beneficios considerables con su reventa; la protección de todos los accionistas contra la mala administración y la distracción de sus inversiones...”.

¹⁹ VERLY, Hernán, “Apuntes para una revisión del concepto de capital social (con especial referencia a la sociedad anónima)”, LA LEY, 1997-A, pág. 756, Buenos Aires. VÍTOLO, Daniel Roque, Aportes suplementarios y prestaciones accesorias en las sociedades comerciales, LA LEY 2010/09/22, Buenos Aires, 2010-E, pág.1007. SIRENA, José Luis, Aportes Irrevocables y otros rubros del patrimonio neto, pág. 10, Errepar, segunda edición, Buenos Aires, 2007. CRACOGNA, Dante, La relación

función cuando la sociedad recién se constituye se cumple con el capital social pero con el transcurso de los años al alejarse la cifra del capital social del patrimonio social, es este último el que cumple esta función.

b) *Función de garantía*: Esta función se cumple por medio de la obligación legal de mantener el valor del activo de la sociedad sobre el valor del pasivo, en una cuantía por lo menos igual a la cifra del capital. Nissen y Sylveria entre otros han dicho ya hace muchos años que el capital social constituye la contrapartida de la limitación de la responsabilidad, siendo esta la función más importante que los redactores de la ley 19.550 le atribuyeron al capital social²⁰.

Para otros autores entre ellos Verly, Spota citado por Cabanellas De Las Cuevas, D'alejandro, Aguirre, Prono, Lapique, el capital cumple una función de garantía indirecta que se traduce en una cifra de retención, que impide el reparto de dividendos sin que los elementos del activo cubran las deudas y la cifra del capital; encontrándose constituida la garantía común de los acreedores con los bienes del activo y por ende su permanencia²¹.

capital-objeto social en la dinámica societaria ante la I.G.J Sup. Especial Sociedades. 2005 (abril), 18/04/2005, pág. 127 - Derecho Comercial Sociedades Doctrinas Esenciales, t. II, 14/04/2005, pág. 445, Buenos Aires.

²⁰ Ver NISSEN, Ricardo A, Control Externo de Sociedades Comerciales, pág. 175, Ed. Astrea, Buenos Aires, 2008. SILVEYRA, Miguel María, Factibilidad de Incluir las acciones sin valor nominal en nuestro sistema legal a la luz del replanteo de la noción de capital social. VII Congreso Argentino de Derecho Societario t. III. pág. 229, Buenos Aires, 1998. FAVIER DUBOIS, Eduardo M. (h), Derecho Societario Registral, pág. 263, Ed. Ad Hoc, Buenos Aires, 1994.

²¹ Ver VERLY, Hernán, "Apuntes para una revisión del concepto de capital social (con especial referencia a la sociedad anónima)", Buenos Aires, LA LEY, 1997-A, pág.756. Cumple una función de garantía indirecta que se traduce en una "... cifra de retención, una dimensión contable que impide el reparto de dividendos sin que los elementos del activo cubran las deudas y la cifra del capital...", la función de garantía modernamente es procurada por el estado patrimonial y no por el capital social, "...La función de capital social como garantía sólo podría considerarse como pauta de contención interna vale decir, como límite establecido a la distribución de utilidades inexistentes...". CABANELLAS DE LAS CUEVAS, Guillermo, El contrato de sociedad, t. II, pág. 633, Ed. Heliasta S.R.L., Buenos Aires, 1994. Spota citado por Cabanellas de las Cuevas manifiesta que "...lo que constituye la garantía común de los acreedores es el conjunto de los derechos patrimoniales de la persona, que en el balance societario se agrupan en la cuentas del activo. Ese conjunto debe así responder

Nosotros compartimos esta última postura doctrinaria, toda vez que conforme nuestra ley el capital está conformado por los aportes que los socios hicieron a la sociedad, revistiendo el patrimonio social la verdadera garantía de los acreedores.

c) *Función de determinación de la posición del socio*: En la esfera de relaciones intersocietarias, el capital social cumple una función básica como determinante de la posición del socio. En consecuencia se afirma que a través de él se mide matemáticamente la responsabilidad y participación del accionista en la sociedad anónima, Dasso, Bello Knoll, Pérez de la Cruz Blanco, Favier Dubois, Lapique²². Nosotros consideramos que se debe privilegiar la función del capital en cuanto establece la posición del socio, permitiendo evitar de esta manera maniobras defraudatorias en perjuicio de los antiguos socios o accionistas.

frente a un total de obligaciones actuales y eventuales que tiene en suma cierto valor reflejado en las cuentas del pasivo debido al tercero. El resto constituye el patrimonio neto...", y pág. 368, manifestando su opinión, D'ALESSANDRO, Fernando G., www.societario.com Referencia Nro. 12522. Revista Electrónica de Derecho Societario N° 37 - abril 2009. AGUIRRE, Hugo, Capital social, objeto social y tutela de los acreedores, t. II, pág. 231, X Congreso Argentino de Derecho Societario y VI Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa. PRONO, Manuel; PRONO, Patricio, Capital social, patrimonio y garantía de los acreedores, t. II, pág. 365, X Congreso Argentino de Derecho Societario y VI Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa, 2007. SILVEYRA, Miguel María, Factibilidad de Incluir las acciones sin valor nominal en nuestro sistema legal a la luz del replanteo de la noción de capital social, VII Congreso Argentino de Derecho Societario t. III. pág.229, Buenos Aires, 1998, Silveyra diferencia esta función indicando que desde el punto de vista dinámico garantiza el cumplimiento del objeto social y desde una perspectiva estática garantiza la permanencia de bienes en la sociedad que permitan a los acreedores cobrar sus acreencias. LAPIQUE, Luis, El capital de las sociedades comerciales, segunda edición, pág. 13, Ed. Fundación Cultura Universitaria, Montevideo, 2006.

²² DASSO, Ariel y DASSO, Ariel Gustavo, El capital mínimo en la sociedad anónima, V Congreso de Derecho Societario, t. III, pág.164, Ed. Advocatus, Córdoba. BELLO KNOLL, Susy Inés, Hacia un concepto nuevo de capital social, VII Congreso Argentino de Derecho Societario, Buenos Aires, t. III, pág. 283, 1998. PÉREZ DE LA CRUZ BLANCO, Antonio, La reducción del capital en las S.A. y en las S.R.L. pág. 45, Publicación por Real Colegio de España en Bolonia, 1973. FAVIER DUBOIS, Eduardo M. (h), Derecho Societario Registral, pág. 263, Ed. Ad Hoc, Buenos Aires, 1994. LAPIQUE, Luis, El capital de las sociedades comerciales, segunda edición, pág. 10, Ed. Fundación Cultura Universitaria, Montevideo, 2006.

III. PRINCIPIOS DEL CAPITAL

Los principios del capital social son:

Determinación: El capital se debe encontrar establecido de manera exacta y precisa en el estatuto social en moneda de curso legal. Esta determinación es exigida como dato de incorporación obligatoria del estatuto (art. 11, inc. 4º, art. 166, incs. 1º y 2º, L.S.) y ulterior publicación para conocimiento de terceros (art. 10, inc. 7º, L.S.).

Unidad: Implica que la sociedad debe tener un único capital aunque existan asignaciones a las agencias, establecimientos o sucursales. Principio, que no impide la existencia de prestaciones accesorias que no integran el capital²³.

Efectividad o correspondencia: El capital debe existir realmente y corresponderse con prestaciones efectivas de los socios. La necesidad de correspondencia entre la cifra de capital y los bienes efectivos que constituyen el patrimonio impone este principio. Para algunos, la función del capital como cifra de retención del patrimonio, exige que éste no baje la línea trazada por aquél. En el mismo sentido, los sucesivos aumentos deben responder a este principio, preservando esta idea de equivalencia entre capital y patrimonio.

Intangibilidad, fijeza o estabilidad: Este principio exige que este capital único, determinado y efectivo siga al menos en principio, inalterado y correspondiéndose con el patrimonio durante la vida de la sociedad. Salvo supuestos de aumentos o reducción de capital, este principio se mantiene con independencia del cambio de valor o la salida

²³ CABANELLAS DE LAS CUEVAS, Guillermo, El contrato de sociedad, t. II, pág. 643, Ed. Heliasta S.R.L., Buenos Aires, 1994. REYES VILLAMIZAR, Francisco, Derecho Societario, t. I, pág. 264, Ed. Temis S.A., 2004, Bogotá, Colombia. "...puesto que todos los bienes que lo integran representan una unidad en cabeza de la persona jurídica-sociedad... El principio de unidad del capital también se relaciona con el hecho de constituir la cifra de retención de la cual pueden servirse los acreedores para satisfacer los pasivos sociales".

de los bienes del patrimonio social. Según Cabanellas de las Cuevas se debe hablar de un principio de variabilidad condicionada²⁴. Tiende a proteger a los acreedores actuales o futuros, a los socios frente a administradores deficientes o frente a quienes pretenden utilidades ficticias²⁵.

Todos estos principios son los que tienden a proteger la realización del objeto social, la garantía de los acreedores y la participación del socio, principios que resultan insuficientes con las variaciones patrimoniales, máxime en economías altamente inflacionarias como las nuestras.

IV. LIMITACIÓN DE RESPONSABILIDAD – IMPORTANCIA DEL CAPITAL SOCIAL

Las sociedades anónimas nacen con las compañías de las Indias cuando una sola persona no poseía dinero suficiente para poder desarrollar la expedición y necesitaba entonces de otro conjunto de personas que aportaran dinero para llevar a cabo la aventura marítima.

Esa sociedad tenía un gran capital que utilizaba para desarrollar estas actividades riesgosas y que interesaban a la comunidad toda. Como contrapartida se establecía que los socios limitaban la responsabilidad al capital suscripto por cada uno de ellos.

Esta modalidad societaria que nació como una excepción comenzó a ser conocida a principios del siglo XIX. El primer antecedente es del año

²⁴ CABANELLAS DE LAS CUEVAS, Guillermo, El contrato de sociedad, t. II, pág. 644, Ed. Heliasta S.R.L., Buenos Aires, 1994. HALPERÍN, Isaac, Sociedades Anónimas, pág. 196, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1972.

²⁵ SUSSINI, Miguel, Los dividendos de las sociedades Anónimas, pág. 69, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1951. SUSSINI indica que el principio de inviolabilidad del capital social – de vital importancia- tiene su justificación "...como consecuencia de haberse limitado la responsabilidad de los accionistas a los bienes que han aportado o simplemente prometido...". REYES VILLAMIZAR, Francisco, Derecho Societario, t. I, pág. 264, Ed. Temis S.A., 2004, Bogotá, Colombia. "Esta característica se orienta también a preservar la prenda común de los acreedores representada en los bienes que componen el haber social...". HALPERIN, Isaac "Sociedades Anónimas" pág.196, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1975.

1300 cuando en la ciudad de Siena se dispuso que los socios responderían en forma mancomunada de acuerdo a su participación, hecho que produjo que se dejase de contratar con los comerciantes de la ciudad y de ahí su decadencia²⁶.

Esta limitación de responsabilidad para empresas pioneras con gran número de socios, se fue extendiendo a otras sociedades menores, principalmente a partir del modelo de la ley alemana de creación del tipo de la sociedad de responsabilidad limitada de 1892 (GmbHG), seguido por Portugal en 1901 y por Austria en 1906.²⁷ Se avanzó luego en la limitación de la responsabilidad "...fue la indisolubilidad de la responsabilidad entre el poder de dirección y riesgo y el derecho a obtener beneficios y la obligación de soportar las pérdidas..."²⁸.

En nuestro país la ley 11.645 de sociedades de responsabilidad limitada establecía exigencias de capitales mínimos. Por el contrario, la ley 19.550 las insta para las sociedades anónimas, permitiendo que los otros tipos societarios se constituyan con los montos de capital establecidos por las partes.

En la actualidad nos encontramos con sociedades con objetos extremadamente amplios, tales como construcción, servicios, agropecuarios, etc., con capitales de cien mil pesos. Esto ha generado la problemática de la infracapitalización, de la responsabilidad de los socios, de infrapatrimonialización, de la relación capital social-objeto social y de la competencia de los organismos de contralor al momento de inscripción.

Desde diferentes ópticas, en Europa se han tratado de establecer reglas que obliguen a los socios al aporte de un capital adecuado para cumplir el

²⁶ MANÓVIL, Rafael Mariano, Responsabilidad de los Socios por insuficiencia del Capital Propio. Cuaderno de Derecho Empresario Actual, pág. 601, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1996.

²⁷ MANÓVIL, Rafael Mariano Responsabilidad de los Socios por insuficiencia del Capital Propio. Cuaderno de Derecho Empresario Actual. pág. 603, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1996.

²⁸ MANÓVIL, Rafael Mariano, Responsabilidad de los Socios por insuficiencia del Capital Propio. Cuaderno de Derecho Empresario Actual. pág. 602, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1996.

objeto social evitando la infracapitalización.

Pensamos, como lo manifestaremos en el punto VIII de este capítulo que es loable la limitación de la responsabilidad en las sociedades anónimas, siendo esta una forma que permite expandir la economía y el crecimiento del país. Asimismo, consideramos que el patrimonio es la garantía de los acreedores y que esa limitación de la responsabilidad se debe utilizar respetando los fines que el legislador tuvo en cuenta al momento de establecerla evitando trasladar el riesgo empresario a los terceros (empleados, acreedores, proveedores, ciudadanos).

V. RELACIÓN CAPITAL SOCIAL OBJETO SOCIAL

Existe una controversia sobre si el capital social debe ser necesario para cumplir con el objeto social desde el momento de la constitución. Es decir, si el organismo de contralor tiene facultades para negar la inscripción a una sociedad por considerar que el capital social es insuficiente para desarrollar el objeto social o esto se encuentra fuera de la órbita del organismo de contralor por ser una cuestión de responsabilidad de socios y administradores. La primera posición fue adoptada -entre otros- con voto de Butty en Veca Constructora y más recientemente en Ceretti Cesar, Roberto c/Ditto SA s- Ordinario, Bocca SA Bocca SA s-Inscripción, Cámara Civil y Comercial de Santa Fé²⁹.

²⁹ Veca Constructora S.R.L. J de Reg, 80 /06/30. Si el objeto social define el conjunto de actividades que los socios se proponen cumplir bajo el nombre social, guarda entonces relación de necesaria proporción con el capital, en tanto que conjunto de aportes de los socios ordenados a la consecución de dicho fin, de lo que se sigue que un capital social desproporcionadamente reducido en su magnitud determinará la imposibilidad ex origine de cumplir el objeto, que debe, por esencia, ser fácticamente posible, según lo apuntado. Si bien es cierto que el recurso posterior de la vida societaria determinaría el desdoblamiento del capital social y patrimonio, no coincidentes, con el más que probable incremento del patrimonio, concebido como activo social efectivo, por sobre el capital, con la consecuencia de responder la sociedad ante los terceros y cumplir con el objeto, más bien con el patrimonio que con el capital; es también cierto que el juez de la legalidad de la constitución social no le cabe entonces prescindir del análisis de la posibilidad de cumplir el objeto con el capital social asignado originariamente, único parámetro aprehensible, siendo que la

En el referido caso se sostuvo que el objeto social es definitorio del conjunto de actividades que los socios se proponen cumplir bajo el nombre social y por ende debe guardar necesaria relación con el capital social, en tanto conjunto de aportes de los socios ordenados a la consecución de dicho fin. De esta manera se colige que un capital social despropor-

mención del capital constituye imposición de la ley a los constituyentes, y tiene obvio sentido instrumental en tanto la legislación, como medio político prescriptivo, no se agota en sí misma. No constituye óbice a la exigencia de un capital social adecuado al objeto que la sociedad pretenda desarrollar, la circunstancia de que la ley 19550 no haya reeditado el requisito del capital mínimo contenido por la ley 11645. Nada dice la exposición de motivos expresamente al respecto, pero de la referencia a una mayor amplitud no se sigue necesariamente que ésta comprenda la permisibilidad de capitales ínfimos. Autorizada doctrina postula el abandono del capital mínimo para las sociedades, precisamente porque el proceso inflacionario terminaría por permitir a contrario capitales exigüos atribuidos en la formación de sociedades de mínima consistencia económica, o bien señala expresamente que la supresión del tope mínimo no significa de ningún modo habilitar a los socios para estipular montos exigüos de capital social. No interesa que nazca el mayor número de sociedades, sino que éstas sean viables, que cuenten con medios que aseguren su vida ulterior prospera. Parece obvio que la técnica societaria como modo de limitar la responsabilidad y así facilitar o promover la actuación plural es categoría legal contingente: basta repasar los tres mil años de memoria histórica en el ámbito occidental. Si el recurso a la técnica societaria es medio contingente de acatar en economía, tal desdoblamiento importarían ni más ni menos que constituir dos sociedades en la realidad de los hechos, con generación de una apariencia vacua, económicamente innecesaria, de unidad entitativa, y ello no parece querido por la ley que ha dejado subsistente la posibilidad del ejercicio individual del comercio. Lo que ha sido denominado "consideración cuantitativa" del objeto social hace tanto a la realidad del ente societario, querida por la ley frente a la instrumentación de la limitación de la responsabilidad, cuanto al prestigio de la técnica societaria, que en el caso de algunos tipos (anónimas y de responsabilidad limitada) podría casi juzgarse reducido a su mínima expresión en la plaza argentina... CNCCom., Sala E 1987/08/24, Ceretti Cesar Roberto c/ Ditto SA s- Ordinario. CNCiv y Com de Santa Fe, Sala II, 2006/04/2, Bocca SA s-Inscripción. La Cámara Civil y Comercial de Santa Fé tuvo oportunidad de expedirse manifestando que "... la relación objeto social y capital social se encuentra plasmada en el Derecho Societario vigente en el Art. 94 inciso 4 de la ley 19.550, que incluye entre las causales de disolución de la sociedad la imposibilidad de lograr el objeto para el cual se constituyó, así como el capital social conforme con el Art. 11 inc. 4, tiene reconocidas diversas funciones de productividad, de determinación de la posición del socio y de garantía. El capital social es la contrapartida de la limitación de la responsabilidad del socio, limitación que es considerada un privilegio, dicho privilegio exige que los socios aporten fondos suficientes para su cometido, pues sin un capital social adecuado el excepcional beneficio de la limitación de la responsabilidad carece de fundamento...".

cionadamente reducido en su magnitud, determinará la imposibilidad ex origine de cumplir el objeto, que debe ser fácticamente posible, según lo apuntado.

Existen numerosos autores que propugnan la obligatoriedad de la correlación entre el capital social y el objeto social, entre ellos encontramos a D'alejandro, Krokik, Prono, Gómez Bausuela, Bonillo, Cash, Kulman, Puccio³⁰. Cracogna, Stirparo, Bonilla, Recio, Guierri, Verón, Nissen adicionan además que es facultad del organismo de contralor su revisión³¹.

³⁰ D'ALESSANDRO Fernando G., www.societario.com Referencia Nro. 12522. Revista Electrónica de Derecho Societario N° 37 - abril 2009. KROKIK, ROBERTO DAVIS, Responsabilidad de los Directores y Administradores por la infracapitalización "VIII Congreso Argentino de Derecho Societario y IV Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la empresa, t. III, pág. 347. PRONO Javier; GOMEZ BAUSUELA María Julia, Capital Social. Necesidad de vincular el capital social con el objeto de la sociedad y propuestas alternativas para ello, VIII Congreso Argentino de Derecho Societario y IV Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la empresa t. III, pág. 347, 2001. BONILLA, León Adolfo, Infracapitalización societaria, supuestos de responsabilidad, VIII Congreso Argentino de Derecho Societario y IV Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la empresa t. II pág. 129, 2001. "Ver CASH, Guillermo, La Infracapitalización como vicio del acto constitutivo, XI Congreso Argentino de Derecho Societario y VII Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa, t. III, pág. 301, Ed. Fundación para la Investigación y el Desarrollo de las Ciencias Jurídicas, 2010. KULMAN, David A., La relación entre el capital y el objeto social legitimación al ente de control, t. II, pág. 293, X Congreso Argentino de Derecho Societario y VI Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa. PUCCIO, Mariano; PUCCIO Mónica, La adecuación entre el capital social y el objeto social, t. II, pág. 373, 2007, X Congreso Argentino de Derecho Societario y VI Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa, 2007.

³¹ Ver STIRPARO, Marta Liliana, Relación entre el capital social y el objeto, evaluación por parte de los organismos de contralor, t. II, pág. 417, X Congreso Argentino de Derecho Societario y VI Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa, 2007. BONILLA, León Adolfo, t. III, pág. 129, VII Congreso Argentino de Derecho Societario y IV Congreso Iberoamericano de derecho societario y de la empresa. 1998, RECIO, Juan Ignacio, GUIERRI, Federico Alberto, cuestiones atinentes a la relación entre el capital y el objeto en las sociedades comerciales, t. II, pág. 373, X Congreso Argentino de Derecho Societario y VI Congreso Iberoamericano de derecho societario y de la empresa, 2007, CRACOGNA, Daniel, El capital en las sociedades comerciales, t. II, pág. 267, X Congreso Argentino de Derecho Societario y VI Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la

Algunos autores manifiestan que la suficiente capitalización de la sociedad se debe dar al momento de su constitución y también con posterioridad -durante toda la vida de la sociedad- para evitar de esta manera la insolvencia. En el año 2003 la Inspección General de Justicia no inscribió una sociedad por no mantener la relación entre el capital y el objeto social³².

La inspección General de Justicia, por resolución 9 /2004 estableció que el objeto social como conjunto de actividades deberá guardar razonable relación con el capital social³³.

La resolución 7/2005 de la Inspección General de Justicia mantenía el mismo criterio³⁴. La 7/2015 continuaba con la misma postura estableciendo el Art. 67 que no se admitirá la constitución de sociedades o reformas del objeto social que contemplen la exposición de un objeto múltiple sin perjuicio de admitir actividades conexas, complementarias. Asimismo el conjunto de las actividades descriptas debe guardar razonable relación con el capital social. Esto fue modificado por la resolución 6/2016

Empresa, 2007. Si bien, para Cracogna, se debe realizar un control interno y auditoría para regular la relación entre el capital y el pasivo. VERÓN, Alberto Víctor, Los Balances Tratado sobre los Estados Contables, t. I, pág. 387, Ed. Errepar 1997. NISSEN, Ricardo A., Ley de Sociedades Comerciales, t. I, pág. 263, Ed. Astrea Buenos Aires, 2010. "... la necesidad que el legislador mercantil, en ejercicio del control de legalidad que le corresponde por impreso imperativo del legislador, pueda cuestionar la suficiencia del capital social y exigir su correspondencia con el objeto que la sociedad pretenda desarrollar, constituye con la exigencia de establecer en el contrato un objeto social único, una eficaz manera de combatir la infracapitalización societaria y evitar que las sociedades comerciales y en especial aquellas donde los socios limitan su responsabilidad trasladen el riesgo empresario a los terceros con que ellas operan..."

³² Inspección General de Justicia: "Gaitán, Barugel. Asociados SRL", 2003/11/04.

³³ Inspección General de Justicia. Resolución 12/2004.

³⁴ Resolución 7/2005 de la Inspección General de Justicia mantiene el mismo criterio con los siguientes términos "Art. 66.- El objeto social debe ser único y su mención efectuarse en forma precisa y determinada mediante la descripción concreta y específica de las actividades que contribuirán a su efectiva consecución. Es admisible la inclusión de otras actividades, también descriptas en forma precisa y determinada, únicamente si las mismas son conexas, accesorias y/o complementarias de las actividades que conduzcan al desarrollo del objeto social. El conjunto de las actividades descriptas debe guardar razonable relación con el capital social".

estableciendo que "El objeto social debe ser expuesto en forma precisa y determinada mediante la descripción concreta y específica de las actividades que contribuirán a su consecución, y que la entidad efectivamente se propone realizar".

En el X Congreso Nacional de Derecho Societario (La Falda, Córdoba- octubre de 2007) se debatió en dos paneles esta temática, encontrándose la doctrina dividida.

Nosotros estamos en desacuerdo con la doctrina que establece la obligatoriedad de la relación del capital social con el objeto social. No vemos norma alguna que haga referencia en la ley de sociedades ni en el proyecto de reforma, a la relación capital-objeto social. Esto lo hemos manifestado en una ponencia, presentada en las Jornadas Nacionales de Derecho Societario en Homenaje al Profesor Enrique M. Butty³⁵. Creemos que se debe tener en cuenta que en el Art. primero de la ley 19550 se define la Sociedad General sin mencionar a la relación capital social-objeto social. El Art. 11 de la misma normativa establece la obligatoriedad de determinar el capital social y el objeto social debiendo ser preciso y determinado. El Art. 186 de la ley 19550, -que no ha sido modificado en cuanto a su contenido esencial- insta un capital social mínimo para la constitución de las sociedades anónimas, aclarando que dicha cifra puede ser aumentada por el poder ejecutivo, sin hacer referencia ni indicación a que el capital debe guardar relación con el objeto social.

En la órbita de la Provincia de Buenos Aires no se requiere la existencia de dicha relación. Se admite la constitución de una sociedad anónima con un capital mínimo de pesos cien mil o de una sociedad de responsabilidad limitada con monto menor, sin importar la magnitud del objeto social.

En nuestra opinión, la autoridad de Inscripción no debería controlar la relación capital objeto, porque se trata de un tema de responsabilidad.

³⁵ BARRAU, María. Relación Capital Objeto- infracapitalización. Jornadas Nacionales de Derecho Societario en Homenaje al Profesor Enrique M. Butty. pág. 135, Mar del Plata, 2007.

La prenda común de los acreedores es el patrimonio y no sólo el capital social.

Estamos convencidos que la solución se debe buscar aplicando las normativas de la responsabilidad que la propia ley establece, por ello elogiamos las normas que eximen a la sociedad de mantener desde el inicio la relación de capital-objeto social. De esta manera consideramos que la autoridad de controlar no debe inmiscuirse en la relación capital – objeto sino que es un tema de responsabilidad. Creemos que la sociedad se encuentra capacitada para desarrollar el objeto social con la amplitud que los socios quieran darle a este sin importar cuál es el capital social. Asimismo a los efectos de la analizar la problemática debe tenerse en consideración que las empresas trabajan con capital propio y con capital ajeno.

VI. NORMAS QUE PROTEGEN LA INTANGIBILIDAD DEL CAPITAL SOCIAL. PROTECCIÓN DE LOS TERCEROS

Dentro de la ley general de sociedades existe un conjunto de normas que protegen la intangibilidad del capital social (ver específicamente Art.s 39, 53, 68, 71, 187, 205, 206, 220).

Art. 32, de la L.G.S. Es nula la constitución de sociedades o el aumento de capital mediante participaciones recíprocas. Art. 39 de la L.G.S. En las sociedades anónimas y en las sociedades de responsabilidad limitada, los aportes solamente pueden consistir en bienes determinados susceptibles de ejecución forzada. Art. 50, de la L.G.S. Diferenciación entre las prestaciones accesorias y los aportes a la sociedad. Art. 53, de la L.G.S. Necesidad de la aprobación por la autoridad de contralor de la valuación de los bienes no dinerarios aportados a las sociedades anónimas. Se manifiesta también que el capital social además de la de garantía, cumple una función productiva, admitiéndose en base a la misma -en algunos tipos societarios- el aporte de todo tipo de bienes. En el proyecto de reforma a la ley de sociedades comerciales que adoptaba el tipo de la

sociedad anónima simplificada, se seguía este criterio³⁶.

Art. 68, de la L.G.S. prohíbe la distribución de dividendos a los accionistas, cuando éstos no provinieran de ganancias realizadas y líquidas y no resultaran de un balance aprobado por asamblea o reunión de socios. Art. 70, de la L.G.S. obligatoriedad de la sociedad de constituir reservas legales que deben alcanzar el 20 % del capital social. Art. 71, de la L.G.S. prohíbe la distribución de ganancias hasta tanto no se cubran las pérdidas de ejercicios anteriores. Art. 186, de la L.G.S. establece la obligatoriedad de suscribir la totalidad del capital al momento de la celebración del contrato constitutivo. Para que exista capital social, debe haber compromiso de suscripción. Art. 188, de la L.G.S. consigna la imposibilidad de inscripción del aumento de capital social hasta su previa suscripción. Establece el Art. 186, que en este capítulo, capital social y capital suscrito se emplean indistintamente. A través de estos Art.s, la propia ley consigna que no puede haber capital social si no existe compromiso de suscripción, estando facultados el administrador o el síndico concursal a exigir el cumplimiento. Art. 187, de la L.G.S. Establece la obligatoriedad de integrar la totalidad del capital social no dinerario en el momento de la suscripción. Art. 202 de la L.G.S. Consagra la nulidad de la emisión de acciones bajo la par. Art. 205, de la L.G.S. Prevé la posibilidad de reducción del capital social por pérdidas sufridas a los efectos de restablecer el equilibrio entre el capital y el patrimonio.

Art. 206, de la L.G.S. Obliga a la sociedad a reducir el capital cuando las pérdidas insuman las reservas y el 50% del capital social. Art. 220, de la L.G.S. Establece la Imposibilidad de la sociedad de adquirir sus propias acciones. Art. 222, de la L.G.S. Prohíbe a la sociedad recibir sus acciones en garantía. Art. 223, de la L.G.S. Autoriza la amortización de acciones con ganancias líquidas y realizadas.

La ley Alemana establece que los socios deben cumplir con los

³⁶ ARAYA, Miguel C, Repensar la noción de capital social. VI Congreso Argentino de Derecho Societario, t. II, pág. 284, Ed. Ad Hoc, Mar del Plata, 1995.

aportes, siendo inadmisibile la compensación³⁷.

Para Ezequiel Manóvil: "...el régimen de mantenimiento del capital social (en particular las reglas sobre distribución de utilidades, adquisición de sus acciones por la sociedad y reducción de capital) debe ser reemplazado por un enfoque que se concentre en un análisis realista de la solvencia de la sociedad, en línea con los mecanismos vigentes en ciertos países como Nueva Zelanda, Australia, Canadá y los Estados Unidos..."³⁸.

Todas estas normas tratan que en el transcurso de los años la sociedad mantenga su capital social inalterado. Creemos que estas normas son insuficientes para garantizar a los terceros que la sociedad contará con solvencia necesaria para las actividades que desarrollará. Por ello, pensamos que debemos buscar que la sociedad cuenta con fondos suficientes para las actividades que va a desarrollar enfatizando los supuestos de responsabilidad para socios y controlantes.

VII. INFRACAPITALIZACIÓN

En los últimos Congresos de Derecho Societario, se ha discutido sobre la Infracapitalización. Desde el punto de vista etimológico, es la insuficiencia de capital. Este término se ha utilizado tanto para calificar el capital adecuado en relación al objeto como para describir la situación de insolvencia que adolece la sociedad cuando el patrimonio resulta insuficiente para afrontar el pago a sus acreedores. La primera infracapitalización se califica como originaria y la segunda como derivada.

37 <Z>... los socios no pueden ser liberados de su obligación de cumplir con los aportes. Contra el crédito de la sociedad no es admisible la compensación...". De esta forma, continúa manifestando el autor citado que "...con estas disposiciones quedan excluidos los manejos tendientes a generar recursos de capital mediante el enjuague contables y sobre todo mediante la elusión de control y la responsabilidad relativa los aportes en especie...".

38 MANÓVIL, Ezequiel, El capital social en las sociedades anónimas. Un análisis económico. LA LEY, 2010-A, pág. 585- 1, Buenos Aires, 2010.

En tal sentido se ha considerado como infracapitalización cualquier desproporción conmensurable o inequívocamente verificable, en la magnitud del capital de responsabilidad fijado estatutariamente y las actividades que se lanzan a desarrollar³⁹. Para Manóvil, no existe en nuestra norma un impedimento legal para ello⁴⁰. También se ha dicho que una sociedad estará infracapitalizada cuando el capital o los fondos propios no sean suficientes para la clase y volumen de la actividad empresarial prevista o efectivamente realizada, respetando los métodos de financiación y sin recurrir a créditos de terceros para cubrir necesidades de financiación a mediano o largo plazo.

Existe una diferencia entre infracapitalización material y nominal. En la primera, la sociedad se encuentra desprovista de aportes de los socios y de recursos ajenos mientras que en la segunda los socios proveen de crédito a la sociedad para financiarla desde una posición de acreedores⁴¹.

Para algunos doctrinarios entre ellos Cash, Bonilla, Nissen, Kulman, Puccio, la infracapitalización se da cuando el capital social incurre en el

39 Ver CRISTÍA, José María; FERESIN, María Isabel y PRONO, Javier, Infracapitalización e inoponibilidad" t. III, pág. 91, VIII Congreso de Derecho Societario, IV Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa. Rosario, 2001, Buenos Aires, Rubinzal Culzoni Editores.

40 MANÓVIL, Rafael Mariano, Responsabilidad de los Socios por insuficiencia del Capital Propio, Cuaderno de Derecho Empresario Actual, pág. 605, Ed. Depalma Buenos Aires, 1996. Para Manóvil "...nada impide que una sociedad se constituya con capitales ínfimos, con objetos sociales extremadamente ambiciosos y lo que es mucho más importante, que se lancen al desarrollo de actividades para las cuales no cuentan con el capital suficiente, generando así un considerable riesgo de enfrentar a sus acreedores sociales con la insolvencia social...".

41 MANÓVIL, Rafael Mariano, Responsabilidad de los Socios por insuficiencia del Capital Propio, Cuaderno de Derecho Empresario Actual, pág. 621, Ed. Depalma, Buenos Aires 1996. Para Manóvil "...Siguiendo este esquema la doctrina alemana distingue la subcapitalización nominal de la subcapitalización material. La primera se refiere a la "...calificación como tales de los aportes de capital que tienen a la apariencia de otro título..."; en la segunda, "...su capital propio no es suficiente para satisfacer de acuerdo al tipo y dimensión de la actividad económica efectiva o propuesta, las necesidades financieras de mediano y largo plazo no susceptibles de ser normalmente cubiertas por créditos de terceros...".

vicio de insuficiencia con relación al objeto en el acto constitutivo⁴². Para otros como Cervini la noción de garantía es modernamente procurada por el estado patrimonial y no por el capital social⁴³.

Otros doctrinarios como López Tilli, Triolo, Recio, Guierri, amplían lo afirmando por Cervini indicando que la sociedad se financia con fondos propios y con fondos de terceros⁴⁴. Araya y Fernández del Pozo entre

⁴² Ver CASH, Guillermo, La Infracapitalización como vicio del acto constitutivo, XI Congreso Argentino de Derecho Societario y VII Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa, t. III pág. 301, Ed. Fundación para la Investigación y el Desarrollo de las Ciencias Jurídicas, 2010. BONILLA, León Adolfo, infracapitalización societaria, Supuestos de responsabilidad, t. III, pág. 129, VIII Congreso Argentino de Derecho Societario y IV Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa, 2001. NISSEN, Ricardo Augusto, Infra capitalización de sociedades comerciales, abuso de derecho y responsabilidad de los socios y controlantes, t. III, pág. 555, VIII Congreso Argentino de Derecho Societario y IV Congreso Iberoamericano de derecho societario y de la empresa, 2001. KULMAN David A, La relación entre el capital y el objeto social legitimación al ente de control, t II, pág. 293, X Congreso Argentino de Derecho Societario y VI Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa, 2007. NISSEN Ricardo, Es imprescindible a los fines de permitir la efectividad de los principios de productividad y garantía que cumple el capital social en toda sociedad comercial, preservar la insensible relación que existe entre este y el objeto social t II, pág. 359, X Congreso Argentino de Derecho Societario y VI Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa, 2007. PUCCIO, Mariano; PUCCIO Mónica, La adecuación entre el capital social y el objeto social, t II, pág. 373, X Congreso Argentino de Derecho Societario y VI Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa, 2007.

⁴³ CERVINI, Francisco J., Crisis del Capital Social como Garantía (para con los terceros y como referencia para los inversores), VII Congreso Argentino de Derecho Societario t. III, pág. 178, Buenos Aires, 1998. Para Cervini “la noción de garantía es modernamente procurada por el estado patrimonial y no por el capital social. El patrimonio de la empresa, en primer lugar, y los resultados demostrativos de su evolución económica que incorpora los conceptos de gestión operativa y que se vuelcan en el balance y estados de resultados sucesivos estudiados con adecuada secuencia, luego, son el único reaseguro efectivo que satisface a los terceros que contratan con la sociedad...”.

⁴⁴ LÓPEZ TILLI, Adolfo, infracapitalización, t. II, pág. 305, X Congreso Argentino de Derecho Societario y VI Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa, 2007. TRIOLO, Luis. Deben eliminarse el requisito de capital social mínimo y las exigencias de adecuación entre el capital social mínimo y el objeto social t. II, pág. 421, X Congreso Argentino de Derecho Societario y VI Congreso Iberoamericano de derecho societario y de la empresa, 2007. RECIO, Juan Ignacio; GUIERRI, Federico

otros autores se enrolan en la postura que manifiesta que se debe reemplazar el concepto de capital social por el de patrimonio neto cuya disponibilidad por parte de los socios se ve limitada por el límite del capital ajeno o endeudamiento de la sociedad el cual debe medirse en índices relativos⁴⁵. En la medida que la sociedad retiene beneficios se autofinancia⁴⁶. Vítolo manifiesta que se deben fijar legislativamente mecanismos de revisión y actualización anuales, montos mínimos del capital social⁴⁷. Para Balonas la propuesta sería “...fijar un patrimonio neto mínimo como porcentaje del activo, debajo del cual no pueden efectuarse distribuciones de utilidades y otro por debajo del actual la

Alberto, cuestiones atinentes a la relación entre el capital y el objeto en las sociedades comerciales, t. II, pág. 404. X Congreso Argentino de Derecho Societario y VI Congreso Iberoamericano de derecho societario y de la empresa, 2007, Recio también manifiesta que no puede requerirse que el capital “ sea suficiente para el cumplimiento del objeto social, puesto que los aportes de los socios no son la única fuente de financiamiento al que puede recurrir la sociedad...”.

⁴⁵ Ver FERNÁNDEZ DEL POZO, Luis, Las reservas atípicas, las reservas del capital y de técnica contable en las sociedades mercantiles, pág. 9, Ed. Marcial Pons. Barcelona, 1999. En el mismo sentido, en la Comunidad Económica Europea se afirma que: “todas las reservas representan en el pasivo del balance, junto con el capital social las fuentes de financiación propias frente a las ajenas o externas...”. ARAYA, Miguel, “Repensar la noción de capital social”, VI Congreso Argentino de Derecho Societario. t. II, pág. 284, Ed. Ad Hoc. Miguel Araya en el Congreso de Derecho Societario de Mar del Plata, 1995, decía que, cabe repensar la noción de capital social como las funciones que corresponde atribuirle, asumiendo que el criterio tradicional establecido en nuestra ley de sociedades ha entrado en crisis, siendo la del año 1972 una concepción ortodoxa de capital social. Nos encontramos que la realidad económica nos hace ver que las sociedades tienen dos grandes fondos, fondos propios y fondos ajenos.

⁴⁶ FERNÁNDEZ DEL POZO Luis, Las reservas atípicas, las reservas del capital y de técnica contable en las sociedades mercantiles, pág. 10, Ed. Marcial Pons. Barcelona, 1999.

⁴⁷ VÍTOLO, Daniel R. El establecimiento de capitales mínimos como puerta de acceso a un sistema de responsabilidad diferenciado y a un eventual régimen de responsabilidad diferenciado, XI Congreso Argentino de Derecho Societario y VII Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa, t. III, pág. 327, Ed. Fundación para la Investigación y el Desarrollo de las Ciencias Jurídicas, 2010.

sociedad deba ser disuelta...⁴⁸. En el mismo sentido, en la Comunidad Económica Europea como lo manifestáramos al igual que en las normas NIIF las reservas junto con el capital constituyen las fuentes de financiación propias frente a las ajenas o externas.

La falta de capital propio, sustituida por el financiamiento externo, traslada a los acreedores una porción directamente proporcional del riesgo.

En el derecho Español Fernández del Pozo resalta que "... la política de dividendos y la estructura de capital son cuestiones no resueltas de modo pacífico por prácticos y teóricos de las Ciencias Financiera..."⁴⁹.

⁴⁸ Ver BALONAS Daniel, La relación capital social – objeto social, t. II, pág. 245, X Congreso Argentino de Derecho Societario y VI Congreso Iberoamericano de derecho societario y de la empresa, 2007, Para Balonas, se debe reemplazar el concepto de capital social por el de "Patrimonio neto cuya disponibilidad por parte de los socios se vea limitada por un índice máximo de endeudamiento...". BALONAS. Ernesto Daniel, La derogación del capital social. pág. 91. VIII Congreso Argentino de Derecho Societario IV Congreso Iberoamericano de derecho societario y de la empresa. Universidad Nacional de Rosario. Facultad de derecho. En el Congreso de Derecho Societario de Rosario, 2001, el Dr. Ernesto Daniel Balonas indicó en una ponencia que "...La función de garantía que debe tener el capital social ya no es satisfecha. Se propone empezar a hablar de patrimonio neto social y limitar sus reducciones mediante el empleo de índices máximos de endeudamiento ...". y en la pág. 99, indica que las causas que llevan a cuestionar la capacidad del capital social para cumplir la función de garantía son básicamente dos: "... a) la solvencia de la sociedad se mide en función del patrimonio neto; b) no resulta conveniente imponer límites absolutos, sino que dada la diversidad de sociedades es mejor hablar de límites relativos...". Considera que dentro del patrimonio tenemos dos grandes grupos más que son las reservas y los resultados no distribuidos. Las reservas obligatorias son indisponibles por lo que no se agregaría nada en el esquema que se plantea, pero sí con las reservas facultativas que son disponibles por los socios, similares a los resultados acumulados o no distribuidos. La propuesta es "fijar un patrimonio neto mínimo como porcentaje del activo, debajo del cual no pueden efectuarse distribuciones de utilidades y otro por debajo del actual la sociedad deba ser disuelta...".

⁴⁹ FERNANDEZ DEL POZO, Luis, Las reservas atípicas, las reservas del capital y de técnica contable en las sociedades mercantiles, pág. 10, Ed. Marcial Pons, Barcelona 1999. FERNANDEZ DEL POZO, Luis, Las reservas atípicas, las reservas del capital y de técnica contable en las sociedades mercantiles, pág. 41. Ed. Marcial Pons. Barcelona, 1999. En España, Fernández del Pozo, manifiesta que estamos pasando de la sustitución de la teoría del capital a la teoría de los recursos propios. Consigna que en esta teoría de los recursos propios "...debería figurar en principio de suficiencia de

Una comisión debatió profundamente el problema del capital social en el Congreso Nacional de Derecho Societario celebrado en Buenos Aires, septiembre de 1998. La doctrina, entre ellos Purro, Stirparo, Bonilla, Recio, Guierri, Balonas se han expedido reiteradamente en Congresos de la especialidad, que debe existir una obligación de socios y de administradores de controlar la evolución equilibrada del capital social respecto del giro societario y su endeudamiento⁵⁰. Preocupación que en

mucho mayor alcance que los principios de ordenación del capital social y que podrían distribuirse así: en todo momento el nivel de recursos propios debe sobrepasar un mínimo, siempre a condición que la suficiencia sea estimada en base consolidada (y subconsolidada), de manera dinámica (tanto en el momento fundacional como durante la vida de la empresa social) y en atención a los diversos niveles sectores de la sociedad y de los niveles de riesgo. La radical estabilidad de la cifra de capital social frente a los recursos propios la convierte en un pobre instrumento de control. Prosigue manifestando que el mejor control de suficiencia sería aquel que considere una variante dinámica (como son los recursos propios) y que se diseñe tanto para el momento fundacional como en la vida social. En este orden de cosas deberían articularse mecanismos eficientes de sanción de infracapitalización material y (responsabilidad de los accionistas, control de los administradores) que incluyen también la prohibición de distribución en caso de insuficiencia de recursos propios (obligación de restitución de dividendos indebidos)...". Continúa con su interesante postura resumiendo que "...en este nuevo marco propuesto resultarían anacrónicas muchas de las reglas aplicables al capital social: la del capital mínimo en fase fundacional porque los mínimos vendrían necesariamente referidos a los recursos propios disponibles en ese momento, las normas de correspondencia de capital patrimonio, porque vendrían sustituidas por la de suficiente recursos propios (en particular el mecanismo de tutela de la integridad del capital social frente a distribuciones indebidas del art. 213 LSA que se sustituye por otro que protegiera la suficiencia de recursos propios) el peculiar juego de las señales de alarma en caso de crisis empresarial instaurando un derecho pre concursal de prevención de la crisis...". Termina por resumir el autor mencionado que "...no existe un paradigma científico sobre la posible formulación teórica sobre la estructura del capital óptima entendiendo por este una ratio o cociente entre los recursos propios y los ajenos o entre los recursos propios y el pasivo...".

⁵⁰ PURRO Pablo Alejandro, Las relaciones entre el derecho societario y el mercado en la infracapitalización societaria, t. II. pág. 397, X Congreso Argentino de Derecho Societario y VI Congreso Iberoamericano de derecho societario y de la empresa, 2007. STIRPARO, Marta Liliana, Relación entre el capital social y el objeto, evaluación por parte de los organismos de contralor, t. II, pág. 417, X Congreso Argentino de Derecho Societario y VI Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa, 2007. BONILLA León Adolfo, t. III, pág. 129, VII Congreso Argentino de Derecho Societario y IV Congreso Iberoamericano de derecho societario y de la

el derecho extranjero resalta Fernández del Pozo. Resulta una constante preocupación de los estudiosos del derecho la responsabilidad de los administradores al momento de controlar la relación del capital social con el endeudamiento de la sociedad y la posibilidad de los acreedores de cobrar la totalidad de la deuda⁵¹.

Pensamos que se debe diferenciar como lo hace la doctrina alemana la infracapitalización –falta de capital suficiente– de la infrapatrimonialización –falta de patrimonio suficiente– revistiendo este segundo concepto el que se debe proteger. De esta manera, compartimos las afirmaciones de Cervini cuando hace referencia a un estado de situación patrimonial o de Balonas y Fernández del Pozo, para los cuales, se debe fijar un patrimonio neto mínimo, debajo del cual no pueden distribuirse utilidades o la sociedad debe ser disuelta. Ambos autores reconocen la realidad existente y la diferencia entre infracapitalización e infrapatrimonialización, tomando como parámetro o garantía para terceros la infrapatrimonialización.

También se deben establecer límites precisos hasta donde la sociedad puede trabajar con capitales propios y hasta donde puede hacerlo con capitales ajenos. Creemos que la sociedad se encuentra capacitada para desarrollar el objeto social, con la amplitud que los socios le quieran proporcionar, siempre que cuente con el patrimonio suficiente para ello evitando que se traslade el riesgo empresarial a los terceros.

empresa. 1998, RECIO Juan Ignacio, GUIERRI Federico Alberto, cuestiones atinentes a la relación entre el capital y el objeto en las sociedades comerciales, t II, pág. 373, X Congreso Argentino de Derecho Societario y VI Congreso Iberoamericano de derecho societario y de la empresa. 2007. BALONAS Daniel, La relación capital social – objeto social t. II, pág. 245, X Congreso Argentino de Derecho Societario y VI Congreso Iberoamericano de derecho societario y de la empresa, 2007.

⁵¹ RUIZ, Ricardo Alberto, Responsabilidad de administradores y socios por infracapitalización societaria, t. III, pág. 648, VIII Congreso Argentino de Derecho Societario y IV Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa, 2001.

VIII. RESPONSABILIDAD E INFRACAPITALIZACIÓN INFRAPATRIMONIALIZACIÓN

Corresponde aquí preguntar si existen motivos para responsabilizar a los socios por el solo hecho de que la sociedad se encuentre infracapitalizada, infrapatrimonializada o subcapitalizada. Asimismo, si se debe responsabilizar a aquel que generó compromisos emprendiendo actividades, sin traer a la sociedad más que un sustento material irrelevante e inadecuado para la magnitud del riesgo, o para los negocios que se emprendían.

Un tema que hay que diferenciar cuando hablamos de la responsabilización que las empresas cuentan con dos formas para financiarse: a través de recursos propios o utilizando recursos ajenos. La subcapitalización es la situación en que una empresa que aparentemente está financiada con capital ajeno, está realmente siendo financiada con capital propio -sustituye los aportes con prestaciones que no ingresen al capital de riesgo- .

Es decir que los socios inyectan fondos a la sociedad como préstamos, como si fueran terceros y por lo tanto se contabiliza en el pasivo -una deuda-. Esto surge del tratamiento tributario diferenciado, en el cual los intereses son deducibles a los efectos de la determinación de la base imponible del impuesto sobre las ganancias de empresas, en tanto que los dividendos no son deducibles.

La doctrina alemana citada por Manóvil, Vergara Del Carril, discuten qué grado de subcapitalización genera la responsabilidad de los socios, y si en su caso si se debe limitar a una subcapitalización calificada que estaría dada por la notoriedad e importancia de aquella, teniendo en consideración para ello la Dimensión de la actividad del negocio, b) Tipo de actividad y ramo, c) Plan financiero y métodos⁵².

⁵² Ver MANÓVIL, Rafael Mariano, Responsabilidad de los Socios por insuficiencia del Capital Propio, Cuaderno de Derecho Empresario Actual, pág. 621, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1996. La doctrina alemana citada por Manóvil, discute qué grado de

Para Manóvil y Cash, la subcapitalización constituye un recurso para violar la buena fe y los derechos de terceros⁵³. Algunos autores, entre ellos Manóvil consideran que en nuestro derecho se deben valorar la existencia de una factor subjetivo de imputación, el alcance de la responsabilidad, la forma y los sujetos legitimados para invocarla, el capital propio y el riesgo, teniendo en consideración para ello los aportes de los socios tanto iniciales como por aumentos, la conducta de los accionistas y la distribución de dividendos⁵⁴.

subcapitalización genera la responsabilidad de los socios, y si en su caso se debe limitar a una subcapitalización calificada. "...Esa calificación estaría dada por la notoriedad e importancia de aquella, y resulta necesaria a la luz de la imposibilidad de establecer límites precisos entre lo que es el capital propio adecuado y el que no lo es. Si se sigue a Ulemer, la necesidad de financiación de corto y mediano plazo a la que alude deberá medirse en función de los siguientes elementos: a) Dimensión de la actividad del negocio, b) Tipo de actividad y ramo, c) Plan financiero y métodos de realización elegidos., d) La suficiencia de capital juzgada del modo precedente será juzgada por el hecho que la sociedad tenga o no capacidad para ser receptora de crédito en el mercado...". VERGARA DEL CARRIL, Daniel, La infracapitalización societaria no depende del capital nominal sino de su estructura patrimonial y del mantenimiento de determinadas relaciones financieras, t. III, pág. 308, IX Congreso Argentino de Derecho Societario y V Congreso Iberoamericano de derecho societario y de la empresa, 2004. Para Vergara del Carril, los riesgos de la infracapitalización no pasan por el patrimonio social, "...son otros los factores tenidos en cuenta como la estructura patrimonial de la sociedad, su índice de endeudamiento, el costo de su financiación, su generación de fondos propios, la política de inversiones, y su capital de trabajo que nada tiene que ver con el capital nominal...".

⁵³ MANÓVIL, Rafael Mariano, Responsabilidad de los Socios por insuficiencia del Capital Propio, Cuaderno de Derecho Empresario Actual, pág. 628, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1996. CASH, Guillermo, La infracapitalización como vicio del acto constitutivo, XI Congreso Argentino de Derecho Societario y VII Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa, t. III, pág. 309, Ed. Fundación para la Investigación y el Desarrollo de las Ciencias Jurídica, 2010.

⁵⁴ Ver MANÓVIL, Rafael Mariano, Responsabilidad de los Socios por insuficiencia del Capital Propio, Cuaderno de Derecho Empresario Actual, pág. 629, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1996. Manóvil considera que en nuestro derecho se deben valorar ciertos aspectos como "...la existencia de una factor subjetivo de imputación, el alcance de la responsabilidad –respecto del cual estimo que aún aplicando el primer párrafo del art. 54 ella debe consistir en la solidaridad por el pasivo social– la forma y los sujetos legitimados para invocarla y también en la precisión con que se debe entender por capital propio de riesgo...". Para ello habrá que considerar "...los aportes propiamente dichos del capital inicial o aumentos, prestaciones accesorias, retención

Para Manóvil, entre otros, solamente debe responder el accionista que tiene influencia en las decisiones sociales, el mismo criterio mantiene el derecho Alemán en el caso de subcapitalización sobreviviente⁵⁵. Adicionando Nissen que los accionistas no controlantes deben responder en la medida que pueden o debieron conocer la situación financiera de la

de utilidades, formación de reservas, y la conducta de accionistas y socios en la dinámica de la vida social en cuanto a la distribución de dividendo..." y en la pág. 627/8, considera que aunque las normas del derecho argentino son menos reglamentarias que las del derecho alemán, responden a idénticos principios. "...La limitación de la responsabilidad se permite en algunos tipos societarios con la condición que se dote a la sociedad con un patrimonio propio de riesgo realista y adecuado a la actividad social y que sirva de garantía al mundo jurídico y económico en el que se inserta y desenvuelve la sociedad, tiene sustento normativo explícito en el art. 2 de la ley de sociedades...".

⁵⁵ Ver MANÓVIL, Rafael Mariano, Responsabilidad de los Socios por insuficiencia del Capital Propio, Cuaderno de Derecho Empresario Actual, pág. 627, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1996. Otro tema que se plantea es cuáles son los sujetos que deben responder: Manóvil considera que "...el socio o accionista que no tiene influencia en las decisiones sociales está exento de todo factor de imputación que pueda fundar su reponsabilidad...". MANÓVIL, Rafael Mariano, Responsabilidad de los Socios por insuficiencia del Capital Propio, Cuaderno de Derecho Empresario Actual, pág. 627, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1996. Por el contrario, si la subcapitalización es sobreviviente, responden "...quienes pudiendo hacerlo, no corrigieron el defecto con nuevos aportes, así como quienes hayan emprendido una ampliación de actividades sin dotar a la sociedad de los medios necesarios para ello..." NISSEN, Ricardo, Panorama Actual de Derecho Societario, pág. 30, Ed. Ad Hoc Buenos Aires, 2000. Nissen manifiesta que la infracapitalización permite que se responsabilice a socios y controlantes. "... B) Si la infracapitalización ha sido sobreviviente, la inoponibilidad del beneficio de la limitación de la responsabilidad es directamente aplicada a los socios controlantes, cuya definición viene impuesta por el Art. 33 inc. 1 y 2 de la ley 19550. Es cuando como integrantes del órgano de administración o como integrantes de la mayoría del capital social, tienen la posibilidad de transitar con éxito los caminos legales para obtener de los accionistas la afluencia de los fondos necesarios para capitalizar a la sociedad. c) Lo expuesto no cambia salvo excepciones con respecto a los accionistas no controlantes, en la medida que dentro del funcionamiento de la sociedad éstos puedan y deban conocer la situación económica y financiera de la sociedad. La aplicación no sería automática en este caso. Habría que ver la conducta del accionista externo frente a la aprobación de los balances y a la solicitud de aumento de capital que pudo haber realizado al directorio o gerencia, lo cual encuentra normativa análoga en lo dispuesto en el art. 274 in fine de la ley general de sociedades...".

sociedad⁵⁶. Con este criterio Nissen y el derecho Alemán se considera que si la subcapitalización es originaria responden los fundadores de la sociedad, toda vez que conocen la existencia de la misma pues no dotaron a la sociedad del capital suficiente desde el inicio, el problema no se encuentra en la limitación de la responsabilidad sino en permitir en la ley societaria y concursal el traslado del riesgo a los acreedores⁵⁷. Con este criterio en el derecho anglosajón y sobre todo el americano, se facilitó la creación del ente corporación que goza de personalidad, sobre la base de dos principios: "...la autonomía de la voluntad para diseñar la corporation sobre el principio de limitación de la responsabilidad y la ausencia de requerir un objeto único y determinado posibilitando que se dediquen a cualquier actividad legal no prohibida por la ley-dejando de lado las que cotizan en los mercados de valores o las que la ley le impone determinados requisitos-, sancionando a los infractores que infrinjan la ley con el *disregard of legal entity*..."⁸₅

⁵⁶ NISSEN, Ricardo, Panorama Actual de Derecho Societario, pág. 30, Ed. Ad Hoc Buenos Aires, 2000. Nissen manifiesta que la infracapitalización permite que se responsabilice a socios y controlantes "...B) Si la infracapitalización ha sido sobreviviente, la inoponibilidad del beneficio de la limitación de la responsabilidad es directamente aplicada a los socios controlantes, cuya definición viene impuesta por el Art. 33 inc. 1 y 2 de la ley 19550. Es cuando como integrantes del órgano de administración o como integrantes de la mayoría del capital social, tienen la posibilidad de transitar con éxito los caminos legales para obtener de los accionistas la afluencia de los fondos necesarios para capitalizar a la sociedad. c) Lo expuesto no cambia salvo excepciones con respecto a los accionistas no controlantes, en la medida que dentro del funcionamiento de la sociedad éstos puedan y deban conocer la situación económica y financiera de la sociedad. La aplicación no sería automática en este caso. Habría que ver la conducta del accionista externo frente a la aprobación de los balances y a la solicitud de aumento de capital que pudo haber realizado al directorio o gerencia, lo cual encuentra normativa análoga en lo dispuesto en el art. 274, in fine de la ley general de sociedades..."

⁵⁷ LOPEZ TILLI, Alejandro, La Infracapitalización no es el problema. Incapacidad de nuestro sistema legal para velar por la traslación eficiente del riesgo, XI Congreso Argentino de Derecho Societario y VII Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa, t. III, pág. 311, Ed. Fundación para la Investigación y el Desarrollo de las Ciencias Jurídicas, 2010.

⁵⁸ MARZORATI, Osvaldo La sociedad unipersonal, la corporación y la legislación comparada: LA LEY, 18/02/2015, 1 LA LEY 2015-A, pág. 892.

Contrariamente a todas estas posturas, Cristía, Feresin, Prono manifiestan que "...la infracapitalización societaria no constituye en el derecho argentino un instituto de identidad propia, no resulta aplicable a ella el art. 54, apar. 3 de la L.S..."⁵⁹. Manifiesta el autor citado que en todo caso deberá buscarse la solución por el camino de la responsabilidad de los administradores o de la disolución del ente social⁶⁰.

De esta forma la discusión se centra en si nos encontramos ante un supuesto de responsabilidad subjetiva u objetiva es resuelta en la doctrina alemana inclinándose por la responsabilidad subjetiva, es decir que debe haber relación de causalidad⁶¹. Respondiendo sólo por la diferencia entre el capital propio de la sociedad y el capital propio con el cual debió ser dotada o ilimitadamente por el pasivo social⁶².

Como un elemento más a adicionar a esta situación encontramos que en el art. 206 de la ley general de sociedades ante el supuesto de reducción obligatoria de capital social que sea conocida por los administradores o por los socios, existen supuestos de responsabilización de los mismos, cuando no cumplieran con la normativa que tiende a proteger a los terceros dando publicidad.

⁵⁹ CRISTÍA José María; FERESIN, María Isabel; PRONO Javier, Infracapitalización e Inoponibilidad, t. III, pág. 187, VIII Congreso Argentino de Derecho Societario y IV Congreso Iberoamericano de derecho societario y de la empresa, 2001.

⁶⁰ CRISTÍA José María; FERESIN, María Isabel; PRONO, Javier, Infracapitalización e Inoponibilidad, t. III, pág. 187, VIII Congreso Argentino de Derecho Societario y IV Congreso Iberoamericano de derecho societario y de la empresa, 2001.

⁶¹ Ver MANÓVIL, Rafael Mariano, Responsabilidad de los Socios por insuficiencia del Capital Propio, Cuaderno de Derecho Empresario Actual, pág. 622, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1996. Manóvil también expone que para que proceda la responsabilidad, la subcapitalización "...debe haber relación de causalidad con la imposibilidad de pago o al insolvencia de la sociedad y además que esa insolvencia esté debidamente comprobada..."

⁶² MANÓVIL, Rafael Mariano, Responsabilidad de los Socios por insuficiencia del Capital Propio, Cuaderno de Derecho Empresario Actual, pág. 626, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1996. Asimismo analiza su alcance: "...¿si responde sólo por la diferencia entre el capital propio de la sociedad y el capital propio con el cual debió ser dotada o ilimitadamente por el pasivo social.?Manóvil indique que Wiedemann se inclina por esta última posición en razón de que el fundamento para establecer la responsabilidad es evitar trasladar el riesgo a los acreedores.

En algunos casos la jurisprudencia alemana, ha sostenido que la responsabilidad por subcapitalización se ha convertido en materia juzgable⁶³. El mismo criterio es sustentado por Richard y los Tribunales de Trabajo en los autos 'Arancibia Nora y otro c/ Rodríguez Ricardo Marcos y otro s/ ejecución de créditos laborales' - CNTrab – Sala III – 2008/09/22 afirman que se responsabiliza también a los administraciones por abuso falta de planificación o subcapitalización⁶⁴. Compartimos la postura del derecho alemán enfatizando que nos encontramos ante un supuesto de responsabilidad subjetiva.

Nosotros consideramos que se debe responsabilizar cuando la sociedad se encuentra infrapatrimonializada haciendo extensiva la responsabilidad en caso de subcapitalización, toda vez que los socios deben dotar a la sociedad del patrimonio suficiente para desarrollar la actividad, no mediante maniobras o artimañas considerándose como acreedores de la misma. Con la subcapitalización no dotan a la sociedad de patrimonio suficiente y de esta forma también perjudican a los terceros, trasladando la mayor parte del riesgo empresario a los terceros. Asimismo, también pensamos que en nuestro derecho los administradores societarios deben responder ante supuestos de sociedades infrapatrimonializadas.

Pensamos, que sería aplicable el Art. 54 de la ley general de sociedades en su apartado tercero a este supuesto, en la medida que se

⁶³ MANÓVIL, Rafael Mariano, Responsabilidad de los Socios por insuficiencia del Capital Propio, Cuaderno de Derecho Empresario Actual, pág. 623, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1996.

⁶⁴ RICHARD, Hugo, Insolvencia Societaria, III Congreso Argentino de Derecho Concursal, t. III, pág. 338, Ed. Ad Hoc, 1997. Hugo Richard afirma que hay que poner énfasis en responsabilizar a administradores cuando existe abuso de medio técnico aunque sólo sea por falta de planificación o subcapitalización” S.90.169 CAUSA 11.425/2005 - Arancibia Nora y otro c/ Rodríguez Ricardo Marcos y otro s/ ejecución de créditos laborales' - CNTrab – Sala III – 2008/09/22. La jurisprudencia de los Tribunales laborales ha responsabilizado, en caso de tratarse de una sociedad infracapitalizada- a administradores y socios Guibourg resolvió que “El régimen de sociedades de responsabilidad limitada tiene por objeto facilitar la inversión productiva al permitir al comerciante arriesgar en la empresa sólo el capital designado, sin comprometer el resto de su patrimonio personal. Esta facilidad sin embargo, no puede convertirse en un medio para defraudar los intereses de terceros”.

acreditara que se han dado las conductas incluidas en la norma que permiten la responsabilización de los socios y de los controlantes. Se debe presuponer que responderán los socios y controlantes que hubieran “hecho posible” la actuación social “torpe”, utilizando terminología otaeguiana. Por tanto, se trata de un supuesto de responsabilidad subjetiva, pues la sociedad debe contar con el patrimonio propio adecuado para llevar a cabo el objeto que se propone.

En consecuencia, en nuestra opinión se deben dar los presupuestos clásicos. O sea, para que haya responsabilización debe existir una conducta culpable, un daño producido y una relación causal o puente de plata entre la actuación antijurídica y el daño.

La médula de nuestra idea, es que para emprender las actividades sociales se debe mantener un patrimonio social apto o que no sea groseramente inepto y se podrá desestimar la personalidad de la sociedad o bien responsabilizar a los administradores, socios o controlantes, cuándo no se hubieran cumplido tales requisitos. En estos casos, se podrían aplicar los regímenes responsabilizatorios preestablecidos en la ley para los diversos sujetos que pueden actuar. Cada uno podría ser responsabilizado según su función y deberes predispuestos. Esto rige para todos los apartados del art. 54 de la ley de sociedades, aunque los dos primeros se refieren a la relación “sociedad/socio o controlante”. En el último apartado con base en la inoponibilidad de la personalidad, con más amplitud, se establece -frente a terceros- la obligación solidaria de los socios o controlantes de indemnizar todo daño ocurrido a la sociedad por dolo o culpa, además de imputarles la actuación social.

Asimismo, postulamos que se debe responsabilizar a administradores y demás funcionarios en la medida que hubieren realizado actividades para las cuales la sociedad no cuenta con patrimonio suficiente. Dicha responsabilidad surge de los Art.s 59, 157, 274, 280, 296, 297, 298 y concordantes de la ley general de sociedades.

Somos conscientes de que es difícil -como lo ha señalado la doctrina española- determinar cuál es la dotación idónea de recursos propios si es que existe, en otras palabras con que participación de capital ajeno puede trabajar la sociedad⁶⁵.

IX. LA INFRACAPITALIZACIÓN Y LA QUIEBRA DE LA SOCIEDAD

Según nuestra normativa es obligación del síndico concursal en caso de sociedades, informar si los socios realizaron sus aportes y si existe responsabilidad patrimonial que se les pueda imputar. El síndico solamente debe evaluar la integración de los aportes suscriptos. Adoptando una postura más amplia se podría decir que el síndico debe informar sobre todos aquellos supuestos en los cuales la suma de los aportes no ha sido suficiente para la actividad desarrollada o perseguida.

Según Nissen la ley 24.522 no prevé expresamente el tema de la infracapitalización y la quiebra de la sociedad aunque implícitamente pueda derivarse la responsabilidad de los socios del Art. 39 inc. 6 considerando que "... la norma se debe interpretar compatibilizándola con el art. 175 de la ley 24.522 en lo referente a las acciones de responsabilidad contra los socios limitadamente responsables, cuya legitimación procesal corresponde al síndico ...". Sin perjuicio de lo anteriormente mencionado, el citado autor -entre otros- indica que no ignora que la doctrina mayoritaria considera que se debe aplicar el art. 54 de la ley de sociedades⁶⁶. Para Badola, Jelonche y Nissen entre otros, se podría hacer cargo a los socios limitadamente responsables cuando éstos

⁶⁵ FERNÁNDEZ DEL POZO, Luis, Las reservas atípicas, las reservas del capital y de técnica contable en las sociedades mercantiles, pág. 11, Ed. Marcial Pons, Barcelona, 1999.

⁶⁶ NISSEN, Ricardo, Panorama Actual de Derecho Societario, pág. 31, Ed. Ad Hoc, Buenos Aires, 2000. NISSEN, Ricardo; VÍTOLO, Daniel Roque; VERÓN, Alberto Víctor, Infracapitalización societaria: LA LEY 29/04/2013, 29/04/2013, 5 - LA LEY2013-C, 692 - Buenos Aires, Enfoques 2013 (mayo), 01/05/2013, pág. 102.

no hubieran efectuado los desembolsos necesarios para el desarrollo de la concreta y real actividad empresarial⁶⁷.

Subraya Nissen que "...el decreto número 1084-91, ley 101990 de sociedades deportivas españolas, consagra que esta solución dispone que estas sociedades deban contar con un capital social que represente la mitad del promedio de los gastos realizados en los tres últimos ejercicios, más el pasivo existente al final de la presente temporada. Este criterio han seguido los proyectos de sociedades anónimas deportivas en nuestro país⁶⁸.

Nosotros consideramos que de los Art.s 512 y 902 del ex Código Civil se puede desprender que la omisión de capitalizar la sociedad constituye culpa grave de los socios. En nuestro actual Código Civil y Comercial Unificado se mantienen los mismos criterios de responsabilidad, especialmente en el Art. 1.724 que recepta el anterior 512, a lo que hay que adicionarle que la actual legislación responsabiliza por las consecuencias mediatas e inmediatas (Art. 1.726). Asimismo, no podemos olvidar que en los supuestos de quiebra de la sociedad el síndico concursal se encuentra legitimado para llevar a cabo las acciones de responsabilidad concursales -art. 173, de la LCQ- y las acciones de responsabilidad societarias -art. 175, de la LCQ y 278, de la L.G.S.-, las cuales se

⁶⁷ BADOLA, María Claudia; JELONCHE, Paola Hebe, Responsabilidad de los socios con responsabilidad limitada por infracapitalización de la sociedad en quiebra, III Congreso Argentino de Derecho Concursal Argentino e Iberoamericano, t. III, pág. 351, Ad Hoc, Buenos Aires, 1997. En consecuencia, para algunos autores cuando se compruebe una infracapitalización manifiesta en relación de causalidad con la insolvencia "...los socios responderían frente a la masa concursal por la diferencia entre el capital efectivamente aportado y aquel necesario para el desarrollo de la concreta actividad empresarial...". NISSEN, Ricardo, Panorama Actual de Derecho Societario, pág. 31, Ed. Ad Hoc Buenos Aires, 2000. Continúa manifestando el autor citado que "...una de las acciones de responsabilidad que podría ser encuadrada en los términos del art. 175 de la ley 19550 es la acción que tienda a imputar responsabilidad a los socios limitadamente responsables, cuando estos no han efectuado los desembolsos necesarios para el desarrollo de la concreta y real actividad económica.

⁶⁸ NISSEN, Ricardo, Panorama Actual de Derecho Societario, pág. 32. Ed. Ad Hoc, Buenos Aires, 2000.

mantienen vigentes en el proceso de la quiebra. Para los supuestos de quiebra se podrían aplicar la extensión del art. 161 de la ley 24.522⁶⁹.

⁶⁹ MANÓVIL, Rafael Mariano, Responsabilidad de los Socios por insuficiencia del Capital Propio, Cuaderno de Derecho Empresario Actual, pág. 628, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1996.

CONCLUSIONES

CAPÍTULO I

1. Una precisión terminológica resulta esencial para que las bases del presente análisis sean firmes y claras. Por eso, es importante tener en cuenta que según la Ley General de Sociedades capital social es equivalente a capital suscrito. El mismo, está representado por el conjunto de aportes que los socios se comprometen (mediante su firma) a integrar. En cambio, el patrimonio social es algo distinto y puede comprender también otros rubros. Lo normal sería que el patrimonio de una sociedad superara al de la cifra de su capital (**a menos que estuviera en situación ruinoso**). Es así por una razón muy simple, el patrimonio está conformado por todos los bienes que son de su propiedad en un momento determinado. La cuenta capital es sólo uno de todos elementos que lo integran.
2. Si bien esto es así desde una óptica formal y teoría, creemos que es necesario profundizar en este análisis y flexibilizar el concepto representado por la expresión "capital social". En nuestra opinión, se deberían considerar integrativas del mismo todas las sumas o bienes que los socios ingresaran efectivamente o bien comprometieran con destino a su incorporación, **–aún cuando fuera de modo indirecto o dilatado en el tiempo–**. Es el caso que habitualmente se presenta respecto de los fondos que los socios o terceros ingresaran a la sociedad para ser incorporados al capital social en un futuro. Por ejemplo: los aportes irrevocables, bajo distintas características también las primas de emisión. Es cierto que con relación a los aportes irrevocables a cuenta de futuros aumentos de capital se podría objetar que el aportante tendría derecho a retirar su aporte, **si la sociedad no aceptara su ofrecimiento**. Pero aplicando el enfoque "amplio" que proponemos respecto al término "capital" nada impediría una asimilación, al

menos en lo que se refiere al análisis científico de la problemática jurídica implicada. Esta cuasi “equiparación” que proponemos, se compadece con algunos lineamientos impuestos por la Comisión Nacional de Valores y por la Inspección General de Justicia que para afectar las cuentas mencionadas, exigen el cumplimiento de los trámites establecidos para la reducción de capital. Es justo reconocer en consecuencia, que existe una suerte de imprecisión respecto a la calificación de las ofertas de aporte. Especialmente si se tiene en cuenta los recaudos exigidos para la desafectación de los fondos referidos. Desde el punto de vista del Derecho Societario, en algún sentido, se da a los institutos mencionados un tratamiento equivalente al que se aplica al capital. Creo que sería bueno receptar la realidad y en consecuencia, aplicar criterios flexibilizadores y de más amplia comprensión. Esto no significa que no se deba diferenciar en algunos casos o aceptar algunas limitaciones. Pero en lo sustancial, los institutos referidos se deberían considerar algo equivalente al capital. No ignoramos que se trata de una temática compleja que puede ser materia de diversas interpretaciones, no obstante, creemos que es bueno el reconocimiento de estas similitudes o equivalencias, como siempre lo es en toda investigación científica, el reconocimiento de los hechos que se producen en el mundo exterior. Nuestro esfuerzo es efectuar distinciones básicas y relevantes. No se dirige a uniformarlo todo. Por eso no vacilamos en aseverar que las utilidades no distribuidas, si bien integran el patrimonio neto, no se deben considerar integrativas del capital social ni tampoco se deben considerar algo equivalente. Esto es así porque nada impide ni dificulta que los socios decidan su posterior distribución. No es tan fácil hacer lo mismo con los aportes a cuenta de futuros aumentos de capital o con las reservas derivadas de las emisiones con prima. No obstante lo expuesto, como es sabido, en materia de ciencias sociales no existen condicionamientos absolutos. Esto significa que si se produjera una reforma legal y se cambiaran las pautas actuales, nada impediría que se produjera una uniformidad más extensa que

modificara sustancialmente los conceptos clásicos en la materia. Pero eso es sólo futurología. Lo concreto es lo referido, a lo cual nos remitimos firmes. Siguiendo con esta mirada más amplia, es justo mencionar que con relación a las reservas facultativas constituidas conforme el Art. 70 de la ley general de sociedades también se podría generar una controversia respecto a su adecuada calificación. Si bien para su conformación se requiere un fuerte compromiso, asumido con fundamento en la protección del interés social, nada impide que los socios lo reviertan, decidiendo desafectar los fondos reservados para distribuirlos entre ellos.

3. Sobre la base de la “lectura” que recomendamos, el capital social estaría conformado por: a) los aportes comprometidos o efectuados por los accionistas, estuvieran o no representados por acciones. Estos comprenderían 1) las acciones en circulación. 2) los aportes irrevocables a cuenta de futuras emisiones de acciones, con las salvedades efectuadas. 3) las primas de emisión. 4) Acciones que estuvieran en la titularidad de la misma sociedad en casos puntuales, 5) Fondos correspondientes a las reservas legales o estatutarias que fueran indisponibles para los socios.
4. Jurídicamente hablando, sostenemos que las funciones del capital social son las siguientes: a) Sirve de fondo patrimonial para obtener beneficios, b) Cumple una función de garantía aunque en la realidad es el patrimonio social lo importante. Como ya lo dijéramos, es algo distinto al capital y tiene mayor connotación material y económica.
5. Una derivación coherente de formulación propuesta, nos lleva a enfatizar que es nocivo y obstaculizante del desarrollo económico de un país, permitir que los organismos de contralor puedan fijar recaudos impeditivos o limitantes con respecto a la relación capital-objeto. El abuso de las normativas es hartamente conocido en países que están en vía de desarrollo. La Argentina no es la excepción. Son factores de atraso que se van acumulando a otros similares o aún más gravosos haciéndonos poco competitivos, asfixiándonos en una

maraña de reglas administrativas que generalmente se imparten con carencia de experiencia empresarial y que para colmo, tiene un criterio categórico de la realidad, circunscripta al pequeño ámbito que conoce. Creemos firmemente que sólo los jueces deberían tener potestades semejantes. Como están estructurados ahora, -dicho esto en líneas generales- los organismos administrativos no cumplen la función “encauzadora” que La Argentina necesita: son factores de retraso. Concluimos afirmando que los criterios aplicables en el momento de la constitución, o en cualquier otra circunstancia o momento de la vida societaria, deberían ser sencillos, claros y propender a rápidas soluciones. No es lo que sucede actualmente. Es algo fundamental -en nuestra modesta opinión- que todos los factores implicados en este proceso entre ellos, los funcionarios legislativos e incluso los magistrados deberían preocuparse más por las conductas desviadas de directivos, accionistas, controlantes y sociedades que de las características formales o de recaudos que en definitiva suelen carecer de relevancia. El principio de la limitación de la responsabilidad debería ser consolidado a pleno porque es benéfico para el desarrollo económico. Su contrapeso esencial debería estar representado por las reglas sancionatorias que el orden jurídico prevé, algunas contenidas en el Código Civil y Comercial de la Nación o en otras leyes especiales, como por ejemplo las de la ley 24.522 y otras propias del derecho societario, como las contenidas en los Art.s 54, 59, 157, 274, 280, 296, 297, 298 y concordantes de la L.G.S.. Los jueces deberían analizar cuidadosamente la actividad a la luz de sus resultados, especialmente si fueran dañosos y aplicar rigurosamente las normas responsabilizatorias. Esto es igualmente aplicable en el ámbito penal, respecto al cual lamentablemente siguen vigentes las inquietudes de Isaac Halperín y de Héctor Cámara, ambos maestros que deberían enorgullecer a los argentinos. Halperín decía que no creía que se regularan adecuadamente los delitos societarios porque eran demasiados los intereses en juego. Los hechos le han dado la razón.

6. Hay muchas concepciones que se deberían cambiar de una vez por todas. Los sectores más ilustrados deben cumplir su deber y presionar para que el poder de los estándares intermedios se limite en base a reglas claras e incluso sancionando los abusos que tan a menudo se cometen. Nadie parece preocuparse por las dificultades de quienes realizan trámites societarios que necesitan para sobrevivir en el difícil medio económico argentino. No importa que los fundadores de una sociedad hayan previsto conseguir créditos o aportar bienes cuantiosos, hay que explicarle a quien nada sabe del quehacer empresario que las ridículas formalidades que frecuentemente se requieren son innecesarias para un caso en particular.
7. Poniendo en primer plano la evitación de actuaciones nocivas, recomendamos que no se debería permitir –salvo que se cumplieran recaudos muy específicos– que las utilidades se distribuyeran en desmedro del patrimonio social. Esto implica aseverar –aclaramos que sólo como principio– que sería recomendable evitar toda distribución de utilidades a los socios que pudiera provocar una disminución del capital o del patrimonio de la sociedad y que por ende pudiera perjudicar a los acreedores.
8. Es conocido que existen sociedades que tienen patrimonio neto negativo. Que están afectadas por una situación de insolvencia irreversible. Se debería evitar que este tipo de situaciones se produzca porque en estos casos el riesgo empresario suele ser trasladado a los terceros (acreedores, proveedores, empleados y la comunidad en general).
9. Como lo anticipáramos, estamos persuadidos de que la solución viene por el lado de la responsabilización de los socios, de los controlantes y de los funcionarios, en particular de quienes son administradores. Quienes fueran culpables de una infrapatrimonialización societaria, deberían ser responsabilizados fuerte, en forma ejemplar, debería caer sobre ellos todo el peso de

la ley. Nuestro régimen legal es más riguroso con quienes tienen un deber de conducta más severo. Habría que aplicarlo. Nadie inventaría nada si los jueces pusieran las cosas en su lugar, tanto civil como penalmente. Es elemental que un directivo debe extremar su cuidado para que la sociedad que administre tenga un patrimonio suficiente para desarrollar su actividad y por tanto, para cumplir su objeto.

10. Decir esto no es nada novedoso. La ley concursal establece claro la necesidad de concursamiento frente a un estado de cesación de pagos. Es vital que se respete la igualdad de los acreedores. Una firma que actuara en condiciones de insolvencia, no se adecuaría a las normas de conducta previstas como base en el Art. 54 apartado tercero de la Ley General de Sociedades. Tampoco sus administradores se adecuarían a las pautas de la norma madre del art. 59 L.G.S.. Nada impediría aplicar estas disposiciones, responsabilizar a los socios, a los controlantes que hubieran hecho posible la actuación reprochable de la sociedad de imputarles la actuación de la misma que siempre quedaría obligada.
11. Es algo muy conocido que la Ley General de Sociedades tiene un régimen especial para tratar la responsabilidad de los administradores, síndicos y consejeros de vigilancia. Sería casi seguro aplicable cuando la sociedad actuara “en circunstancias” de inexcusable infrapatrimonialización. (59, 157, 274/279, 280, 296, 297, 298 y concordantes de la L.G.S. y art. 173 y concordantes de la ley 24.522).
12. Como es obvio, se deben dar los presupuestos clásicos. Para que haya responsabilización debe existir una conducta culpable, un daño producido y una relación causal o “puente de plata” entre la actuación antijurídica y el daño.
13. La médula de nuestra idea, es que para emprender las actividades sociales se debe mantener un patrimonio social “razonablemente suficiente,” teniendo en cuenta las circunstancias que caracterizaran

a la situación de la sociedad. Pero esta afirmación la hacemos no para que se escuden en ella para impedir la inscripción de una sociedad en formación. Lo postulamos sólo para que los magistrados lo tengan en cuenta a la hora de juzgar los actos societarios y las conductas de los funcionarios. En síntesis, para aplicar los regímenes responsabilizatorios que el orden jurídico prevé.

14. Según fuera el caso, se podría aplicar un específico régimen responsabilizatorio o varios en confluencia. Cada “actor” debe ser responsabilizado según las funciones que tuviera a su cargo y considerando los deberes que le impusiera la ley. Es bueno recordar que todos los apartados del art. 54 de la ley de sociedades se refieren a la responsabilidad de socios y controlantes. Esta normativa, ubicada en la parte general, es aplicable a todos los socios, -incluso a los accionistas y a los cuotistas- aunque los dos primeros apartados sólo se aplican a la relación “sociedad/socio” o “sociedad/controlante”.

CAPÍTULO 2

RÉGIMEN JURÍDICO DE DOCUMENTACIÓN Y DE CONTABILIDAD, LAS UTILIDADES Y RESERVAS

I. RÉGIMEN JURÍDICO DE LA DOCUMENTACIÓN Y DE LA CONTABILIDAD.

Los comerciantes y por ende las sociedades tienen la obligación de llevar libros contables básicos obligatorios¹. Deben llevar cuenta de sus operaciones en forma organizada sobre una base contable uniforme que resultara de un cuadro verídico de sus negocios y una justificación clara de todos los actos susceptibles de registración contable. Dicha obligación se constituye en beneficio de la comunidad y del tráfico mercantil, en interés del comerciante (**permite el conocimiento del estado de evolución de sus negocios, sirve como prueba en caso de conflicto**) y facilita el ejercicio del derecho de información por parte de los socios-accionistas. Los asientos contables deben respaldarse con la documentación correspondiente. Los libros deben llevarse respetando los principios de uniformidad, veracidad, exactitud y claridad. Los libros obligatorios son el Diario (constan todas las operaciones de los comerciantes) y el libro de Inventario y Balances, a los que se debe adicionar como obligatorios algunos libros societarios que llevan un registro de la reunión de socios y de administrados y que varían de acuerdo a los tipos societarios². Deben permanecer en la sede social pudiendo excepcionalmente ser trasladados a otros lugares³. Asimismo el Art. 326 del Código Civil y Comercial Unificado, establece cuales son los

¹ Art. 43, del C.Com, artículo 321, del Código Civil y Comercial Unificado.

² Art. 322, del Código Civil y Comercial Unificado.

³ Art. 43 y siguientes del ex C.Com y Art. 325, del Código Civil Unificado.

estados contables básicos y la documentación respaldatoria que los mismos deben tener.

Existen un conjunto de normas contables aplicables en la Argentina y en el mundo, buscando en un lenguaje común la armonización en todas las partes del planeta.

Las normas contables vigentes son:

- a) Las Normas contables emitidas y adoptadas por la Junta de Normas de Contabilidad Financiera (F.A.S.B.) (Financial Accounting Standard Board) "...es un organismo del sector privado que adoptó y modificó normas contables para entidades no Gubernamentales. Adopta y emite las normas contables P.C.G.A (Principios de Contabilidad Generalmente aceptados) o USGAAP (Unites Stattes Generaly accepted Accounting Principles)..."⁴, "...Por disposición de Securistes And Exchange Commission (S.E.C) organismo regulador del mercado de valores en Estados Unidos de Norteamérica, las USGAAP son de aplicación obligatoria para las empresas del sector privado que coticen sus acciones en cualquiera de las bolsas de Estados Unidos y para los reportes que deban hacer las filiales extranjeras para sus reportes a las casas matrices..."⁵.
- b) Las normas contables emitidas por el Consejo de Normas Internacionales de Contabilidad (I.A.S.B). (Internacional Accounting Standard Board ó Junta de Normas Contables Internacionales). Es un organismo del sector privado que desde el año 2001 comenzó la revisión de las normas Internacionales conocidas como NIC (o I.A.S. de acuerdo a sus siglas en inglés). Desde el año 2004 dicta nuevas normas contables. Al conjunto de Normas Contables Emitidas y Adoptas por las I.A.S.B se las conoce como N.I.I.F. (Normas Internacionales de Información Financiera) o en inglés I.F.R.S. (Internacional Financial Reporting Standars). "...Estas normas son

⁴ CASINELLI, Hernán Pablo, Contabilidad para Usuarios Externos, pág.39, Ed Aplicación Tributaria S.A., Buenos Aires, 2008.

⁵ CASINELLI, Hernán Pablo, Contabilidad para Usuarios Externos, pág. 40, Ed. Aplicación Tributaria S.A., Buenos Aires, 2008.

obligatorias para las empresas que realicen sus ofertas de acciones en cualquier Bolsa de la Unión Europea y para los reportes que sus filiales del extranjero hacen a sus casas matrices radicadas en ella a partir del 1 de enero del 2005. A raíz del Reglamento número 1-606/2002 (CE) del Parlamento Europeo⁶.

- c) Las normas contables de la Federación Argentina de Consejos Profesionales de Ciencias Económicas (F.A.C.P.C.E.) que incluyeron las normas I.A.S.B. como normas supletorias a partir de la reforma de la resolución número 312/2005. Obligatorias para entes radicados en Argentina.

II. UTILIZACIÓN DE MEDIOS MECÁNICOS

Se permite que el libro diario sea llevado por medios mecánicos u otros (**actualmente mediante sistemas de contabilidad computarizados con soporte en cd o disco óptico**) y también el reemplazo de los asientos diarios por globales mensuales. Para ello, **-mediante el órgano de administración o de la asamblea y con dictamen técnico favorable (perito contador y cuentas acreedoras y deudoras para su posterior verificación.)**. La sociedad debe solicitar la autorización de este tipo de sistemas para el llevado del libro diario a la autoridad de aplicación (art. 61 de la L.G.S.). Asimismo el art. 329 del Código Civil y Comercial unificado, amplia la posibilidad de llevar ordenadores y otros medios mecánicos, magnéticos o electrónicos y conservar la documentación en soporte no papel. Se establece que deben permanecer en la sede social, lo que hace pensar que para el supuesto de ser informáticos les estaría prohibido ser llevados en la nube. Esta exigencia encuentra su fundamento en asegurar la posibilidad de verificación y la imposibilidad de cambio, adulteración o sustitución de las registraciones u operaciones⁷.

⁶ CASINELLI, Hernán Pablo, Contabilidad para Usuarios Externos, pág. 41, Ed. Aplicación Tributaria S.A., Buenos Aires, 2008.

⁷ VERÓN, Alberto Víctor, Sociedades Comerciales, t. I, pág. 474 y pág. 499 Ed. Astrea Buenos Aires, 1982.

III. LOS ESTADOS CONTABLES

Representan a la sistematización de las operaciones realizadas durante el transcurso del ejercicio, encontrándose reglados en el Art. 326 del Código Civil y Comercial Unificado, siendo obligatorio como mínimo un estado de situación patrimonial y el estado de resultados que deben asentarse en el registro de inventarios y balances.

Los estados contables tienen por objetivo:

- a) Suministrar información útil para la toma de decisiones.
- b) Proporcionar datos necesarios para que potenciales inversores o acreedores evalúen la capacidad de la compañía para generar utilidades.
- c) Brindar información para evaluar el flujo de fondos esperado.
- d) Proveer información para evaluar
- f) Constituir una fuente de información para la economía nacional
- g) Constituir algo similar a una rendición de cuentas de los administradores.
- h) Permitir evaluar la relación entre el patrimonio y el capital.
- i) Demostrar la existencia de ganancias y por lo tanto hacer posible su distribución.
- j) Servir para establecer el reembolso del valor de la parte social de los socios recedentes.
- k) Contener los parámetros para aprobar –o para impugnar– las cuentas de la gestión de los administradores. (Art. 234 L.S.) Su confección debe ser anual.

III.a) ESTADOS CONTABLES BÁSICOS

La ley de sociedades establece que las sociedades por acciones y las sociedades de responsabilidad limitada incluidas en el art 299 inc. 2 de la L.S. deben confeccionar los estados contables básicos obligatorios. Se consideran incluidas las Sociedades Anónimas con Participación Estatal Mayoritaria, las Sociedades en comandita por Acciones, las constituidas en el extranjero, las de Economía Mixta y las Sociedades del Estado. La ley no hace mención a los otros tipos sociales a los que les basta cumplir con las exigencias del ex Código de Comercio (Arts. 51 y 52), hoy Art. 326 del Código Civil y Comercial Unificado⁸. **Los estados contables básicos son denominados comúnmente como balances de ejercicio en contraposición a los balances especiales como de fusión, escisión, transformación, liquidación, etc.** La ley no ha establecido una composición del balance sino requisitos esenciales que se deben respetar: verdad y evidencia.⁹ Con el mismo criterio se adicionan **claridad, exactitud y uniformidad de criterios de valuación**¹⁰.

⁸ FARGOSI, Horacio P, Anotaciones sobre la documentación y contabilidad en la ley de sociedades comerciales Buenos Aires, LA LEY 147, 957-Derecho Comercial Sociedades Doctrinas Esenciales t II, pág. 499.

⁹ DE GREGORIO, Alfredo, Los balances de las sociedades anónimas, su régimen jurídico, Prólogo del autor a esta edición argentina Traducido de la segunda edición Italiana y anotado con Legislación Argentina por BOBADILLA ,Francisco y CASSE, Julio H., pág. 200, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1950. ZALDIVAR, Enrique, Cuadernos de derecho Societario, t. I, pág. 345, Ed. Abelardo Perrot, Buenos Aires, 1978, CABANELLAS DE LAS CUEVAS, Guillermo, Derecho societario Contabilidad y Documentación Societaria, t. VII, págs. 107 y 234, Ed. Heliasta, Buenos Aires, 1999. HALPERIN, Isaac, "Sociedades Anónimas" pág. 482, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1975. Nos refiere a Claridad, Veracidad y Sinceridad. GRISPO, Jorge Daniel, Tratado sobre la ley de sociedades comerciales, t. I, pág.717, Ed. Ad Hoc, Buenos Aires 2005. ROITMAN, Horacio, Ley de Sociedades Comerciales Comentada, t. II, pág. 54, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2006.

¹⁰ VÍTOLO, Daniel Roque, Sociedades Comerciales, ley 19550 comentada, t. II, pág. 56, Ed. Rubinzal Culzoni, Buenos Aires, 2007.

En la actualidad el Código Civil y Comercial Unificado hace referencia al sistema de contabilidad para todas las personas jurídicas, por ende de aplicación para las sociedades y corporaciones. De esta forma se refiere en los Art.s 320 y siguientes, estableciendo normas similares.

Los estados contables básicos son:

- a) Estado de Situación Patrimonial o Balance General. (art 63 de la L.G.S. y 326 de CCN).-
- b) Estado de Origen y Aplicación De Fondos (lo pueden solicitar los organismos de contralor especializados).
- c) Estado de Resultados (art. 64 de la L.S y 326 del CCN)
- d) Estado de Evolución del Patrimonio Neto. (art. 64 II de la L.G.S.)
- e) Notas y Cuadros Anexos a los Estados Contables, si correspondiere (art 65 de la L.G.S.).
- f) Estados contables consolidados si correspondiere (art. 62 de la LG..S.)
- g) Informe de la sindicatura de existir (art. 294. inc. 5 de la L.G.S.).

Los estados contables deben ser preparados y proyectados por el órgano administrador para poder ser presentados a los socios/accionistas para su consideración y posterior aprobación por la asamblea¹¹. Similares requisitos establece la legislación Española¹².

La ley establece la posibilidad de consignar en rubros de conceptos diversos, partidas de poca importancia o monto, similar norma existe en la legislación Española¹³. Situación que ha dado lugar en la práctica, a que se escondan partidas bajo esta caracterización. Cuando el balance ha sido

¹¹ FARGOSI, Horacio P., El directorio ¿aprueba el balance? Buenos Aires, LA LEY 2003-E, 1242-Derecho Comercial Sociedades Doctrinas Esenciales, t. III, pág. 703.

¹² Art. 254, del Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital. BOE núm. 161 de 03 de Julio de 2010.

¹³ Art. 256, del Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital. BOE núm. 161 de 03 de Julio de 2010.

aprobado con fraude o error, esto es, no es sincero, puede y debe ser rectificado¹⁴.

III.b) LA MONEDA HOMOGÉNEA

La Moneda homogénea es la moneda expresada en el poder adquisitivo de un momento determinado (cierre de ejercicio); considera los efectos de la inflación; (moneda constante, moneda corriente, moneda de cierre), mientras que la moneda heterogénea es la moneda expresada en el poder adquisitivo de cada momento; se trata de mediciones originales; no considera los efectos de la inflación; (moneda nominal, moneda de origen).

Los estados contables deben ser llevados en moneda constante conforme la ley general de sociedades en su Art. 62. De esta manera se recepciona legislativamente existiendo la misma preocupación en la doctrina. Con esto se evita que los balances se presenten a valores históricos y se admiten las recomendaciones de la autoridad de aplicación de ajustarse por inflación.

Si bien se estableció la moneda homogénea en la ley de sociedades, este concepto se encontraba con anterioridad establecido en nuestra legislación en las leyes 15.272 (del año 1959), 17.335 (del año 1967) de revaluó contable de activos fijos, 19.742 (del año 1972), se revaluaban bienes amortizables. Estas leyes coinciden con la corriente del Consejo Profesional de Ciencias Económicas que busca revitalizar un régimen de ajuste integral establecido en las resoluciones técnicas números 2 del Instituto Técnico de Contadores, 25 (del año 1976), 105 (del año 1976), 99 del (del año 1978) , 6 (del año 1984), 8 y 9 (del año 1987) del Consejo

¹⁴ HALPERÍN, Isaac, OTAEGUI, Julio C., Sociedades Anónimas, pág. 612, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1998. CABANELLAS DE LAS CUEVAS, Guillermo, El contrato de sociedad, t. VII, pág. 311, Ed. Heliasta S.R.L., Buenos Aires, 1994.

Profesional de Ciencias Económicas de la Capital Federal y 12 (del año 1986) de la Inspección General de Justicia¹⁵.

La ley 23.928 deroga a partir del primero de abril de 1991 todas las normas que proponían la indexación. Durante un tiempo, la doctrina considero que esta norma no debería aplicarse a los estados contables por varias razones- no se encontraban mencionados-, los estados contables debían reflejar la realidad económica, de suspenderse las ganancias y pérdidas que se obtuvieran por tenencia de activos o pasivos monetarios no quedarían reflejados en los balances distorsionando la realidad¹⁶. La cual no fue escuchada suspendiéndose la aplicación de la actualización de los estados contables de manera definitiva por el decreto número 316/95¹⁷. Con la salida de la convertibilidad se dictó un decreto 1269/ 2002 por el que se establecía que el Art. 10 de la ley 2.3918 no era de aplicación para las sociedades comerciales e instruye a los organismos a controlar para que dicten las reglamentaciones pertinentes a los fines de la recepción de los balances o estados contables confeccionados en moneda constante. ⁸₁

Como consecuencia de los avatares económicos de nuestro país, dicho norma ha sido reglamentada, suspendida en algunos períodos y entrado en vigencia en otros. En la actualidad el Poder Ejecutivo dictó el decreto 664/03 que revivió el art. 10 de la ley 23.928 en el que se recomienda a las autoridades de contralor que los balances o estados contables deben cumplir con dicha norma que deja sin efecto la aplicación del texto del Art. 62 *in fine*¹⁹. La resolución de la IGJ 7/2005 y modificatorio de la 4/03, la resolución técnica número 19 de la Federación de Consejos

¹⁵ VÍTOLO, Daniel Roque, Sociedades Comerciales, ley 19550 comentada, t. II, pág. 26 y sig. Ed. Rubinzal Culzoni, Buenos Aires, 2007.

¹⁶ VÍTOLO, Daniel Roque, Sociedades Comerciales, ley 19550 comentada, t. II, pág. 29, Ed. Rubinzal Culzoni, Buenos Aires, 2007.

¹⁷ VÍTOLO, Daniel Roque, Sociedades Comerciales, ley 19550 comentada, t. II pág. 30, Ed. Rubinzal Culzoni, Buenos Aires, 2007.

¹⁸ VÍTOLO, Daniel Roque, Sociedades Comerciales, ley 19550 comentada, t. II pág. 36 Ed. Rubinzal Culzoni, Buenos Aires, 2007.

¹⁹ VÍTOLO, Daniel Roque, Sociedades Comerciales, ley 19550 comentada, t. II, pág. 36, Ed. Rubinzal Culzoni, Buenos Aires, 2007.

Profesionales de Ciencias Económicas dejan sin efecto el método de re-expresión de los estados contables en moneda homogénea.²⁰ El mismo texto se reproduce en el Art. 312 de la resolución de la Inspección General de Justicia 7/2015. Esta situación perjudica el cálculo del receso y la información a los accionistas, entre otros.

Un balance sin ajustar tiene como consecuencia que los activos y²¹ pasivos no expongan el verdadero valor: se comparan ingresos en moneda de hoy (ventas) con costos a moneda histórica (compra); no se discriminan elementos que parcialmente acusan los efectos de la inflación; tampoco se tiene en consideración el resultado de la desvalorización de la moneda. De esta forma el balance no refleja la situación patrimonial al estar en el inscriptos elementos patrimoniales heterogéneos correspondientes a diferentes poderes de adquisición de la moneda existentes en cada momento de adquisición y registro contable. La cuenta resultados no

²⁰ MD 41/03, Establecer, en relación con la Sección 3, punto 3.1. “expresión en moneda homogénea” de la resolución técnica número 17. Normas contables profesionales, “desarrollo de cuestiones de aplicación general” (t.o. resol. CD 87/03), que dispone la utilización de moneda nominal como moneda homogénea- y hasta tanto este Consejo se expida nuevamente al respecto- que a partir del 1 de Octubre de 2003, debe discontinuarse la aplicación de la re expresión moneda homogénea prevista en la resolución técnica 6. “Estados contables a moneda homogénea”/t.o. res. cd 87/03) por entender que el país presenta un contexto de estabilidad monetaria. Art.2. Derogar la resolución MD 10/03, para los ejercicios cerrados a partir del 30 de Septiembre de 2003. Resolución 7/2005 I.G.J. Discontinuación de la re expresión en moneda homogénea. Art. 268 Resolución. 7/2015. Art. 312.– Las sociedades por acciones y las de responsabilidad limitada cuyo capital alcance el importe fijado por el Art. 299, inciso 2º, de la Ley Nº 19.550, exceptuadas aquellas sujetas a regímenes legales de fiscalización especial, deben confeccionar sus estados contables cuyo cierre se haya producido a partir del 1º de marzo de 2003, sin aplicación, a todos los efectos, del método de reexpresión de estados contables en moneda homogénea establecido por la Resolución Técnica Nº 6 de la Federación Argentina de Consejos Profesionales de Ciencias Económicas y sus modificatorias, aprobadas por el Consejo Profesional de Ciencias Económicas de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. No se aceptará la presentación de aquellos estados contables correspondientes a ejercicios económicos completos o por períodos intermedios, que contengan actualizaciones o ajustes posteriores a la fecha indicada. En nota a los estados contables se dejará constancia del método de ajuste utilizado hasta el día 28 de febrero de 2003, así como de la aplicación de lo dispuesto en el primer párrafo a partir del día 1º de marzo de 2003.

²¹ VERÓN, Alberto Víctor, *Sociedades Comerciales*, t. I, pág. 548, Ed. Astrea, Buenos Aires, 1982.

ilustra sobre los resultados en términos reales. La cuenta pérdidas y ganancias refleja resultados ficticios, se aconseja ajustar los estados contables en supuestos de tasas de inflación superior a los diez dígitos²².

En consecuencia indica este autor que los estados contables pierden su eficacia informativa, y por ende la posibilidad de comparación entre los mismos de diferentes sociedades y puede llevar a distribuir dividendos ficticios con el riesgo de descapitalizar a la sociedad²³.

Para Fernández del Pozo en el derecho español se produce una revalorización contable que persigue la corrección de la pérdida del valor significativo de los estados contables paliando el impacto de la inflación, que en ningún caso pueda exceder del valor del mercado de los elementos patrimoniales actualizados teniendo en cuenta su estado de uso en función de sus desgastes técnicos y económicos y de la utilización que de ellos se haga²⁴.

²² Ver FERNÁNDEZ DEL POZO, Luis, *Las reservas atípicas, las reservas del capital y de técnica contable en las sociedades mercantiles*, pág. 269, Ed. Marcial Pons, Barcelona, 1999. En el derecho español Fernández del Pozo, enfatiza los efectos nocivos de la inflación sobre los estados contables de esta forma manifiesta que, “...el balance no refleja la situación patrimonial al estar en el inscriptos elementos patrimoniales heterogéneos correspondientes a diferentes poderes de adquisición de la moneda existentes en cada momento de adquisición y registro contable. En estos casos, enfatiza que la cuenta resultados no ilustra sobre los resultados en términos reales. La cuenta pérdidas y ganancias refleja resultados ficticios porque desprecia los efectos de la inflación sobre los gastos (menor gasto derivado de las amortizaciones insuficientes sobre valores históricos y no de reposición o de mercado) y sobre ingresos (se está anticipando el impuesto sobre los beneficios al tributar en exceso cuando se gravan cuentas nominales)...”. La pérdida de información de los estados contables depende del nivel de inflación y del sector, considera que “...tasas de inflación anual superior a dos dígitos hacen aconsejable ajustar los estados contables por inflación, para evitar distribuir dividendos descapitalizando a la sociedad...”.

²³ FERNANDEZ DEL POZO Luis, *Las reservas atípicas, las reservas del capital y de técnica contable en las sociedades mercantiles*, pág. 269, Ed. Marcial Pons, Barcelona, 1999.

²⁴ Ver FERNANDEZ DEL POZO Luis, *Las reservas atípicas, las reservas del capital y de técnica contable en las sociedades mercantiles*, pág. 269, Ed. Marcial Pons. Barcelona 1999. Manifiesta el autor citado que “...En procesos inflacionarios en el derecho español se produce una revalorización contable. Mediante la revalorización se permite el afloramiento contable de las plusvalías monetarias. La revalorización es instrumento de técnica contable que persigue la corrección de la pérdida del valor

Asimismo también los estados contables, pueden sufrir variaciones como consecuencia de alteraciones del alza del valor real o de mercado, plusvalía originada por causas excepcionales como por ejemplo, que un inmueble pase de zona industrial a residencial, cambio de naturaleza económica o calificación del inmueble, recalificación del suelo.

La revalorización libre de los bienes se admitió por lo general en el derecho fiscal en países como España, también se encuentra autorizada en nuestro país debiendo contabilizarse de manera especial en el patrimonio neto sin modificar el capital social.

La cuenta de revalorización en el derecho español es una verdadera reserva y por tanto indisponible y tiene relevancia sustantiva a los efectos de la determinación del patrimonio neto (aplicación de resultados, reducción del capital, transformación, disolución por pérdidas.), siendo la capitalización el destino natural de esta reserva,²⁵ el mismo criterio tiene en nuestro derecho la cuenta ajuste de capital.

En nuestro derecho como lo manifestáramos, el ajuste por inflación, se encuentra discontinuado desde el año 2003, por lo que los estados contables que se confeccionan en la actualidad no se realizan en manera homogénea. Asimismo, tampoco es de aplicación obligatoria en nuestro país la revalorización de los bienes. Sin perjuicio ello, existen algunos bienes del activo que se valúan a valores diferentes en cada ejercicio, tema que desarrollaremos en extenso en el presente capítulo en el tema X de este trabajo. Esto es lo que demostraremos lleva a que los estados

significativo de los estados contables formulados bajo el presupuesto de la estabilidad monetaria. En estos casos la reserva de revalorización refleja en el Derecho Español el impacto de la inflación y corrige la aplicación del principio contable del precio de adquisición...”, la ley persigue que “... la cuenta de reserva de revalorización registra en sustancia el importe de una diferencia contable representativa del importe de la plusvalía debido a una depreciación monetaria sin que en ningún caso pueda exceder del valor del mercado de los elementos patrimoniales actualizados teniendo en cuenta su estado de uso en función de sus desgastes técnicos y económicos y de la utilización que de ellos se haga...”.

²⁵ FERNANDEZ DEL POZO, Luis, Las reservas atípicas, las reservas del capital y de técnica contable en las sociedades mercantiles, pág. 295, Ed. Marcial Pons, Barcelona, 1999.

contables no reflejen la verdadera utilidad existente y por ende motivo de distribución entre los socios. **No hay norma contable que aplique ajuste por inflación en la actualidad**²⁶.

²⁶ Situación normativa vigente al 01-08-15. RT 16. 6.1. Unidad de medida. Los estados contables deben expresarse en moneda homogénea, de poder adquisitivo de la fecha a la cual corresponden. En un contexto de estabilidad monetaria, como moneda homogénea se utilizará la moneda nominal. RT 17 (modificada por RT 39) 3.1. Expresión en moneda homogénea En un contexto de estabilidad monetaria, se utilizará como moneda homogénea a la moneda nominal. En un contexto de inflación, los estados contables deben expresarse en moneda de poder adquisitivo de la fecha a la cual corresponden. A este efecto deben aplicarse las normas contenidas en la Resolución Técnica N° 6 (Estados contables en moneda homogénea). Un contexto de inflación que amerita ajustar los estados contables para que los mismos queden expresados en moneda de poder adquisitivo de la fecha a la cual corresponden, viene indicado por las características del entorno económico del país, entre las cuales se evaluarán, entre otras, las siguientes: a) la tasa acumulada de inflación en tres años, considerando el índice de precios internos al por mayor, del Instituto Nacional de Estadísticas y Censos, alcanza o sobrepasa el 100 %; b) corrección generalizada de los precios y/o de los salarios; c) los fondos en moneda argentina se invierten inmediatamente para mantener su poder adquisitivo; d) la brecha existente entre la tasa de interés por las colocaciones realizadas en moneda argentina y en una moneda extranjera, es muy relevante; y e) la población en general prefiere mantener su riqueza en activos no monetarios o en una moneda extranjera relativamente estable. La expresión de los estados contables en moneda homogénea cumple la exigencia legal de confeccionarlos en moneda constante. RT 6 IV.B.13. Interrupción y posterior reanudación de los ajustes Cuando una entidad cese en la preparación y presentación de estados contables elaborados conforme a lo establecido en esta norma, deberá tratar a las cifras reexpresadas por el cambio en el poder adquisitivo de la moneda hasta el momento de interrupción de los ajustes como base para los importes de esas partidas en sus estados contables subsiguientes. Si en un período posterior fuera necesario reanudar el ajuste para reflejar el efecto de los cambios ocurridos en el poder adquisitivo de la moneda, los cambios a considerar serán los habidos desde el momento en que se interrumpió el ajuste. La reanudación del ajuste se aplica desde el comienzo del ejercicio en el que se identifica la existencia de inflación tiene como objetivo efectuar ciertas aclaraciones respecto de información que se está difundiendo en distintos medios (página web de la FACPCE, comunicaciones de Consejos Profesionales provinciales, Errepar, Instituciones que promocionan seminarios sobre el tema, etc) sobre una posible reanudación del ajuste por inflación en estados contables anuales cerrados a partir del 31 de diciembre de 2016. Las aclaraciones son las siguientes: (a) La información que se difunde indica que la FACPCE convocó el pasado 28 de Julio pasado a una reunión de Presidentes de los Consejos Profesionales de Ciencias Económicas y que estos resolvieron la reanudación del ajuste; sin embargo, esa decisión no fue unánime y tampoco existe acuerdo sobre los eventuales próximos pasos (ajuste integral o simplificado, informe del auditor cuando una entidad

III.c) SOCIEDADES CONTROLADAS

Las sociedades generales que poseen control jurídico en los términos del art. 33 de la ley general de sociedades deben presentar estados anuales consolidados como información complementaria a los efectos de demostrar a los terceros la situación económica y patrimonial del grupo. Los mismos tienen por fin la combinación de todos los balances de la totalidad de las sociedades que componen el grupo con compensación de las cuentas internas entre ellas²⁷. Un requisito básico para que la consolidación arroje resultados significativos es que se utilice moneda homogénea en los distintos estados que se consolidan, con similares criterios contables para la confección de cada uno de ellos y, que se segregue el patrimonio de los socios ajenos al grupo.

deba preparar estados contables de conformidad con las normas de un regulador que no acepta el ajuste por inflación, etc). (b) La reanudación del ajuste no tiene efecto hasta que la Mesa Directiva de la FACPCE emita una Resolución que apruebe la reanudación del ajuste ad-referéndum de la aprobación final de la Junta de Gobierno y, adicionalmente, la implementación efectiva de la reanudación del ajuste en cada jurisdicción depende de la adopción que por Resolución propia efectúe el correspondiente Consejo Profesional.(c) En función a la información recibida, el CPCECABA no adoptaría la Resolución que pudiera emitir la Mesa Directiva de la FACPCE.(d) La información de los principales reguladores nacionales, indica que ellos están en la misma línea del CPCECABA y, adicionalmente, siguen legalmente imposibilitados de aceptar estados contables ajustados por inflación mientras esté vigente el Decreto 664/2003, el cual no avizoran que vaya a ser derogado.(e) Grupos de trabajo de organismos internacionales monitorean la inflación de todos los países incluyendo a Argentina y llegarán en los próximos meses a una conclusión sobre si en nuestro país corresponde incorporar el ajuste por inflación en los estados contables preparados de conformidad con NIIF, por cumplirse las condiciones establecidas en la NIC 29.

²⁷ HALPERÍN, Isaac; OTAEGUI, Julio C., *Sociedades Anónimas*, pág. 612, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1998. Conforme Otaegui "...Esta norma refuerza la consideración de la controlante con la subordinada como si fuera una sola empresa...". VÍTOLO, Daniel Roque, *Sociedades Comerciales, ley 19550 comentada*, t. II, pág. 41, Ed Rubinzal Culzoni, Buenos Aires, 2007.

IV. MEMORIA ADMINISTRADORES (ART 66).

La Memoria es una información complementaria de los estados contables, no integra los estados contables básicos y tiene por fin informar a los accionistas sobre la gestión pasada, actual y prospectiva de la sociedad²⁸. Es confeccionada por el directorio y aprobada juntamente con todos los estados contables básicos. Debe bastar para que el socio acceda a una información completa y cabal del estado de situación patrimonial y de los resultados obtenidos durante el período en examen,²⁹ sirve para que el socio pueda interpretar el balance³⁰.

La memoria habida cuenta de que implica una información complementaria, debe versar sobre el ejercicio vencido y sobre los siguientes y su insuficiencia y vaguedad puede ocasionar la nulidad de la decisión asamblearia que aprueba los estados contables³¹. De la memoria

²⁸ VERÓN, Alberto Víctor, *Estados Contables y libros de comercio* citado por NISSEN, Ricardo A, *Ley de Sociedades Comerciales*, t. I. pág. 718, Ed. Astrea, Buenos Aires, 2010. VERÓN, Alberto Víctor, *Sociedades Comerciales*, t. I pág. 675, Ed. Astrea, Buenos Aires, 1982. HALPERÍN, Isaac; OTAEGUI, Julio C., *Sociedades Anónimas*, pág. 607, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1998. CABANELLAS DE LAS CUEVAS, Guillermo, *Derecho societario Contabilidad y Documentación Societaria* t. VII, pág. 464, Ed. Heliasta, Buenos Aires, 1999. GRISPO, Jorge Daniel, *Tratado sobre la ley de sociedades comerciales*, t. I, pág.760 y 764, Ed. Ad Hoc, Buenos Aires, 2005. HALPERIN, Isaac "Sociedades Anónimas" pág. 506, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1975. MARTORELL, Ernesto, *Tratado de derecho Comercial*, t. VI, pág. 497, Ed. La Ley. Buenos Aires, 2011. VÍTOLO, Daniel Roque, *Sociedades Comerciales, ley 19550 comentada*, t. II pág. 76, Ed Rubinzal Culzoni, Buenos Aires, 2007.

²⁹ LOSICER, Jorge Alberto, *La memoria de ejercicio un elemento esencial de los estados contables*, t III, pág. 407, VI Congreso Argentino de Derecho Societario y II Congreso Iberoamericano de derecho societario y de la empresa.. 1995, HALPERIN, Isaac "Sociedades Anónimas" pág. 507, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1975.

³⁰ GRISPO, Jorge Daniel , *Tratado sobre la ley de sociedades comerciales*, t. I, pág. 760, Ed. Ad Hoc, Buenos Aires 2005.ZALDIVAR, Enrique, MANÓVIL, Rafael, RAGAZZI, Guillermo; ROVIRA, Alfredo L. y SAN MILLAN, Carlos, "Cuadernos de Derecho Societario", t I, pág. 350, Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1978.

³¹ NISSEN, Ricardo A., *Ley de Sociedades Comerciales*, t. I pág. 719, Ed. Astrea, Buenos Aires, 2010.

deben surgir las variaciones significativas en el activo y pasivo de la sociedad; los gastos y ganancias extraordinarias y su origen; las razones por las cuales se propone la constitución de reservas debidamente explicadas; las causas por las cuales se propone la distribución de dividendos o de ganancias de otra forma que no sea en efectivo; las relaciones con las sociedades controlantes, controladas o vinculadas.

La jurisprudencia ha manifestado que los eventuales defectos de la memoria presentada en la asamblea societaria, junto con el balance de ejercicio, no configuran por sí solos la gravedad y el peligro que torna procedente la suspensión cautelar de los efectos de dicha asamblea -art. 252, ley de sociedades comerciales³². En el derecho español se debe informar de manera especial en la memoria, los supuestos de revalorización del balance³³. En nuestro derecho como lo indicáramos, esta circunstancia se encuentra prohibida desde el año 2003. La resolución 7/2015 de la Inspección General de Justicia, en su Art. 307, establece sendos requisitos que debe contener de manera obligatoria, pudiendo presidir de los mismos –siempre que una Asamblea unánime dispense a los administradores de confeccionar la Memoria con los requisitos que indica la Inspección General de Justicia– y cumplir solamente con la normativa del art 66 de la L.G.S. para aquellas sociedades por acciones que no se encuentran comprendidas dentro del art. 299 de la L.G.S. y las sociedades de responsabilidad limitada cuyo capital alcance al indicado en el inciso 2º del mismo Art..

La memoria conforme la ley no reviste el carácter de un estado contable, sino información complementaria que también debe confeccionar el órgano de administración y presentar a los socios para su aprobación, siendo un elemento esencial que hace a tutelar el derecho de

³² Parodi, Juan C. c/ Instituto Cardiovascular de Buenos Aires S.A. • CNACo, sala D • 29/12/2004 DJ 2005-1, 984 • AR/JUR/4783/2004.

³³ FERNANDEZ DEL POZO, Luis, Las reservas atípicas, las reservas del capital y de técnica contable en las sociedades mercantiles, pág. 290, Ed. Marcial Pons, Barcelona, 1999. Art. 260, del Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital. BOE núm. 161 de 03 de Julio de 2010.

información de los socios.

Creemos que la memoria es un elemento sustancial para los accionistas al momento de tomar decisiones sociales, porque conlleva a tener un conocimiento claro, preciso, exacto, veraz y técnico de la situación de la sociedad actual y las perspectivas para un futuro. Atento ello consideramos que al ser obligatorio su presentación conjuntamente con los estados contables, la falta puede dar lugar a que se impugnen todos los estados contables en su conjunto, toda vez que en la misma se deben expresar la explicación sobre las ganancias y gastos, las razones por la cual se propone constituir reservas, y las causas por las cuales se propone distribuir las utilidades de otra forma que no sea en efectivo. Por el contrario, ante supuestos de errores, irregularidades, deficiencias o contradicciones con los estados contables, debemos analizar la magnitud e importancia de los mismos en cada caso para resolver si ello implica la impugnación de todos los estados contables.

V. ESTADO DE SITUACIÓN PATRIMONIAL O BALANCE GENERAL.

Es uno de los estados contables básicos. Se podría afirmar, uno de los más importantes. Es estático, se confecciona a una fecha determinada. Informa sobre el Activo, el Pasivo y el Patrimonio Neto, conforme Casal representan la situación financiera con la finalidad de que sea útil para los usuarios en la toma de decisiones económicas³⁴. La función del balance de

³⁴ PERCIAVALE, Marcelo, Ley de Sociedades Comerciales, pág. 119, Ed. Errepar, Buenos Aires, 2015. Conforme Armando Casal citado por Marcelo Perciavale "...son una representación estructurada de la situación financiera y del desempeño financiera de la entidad. Su objetivo es proveer información sobre la posición financiera, el desempeño financiero y los flujos de efectivo de una entidad, que sea útil para un rango de usuarios en la toma de decisiones económicas...". ZALDÍVAR, Enrique; MANÓVIL, Rafael; RAGAZZI, Guillermo; ROVIRA, Alfredo L. y SAN MILLAN, Carlos, "Cuadernos de Derecho Societario", t. I, pág. 341, Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1978. GRISPO, Jorge Daniel, Tratado sobre la ley de sociedades comerciales, t. I, pág. 723, Ed. Ad Hoc, Buenos Aires, 2005. VERÓN, Alberto Víctor, Sociedades Comerciales, t. I, pág. 543, Ed. Astrea, Buenos Aires, 1982. ROITMAN, Horacio,

ejercicio es señalar los cambios patrimoniales producidos en el mismo. El balance expone el estado patrimonial de la empresa en un momento determinado³⁵. Es su fotografía³⁶. Halperín indica que se deben tener en consideración tres elementos, solo figuran elementos mensurables en dinero, la valuación es arbitraria y la inclusión en el balance se hace sobre nociones jurídicas³⁷.

La ley establece en el art. 62, párrafos I, 64 punto II, 70 y 234 la anualidad del balance de ejercicio que no puede ser alterada por la sociedad. Es susceptible de modificación la fecha de cierre del ejercicio. El primer ejercicio siempre es irregular y puede ser de un período menor a un año, siendo imposible que sea superior a este.

Se consignan en el activo todas las cuentas demostrativas de la propiedad de la sociedad (**cosas, bienes, dinero en cartera o que le deben a la sociedad**). Se detallan en el pasivo todas las cuentas que reflejan las deudas de la sociedad a terceros. Se individualizan en el patrimonio neto todas las cuentas que reflejan lo que la sociedad le debe a los socios.

De esto surge que el activo es igual al pasivo más el patrimonio neto. Esta ecuación tiene su fundamento en que la sociedad puede tener bienes por dos causas:

a) porque no los pagó y se los debe a terceros (pasivo) o

Ley de Sociedades Comerciales Comentada, t. II, pág. 50 y 55, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2006.

³⁵ SUSSINI, Miguel, Los dividendos pág. 114, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1951. VÍTOLO, Daniel Roque, Sociedades Comerciales ley 19550 comentada t. II, pág. 24 Ed Rubinzal Culzoni, Buenos Aires, 2007.

³⁶ CHINDEMI, Marcela, El régimen de utilidades en las sociedades anónimas, pág. 83, Ed. Ad Hoc, Buenos Aires, 2004.

³⁷ HALPERIN, Isaac, Sociedades Anónimas, pág. 475, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1975 “ 1) que en el balance solo figuran elementos mensurables en dinero, 2) Toda valuación es siempre relativamente arbitraria. Si bien la L.S. no fija criterios de valuación, deben ajustarse a las normas técnicas y compete el deber de diligencia de los administradores, 3) La inclusión en el balance se hace siempre sobre la base de nociones jurídicas, y no solo económicas (porque no hay propiedad económica: el dominio es una noción jurídica; y así las demás correlativas que justifican la inclusión)...”.

b) porque los pagó con dinero correspondiente al aporte de los socios y se los debe a los socios (patrimonio neto)³⁸.

Es decir, $A = P + PN$.

A los efectos de comprender la ecuación y la realidad de la sociedad, se enuncia contablemente que en el patrimonio neto se contabilizan todas las cuentas que reflejan las deudas de la sociedad a los socios. Este es el modo en que la sociedad se financia y no significa por ende que los socios tengan derecho a exigir el cobro.

El criterio que utiliza la técnica contable para distinguir entre las cuentas del pasivo y del patrimonio neto, lo constituye en principio el sujeto beneficiario de las obligaciones asumidas por la sociedad: si las deudas fueron contraídas con terceros, ellas se asentarán en el pasivo social; por el contrario, si los acreedores son los mismos socios, estas deudas serán registradas en el patrimonio neto³⁹.

Tanto el activo como el pasivo se deben clasificar en corriente y no corriente. El primero podrá ser exigible al cierre o vencerá o será exigible dentro de los 12 meses posteriores al cierre del período (ejercicio). El segundo **-residualmente los no clasificados como corrientes-**, sirven para medir el grado de endeudamiento de la sociedad⁴⁰.

No se encuentra permitido compensar las partidas entre sí (art. 63, inc. 4 d).

³⁸ NISSEN, Ricardo A., La contabilidad creativa. Algunas reflexiones sobre la cuenta de resultados no asignados del patrimonio neto y otras partidas de los estados contables, Buenos Aires, LA LEY 2002-D, 180-Derecho Comercial Sociedades Doctrinas Esenciales, t. II, pág. 535.

³⁹ Loschi Aldo c/ Channel One S.A. y otros s/sumario", CNC Sala D 1993-2-25 (IMP, 1995-A, 399), citado por NISSEN, Ricardo A., La contabilidad creativa. Algunas reflexiones sobre la cuenta de resultados no asignados del patrimonio neto y otras partidas de los estados contables, LA LEY 2002-D, 180, Derecho Comercial Sociedades Doctrinas Esenciales, t. II, pág. 535.

⁴⁰ NISSEN, Ricardo A, Ley de Sociedades Comerciales, t I pág. 699, Ed. Astrea- Buenos Aires, 2010, VERÓN, Alberto Víctor, Sociedades Comerciales, t I pág. 622, Ed. Astrea, Buenos Aires, 1982.

V.a) Activo

El activo valúa la cantidad de riqueza de la sociedad y expone su composición. Comprende los bienes y derechos propiedad de la sociedad y las erogaciones que serán asignados a resultados de períodos futuros.⁴¹ Es un bien material o inmaterial que tiene valor: a) de cambio (canjeado por dinero o por otro activo o utilizado para cancelar una obligación o para distribuirlo a los propietarios del ente), b) valor de uso (empleado en alguna actividad productiva)⁴². Se deben establecer las cuentas con grado decreciente de realización.

Las cuentas del activo son:

A) Disponibilidades, Caja y bancos. Incluye dinero en efectivo en caja y bancos en el país y en el extranjero, valores o recaudaciones a depositar.

B) Inversiones: Se realizan con el ánimo de obtener un beneficio que no forma parte de los activos dedicados a la actividad principal del ente o para crear fondos específicos para establecer relaciones con otras compañías (mobiliarias, inmobiliarias, acciones, títulos públicos, bonos).

C) Créditos: Derechos de la sociedad contra terceros para percibir sumas de dinero u otros bienes o servicios. Los créditos por actividades habituales del ente deben discriminarse de los que no lo son (cuentas corrientes, documentos, con garantía, litigiosos).

D) Bienes de Cambio: Bienes destinados a la venta en el curso habitual de la actividad del ente o que se encuentran en proceso de producción para dicha venta, así como los anticipos a proveedores por las compras de los bienes (*mercaderías en reventa, productos*

⁴¹ VERÓN, Alberto Víctor, *Sociedades Comerciales*, t. I, pág. 581, Ed. Astrea, Buenos Aires, 1982.

⁴² FOWLER NEWTON, Enrique, *Cuestiones Contables Fundamentales*, pág. 93, Ed. Macchi, Buenos Aires, 2001.

terminados, productos en proceso, materias primas, materiales).

E) Bienes de Uso: Bienes tangibles destinados a ser utilizados en la actividad principal del ente y no a la venta habitual, incluye a los que están en construcción, tránsito o montaje y los anticipos a los proveedores por compras de estos bienes (amortizables, no amortizables y agotables).

F) Activos Intangibles: Son aquellos representativos de franquicias, privilegios u otros similares, incluye los anticipos por su adquisición, que no son bienes tangibles ni derechos contra terceros y que expresan un valor cuya existencia depende de la posibilidad futura de producir ingresos. 1) Susceptibles de enajenación por el ente (patentes, fórmulas y procesos secretos, marcas o nombres comerciales, derechos de edición, derechos de autor, concesiones y franquicias, derechos de pases de deportistas, derecho al uso de software, costos de investigación y desarrollo en curso); 2) Intangibles no susceptibles de enajenación por ente (Llave de negocio).

G) Otros Activos: Se incluyen los Activos no encuadrados en ninguna de las anteriores.

V.b) Pasivo

En el pasivo se consignan todas las deudas de la sociedad, los compromisos asumidos por el ente con los terceros⁴³ con un grado decreciente de exigibilidad (primero se consigna lo que debemos cancelar con anterioridad). Se debe establecer si son documentados con garantía real u otras (art.63 punto 4 Inc. b L.G.S.). La sociedad tiene pasivos cuando está obligada a entregar activos o prestar servicios a otra persona física o jurídica⁴⁴.

⁴³ MARTORELL, Ernesto, *Tratado de Derecho Comercial*, t. VI, pág. 485, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2011.

⁴⁴ FOWLER NEWTON, Enrique, *Cuestiones Contables Fundamentales*, pág. 93, Ed. Macchi, Buenos Aires, 2001.

Las cuentas del pasivo son:

A) Deudas: Obligaciones ciertas, determinadas o determinables. Se informarán por separado (**como pasivo corriente y no corriente**) están integrados por los saldos pasivos netos por impuestos diferidos que se hubiesen reconocido por la aplicación de la norma de Impuestos Diferidos, cuentas por pagar, préstamos, remuneraciones y cargas sociales, cargas fiscales, dividendos, anticipos de clientes, otros pasivos, ganancias diferidas..

B) Previsiones: Importes estimados para hacer frente a situaciones contingentes que probablemente originan obligaciones para la sociedad, art. 63 punto II inc I b L.G.S. (*Pueden ser incobrabilidad de cuentas de clientes, juicios o litigios iniciados por terceros, indemnizaciones por despidos, otorgamientos de garantías contra defectos de productos, otorgamientos de fianzas o garantías por operaciones de terceros, previsión, por divisas*).

C) Otros pasivos. Se pueden incorporar en este caso las ganancias diferidas.

D) Patrimonios de terceros sobre el patrimonio de las sociedades controladas.

(En el estado consolidado, la porción del P.N. de las sociedades controladas que sea propiedad de terceros ajenos al grupo económico debe ser expuesta como un capítulo adicional: “**participación de terceros en sociedades controladas**”.

V.c) Patrimonio Neto:

Está compuesto por el aporte de los propietarios y las ganancias retenidas⁴⁵. Se deben consignar los aportes de los socios y las ganancias no distribuidas. Conforme con el art. 63, punto 2, inc. II L.G.S., el balance

⁴⁵ MARTORELL, Ernesto, Tratado de derecho Comercial, t. VI, pág. 485, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2011.

debe suministrar la información referida al capital, reservas, resultados, y todo otro rubro que por su naturaleza sea incluido en cualquiera de éstos. Se expone en una sola línea, procediéndose a la apertura de su composición en el estado de evolución del patrimonio neto.

Sobre la composición de los rubros que integran el punto 2 inc II c) Nissen se enrola en una postura que asevera que las utilidades de ejercicios anteriores que se mencionan en este punto no se encuentran representadas por ganancias no distribuidas o resultados cuya distribución ha sido diferida. Toda vez, que para el mencionado autor, no pueden existir utilidades de ejercicios anteriores retenidas por la sociedad que no integren los rubros de reservas libres o facultativas cumpliendo para su constitución con los requisitos del art. 66 y 70 de la L.G.S.⁴⁶. De esta forma indica que la mención de estos rubros tiene su origen en el Código de Comercio donde se incluían dentro del pasivo en los balances a las deudas, provisiones, provisiones, capital, reservas, resultados y utilidades diferidas a realizar en ejercicios futuros. Asentándose las rentas percibidas por adelantado y las operaciones a realizar a largo plazo. De esta forma cita a Fowler Newton transcribiendo la resolución técnica número uno de la FACPCE quien sostenía “...que las ganancias diferidas son aquellos resultados que de acuerdo a prácticas arraigadas no se incluían en las ganancias del periodo, por estimarse que aún le faltaba algún requisito para su concreción. Por ejemplo las ganancias por tenencia de moneda extranjera...”⁴⁷. En la actualidad estos rubros se consideran ganancias liquidas y realizadas conforme lo analizaremos en el capítulo III, tema X. Verón y Otaegui entre otros se refieren a las mismas como ganancias diferidas siendo uno de los puntos más escabrosos en la contabilidad⁴⁸. Conforme el criterio de lo devengado las variaciones que deben contabilizarse son las del periodo sin importar si se hubieran pagado o

⁴⁶ NISSEN, Ricardo A, Las sociedades Comerciales t. I, pág. 705, Ed. Astrea, Buenos Aires, 2010.

⁴⁷ NISSEN, Ricardo A, Las sociedades Comerciales t. I, pág. 706, Ed. Astrea, Buenos Aires, 2010.

⁴⁸ HALPERÍN, Isaac, OTAEGUI, Julio C. Sociedades Anónimas, pág. 579, Depalma, Buenos Aires, 1998.

cobrado. Según el criterio de lo realizado las operaciones económicas solamente se pueden contabilizar cuando hubieran quedado perfeccionadas⁴⁹. Para Verón las llamadas ganancias diferidas son en realidad ganancias realizadas o sea perfeccionadas que no son asignables al ejercicio presente, para este autor constituyen una surte de pasivo técnico⁵⁰. Contrariamente a lo postulado por Nissen, Cabañeras de las Cuevas admite que dentro de este rubro se contabilicen los resultados no asignados y aquellos en los cuales su distribución se ha restringido por razones legales, contractuales o decisiones de los socios⁵¹. En la resolución 12/86 de la Inspección General de Justicia se admitía expresamente la existencia de resultados acumulados en los estados contables.

Creemos que en nuestra actual legislación resulta inadmisibles dejar resultados en la sociedad sin darle una afectación específica, y si esta fuere la decisión asamblearia consideramos que los socios están consintiendo su distribución.

Sobre la composición de los rubros que integran el punto 2 inc. II d) la doctrina cree que se encuentra integrada por rubros como prima de emisión, cuentas correspondientes a la adquisición de las propias acciones por la sociedad, amortización y rescate de acciones⁵².

Sobre todos estos temas volveremos a analizarlos en el Capítulo III tema IX y X.

⁴⁹ VERÓN, Alberto Víctor, *Sociedades Comerciales*, t. I, pág. 601, Ed. Astrea, Buenos Aires, 1982.

⁵⁰ VERÓN, Alberto Víctor, *Sociedades Comerciales*, t. I, pág. 601, Ed. Astrea, Buenos Aires, 1982

⁵¹ CABANELLAS DE LAS CUEVAS, Guillermo, *Derecho societario Contabilidad y Documentación Societaria*, t. VII, pág. 132, Ed. Heliasta, Buenos Aires, 1999.

⁵² NISSEN, Ricardo A, *Las sociedades Comerciales*, t. I, pág. 704, Ed. Astrea, Buenos Aires, 2010.

VI. ESTADO DE EVOLUCIÓN DEL PATRIMONIO NETO

El patrimonio neto lo conforman la diferencia entre el activo y el pasivo. Su obligatoriedad surge del art. 64 II. Es dinámico, expone aportes o retiros de capital, ganancias o pérdidas generales y ganancias distribuidas, permite la observación de modificaciones cuantitativas del patrimonio neto durante el transcurso del ejercicio.

El Patrimonio Neto se detalla teniendo en consideración las posibilidades de su distribución, encontrándose integrado por los siguientes rubros:

A) Capital social: Dentro de este rubro se encuentran todos los aportes de los asociados (capital suscrito, aportes irrevocables ajuste al capital).

B) Primas de emisión.

C) Ganancias reservadas (reservas legales, estatutarias y facultativas).

D) resultados no asignados, no distribuidos.

Las partidas deben clasificarse como aportes de los propietarios y resultados acumulados⁵³.

Consideramos que se debe entender y ampliar el concepto de capital social con el sentido que se le dio en el primer capítulo del presente, conformado por: a) los aportes comprometidos o efectuados por los accionistas, estén o no representados por acciones. Estos comprenden 1) las acciones en circulación, 2) aportes irrevocables a cuenta de futuras emisiones de acciones, con las salvedades efectuadas. 3) primas de emisión, 4) negociación de acciones, 5) Fondos de reservas legales indisponibles para los socios. Sin perjuicio de lo cual, como lo manifestamos, nuestra legislación actual se considera capital social solamente el capital suscrito, ósea el conjunto de aportes de los socios.

⁵³ VERÓN, Alberto Víctor, *Los Balances, Tratado sobre los Estados Contables*, t. I, pág. 396, Ed. Errepar, Buenos Aires, 1997.

VII. ESTADO DE RESULTADOS

Expone las cuentas de ganancias y pérdidas en el período anual desde el día posterior al cierre del ejercicio anterior hasta el cierre del nuevo ejercicio⁵⁴. Es dinámico, suministra información de las causas que generaron el resultado atribuible al período. La cuenta de ganancias y pérdidas expone sumariamente la composición de las utilidades y las pérdidas verificadas durante el ejercicio⁵⁵. Para Cabanellas de las Cuevas, expresa las ganancias y pérdidas de un período y las acumuladas⁵⁶, "...Exhibe los diferentes elementos causa de la diferencia entre el activo y el pasivo del balance"⁵⁷. Para Vítolo expresa "...la diferencia entre los ingresos percibidos y los egresos devengados en un ejercicio económico..."⁵⁸.

En su estructura se deben diferenciar los resultados ordinarios de los extraordinarios⁵⁹. Los primeros comprenden todos los resultados del ente

⁵⁴ MARTORELL, Ernesto, Tratado de derecho Comercial, t. VI, pág. 490, Ed. La Ley. Buenos Aires, 2011.

⁵⁵ REYES VILLAMIZAR, Francisco, Derecho Societario, t. I, pág. 376, Ed. Temis S.A., 2004, Bogotá, Colombia. "...Los estados financieros permiten evaluar la situación económica de la sociedad, así como el estado general del patrimonio. De esta manera puede verificarse si en el ejercicio contable respectivo se produjeron utilidades. Esta información se comprueba en el estado de resultados (También conocido como estado de pérdidas y ganancias). Este último no solo permite determinar la situación de los negocios en el ejercicio respectivo, medido en términos de ingresos y egresos (y de este último los gastos, costos y provisiones)...". HALPERIN, Isaac "Sociedades Anónimas", pág. 480, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1975. VÍTOLO, Daniel Roque, Sociedades Comerciales, ley 19550, comentada, t. II, pág. 24, Ed. Rubinzal Culzoni, Buenos Aires, 2007.

⁵⁶ CABANELLAS DE LAS CUEVAS, Guillermo, El contrato de sociedad, t. VII, pág. 388, Ed. Heliasta S.R.L., Buenos Aires, 1994.

⁵⁷ SUSSINI, Miguel, Los dividendos, pág. 115, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1951.

⁵⁸ VÍTOLO, Daniel Roque, Sociedades Comerciales, ley 19550 comentada, t. II, pág. 67, Ed. Rubinzal Culzoni, Buenos Aires, 2007.

⁵⁹ HALPERIN, Isaac "Sociedades Anónimas" pág. 480, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1975, "... las ganancias y gastos extraordinarios del ejercicio, hace a la claridad y sinceridad de los estados contables, porque accionistas y terceros deben conocer y

del período excluyendo los resultados extraordinarios. Los segundos reflejan los resultados atípicos acaecidos en un período, infrecuentes generados por factores ajenos a decisiones propias del ente⁶⁰.

Para Carmen Casal los estados de resultados "...son aquellos estados contables básicos que brindan información acerca del resultado del ejercicio y de las causas generadoras del mismo, exponiendo los ingresos, ganancias, gastos y pérdidas que lo componen. Resulta ser, como el resto de los estados contables, un elemento fundamental para el análisis y toma de decisiones por parte de los usuarios, y en particular un elemento de consideración para evaluar el desempeño del ente emisor y la gestión de los administradores, no sólo teniendo en cuenta la situación actual, sino, y a partir de un análisis retrospectivo, poder llevar a cabo una tarea de proyección hacia el futuro..."⁶¹.

Los resultados ordinarios se comprenden en los siguientes rubros:

A) RESULTADO ORDINARIO

1. **Gastos de comercialización:** Realizados por el ente en relación directa con la venta y distribución de sus productos o de los servicios que presta.
2. **Gastos de administración:** No son atribuibles a las funciones de producción, comercialización, investigación y desarrollo y financiación de bienes o servicios.

fuerza de las utilidades y costos Para juzgar el ejercicio no es lo mismo la utilidad de la actividad normal que la resultante de la venta de un bien de uso valuado por su costo de adquisición años atrás, que incluso además de la utilidad distribuida puede enjuagar pérdidas no declaradas..."

⁶⁰ MARTORELL, Ernesto, Tratado de derecho Comercial, t. VI, pág. 490, Ed. La Ley. Buenos Aires, 2011.

⁶¹ CASAL, Carmen, Ponencia Presentada a XXXI Jornadas Universitarias de Contabilidad, que se celebraron en la Universidad Nacional, Septiembre de 2010, Catamarca.

3. Gastos de financiación.

4. Resultados de inversión en entes relacionados: Ingresos y gastos generados por inversiones en sociedades sobre las que se ejerce control, control conjunto o influencia significativa.

5. Resultados por tenencia: De activos y pasivos, Intereses, Diferencias de Cambio, Otros resultados de tenencia,

6. Otros ingresos y egresos.**7. Impuesto a la ganancia.**

En general los resultados ordinarios se definen por descarte, como aquellos acaecidos en el ejercicio y que no son extraordinarios.

B) RESULTADO EXTRAORDINARIO

La determinación de estos, resulta un tema altamente controvertido en estos momentos.

Si admitiéramos la distribución de ganancias extraordinarias estaríamos distribuyendo el capital social.

Es imprescindible, que el directorio aclare en los Estados Contables, en la Memoria, el origen ordinario o extraordinario de la ganancia conforme lo indica el Art. 64, inciso d, párrafo final de la L.G.S. y en el Derecho Español donde "...en la cuenta de pérdidas y ganancias debían figurar tanto el **-resultado de las actividades ordinarias-**, como los **-ingresos extraordinarios-**. Por lo que concluye que en el derecho español los beneficios se encontraban integrados por los incrementos patrimoniales del ejercicio cualquiera sea su origen⁶².

El art 64 inc. c) y d) de la L.G.S. Establece la obligatoriedad de consignar y detallar en el estado de resultados las ganancias y los gastos extraordinarios del ejercicio. Este se debe presentar de modo que muestre

⁶² DÍAZ ECHEGARAY, José Luis, El Derecho a Participar en los Repartos de las Ganancias Sociales, pág. 29, Ed. Thomson-Aranzadi, Madrid, 2006.

por separado las ganancias o pérdidas provenientes de operaciones ordinarias y de las extraordinarias. No podrán compensarse entre sí las distintas partidas⁶³.

Sin perjuicio de ello debemos resaltar que existen distintas posturas a los fines de caracterizar o definir un resultado como ordinario o extraordinario.

1. Una de ellas, se basa en la **frecuencia** o grado de ocurrencia del resultado. Se considera extraordinario aquel resultado de ocurrencia infrecuente en el pasado y que no tiene altas probabilidades de repetirse en el futuro. Es decir que lo ordinario depende del grado de ocurrencia, postura que es sostenida por varios autores Arreghini, Biondi, Ferrari, Fortini, Lobos, Ottone, Arreghini, y aparece en el informe 9 de la CEC⁶⁴. (**Por ejemplo venta de un activo no corriente, una planta de la sociedad, la expropiación de una inmueble por el Estado**)⁶⁵.
2. Otra postura considera que para ser extraordinario, un resultado no solo debe ser infrecuente, sino también inusual o de naturaleza

⁶³ HALPERIN, Isaac "Sociedades Anónimas" pág. 481, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1975.

⁶⁴ ARREGHINI, Hugo, citado por FOWLER NEWTON, Enrique, Contabilidad Superior, t. II pág. 1066, Ed Macchi, Córdoba, 2015. Citando a "ARREGHINI, Hugo, Estados Contables para Información Externa, Ed. El Coloquio, Buenos Aires, 1978, pág. 58 a 60, ARREGINI Hugo; FERRARI, Carlos; FORTINI Hernando L.; FOWLER NEWTON, Enrique; LOBOS, Rafael; OTTONE, Jorge, información que deben contener los estados contables, trabajo presentado al Primer Congreso Mundial de Contadores, Munich 1977, BIONDI, Mario, Tratado de Contabilidad Intermedia o Superior Tercera edición, Ediciones Machi, Buenos Aires, 1990, y FORTINI, Hernando L.; FOWLER NEWTON, Enrique, Resultados extraordinarios y ajustes de ejercicios anteriores, Administración de empresas Vol VI-A (abril septiembre 1975) pág. 55.

⁶⁵ Ver CHARPENTIER Y HAMELIN citado por SUSSINI, Miguel, Los dividendos pág. 108, Ed. Depalma Buenos Aires 1951 "...Las utilidades pueden provenir de la explotación misma del negocio o de un acto extraordinario como la reventa con beneficio de un bien del activo...".

atípica (no vinculado con la actividad principal del ente)⁶⁶.

Debe ser inusual⁶⁷. Biondi y Zandona citado por Casal resume las características de los resultados en cuestión diciendo que deben ser fortuitos, incidentales, no repetitivos, debiendo ostentar además una incidencia significativa en los resultados del ejercicio sean operativos o no operativos⁶⁸.

3. Una tercera postura sostenida por las Normas Contables Profesionales vigentes en nuestro país, establece que son resultados extraordinarios todos aquellos **atípicos y excepcionales** acaecidos durante el periodo, de suceso infrecuente en el pasado y de comportamiento similar esperado para el futuro, **generados por factores ajenos a las decisiones del propio ente**. Quedarían encuadrados solamente las expropiaciones de activos y siniestros.

Asimismo, tenemos la siguiente aplicación de normas contables de acuerdo a los diferentes entes:

1. Las normas NIC 1 no admiten en el estado de resultados la exposición de partidas extraordinarias provenientes de los riesgos del negocio y que como tales deben ser igualmente expuestos en el estado,

⁶⁶ FOWLER NEWTON, Enrique, Contabilidad Superior, t. II, pág. 106, Ed. Macchi, Córdoba 2015. "... pensamos que la adopción del requisito de tipicidad es imprudente porque afecta la comparabilidad y distorsiona la capacidad del ente para generar resultados y fondos en el futuro...". Son ejemplos de resultados extraordinarios, a) la venta de una planta industrial, b) la quiebra de un deudor importante, c) La venta de una inversión importante, d) La apropiación de depósitos a plazo fijo ejecutada por el gobierno argentino el 28/12/89, e) Siniestros excepcionales en el contexto en el cual actúa el ente.

⁶⁷ Normas generales de exposición contable, Resolución Técnica 8, de la Federación Argentina de Consejos Profesionales de Ciencias Económicas Buenos Aires, 1987, segunda parte, capítulo IV, norma A2b. citadas por FOWLER NEWTON, Enrique, Contabilidad Superior, pág. 1066, Ed. Macchi, Buenos Aires, 2015.

⁶⁸ CASAL, Carmen, Ponencia Presentada a XXXI Jornadas Universitarias de Contabilidad, que se celebraron en la Universidad Nacional, Septiembre de 2010, Catamarca.

clasificados en función de su naturaleza y no en función de su frecuencia. Por ende, la NIC 1 en su párrafo 87 establece que: **"Un ente no presentará ninguna partida de ingresos o de gastos como partida extraordinaria, ni en el cuerpo del estado de resultados ni en las notas"** A los fines de exposición de las partidas de ingresos y egresos, la norma prevé que la entidad presentará un desglose de los gastos, utilizando para ello una clasificación basada en la naturaleza de los mismos o en la función que cumplan dentro de la entidad, dependiendo de cuál proporcione una información que sea fiable y más relevante.

2. Las normas NIIF PARA PYMES del International Accounting Standards Board (IASB). En coherencia con esta postura, las NIIF para Pymes establecen en su sección 5, punto 5.10 que: **"Una entidad no presentará ni describirá ninguna partida de ingreso o gasto como partidas extraordinarias en el estado de resultados integral (o en el estado de resultados, si se presenta) o en las notas."** Es decir que estas normas no admiten la segregación entre resultados ordinarios y extraordinarios.

3. Financial Accounting Standards Board (FASB) La Financial Accounting Standard Board (FASB), hace referencia a los resultados extraordinarios con una terminología diferente, **los define como ítems inusuales o infrecuentes (inusual or infrequent ítems) y establece que deben exponerse en un epígrafe separado de la cuenta de resultados, neto de su efecto impositivo.** Los resultados que reúnan alguna de las dos condiciones expuestas, deben ser expuestos por separado dentro de los que se informan como generados por las operaciones continuas. Con lo cual de alguna manera, se está reconociendo la importancia de informar por separado estos resultados de naturaleza inusual o de ocurrencia infrecuente. -Estas normas se aplican en los Estados Unidos de América.-

4. La Resolución Técnica nro. 8 y 9 de la FACPCE. Adopción de Normas Internacionales de Contabilidad mediante Resolución técnica nro. 26 de la FACPCE. Las normas contables profesionales en nuestro país han seguido esta tendencia, en un principio a través de un proceso de armonización con las normas internacionales y finalmente adoptando estas

últimas para determinados entes, en lo que llamamos un proceso de adopción. La Resolución Técnica nro. 8 define a los resultados extraordinarios como aquellos: “...**atípicos y excepcionales acaecidos durante el periodo, de suceso infrecuente en el pasado y de comportamiento similar esperado en el futuro, generado por factores ajenos a las decisiones propias del ente, tales como expropiación de activos y siniestros.**” Por ende para que un resultado pueda ser expuesto como extraordinario la norma requiere que se den *conjuntamente* los siguientes requisitos: 1) Ocurrencia infrecuente, entendida como la hemos analizado anteriormente. 2) Atipicidad, en atención a que no se vincule con las actividades típicas, principales del ente. 3) **Que provenga de factores ajenos a decisiones del ente.** La citada norma en su redacción anterior no incluía este último requisito, el cual limita considerablemente la posibilidad de exponer ciertas partidas como extraordinarias, **quedando casi exclusivamente reducido a los casos de siniestros y expropiaciones, tal como lo indica la norma.**

Con lo cual, según la normativa vigente en nuestro país, coexisten las siguientes situaciones:

- a) Entes obligados a adoptar NIIF o que las apliquen por opción (RT 26). No reconocen ninguna partida extraordinaria.
- b) Entes que no apliquen NIIF (RT 8, 9, 11). Reconocen partidas extraordinarias si conjuntamente reúnen las condiciones de atípicas o excepcionales, infrecuentes y generadas por factores ajenos a las decisiones del ente⁶⁹.

Consideramos que este no es un tema menor, porque de no poder segregarse las partidas extraordinarias nos encontraríamos que en algunos estados contables estaríamos incluyendo dentro de los resultados distribuibles bienes que integran el patrimonio social, y por ende la sociedad despatrimonializando, por ejemplo en el supuesto que tengamos una sociedad que conforme las normas no pueden segregarse como

⁶⁹ CASAL, Carmen; MAESTROMEY, Marcelina, Presentación de la Información Contable. Aspectos Particulares. Jornadas Universitarias de Contabilidad Universidad Nacional de Catamarca, Octubre de 2010. Teoría Contable.

extraordinarias los ingresos resultantes de la venta de un inmueble que adquirieron hace muchos años.

Existen diferentes posturas doctrinarias desde la órbita contable, entre ellos Del Valle, –citado por Casal– propone la presentación de información proyectada, a los fines de reemplazar la exposición de resultados ordinarios y extraordinarios, por entender que esta información sería una herramienta más completa y fundamentalmente más directa para predecir la tendencia futura de los resultados. También considera que la existencia de información proyectada permitiría mejorar la evaluación de la gestión indagando sobre las causas generadoras de desvíos entre lo proyectado y los valores reales⁷⁰.

Consideramos que se deberían establecer pautas para que los estados contables se presenten segregando los resultados ordinarios y extraordinarios, determinado como resultados extraordinarios aquellos **que deben ser inusuales y de naturaleza atípica, no vinculado con la actividad principal del ente.**

VIII. NOTAS Y CUADROS ANEXOS A LOS ESTADOS CONTABLES

Son información complementaria sobre distintos aspectos, siendo necesarias para la debida comprensión del estado patrimonial o de resultados⁷¹. Las notas a los Estados Contables se refieren a aclaraciones o comentarios escritos en prosa y lenguaje corriente⁷². Se adicionan a los estados contables básicos para que alcancen los requisitos informativos

⁷⁰ CASAL, Carmen, Ponencia Presentada a XXXI Jornadas Universitarias de Contabilidad, que se celebraron en la Universidad Nacional, Septiembre de 2010, Catamarca.

⁷¹ MARTORELL, Ernesto, Tratado de derecho Comercial, t. VI, pág. 494, Ed. La Ley. Buenos Aires, 2011. VÍTOLO, Daniel Roque, Sociedades Comerciales, ley 19550 comentada, t. II, pág. 25, Ed. Rubinzal Culzoni, Buenos Aires, 2007.

⁷² Art. 65, inc. 1, de la Ley General de Sociedades.

que los mismos persiguen⁷³. Tratan sobre bienes de disponibilidad restringida, activos gravados, criterios utilizados para la valuación, cambio de procedimientos contables o de confección de estados contables, acontecimientos ocurridos entre el cierre del ejercicio y la confección de la memoria que pudieran modificar significativamente la situación financiera de la sociedad, resultados de operaciones con sociedades controladas, controlantes o vinculadas, restricciones contractuales para distribución de ganancias. Los anexos⁷⁴ son cuadros o planillas que aclaran cuestiones numéricas formalizadas en planillas o hileras⁷⁵. Pueden ser Bienes de uso, Activos intangibles, Inversiones, participación en otras sociedades, Provisiones, Costo, ventas, saldos moneda extranjera, administración y producción.

IX. ESTADO DE ORIGEN Y APLICACIÓN DE FONDOS

Es complementario a los estados básicos. Informa sobre las variaciones en el efectivo incluyendo depósitos a la vista, equivalencias de efectivo con fines de cumplir compromisos de corto plazo. Expresa el análisis de flujo de tesorería o Cashflow y permite anunciar la estabilidad financiera y por ende el dinero disponible y su circulación⁷⁶. Por ende, es dinámico.

⁷³ VERÓN, Alberto Víctor, *Sociedades Comerciales*, t. I, pág. 662, Ed. Astrea, Buenos Aires, 1982.

⁷⁴ Art. 65, inc. 2, de la Ley General de Sociedades. VÍTOLO, Daniel Roque, *Sociedades Comerciales ley 19550 comentada*, t. II, pág. 72, Ed. Rubinzal Culzoni, Buenos Aires, 2007.

⁷⁵ SEGAL, LAGOS-CILIBERTO, citado por NISSEN, Ricardo A., *Ley de Sociedades Comerciales*, t. I, pág. 699, Ed. Astrea, Buenos Aires, 2010.

⁷⁶ VERÓN, Alberto Víctor, *Sociedades Comerciales*, t. I, pág. 576, Ed. Astrea, Buenos Aires, 1982.

X. RESERVAS

Las reservas son ganancias liquidas y realizadas que no se distribuyen e incrementan el patrimonio neto⁷⁷. Para Nissen son simplemente utilidades no distribuidas⁷⁸. Para Cabanellas de las Cuevas, esta definición se contradice con el Art. 63 de la L.G.S., por cuanto según este autor se incluyen dentro de las reservas las provenientes de revaluaciones y primas de emisión⁷⁹. Nosotros coincidimos con la doctrina mayoritaria, considerando que la revaluación y la prima de emisión no se deberían

⁷⁷ Ver ANAYA, Jaime y PODETTI, Humberto, citado por NISSEN, Ricardo A, *La contabilidad creativa. Algunas reflexiones sobre la cuenta de resultados no asignados del patrimonio neto y otras partidas de los estados contables*, Buenos Aires, LA LEY 2002-D, 180-Derecho Comercial Sociedades Doctrinas Esenciales, t. II, pág. 535. FERNÁNDEZ DEL POZO, Luis, *Las reservas atípicas, las reservas del capital y de técnica contable en las sociedades mercantiles*, pág. 35, Ed. Marcial Pons, Barcelona, 1999. En el derecho Español en un primer momento se afirmaba que como las reservas no se inscribían en la cifra de retención de capital no todos entendieron que constituían cifras de retención. La consecuencia práctica de esta tesis era que "...podían distribuirse las reservas representativas de ejercicios anteriores aunque el beneficio en términos absolutos no existiera, aunque existieran pérdidas para compensar. Las reservas representaban sencillamente beneficios repartibles no repartidos...", y pág. 44. La postura de nuestro legislador se encontraba de antaño plasmada en el art. 154 del Código de Comercio de 1885 Español conforme manifiesta Fernández podía leerse que "...la masa social compuesta del fondo de capital y de los beneficios acumulados, será la responsable en las compañías anónimas, de las obligaciones contraídas..." si bien manifiesta que un importante fracción de la doctrina se negó a admitir que las reservas constituyen una cifra de retención. En la, pág. 45. Siguiendo los lineamientos del derecho español se asevera que la concepción clásica de las reservas termina imponiéndose con la "...ley de sociedades españolas de 1951 cuyo Art. 107 abandona definitivamente la teoría de los beneficios relativos y consagra las reservas como cifra de retención...". VERÓN, Alberto Víctor, *Sociedades Comerciales*, t. I, pág. 288 y 609, Ed. Astrea, Buenos Aires, 1982. ROITMAN, Horacio, *Ley de Sociedades Comerciales Comentada*, t. II pág. 132, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2006. VÍTOLO, Daniel Roque, *Sociedades Comerciales ley 19550 comentada*, t. II, pág. 100, Ed. Rubinzal Culzoni, Buenos Aires, 2007.

⁷⁸ NISSEN, Ricardo A, *Ley de Sociedades Comerciales*, t. I pág. 703, Ed. Astrea, Buenos Aires, 2010. El autor mencionado sigue a Anaya.

⁷⁹ CABANELLAS DE LAS CUEVAS, Guillermo, *El contrato de sociedad*, t. VII, pág. 370, Ed. Heliasta S.R.L. Buenos Aires, 1994.

considerar dentro de las reservas propiamente dichas, sino por el contrario representan formas de expresar contablemente ciertas situaciones fácticas, por ende son reservas especiales como lo indica el Art.202 de la L.G.S.

Pueden tener su fuente en la ley, en el estatuto o en la asamblea⁸⁰, Refuerzan de esta forma la consistencia patrimonial de la sociedad⁸¹. Se las puede calificar como el registro contable por el cual se tornan temporalmente indisponibles, -es decir no distribuibles- una parte de los beneficios efectivamente realizados...⁸².

Existen dos corrientes doctrinarias con respecto a las reservas, para algunos,-entre ellos Cabanellas de las Cuevas- las reservas nunca constituyen capital, salvo que se capitalicen y por tanto dejen de ser reservas. Al momento de decidirse la distribución de las reservas se las desafecta como tales y por ende vuelven a su estado original de utilidades⁸³. Es decir que para estos autores las reservas no forman parte del capital entendido en sentido amplio, por lo que se pueden distribuir a los accionistas en cualquier momento y sin cumplir con ningún requisito específico y menos los de reducción del capital social.

Para otros autores –Sasot Betes y Sasot, Fernández del Pozo– afirman que las reservas son parte integrante del agregado contable “fondos

⁸⁰ REYES VILLAMIZAR, Francisco, Derecho Societario, t. I, pág. 382, Ed. Temis S.A., 2004, Bogotá, Colombia.

⁸¹ VERÓN, Alberto Víctor, Los Balances, Tratado sobre los Estados Contables, t. I pág. 443, Ed. Errepar, Buenos Aires, 1997. REYES VILLAMIZAR, Francisco, Derecho Societario, t. I, pág. 382. Ed. Temis S.A., 2004, Bogotá, Colombia. HALPERIN, Isaac, Sociedades Anónimas, pág.495, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1975.

⁸² SUSSINI, Miguel, Los dividendos, pág. 142, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1951. Sussini considera que “... son el registro contable por el cual se tornan temporalmente indisponibles, es decir no distribuibles en concepto de dividendos una parte de los beneficios efectivamente realizados...”. FERNÁNDEZ DEL POZO, Luis, Las reservas atípicas, las reservas del capital y de técnica contable en las sociedades mercantiles, pág. 10, Ed. Marcial Pons, Barcelona, 1999. En el derecho español se las denomina reservas típicas a aquellas que encierran las cantidades ahorradas por la sociedad, esto es los beneficios no distribuidos.

⁸³ CABANELLAS DE LAS CUEVAS, Guillermo, Derecho societario Contabilidad y Documentación Societaria, t. VII, pág. 374, Ed. Heliasta, Buenos Aires, 1999.

propios”, consideran que los mismos son parte de la financiación de la empresa para la cobertura de los riesgos generales y por ende integran el capital en sentido amplio, cumpliendo de esta forma una función garantista⁸⁴. Encontramos dentro de éstas las reservas atípicas como las de prima de emisión⁸⁵. Afianzando esta postura, Fontanarrosa y Fernández Del Pozo –consideran– que las reservas cumplen dos funciones inescindibles y paralelas a las correspondientes al capital social: la función de garantía y la función financiera empresarial o productiva. Para afrontar futuros y previsibles gastos, restaurar la estabilidad del capital de la empresa o los

⁸⁴ Ver SASOT BETES, Miguel, SASOT, Miguel P., Las sociedades anónimas, las asambleas, pág.392, Ed. Ábaco de Rodolfo Depalma, Buenos Aires, 1978. FERNÁNDEZ DEL POZO, Luis, Las reservas atípicas, las reservas del capital y de técnica contable en las sociedades mercantiles, pág. 48. Ed. Marcial Pons. Barcelona, 1999. Se afirma que las reservas son parte integrante del agregado contable “fondos propios”, considera Fernández del Pozo que fondos propios son “...aquella parte de la financiación básica de la empresa calificada por su idoneidad para la cobertura de los riesgos generales... el patrimonio que se representa en la parte superior del pasivo del balance es la financiación siniestrada por los socios autofinanciación, los resultados positivos o negativos son exclusivamente los beneficios perdidas asignados a los propietarios de la entidad (cfr. Art. 35.1 CCom). El mismo autor en la pág. 71. Para Fernández del Pozo todas las reservas pueden aplicarse para sanear perdidas. El mismo autor en la pág. 36. Manifiesta que pronto se avizoró la función garantista de la reserva considerando que “...la retención de beneficios debe cumplir un fin que trasciende el interés de los socios toda vez que también interesa a terceros. Por ello en el derecho español se predica una función de garantía constituyendo vínculos de indistribuidad relativa de menor rigor que en el caso del capital social...”. Continúa manifestando que la “...no distribución de las reservas es consecuencia de la afectación de las partidas correspondientes a la cobertura de pérdidas futuras en defensa del capital social (conservación, mantenimiento e intangibilidad del capital social), en la forma prevista en la ley, en los estatutos o en el acuerdo social. Ello porque si bien todas las reservas estas afectadas a la cobertura de pérdidas, el vínculo de indistribuidad es distinto como distinto son las diferentes especies de reservas (no fungibilidad de las reservas). La no distribución de los beneficios resulta en una cifra de retención que si distingue del capital social por su grado de afectación...”. LAPIQUE, Luis, El capital de las sociedades comerciales, segunda edición, pág 31, Ed. Fundación Cultura Universitaria, Montevideo, 2006.

⁸⁵ FERNÁNDEZ DEL POZO, Luis, Las reservas atípicas, las reservas del capital y de técnica contable en las sociedades mercantiles, pág. 64, Ed. Marcial Pons, Barcelona, 1999. En el derecho alemán se incluye dentro de las reservas de capital a, la prima de emisión de convertibles y emisión de warrants, la prima de emisión que deben satisfacer los que suscriben acciones privilegiadas y los que aportan capital al fondo perdido.

quebrantos de la compañía o brindar a la sociedad mayor seguridad y solidez económica y financiera⁸⁶.

Una postura intermedia se encuentra en el derecho español, diferenciando las **reservas típicas o llamadas de beneficio**, –que se corresponden con el estudio de la distribución de resultados, las reservas legales, estatutarias y voluntarias– **de las reservas de capital** que constituyen una categoría residual que encierra dos sub especies: la reserva de capital propiamente dicha (contrapartida de aportación de recursos propios) y las reservas de técnica contable (son las debidas a ajustes en el neto patrimonio contable)⁸⁷.

⁸⁶ FONTANARROSA, Rodolfo, citado por NISSEN, Ricardo A, La contabilidad creativa. Algunas reflexiones sobre la cuenta de resultados no asignados del patrimonio neto y otras partidas de los estados contables, LA LEY 2002-D, 180-Derecho Comercial Sociedades Doctrinas Esenciales Tomo II, 535. En la generalidad de los casos, las reservas se constituyen para afrontar futuros y previsibles gastos, restaurar la estabilidad del capital de la empresa o los quebrantos de la compañía o brindar a la sociedad mayor seguridad y solidez económica y financiera. FERNÁNDEZ DEL POZO, Luis, Las reservas atípicas, las reservas del capital y de técnica contable en las sociedades mercantiles, pág. 49, Ed. Marcial Pons, Barcelona, 1999. Las reservas se agregan al capital social para formar parte de los recursos propios, entendiendo el capital social en sentido amplio. Por ello se indica que las reservas cumplen dos funciones inescindibles cualquiera sea el estatuto o denominación, funciones que son paralelas a las correspondientes al capital social: la función de garantía y la función financiera empresarial o productiva. De esta forma también se afirma que la función financiera de las reservas consiste en suministrar autofinanciación, recursos financieros propios a largo plazo para la explotación de la empresa social y la función garantista o jurídica es la defensa de la integridad del capital social, constituye una segunda línea de defensa de la integridad del capital social y en la pág. 51, También manifiesta Fernández del Pozo que "...la causa de la dotación de las reservas es objetiva y típica, siendo en principio para el autor indicado irrelevantes los motivos o causas contemplados por la sociedad para justificar la constitución de las reservas siempre que sean lícitas..."

⁸⁷ Ver FERNÁNDEZ DEL POZO, Luis, Las reservas atípicas, las reservas del capital y de técnica contable en las sociedades mercantiles, pág. 11, Ed. Marcial Pons, Barcelona, 1999. En el derecho español se diferencia a las reservas típicas o llamadas de beneficio, que se corresponden con el estudio de la distribución de resultados y las reservas legales, estatutarias y voluntarias y las reservas de capital que es una categoría residual que encierra dos sub especies, la reserva de capital propiamente dicha (contrapartida de aportación de recursos propios). Son aquéllas que representan la contrapartida de una operación capitalista en la que por especial forma negocial del título se pretende su inscripción fuera de la cuenta capital. Las reservas de técnica

Nosotros, presuponemos, que solo las reservas legales revisten el carácter de capital en sentido amplio y por ende las demás, coincidimos con Cabanellas, son distribuibles o capitalizables desde su desafectación. Atento ello se debe resguardar la proporción de cada socio en los supuestos de aumentos de capital social por capitalización de reservas. En este supuesto es necesario a nuestro criterio que se considere la situación de los accionistas tenedores de acciones con preferencia patrimonial⁸⁸. Sussini considera que son reservas que pueden cambiar su categoría nuevamente a beneficio distribuible⁸⁹.

Para otros autores, como Halperín, estas rentas mientras que queden confundidas en el activo social constituirán un acrecentamiento de éste y por ende la distribución de reservas no debe considerarse como reparto de utilidades⁹⁰.

De Gregorio las clasifica; según su fin como reservas para pérdidas (cualquier pérdida), reservas para egresos (por ejemplo ampliación de la empresa), reservas generales o especiales (finalidad más o menos determinada), b) según su forma en (ostensibles u ocultas,) Según su

contable (son las debidas a ajustes en el neto patrimonio contable). Y en pág. 14. El mismo autor resalta que las reservas "...son hijas de la política de autofinanciación de la compañía y que su dotación en base a ella debe satisfacer el test del interés social..." Y en la pág. 65. En el derecho americano es común la distinción entre reservas de capital y reservas de beneficios, estableciendo en qué condiciones las reservas de capital debían pagar dividendos o cuando las reservas de capital eran indisponibles. Según Fernández del Pozo "...en los casos donde el derecho no reconoce la reserva de capital la doctrina reconoce su existencia para salvar las ambigüedades en los textos normativos..."

⁸⁸ BARRAU María, cuando se aumenta el capital en los términos del art. 189 de la L.S. se debe diferenciar el origen de las cuentas y respetar la proporción que le corresponden a los accionistas en el capital o la distribución de utilidades según se hubieran conformado éstas, Interpretación de la resolución 25-2004 de la IGJ. t. II, pág. 1 X Congreso Argentino de Derecho Societario y VI Congreso Iberoamericano de derecho societario y de la empresa, 2007.

⁸⁹ SUSSINI, Miguel, Los dividendos, pág. 121, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1951.

⁹⁰ HALPERIN, Isaac, "Sociedades Anónimas" pág. 497, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1975.

obligatoriedad (legales, estatutarias y facultativas.)⁹¹.

Las reservas técnicas vienen a complicar aún más la situación. En las cuentas contables a veces es necesario aplicar ajustes en el neto patrimonial con el consiguiente abono o partidas que siguen el estatuto de las reservas. Las reservas poseen una contrapartida netamente contable. Estas reservas contables son clasificadas como indisponibles, se corresponden a ajustes del modelo paradigmático del reconocimiento de ingresos y gastos en aras de la defensa del mantenimiento del capital social⁹². También se debe analizar en atención a su causa las reservas contables o de técnica contable. Estas son reservas residuales que se constituyen en ciertas ocasiones para realizar ajustes en el neto patrimonial con el consiguiente abandono de partidas. Surge por ende de un ajuste netamente contable.

Esta es la esencia de las reservas, encontrándose en el espíritu del legislador obligar o permitir su constitución, preservar el capital social y lograr en algunos casos que la sociedad retenga en su poder más dinero de los socios para poder crecer, desarrollarse en el mercado y ampliar su ámbito de competencia.

La constitución de reservas ha sido minuciosamente legislada toda vez que con ellas se cercena uno de los derechos esenciales de los socios a distribuir las ganancias líquidas y realizadas. Los balances deben suministrar información sobre las reservas, incluyéndolas en el pasivo (art. 63 apart. 2, II). Dentro de los Estados contables se debe presentar un anexo de provisiones y de reservas (art. 65, inc. 2, apartado d). Los directores deben informar en la memoria las causas por las cuales proponen la constitución de reservas (art. 66, inc. 3).

⁹¹ DE GREGORIO, Alfredo, Los balances de las sociedades anónimas, su régimen jurídico, Prólogo del autor a esta edición argentina Traducido de la segunda edición Italiana y anotado con Legislación Argentina por Francisco BOBADIILLA y Julio H. CASSE, pág. 415, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1950.

⁹² Ver FERNÁNDEZ DEL POZO Luis, Las reservas atípicas, las reservas del capital y de técnica contable en las sociedades mercantiles, pág. 67, Ed. Marcial Pons. Barcelona, 1999.

Las reservas en nuestra ley pueden ser:

a) Legales: Son obligatorias en las sociedades de responsabilidad limitada y en las sociedades por acciones, donde los socios limitan la responsabilidad. Se constituyen con el 5 % de las ganancias líquidas y realizadas de cada ejercicio hasta alcanzar el 20% del capital social. Se encuentran afectadas a posibles pérdidas del capital social⁹³. Cuando estas reservas son reducidas por alguna causa, no se puede distribuir ganancias hasta su reintegro. En este caso se abandona el tope del 5% de las ganancias líquidas y realizadas y se debe afectar la totalidad de las ganancias al reintegro⁹⁴. La obligatoriedad de la constitución de reservas legales está fundada en la protección del capital social en defensa de la sociedad, los socios, o accionistas y los terceros⁹⁵. Según Verón se deben calcular sobre el monto de las ganancias líquidas y realizadas una vez descontados los honorarios de los administradores, ya que

⁹³ REYES VILLAMIZAR, Francisco, Derecho Societario, t. I, pág. 384, Ed. Temis S.A., 2004, Bogotá, Colombia. En el derecho colombiano se afecta el 10% de las utilidades líquidas de cada ejercicio hasta alcanzar el 50% del capital social. GRISPO, Jorge Daniel, Tratado sobre la ley de sociedades comerciales, t. I, pág. 811, Ed. Ad Hoc, Buenos Aires, 2005. NISSEN, Ricardo A., Las sociedades Comerciales t. I pág. 753, Ed. Astrea, 2010. VERÓN, Alberto Víctor, Sociedades Comerciales, t. I, pág. 614, Ed. Astrea, Buenos Aires, HALPERIN, Isaac, Sociedades Anónimas, pág. 499, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1975. VÍTOLO, Daniel Roque, Sociedades Comerciales ley 19550 comentada, t. II, pág. 102, Ed. Rubinzal Culzoni, Buenos Aires, 2007.

⁹⁴ FUSCHINI, Jorge Fernando; EIMER Grarman, Reserva legal versus perdidas de ejercicios anteriores, t. II, pág. 52, X Congreso Argentino de Derecho Societario y VI Congreso Iberoamericano de derecho societario y de la empresa. HALPERIN, Isaac, Sociedades Anónimas, pág. 499, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1975. LAPIQUE, Luis, El capital de las sociedades comerciales, segunda edición, pág 31, Ed. Fundación Cultura Universitaria, Montevideo, 2006.

⁹⁵ NISSEN, Ricardo A, Las sociedades Comerciales t. I, pág.753, Ed. Astrea, 2010. DE GREGORIO, Alfredo, Los balances de las sociedades anónimas, su régimen jurídico, Prólogo del autor a esta edición argentina Traducido de la segunda edición Italiana y anotado con Legislación Argentina por Francisco BOBADIILLA y Julio H. CASSE, pág. 419, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1950. GRISPO, Jorge Daniel, Tratado sobre la ley de sociedades comerciales, t. I, pág. 777, Ed. Ad Hoc, Buenos Aires, 2005.

éstos representan gastos del ejercicio⁹⁶. Ingresan al capital de giro y por ende se pueden utilizar para aumentar el capital social, ni para distribuir dividendos⁹⁷. El maestro Otaegui y Halperin se manifiesta proclive a aceptar la ampliación mediante cláusula estatutaria, no pudiéndolo hacer la asamblea sin modificar los estatutos⁹⁸. Un tema que se debería debatir con más profundidad en economías altamente inflacionarias, es la base sobre la cual se calcula el monto para la constitución de las reservas, si las mismas se deben conformar sobre valores del capital social, como lo indican las resoluciones técnicas del Consejo Profesional de Ciencias Económicas o sobre el patrimonio social como lo manifiesta Triolo⁹⁹. Consideramos que en nuestra legislación estas reservas (las legales) es como si integraran el capital social y por ende no son distribuibles entre los socios, al igual que las reservas de prima de emisión o de prima de fusión.

b) Estatutarias. Se encuentran establecidas como obligatorias en el estatuto o posteriormente mediante una reforma del mismo. Son tan obligatorias como las legales. Se deben ajustar a los criterios establecidos en el art. 70 de la L.G.S. que se refiere a otras reservas, es decir ser razonables, y responder a una prudente administración.

⁹⁶ VERÓN, Alberto Víctor, Los balances, Tratado sobre Estados Contables, t. I, pág. 447, Ed. Errepar, Buenos Aires, 1971, ROITMAN, Horacio, Ley de Sociedades Comerciales Comentada, t. II, pág. 136, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2006.

⁹⁷ HALPERIN, Isaac, Sociedades Anónimas, pág. 226 y 499, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1975. HALPERÍN, Isaac, Sociedades Anónimas, pág. 599, Ed. Depalma, Buenos Aires.

⁹⁸ OTAEGUI, Julio C, HALPERÍN, Isaac, Sociedades Anónimas, pág. 601, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1998. HALPERIN, Isaac, Sociedades Anónimas, pág. 499, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1975.

⁹⁹ TRIOLO Luis Ignacio, El capital social e infracapitalización, aportes para la introducción de la noción de capital variable en nuestra ley de sociedades, t. III, pág. 743, VIII Congreso Argentino de Derecho Societario y IV Congreso Iberoamericano de derecho societario y de la empresa. Manifiesta Triolo que la base para calcular la reserva legal debería ser el patrimonio social y no el capital social.

Según Otaegui, Halperín y Verón, citando jurisprudencia¹⁰⁰. En el derecho colombiano la resolución que decide su capitalización no es vinculante para los socios que no la consienten, mientras que en el derecho uruguayo es inadmisibles dejarlas de cumplir sin reformar el estatuto¹⁰¹.

c) Facultativas: Son resueltas por la asamblea. No poseen un carácter continuado. Dependen de la libre voluntad de la asamblea y se pueden constituir excepcionalmente siempre que sean razonables y respondan a una prudente administración.

En las sociedades por acciones, en nuestra ley de sociedades tanto en primera como en segunda convocatoria, se establece que las decisiones sean tomadas con la mayoría agravada del art 244 último párrafo, cuando su monto exceda el capital y las reservas legales - incluidas las que se constituyeron con anterioridad, en el derecho uruguayo se las denomina reservas libres¹⁰². En este supuesto todas las acciones tienen un voto y se necesita la mayoría absoluta de acciones con derecho a voto para tomar una decisión válida.

¹⁰⁰ HALPERÍN citado por CABANELLAS DE LAS CUEVAS, Guillermo, Derecho societario Contabilidad y Documentación Societaria t. VII, pág. 378, Ed. Heliasta, Buenos Aires, 1999. VERÓN, ALBERTO VÍCTOR, Sociedades Comerciales, t I pág. 615 Ed. Astrea Buenos Aires, 1982. HALPERÍN, Isaac, OTAEGUI, Julio C. Sociedades Anónimas, pág. 601/602, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1998. HALPERIN, Isaac, Sociedades Anónimas, pág. 501, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1975.

¹⁰¹ REYES VILLAMIZAR, Francisco, Derecho Societario, t. I, pág. 386. Ed. Temis S.A., 2004, Bogotá, Colombia. "Claro que, debe recordarse que según lo señalado en el art 123 del código de Comercio, ningún asociado puede verse obligado a reponer su aporte, salvo que esta obligación haya sido prevista en el contrato social. Por lo tanto el principio social que rige para la capitalización de esta suma consiste que solo será viable para la proporción o prorrateo que resulte aplicable respecto de aquellos asociados que consientan en capitalizar tales reservas...". LAPIQUE, Luis, El capital de las sociedades comerciales, segunda edición, pág. 35, Ed. Fundación Cultura Universitaria, Montevideo, 2006.

¹⁰² HALPERÍN, Isaac, Curso de derecho Comercial, Vol. III, pág. 292, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1977. REYES VILLAMIZAR, Francisco, Derecho Societario, t. I, pág. 388, Ed. Temis S.A., 2004, Bogotá, Colombia. LAPIQUE, Luis, El capital de las sociedades comerciales, segunda edición, pág 33, Ed. Fundación Cultura Universitaria, Montevideo, 2006.

En las sociedades de responsabilidad limitada, se requiere la mayoría necesaria para la modificación del contrato. Otaegui manifiesta que la misma mayoría que se requiera para constituir la reserva es la requerida para su distribución¹⁰³.

Creemos, al igual que Vítolo, que tanto las reservas facultativas, como las estatutarias son de libre disposición de los socios, y así como éstos deciden su constitución pueden en cualquier momento resolver distribuir las. Por eso, creemos que no integran el capital social¹⁰⁴.

Para poder constituir estas reservas, los directores deben explicar en la memoria las razones de manera clara y circunstanciada (art. 66 inc. 3). La Cámara Nacional de Comercio de la Capital Federal juzgó que la decisión social de retener las utilidades generadas durante los años 2007/2008, sustentada sólo en la existencia de una crisis económica mundial y nacional -sin otra especificación- no estaría justificada en los términos de los arts. 66, inc. 3, y 70, de la LSC, que exigen razones fundadas, explicadas clara y circunstanciadamente para constituir reservas, similar criterio mantiene el derecho Colombiano¹⁰⁵.

También se debe reducir proporcionalmente la retribución de los administradores en la medida que no se distribuyan utilidades (art 261 L.G.S.).

A su vez, el art. 31 L.G.S. se refiere a reservas libres, no a reservas estatutarias o facultativas. Para algunos autores, entre ellos Halperín, quedan comprendidas aquellas que no se constituyeron con un fin

¹⁰³ HALPERÍN, Isaac, OTAEGUI, Julio C. *Sociedades Anónimas*, pág. 604, Depalma, Buenos Aires, 1998. En el derecho colombiano se establece la mayoría del 78% de las acciones, cuotas o partes de interés representadas en la asamblea para que las utilidades puedan ser repartidas en un porcentaje inferior al cincuenta por ciento.

¹⁰⁴ VÍTOLO, Daniel Roque, *Sociedades Comerciales, ley 19550 comentada*, t. II, pág.103, Ed Rubinzal Culzoni, Buenos Aires, 2007.

¹⁰⁵ CARRERAS, Alberto Jaime C. JUÁREZ, Edgardo Y OTROS, CNA Com. 2010/03/23, La Ley Online; AR/JUR/12373/2010.REYES VILLAMIZAR, Francisco, *Derecho Societario*, t. I, pág. 387, Ed. Temis S.A., 2004, Bogotá, Colombia.

específico determinado por la asamblea o el estatuto precisamente¹⁰⁶. Por su parte, Manóvil, Pelletier, Cabanellas de Las Cuevas y Nissen manifiestan que son facultativas para la sociedad ya sean decididas por el estatuto como por la asamblea.¹⁰⁷, adicionado Manóvil que todas las reservas que no son legales son libres sean estatutarias o facultativas¹⁰⁸. Para Cabanellas de las Cuevas el concepto de reserva libre, significa que no corresponde a un requisito legal y estarían comprendidas las correspondientes a primas de emisión y las emergentes de aportes irrevocables¹⁰⁹. Creemos que ambas posturas son compatibles ya que en principio todas las reservas que no sean legales son libres (tanto facultativas como estatutarias), pero si por disposición del estatuto o de la asamblea que las formó tienen un destino específico, deben ser afectadas a éste. De esta forma consideramos que las reservas por primas de emisión y emergentes de aportes irrevocables toda vez que se constituyen para un fin específico, son afectadas y por ende no se encuentran comprendidas dentro de las reservas libres. Compartimos en esto la postura expuesta por Halperín-Otaegui que incorporan la categoría de reservas extraordinarias no enunciadas en los estatutos como **"... aquellas que la previsión y prudencia de los administradores aconseja para evitar pérdidas previstas para ejercicios posteriores..."**¹¹⁰.

¹⁰⁶ MANÓVIL, Rafael Mariano, *Grupos Societarios*, pág. 892, Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1998. Halperín –citado por Manóvil– considera que quedan comprendidas "...aquellas no afectadas a un destino específico por la asamblea que las constituyó o por el estatuto...".

¹⁰⁷ MANÓVIL, Rafael Mariano, *Grupos Societarios*, pág. 892, Ed. Abeledo Perrot, 1998. PELLETIER, Alejandro –citado por VERÓN– Alberto Víctor, *Los balances, Tratado sobre Estados Contables*, t. I, pág. 453, Ed. Errepar, 1971. CABANELLAS DE LAS CUEVAS, Guillermo, *Derecho Societario*, t. II, pág. 221, Ed. Heliasta SRL, 1994, Buenos Aires. NISSEN, Ricardo A, *Las sociedades Comerciales* t. I, pág. 754. Ed. Astrea Buenos Aires, 2010.

¹⁰⁸ MANÓVIL, Rafael Mariano, *Grupos Societarios*, pág. 892, Ed. Abeledo Perrot, 1998.

¹⁰⁹ CABANELLAS DE LAS CUEVAS, Guillermo, *Derecho Societario* t. II, pág. 220, Ed. Heliasta SRL, Buenos Aires, 1994. Cabanellas, incluye a las correspondientes por primas de emisión porque son distribuibles con los requisitos de reducción de capital.

¹¹⁰ HALPERÍN, Isaac, OTAEGUI, Julio C., *Sociedades Anónimas*, pág. 603, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1998.

XI. EL PROBLEMA DE LAS VALUACIONES DE LOS DIFERENTES RUBROS EN LOS ESTADOS CONTABLES

XI.a) DIFERENTES POSTURAS DOCTRINARIAS

En los estados contables se valúan los bienes según diferentes criterios, los cuales han sido debatidos doctrinariamente a través de los años en los países para arribar a los criterios actuales.

Los bienes se valúan de manera desigual teniendo en consideración el fin para el cual se confecciona un estado contable. De esta forma existen parámetros de valuación para estados contables ordinarios, que varían en supuestos como los de fusión.

Es importante para desentrañar el concepto de las ganancias líquidas y realizadas determinar cuáles son los criterios de valuación que se deben seguir en la confección de los estados contables ordinarios. Hacemos referencia a los balances ordinarios toda vez que estos son los que se utilizan para la distribución de utilidades.

La discusión se ha centrado en establecerle un valor preciso a los componentes de estos estados contables.

Sobre esto, en Alemania han postulado dos teorías que son la del **valor objetivo** (debe tomarse el valor de cambio que pueda presumiblemente obtenerse del objeto) y la del **valor individual**, siendo adoptada la primera por el Tribunal Supremo en el año 1937¹¹¹.

¹¹¹ Ver DE GREGORIO, Alfredo, Los balances de las sociedades anónimas, su régimen jurídico, Prólogo del autor a esta edición argentina Traducido de la segunda edición Italiana y anotado con Legislación Argentina por Francisco BOBADIILLA y Julio H. CASSE, pág. 222, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1950. La teoría del valor objetivo propugna "...que para la atribución del valor en los balances debe tomarse en consideración solo aquel valor de cambio que pueda presumiblemente obtenerse por el respectivo objeto del patrimonio..." Estas discrepancias en Alemania (en el año 1937) llevaron a que el Tribunal Supremo optara por la teoría del valor objetivo al determinar que "...debe considerarse siempre como valor actual a consignarse en el balance el valor general del cambio" en oposición a una atribución del valor

Para la teoría del **valor objetivo**, para la atribución del valor en los balances se debe tomar en consideración sólo aquel **valor de cambio** que se puede presumiblemente obtener por el respectivo objeto del patrimonio¹¹².

Otros autores entre ellos, Veit –Simon, se enrolan en la **teoría del valor individual**, distinguiendo para determinar el **valor de los bienes el carácter que revisten para la sociedad**. De esta manera, se diferencia, si nos encontramos ante supuestos de bienes de uso o de cambio y de acuerdo a ello determinar la valuación. Esta posición se enrola en el valor de las cosas de acuerdo al valor individual de cada empresa¹¹³.

Compartimos las críticas de De Gregorio, a la teoría de Veit-Simon considerando que **se deben establecer la mayor cantidad de pautas objetivas a los efectos de la valuación de los bienes**¹¹⁴. Asimismo

determinada por una arbitraria apreciación subjetiva o por especulación. De modo que para esta resolución los elementos del mercado activos y pasivos que tienen un precio de mercado o de bolsa, deben inscribirse en el balance, -por regla general- por ese precio, mientras que para los otros elementos del patrimonio debe establecerse de otro modo su valor objetivo actual..." .

¹¹² DE GREGORIO, Alfredo, Los balances de las sociedades anónimas, su régimen jurídico, Prólogo del autor a esta edición argentina Traducido de la segunda edición Italiana y anotado con Legislación Argentina por Francisco BOBADIILLA y Julio H. CASSE, pág. 222, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1950.

¹¹³ DE GREGORIO, Alfredo, Los balances de las sociedades anónimas, su régimen jurídico, Prólogo del autor a esta edición argentina Traducido de la segunda edición Italiana y anotado con Legislación Argentina por Francisco BOBADIILLA y Julio H. CASSE, pág. 224, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1950. Es decir si nos encontramos ante cosas destinadas en forma permanente al uso de la empresa o a la venta. Veit -Simon citado por De Gregorio dice que "...el valor de los Balances debe resultar de la naturaleza del balance mismo, el cual tiene la naturaleza de exponer el patrimonio de una persona determinada. Para estos autores las mismas cosas pueden tener distinto valor de uso o de venta de acuerdo a cada sujeto..." .

¹¹⁴ Ver DE GREGORIO, Alfredo, Los balances de las sociedades anónimas, su régimen jurídico, Prólogo del autor a esta edición argentina Traducido de la segunda edición Italiana y anotado con Legislación Argentina por Francisco BOBADIILLA y Julio H. CASSE, pág. 227, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1950. De Gregorio manifiesta que el mayor mérito de la teoría de Veit Simon, "...es distinguir los valores del patrimonio de la empresa entre objetos destinados durablemente a la empresa misma y objetos destinados al cambio, pero considera que hablar del valor individual de los bienes de acuerdo al propietario de la empresa podría ser peligroso ya que deja al

consideramos que siempre se debe tener especial atención de excluir de toda posible ganancias los rubros que no representan un incremento patrimonial como consecuencia de operaciones serian con terceros.

Staub, citado por De Gregorio, propugna una tercera teoría que en principio podría venir a solucionar las deficiencias de las otras dos: la Teoría del **valor de la empresa** teniendo en consideración el valor objetivo que los elementos del patrimonio tienen para la empresa¹¹⁵

Por último, Rheim y Brauchem, -citados por De Gregorio- especifican más la teoría diciendo que **el valor de cambio o el valor de uso que se debe asignar es el que tiene en cuanto pertenece a esta empresa y a ésta sirve y el valor de venta o de uso que tiene para esa empresa**¹¹⁶.

Para De Gregorio estas teorías nos dicen lo que no debe ser, pero no lo que debe ser. Por ello advierte este autor que no se tiene en consideración que el balance ordinario tiene por fin la función de publicidad del patrimonio social y no contiene en sí mismo la expresión de un juicio completo y definido, sobre el valor de la empresa social y de

arbitrio de los compiladores del balance, el establecer el valor atribuido, que si bien debe ser individual no debe ser arbitrario, sino adecuado a las circunstancias...”.

¹¹⁵ Ver STAUB, Alfredo citado por DE GREGORIO, Alfredo, Los balances de las sociedades anónimas, su régimen jurídico, Prólogo del autor a esta edición argentina Traducido de la segunda edición Italiana y anotado con Legislación Argentina por Francisco BOBADILLA y Julio H. CASSE, pág. 229, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1950. Dice que la ley ha tenido en vista el valor objetivo que los elementos del patrimonio tienen para la empresa, no el valor común de una inesperada realización forzada, ni tampoco el valor fundado en consideraciones puramente subjetivas o cualidades personales del propietario de la empresa...”.

¹¹⁶ DE GREGORIO, Alfredo, Los balances de las sociedades anónimas, su régimen jurídico, Prólogo del autor a esta edición argentina Traducido de la segunda edición Italiana y anotado con Legislación Argentina por Francisco BOBADILLA y Julio H. CASSE, pág. 230, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1950. Por ultimo Rheim y Brauchem, -citados por De Gregorio- especifican más la teoría diciendo que el valor de cambio o el valor de uso que se debe asignar no es ni el individual, -o sea el que tiene el objeto del patrimonio para el actual propietario de la empresa- ni el general -o sea el que se podría asignar al objeto con prescindencia de la empresa a la que pertenece y del fin a que sirve- “... sino el valor que tiene en cuanto pertenece a una determinada empresa y a ésta sirve y el valor de venta o de uso que tiene para esa empresa. En otras palabras como criterio fundamental de valuación debe considerarse el valor de venta o de uso que los objetos del patrimonio tendrían para cualquier poseedor avanzado de una empresa semejante. ...”.

cada una de las partes de que se compone sino que suministra los elementos para que cada uno pueda **-según su criterio y en el ámbito circunscripto por los elementos llevados a su conocimiento-** formarse un juicio de valor. De esta manera los estados contables compilan un conjunto de información, como en algunas circunstancias simples noticias por ejemplo que la sociedad posee títulos por un valor o que ha adquirido maquinarias por un valor del cual se ha amortizado un determinado valor. Otros poseen juicios de valuación, la sociedad posee mercaderías que en consideración al precio corriente tienen determinado valor. Es decir que en este segundo supuesto los compiladores de los estados contables, realizan algunas aproximaciones a la realidad¹¹⁷. De esta forma el autor nos quiere dejar patentizado que la información que brindan los estados contables o balances es parcializada a determinados elementos o conceptos que se establecen en los mismos siendo insuficientes por si solos para determinar el valor de la empresa en marcha, el valor de venta de las acciones de la compañía que son titulares los dueños.

Creemos, como manifiesta, De Gregorio que el balance tiene por finalidad servir **para la distribución de utilidades y ésta se debe hacer de manera que no afecte el capital social, es decir, se debe evitar comprometer la integridad del capital social con la distribución de utilidades inexistentes**¹¹⁸.

De Gregorio, enuncia que estas consideraciones son aplicables al derecho Italiano donde faltan algunas normas especiales que reglan en todo o en parte las valuaciones en los balances. De esta forma en la vigencia del Código de Comercio, manifiesta que todo lo que puede referir directa o indirectamente a la cuestión está contenido en los Art.s 171 y 186 del Código de Comercio **“...los administradores deben presentar el**

¹¹⁷ DE GREGORIO, Alfredo, Los balances de las sociedades anónimas, su régimen jurídico, Prólogo del autor a esta edición argentina Traducido de la segunda edición Italiana y anotado con Legislación Argentina por Francisco BOBADILLA y Julio H. CASSE, pág. 236, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1950.

¹¹⁸ DE GREGORIO, Alfredo, Los balances de las sociedades anónimas, su régimen jurídico, Prólogo del autor a esta edición argentina Traducido de la segunda edición Italiana y anotado con Legislación Argentina por Francisco BOBADILLA y Julio H. CASSE, pág. 237, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1950.

balance... en ello debe contener el capital social realmente existente...El balance debe demostrar con evidencia y verdad las utilidades realmente obtenidas y las pérdidas sufridas...No pueden pagarse dividendos a los socios sino por utilidades realmente obtenidas según el balance aprobado...¹¹⁹. Para De Gregorio estas afirmaciones podrían llevar a considerar que la ley ha entendido la inscripción en el balance de los distintos elementos a su precio de costo¹²⁰. Pero para el propio De Gregorio, esta afirmación no es la que tuvieron presentar los codificadores, pues cita a Mancini que en los trabajos preparatorios indica que debe apreciarse **las circunstancias especiales de tiempo, de lugar y de las relaciones de cada sociedad particular para decidir de qué modo deben estimarse los valores sociales...**¹²¹.

Por su parte, De Gregorio muestra que se debe interpretar la ley en este sentido por varias consideraciones entre ellas que si la ley hubiera querido que se tuviera en consideración el precio de costo lo habría explicado con mayor claridad, que al fijar que las utilidades estuvieran realmente obtenidas la ley no ha perseguido una cualidad positivamente determinada de las utilidades sino la necesidad de insistir en la prohibición de las utilidad ficticias. Si con este término hubiera querido decir que las

¹¹⁹ DE GREGORIO, Alfredo, Los balances de las sociedades anónimas, su régimen jurídico, Prólogo del autor a esta edición argentina Traducido de la segunda edición Italiana y anotado con Legislación Argentina por Francisco BOBADIILLA y Julio H. CASSE, pág. 238 Ed. Depalma, Buenos Aires, 1950.

¹²⁰ DE GREGORIO, Alfredo, Los balances de las sociedades anónimas, su régimen jurídico, Prólogo del autor a esta edición argentina Traducido de la segunda edición Italiana y anotado con Legislación Argentina por Francisco BOBADIILLA y Julio H. CASSE, pág. 239, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1950.

¹²¹ Ver DE GREGORIO, Alfredo, Los balances de las sociedades anónimas, su régimen jurídico, Prólogo del autor a esta edición argentina Traducido de la segunda edición Italiana y anotado con Legislación Argentina por Francisco BOBADIILLA y Julio H. CASSE, pág. 240, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1950. Mancini que en los trabajos preparatorios dice "...que el proyecto se limita a dar una guía genérica pero segura, y remite a la apreciación de las circunstancias especiales de tiempo, de lugar y de las relaciones de cada sociedad particular para decidir de qué modo deben estimarse los valores sociales... los administradores y los síndicos son responsables de la justa valuación de los elementos patrimoniales según las exigencias de los casos particulares y según los principios de contabilidad, no así el de su inscripción al precio de costo...".

utilidades deben estar ya liquidadas, la ley se habría situado en el más agudo contraste con las exigencias de la práctica y con la naturaleza del balance, limitándose a indicar que se corresponden con la diferencia entre el activo y el pasivo¹²².

De esta forma De Gregorio y Brunetti manifiestan que en el **derecho Italiano** falta un principio directivo de las valuaciones en los balances, determinado positivamente. Dejando gran libertad a los administradores entre los diferentes métodos¹²³. Adicionado Brunetti que el concepto "**la marcha del mercado al cerrar el ejercicio**", es menos rígido que el precio corriente¹²⁴. Para Vivante las partidas puestas en el balance deben

¹²² Ver DE GREGORIO, Alfredo, Los balances de las sociedades anónimas, su régimen jurídico, Prólogo del autor a esta edición argentina Traducido de la segunda edición Italiana y anotado con Legislación Argentina por Francisco BOBADIILLA y Julio H. CASSE, pág. 240, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1950. Las utilidades resultan de "...la comparación del activo y del pasivo, y véase si las utilidades calculadas de tal modo pueden decirse líquidas. Con la naturaleza del balance, porque este no es el cuadro comparativo de las entradas y salidas anuales, sino la confrontación en forma contable del activo con el pasivo y véase si las utilidades calculadas de tal modo pueden decirse líquidas...".

¹²³ Ver DE GREGORIO, Alfredo, Los balances de las sociedades anónimas, su régimen jurídico, Prólogo del autor a esta edición argentina, Traducido de la segunda edición Italiana y anotado con Legislación Argentina, por Francisco BOBADIILLA y Julio H. CASSE, pág. 243, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1950. Ello conlleva a la "...imposibilidad de una valuación verdadera de todos los elementos patrimoniales, imposibilidad que conduce a una notoria mezcolanza de datos del precio de costo y datos del valor actual, se ha dejado necesariamente gran libertad de acción a los compiladores de los balances los cuales entre los diferentes métodos deben preferir para cada rubro particular aquellos que acrediten seguridad en el cálculo de las utilidades y que por ello no amenacen la integridad del capital social. ...". BRUNETTI, Antonio, Tratado del derecho de las Sociedades, Traducción Directa del Italiano por Felipe Sola Cañizares, Unión Tipográfica Editorial Hispano Americana t. II, Sociedades por Acciones, pág. 601, Buenos Aires, 1960.

¹²⁴ BRUNETTI, Antonio, Tratado del derecho de las Sociedades, Traducción Directa del Italiano por Felipe Sola Cañizares, Unión Tipográfica Editorial Hispano Americana, t. II, Sociedades por Acciones, pág. 601, Buenos Aires, 1960. Critica por otro lado, la inseguridad del precio de coste y la indeterminación del precio de compra. Manifiesta que no es censurable lo resuelto por el legislador al haber establecido el término "la marcha del mercado al cerrar el ejercicio", concepto menos rígido que el precio corriente. Critica por otro lado, la inseguridad del precio de coste y la indeterminación del precio de compra. Manifiesta que no es censurable lo resuelto por

estimarse en su justo valor, con prudencia y con honradez; porque de lo contrario justificarían el reparto de dividendos imaginarios, llevando a la ruina de la sociedad”¹²⁵.

Halperín en nuestro país, indica que la solución **no tiene un único criterio sino que debe buscarse en la naturaleza de los rubros**¹²⁶.

Atento ello es necesario que se informe en los estados contables a los lectores los diferentes criterios para valorar los rubros ya sea precio de costo, valor corriente, valor de realización u otro que se considere en cada caso particular.

Existen diferentes posturas al momento de la valuación de los componentes de los estados contables, estos criterios se fueron adecuando a las realidades y varían según las características de cada uno de ellos.

En nuestro país las normas emanadas de la FACPCE deben ser aplicadas por los profesionales que se desempeñan en carácter de auditores de Estados Contables. El esquema normativo vigente en nuestro país establece que las entidades que cotizan en bolsa deberán aplicar las NIIF completas con carácter obligatorio, conforme lo establece la RT 26 de la FACPCE. Los demás entes podrán optar por aplicar las NIIF o las normas

el legislador al haber establecido el término “la marcha del mercado al cerrar el ejercicio”, concepto menos rígido que el precio corriente BRUNETTI, Antonio, Tratado del derecho de las Sociedades, Traducción Directa del Italiano por Felipe Sola Cañizares, Unión Tipográfica Editorial Hispano Americana t. II Sociedades por Acciones, pág. 602, Buenos Aires, 1960. Para este autor se deben tener en consideración las variaciones de los mercados en que se van a colocar los bienes, la naturaleza de los bienes y la especial situación de la empresa, cuando las precisiones sean inciertas se tomarán los precios corrientes

¹²⁵ VIVANTE, César, Derecho Mercantil, traducción prólogo y notas de Francisco Blanco Constans, pág.136, La España Moderna Madrid. Para Vivante “... todas las partidas puestas en el balance deben estimarse en su justo valor, con prudencia y con honradez; porque toda exageración del activo y toda artificiosa disminución de pasivo, darían como resultado ganancias no existentes y justificarían el reparto de dividendos imaginarios, preparando la inevitable ruina de la empresa nacional...”.

¹²⁶ HALPERIN, Isaac, “Sociedades Anónimas”, pág. 485, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1975. “...no cabe buscarla en un criterio único, sino en varios inspirados en la sinceridad del balance, sus fines y principios de una contabilidad ordenada, según la naturaleza de los rubros para que cada uno pueda formar una idea o juicio de valor de la empresa o de su estado patrimonial (principio de especialidad).

emanadas de la FACPCE, optativamente. Las principales cuestiones vinculadas con la medición del patrimonio y el reconocimiento de resultados se encuentran en la RT 17. No obstante, adicionalmente, los entes que encuadren como PYMES o pequeños y medianos entes podrán también optar por aplicar la NIIF para PYMES o normas específicas emanadas de la FACPCE para este tipo de entes (RT 41 y RT 42). Conforme este esquema, es posible que de acuerdo a la norma que el ente decida aplicar, un mismo bien pueda ser medido de maneras diferentes.

XI.b) ELEMENTOS Y PAUTAS DE VALUACIÓN PARA CADA RUBRO:

XI.b. 1) BIENES DE CAMBIO. Art. 63, inciso 1) apartado c) dela LSG.

MERCADERÍAS: Decía De Gregorio que se encuentran determinadas por la adquisición de la propiedad. Esta regla puede sufrir algunas variaciones como consecuencia de que el momento de la inscripción no coincida con el de la transmisión de la propiedad, pero sí con su salida o entrada de hecho al patrimonio de la empresa. Así puede ser que no se encuentren en el inventario porque el contrato no ha tenido ejecución. Siempre las mercaderías deben coincidir con el inventario.

De Gregorio dice que en la legislación Italiana no se prescribe ninguna fórmula para su valuación. Si bien, reconoce, que se podría argumentar que del art. 181 del Código de Comercio de la época prohibía la distribución de dividendos que no provengan de utilidades realmente obtenidas, **se podría deducir que se debe valorar las mismas al precio de costo.** Pero De Gregorio considera que esta interpretación de la norma no es correcta porque de ser así la ley lo hubiera establecido expresamente. Tampoco considera De Gregorio que esta sea la forma de valuación

impuesta por la costumbre¹²⁷. Si se consideraran, según De Gregorio, las legislaciones extranjeras de la época, todas eran muy pobres en relación a este tema. La mayoría no hacía referencia al mismo. Algunas establecían la regla de valuación al valor que se les pudiera asignar al momento de la formación del inventario y del balance, lo que excluiría tácitamente la posibilidad de valorar las mercaderías al precio de costo. Una sola hacía referencia a que **deben ser valuadas al precio del mercado o de la bolsa**. En las legislaciones alemanas y suizas de dicha época se había consignado que se debían valorar al precio más bajo entre el de costo y el del mercado¹²⁸.

De esta forma podemos decir que se pueden valorar de alguna de las siguientes posibilidades:

1.) Al precio corriente. Esta es una posibilidad porque el balance debe reflejar la situación actual del negocio social y por tanto los diversos elementos patrimoniales deben inscribirse por lo que valen actualmente. Otra valuación para esta doctrina impediría la distribución de beneficios reales **“ya que los beneficios reales están constituidos por el excedente del valor del activo sobre el pasivo”**. En el derecho Italiano se ha querido argumentar que esto refiere el art 38 del Código de Comercio, pero según De Gregorio este artículo hace referencia a otra situación¹²⁹. Para De Gregorio esta teoría sería justa, aunque en algunos casos sería dificultoso

¹²⁷ DE GREGORIO, Alfredo, Los balances de las sociedades anónimas, su régimen jurídico, Prólogo del autor a esta edición argentina Traducido de la segunda edición Italiana y anotado con Legislación Argentina por Francisco BOBADIILLA y Julio H. CASSE, pág. 253, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1950.

¹²⁸ DE GREGORIO, Alfredo, Los balances de las sociedades anónimas, su régimen jurídico, Prólogo del autor a esta edición argentina Traducido de la segunda edición Italiana y anotado con Legislación Argentina por Francisco BOBADIILLA y Julio H. CASSE, pág. 256, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1950.

¹²⁹ DE GREGORIO, Alfredo, Los balances de las sociedades anónimas, su régimen jurídico, Prólogo del autor a esta edición argentina Traducido de la segunda edición Italiana y anotado con Legislación Argentina por Francisco BOBADIILLA y Julio H. CASSE pág. 258, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1950.

establecer el verdadero valor, o podrían existir distorsiones momentáneas en las valuaciones referenciadas¹³⁰.

2. Al precio de costo porque es el único método que evita la incertidumbre y las valuaciones arbitrarias. Solamente se podría corregir de manera inversa si este fuera inferior al precio corriente. De esta forma se evitarían actos defraudatorios en el momento de la valuación. Las críticas a esta forma de valorar son numerosas, entre ellas que los beneficios se asignarían a un solo ejercicio y que llevarían a la necesidad de los administradores de vender las mercaderías¹³¹. El mérito que se atribuye al sistema del precio de costo es evitar la distribución de utilidades no obtenidas, situación que es criticada por De Gregorio para quien las utilidades del ejercicio están representadas por la diferencia entre el activo y el pasivo. Tampoco según este autor esta forma de valuación nos informa sobre la situación actual de la empresa¹³².

3. Teoría de la valuación al precio corriente combinada con la distribución de utilidades que resultarían de una estimación no superior al precio de costo. Esta teoría se basa en que el balance ordinario de las sociedades por acciones tiene el doble propósito de exponer el patrimonio de la sociedad comercial y de determinar el dividendo. Es decir que busca exponer su patrimonio a valores reales para que los socios y terceros lo puedan conocer, pero por otro lado considera que es necesario inscribir en el balance su precio de costo, si se quiere impedir la distribución de utilidades no obtenidas todavía. De esta forma según de Gregorio "...se

¹³⁰ DE GREGORIO, Alfredo, Los balances de las sociedades anónimas, su régimen jurídico, Prólogo del autor a esta edición argentina Traducido de la segunda edición Italiana y anotado con Legislación Argentina por Francisco BOBADIILLA y Julio H. CASSE, pág. 261, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1950.

¹³¹ DE GREGORIO, Alfredo, Los balances de las sociedades anónimas, su régimen jurídico, Prólogo del autor a esta edición argentina Traducido de la segunda edición Italiana y anotado con Legislación Argentina por Francisco BOBADIILLA y Julio H. CASSE, pág. 262, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1950.

¹³² DE GREGORIO, Alfredo, Los balances de las sociedades anónimas, su régimen jurídico, Prólogo del autor a esta edición argentina Traducido de la segunda edición Italiana y anotado con Legislación Argentina por Francisco BOBADIILLA y Julio H. CASSE, pág. 266, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1950.

pueden conciliar estas dos tendencias opuestas inscribiendo en el activo los distintos valores patrimoniales a su precio corriente y registrando en el pasivo una reserva correspondiente a la diferencia entre el valor atribuido en el activo a esos elementos y su precio de costo...¹³³.

4. La teoría del valor razonado es aquella según la cual se establece que los títulos se deberían inscribir a su valor real, el que se debe obtener mediante un examen razonado de la situación de la empresa que ha emitido esos títulos. Es de difícil aplicación en la práctica y conlleva para nosotros las mismas críticas que el sistema de valuación real.

5. Teoría de la valuación al precio futuro sobre la base de la prevista realización efectiva. En base a la misma se debe asignar el valor según el precio futuro de la prevista realización efectiva actualizado al día del balance¹³⁴. Esta forma de valuación hace que se aumente aún más el valor de las mercaderías con anterioridad a su realización o venta.

Consideramos que la Teoría de la valuación al precio corriente combinada con la distribución de utilidades que resultarían de una estimación no superior al precio de costo sería la más adecuada, porque les informaría a los socios el verdadero, real valor de las mercaderías, por ende de la empresa y por otro lado evitaría la distribución de utilidades no obtenidas. De esta manera indicaríamos en los estados contables los beneficios obtenidos no distribuibles al momento de su cierre, permitiendo que los estados contables cumplan la doble función de determinar el patrimonio de la sociedad y las utilidades distribuibles.

En nuestro país las normas susceptibles de ser aplicadas (NIIF, NIIF para PYMNES, RT 17, RT 41 y RT 42), aplicándose en la mayoría de los casos las normas locales en materia de medición

¹³³ DE GREGORIO, Alfredo, Los balances de las sociedades anónimas, su régimen jurídico, Prólogo del autor a esta edición argentina Traducido de la segunda edición Italiana y anotado con Legislación Argentina por Francisco BOBADIILLA y Julio H. CASSE, pág. 273, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1950.

¹³⁴ DE GREGORIO, Alfredo, Los balances de las sociedades anónimas, su régimen jurídico, Prólogo del autor a esta edición argentina Traducido de la segunda edición Italiana y anotado con Legislación Argentina por Francisco BOBADIILLA y Julio H. CASSE, pág. 277, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1950.

conforme la RT 17, por ende deberían medir estos bienes en general a partir de los criterios definidos en el marco conceptual de la RT 16, incluyendo como alternativas el costo de reposición, valor neto de realización, valor descontado, valor razonable, costo, conforme sea la intención del ente en relación al bien que se está midiendo. En particular en los siguientes casos, efectuamos los siguientes comentarios:

a) Bienes comercializables sin dificultad: Se caracterizan por ser fungibles, existe un precio de mercado conocido, su comercialización no requiere mayor esfuerzo y el mercado está en condiciones de absorber la cantidad poseída por el ente al precio conocido. **La mejor medida de su valor corriente resulta ser entonces su Valor Neto de realización (VNR)- Es igual al precio de venta de contado entre partes independientes en condiciones normales,** más ingresos adicionales no atribuibles a la financiación menos los costos ocasionados por la venta¹³⁵. El fundamento de esta postura se encuentra en que el esfuerzo está en la producción o tenencia pero no en la venta. En nuestro país, serían las mercaderías del ramo de la computación, lo electrodomésticos, electrónicos, automotores entre otros.

b) Otros bienes de cambio: en la mayor parte de estos casos el esfuerzo de venta implica una parte sustancial de proceso ganancial, por lo que el criterio más adecuado para estos bienes resulta ser el de costo de reposición. Ver de qué fuentes se obtienen, en condiciones de contado, según volúmenes de compra, etc. La RT 10 que no se encuentra vigente, en su momento, había definido cuales pautas son razonables y pueden ser utilizadas para definir costo de reposición de cualquier activo. En todos los casos se debe considerar en condiciones de contado, y según volúmenes de compra habituales de la empresa.

c) Producción para consumo propio. Para Fowler Newton, se califican como tales, por ejemplo, los hilados que se utilizan como materia

¹³⁵ CASINELLI, Hernán Pablo, Contabilidad para Usuarios Externos, pág. 92, Ed. Aplicación Tributaria S.A., Buenos Aires, 2008. Es igual al precio de venta de contado entre partes independientes en condiciones normales, más ingresos adicionales no atribuibles a la financiación menos los costos ocasionados por la venta.

prima en la producción de tejidos, el alimento que el ganado consumirá en la actividad de engorde, una fábrica que se utilizara para las actividades productivas. Considera el mencionado autor que lo aconsejable sería que mientras que la producción estuviera en proceso se debería efectuar su medición contable a su costo corriente (criterio que prefiere) o a su costo histórico, lo que fuera consistente con el modelo contable adoptado¹³⁶.

Esta forma de valuación indicada en los párrafos supra mencionados podría ocasionar, a nuestro parecer, serios problemas y posibles conflictos entre los socios. Ejemplificando podríamos encontrarnos con empresas que cerraron ejercicios el 31 de diciembre del 2015, debieron valorar las mercaderías importadas para su venta. (Insumos de computaciones, electrónicos) de acuerdo a la variación del dólar oficial en el último año, que pasó de un dólar de pesos 8,57 en el mes de enero del año 2015 a pesos 13 para el 31 de diciembre del 2015. O también mercaderías producidas dentro de la empresa para consumo propio, que también generarían, expuestos en los estados contable, una ganancia. De esta forma las sociedades obtuvieron resultados positivos por tenencia por sumas significativas o por mercadería para consumo propio son consideradas por los estados contables como ganancias liquidadas y realizadas. Como indicaremos, nosotros consideramos que las mismas revisten un beneficio pero no una utilidad líquida y realizada, situación que se debería segregar en los estados contables.

¹³⁶ FOWLER NEWTON, Enrique, Cuestiones Contables Fundamentales, pág. 405, Ed. Macchi, Buenos Aires, 2001. "...Repetimos algunos ejemplos de bienes de este tipo. A) Hilados que se utilizan como materia prima en la producción de tejidos. B) el alimento que el ganado consumirá durante la actividad de su engorde, c) una fábrica que se utilizara para las actividades productivas. Para esos casos consideramos razonable lo siguiente: a) Mediante la producción este en proceso efectuar su medición contable primaria a su costo corriente (criterio que preferimos) o su costo histórico lo que sea consistente con el modelo contable adoptado. b) cuando la producción finaliza 1) incorporar el bien por su valor de CV (el costo que tendría si se lo comprase), reconocer un resultado por la actividad de producción de ese bien, c) en todo momento tener en cuenta el límite del VR. De ese modo. A) se reconocería el hecho de que la producción del bien intermedio es una actividad autónoma a la que debería asignarse un resultado, b) pierde significación la discusión sobre la inclusión de costos financieros dentro del costo de producción de estos bienes...".

11.b.2) ACCIONES Y TÍTULOS DE RENTAS. Se encuentran integradas por los títulos de acciones de otras sociedades que posee la sociedad en su activo al momento del cierre del ejercicio. También se refiere Brunetti a las mismas debiendo ser valuadas en el derecho Italiano por los administradores según su prudente administración, teniendo presente para las sociedades que cotizan en bolsa, la marcha de las cotizaciones¹³⁷.

Un caso especial en nuestro país, lo constituyen los títulos públicos que representan sumas fijas en dinero en moneda del país que tienen cotización en el mercado. Dependerá de la intención del ente, en relación a si lo va a mantener hasta su vencimiento (**inversión a largo plazo, esperando amortizaciones, por lo que corresponde emplear Valor Actual**) o bien optará por realizarlo en el corto plazo (Valor Neto de Realización) Por ejemplo, **de acuerdo a la RT 17, estos bienes se miden en general al VNR en tanto la intención sea mantenerlos como inversión de corto plazo.** En el caso de los títulos en relación a los cuales la intención es esperar a sus plazos de amortización, la RT 17 define un criterio de valor descontado. Las tenencias accionarias mediante las cuales se ejerce control, control conjunto o influencia significativa, las cuales se miden a su valor patrimonial proporcional, en tanto sea la intención del ente no enajenarlas en el plazo de 12 meses contados desde la fecha de cierre de ejercicio. En este último caso se medirían al su VNR.

11.b.3) MONEDA EXTRANJERA. En nuestro país se convertirá su tenencia según los tipos de cambio aplicables para su canje a moneda nacional. Tipo de Cambio comprador, que será en valor al que vendería la moneda partiendo del hecho que es su Valor Neto de Realización y es un bien fácilmente comercializable. El resultado que se obtiene se denomina Diferencia De Cambio. **La RT 17 establece que deberán medirse al tipo de cambio vigente al cierre. La doctrina considera que para los activos**

¹³⁷ BRUNETTI, Antonio, Tratado del derecho de las Sociedades, Traducción Directa del Italiano por Felipe Sola Cañizares, Unión Tipográfica Editorial Hispano Americana, t. II, Sociedades por Acciones, pág. 603, Buenos Aires, 1960.

debería aplicarse el tipo de cambio comprador y para los pasivos el tipo de cambio vendedor.

XI. b.4) LOS ACTIVOS BIOLÓGICOS se miden por su valor neto de realización, excepto cuando éste no pueda ser determinado sobre bases fiables, los productos agrícolas derivados de activos biológicos (se reconocen como activos separados a partir del momento de la cosecha, que se los mide a su VNR (valor neto de realización). En nuestro país hay una norma específica aplicable a antes que no apliquen NIIF y es la RT 22. La misma admite la medición a VNR de los cereales ya cosechados, reconociendo un ingreso a partir del momento de la cosecha y no de la venta. Se miden posteriormente aplicando la NIC 2 u otra NIC aplicable, los cambios en valores de los activos se reconocen en los resultados de los periodos en que ocurre¹³⁸. En nuestro país en el año 2015 las empresas que poseen activos biológicos debieron reevaluar los mismos de acuerdo al proceso inflacionario obteniendo resultados positivos en sus estados contables que no se condicen con ganancias que podrían distribuirse. No hay norma contable que aplique ajuste por inflación en la actualidad, aunque es probable que cumplidos los parámetros indicados por la normativa vigente (RT 39), se reanude el ajuste por inflación.

11.b.5) LA ACTIVIDAD MINERA. Está representada por una industria que incluye todas las etapas desde la búsqueda o exploración de yacimientos hasta la cobranza de lo vendido, dado que algunos minerales gas, carbón, petróleo, cobro son de fácil comercialización se considera que la venta no es el principal hecho generador de resultados por lo que debería asignarse un resultado a la actividad de exploración cuando sea exitoso¹³⁹. De esta forma nos encontraríamos considerando en cada ejercicio los resultados que obtendríamos como consecuencia del descubrimiento de mineral, aun no extraído. La forma de valorarlo podría ser el precio de mercado del mineral menos costos de explotación y

¹³⁸ FOWLER NEWTON, Enrique, Cuestiones Contables Fundamentales, pág. 397, Ed Macchi, Buenos Aires, 2001.

¹³⁹ FOWLER NEWTON, Enrique, Cuestiones Contables Fundamentales, pág. 397, Ed. Macchi, 2001.

comercialización, o, valor descontado de los ingresos netos que generará la extracción y venta del mineral, o el importe resultante del ítem anterior menos el valor agregado al bien por la actividad de la extracción. Luego hasta la venta de los bienes deberían ajustarse los valores en los ejercicios sucesivos¹⁴⁰.

XI.b.6) LAS INMOVILIZACIONES; Son aquellos elementos que se conocen como capital de instalación o valores destinados al uso duradero, cuyo destino es permanecer en la empresa y sirven para su funcionamiento (son los bienes inmuebles, maquinarias, maquinarias, herramientas, silos y muebles). Estos valores se destinan originalmente al uso de la empresa pueden pasar a la categoría de elementos patrimoniales determinados a la venta. Estos elementos destinados al uso constituyen una gran parte del patrimonio industrial que se calcula sobre el precio de costo una suma anual de amortización, cuyo monto se deja al arbitrio de los administradores, no siendo aplicable la regla del precio de corriente ni la del precio de costo. Piénsese que una previsión equivocada puede hacer que cuando se deban vender como fierros viejos tengan un alto valor en el mercado.¹⁴¹ En el mismo sentido Brunetti los referencia como los bienes de uso durables no destinados a la venta o a la transformación sino al funcionamiento de la hacienda diciendo que "...no pueden ser valuados a un precio superior al de costo debiendo amortizarse todos los años de acuerdo a la vida útil..."¹⁴². Dice el autor mencionado que la aplicación de esta regla resultará correcta solamente en la medida de que no se produzcan mutaciones en la capacidad productiva de las instalaciones o maquinarias por motivos de organización o funcionamiento o externas. Por ello dice Brunetti que se debe valorar con

¹⁴⁰ FOWLER NEWTON, Enrique, Cuestiones Contables Fundamentales, pág. 397, Ed. Macchi, Buenos Aires, 2001.

¹⁴¹ DE GREGORIO, Alfredo, Los balances de las sociedades anónimas, su régimen jurídico, Prólogo del autor a esta edición argentina Traducido de la segunda edición Italiana y anotado con Legislación Argentina por Francisco BOBADIILLA y Julio H. CASSE, pág. 298, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1950.

¹⁴² BRUNETTI, Antonio, Tratado del derecho de las Sociedades, Traducción Directa del Italiano por Felipe Sola Cañizares, Unión Tipográfica Editorial Hispano Americana, t. II, Sociedades por Acciones, pág. 599, Buenos Aires, 1960.

referencia a las condiciones de la explotación de la empresa¹⁴³. En nuestro país los terrenos se deben valorar al precio de adquisición. La RT 17 define que podrán medirse al costo o a valor razonable. En este último caso a diferencia de otros rubros, el mayor valor resultante de aplicar este criterio de medición, se imputa a un Saldo de Revaluación como parte integrante del patrimonio neto del ente, sin pasar nunca por resultados. Este concepto no puede ser capitalizado ni distribuido hasta tanto la asamblea decida su desafectación, y en ese caso se desafecta con cargo de resultados no asignados. Igual tratamiento definen las normas internacionales.

XI.b.7) BIENES INMATERIALES. Para el Código Italiano, según Brunetti deben ser valuados por el precio de coste o de compra¹⁴⁴. La organización de la sociedad es un bien inmaterial sólo puede ser inscrita en el activo del balance cuando se hubiera pagado una suma por ella¹⁴⁵. En nuestro país los intangibles **autogenerados se valúan por el costo de su generación y los adquiridos por el precio de compra**, conforme la ley 19.550 Art. 63 inciso f) y la RT 17.

XI.b.8) CRÉDITOS Y DÉBITOS. Deben inscribirse en el Balance.

a) Créditos con personas insolventes. Si la sociedad tiene créditos respecto a personas en parte o en todo insolvente debe inscribir en el balance aquel que se presume exigible.

b) Créditos litigiosos. Si son litigiosos también se debe evaluar su grado de cobrabilidad.

c) Créditos infructíferos. De vencimiento futuro deben registrarse por su valor actual, esto es practicar el descuento correspondiente. El

¹⁴³ BRUNETTI, Antonio, Tratado del derecho de las Sociedades, Traducción Directa del Italiano por Felipe Sola Cañizares, Unión Tipográfica Editorial Hispano Americana, t. II, Sociedades por Acciones, pág. 600, Buenos Aires, 1960.

¹⁴⁴ BRUNETTI, Antonio, Tratado del derecho de las Sociedades, Traducción Directa del Italiano por Felipe Sola Cañizares, Unión Tipográfica Editorial Hispano Americana, t. II, Sociedades por Acciones, pág. 602, Buenos Aires, 1960.

¹⁴⁵ BRUNETTI, Antonio, Tratado del derecho de las Sociedades, Traducción Directa del Italiano por Felipe Sola Cañizares, Unión Tipográfica Editorial Hispano Americana, t. II, Sociedades por Acciones, pág. 606, Buenos Aires, 1960.

derecho Italiano refiriéndose a los créditos dice que deben ser valuados por su valor de realización¹⁴⁶.

d) Créditos resultantes de compras de ejecución diferida. Se debe tener en consideración la ecuación económica al momento del cierre del balance.

e) Valuación de créditos resultantes de ventas a término. Se debe tener en consideración la ecuación económica al momento del cierre del balance.

f) Inscripción y valuación de las obligaciones cambiarias. Deberían figurar en el balance por el valor que tienen al momento del cierre del ejercicio¹⁴⁷.

La RT 17 como criterio general establece que los créditos y deudas se midan a su valor descontado.

SINTETIZANDO podemos decir que los activos y pasivos se pueden valorar a costo histórico o a valores corrientes. Los tipos de valores corrientes posibles son:

a) Para Activos:

1. Costo de reproducción o de reposición (cotización o lista de precios a proveedores, costo de adquisición y de producción reales, órdenes de compra colocadas y pendientes de recepción, cotizaciones que resulten de la oferta y la demanda en mercados públicos o privados, publicados en boletín oficial periódicos o revistas).

¹⁴⁶ BRUNETTI, Antonio, Tratado del derecho de las Sociedades, Traducción Directa del Italiano por Felipe Sola Cañizares, Unión Tipográfica Editorial Hispano Americana t. II, Sociedades por Acciones, pág. 604, Buenos Aires, 1960.

¹⁴⁷ DE GREGORIO, Alfredo, Los balances de las sociedades anónimas, su régimen jurídico, Prólogo del autor a esta edición argentina Traducido de la segunda edición Italiana y anotado con Legislación Argentina por Francisco BOBADIILLA y Julio H. CASSE, pág. 298, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1950.

2. Valor Neto de realización (VNR),
3. Valor descontado, sería descontar flujos futuros de fondos.
4. Valor razonable

b) Para pasivos: Valor descontando, costo de cancelación.

Resumiendo estos conceptos, cuando valuamos a costo histórico sólo se pueden reconocer resultados devengados y realizados (provenientes de transacciones con terceros),¹⁴⁸ es decir que no se consideran ganancias o resultados positivos por tenencia. De ello se colige que no se considerará beneficio o utilidad hasta que la sociedad se desprenda del bien, todo cambio no sería resultado de valor de los bienes dentro de la sociedad por modificación de su categoría o por cambios de valor como consecuencia de variaciones en los costos de venta o de reposición, es decir en el mercado.

Optar por un modelo que utilice como criterio de medición de activos y pasivos a valores corrientes implica que se pueden reconocer todos los resultados, por tenencia, por producción devengados o no, estén realizados o no. Es decir que se considera un resultado positivo toda variación de las mercaderías por causas ajenas al giro societario y que no se corresponden con operaciones serias con terceros, sino simplemente como consecuencia del resultado por la tenencia de los bienes en el patrimonio social y el cambio de valor de los mismos¹⁴⁹.

Compartimos las afirmaciones de Casinelli y advertimos que en los estados contables que se presentan en nuestro país, las mercaderías, los títulos cotizables, la moneda extranjera, los activos biológicos y los productos mineros se valúan distorsionando el concepto de ganancia líquida y realizada distribuible. Creemos que el

¹⁴⁸ CASINELLI, Hernán Pablo, Contabilidad para Usuarios Externos, pág. 90, Ed. Aplicación Tributaria S.A., Buenos Aires, 2008.

¹⁴⁹ CASINELLI, Hernán Pablo, Contabilidad para Usuarios Externos, pág. 90, Ed. Aplicación Tributaria S.A., Buenos Aires, 2008.

resultado por valuación de los bienes de cambio, de los producidos para consumo y el resultado por tenencia se deben segregar del concepto de ganancias líquidas y realizadas.

11.c) ESQUEMA NORMATIVO VIGENTE A ENERO 2016 EN ARGENTINA

Las normas aplicables en nuestro país son las siguientes:

1) ENTES QUE COTIZAN EN BOLSA, Normativa Aplicable NIIF obligatoriamente, ente emisor IASB (International Accounting Standards Board).

2) PYMES normativa aplicable NIIF (opcional), NIIF para Pymes (opcional), NCPA, NCPA (con dispensas), RT41, ente emisor IASB (International Accounting Standards Board), FACPCE (Federación Argentina de Consejos Profesionales de Ciencias Económicas elaboran, y CPCE (Consejo Profesional de Ciencias Económicas) sancionan.

3) RESTANTES ENTES normativa aplicable NIIF (opcional), NCPA, ente emisor IASB y FACPCE elabora y CPCE sancionan.

El esquema en que nuestras normas prevén la presentación de los resultados de un período. Se exponen resultados provenientes de operaciones con terceros y otros provenientes de otros hechos.

El siguiente esquema está previsto por la RT 9 para los entes comerciales y Prestadores de servicios domiciliados en el país que no aplican NIIF ni NIIF para Pymes, **sería:** Ventas netas de bienes y servicios (nota) (1), Costo de bienes vendidos o servicios prestados, (anexo) (2), Ganancia (pérdida bruta) (3), **Resultado por valuación de bienes de cambio, a su VNR**(4), Gastos operativos (anexo) (5), Gastos de Comercialización, Gastos de Administración, Otros gastos, Resultado de inversiones en entes relacionados (6), Resultado, operativo, Resultados financieros y **por tenencia** (nota) (7), Generados por activos Generados por pasivos, Otros ingresos y egresos (8), Resultado Ordinario antes de Impuesto a las ganancias, Impuesto a las ganancias (9), Resultado ordinario, **Resultados Extraordinarios**(nota) Resultado del Ejercicio.

Nosotros consideramos que todos estos rubros que figuran como ganancias liquidas y realizadas en los estados contables no lo son en la realidad. Creemos y estamos convencidos, que **los Resultado por valuación de bienes de cambio, los resultados por tenencia (entendiéndose en sentido amplio) no representan ganancias liquidas y realizadas.**

XII. CONCEPTO CONTABLE DE RESULTADO DE UN PERÍODO:

Conforme con las normas contables vigentes en la Argentina, se podría sostener que el **resultado de un período surge de** las variaciones del patrimonio de un ente. Las mismas, pueden responder a dos grandes causas: (así se exponen en el estado de evolución del patrimonio neto):

a) **Transacciones con propietarios** (aportes/retiros).

b) **Resultados:** los cuales a su vez, podrán ser generados por:

b.1) **Transacciones con terceros** (Por ejemplo la venta de mercaderías, a través de la cual se genera una utilidad bruta por ventas, comparando el valor de venta con el valor contable del bien).

b.2) **Otros hechos.** Por ejemplo:

b.2.1) los cambios en los valores de los bienes Si hubiera costado \$ 1000.-, pero para reponerlo hoy costara \$ 1.500.-. La diferencia de \$500.- sería una ganancia proveniente de un hecho objetivamente medible, pero que no es una transacción con terceros, y daría lugar al reconocimiento de un resultado por tenencia. (En otros rubros este resultado recibiría otras denominaciones. Así respecto a la moneda extranjera se hablaría de diferencia de cambio Para acciones con cotización, hablaríamos de diferencia de cotización).-

b.2.2.) Crecimiento natural: Esto es característico de empresas agropecuarias, el incremento de valor de los activos está vinculado con un proceso de crecimiento natural y no a partir de la acumulación de costos. Los bienes que se generan (cereales; ganado en pie) se valúan a su valor

neto de realización, porque existe para ellos un mercado con precio definido, capaz de absorber lo que la sociedad tiene para vender y fundamentalmente porque no existe esfuerzo de venta. El esfuerzo ganancial no está en la venta sino en el crecimiento natural a partir del proceso de siembra o cría.

De lo expuesto, sostenemos que el resultado de un período, en base a las normas contables, que no aplican las NIIF ni NIIF para Pymes es que los resultados que se informan en el estado de resultados **no siempre provienen de transacciones con terceros.** En algunos casos provienen de cambios en los valores de los bienes. Por ello consideramos **que toda valorización per se, no significa ganancia Repartible.**

XIII. NUESTRA CONTABILIDAD SIGUE EL CRITERIO DE LO DEVENGADO

Conforme la normativa contable vigente, las ganancias deben surgir de un estado de resultados re-expresado en moneda de cierre, de acuerdo a la metodología establecida para los resultados por exposición a la inflación y para los resultados financieros y por tenencia. (art.62 último párrafo)¹⁵⁰.

De esta forma los autores -Fowler Newton, Martorel- manifiestan que las variaciones patrimoniales se deben contabilizar en el período que se generaron sin considerar si han afectado los fondos del ente (concepto de devengamiento)¹⁵¹. **Atento ello las variaciones patrimoniales que deben**

¹⁵⁰ VERÓN, Alberto Víctor, Los balances, Tratado sobre Estados Contables, t. I, pág. 462, Ed. Errepar, 1971.

¹⁵¹ FOWLER NEWTON, Enrique, t. I, pág. 36, Libro III, Contabilidad Superior, Buenos Aires, La ley, 2008. FOWLER NEWTON, Enrique, pág. 88 Libro II Contabilidad Básica, Buenos Aires, La Ley, 2008; VERÓN, Alberto Víctor, Sociedades Comerciales, t. I, pág. 543, Ed. Astrea, 1982. MARTORELL, Ernesto, Tratado de derecho Comercial, t. VI, pág. 485, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2011. 13/05/1982 • Vassalli, S. A., Roque c/ Gobierno nacional -D. G. I. • LA LEY 1982-D, 399 - IMP 982-I, 1865 • AR/JUR/2999/1982. Tribunal Fiscal de la Nación, sala A • 29/04/2004 • Ecohabitat S.A. •, La Ley Online; La Corte Suprema de Justicia de la

considerarse para establecer el resultado económico de una empresa, son aquellas que competen a un ejercicio sin entrar a considerar si se han cobrado o pagado cuando la operación que los origina queda perfeccionada desde el punto de vista de la legislación o prácticas comerciales aplicables y si se han ponderado fundadamente todos los riesgos inherentes a la operación...¹⁵². **De esta forma debemos considerar que ingresos no es lo mismo que entrada de dinero.** Esto nos puede llevar a la existencia de operaciones serias y concretas donde todavía el pago no se ha efectivizado¹⁵³.

Los ingresos y las ganancias se deben imputar al período en que se produce su **devengamiento** esto es: se deben imputar al período en el cual se produjo la **variación patrimonial que generó el resultado** sin importar si se encuentra pagado o cobrado, entonces, resulta necesario definir el período en el que se produjo la variación patrimonial en cuestión.

Regla general de imputación: los ingresos y ganancias susceptibles de **medición objetiva** deberían ser imputados (asignados) a los períodos en los cuales se produzca el **hecho sustancial** que los genera.

En el caso de la venta de un bien de cambio, el hecho generador es la venta, en el caso de los resultados por tenencia, el hecho generador es el cambio en el valor del bien en la medida que sea de medición objetiva.

El concepto de devengado es la base para el reconocimiento de resultados desde el punto de vista contable, no necesariamente esos resultados se encuentran realizados si se entiende como realizados a aquellos que provienen de transacciones con terceros.

Hay algunos doctrinarios entre ellos Fuschimi y Fowler Newton indican que ganancias devengadas no son necesariamente ganancias

Nación ha manifestado que en cada período fiscal se deben computar los ingresos y gastos reales que estrictamente correspondan a cada año conforme al concepto de lo devengado y con prescindencia del ejercicio en que se contabilizaron.

¹⁵² VERÓN, Alberto Víctor, *Sociedades Comerciales*, t. I, pág. 543, Ed. Astrea, Buenos Aires, 1982.

¹⁵³ FOWLER NEWTON, Enrique, *Cuestiones Contables Fundamentales*, pág. 123, Ed. Macchi, Buenos Aires, 2001.

realizadas y líquidas y las normas contables establecen que las ganancias se imputen al período en el cual se devengaron pero ello no implica que no todas las ganancias que exhibe el Estado de Resultados son distribuibles¹⁵⁴.

XIV. AMORTIZACIÓN

Los activos de una empresa comienzan a perder valor a lo largo del tiempo y esa pérdida se amortiza teniendo en cuenta los años de vida del activo. Se implantan por la dificultad de valorar exactamente los bins de acuerdo al desgaste o uso.

¹⁵⁴ FUSCHIMI, Jorge; RICHARD, Efraín H, *Resultados no asignados en la ley de sociedades*, pág. 839, LA LEY 2010-B., Buenos Aires, 2010. Fuschimi ha escrito un extenso trabajo sobre este tema, afirmando que "...ganancias devengadas no son ganancias realizadas y líquidas y las exigencias legales tributarias exigen que las ganancias se declaren por lo devengado, de manera que no todas las ganancias que exhibe el Estado de Resultados son distribuibles (sea por no estar realizadas, sea por no ser líquidas)...". FOWLER NEWTON, Enrique, *Ουσιαστικός Ουκ Εξοφλητός*, "...en un modelo contable que se basa en las mediciones históricas y que no reconozca resultados por actividades internas o por cambios en los VC (valor corriente), los resultados devengados deberían coincidir con los realizados, en otros modelos, contabilización de los resultados se basa en el devengamiento aunque no exista realización..." y pág. 358. Dice el autor referenciado que "De esta forma manifiesta que por el progresivo abandono de los modelos contables basados exclusivamente en los costos históricos, cabe esperar que el concepto de realización vaya desapareciendo en las codificaciones de NC (normas contables). Sin embargo, hay quienes consideran conveniente que los estados de resultados distingan los resultados realizados de lo no realizados. Dice este autor que en la Argentina, "...la norma no se refiere a la contabilización de los resultados sino a su distribución, los organismos nacionales que fiscalizan las sociedades comerciales admiten (y en algunos casos exigen) el empleo de valores corrientes y la contabilización de ganancia por tenencia, los mismos organismos aceptan que la distribuciones de dividendos se basen en los resultados contabilizados, en consecuencia, dichos entes consideran que la expresión ganancia realizada debe ser leída como devengada, sin que parezca haber objeciones a esta interpretación. Por supuesto, sería conveniente que esta interpretación fuera convalidada para adaptarla a los tiempos corrientes..."

Las amortizaciones son reducciones en el valor de los activos o pasivos para reflejar en el sistema de contabilidad cambios en el precio del mercado u otras reducciones de valor. Con las amortizaciones, los costes de hacer una inversión se dividen entre todos los años de uso de esa inversión. Es la operación contable que consiste en distribuir entre varios años un gasto hecho en un ejercicio,¹⁵⁵ deduciendo el costo de la inversión durante los ejercicios en los cuales se utilizará el bien.

En contabilidad, se puede elegir entre dos conceptos de amortización. El primero consiste en contabilizar una reducción directa del activo y un gasto en la cuenta de pérdidas y ganancias.

Por su parte, en el segundo concepto se contabiliza el mismo gasto en la cuenta de pérdidas y ganancias pero en el balance de situación no se disminuye el valor del activo. En lugar de eso, se crea una partida de pasivo para realizar la disminución del capital.

Para amortizar, se reparte el costo neto del bien a lo largo de su vida útil, descontando el valor residual de venta, si existiere, y se imputa como gastos de los diferentes periodos en que el bien podrá utilizarse¹⁵⁶. Las amortizaciones cumplen tres funciones a) determinan los valores de los bienes en el balance; b) fijan los gastos a cargo del rédito anual; c) influyen directamente en el cálculo de la utilidad neta¹⁵⁷. Establecen límites para la distribución de utilidades¹⁵⁸.

El fin perseguido por la amortización es conservar intacto el capital.

Si la amortización no se realizará o fuera incorrecta se podrían distribuir mayores utilidades de las existentes.

¹⁵⁵ SUSSINI, Miguel, Los dividendos, pág. 129, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1951. HALPERIN, Isaac, Sociedades Anónimas, pág. 489, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1975.

¹⁵⁶ SUSSINI, Miguel, Los dividendos pág. 130, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1951. "... se reparte el costo neto del bien a lo largo de su vida útil, entendido como la diferencia entre costo total y el valor de reventa como material y se lo imputa como gastos en los períodos administrativos que se benefician a las mercaderías o servicios que se producen mediante el empleo de ese bien en el activo...".

¹⁵⁷ SUSSINI, Miguel, Los dividendos, pág. 130, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1951.

¹⁵⁸ CABANELLAS DE LAS CUEVAS, Guillermo, El contrato de sociedad, t. VII, pág. 153, Ed. Heliasta S.R.L., Buenos Aires, 1994.

Los sistemas de amortización tienen relación en el tiempo y en proporción a su uso¹⁵⁹. Los sistemas basados en el tiempo priorizan el deterioro y la obsolescencia del bien, los sistemas basados en el uso el desgaste del bien. Los sistemas mixtos consideran y coordinan ambos elementos.

Para calcular la amortización, existen diferentes formas: a) Amortización constante (costo menos valor de reventa durante el período de vida del elemento y se divide en partes iguales); b) Amortización decreciente (es mayor en los primeros años y menor en los últimos); c) Amortización creciente (es menor en los primeros años y mayor en los últimos)¹⁶⁰. La forma más eficiente es la primera. Todos los bienes no tienen la misma vida útil, el mismo plazo de obsolescencia, etc. "...El cargo de amortización representa la desvalorización que sufre el bien por su deterioro, desgaste, obsolescencia, desmejoramiento o insuficiencia. Con lo que los sistemas de depreciación responden a dos propósitos diferentes:

a) cargo a resultados del desgaste, deterioro que ha sufrido un bien en un periodo determinado, etc.

b) adecuación del valor residual del bien a un momento dado¹⁶¹.

La amortización lineal o constante es el método más popular y al mismo tiempo el método más simple. Con este, se reduce el valor de un activo por el mismo importe cada año. De adoptarse este método, las cuotas de amortización son lineales, todos los años contables tendrás una parte igual de la amortización.

En algunos casos, también pueden existir o ser necesarias amortizaciones extraordinarias por cálculo erróneo de la vida útil del bien

¹⁵⁹ VERÓN, Alberto Víctor, Los balances, Tratado sobre Estados Contables, t. I, pág. 343, Ed. Errepar, Buenos Aires, 1971.

¹⁶⁰ SUSSINI, Miguel, Los dividendos, pág. 150, Ed. Depalma Buenos Aires, 1951. HALPERIN, Isaac, Sociedades Anónimas, pág. 490, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1975 “.

¹⁶¹ VERÓN, Alberto Víctor, Los balances, Tratado sobre Estados Contables, t. I, pág. 342, Ed. Errepar, Buenos Aires, 1971.

por descubrimiento de nuevos instrumentos de producción, mejoras técnicas, desgastes extraordinarios, etc.

En general se acepta que los terrenos no son amortizables.

La amortización tiene un doble impacto, en el Estado de Resultados como gastos y en el Estado de Situación Patrimonial, disminuyendo su valor de origen. La ley de sociedades establece que las amortizaciones se expresen en el activo (art. 63,1, e), en el estado de resultados (art 64, I, b) y como información complementaria se debe confeccionar un cuadro anexo detallando las amortizaciones por cada cuenta. (art. 65, 2).

Las amortizaciones se diferencian de las reservas y de las provisiones. La reserva corresponde a pérdidas eventualmente previsibles y la previsión a pérdidas probables¹⁶², "...la función de las amortizaciones es asignar temporalmente la pérdida de valor de los activos societarios y no asegurar su reposición por otros económicamente aptos..."¹⁶³.

Es muy importante al momento de determinar las utilidades de un ejercicio la realización de un cálculo correcto sobre las amortizaciones. Si esto no se llevase a cabo correctamente se podrían distribuir utilidades inexistente despatrimonializando a la sociedad o menores utilidades perjudicando a los socios.

XV. PREVISIONES. PROVISIONES

Las provisiones son cuentas de orden que tienen por objeto retener en la empresa una parte del producto de la explotación para afrontar cargas o depreciaciones actuales o próximas que tengan carácter de extrema

¹⁶² HALPERÍN, Isaac; OTAEGUI, Julio C., *Sociedades Anónimas*, pág. 590, Depalma, Buenos Aires, 1998. CABANELLAS DE LAS CUEVAS, Guillermo, *Derecho societario Contabilidad y Documentación Societaria* t. VII, pág.155, Ed. Heliasta, Buenos Aires, 1999.

¹⁶³ CABANELLAS DE LAS CUEVAS, Guillermo, *Derecho societario Contabilidad y Documentación Societaria* t. VII, pág.156, Ed. Heliasta, Buenos Aires, 1999.

probabilidad o casi certeza pero cuyo monto no esté determinado aún.¹⁶⁴ Equivalen a lo que se conoce como pasivo contingente o eventualidades susceptibles de concretarse¹⁶⁵.

Entre ellas encontramos incobrabilidad de cuentas de clientes, los juicios o litigios iniciados por terceros, las indemnizaciones por despidos, otorgamientos de garantías, provisiones por contratos en divisas (otra moneda a la de curso legal); "...Las provisiones representan por su parte cargos ciertos de cálculos precisos que gravitarán decisivamente en el resultado del ejercicio..."¹⁶⁶, que son conocidas por los administradores¹⁶⁷. Para algunos son consideradas reservas extraordinarias¹⁶⁸.

XVI. APROBACIÓN DEL BALANCE. SUS EFECTOS

Halperín, considera que el balance es un documento derivado y dependiente de la contabilidad, que no constituye ni extingue obligaciones y que su aprobación es un acto de eficacia interna.

Conforme el art. 69 de la L.G.S., el derecho de los accionistas a concurrir a la asamblea para decidir sobre la aprobación de los estados contables es irrenunciable y por ello cualquier cláusula estatutaria que implicara su renuncia sería considerada nula. Desde el punto de vista

¹⁶⁴ SUSSINI, Miguel, *Los dividendos* pág. 142, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1951. CABANELLAS DE LAS CUEVAS, Guillermo, *El contrato de sociedad*, t. VII, pág. 361, Ed. Heliasta S.R.L., Buenos Aires, 1994. VERÓN, Alberto Víctor, *Sociedades Comerciales*, t. I pág. 599, Ed. Astrea, Buenos Aires, 1982.

¹⁶⁵ CABANELLAS DE LAS CUEVAS, Guillermo, *El contrato de sociedad*, t. VII, págs. 56 y 361, Ed. Heliasta S.R.L., Buenos Aires, 1994.

¹⁶⁶ RICHARD, Efraín; ESCUTI, Ignacio; ROMERO, José, *Manual de Derecho Societario*, pág. 135, Ed. Astrea, 1983, Buenos Aires. SUSSINI, Miguel, *Los dividendos*, pág. 142, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1951.

¹⁶⁷ REYES VILLAMIZAR, Francisco, *Derecho Societario*, t. I, pág. 381, Ed. Temis S.A., 2004, Bogotá, Colombia.

¹⁶⁸ HALPERIN, Isaac, *Sociedades Anónimas*, pág. 502, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1975, "...son las no enunciadas en los estatutos, pero que previsión o prudencia de la administración aconseja informar para evitar pérdidas previstas para ejercicios posteriores..."

jurídico, la presentación de los estados contables a los socios es una forma de rendición de cuentas. La reforma de la ley 22.903 estableció que la aprobación de los estados contables no implica la aprobación de la gestión de los administradores (art 72). Esta formulación permite diferenciar la aprobación de los estados contables -que reflejan la realidad de la empresa- de la gestión de los administradores (que puede ser contraria a la ley art 59, 157 y 274 de la L.S.). Los accionistas pueden impugnar la validez de la asamblea que aprueba los estados contables (art 251) e iniciar las acciones penales por presentación y-o autorización de Balances Falsos (art 300 inc. 3 Cod. Penal) contra los fundadores, directores, síndicos administradores y liquidadores¹⁶⁹.

Nosotros consideramos que los administradores tienen la obligación de confeccionar los estados contables, que los mismos revisten, para la sociedad, el carácter de un proyecto, hasta tanto el balance no sea aprobado por la asamblea, toda vez que si la asamblea no lo aprueba o aconseja algunas modificaciones puede modificarse y confeccionarse uno diferente. De esta forma consideramos que para la sociedad no reviste el carácter de estado contable vinculante hasta tanto los accionistas lo aprueben. Sin perjuicio de ello, para los administradores, tiene un conjunto de consecuencias jurídicas porque reviste el carácter de rendición de cuentas que estos realizan a los socios o accionistas, y por ende si es falso el órgano de administración queda responsabilizado y puede ser pasible de acciones civiles y penales.

Nissen critica a la jurisprudencia que postula que la decisión asamblearia que aprueba los balances, no es susceptible de suspensión¹⁷⁰. Entre ellos¹⁷¹ conforme el autor mencionado la consideración de los

¹⁶⁹ GRISPO, Jorge Daniel, Tratado sobre la ley de sociedades comerciales, t. I, pág. 708, Ed. Ad Hoc, Buenos Aires, 2005.

¹⁷⁰ NISSEN, Ricardo A, Las sociedades Comerciales, t. I, pág. 748, Ed. Astrea, Buenos Aires, 2010. CABANELLAS DE LAS CUEVAS, Guillermo, El contrato de sociedad, t. VII, pág. 362, Ed. Heliasta S.R.L., Buenos Aires, 1994.

¹⁷¹ Confin SA c/ Pesquera Olivos SA, S/medida Precautoria Cámara Nacional de Apelaciones Sala E 2-12-205. IJ -XXIV 150. "Las decisiones asamblearias que simplemente aprueban estados contables de un ejercicio no resultan susceptibles de

estados contables tiene relevancia desde el punto de vista de la información de los socios, de la distribución de utilidades, la determinación de la parte del accionista recedente, la remuneración de los directores"¹⁷². Asimismo, considera el autor mencionado que en el caso de impugnación de los estados contables no es necesaria la impugnación sucesiva de los siguientes dado que la invalidez de uno conlleva la invalidez de los sucesivos¹⁷³. En el mismo sentido De Gregorio ya en el año 1950, consideraba que a la resolución aprobatoria de los balances se

suspensión por cuanto su virtualidad se agota con la resolución misma, sin que exista materia alguna que permita predicar la ejecución de la decisión respectiva. El balance es la descripción de la situación patrimonial de la sociedad en un momento dado, siendo su objeto el de suministrar información contable a los interesados, determinando el resultado del período y exponiendo la situación económica, financiera y patrimonial del ente vigente al tiempo de su confección para el conocimiento de aquéllos". En el mismo sentido "Rocataglia Megaz, Andrea c/ estancia La Rivera S.A. s/ ordinario. "Cámara Nacional de Apelaciones Sala C. 25-10-2002. IJ -IV-899. Guerra Andrea; c8 Región 4 S.R.L. y otros s/ medida precautoria" Cámara Nacional de Apelaciones Sala C. 12-06-2009. IJ XXXV -377. "Bottaro, Carlos E. c/Estudio Ceb S.R.L. y Otros s/Ordinario" Cámara Nacional de Apelaciones Sala e. 6-02-2008. IJ.XXX.221 Biedma, Cristian c/Biedma, Carlos I. s/Medida Precautoria Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial - Sala C 29-12-2010 ij-xliiii-608. Visco Gilardi, Claudio c/Visco Gilardi S.A. s/Ordinario s/Incidente de Apelación (art. 250 C.PÁG.C.C.N.) Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial - Sala C 10-08-2001 ij- XIII.96.

¹⁷² NISSEN, Ricardo A., Las sociedades Comerciales t. I, pág.749, Ed. Astrea, Buenos Aires, 2010. "Palmeiro, Guillermo C. c/Parador Norte SA s/Medida Precautoria s/Incidente de Apelación art. 250 C.PÁG.C.C.N Cámara Comercial Sala B 14-08-2012. IJ-LXVI-694, "...Corresponde suspender cautelarmente la ejecución de las decisiones asamblearias en los puntos referidos a la consideración y aprobación de los estados contables, el destino de los resultados, y los honorarios y remuneración de los directores, en tanto los estados contables señalando no se ajustarían a la realidad del giro comercial, y -en principio- no se advierte que los directores hayan realizado tareas administrativas extraordinarias (art. 261 LSC).El balance, que tiene importancia en cualquier empresa, cobra especial significado en la sociedad anónima para los socios y los terceros, por su triple función de: a) hacer conocer el estado patrimonial de la sociedad, b) asegurar la integridad del capital, con la realización de amortizaciones y formación de reservas, etc, c) dar a conocer los negocios sociales y su consecuencia, la distribución de utilidades o pérdidas".

¹⁷³ NISSEN, Ricardo A, Las sociedades Comerciales, t. I, pág. 752, Ed. Astrea, Buenos Aires, 2010.

le deben aplicar todas las normas sobre resoluciones de asambleas, inclusive la de impugnación regulada en el art 163¹⁷⁴.

Como podemos observar, existen dos corrientes doctrinarias y jurisprudenciales bien diferenciadas en este tema, una que postula que la decisiones que aprueban los estados contables de un ejercicio no resultan susceptibles de suspensión por cuanto su virtualidad se agota con la resolución misma, y la contraria sustentando por Nissen entre otros postulando que la aprobación de los estados contables produce un conjunto de efectos y por ende es motivo de suspensión cautelar. Nosotros nos enrolamos en esta segunda, considerando que los estados contables son esenciales para un conjunto de tomas de decisiones sociales como lo explicamos en el punto III del presente Capítulo. Sin perjuicio de ello somos conscientes que la medida que dispone la suspensión de los estados contables deja a la sociedad paralizada, sin poder avanzar en ninguna decisión posterior hasta tanto se resuelva el juicio principal, por lo que consideramos se debe arbitrar los medios para que la sociedad pueda seguir tomando decisiones mientras este tiempo transcurre.

¹⁷⁴ DE GREGORIO, Alfredo, Los balances de las sociedades anónimas, su régimen jurídico, Prólogo del autor a esta edición argentina. Traducido de la segunda edición Italiana y anotado con Legislación Argentina por Francisco BOBADIILLA y Julio H. CASSE, pág. 102, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1950.

CONCLUSIÓN

CAPÍTULO 2

1. Todas las sociedades deben llevar la contabilidad ordenada, veraz y sincera. Los Estados Contables cumplen un sinnúmero de funciones dentro de la L.G.S. Entre ellas: a) Suministrar información útil para la toma de decisiones. b) Proporcionar datos necesarios para que potenciales inversores o acreedores evalúen la capacidad de la compañía para generar utilidades. c) Brindar información para evaluar el flujo de fondos esperado. d) Proveer información para evaluar la gestión de la dirección. e) Servir de base para la determinación de la carga tributaria. f) Constituir una fuente de información para la economía nacional. g) Constituir algo similar a una rendición de cuentas de los administradores .h) Permitir evaluar la relación entre el patrimonio y el capital. i) Demostrar la existencia de ganancias y por lo tanto hacer posible su distribución. j) Brindar pautas confiables para establecer el valor de reembolso de la parte social de los socios que se retiraran que recedieran o que fueran excluidos, k) Contienen los parámetros para aprobar –o para impugnar- las cuentas de la gestión de los administradores. (Art. 234 L.S.).
2. En nuestro derecho -como lo manifestáramos- el ajuste por inflación, se encuentra discontinuado desde el año 2003, razón por la cual los estados contables que se confeccionan en la actualidad no se realizan a moneda constante. Asimismo, tampoco es de aplicación obligatoria en nuestro país la revalorización de los bienes. Sin perjuicio ello, existen algunos bienes del activo que se valúan a valores diferentes en cada ejercicio. **Entre otras cosas por este motivo, los estados contables suelen no reflejar la verdadera utilidad existente, impidiendo o desvirtuando su distribución entre los socios.**
3. Como algo complementario de los Estados Contables, los administradores deben confeccionar la Memoria para explicar a los

socios lo que resulte relevante respecto del pasado, del presente y del futuro de la sociedad. Creemos que la Memoria es un elemento sustancial para los accionistas que deberían tener en cuenta al momento de tomar decisiones sociales porque les debería proporcionar un conocimiento claro, preciso, exacto, veraz y técnico de la situación de la sociedad actual y de las circunstancias venideras. Aunque parezca obvio, se debe enfatizar que la Memoria es obligatoria y que se debe presentar conjuntamente con los estados contables, los que serían impugnables si se omitiera tal recaudo. Esta posibilidad impugnatoria no debería sorprender a nadie, toda vez que en la Memoria se debe explicar –entre otras cosas- todo lo referente a las ganancias y a los gastos, así como las razones por la cual se proponga la constitución de reservas. Se debe explicar también cuáles son las causas en virtud de las cuales se propone distribuir las utilidades de otra forma que no sea en efectivo. Si surgieran errores, irregularidades, deficiencias o contradicciones con los estados contables, se debería analizar la magnitud e importancia de los mismos para resolver en cada caso si sería pertinente una impugnación de alguno o de todos los rubros que estuvieran sujetos a la aprobación de la reunión de los socios o de la asamblea de accionistas.

4. Los estados contables básicos, reflejan el Estado de Situación Patrimonial, en el que se exponen el activo, el pasivo, el patrimonio neto y su evolución, reflejando las variaciones en los fondos atribuibles a los socios que pudieran haber ingresado a la sociedad, el estado de resultados que expone las ganancias líquidas y realizadas del ejercicio, notas y cuadros anexos y estado de origen y aplicación de fondos.
5. En el Estado de Resultados se deben diferenciar los ordinarios de los extraordinarios, existiendo diferentes criterios para efectuar esta diferenciación que no es nada sencillo concretar.
6. En opinión de algunos juristas los resultados son extraordinarios o no, según la frecuencia o grado de su ocurrencia. Para otros, el

resultado extraordinario debe ser inusual y de naturaleza atípica, no vinculado con la actividad principal del ente. La **postura más restringida requiere que sean atípicos, excepcionales y generados por factores ajenos a las decisiones del propio ente.**

7. Según la normativa vigente en nuestro país, coexisten las siguientes situaciones: a) Entes obligados a adoptar NIIF o que las apliquen por opción (RT 26). No reconocen ninguna partida extraordinaria. b) Entes que no apliquen NIIF (RT 8,9,11). **Reconocen partidas extraordinarias si conjuntamente reúnen las condiciones de atípicas o excepcionales, infrecuentes y generadas por factores ajenos a las decisiones del ente.**
8. Estamos persuadidos de que este no es un tema menor, porque si no se segregaran las partidas extraordinarias de manera correcta, podría suceder que en algunos estados contables se estuvieran incluyendo dentro de los resultados distribuibles, bienes que integran el patrimonio social. Si así fuera, su distribución importaría una despatrimonialización de la sociedad.
9. Consideramos que se deberían establecer pautas obligatorias claras para que los estados contables se presentaran segregando los resultados ordinarios y extraordinarios, calificando de **resultados extraordinarios sólo a los que fueran inusuales y de naturaleza atípica, no vinculados con la actividad principal del ente.**
10. Existen diferentes criterios para valorar los componentes de los estados contables. Algunos de ellos toman como referencia el precio de costo, otros el valor corriente, o el de realización o algún otro que se pudiera en un caso particular.
11. En nuestro país las normas emanadas de la FACPCE deben ser aplicadas por los profesionales que se desempeñan en carácter de auditores de Estados Contables. El esquema normativo vigente en nuestro país, establece que las entidades que cotizan en bolsa deberán aplicar las NIIF completas con carácter obligatorio, conforme lo establece la RT 26 de la FACPCE. Los demás entes podrán optar por aplicar las NIIF o las normas emanadas de la

FACPCE, optativamente. Las principales cuestiones vinculadas con la medición del patrimonio y el reconocimiento de resultados se encuentran en la RT 17. No obstante, adicionalmente, los entes encuadrados como PYMES o sea como pequeños y medianos entes, podrán también optar por aplicar la NIIF para PYMES o normas específicas emanadas de la FACPCE para este tipo de entes (RT 41 y RT 42). Conforme con este esquema, es posible que de acuerdo a las normas que el ente decidiera aplicar, un mismo bien podría ser medido de maneras diferentes.

12. En nuestro país, los activos y pasivos se pueden valorar a costo histórico o a valores corrientes. Los tipos de valores corrientes posibles son: **Para Activos:** a) Costo de reproducción o de reposición (**Cotización o lista de precios a proveedores, costo de adquisición y de producción reales, órdenes de compra colocadas y pendientes de recepción, cotizaciones que resulten de la oferta y la demanda en mercados públicos o privados, publicados en boletín oficial, periódicos o revistas**). b) Valor Neto de realización (VNR). c) Valor descontado. Sería el resultante de descontar flujos futuros de fondos. d) Valor razonable. **Para pasivos:** Valor del pasivo contabilizado, descontando, costo de cancelación.
13. Cuando se valúa a costo histórico, sólo se pueden reconocer resultados devengados y realizados (**provenientes de transacciones con terceros**), es decir que no se consideran ganancias o resultados positivos por tenencia. De ello se colige que no se considerará beneficio o utilidad **-hasta que la sociedad se desprenda del bien-** todo cambio de valor de los bienes dentro de la sociedad por modificarse su categoría o por cambios de valor como consecuencia de variaciones en los costos de venta o de reposición, es decir en el mercado.
14. En los estados contables que se presentan en nuestro país, **las mercaderías, los títulos cotizables, la moneda extranjera, los activos biológicos y los productos mineros se valúan**

distorsionando el concepto de ganancia líquida y realizada distribuible. Creemos que el resultado por valuación de los bienes de cambio, de los producidos para consumo y el resultado por tenencia se deben segregar del concepto de ganancia líquida y realizada.

15. Los administradores tienen la obligación de confeccionar los estados contables. Los mismos tienen relevancia para un sinnúmero de situaciones. Sería por tanto legalmente factible que un juez decidiera suspender una decisión que aprobara los estados contables.
- 16 Es muy importante al momento de determinar las utilidades de un ejercicio, realizar un cálculo correcto sobre las amortizaciones. Si el mismo no se hiciera, se podrían distribuir utilidades inexistentes despatrimonializando a la sociedad o entregando menores utilidades con perjuicio para los socios.
17. Asimismo, al momento de confeccionar los estados contables se debería calcular con certeza y precisión las provisiones y provisiones.

CAPÍTULO 3

LA DISTRIBUCIÓN DE UTILIDADES

1. INTRODUCCIÓN:

La problemática de la distribución de las utilidades se encuentra vinculada a las temáticas del capital social, del beneficio, de las utilidades, de los dividendos, de la entrega de los mismos en acciones, de la capitalización de utilidades y de la infracapitalización o infrapratrimonialización. No se puede hablar de uno de estos elementos sin hacer referencia a su vinculación con los demás. Resulta de incidencia fundamental la postura del legislador respecto al interés social, al interés del socio y a la protección de los acreedores.

Para algunos autores, -entre ellos Garo, Muñoz, Richard-Escuti-Romero, Grispo, Díaz Echegaray y Garriges- la distribución de dividendos es un derecho fundamental y condición de la existencia de la sociedad¹.

¹ GARO, Francisco J., *Sociedades Comerciales*, t. II, Vol. II, pág. 50, La Facultad SRL, Librería Editorial, Buenos Aires, 1949. Garo, en el año 1949, también se refería al tema diciendo que el derecho a percibir ganancias "...es otro derecho fundamental y además una condición que es exigida por la ley para que haya sociedad...". MUÑOZ Martín, *El derecho al dividendo*, 2006, citado por DÍAZ ECHEGARAY, José Luis, *El Derecho a Participar en los Repartos de las Ganancias Sociales*, pág. 26, Ed. Thomson-Aranzadi, Madrid. La doctrina mayoritaria española consagra que nos encontramos ante un derecho económico, propio, esencial, que se configura como inderogable e irrenunciable. Según Martín citado por Díaz Echegaray "...es inderogable por cuanto constituye un límite al poder de la mayoría fundado en la voluntad contractual que impide a la junta general disponer sobre el mismo, salvo consentimiento unánime, renunciante por acuerdo unánime, en cuanto a que se ejercita en interés de su titular legítimo...". RICHARD, Efraín; ESCUTI, Ignacio; ROMERO, José, *Manual de Derecho Societario*, pág. 139, Ed. Astrea, Buenos Aires, 1983. El derecho del socio al dividendo "...constituye uno de los elementos caracterizadores de la relación societaria que surgen de la definición misma y por lo tanto comportan un derecho individual e inderogable del socio...". GARRIGES, Joaquín citado por DÍAZ ECHEGARAY, José Luis, *El Derecho a Participar en los Repartos de las*

La ley española, al igual que nuestra legislación y doctrina, utilizan de manera similar los términos lucro, ganancia y beneficio, implicando todos ellos la referencia al resultado económico obtenido por el empresario a lo largo de un período². La Real Academia define al beneficio como **"...la ganancia o provecho que se saca de una cosa..."** **Díaz Echegaray resalta que la doctrina más acertada es la que considera que nos encontramos ante un derecho subjetivo derivado de las relaciones de cooperación, relativas y subordinadas**³.

Brunetti, refiere que es la asamblea que aprueba el balance, la encargada de decidir sobre la distribución de los dividendos⁴. Garriges, Uría, Malagarriga y de Gregorio, coinciden en que no se deben distribuir dividendos inexistentes o menguando el capital social⁵.

Ganancias Sociales, pág. 35, Ed. Thomson-Aranzadi, Madrid, 2006. Garriges opina que la causa del contrato de sociedad "...está precisamente en la consecución del fin común, es decir en el ejercicio en común de una actividad económica que da lugar a una ganancia...". DÍAZ ECHEGARAY, José Luis, *El Derecho a Participar en los Repartos de las Ganancias Sociales*, pág. 37, Ed. Thomson-Aranzadi, 2006, Madrid. Esta finalidad lucrativa es común a todas las sociedades ya sean estas civiles o comerciales, acentuándose en las sociedades anónimas por el carácter capitalista de estas últimas. GRISPO, Jorge Daniel, *Tratado sobre la ley de sociedades comerciales*, t. I, pág. 777, Ed. Ad Hoc, Buenos Aires, 2005.

² DÍAZ ECHEGARAY, José Luis, *El Derecho a Participar en los Repartos de las Ganancias Sociales*, pág. 26, Ed. Thomson-Aranzadi, Madrid, 2006. Ley 25/2011 del primero de agosto de reforma parcial a la ley de sociedades de capital y de incorporación de la Directiva 2007/36-CE, del Parlamento Europeo y del Consejo del 11 de Julio.

³ DÍAZ ECHEGARAY, José Luis, *El Derecho a Participar en los Repartos de las Ganancias Sociales*, pág. 31, Ed. Thomson-Aranzadi, Madrid, 2006.

⁴ BRUNETTI, Antonio, *Tratado del derecho de las Sociedades*, Traducción Directa del Italiano por Felipe Sola Cañizares, Unión Tipográfica Editorial Hispano Americana, t. II, *Sociedades por Acciones*, pág. 617, Buenos Aires, 1960. "...En el derecho italiano", enseña Brunetti "...la asamblea que aprueba el balance decide sobre la distribución de beneficios a los socios. ROJO RAMIREZ, Alfonso A.y CAÑABATE POZO, Rosario. "La separación de socios en la empresa familiar y el reparto de dividendos", 2012. *Revista de Empresa Familiar* 2 (2) 41,56- WWW.RESVISTAEMPRESA FAMILIAR.UNA.ES.

⁵ Ver GARRIGES, Joaquín; URÍA, Jorge, *Comentario a la ley de Sociedades Anónimas*, t. II, tercera Ed. Revisada, Corregida y puesta al día por MÉNDEZ, Aurelio y OLIVERA, Manuel, pág. 456, Madrid, 1976. En el derecho español Garriges

Por otro lado la asamblea no puede violar el derecho de los accionistas a la distribución de dividendos, no debe despojar total o parcialmente a una categoría de accionistas o participantes de su derecho a recibir las utilidades⁶.

Es un tema muy controvertido en el derecho societario porque, no existe una fórmula ideal que permita precisar objetivamente cómo debe ser una política de dividendos acertada e inmejorable, ni existe una estructura

manifiesta que "...la separación entre el beneficio y el capital es la esencia de la sociedad anónima. Los accionistas pueden repartirse como quieran el beneficio pero no pueden tocar el capital social...". MALAGARRIGA, Carlos, Derecho Comercial, Quinta Edición, t. II, pág. 38, Editorial Científica y Literaria Argentina, Buenos Aires, 1931. En el año 1931, Malagarriga decía que el Código prohíbe repartir más dividendos "...que los que resulten de beneficios irrevocablemente realizados y líquidos es decir de beneficios que no estén subordinados a eventualidades que después puedan desaparecer...". DE GREGORIO, Alfredo, Los balances de las sociedades anónimas, su régimen jurídico, Prólogo del autor a esta edición argentina Traducido de la segunda edición Italiana y anotado con Legislación Argentina por Francisco BOBADIILLA y Julio H. CASSE, pág. 277, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1950. Manifiesta De Gregorio que la determinación anual de las utilidades tiene algo de ficticio y en el fondo se reduce a casi un anticipo sobre las utilidades finales de la empresa. Por eso los administradores, -si quieren conservar el capital social- deben calcular tales utilidades con rigurosa prudencia, manteniéndose deliberadamente en las valuaciones, más bien dentro que fuera del valor actual de los elementos patrimoniales destinados a la venta y pág. 109, "... tienen como única finalidad imponer a los compiladores del balance la adopción de determinados criterios o determinadas reglas, pero no los eximen en forma absoluta de la obligación- que es de orden público y por ende no puede ser derogada por disposiciones de las partes en el acto constitutivo o en el estatuto- de tener en cuenta al aplicarlas, la necesidad de exponer la situación efectiva del patrimonio social y de impedir la distribución de utilidades en realidad inexistentes." Para este autor resulta obligación, en el supuesto de que no se valuaran las mercaderías y títulos de bolsa al precio de costo, que por lo menos no se aceptara ciegamente el precio de la bolsa o del mercado.

⁶ Ver DE GREGORIO, Alfredo. Los balances de las sociedades anónimas, su régimen jurídico, Prólogo del autor a esta edición argentina Traducido de la segunda edición Italiana y anotado con Legislación Argentina por Francisco BOBADIILLA y Julio H. CASSE, pág.109, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1950. Postula De Gregorio la existencia de un derecho al dividendo como requisito normal de la relación jurídica que liga al accionista con la sociedad anónima. Sostiene que debería lógicamente afirmarse que "... la asamblea no puede -si no está explícita o implícitamente autorizada por el estatuto- violarlo ni abierta ni disimuladamente, mediante desvalorizaciones o amortizaciones tan exageradas que no encuentren justificativo en un elemento de prudencia...".

financiera (relación entre recursos propios y ajenos) que pueda ser considerada óptima y válida para toda sociedad y bajo cualquier circunstancia. Por tanto, conforme Duprat **"...el acierto o conveniencia de la decisión que defina el destino final de las utilidades del ejercicio social estará sujeta a la apreciación —más o menos informada y más o menos certera— de los socios. En segundo término, porque muchas veces los criterios opuestos sobre la política de dividendos a adoptar están justificados —o pretenden estarlo— en la defensa del interés social. De esta forma la decisión sobre el destino de las utilidades deberá ser fundada, justificada y razonable..."**. En el mismo sentido, marca esta contradicción Rojo Ramirez y Cañabate Pozo, entre otros, indicando que se debe tener en consideración la situación concreta de la sociedad **(por ejemplo, necesidades de capitalización, expansión, liquidez, en contraposición al interés de los socios)**⁷. En el derecho Español, Díaz Etchegaray considera que la primera fase se encuentra en el derecho al beneficio. Manifiesta que lo primero que se debe determinar es si las sociedades de capital tienen que tener una naturaleza lucrativa, lo que dependerá en gran medida de que el lucro sea considerado o no como causa del contrato de la sociedad y de si el lucro obtenido se tiene que destinar a los socios o puede ser encauzado a otro fin distinto que a su reparto entre los socios. Por tanto **"...el derecho al beneficio se establece como un principio, siendo sus beneficiarios los socios sin establecer cómo y cuándo lo recibirán. De esta forma los socios serán los destinatarios finales de los beneficios sociales. En el derecho español**

⁷ DUPRAT, Diego A. J. "Distribución de dividendos en las sociedades anónimas cerradas" LA LEY 01/06/2012, 1 • LA LEY 2012-C, 1160 I. Bs. As. Intereses, motivaciones e incentivos en la determinación de las políticas de distribución de dividendos.- II. El dilema de las políticas de dividendos.- III. Conclusiones. ROJO RAMIREZ Alfonso A. y CAÑABATE POZO, Rosario, "La separación de socios en la empresa familiar y el reparto de dividendos", 2012. Revista de Empresa Familiar 2 (2) 41,56- WWW.RESVISTAEMPRESA FAMILIAR.UNA.ES "...El acuerdo de la JGA tendrá que valorar su oportunidad en atención a la situación concreta de la sociedad (por ejemplo, necesidades de capitalización, expansión, liquidez, etc.) y el interés social, que incluye la distribución anual de beneficios como interés común de todos los socios (Sánchez y Sánchez-Calero Guilarte, 2011). Es en este punto donde la doctrina mercantil no se pone de acuerdo (Iraculis, 2011) siendo mayoritaria la posición que niega este derecho frente al de la sociedad..."

de manera casi unánime por la doctrina se establece la existencia del derecho de accionistas al beneficio obtenido por la sociedad de la que forma parte...”⁸.

Respecto a las grandes corporaciones, se podría decir que en general, la distribución de dividendos brinda una imagen de solvencia y de buena administración que incentiva a los accionistas y a otros interesados a invertir en la sociedad.

II. FINANCIAMIENTO DE LA EMPRESA

El tópico de la distribución de utilidades se encuentra vinculado al del financiamiento de la empresa: de dónde obtiene recursos la sociedad para crecer; si lo hace con capital propio o con capital ajeno. La sociedad empresaria debe incrementar permanentemente sus fondos para crecer y mantenerse en el mercado.

Un modo de financiamiento es la retención o no distribución de utilidades líquidas y realizadas. La sociedad, puede retener utilidades y no distribuirlas a los accionistas mediante la capitalización de utilidades, la entrega de dividendos en acciones, la constitución de reservas facultativas o estatutarias y la tan cuestionada cuenta resultados no asignados. La utilización de alguno de estos mecanismos implica un sacrificio de los accionistas que se ven privados de utilidades⁹.

⁸ DÍAZ ECHEGARAY, José Luis, *El Derecho a Participar en los Repartos de las Ganancias Sociales*, pág. 26, Ed. Thomson-Aranzadi, Madrid, 2006.

⁹ Ver ODRIOZOLA, Carlos S., “Estudio de Derecho Societario, pág. 37, Ed. Cangallo S.A., Buenos Aires, 1971, “La autofinanciación de la empresa importa un sacrificio inmediato del accionista, que se ve privado de una utilidad que de otro modo le debía ser entregada”. MASCARAÑES, Juan., *La política de dividendos*, Universidad complutense de Madrid. Versión inicial mayo de 1993. Última versión Noviembre de 2011, “...Sabemos que la política de dividendos forma parte de la decisión de financiación de la empresa puesto que cualquier dinero pagado en concepto de dividendos depende de la política de endeudamiento de la empresa y deberá ser financiado de alguna manera, ya sea como un nuevo endeudamiento o con una decisión de ampliación de capital. por lo que suponemos que el nivel de endeudamiento y capital invertido van a permanecer constantes., los posibles

En el derecho Español en las sociedades que cotizan en Bolsa minimizan esta contradicción afirmando que los dividendos son una imagen de la holgura económica de la empresa, siendo equivalente distribuir los dividendos o retenerlos posibilitando una ganancia futura, toda vez que los socios pueden hacerse de las utilidades transfiriendo las acciones¹⁰. Sin perjuicio de lo cual estudios sobre las sociedades cotizantes

dividendos deberán proceder de nuevas emisiones de acciones como la relación existente entre los beneficios retenidos por un lado y la distribución de dividendos y la emisión de nuevas acciones por otro...”.

¹⁰ ARRAZOLA FEDEA, María Fernanda, HELVIA FEDEA, José, MATO FEDEA Gonzalo y Universidad Complutense “Determinantes de la Distribución de Dividendos. investigaciones Económicas (segunda época) Vol XVI n° 2 (1992) pág. 235/258. “...Es equivalente distribuir dividendos o retener beneficios posibilitando una ganancia de capital futura de los accionistas. En contraprestación a la hipótesis de la irrelevancia existen dos argumentaciones alternativas. De acuerdo con las primeras, los accionistas prefieren los dividendos a la obtención de una ganancia futura de capital debido a distintas imperfecciones en los mercados, como la existencia de costes de transacción que hacen más rentable para el accionista que la empresa distribuya dividendos que vender una parte de su acciones. También se argumenta que en ausencia de información completa sobre la situación de la empresa los dividendos son una señal de buenos resultados que mantienen las cotizaciones bursátiles de la empresa...”. GINAR BAGUES, Enrique, Universidad de Zaragoza. SALAS FUMAS, Vicente. Universidad Autónoma de Barcelona. “Explicaciones alternativas para la política de dividendos. Análisis empírico con datos Empresariales Españoles. Investigación Económicas (segunda época) Vol IXI n° 3 Septiembre (1995) pág. 329-34) “...La política de dividendos responde al objetivo de comunicar al mercado de capitales las expectativas sobre los beneficios futuros de la empresa, el reparto de dividendos también se ajusta en función a los resultados económicos. Un aumento de beneficios que coincide con una expectativa de mejores resultados futuros por parte de los responsables de la gestión de la empresa dará lugar a un aumento en los dividendos repartidos con el propósito de transmitir al mercado las señales que anuncian las mejoras en las expectativas de beneficios...”. MASCARAÑES, Juan, “La política de dividendos. Universidad complutense de Madrid. Versión inicial mayo de 1993. Última versión Noviembre de 2011.”...Dado que el nivel de inversión requerido por la empresa, el dinero pagado en forma De dividendo puede ser reemplazado por la emisión de nuevas acciones. es la política de inversiones, no la de financiación, la que determina el valor de la empresa. Un cambio en la política de dividendos implica únicamente un cambio en la distribución del total de rendimientos entre dividendos y ganancias de capital...”, En el mismo sentido GONZALEZ RODRIGUEZ Francisco Universidad de Oviedo. “Investigación económicas (segunda época) Vol Ixi n 2 mayo (1995), págs. 249-268. AZOFRA VALENZUELA, Valentín, *La decisión de distribuir dividendos en la gran empresa española, sus variantes determinantes*. GUTIERREZ URZUA, Mauricio, YANEZ Alvarado, Miguel, HUMAÑA HERMOSILLA, Benito,

en España indican que aquellas que cuentan con accionistas controlantes distribuyen menos dividendos¹¹.

III. DERECHO ABSTRACTO A LAS UTILIDADES, DERECHO AL REPARTO PERIÓDICO DE UTILIDADES Y DERECHO AL DIVIDENDO APROBADO

Algunos autores distinguen cuatro etapas; “...una posible tendencia a que la gestión social se encamine a la obtención de beneficios, posible derecho a un reparto anual de beneficios, posible derecho a un reparto anual de dividendos, derecho al dividendo ya acordado...”¹².

Siguiendo esta posición, con algunas modificaciones, Muñoz Martín, Fernández del Pozo y otros, diferencian tres instancias en las que se desenvuelve el derecho del accionista, distinguiendo entre el derecho al beneficio, derecho al dividendo y derecho al dividendo acordado. En el

Análisis de una Política de pagos de Dividendos En Empresas Chilenas. Est, geren. Vol 28.no 123 cali Apr/ June 2012, REIG PÉREZ., Araceli, ALARCÓN PALACIOS Santiago Simón. “La política de dividendos y la teoría de agencia. La emisión de acciones para financiar el pago de dividendos”, Dpto. Finanzas Empresariales Universidad de Valencia.

¹¹ LACAVE, Isabel Sáez; URTIAGA, María Gutiérrez “La política de dividendos de las empresas con accionistas de control” Revista Para El Www. Indret.Com Análisis Del Derecho Departamento de Economía de la Empresa Universidad Carlos III de Madrid, Facultad de Derecho Universidad Autónoma de Madrid Barcelona, julio 2014, InDret 3/2014 “...El análisis de la evidencia empírica sobre la política de dividendos señala la existencia de un conflicto de agencia no resuelto entre socios mayoritarios e inversores externos. Llegamos a la conclusión de que los accionistas mayoritarios están utilizando hoy en día la política de dividendos para expropiar a los accionistas minoritarios...”.

¹² Ver GIRÓN TENA, José Derecho a las Sociedades Anónimas Universidad de Valladolid, 1952, pág. 200 y pág. 24, citado por DÍAZ ECHEGARAY, José Luis, El Derecho a Participar en los Repartos de las Ganancias Sociales, pág. 23, Ed. Thomson-Aranzadi, 2006. Madrid.

mismo sentido se enrola Richard en nuestro país¹³. Postura que nosotros compartimos.

Dentro de la doctrina Española se diferencia entre el derecho del socio a los beneficios y el derecho al dividendo acordado o entre un derecho abstracto a participar en las ganancias sociales y un derecho al dividendo. El derecho abstracto al dividendo es un derecho subjetivo de carácter patrimonial, aunque sin contenido concreto, una llamada a participar en las ganancias sociales. Por el contrario el derecho concreto constituye un derecho de crédito derivado directamente del acuerdo de distribución adoptado por la junta general¹⁴.

Como se puede apreciar, esta posición parte de la base de la libre disposición de los socios para decidir el destino del dividendo.

¹³ Ver RICHARD, Efraín, ESCUTI, Ignacio, ROMERO, José, Manual de Derecho Societario, pág. 139, Ed. Astrea, Buenos Aires, 1983. FERNÁNDEZ DEL POZO, La aplicación de las utilidades en las Sociedades Mercantiles (estudio especial del art. 213 de la ley de sociedades anónimas) Estudios del Derecho Mercantil, editorial Civitas, pág. 18, Madrid 1997, citado por DÍAZ ECHEGARAY, José Luis, El Derecho a Participar en los Repartos de las Ganancias Sociales, pág. 23, Ed. Thomson-Aranzadi, 2006, Madrid. Para Fernández del Pozo, estas tres divisiones bastantes confusas se resumen en “... el derecho llamado abstracto sobre el beneficio, el derecho propiamente dicho al dividendo o derecho a la parte proporcional al beneficio y entre ambos en una oscura zona gris intermedia un presupuesto concreto al beneficio...”. Agregando que todos estos problemas pueden ser resueltos en una simple principio “...el de libertad de aplicación de los resultados (y sus límites) no parece menester sea necesario recurrir a alambicadas construcciones que multiplican entes y complican clasificaciones y que obligan a quienes las alumbran a forzar la interpretación de los textos legales para ajustar el derecho positivo a categorías científicas...”.

¹⁴ RUBBIO, Jesús “El derecho a Sociedades Anónimas. 2ª Edición. Editorial de Derecho Financiero, Madrid, 1964, pág. 290, citado por DÍAZ ECHEGARAY, José Luis, El Derecho a Participar en los Repartos de las Ganancias Sociales, pág. 22, Ed. Thomson-Aranzadi, 2006, Madrid. DÍAZ prefieren llamar al “... derecho abstracto, derecho a las ganancias sociales y al concreto derecho al dividiendo...”. ROJO RAMIREZ, A. A. y CAÑABATE POZO, R., “La separación de socios en la EF y el reparto de dividendos”, Revista de Empresa Familiar, vol. 2, no. 2, Noviembre 2012, R. (2012).” 41-56. 42 “El derecho a participar en el reparto de las ganancias sociales es un derecho abstracto que se concibe como un derecho mínimo del socio, conforme al artº 93 de la LSC, que se ejercita conforme a la normativa legal y salvo los casos en ella previstos. Su pago requiere el preceptivo acuerdo de la Junta General a partir de la existencia de beneficios sociales repartibles de acuerdo con el artº 273 del mismo texto legal, momento a partir del cual el derecho abstracto del socio se convierte en un derecho protegido (Campuzano, 2011)...”.

En términos generales podemos afirmar que todos los doctrinarios concuerdan en que los socios poseen un derecho al beneficio y a su reparto en concepto de dividendos.

III.a) DERECHO ABSTRACTO A LAS UTILIDADES:

Existen diversas teorías sobre la necesidad de existencia de lucro dentro del seno de las sociedades, a saber:

III.a.1) CAUSA DEL CONTRATO SOCIAL:

Para algunos autores, – Uría, Díaz Echegaray Ripert Georges y Roblot Vincent Chulia, Font Galán, Pino Abad, Aníbal Sánchez, Sánchez González, Fernández Del Pozo Duque Domínguez, Sánchez Calero, Zaldívar, Nissen, Martorell, Cabanellas De Las Cuevas, Odriozola, Lapique, Larreira, Reyes Villamizar, y Ves Guyon citado por Reyes Villamizar- el lucro es la causa del contrato de sociedad, posición que ha sido denominada como teoría unitaria, no existiendo sociedad que no tenga por objeto una actividad lucrativa¹⁵. En términos similares

¹⁵ Ver URÍA, citado por DÍAZ ECHEGARAY, José Luis, El Derecho a Participar en los Repartos de las Ganancias Sociales, pág. 35/39, Ed. Thomson-Aranzadi, Madrid. 2006.-Como manifiesta "... no se concibe una sociedad anónima que no tenga por objeto el ejercicio de una industria lucrativa..." y pág. 74, "... se trata del derecho más importante que ningún otro para servir directamente a la actividad lucrativa que persigue todo accionista...", pág. 74. RIPERT GEORGES Y ROBLOT RENÉ, Traité de Droit Commercial 15 edición Librairie Generale de Droit y Jurisprudencia, t. I, pág. 940, Paris, 1993, págs. 54/55 citado por Diaz Etchegaray, pág. 20, en el mismo sentido URÍA, VICENT CHULIA, FONT GALAN, PINO ABAD, ANÍBAL SÁNCHEZ, SÁNCHEZ GONZÁLEZ, FERNÁNDEZ DEL POZO, citados por Diaz Etchegaray. La persona jurídica es de esta manera un medio para lograr un resultado que interesa a los socios: recibir un lucro, pág. 47. SÁNCHEZ CALERO, citado por Díaz Etchegaray. El autor español citado, dice que se puede enfatizar que "... el lucro es la causa del contrato de sociedad...", pág. 16 -DUQUE DOMÍNGUEZ JUSTINO- citado por Díaz Etchegaray afirmó que "... el éxito de la sociedad anónima como tipo social para el despliegue de las grandes empresas (típicamente pero también para el ejercicio de las pequeñas y medianas empresas) requiere de una mejor protección de los

diversos aspectos que se conectan con la participación en los beneficios sociales..." Dice el autor referenciado que dicho principio se encuentra contemplado de manera directa en el C.C. "... con el ánimo de partir entre sí las ganancias..." como en el Código de Comercio "... para obtener un lucro..." y en la LSA "... el de participar en el reparto de las ganancias sociales..." Así en el título 10 de la ley I de Partidas quinta se afirmaba que "... fecho con la intención de ganar..." , pág. 33. En el mismo sentido -citando a Sánchez Calero- Díaz de Echegaray manifiesta "... Como es sabido, en nuestro derecho, en las sociedades, siguiendo la tradición francesa, se ha considerado como uno de los elementos esenciales el ánimo de lucro por parte de los socios y ese elemento como caracterizador para distinguir las sociedades de las asociaciones...". ZALDÍVAR, Enrique; MANÓVIL, Rafael M.; ROVIRA, Alfredo L.; RAGAZZI, Guillermo E.; SAN MILLÁN, Carlos: "Cuadernos de Derecho Societario", t. 1, pág. 91, Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1980: "La causa. Este concepto, en tanto que elemento esencial de los contratos, ha dado lugar a un sinnúmero de controversias doctrinarias... Con diversos matices, la doctrina general ahora se inclina hacia el criterio de que la causa afecta a la necesidad económica que el contrato se propone satisfacer y por ello, a su fin. Es decir, que la causa del contrato es considerada como una finalidad en el sentido que el sujeto utiliza al acto jurídico en tanto y en cuanto busca obtener de él un determinado efecto (el cual deberá satisfacerle una necesidad y un interés); la causa, por tanto, viene a ser elemento teleológico y el contrato aparece como un aspecto medio, en relación a su fin. De lo expuesto surge que la causa está contenida en el ejercicio común de una actividad económica para dividir las utilidades, o dicho de otra forma y siguiendo a Colombres, la causa constituye la función objetiva que el negocio jurídico sociedad y que el derecho como tal estatuye y reconoce. Tal función objetiva es la participación en las ganancias y en las pérdidas, y por ello el desvío de la causa determina la sanción de nulidad del Art. 13, inciso 1º de la Ley y 1652 del Código Civil, concordante con el Art. 283 del Código de Comercio derogado. Siguiendo en grandes líneas esta posición, nosotros entendemos que la participación en las ganancias y la suportación de las pérdidas; están calificadas como causa y como un elemento específico del contrato plurilateral de sociedad como lo explicitamos en 5.2.3 y 5.2.4: Reiteramos que de acuerdo a lo que surge del Art. 1º de la definición de la Ley, es elemento esencial y caracterizante de la sociedad, tanto es así que la ley en su Art. 13 castiga los pactos tendientes a atentar contra esos aspectos trascendentales." "NISSEN, Ricardo "Ley de Sociedades Comerciales 19550". Ed., Astrea, Buenos Aires, 2010. "En conclusión la participación en los beneficios y la suportación de las pérdidas, constituyen elementos que caracterizan al contrato social de sociedad comercial y que lo diferencian de otros sujetos de derecho (Asociaciones Civiles y Fundaciones), donde tal posibilidad es contraria a la propia naturaleza de estas entidades. Por ello y porque la participación de beneficios es el único derecho que la ley 19550 prevé en su definición de sociedad, es que ha sido universalmente considerado que los integrantes de las sociedad mercantil gozan de un derecho innegable e inalienable a la distribución de las ganancias obtenidas, derecho que como se verá, no puede ser, salvo supuestos excepcionales, restringido ni menoscabado por ser la causa fin del contrato social". CABANELLAS DE LAS CUEVAS, Guillermo, Derecho societario Contabilidad y Documentación Societaria, t. V, pág. 233, Ed.

adicionando que es el fin social, Garrigues, Díaz Echegaray, Bercovitz y Broseta- consideran que el lucro es el fin social, entendido como fin de la sociedad propiamente dicha. En el Derecho Colombiano para Reyes Villamizar es el elemento esencial para la existencia del contrato social¹⁶.

Heliasta, Buenos Aires, 1997.” El elemento de obtención y distribución de beneficios dentro del marco del contrato social, tiene una importancia que excede sustancialmente de la implícita en la mera definición del contrato. Ese elemento es el fin definitorio de la figura societaria y por tal motivo debe considerarse como el fin común de los socios en cuanto integrantes de la sociedad...” Ver ODRIOZOLA, Carlos S., Estudio de Derecho Societario, pág. 39, Ed. Cangallo S.A., Buenos Aires, 1971, “...La existencia de un derecho abstracto a las utilidades resulta ser de la finalidad del contrato social y se encuentra expresamente reconocido por la ley...” Ver LARRIERA, Agustina, La obligación del directorio y de la asamblea de explicar y fundar claramente la no distribución de utilidades. Buenos Aires LA LEY 25/02/2011, 2 • LA LEY 2011-A, 542 • Enfoques 2011 (marzo), 77 Fallo Comentado: Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, sala D (CNCom) (SalaD) ~ 2010-12-29 ~ ANSeS c/ EMDERSA.- Para Larriera, en el derecho argentino, “...no hay ninguna norma expresa en la LSC que obligue, lisa y llanamente, a una sociedad a distribuir sus utilidades a los accionistas. Cabe preguntarse entonces de dónde surge tal exigencia y cómo funciona el mecanismo legal para distribuir dividendos...” Sin perjuicio de ello, para esta autora “...la causa fin de la sociedad conforme el art. 1 de la LSC consiste en la asociación de personas para efectuar aportes destinados a la producción o intercambio de bienes o servicios para participar de las ganancias y soportar las pérdidas. De allí que surja la primera consideración de que, como principio general, ante la existencia de ganancias, hay que compartirlas, es decir, distribuirlas entre los accionistas. No obstante, el mantenimiento de la capacidad productiva del ente y el consecuente cumplimiento del objeto social, puede requerir que todo, o una parte de las utilidades, sean usadas para que la sociedad se autofinancie, ya sea a través de un aumento de capital (capitalizando las utilidades y entregando a los accionistas acciones "liberadas", es decir, sin efectuar desembolso) o a través de la constitución de otras reservas distintas de las legales, es decir, voluntarias o facultativas, únicos procedimientos permitidos por la LSC a los cuáles se les aplica el art. 70 de esa ley, que dispone que las reservas voluntarias deben ser razonables y responder a una prudente administración...”. MARTORELL, Ernesto, Tratado de derecho Comercial, t. VI, pág. 301, Ed. La Ley. Buenos Aires, 2011. LAPIQUE, Luis, El capital de las sociedades comerciales, segunda edición, pág. 37, Ed. Fundación Cultura Universitaria, Montevideo, 2006.

¹⁶ REYES VILLAMIZAR, Francisco, Derecho Societario, t. I pág. 230 y pág. 283, Ed. Temis S.A., 2004, Bogotá, Colombia. y pág. 369. Ya se ha insistido en la concepción normativa que considera a la participación en las utilidades como un elemento esencial para la existencia del contrato de sociedad (C. de Com. art 98). Se trata a sí mismo de uno de los derechos subjetivo del asociado de manera que no puede ser sustraído en forma general por la voluntad mayoritaria expresada en los órganos

En el Derecho Español Illescas Ortiz citado por Díaz Etchegaray diferencia el lucro especulativo o mercantil del corporativo, indicando que el primero es el que se encuentra consagrado en el contrato social¹⁷.

Conforme Díaz Echegaray el socio desde que entra a formar parte de la sociedad mantiene una íntima relación con el lucro social. El lucro se manifiesta desde dos ángulos diferenciados, como lucro objetivo, entendido por tal como el de la sociedad como persona jurídica y lucro subjetivo, es decir el de los socios, el buscado por los socios al momento de la celebración del contrato social, la finalidad de la persona al momento de invertir el dinero y comenzar a formar parte de la sociedad¹⁸. Esta distinción tiene su fundamento en que cuando el lucro se produce, entra a la sociedad, perteneciéndole en principio por ser un centro de imputación de derechos y obligaciones. Por ello el lucro queda en propiedad de la sociedad en una primera etapa. Pero una parte sustancial del mismo, ordinariamente es destinado a ser distribuido entre todos los accionistas^{9,1} De manera similar se encuentra legislado en nuestro derecho²⁰. Para Reyes Villamizar en el derecho Colombiano el Art. 150 declara la inexistencia

sociales. La participación en los beneficios económicos que surgen de la participación es correlativa-aunque no necesariamente proporcional- a la obligación de hacer un aporte al fondo social y constituye el motivo determinante del contrato social. Este mismo elemento lucrativo configura diferencia específica entre las sociedades y otras personas jurídicas del derecho privado...”.

¹⁷ ECHEGARAY, José Luis, El Derecho a Participar en los Repartos de las Ganancias Sociales, pág. 47, Ed. Thomson-Aranzadi, 2006, Madrid.

¹⁸ DÍAZ ECHEGARAY, José Luis, El Derecho a Participar en los Repartos de las Ganancias Sociales, págs. 19 y 31, Ed. Thomson-Aranzadi, 2006, Madrid.

¹⁹ Ver DÍAZ ECHEGARAY, José Luis, El Derecho a Participar en los Repartos de las Ganancias Sociales, pág. 33, Ed. Thomson-Aranzadi, 2006. Madrid. En la legislación Española histórica se contemplaba el ánimo de ganancia como elemento del contrato social. En el mismo sentido la Ordenanza de Bilbao y el Código de Comercio de 1829. La misma interpretación adoptan los Códigos de Comercio y Civiles posteriores. El concepto de distribución del beneficio se instaló ó siguiendo la tradición histórica y los antecedentes de la legislación Francesa.

²⁰ Ver HALPERIN, Isaac, Sociedades Comerciales, Parte General, pág. 66, Ed Depalma, Buenos Aires, 1966. En nuestro derecho Halperin propugna que la participación en las utilidades es un elemento esencial del contrato de sociedad, cuya falta suprime la existencia del contrato de sociedad.

del contrato cuando se pacte la no distribución de utilidades a todos los asociados, por el plazo de duración de la sociedad o por un tiempo prolongado. Debiendo distribuirse las utilidades de acuerdo a su participación social. Sin perjuicio de lo cual se admite pactar contractualmente que los asociados perciban diferentes participaciones en las utilidades -similar a lo que en nuestro derecho es factible con las acciones preferidas-²¹. De esta forma en la medida que no se acuerde una privación total del derecho a las utilidades la cláusula debería considerarse válida. Conforme la normativa mencionada se calcula la utilidad sobre el aporte integrado-pagado- lo cual es considerado inequitativo por la doctrina²²

III.a.2) LUCRO COMO PARTE INTEGRANTE DE LA CAUSA

Para estos autores -Illesca Ortiz, Díaz Echegaray, Grispo -el lucro es parte integrante de la causa pero no la causa en forma excluyente o exclusiva, encontrándose integrada por varios elementos²³.

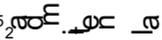
Lo dicho, sin olvidar que el Art. tercero de la Ley General de Sociedades (19550) establece que las asociaciones, cualquiera fuere su objeto, que adopten la forma de sociedad bajo algunos de los tipos previstos, quedan sujetas a sus disposiciones. Esta disposición ha sido calificada de “asistemática” por parte de la doctrina nacional. No obstante,

²¹ REYES VILLAMIZAR, Francisco, Derecho Societario, t. I, pág. 371, Edit. Temis S.A. 2004 Bogotá Colombia. y pág. 375, “las utilidades en el derecho societario deben entenderse relacionadas de manera estrecha con el concepto de ánimo de lucro subjetivo.”

²² REYES VILLAMIZAR, Francisco, Derecho Societario, t. I, pág. 373, Ed. Temis S.A., 2004, Bogotá, Colombia.

²³ Ver DÍAZ ECHEGARAY, José Luis, El Derecho a Participar en los Repartos de las Ganancias Sociales, pág. 35, Ed. Thomson-Aranzadi 2006, Madrid. “...la causa pues del contrato de sociedad es una causa tripartita ya que en ella se incorporan tres resultados concretos: aportación, actividad y lucro en su caso...” y pág. 35, ILLESCA ORTIZ, citado por DÍAZ ECHEGARAY, GRISPO, Jorge Daniel, Tratado sobre la ley de sociedades comerciales, t. I, pág. 48, Ed. Ad Hoc, Buenos Aires, 2005.

constituye una excepción de aplicación indiscutible por cuanto está legislada de manera categórica y clara. La aplicación de esta normativa obliga a realizar otro tipo de análisis por cuanto la sustancia implicada en el tipo social es diferente. No se puede dejar de mencionar tampoco que una parte importante de la doctrina propicia la flexibilización del concepto de “sociedad”, hasta admitir que se constituyan para cumplir finalidades no lucrativas, aún sin tratarse de asociaciones civiles. Con relación a este análisis es bueno estudiar el pensamiento de Marzoratti y también el de Palmero que hacen aportes interesantes y novedosos²⁴. Lo dicho, no significa que las opiniones doctrinarias que hacen hincapié en la esencialidad del lucro pierdan virtualidad. Sólo hay que tener claro que son aplicables a los supuestos societarios clásicos, cuando se trata de una actividad orientada a obtener un lucro. De esta forma se manifestaron entre otros Gulminelli, Ragazzi citado por Gulminelli.

En el Derecho Español se enrolan en una postura que acepta las sociedades anónimas no lucrativas, Giron Tena, Sánchez Calero, Paz-Ares, Ortiz, Muñoz Martín citados por Díaz Echegaray, en nuestro derecho, Gulminelli, Halperin, Arecha y García Cuerva, Farina, Zaldívar, Ragazzi, Manóvil, San Millán, Grispo y Rovira,²⁵ 

²⁴ MARZORATI, Osvaldo “La sociedad unipersonal, la corporación y la legislación comparada Publicado en: LA LEY 18/02/2015, 1 • LA LEY 2015-A, 892 Cita Online: AR/DOC/4411/2014. “ Dice este autor refiriéndose a la “corporation” del derecho estadounidense: “Por ello, se permite que la Corporation se formen con una persona física o jurídica, que sirve tanto para aislar la responsabilidad del socio único o del conjunto de socios, el jurista debe entender que la Corporation es más que una sociedad, es una figura tan flexible que comprende a todo emprendimiento que da pie a la creación de una entidad legal diferente del que la incorporó, pero que incluye tanto a las sociedades cerradas, sean o no unimembres, y a las Corporations que acuden al mercado de capitales para financiar sus proyectos de inversión, o a simples asociaciones sin fines de lucro. Pero siempre bajo la protección de la limitación de la responsabilidad limitada...” PALMERO, Juan Carlos Ver también Negocio Jurídico Indirecto. Simulación de la Sociedad Anónima Publicado en: LA LEY 07/09/2005, 1 • LA LEY 2005-E, 1027 Cita Online: AR/DOC/2550/2005.

²⁵ GULMINELLI, Ricardo Ludovico, VIII Congreso Argentino de Derecho Societario y IV Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa, t. I pág. 257, Ed. Facultad de Derecho, Rosario, 2001, “Cuando los Fundadores no tuvieran ánimo de lucro, aunque persiguieran una determinada económica de los socios, o que estos

መሆኑም ይህ ስሜት ለሁሉም አካላት ሲሰጥ ለአንድ አካል ማለፍ ይቻላል። - Strata y Marull la admiten siempre que persigan una ventaja inmediata a los socios²⁶. Otros niegan la posibilidad de la sociedad anónima no lucrativa entre ellos Uría, Vicent Chullía, Font Galán, Pino Abda todos ellos citados por Fernández del Pozo, Nissen, Verón, Filippi²⁷. Sin embargo en la evolución del derecho de sociedades

disfruten de algún bien determinado o cualquier otro uso desinteresado, podrían manifestarlo en el contrato y disponer o no según lo desearan por ejemplo que las partes sociales o el remanente liquidatorio fuera destinado a un fin altruista...”. Dice Ragazzi “... que la adopción de la forma mercantil no altera la esencia de la persona jurídica-siempre será una asociación civil- como tal su objeto será el bien común y se conservaran dos de sus notas esenciales: la no distribución de sus ganancias y la no distribución de la cuota final de liquidación, donde sus asociados (aunque se los denomine socios o accionistas) perseguirán objetivos distantes de los que pretenden alcanzar quienes constituyen una sociedad comercial, pues los primeros no pretenden obtener ganancias entendiendo por ésta, cualquier ventaja patrimonial, sino en todo caso la satisfacción de necesidades humanas de otro orden (culturales, benéficas, de salud, educativas, de orden social, recreativas, etc.) en general desprovistas de contenido económico, “ aunque las asociaciones pueden perseguir un fin lucrativo no único y exclusivo, pero sin que este fin traspase a los miembros (como sucede en la sociedad y en esto radica la diferencia). DÍAZ ECHEGARAY, JOSÉ LUIS, El Derecho a Participar en los Repartos de las Ganancias Sociales, págs. 48, 50/51, Ed. Thomson-Aranzadi, 2006, Madrid. HALPERIN, Isaac, Curso de derecho Comercial, Vol. I, Depalma, Buenos Aires, 1973, pág. 290. ZALDIVAR, Enrique; MANÓVIL, Rafael; RAGAZZI, Guillermo; ROVIRA, Alfredo L. y SAN MILLAN, Carlos, "Cuadernos de Derecho Societario", Abeledo Perrot citando como ejemplo a Hindu Club y Tortugas Country Club, ARECHA, Martín y GARCIA CUERVA, Héctor M Citados por Marull MARULL, Beatriz Eugenia “ Asociaciones civiles bajo forma de sociedad comercial” LA LEY 11/05/2010, 1 • LA LEY 2010-C, 991 • Enfoques 2010 (junio), 86 , GRISPO, Jorge Daniel , Tratado sobre la ley de sociedades comerciales, t. I, pág.83, Ed. Ad Hoc, Buenos Aires, 2005.

²⁶ “STRATTA, Alicia Josefina, "Las Asociaciones bajo forma de Sociedad", LA LEY, 1980-D. págs. 1039/1042. Citada por Marull y MARULL, Beatriz Eugenia “Asociaciones civiles bajo forma de sociedad comercial” LA LEY 11/05/2010, 1 • LA LEY 2010-C, 991 • Enfoques 2010 (junio), 86.

²⁷ ECHEGARAY, José Luis, El Derecho a Participar en los Repartos de las Ganancias Sociales, págs. 53/54, Ed. Thomson-Aranzadi, 2006. Madrid. NISSEN, Ricardo A., Las sociedades Comerciales t. I, pág. 152, Ed. Astrea, Buenos Aires, 2010. VERÓN, Alberto Víctor, Sociedades Comerciales, t. I, pág. 33, Ed. Astrea, Buenos Aires, 1982. "FILIPPI, Laura L. LA LEY 2000-D, 210 Fallo Comentado: Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, sala D (CNCom) (SalaD) ~ 1999/06/30 ~ C., F. V. c. Altos de Los Polvorines S. A. VÍTOLO, Daniel Roque, Sociedades Comerciales ley

-Díaz Echegaray, Garo, Méndez, Odriozola- advierten un debilitamiento del concepto de ánimo de lucro como elemento causal del contrato, un desplazamiento del derecho societario desde sus bases causales a sus bases estructurales⁸

Mientras que Aurelio Menéndez señala que debería ampliarse el concepto de lucro comprendiendo todo beneficio económico aunque no se distribuyan utilidades²⁹.

Algunos autores españoles, consideran que en el Derecho Español la sociedad que fuera inicialmente lucrativa para continuar como no lucrativa requiere la modificación de sus estatutos adoptada por unanimidad³⁰. También en el Derecho Español “...existen algunas normas que parecen dar lugar a permitir la renuncia al lucro el art. 3º de la ley de

19550 comentada, t. I, pág. 103, Ed. Rubinzal Culzoni, Buenos Aires, 2007.

²⁸ Ver DÍAZ ECHEGARAY, José Luis, El Derecho a Participar en los Repartos de las Ganancias Sociales, pág. 40, Ed. Thomson-Aranzadi, 2006, Madrid. “...es la configuración de la sociedad como un fenómeno organizativo neutral o independiente de la índole de la naturaleza o el fin...” y pág. 20, GARO, Francisco J., Sociedades Comerciales, t. I, vol. I, pág. 318, La Facultad SRL Librería Editorial, Buenos Aires, 1949, citado por Díaz Echegaray. En este proceso el lucro social se convierte en beneficio primero y en dividendo después dando lugar a posiciones del socio diferenciadas. Para Garo de naturaleza del contrato de sociedad surge que el fin primordial sea la distribución de la mayor parte de utilidades a los socios. Y pág. 48 MÉNDEZ, Aurelio, Sociedad Anónima y Fin de Lucro, citado por Díaz Echegaray José Luis, Considera que sería aconsejable en lugar de expandir el concepto de sociedad en el que se admite la sociedad sin ánimo de lucro como elemento causal del contrato “... se amplié el concepto de lucro para estimar que hay sociedad siempre que la entidad colectiva se constituya para proporcionar a los socios una ventaja económica aunque no constituya un beneficio repartible...”. ODRIOZOLA, Carlos S., “Estudio de Derecho Societario, pág. 39, Ed. Cangallo S.A., Buenos Aires, 1971. “No podría constituirse válidamente una sociedad comercial o civil que desconociera a sus asociados el derecho a las utilidades...”.

²⁹ ECHEGARAY, José Luis, El Derecho a Participar en los Repartos de las Ganancias Sociales, pág. 48, Ed. Thomson-Aranzadi, 2006, Madrid.

³⁰ Ver DÍAZ ECHEGARAY, José Luis, El Derecho a Participar en los Repartos de las Ganancias Sociales, págs. 51/52/53, Ed. Thomson-Aranzadi, 2006. Madrid. Para otros autores ibéricos, se trata de un acuerdo de cambio de objeto que legitima a los accionistas disconformes para ejercitar su derecho de separación en la forma que establece el art. 147, de la L.S.A. Esto, porque implicaría la renuncia del accionista a un derecho mínimo de participar en las ganancias sociales.

sociedades anónimas del 17 de julio de 1953, el Decreto Legislativo del 22 de diciembre de 1989 y del 23 de marzo de 1995...³¹.

Díaz Etchegaray entre otros, resalta que la legislación sobre asociaciones pone de manifiesto el concepto amplio de sociedad, que la finalidad perseguida es proporcionar a los socios una ventaja patrimonial o económica resulta posible en el ordenamiento español³².

Consideramos que la mención del art. 3º de la Ley –General de Sociedades Argentina, si bien es una excepción al principio de la necesidad del lucro para los socios, no desvirtúa el principio rector de la ley. Cuando se trata de sociedades constituidas con finalidad lucrativa, lo que sucede en la mayoría de los casos, se puede postular como principio general, que en el derecho argentino, el lucro es la causa fin del contrato social. Visto de esta manera, con referencia a sociedades que tengan estas particularidades, se podría decir que es impensable una sociedad que careciera de este componente. Esta premisa aparece establecida firme en el Art. primero (como un elemento determinante del contrato social); en el Art. once (Reglas para distribución de resultados); en el Art. trece (Cláusulas leoninas y tontinarias); en el Art. cincuenta y siete (acreedores del socio); en el Art. sesenta y ocho (Distribución de dividendos); en el Art. setenta (Fondo de reserva); en el Art. setenta y uno (Resultados Ficticios); en el Art. ciento cuarenta y uno (Responsabilidad del socio Industrial); en el Art. doscientos veinticuatro (dividendos anticipados); en el Art. doscientos sesenta y uno (remuneración del directorio); en el Art. noventa y cuatro inciso 5 y noventa y seis (disolución de la sociedad); en el Art. doscientos cuatro y cinco (reducción del capital). Cabe recordar que el Art. doscientos sesenta y uno de la ley 19550, establece el régimen de

³¹ DÍAZ ECHEGARAY, José Luis, El Derecho a Participar en los Repartos de las Ganancias Sociales, pág. 38, Ed. Thomson-Aranzadi, 2006, Madrid.

³² DÍAZ ECHEGARAY, José Luis, El Derecho a Participar en los Repartos de las Ganancias Sociales, pág. 48, Ed. Thomson-Aranzadi, Madrid, 2006. Díaz Etchegaray asevera que en este tipo de sociedades la finalidad perseguida es proporcionar a los socios una ventaja patrimonial o económica que puede ser un ahorro en los costos, aunque no se busque un beneficio repartible.

distribución de honorarios de los directores, en base al porcentaje de las ganancias líquidas y realizadas que se distribuyan a los accionistas.

También creemos –con las salvedades ya efectuadas- que es propio del fin del contrato social, la distribución periódica de utilidades a los socios en concepto de dividendos. Pensamos que esto es esencial y un elemento decisivo para la constitución de una sociedad. O sea: la posibilidad de obtener ganancias. En las sociedades que se constituyen con finalidad lucrativa, la regla es que los socios o accionistas busquen un beneficio apreciable en dinero. Es verdad, que en un principio las sociedades distribuían las utilidades al momento de la disolución, pero también en dicha época se constituían teniendo por objeto una única actividad y por un plazo no muy extenso. Todas estas circunstancias se fueron modificando, ampliándose, adaptándose a las nuevas realidades. Cuando se hizo frecuente la constitución de sociedades por largos periodos, se fue afirmando como requisito del contrato social, el reparto periódico- anual, de utilidades. La historia nos demuestra, por tanto, que en nuestro derecho sería impensable, a esta altura de los acontecimientos, proponer que los accionistas esperen al vencimiento del plazo de la sociedad para retirar las utilidades o beneficios. Considerado de este modo, teniendo en cuenta la clara y contundente normativa del Art. tercero de la ley 19550, es indiscutible que la sociedad puede tener un contenido “no lucrativo”. Si esto es aceptado, lo que nos parece inevitable, cabe preguntar si este distinto criterio no se podría extender a otras sociedades que tampoco tuvieran contenido lucrativo pero que no se pudieran calificar de asociaciones civiles. Creemos que en este punto se debe ampliar todas las posibilidades, siempre que los socios en el contrato social establezcan de manera precisa y concreta su intención de constituir una sociedad general con contenido no lucrativo.

Asimismo es de indicar que en el concepto de asociación ya no se menciona como requisito que debe tener fin de buscar el bien común. (Art. 168 del C.C. y C.- Objeto. La asociación civil debe tener un objeto que no sea contrario al interés general o al bien común. El interés general se interpreta dentro del respeto a las diversas identidades, creencias y

tradiciones, sean culturales, religiosas, artísticas, literarias, sociales, políticas o étnicas que no vulneren los valores constitucionales. No puede perseguir el lucro como fin principal, ni puede tener por fin el lucro para sus miembros o terceros.).

III.b) DERECHO AL REPARTO PERIÓDICO DE UTILIDADES

Hasta dos décadas antes del siglo XIX, aproximadamente, las sociedades solían repartir las utilidades al momento de la disolución, reglando una distribución fija anual para todos los socios y conviniendo acumular las utilidades convirtiéndolas en aumentos de capital.³³ Como ya lo pusiera de manifiesto, en ese entonces las sociedades se constituían por períodos más cortos que en la actualidad. Susinni en la obra que editara en el año 1951, manifiesta que en Italia el derecho al reparto periódico de utilidades era renunciante estatutariamente. La jurisprudencia norteamericana era renuente a establecer la obligatoriedad de distribución de dividendos³⁴. En dicho momento, nuestro Código de Comercio (art. 317),³⁵ no admitía esta limitación. Obarrio en el año 1924 ya establecía esta obligatoriedad³⁶.

En el derecho español se está consolidando una línea jurisprudencial y doctrinaria que establece el indudable derecho del accionista de una

³³ SUSSINI, Miguel, Los dividendos, pág. 43, Ed. Depalma, 1951, citando a Vivante. Ver HALPERÍN, Isaac, OTAEGUI, Julio C. Sociedades Anónimas, pág. 415, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1998.

³⁴ City Bank Farms Trust Co v- Hewitt Realty Co, 1931 Nueva York citado por SUSSINI, Miguel, Los dividendos, pág. 47, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1951.

³⁵ SUSSINI, Miguel, Los dividendos, pág. 46, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1951.

³⁶ OBARRIO, Manuel, Curso de Derecho Comercial, Nueva Edición Adaptada al Código de Comercio Reformado por Beccar Varela Adrián y Wilmart Raimundo, t I pág. 375, Científica y Literaria Argentina Atanasio Martínez Buenos Aires 1924. Para Obarrio los socios tienen derecho a recibir proporcionalmente las utilidades, la ley no podía esperar como fácilmente se comprende, la época de la disolución de la sociedad, generalmente lejana cuando de sociedades comerciales se trate. Esta distribución debe ser periódica, ofreciendo ventajas reales e inmediatas respecto a los tenedores de acciones, sin perjuicio de las que pueden llegar a obtener en la época de la liquidación de la sociedad.

sociedad anónima a participar en los beneficios de la misma, por medio del reparto de dividendos³⁷.

³⁷ DÍAZ ECHEGARAY, José Luis, El Derecho a Participar en los Repartos de las Ganancias Sociales, pág. 17, Ed. Thomson-Aranzadi, 2006, Madrid. En este sentido tenemos "...resoluciones de las Reales Audiencias Provinciales como la de Valencia del 15 de septiembre de 1997, Santa Cruz de Tenerife del 26 de marzo del mismo año o la de Madrid del 5 de febrero del 2001 entre otras... la cual, ha venido a ser confirmada por la STS del 26 de mayo del 2005 (RJ 2005,5761) que afirma expresamente el derecho del accionista a percibir los beneficios sociales obtenidos, señalando que no puede ser privado de ellos sin causa que lo justifique...", pág. 21. El autor español referido, indica que el derecho al beneficio expresa la posición del socio, surgida del contrato social, a que se destinen los conseguidos con la actividad social. El derecho al dividendo es por el contrario, un derecho patrimonial del accionista que se alcanza con la transferencia de los beneficios, según las directivas fijadas en el contrato conforme el acuerdo de distribución...", pág. 22. El mencionado autor manifiesta que esta distinción es acogida por la jurisprudencia en diferentes resoluciones, pudiendo señalarse en este sentido, entre otras la STS del 19 de marzo de 1997, la cual señala "... siendo indudablemente el derecho de un accionista de una sociedad anónima a participar en los beneficios de la misma, por medio del reparto de dividendos, hay que distinguir el derecho abstracto del mismo, que es indiscutible y el derecho concreto, que no se obtiene sino desde que hay un acuerdo de la junta general de accionistas..." pág. 55. En el mismo sentido lo hizo la jurisprudencia española de la Dirección General de Registros y Notariados manifestándose contrariamente a la existencia de sociedades no lucrativas en la resolución del 2 de febrero de 1966, manifestando que "...TERCERO. Además que por otra parte puede también distinguirse entre el fin genérico o social que es siempre el lucro, según lo establecen los Art.s 1685 del C.C. y 1161 del Código de Comercio, el objeto social o actividad social de cada sociedad que se refieren los Art.s 117 2*, 221 1*, del C. de Com. 11, 76, 84 85,4*, 150 2* de la ley de sociedades anónimas y por último los actos aislados, cuyo conjunto constituye la actividad encaminada al variable fin de lucro. CUARTO. Que al ser el fin último de la sociedad la obtención de lucro o ganancia, el objeto social no puede estar en contradicción con aquel, por lo que no sería procedente la inscripción de los estatutos de una sociedad mercantil en la que se consignase como normal o habitual dentro del giro y tráfico de las Empresa y comprendido por tanto dentro de las facultades de los Administradores la realización de actos a títulos gratuitos, pues constituirá una contradicción con la misma esencia del contrato societario, ni tampoco sería admisible una modificación estatutaria en el apuntado sentido, ya que entonces se convertiría a la sociedad mercantil en una Entidad Benéfica sometida a distinta legislación...", pág. 56. La RDGRN del 22 de Noviembre de 1991 sostiene la misma posición manifestando que "ha sostenido que en la configuración legal del tipo social de la anónima, se reflejan como elementos caracterizantes de la misma el ánimo de obtener una ganancia común y partible mediante el desenvolvimiento de una actividad societaria y su posterior reparto entre los socios que la integran ...", pág. 18, agrega que la sentencia dictada por la STS del

En el derecho italiano, dice Brunetti que es condición para que la asamblea pueda aprobar válidamente la asignación de un dividendo sobre las acciones, que los beneficios sean realmente conseguidos y que el balance sea aprobado debidamente (Art. 2.433)³⁸. “... **El concepto de “beneficios realmente conseguidos” ha sido criticado por los técnicos como impropio y debe ser tomado en sentido no absoluto sino relativo de manera que la distribución no cause daño a la sociedad...**”³⁹. La segunda condición es que los beneficios deben resultar de un balance aprobado. Si se verifica una pérdida del capital social no puede darse lugar al reparto de beneficios hasta que el capital esté integrado o reducido de la manera correspondiente⁴⁰. Actuando con máxima prudencia⁴¹.

26 de mayo del 2005, sienta la doctrina de que los socios, conforme el art 85 invocado en el recurso, en relación del 215 de la LSA “... tienen derecho al dividendo según su participación en el capital social, salvo disposición contraria de los estatutos, añadiendo que privar al socio minoritario sin causa acreditada alguna, de sus derechos a percibir los beneficios sociales obtenidos y proceder a retención sistemática...se presenta a todas luces como una actuación abusiva...”, págs. 28, 63, 32 y 64. De esta manera desde una perspectiva jurídica se manifiesta que el beneficio existe si ha sido aprobado por la junta general y se transforma en dividendo por el acuerdo de ella., pág. 65. Conforme con dicho autor español, el derecho del socio a participar en la determinación y asignación de utilidades sociales tiene una gran importancia para defender el de participar en el reparto de las ganancias sociales- afirmando Illescas Ortiz, citado por Díaz Etchegaray que “constituyen sin lugar a dudas en segundo eslabón de la barrera protectora del socio en el reparto de beneficios”.

³⁸ BRUNETTI, Antonio, Tratado del derecho de las Sociedades, Traducción Directa del Italiano por Felipe Solá Cañizares, Unión Tipográfica Editorial Hispano Americana, t. II, Sociedades por Acciones, pág. 619, Buenos Aires, 1960.

³⁹ BRUNETTI, Antonio, Tratado del derecho de las Sociedades, Traducción Directa del Italiano por Felipe Solá Cañizares, Unión Tipográfica Editorial Hispano Americana, t. II, Sociedades por Acciones, pág. 619, Buenos Aires, 1960.

⁴⁰ BRUNETTI, Antonio, Tratado del derecho de las Sociedades, Traducción Directa del Italiano por Felipe Solá Cañizares, Unión Tipográfica Editorial Hispano Americana, t. II, Sociedades por Acciones, pág. 620, Buenos Aires, 1960. Ver Art. 71 de la L.G.S. Argentina. Ver GARO, Francisco J., Sociedades Comerciales, t. I, vol. I, pág. 620, La Facultad SRL Librería Editorial, Buenos Aires, 1949. Garo también se detiene a analizar esta problemática haciendo hincapié en la necesidad de precisar el concepto de beneficio “...Es un sabio criterio sugerido por Gobbis que la atribución del valor debe ser hecha de modo que se evite un reparto de beneficios que pueda ser o convertirse de hecho en una disminución del capital o de las reservas legales preconstituidas, capital y reservas representan para el ente una condición de vida y

En el mismo sentido manifiestan autores franceses que **“la división de la contabilidad en períodos anuales es una costumbre derivada de las exigencias propias del reparto de beneficios como operación esencial en toda empresa lucrativa”**⁴².

Nuestra actual legislación consagra como un elemento especial de todo contrato societario la distribución de las ganancias líquidas y realizadas, siendo una de las bases de la concepción económica de las sociedades por acciones⁴³. Constituye uno de los derechos patrimoniales más importantes derivados del status de socio, uno de los ejes del derecho societario. Se caracteriza por ser esencial, principal, inalienable, irrenunciable e imprescriptible,⁴⁴ pero nada prohíbe que una vez devengado, se renuncie al mismo⁴⁵. Por el contrario Zaldívar considera

para los terceros una garantía que no puede ser destruida...” SEGOVIA, citado por HALPERIN, Isaac, “Sociedades Anónimas”, pág. 357, Ed. Depalma, 1975, Buenos Aires. “...que la ganancia no esté en el papel, ni en la exageración de las tasaciones, ni en el valor artificial de las acciones de la sociedad o de otras acciones, que la ganancia este realizada, en el sentido, que repartida ella, el capital social quede integro...”.

⁴¹ Ver HALPERÍN, Isaac; OTAEGUI, Julio C. Sociedades Anónimas, pág. 418, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1998. HALPERIN, Isaac, “Sociedades Anónimas”, pág. 356, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1975.

⁴² LYON-CAEN y RENAULT. L, citado por FARGOSI, Horacio, Consideraciones sobre el ejercicio social, LA LEY 1979-D, 1005.

⁴³ SUSSINI, Miguel, Los dividendos, pág. 40, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1951.

⁴⁴ ROITMAN Horacio, Ley de Sociedades Comerciales Comentada, t. II, pág. 105, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2006.

⁴⁵ Ver HALPERÍN, Isaac; OTAEGUI, Julio C. Sociedades Anónimas, pág. 415, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1998. HALPERIN, Isaac “Sociedades Anónimas” pág. 354, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1975. “En ausencia de clausula estatutaria expresa, la asamblea de accionistas carece de facultades para suprimir la distribución, o para crear reservas irrevocables o que sean incompatibles con la naturaleza y finalidades de la Institución: serian aumentos disfrazados del capital social, requerirían la mayoría y el quórum previstos por el Art. 244 de la L.S. y darían lugar al ejercicio del derecho de receso porque el derecho al dividendo no se origina en el estatuto sino que deriva de la ley y de la costumbre. Esto no significa que la asamblea de accionistas no pueda postergar la distribución: Puede hacerlo teniendo en cuenta las conveniencias sociales (falta de liquidez de caja para los pagos, las perspectivas del mercado para los negocios sociales, etc)...” CHINDEMI, Marcela, El régimen de utilidades en las sociedades anónimas, pág. 35, Ed. Ad Hoc, Buenos Aires, 2004. DE GREGORIO,

que es renunciable en el contrato social⁴⁶. Resulta un derecho inderogable, Halperín, Garo Grispo, Martorell y Odriozola -entre otros- el reparto anual de las utilidades del ejercicio,⁴⁷ causa fin del contrato societario, vale decir, el móvil que lleva a los socios a asociarse. Para Gago el concepto de ganancia se reduce a todo excedente del activo sobre el pasivo que arroje

Alfredo, Los balances de las sociedades anónimas, su régimen jurídico, Prólogo del autor a esta edición argentina. Traducido de la segunda edición Italiana y anotado con Legislación Argentina por Francisco BOBADIILLA y Julio H. CASSE, pág.102, Ed. Depalma. Buenos Aires, 1950. De Gregorio nos ilustraba sobre esta problemática, analizando la legislación existente en el año 1950, manifestando que la ley no establece de manera concreta la obligatoriedad de la distribución de dividendos de manera periódica, si bien para el mencionado autor se desprende de varios Art.s de la ley siendo un derecho que existe por fuerza del uso o por imperio de la ley, aunque no se haya hecho mención en el acto constitutivo ni en el estatuto. Sin perjuicio de ello aclara que no reviste un derecho esencial del contrato social porque su distribución periódica puede ser excluida en el contrato social postergándola para la liquidación final. REYES VILLAMIZAR, Francisco, Derecho Societario, t. I pág. 397, Ed. Temis S.A., 2004, Bogotá, Colombia. MARTORELL, Ernesto, Tratado de derecho Comercial, t. VI, pág. 302, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2011.

⁴⁶ ZALDIVAR, Enrique; MANÓVIL, Rafael; RAGAZZI, Guillermo; ROVIRA, Alfredo L. y SAN MILLAN, Carlos, "Cuadernos de Derecho Societario", t. I, pág. 373, Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1978, "...es renunciable, no solo individualmente, sino que incluso podría ser suprimido por el contrato social o posteriormente mediante asamblea general o mediante reforma".

⁴⁷ Ver HALPERÍN, citado por CABANELLAS DE LAS CUEVAS Guillermo, Derecho societario Contabilidad y Documentación Societaria t. V, pág. 109 Ed. Heliasta Buenos Aires 1997. GARO, FRANCISCO J, Sociedades Comerciales t I vol I pág. 316 La Facultad SRL Librería Editorial Buenos Aires 1949. Dice Garo que el contrato social deberá fijar la medida en que se ha de hacer la distribución de las ganancias y pérdidas, según Pic citado por Garo "... la cuestión si una sociedad ha obtenido beneficios o experimentado perdidas, no puede resolverse sino en la época de la disolución de la sociedad...", pero conforme Garo esta concepción teórica no es la que corresponde a la práctica pues lo socios no esperan al final de la sociedad para retirar las ganancias sino que lo hacen al final de cada ejercicio. HALPERÍN, Isaac Sociedades Comerciales, Parte General, pág. 70, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1966. Halperin, manifestaba, en el año 1966, que en nuestro orden jurídico, el socio tenía derecho al reparto anual de utilidades que resultaba de la legislación en las sociedades de responsabilidad limitada de los Art.s 4, inc 5, 20 y 21 ley 11.645, para las sociedades anónimas de los Art.s 292, inc. 3; 361; 363 y 363 del Código de Comercio. Ver ODRIOZOLA, Carlos S., "Estudio de Derecho Societario, pág. 39, Ed. Cangallo S.A., Bs. As., 1971. GRISPO, Jorge Daniel, Tratado sobre la ley de sociedades comerciales, t. I, pág.777, Ed. Ad Hoc, Buenos Aires, 2005.

un balance anual fiel y exacto⁴⁸. Nosotros compartimos aquellas opiniones que consideran que el derecho al dividendo no es renunciable contractualmente, pudiendo hacerlo una vez devengado es decir para cada ejercicio.

Para que la sociedad pueda distribuir las utilidades conforme la legislación nacional deben existir ganancias líquidas y realizadas -Art. 68 de la L.S.- que surjan de un ejercicio social y que se encuentren plasmadas en los estados contables y aprobados por asamblea.

Los directores deben convocar a una reunión de socios o asamblea (ordinaria art. 234) para que apruebe el balance y decida en su caso la distribución de los dividendos. En el Derecho Español los administradores deben confeccionar en el plazo máximo de tres meses contados desde el cierre del ejercicio -en forma similar a nuestro derecho- una propuesta de aplicación de los resultados debiendo en última instancia resolver sobre el resultado del ejercicio la Junta General -en nuestro derecho la reunión de socios o la asamblea- teniendo en consideración el balance aprobado⁴⁹.

Nuestra legislación es muy similar a la española estableciendo que en

⁴⁸ GARO, Francisco J., Sociedades Comerciales, t. I, vol. I, pág. 316, La Facultad SRL Librería Editorial, Buenos Aires, 1949. En el mismo sentido GARRIGES, Joaquín, URÍA, Jorge, Comentario a la ley de Sociedades Anónimas, t. II, tercera Ed. Revisada, Corregida y puesta al día por MÉNDEZ, Aurelio y OLIVERA, Manuel, pág. 457, Madrid, 1976. ZALDIVAR, Enrique; MANÓVIL, Rafael; RAGAZZI, Guillermo; ROVIRA, Alfredo L. y SAN MILLAN, Carlos, "Cuadernos de Derecho Societario", t. I, pág. 343, Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1978. Dividendo, beneficio y ganancia en toda sociedad anónima es concepto de anualidad equivalente al excedente del activo sobre el pasivo determinado por el inventario o el resultado de una extracción esperada sobre una masa beneficiaria realmente adquirida y disponible...". CABANELLAS DE LAS CUEVAS, Guillermo, Derecho societario Contabilidad y Documentación Societaria, t. VII, pág. 293, Ed. Heliasta, Buenos Aires, 1999.

⁴⁹ DÍAZ ECHEGARAY, José Luis, El Derecho a Participar en los Repartos de las Ganancias Sociales, pág. 65, Ed. Thomson-Aranzadi, 2006, Madrid. Art. 273 del Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital. BOE núm. 161, de 03 de Julio de 2010. CABANELLAS DE LAS CUEVAS, Guillermo, Derecho societario Contabilidad y Documentación Societaria t. VII, pág. 93 y 304 Ed. Heliasta Buenos Aires 1999, ZALDIVAR, Enrique, Cuadernos de Derecho Societario, t. I pág. 374. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1978. MARTORELL, Ernesto, Tratado de derecho Comercial, t. VI, pág. 302, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2011.

la asamblea, previo a la distribución de las ganancias líquidas y realizadas en concepto de dividendos, se deben discutir los siguientes puntos: a) descontar -si existieran- las pérdidas de ejercicios anteriores (art. 71); b) descontar los honorarios de los administradores (art. 261); c) descontar las reservas (art.70). Recién en este momento se tendrá un dividendo potencial, es decir un monto posible de ser susceptible de distribución en concepto de dividendo a los accionistas o socios. Una vez que los socios votan su aprobación y distribución, allí se tiene el dividendo y por ende los accionistas se encuentran en condiciones de exigir su cobro. Hasta la celebración de la asamblea, el accionista posee un derecho en expectativa al dividendo. En otras palabras, hasta la aprobación por la asamblea el derecho al dividendo pertenece a la sociedad y con la clausura de ésta el dividendo se transforma en un crédito de los accionistas contra la sociedad. Siempre se debe tener en consideración que antes del retiro por el socio se debe cumplir con las deducciones impositivas correspondientes (impuesto a las ganancias).

Consideramos correcto que sean los socios, los accionistas, los dueños de la empresa, sociedad o corporación, los que resuelvan el destino de las ganancias, los que determinen el destino que se le debe dar a los mismos. Son ellos los motores, quienes originaron realizando aportes un sujeto de derecho diferente con personalidad jurídica. Es decir entregan parte de su patrimonio para dar vida a la sociedad, normalmente con el objeto de obtener un lucro. Si bien consideramos que esto es lo adecuado, lo justo y lo equitativo, estamos convencidos de que es imprescindible precisar un conjunto de conceptos, de situaciones, de valuaciones para que con la distribución de aquello que creemos utilidades, no se merme el capital social, considerando esta noción equivalente a la de “capital patrimonial” siguiendo la clasificación que realiza el maestro Otegui. Por ello esta afirmación que consideramos loable se debe precisar, analizarse con mayor profundidad.

III.c) DERECHO AL DIVIDENDO APROBADO

Cuando se da esta situación, o sea cuando se aprueba la distribución de dividendos, los accionistas o socios se convierten en terceros, pasan a ser acreedores, tienen la posibilidad de demandar el pago de su crédito y la sociedad puede contraer un préstamo para cancelar la deuda. Una vez que la asamblea decide la distribución de dividendos, estos tienen carácter irrevocable y pasan a ser parte del patrimonio de cada accionista en proporción a su capital o los diferentes derechos que las acciones consagran⁵⁰.

En nuestro derecho, una vez que los accionistas o socios deciden la distribución de las ganancias, éstos pasan a ser acreedores de la sociedad y tienen el derecho de que la sociedad o corporación cumpla con su obligación. Es decir que con la clausura de la asamblea, la sociedad deja de tener ganancias líquidas y realizadas -patrimonio neto-, para pasar a tener acreedores-pasivo⁵¹.

⁵⁰ Ver SUSSINI, Miguel, Los dividendos, pág. 254, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1951. DÍAZ ECHEGARAY, José Luis, El Derecho a Participar en los Repartos de las Ganancias Sociales, pág. 20, Ed. Thomson-Aranzadi, Madrid. La norma del derecho español exige los mismos requisitos. La distribución de los dividendos es un acto de disposición del patrimonio social de competencia exclusiva de la asamblea. y pág. 49, citando a Sánchez Calero La Determinación y la Distribución. Dice DÍAZ ECHEGARAY que el derecho al beneficio está establecido de manera concreta "... en el art. 48.2. a) de la LSA asegurando a los accionistas que el destino de los beneficios sociales será el reparto de los dividendos entre ellos..." y pág. 76, Citando a Sánchez Calero, La Determinación y la Distribución. Sánchez Calero, también citado por Díaz Etchegaray manifiesta que "... son los beneficios que han de ser divididos" y pág. 76, Citando a Massaguer. Para Masaguer también citado por Díaz Etchegaray "... los dividendos son la parte del beneficio neto absoluto obtenido por una sociedad anónima que durante su vida corresponde a cada accionista en proporción al capital social desembolsado, cuyo valor se expresa en dinero, y que normalmente se satisface mediante la entrega de sumas de dinero..." y pág. 59, citando a Muñoz Martínez. Para Muñoz Martínez, la posibilidad de retirar los beneficios es inherente a la condición de socio. Ver ODRIOZOLA, Carlos S., "Estudio de Derecho Societario, pág. 39, Ed. Cangallo S.A., Buenos Aires, 1971.

⁵¹ HALPERIN, Isaac, "Sociedades Anónimas", pág. 364, Ed. Depalma, 1975, Buenos Aires. ZALDIVAR Enrique, Cuadernos de Derecho Societario, t. I pág. 375 y 381 Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1978. NISSEN, Ricardo A, Ley de Sociedades

IV.GANANCIAS - BENEFICIO

Creemos que los términos utilizados por nuestra legislación –ganancia líquida y realizada- como los conceptos de la legislación italiana o española no poseen una conceptualización clara, precisa y concreta. Existen muchas discordancias sobre qué se debe considerar una ganancia líquida y realizada. Este no es un tema menor. La ley debería establecer mecanismos para que se pudieran acotar y precisar todos los rubros implicados. Esto incluye especialmente a los bienes y a los valores del estado de situación patrimonial, los cuales deben ser reflejados de forma clara, precisa para que no quede lugar a error o controversia en cuanto a cómo se debe interpretar la normativa vigente para evitar que se distribuya en concepto de ganancias líquidas y realizadas, dinero que no constituya una verdadera utilidad o beneficio. Esta situación no era motivo de discusión cuando las sociedades distribuían sus beneficios en el momento de su disolución. Pero con el cambio de paradigma, -considerando la distribución periódica de las utilidades- esta situación se modificó, se alteró y se hizo necesario tener en cuenta un conjunto de elementos, que hacen a la forma de valuación de activos y pasivos. Por ello es importante determinar dichos elementos para repartir utilidades sólo cuando se den las circunstancias legalmente previstas.

Manifiestan Obarrio, Uría, Garrigues, Segovia citado por Halperín-entre otros- que las utilidades se podrán repartir sobre beneficios irrevocablemente realizados y líquidos⁵².

Comerciales, t. I, pág. 734, Ed. Astrea, Buenos Aires, 2010.

⁵² Ver OBARRIO, Manuel, Curso de Derecho Comercial, Nueva Edición Adaptada al Código de Comercio Reformado por Beccar Varela, Adrián y Wilmart Raimundo, t. I, pág. 375, Científica y Literaria Argentina Atanasio Martínez 1924, que "...ninguna repartición podrá ser hecha a los accionistas bajo cualquier denominación que sea, ha dicho a propósito el código de comercio en una de sus disposiciones, sino sobre los beneficios irrevocablemente realizados y líquidos, comprobados de forma determinada por este código y los estatutos de la sociedad". GARRIGES, Joaquín, URÍA, JORGE, Comentario a la ley de Sociedades Anónimas, t. II, tercera Ed Revisada, Corregida y puesta al día por MÉNDEZ, Aurelio y OLIVERA, Manuel pág. 455 Madrid 1976.

Dice De Gregorio, entre otros, que resulta difícil distinguir los gastos que se activan de los que se corresponden con ganancias y pérdidas y de determinar cuándo estas últimas se ocasionaron⁵³.

De Gregorio y Segovia -citado por Halperin- profundizan en la temática enfatizando que **en el cálculo de las utilidades sólo se pueden encontrar las ya realizadas dejando enteramente aparte los aumentos intrínsecos del valor como en las cuentas de títulos y mercaderías**⁵⁴.

Creemos que para poder continuar con esta disquisición debemos precisar los términos beneficio, ganancia, utilidad y dividendos.

Para Garrigues, el art. 107, establece que "...sólo podrán ser pagados dividendos sobre las acciones en razón de los beneficios realmente obtenidos o de reservas expresas de efectivos de libre disposición siempre que el valor del activo no sea inferior al capital social. SEGOVIA citado por HALPERIN, Isaac "Sociedades Anónimas", pág. 357, Ed. Depalma, 1975, Buenos Aires.

⁵³ DE GREGORIO, Alfredo, Los balances de las sociedades anónimas, su régimen jurídico, Prólogo del autor a esta edición argentina, Traducido de la segunda edición Italiana y anotado con Legislación Argentina por Francisco BOBADIILLA y Julio H. CASSE, pág. 442, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1950, "...una de las mayores dificultades de la contabilidad, es distinguir los gastos generadores de activos valuables en el inventario y en el balance de los gastos cuyo registro terminan en la en la cuenta ganancias y pérdidas...". Todo ello vinculado a "...la posibilidad de considerar algunos aumentos de valor como utilidad ya obtenida y viceversa, sobre la obligación de considerar algunas disminuciones de valor como pérdidas ya sufridas...". RICHARD, Efraín; ESCUTI, Ignacio; ROMERO, José, Manual de Derecho Societario, pág. 139, Ed. Astrea, 1983.

⁵⁴ DE GREGORIO, Alfredo, Los balances de las sociedades anónimas, su régimen jurídico, Prólogo del autor a esta edición argentina. Traducido de la segunda edición Italiana y anotado con Legislación Argentina por Francisco BOBADIILLA y Julio H. CASSE, pág. 242, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1950, "...en el cálculo de las utilidades sólo se pueden encontrar las ya realizadas dejando enteramente aparte los aumentos intrínsecos del valor como en las cuentas de títulos y mercaderías. De esta forma propugna que se podría exigir para algunas cuentas individuales en especial para las mercaderías y títulos que se tomen en consideración sólo las utilidades ya liquidadas ósea las resultantes de operaciones realizadas, pero semejante exigencia referida al balance no tendría sentido...". SEGOVIA, citado por HALPERIN, Isaac "Sociedades Anónimas", pág. 357, Ed. Depalma, 1975, Buenos Aires, "...puede colegirse que la ley no quiere que figure en el haber si reputa como elemento posible de dividendos a repartirse el mayor valor de los bienes raíces y títulos, cuyo precio está expuesto entre nosotros, más que en otras partes a oscilaciones considerables y muchas veces bruscas...".

A los fines de precisar algunos conceptos encontramos diferentes posiciones para Zaldivar las reglas para calcular las utilidades varían⁵⁵ según se enfoque el problema desde el punto de vista de los socios o de la sociedad. Para Grispo **ganancia** es el estado positivo de un estado de resultados, es el valor positivo que incrementa el patrimonio neto mediante ciertas normas convencionales, para Martorell el estado positivo de las cuentas ganancias y pérdidas,⁵⁶ mientras que para el mencionado autor **beneficio** es "...el incremento del patrimonio neto social manifestado en el estado patrimonial..."⁵⁷, siendo la utilidad la parte del beneficio que los socios deciden distribuir, revistiendo el carácter de neto del ejercicio..⁵⁸. Para Casinelli los resultados son "...variaciones modificativas del patrimonio que no provienen de transacciones con los propietarios..." y dependen del criterio que se utilice para medir el capital⁵⁹. Para Vítolo con la sanción del Código Civil y Comercial se ha sustituido el concepto de lucro por el de beneficio⁶⁰.

⁵⁵ ZALDÍVAR, Enrique, Cuadernos de Derecho Societario, t. I pág. 364, Ed. Abeledo Perrot Buenos Aires 1978. Para Zaldivar“.

⁵⁶ MARTORELL, Ernesto, Tratado de derecho Comercial, t. VI, pág. 298, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2011.

⁵⁷ Ver en el mismo sentido MARTORELL, Ernesto, Tratado de derecho Comercial, t. VI, pág. 298, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2011.

⁵⁸ GRISPO, Jorge Daniel, Tratado sobre la ley de sociedades comerciales, t. I, pág. 777, Ed. Ad Hoc, Buenos Aires, 2005. NISSEN, Ricardo A, Ley de Sociedades Comerciales, t. I pág. 728, Ed. Astrea, Buenos Aires, 2010, similar definición para el concepto de utilidad. MARTORELL, Ernesto, Tratado de derecho Comercial, t. VI, pág. 298, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2011.

⁵⁹ CASINELLI, Hernán Pablo, Contabilidad para Usuarios Externos, pág. 77, Ed. Aplicación Tributaria S.A., Buenos Aires, 2008.

⁶⁰ VÍTOLO, Daniel Roque, Reformas a la Ley General de Sociedades, t. I, pág. 93, Ed. Rubinzal-Culzoni, 2015.

V. NATURALEZA DE LAS GANANCIAS LÍQUIDAS Y REALIZADAS

En el derecho argentino y español se discute cuál es su naturaleza, revistiendo esta situación un tema de transcendencia por las consecuencias que ello lleva aparejado. Para algunos autores –Sussini, Halperín, Otaegui, Díaz Echegaray, - las utilidades producidas en el ejercicio son frutos civiles. Según el art. 2330 del ex C.C. se adquieren diariamente y no al final del ejercicio⁶¹.

Zaldivar, Nissen, Martorell, Lapique, Sasot Betes y Sasot citado por Chimendi, y la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires por el contrario, afirman que la utilidad nace cuando es determinada por el balance y aprobada por la asamblea; por ende, no se adquiere día a día⁶².

⁶¹ Ver CNCiv Sala 2 1938/09/20 citado por SUSSINI, Miguel, Los dividendos, pág. 116, Ed. Depalma, Buenos Aires 1951, HALPERÍN, Isaac, Curso de derecho Comercial, Vol. III, pág. 293, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1977. OTAEGUI, Julio C.- HALPERÍN, Isaac, Sociedades Anónimas, pág. 422, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1998. DÍAZ ECHEGARAY, José Luis, El Derecho a Participar en los Repartos de las Ganancias Sociales, pág. 77, Ed. Thomson-Aranzadi, 2006, Madrid. Son el resultado de la explotación durante un período determinado. De esta forma algunos consideran que el dividendo es un fruto civil, los que admiten la naturaleza de fruto rechazando el carácter de civil y los que incluso rechazan que puedan ser considerados como frutos. Afirma Díaz Etchegaray -que en el derecho español- "...para la mayoría de la doctrina los dividendos poseen la naturaleza de frutos civiles sobre la base de la interpretación de los Art.s 355 y 475 del Código Civil..." HALPERIN, Isaac, "Sociedades Anónimas", pág. 360, Ed. Depalma, 1975, Buenos Aires.

⁶² Ver SASOT BETES, Miguel Y SASOT P, citado por CHINDEMI, Marcela, El régimen de utilidades en las sociedades anónimas, pág. 75, Ed. Ad Hoc, 2004. FERNÁNDEZ Carlos Alberto c. DAVICINO, Jorge Nereo, SCBA 10/14/04, C98310. La SCBA tuvo oportunidad de expedirse en el año 2010 considerando que los resultados no asignados y las utilidades sin distribución pertenecen a los entes sociales por lo que aun devengados durante la vigencia de la sociedad conyugal del socio, cualquier pretendido derecho sobre las mismas permanece en el terreno de las expectativas ZALDÍVAR, Enrique, Cuadernos de Derecho Societario, t. I, pág. 375, Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires 1978. NISSEN, Ricardo A, Ley de Sociedades Comerciales, t. I, pág. 733, Ed. Astrea, Buenos Aires, 2010. MARTORELL, Ernesto, Tratado de derecho Comercial, t. VI, pág. 300, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2011. LAPIQUE, Luis, El capital de las sociedades comerciales, segunda edición, pág. 38,

Similar criterio se desprendería del Art. 273 de la legislación española actual⁶³.

Sussini se encuentra en una posición intermedia, considerando que la primera postura no es absoluta y que los dividendos pierden su carácter de tales al poder capitalizarse. Creemos que ésta es una cuestión de implicancia en el caso de transferencia de acciones, sucesiones o división de sociedad conyugal.

Nosotros coincidimos con la Jurisprudencia de la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires, considerando que las ganancias no revisten el carácter de frutos civiles y por ende son de la sociedad como sujeto de derecho diferente de los socios. Por ende, solamente pasan a ser de los socios cuando la asamblea decide la distribución de las mismas en concepto de dividendo. Sólo a partir de dicho momento las ganancias liquidas y realizadas dejan de ser parte del patrimonio neto para formar parte del pasivo social. Es decir que solamente con la clausura de la asamblea- el cierre- que aprueba la distribución de las utilidades, los socios o accionistas obtienen el derecho a la distribución de los dividendos. Por el contrario cuando la asamblea omite referirse a la distribución de los dividendos, consideramos que siguen siendo propiedad de la sociedad, sin perjuicio de que en cualquier momento puede convocarse a una asamblea o reunión de socios que decida su distribución.

Ed. Fundación Cultura Universitaria, Montevideo, 2006.

⁶³ Art. 273 del Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital. BOE núm. 161 de 03 de Julio de 2010. Art. 273 Aplicación del resultado1. La junta general resolverá sobre la aplicación del resultado del ejercicio de acuerdo con el balance aprobado.2. Una vez cubiertas las atenciones previstas por la ley o los estatutos, sólo podrán repartirse dividendos con cargo al beneficio del ejercicio, o a reservas de libre disposición, si el valor del patrimonio neto no es o, a consecuencia del reparto, no resulta ser inferior al capital social. A estos efectos, los beneficios imputados directamente al patrimonio neto no podrán ser objeto de distribución, directa ni indirecta. Si existieran pérdidas de ejercicios anteriores que hicieran que ese valor del patrimonio neto de la sociedad fuera inferior a la cifra del capital social, el beneficio se destinará a la compensación de estas pérdidas.3. Se prohíbe igualmente toda distribución de beneficios a menos que el importe de las reservas disponibles sea, como mínimo, igual al importe de los gastos de investigación y desarrollo que figuren en el activo del balance.4...”.

VI. PAUTAS DE LA DISTRIBUCIÓN DE UTILIDADES

En el derecho español al igual que en el nuestro no es aceptable suprimir el derecho al beneficio de uno a varios socios. En España, esta supresión resulta contraria a lo previsto en el art. 1691 del C.C. el cual establece “**es nulo el pacto que excluye a uno o más socios de toda parte en las ganancias y en las pérdidas**”⁶⁴. Este precepto es similar el art 13 de la ley general de sociedades, y a lo establecido en el derecho francés y Colombiano⁶⁵. Para Zaldívar entre otros debe tener un criterio de **razonabilidad** y que se observe la regla de la **invariabilidad del capital social**⁶⁶.

⁶⁴ Ver DÍAZ ECHEGARAY, José Luis, El Derecho a Participar en los Repartos de las Ganancias Sociales, pág. 57, Ed. Thomson-Aranzadi, Madrid, 2006, pág. 58. Asimismo la legislación española consagra la nulidad del acuerdo que tratara de suprimir el derecho de un socio o de un grupo de socios de participar de las utilidades por ir en contra de un derecho esencial como lo es el de participar en las ganancias sociales, pág. 58. En el mismo sentido se enrolan Cabañas Trejo y Machado Plazas. GRISPO, Jorge Daniel, Tratado sobre la ley de sociedades comerciales, t. I, pág.776, Ed. Ad Hoc, Buenos Aires, 2005.

⁶⁵ REYES VILLAMIZAR, Francisco, Derecho Societario, t. I, pág. 370, Ed. Temis S.A., 2004, Bogotá, Colombia. “...Por ello al tenerse por no escrita la respectiva clausula, podrá invocarse el precepto supletorio previsto en el inciso 1 del Art. 150 del Código de Comercio, según el cual, los asociados participan en las utilidades en proporción a la parte pagada de sus acciones, cuotas, o partes de interés. Asi las cosas, lo apropiado, frente a una clausula ineficaz como la señalada, será recomponer los porcentajes de participación previstos en los estatutos sociales para que cada uno de los asociados reciba en proporción de lo que hubiera aportado y pagado en el momento de efectuarse el correspondiente reparto...”.

⁶⁶ ZALDÍVAR, Enrique, Cuadernos de Derecho Societario, t. I, pág. 377, Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1978. GRISPO, Jorge Daniel, Tratado sobre la ley de sociedades comerciales, t. I, pág.776, Ed. Ad Hoc, Buenos Aires, 2005.

VII. DESENTAÑAR EL SIGNIFICADO DE “GANANCIA LÍQUIDA Y REALIZADA”

El Art. 68 de la ley general de sociedades consagra como condición para que se distribuyan dividendos, la existencia de ganancia líquida y realizada que surja de un balance aprobado por los socios o accionistas.

Con este fin, se debe analizar cuál es el concepto de ganancia líquida y realizada según la doctrina, los jueces, los juristas y los profesionales de las ciencias contables. Pareciera que cuando se habla de ganancias líquidas y realizadas, no siempre se interpreta lo mismo. Por el contrario, se podría decir que existen diferentes acepciones de dicha formulación, utilizada por el legislador de la ley 19.550. No podemos olvidar que son términos utilizados por ambas disciplinas. Resulta necesario darles una única significación para que sea posible una completa comprensión de la problemática en análisis. Son muchos los autores que han tratado de definir estos conceptos pero las opiniones son disímiles.

VIII. GANANCIA LÍQUIDA Y REALIZADA

En algunas concepciones de “ganancias líquidas y realizadas” aparecen algunos términos cuya inclusión nos parece criticable.” No parece ser dudoso que la formulación bajo análisis implica ingredientes que trasuntan la existencia de un beneficio. Pero es necesario desentrañar la naturaleza de dicha expresión, determinar cuándo se debe considerar que se dan las circunstancias concretas para suponer que hay ganancias líquidas y realizadas y además distribuibles. En el Derecho Colombiano, Reyes Villamizar diferencia entre utilidad bruta, neta y repartible, afirmando que la utilidad es un superávit ganado y no la posibilidad de ahorro⁶⁷.

⁶⁷ REYES VILLAMIZAR, Francisco, Derecho Societario, t. I, pág. 375, Ed. Temis S.A., 2004, Bogotá, Colombia.

Algunos se refieren al término “ganancia” en su integridad, sin desmembrar sus partes.

En nuestro Derecho y en el Español, desde el punto de vista contable la expresión de ganancia se puede conceptualizar desde dos ángulos: uno estático que considera que la ganancia es la diferencia existente entre dos estados distintos del patrimonio neto, según corresponda a dos momentos diferentes, descontando las variaciones del capital y las afectaciones a cuentas de ganancias no distribuidas; otro dinámico que considera el valor positivo residual entre los ingresos y costos que incrementan el patrimonio neto de una organización, medidos según ciertas reglas convencionales.

Asimismo en lugar de hablar de ganancia líquida y realizada, algunos autores se refieren al beneficio, diferenciando el concepto económico del jurídico⁶⁸.

Los juristas que han estudiado esta materia, hacen una diferencia que nosotros consideramos trascendental porque el resultado del análisis depende de su consideración.

⁶⁸ Ver VERÓN, Alberto Víctor, Los balances, Tratado sobre Estados Contables, t. I, pág. 457, Ed. Errepar, Buenos Aires, 1971. SÁNCHEZ GALERO, La determinación y distribución, citado por DÍAZ ECHEGARAY, José Luis, El Derecho a Participar en los Repartos de las Ganancias Sociales, pág. 27, Ed. Thomson-Aranzadi, Madrid, 2006. Dentro del concepto económico diferencian entre el concepto directo o indirecto: a) Para el concepto directo “... el beneficio constituye el excedente de los ingresos obtenidos durante ese período sobre los gastos ocasionados durante el mismo...”. b) Para el concepto indirecto “...El incremento del valor del capital neto existente al principio del período que ha tenido- independientemente de nuevas aportaciones o restituciones de capital o revalorizaciones extraordinarias de componentes del capital preexistente- durante el espacio por la gestión y las atribuciones realizadas de valor-. Estos saldos coinciden con los resultados que arrojan pero para el mencionado autor español los conceptos económicos de beneficio resultan insuficientes o escasos para tomarlos como válidos desde el punto de vista jurídico, resultando necesario conocer el concepto jurídico de lo que se debe entender como beneficio. De esta forma para el autor referenciado “...los beneficios sociales surgen a través de las cuentas anuales – balance, cuenta de pérdidas y ganancias y memoria y el acuerdo de aprobación por la junta general...” y pág. 28. Citado a Sánchez Galero. Sánchez Calero citado por Díaz Etchegaray le adiciona que desde el punto de vista jurídico directo “...debe surgir de la cuenta pérdidas y ganancias regularmente aprobadas...” y desde el punto de vista jurídico indirecto representa “...el excedente del valor del patrimonio neto sobre el capital y las reservas que arrojan un balance anual regularmente aprobado...”.

Para algunos- Fernández Del Pozo, Fowler Newton- para que haya beneficio, el mismo”ha de ser real y puede proceder de operaciones internas o externas”⁶⁹.

⁶⁹ Ver FERNÁNDEZ DEL POZO Luis, Las reservas atípicas, las reservas del capital y de técnica contable en las sociedades mercantiles, pág. 67, Editorial Marcial Pons, Barcelona, 1999. Fernández del Pozo, manifiesta que según el “denominado enfoque de las transacciones u operativo, el resultado del ejercicio es la diferencia entre los ingresos y gastos que se originan como consecuencia de las transacciones internas y externas, las operaciones de intercambio de activos y pasivos con terceros o las que surjan como conversión de las partidas del activo dentro de las empresas. Y pág. 68. Según el mismo autor para el denominado enfoque de mantenimiento de capital “...el resultado surge de la comparación del activo neto al principio y al final del ejercicio excluidas las operaciones con los propietarios pero con reconocimiento de los ajustes necesarios para el mantenimiento del capital social. Esos ajustes en el resultado de la empresa tratan de aproximar el resultado de la empresa a algún modelo de renta económica. Dependen a su vez de qué se entienda por mantenimiento y conservación del capital...”, ejemplifica manifestando que si se postula el mantenimiento del capital financiero en pesetas corrientes no cabrá separarse del coste histórico, en cambio existieran posibilidades de desviación cuando se opte por el mantenimiento en pesetas constantes (ajuste al nivel de precios) o de capital físico (como en los modelos de coste de reposición o de sustitución de bienes).”FOWLER NEWTON, Enrique, t. I, pág. 119, Libro I Cuestiones Contables Fundamentales. Ed. La Ley Buenos Aires ,2008. Fowler Newton, nos manifiesta que los flujos de ingresos, gastos, ganancias y pérdidas pueden originarse en “...a) transacciones con terceros como la venta de mercaderías y servicios, b) hechos internos como la obtención de una cosecha, c) cambios de precios y otros hechos del contexto...”, y t. I, pág. 121, Libro I, de esta manera para la FASB “...el resultado abarcativo incluye todos los cambios en el patrimonio en un período con excepción de los resultados de inversiones de los propietarios y distribuciones a ellos...” y t. I, pág. 122, Libro I, Incluye las diferencias de valores puestas en evidencia por ciertas revaluaciones que en un sistema no abarcativo serían diferidas hasta la concurrencia de ciertos hechos. Según este autor, se denomina ingresos a los aumentos de activos y disminuciones de pasivos originados en la producción o entrega de bienes, en la prestación de servicios o en otros hechos que hacen a la actividad principal del ente, y t. I, pág. 122. Por su parte el autor indicado considera que “...sería positivo que las FASB abandonase la idea de que existe un resultado neto que excluye los efectos de ciertas revaluaciones, pues ella está en conflicto con el concepto de ganancia que se basa en el mantenimiento del capital financiero...”. FOWLER NEWTON, Enrique, pág. 277, Libro VI, Diccionario de Contabilidad y Auditoría. La Ley, 2008. FOWLER NEWTON, Enrique, t. I, pág. 123, Libro I Cuestiones Contables Fundamentales. Ed. La Ley, Buenos Aires, 2008. Los ingresos provienen generalmente de venta de bienes y servicios; también de actividades internas. Por ejemplo, una empresa que tuviera una hilandería y una tejeduría. La empresa reconocería como mayor valor a su activo la diferencia entre producir los hilados y el que demandaría su adquisición a un tercero). Ingreso no es lo mismo que entrada de

Por el contrario para otros autores -Díaz Echegaray, Halperin, Myron Gordon y Gordon Shilling Law citado por Reyes Villamizar-debe ser real y debe proceder del exterior del patrimonio social y no de aportaciones de los socios, es decir de operaciones serias con terceros⁷⁰.

dinero (ejemplificando si se vende a plazo 1-1-11- debiéndose cancelar el 6-6-11-, se produce el ingreso en la contabilidad societaria, mientras que la entrada de dinero se hace efectiva al momento del pago. En las normas internacionales NIIF las ganancias se consideran un tipo de ingreso Para este autor, existe ganancia cuando hay un “...incremento del patrimonio causado por una operación o hecho que no genera ingresos y que no involucra una operación con los propietarios...”, FOWLER NEWTON, Enrique, pág. 277, Libro VI, Diccionario de Contabilidad y Auditoría. La Ley, 2008. Ganancia es para este autor sinónimo de beneficio, utilidad. FOWLER NEWTON, Enrique, Cuestiones Contables Fundamentales, pág. 123, Ed Macchi, 2001. El mismo autor manifiesta que ganancia es todo aumento de patrimonio que se origina en operaciones periféricas o incidentales o en otras transacciones, hechos o circunstancias que afectan a la entidad salvo las que resulten de ingresos o inversiones de los propietarios. FOWLER NEWTON, ENRIQUE, pág. 278, Libro VI, Diccionario de Contabilidad y Auditoría. La Ley, 2008. “...Ganancia de capital es la generada por la venta de un activo que no forma parte de las existencias tenidas para la venta...” Ganancia extraordinaria es cuando “...se cumplen las condiciones que caracterizan a las partidas como extraordinarias...”.

⁷⁰ Ver DÍAZ ECHEGARAY, José Luis, El Derecho a Participar en los Repartos de las Ganancias Sociales, pág. 29, Ed. Thomson-Aranzadi, Madrid, 2006. Sintetizando Díaz Echegaray indica que el concepto jurídico de beneficio puede caracterizarse como”... a) El exceso de los ingresos sobre los gastos o el excedente del valor del patrimonio neto sobre el capital y las reservas producidas, b) el beneficio al que se hace referencia es al del ejercicio, c) ha de ser real y debe proceder del exterior del patrimonio social y no de aportaciones de los socios, d) los beneficios son los que resultan del balance y cuentas de pérdidas y ganancias que han sido regularmente aprobados por la junta general. El beneficio surge jurídicamente como consecuencia de la aprobación de las cuentas anuales, e) El beneficio es una parte abstracta del patrimonio social, representado en el balance por una cifra. No consiste o representa la existencia de dinero efectivo, aunque se hable de beneficios líquidos...”. HALPERIN, Isaac “Sociedades Anónimas”, pág. 358, Ed. Depalma, 1975, Buenos Aires, “a) derivan del producto o ingresos de valores nuevos al patrimonio social. De ahí que no lo sean el rescate de acciones sociales por debajo de la par, o el aumento del haber por revaluación del activo (que es improcedente porque es una mera hipótesis, b) deriven de transacciones comerciales serias y consumadas, esto es de operaciones seguras, que no se hallen en estado de eventualidad. Deben fundarse en un cambio real de valores: comprar para ganar no significa haber ganado...” . REYES VILLAMIZAR, Francisco, Derecho Societario, t. I, pág. 378, Ed. Temis S.A., 2004, Bogotá, Colombia. “La utilidades netas se miden por la diferencia entre las sumas de activos adquiridos al

La normativa española sigue un sistema mixto el modelo de transacciones u operaciones con algunas modificaciones, basado en el principio de prudencia que defiende una concepción muy conservadora del mantenimiento del capital, con algunos supuestos excepcionales de revalorización.

Para Fernández Del Pozo “...la clasificación de una diferencia como ingreso o como reserva depende de una cuestión meramente convencional...”⁷¹. Similar sentido establece la Ley española 16/2007, de 4 de julio, de reforma y adaptación de la legislación mercantil en materia contable para su armonización internacional con base en la normativa de la Unión Europea ampliando los conceptos de la cuenta de pérdidas y ganancias definiendo que continua siendo el documento que, con carácter general, recoge los ingresos y gastos del ejercicio. No obstante, la principal novedad viene dada por el hecho de que, en el nuevo modelo contable, recogerá el registro de ciertos ingresos ocasionados por variaciones de valor derivadas de la aplicación del criterio del valor

suministrar mercaderías o servicios a clientes extraños a la empresa, por un lado y por otro la suma de activos entregados o consumidos en el curso de esas operaciones (...) Podría ser que la utilidad neta de una empresa indicase que el importe máximo que los propietarios podrían retirar de la empresa y consumir durante el periodo, permaneciendo la situación financiera igual al final del periodo que al principio. El contador usa el término utilidades o utilidad contable al referirse al aumento de capital contable resultando de operaciones del negocio...”.

⁷¹ Ver FERNÁNDEZ DEL POZO Luis, Las reservas atípicas, las reservas del capital y de técnica contable en las sociedades mercantiles, pág. 68, Ed. Marcial Pons, Barcelona, 1999, “...ejemplificando con el supuesto de venta de un inmueble a un tercero, cuando la sociedad tiene contabilizada la propiedad a valores de adquisición es decir sin actualizarla o la diferencia entre el costo de compra (es decir el valor por el cual se encuentra registrado en la contabilidad) y el precio de venta ingresa a la sociedad como beneficio del ejercicio. Asimismo ejemplifica que las diferencias positivas -por ejemplo de cambio de moneda extranjera- admiten en derecho comparado teóricamente hasta tres tratamientos contables diferentes...” Pueden ser considerados un ingreso diferido, un ingreso de ejercicio e imputación de la cuenta resultados del ejercicio en que afloran o inscribirse en una reserva especial...” y pág. 69. Continúa indicando el autor citado que por cuestiones contables “... es posible distinguir entre cuestiones de técnica contable que se dotan como consecuencia de ajustes sobre el neto patrimonial y reservas de técnicas contables debido a ajustes contables sobre elementos del activo/ pasivo patrimonial (las más típicas de éstas son las de revalorización)...”.

razonable que, cuando se cumplan las circunstancias previstas para ello, revertirán a la cuenta de pérdidas y ganancias⁷².

En este tópico nos encontramos con la primera diferencia sustancial, según nuestra concepción.. Estamos convencidos de que el beneficio para la sociedad puede provenir de operaciones serias con terceros o de operaciones internas. Ahora, cuando se habla del beneficio repartible, de lo que se debe entender por ganancia líquida y realizada, consideramos que se debe ajustar la expresión a “operaciones serias con terceros.” Daremos en los párrafos siguientes mayores precisiones sobre esta problemática.

IX. CUÁNDO UNA GANANCIA ES LÍQUIDA

Para algunos autores la ganancia es líquida cuando se han descontado todos los gastos que se generaron para producirla. Es neta. Sin importar

⁷²ARTICULO 1, Modificación del Código de Comercio. Apartado I. Sección II “De la Cuentas Anuales” Título III del libro I del Código de Comercio...artículo 35... 2. La cuenta de pérdidas y ganancias recogerá el resultado del ejercicio, separando debidamente los ingresos y los gastos imputables al mismo, y distinguiendo los resultados de explotación, de los que no lo sean. Figurarán de forma separada, al menos, el importe de la cifra de negocios, los consumos de existencias, los gastos de personal, las dotaciones a la amortización, las correcciones valorativas, las variaciones de valor derivadas de la aplicación del criterio del valor razonable, los ingresos y gastos financieros, las pérdidas y ganancias originadas en la enajenación de activos fijos y el gasto por impuesto sobre beneficios.. La cifra de negocios comprenderá los importes de la venta de los productos y de la prestación de servicios u otros ingresos correspondientes a las actividades ordinarias de la empresa, deducidas las bonificaciones y demás reducciones sobre las ventas así como el Impuesto sobre el Valor Añadido, y otros impuestos directamente relacionados con la mencionada cifra de negocios, que deban ser objeto de repercusión.3. El estado que muestre los cambios en el patrimonio neto tendrá dos partes. La primera reflejará exclusivamente los ingresos y gastos generados por la actividad de la empresa durante el ejercicio, distinguiendo entre los reconocidos en la cuenta de pérdidas y ganancias y los registrados directamente en el patrimonio neto. La segunda contendrá todos los movimientos habidos en el patrimonio neto, incluidos los procedentes de transacciones realizadas con los socios o propietarios de la empresa cuando actúen como tales. También se informará de los ajustes al patrimonio neto debidos a cambios en criterios contables y correcciones de errores.

estableciendo que debe existir un ingreso efectivo a la caja de la sociedad o parte⁷⁶

Nosotros coincidimos en que se debe considerar que las ganancias líquidas son las netas, descontados todos los gastos que se hubieran tenido para producirlos y las posibles disminuciones que podrían acontecer. Pero para algunos autores, para que haya ganancia líquida además debe haber liquidez: –flujo de caja- en la sociedad. Esta es una postulación sustancialmente distinta y que hace dificultoso a la luz de los diversos criterios, establecer qué se considera como ganancia líquida. Se debería analizar este concepto a la luz de diversos ángulos si es que se pretende encontrar parámetros firmes para determinar cuál es la verdadera naturaleza de la expresión “ganancia líquida”.

En nuestra opinión, al utilizarla se hace referencia a la ganancia del ejercicio. Es decir a los ingresos menos los egresos, descontados todos los

contexto inflacionario— la ganancia líquida se invierte en bienes que devenguen una renta adicional y/o que no estén expuestos a la inflación, ya sea en inversiones propiamente dichas, o en bienes de uso o bienes de cambio fácilmente liquidables, pues si se lo hiciera en bienes de uso deberían retenerse como reservas facultativas. Como sea, lo que es líquido se procura convertir rápidamente en activos ilíquidos...”. JUÁREZ, Laura, Derecho al dividendo, t. II, pág. 795, Derechos Patrimoniales, Ed. Ad Hoc, Buenos Aires, 2001. También debe existir un equilibrio entre el pasivo corriente y el activo corriente, es decir que la distribución no debe afectar patrimonialmente a la sociedad. AZOFRA VALENZUELA, Valentín “La decisión de distribuir dividendos en la gran empresa española. sus variantes determinantes. “...La liquidez de la empresa es quizás una de los factores más importante a considerar por su estrecha relación con las decisiones financieras de la empresa. Por lo que la decisión de dividendos se refiere parece lógico que cuando mayor sea la liquidez de la empresa mayor será su capacidad real para distribuir dividendos. Por contrato la necesidad de mantener un nivel mínimo de liquidez pudiera desaconsejar en determinados periodos el reparto de dividendos aun cuando los beneficios de la empresa sean elevados. El grado de endeudamiento y solvencia son factores relaciones con el anterior, pues cuanto mayor sea la capacidad de endeudamiento de la empresa mayor será s flexibilicen financiar. La disponibilidad de créditos o un mayor potencial e absorción e gastos financieros, debieran, en principio, condicionar positivamente la política de dividendos de la empresa...”. GRISPO, Jorge Daniel, Tratado sobre la ley de sociedades comerciales, t. I, pág. 781, Ed. Ad Hoc, Buenos Aires, 2005.

⁷⁶ VÍTOLO, Daniel Roque, Sociedades Comerciales, ley 19550, comentada, t. II, pág. 89, Ed. Rubinzal Culzoni, Buenos Aires, 2007.

gastos directos e indirectos que se hubieran tenido para producirlos. Coincidimos con Fushimi, que en la práctica las empresas no mantienen las ganancias del ejercicio inmovilizadas. Por ejemplo si una sociedad cerrara el ejercicio el 31 de diciembre de cada año, las utilidades no las mantendría doce meses en la caja o en el banco esperando que cerrara el ejercicio para distribuírseles a los accionistas.

Lo que en los hechos sucede, es que los directores, al menos si se comportaran como buenos hombres de negocios, procurarían que esas utilidades produjeran ingresos, los mejores que se pudiera obtener durante el lapso que mediara hasta el cierre el ejercicio. Lo dicho es algo que resulta propio del giro empresarial. Esto no significa que los directores no estén obligados, para satisfacer el interés de los accionistas a proveer lo que sea necesario para que se llegue a distribuir dividendos en condiciones razonables.

No se debe olvidar que el objeto del contrato social es la distribución de las ganancias entre los accionistas. Lograr tal cometido, debe ser propósito de los directores, evitando a la vez que se produzca una merma en el capital social. Si se postulara que no hay ganancia líquida sin que la misma tuviera liquidez -es decir dinero en la caja o banco- sería muy fácil para los administradores burlar la obligación de la ley que les impone distribuir las utilidades pasando todos los beneficios a bienes de difícil transferencia. Los mismos podrían bajo esta hipótesis llegar al momento del cierre del ejercicio sin que existiere dinero en caja, banco o moneda extranjera. Con el solo hecho de comprar bonos o acciones en la bolsa impedirían que hubiera liquidez.

O si se considerara que para que hubiera liquidez debiera estar el dinero en activo fácilmente liquidable, es decir activos líquidos, también podrían invertir las utilidades en mejoras en las plantas, en los edificios, en las habitaciones si fuera una explotación hotelera para con ello tener un fundamento para no distribuir las utilidades.

Teniendo en cuenta estas circunstancias, aunque parezca una redundancia contradictoria desde el punto de vista idiomático, opinamos que para que exista ganancia líquida no es necesario que exista liquidez,

es decir no es necesario que el dinero se encuentre en la sociedad en bienes líquidos.

Pero consideramos que sí es necesario que exista una expectativa de ingreso de dinero a la sociedad dentro de los doce meses de cerrado el ejercicio, es decir surgir de una operación con terceros respecto a la cual se hubiera percibido el pago o se que se debiera percibir dentro de del año de cerrado el ejercicio, plazo dentro del cual los administradores deben ejecutar la decisión social de distribución de dividendos.

X. CUÁNDO UNA GANANCIA ES REALIZADA

La doctrina se encuentra dividida, algunos consideran que para que haya ganancia realizada es suficiente el incremento en el patrimonio. Quienes sostienen esta postura dicen que existe ganancia realizada cuando hay operaciones de compra y venta de bienes y servicios a corto y a largo plazo y resultados producidos por el mero transcurso del tiempo, en los cuales la tenencia de ciertos bienes en el patrimonio representa el hecho generador de ganancia. En la medida que los bienes cumplieran estas condiciones, admiten la existencia de ganancia aunque no mediara transacción. **Así consideran que resultado del ejercicio es la diferencia entre los ingresos y gastos que se originan como consecuencia de las transacciones internas y externas, las operaciones de intercambios de activos y pasivos con terceros o las que surjan como conversión de las partidas de activos dentro de la empresa. Entre ellos se enrolan** Basile Sante, Lisdero, Fernández del Pozo, Fontini, Bocardí, Chapman y Chyrikins⁷⁷ y Fowler Newton -citados en el Capítulo III punto VIII- y la

⁷⁷ Ver BASILE SANTE Sebastián, citado por VERÓN, Alberto Víctor, Los balances, Tratado sobre Estados Contables, t. I, pág. 461, Ed. Errepar, Buenos Aires, 1971, FERNÁNDEZ DEL POZO, Luis, Las reservas atípicas, las reservas del capital y de técnica contable en las sociedades mercantiles, pág. 67, Ed. Marcial Pons, Barcelona, 1999. Para Fernández del Pozo, según el enfoque de las transacciones u operativo "...el resultado del ejercicio es la diferencia entre los ingresos y gastos que se originan como consecuencia de las transacciones internas y externas, las operaciones de intercambios de activos y pasivos con terceros o las que surjan como conversión de

legislación española 16/2007, del 4 de julio, de reforma y adaptación de la legislación mercantil en materia contable para su armonización internacional con base en la normativa de la Unión Europea.

las partidas de activos dentro de la empresa, fuera quedarían las variaciones en los valores que se originan como consecuencia de los cambios en la valoración del mercado o de las expectativas solamente..." y pág. 68, según el mismo autor, para el denominado enfoque de mantenimiento de capital, el resultado surge de la comparación del activo neto al principio y al final del ejercicio, excluidas las operaciones con los propietarios pero con reconocimiento en los ajustes necesarios para el mantenimiento del capital. Estos ajustes en el resultado de la empresa tratan de aproximar el resultado contable a algún modelo de renta económica. "... La normalización contable sigue el sistema mixto: se sigue el modelo o enfoque denominado de transacciones u operativo con algunas desviaciones..." FOWLER NEWTON, Enrique, Cuestiones Contables Fundamentales, pág. 121, Ed. Macchi, 2001. Fowler Newton define el resultado del período como "...los ingresos –menos los gastos + Ganancias–...". LISDERO, Arturo, citado por VERÓN, Alberto Víctor, Los balances, Tratado sobre Estados Contables, t. I, pág. 459, Ed. Errepar, Buenos Aires, 1971. Lisdero, citado por Verón, define a la ganancia realizada como "...aquella proporción del incremento patrimonial originada fundamentalmente por las actividades desarrolladas y por los hechos producidos o conocidos durante determinado período que se considere separable o consumible sin alterar el futuro de la empresa...", FONTINI, Hernando J. y otros citado VERÓN, Alberto Víctor, Los balances, Tratado sobre Estados Contables, t. I, pág. 460, Ed. Errepar, Buenos Aires, 1971. Para Fortini citado por Verón los "...criterios contables deberían orientarse a que en la medida de los resultados se segreguen los resultados de la actividad que pueden asignarle a los propietarios del ente (cambio de valor de ciertos bienes, interés del capital propio) estableciendo una razonables evaluación de los elementos integrantes del patrimonio (hecho que implica relegar el concepto de costo histórico) con lo que el concepto de ganancia más apropiado para medir la actividad es el que se define como la diferencia entre el valor de los productos y servicios vendidos y los costos de oportunidad de los correspondientes insumos, aunque en algunas situaciones, y al efecto de determinar los costos, la solución puede resultar en utilizar valores de reposición...", BOCARDI, CHAPMAN Y CHYRIKINS, citados por VERÓN, Alberto Víctor, Los balances, Tratado sobre Estados Contables, t. I, pág. 458, Ed. Errepar, Buenos Aires, 1971, la concepción del término ganancia debe conceptualizarse a través de dos enfoques "...uno estático donde el resultado se obtiene de dos magnitudes en un momento determinado de tiempo de manera que la diferencia del patrimonio neto entre un momento y otro es la ganancia, excluyendo las variaciones del capital y las afectaciones a las cuentas de ganancias no distribuidas. Y otro dinámico en donde el resultado se obtiene de la conjunción de dos corrientes contrarias que corresponden a un proceso de actividad corriente de la organización representando la ganancia el valor positivo residual que incrementa el patrimonio neto de una organización..."

Por el contrario otros autores consideran que para que haya **ganancia realizada debe haber nuevos ingresos que estén representados en un incremento del patrimonio neto. Descartan toda ganancia conocida como exclusivamente contable (revalúo, actualizaciones monetarias, correcciones y cambios de valores de ciertos bienes)**. En este sentido se indica que la Ganancia Realizada tiene su origen en ingresos, encontrándose representada por un incremento neto del patrimonio neto, irrevocable, equivalente con la ganancia neta, asignada a un período de tiempo, determinada por evidencias verificables, ponderado mediante unidad de medida homogénea, que surja de operaciones serias con terceros, es decir operaciones externas. Entre otros se enrolan Susinni, Grispo, Halperín, Megna, Carlino, Rodríguez Peluffo, Casinelli y Garriges, Juárez, Richard, Fushimi, Roitman, Bertora citado por Megna, la ley española de 1951 citada por Megna, Verón y Zaldivar⁷⁸ y Díaz Echegaray,

⁷⁸ Ver JUÁREZ Laura, Derecho al dividendo, t. II, pág. 795, Derechos Patrimoniales, Ed. Ad Hoc, Buenos Aires, 2001. SUSSINI, Miguel, Los dividendos, pág. 111, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1951. Sussini considera que para que haya ganancia deben existir ingresos de valores nuevos al patrimonio social y que las operaciones deben representar transacciones comerciales serias. De ahí que no sean el rescate de acciones por debajo de la par o el aumento del haber por revaluación de activo. En el mismo sentido en la pág. 358 y pág. 225, con el mismo criterio SUSSINI manifiesta que "...las valorizaciones de los activos en la determinación del quantum de la utilidad distribuable, implicaría tanto como conformarse con utilidad esperada. La plusvalía puede considerarse como una utilidad futura pero dista mucho de ser considerada como una utilidad cierta y actual...". HALPERÍN, Isaac, Curso de derecho Comercial, Vol. III, pág. 292, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1977. Halperín considera que deben provenir de transacciones comerciales serias y consumadas. MEGNA, Pedro, Régimen de Distribución de Utilidades en la ley 19550, pág. 164, RDCO, Buenos Aires, 1974. La ley española indica que "...solo podrá pagarse dividendos en razón de beneficios realmente obtenidos o de reservas expresas, de efectivos, de libre disposición, siempre que el valor del activo no sea inferior al capital social ...", la doctrina indica que "...a) el capital debe quedar intacto, o sea que el beneficio sea real y no ficticio, b) que el beneficio provenga de rendimiento no siendo suficiente las revalorizaciones del activo para corregir los efectos de la revalorización monetaria, porque lo que se reparte es el propio capital y no su rendimiento...". GARRIGES, Joaquín; URÍA, Jorge, Comentario a la ley de Sociedades Anónimas, t. II, tercera Ed Revisada, Corregida y puesta al día por MÉNDEZ, Aurelio y OLIVERA, Manuel, pág. 459, Madrid, 1976. En el mismo sentido Garriges manifiesta que "...no pueden considerarse como beneficio las plusvalías del activo no realizadas ya que en ellas falta el requisito de tratarse de un beneficio realmente obtenido...". En el mismo sentido en la pág. 459

"...antes de ser realizadas las plusvalías no constituyen más que una esperanza de beneficio y por tanto de carácter eventual e incierto..." considera que "...no pueden ser considerados beneficios las plusvalías del activo no realizadas ya que en ellas falta el requisito de tratarse de un beneficio realmente obtenido...", CASINELLI, Hernán Pablo, Contabilidad para Usuarios Externos, pág. 91, Ed Aplicación Tributaria S.A., Buenos Aires, 2008, Casinelli mantiene esta afirmación al manifestar que "...optar por un modelo de valuación a valores corrientes implicaría reconocer resultados en forma anticipada..." CARLINO, Bernardo P. "Distribución de utilidades. Sociedades cerradas LA LEY 04/01/2010 1 • LA LEY 2010-A, 866 • Enfoques 2010 (febrero), pág. 57, Buenos Aires 2010. RODRÍGUEZ, PELUFFO, Damián, LA LEY 16/04/2010, 1 • LA LEY 2010-B, 1254 • Normas Contables Internacionales Rodríguez Peluffo, analiza el problema desde el punto de vista contable, un aspecto novedoso que ciertamente tendrá implicancias jurídicas es el concepto de los "otros resultados integrales", conocido en inglés como "other comprehensive income". Se trata de ciertos resultados que mientras antes pasaban por el Estado de Resultados, deberán imputarse ahora directamente a rubros específicos del patrimonio neto y mantenerse en dichos rubros hasta que por aplicación de las citadas normas deban imputarse al estado de resultados o excluirse del patrimonio neto. Son ejemplos de dichas partidas: las revaluaciones de propiedades, plantas, equipos e intangibles, ganancias o pérdidas actuariales acumuladas por planes de pensión, diferencias de cambio acumuladas originadas en la conversión de estados financieros, ganancias o pérdidas acumuladas generadas por instrumentos financieros derivados (por la porción efectiva de coberturas de flujos de efectivo), ciertos cambios acumulados en el valor razonable de los activos financieros disponibles para la venta, etc. Estos "resultados integrales" no podrán ser distribuidos, capitalizados, ni destinados a absorber pérdidas acumuladas, pero podrán ser computados como parte de los resultados acumulados a los fines de los Art.s 31, 32 y 206, de la ley 19.550 (t.o. 1984) (Adla, XLIV-B, 1319) ("LS"). FUSCHIMI, Jorge; RICHARD, Efraín H., Resultados no asignados en la ley de sociedades, pág. 839, LA LEY 2010-B, Buenos Aires 2010. En el mismo sentido Fuschimi manifiesta que "...las ganancias —en realidad los incrementos patrimoniales— pueden reflejarse en otras cuentas que no sean líquidas, como sería —por ejemplo— el incremento del plantel de hacienda por parición. Esa ganancia debe ser reflejada en el estado de resultados, y sin embargo no es líquida... (hay ganancias o incrementos patrimoniales) que por su naturaleza no pueden distribuirse (por ejemplo los provenientes de revalorización del valor de la mercadería por inflación [resultados por tenencia de activos no monetarios expuestos a la inflación], o por provenir del revalúo técnico de bienes). Convengamos que estas ganancias adolecen del mismo problema que el anterior: no son ganancias líquidas, son incrementos patrimoniales alcanzados por el sistema impositivo, pero no ganancias líquidas y realizadas y por tanto no distribuibles...". GRISPO, Jorge Daniel, Tratado sobre la ley de sociedades comerciales, t. I, pág. 781, Ed. Ad Hoc, Buenos Aires, 2005. ZALDÍVAR, Enrique, Cuadernos de Derecho Societario, t. I, pág. 366, Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1978. VERÓN, Alberto Víctor, Sociedades Comerciales, t. I, pág. 698, Ed. Astrea, Buenos Aires, 1982. ROITMAN Horacio, Ley de Sociedades

Halperin, Myron Gordon y Gordon Shilling Law citado por Reyes Villamizar, tratados en este capítulo tema VIII (nota 313). Es de resaltar que Verón y Fowler Newton, si bien en algunos Art.s parecen enrolarse en la primer teoría, en otros escritos y publicaciones consideran o dan lugar a pensar que optan por esta segunda corriente doctrinaria, afirmando que para que haya ganancias liquidas y realizadas distribuibles, es decir beneficios distribuibles, deben provenir de operaciones serias con terceros⁷⁹. A todo ello debemos adicionarle, como lo manifestamos en el

Comerciales Comentada, t. II, pág. 105, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2006.

⁷⁹ Ver VERÓN, Alberto Víctor, Los balances, Tratado sobre Estados Contables, t. I, pág. 465, Ed. Errepar, 1971. Resumiendo, Verón define a la ganancia realizada cuando: "...a) Para su determinación se han empleado datos objetivamente determinados, no debe existir subordinación a eventualidad alguna, b) debe llevar implícito el concepto de irrevocabilidad, c) se hubieran descostado todos los costos para producirlo, d) Excluye toda aquella conocida como ganancia puramente contable, revalúo, actualizaciones o correcciones monetarias, y cambios en el valor de ciertos bienes, e) excluye ganancias futuras, f) se originan en ingresos que producen incremento del patrimonio neto, g) el incremento patrimonial es susceptible de asignarse a un periodo de tiempo..." FOWLER NEWTON, Enrique, t. I, pág. 36, Libro III, Contabilidad Superior. FOWLER NEWTON, Enrique, Cuestiones Contables Fundamentales, pág. 358, Ed Macchi, 2001. En el mismo sentido se enrola Fowler Newton considerando que "...un resultado está realizado cuando proviene de transacciones con terceros. Todos los resultados realizados están devengados, pero no todos los resultados devengados están realizados...". FOWLER NEWTON, Enrique, Cuestiones Contables Fundamentales, pág. 357, Ed Macchi, 2001. En este sentido el autor manifiesta que "...un resultado está realizado cuando proviene de transacciones con terceros, cosa que sucede cuando la operación que lo origina queda perfeccionada desde el punto de vista de la legislación o prácticas comerciales aplicables...". Como ejemplo establece el siguiente. "...Supongamos que en el primer ejercicio la sociedad adquiere bienes de fácil comercialización a un costo de pesos 350, al cierre del ejercicio los bienes permanecen en el activo y tienen un valor neto de realización de pesos 354, en el ejercicio dos, la empresa vende los bienes y obtenemos un costo neto de realización de pesos 360, no hay inflación, en una contabilidad que reconozca las variaciones de los VC (valores corrientes) de estos activos, se computarán estas ganancias por la tenencia de los bienes: a) En el ejercicio uno $354-350=4$, en el ejercicio dos $360-354=6$ la ganancia del ejercicio uno se realiza en el ejercicio dos. En una contabilidad basada estrictamente en los costos históricos, toda la ganancia (\$10) se imputa al ejercicio dos pues es en éste en el que se realizan los activos...". Dice el autor referenciado que "...en un modelo contable que se base en las mediciones históricas y que no reconozca resultados por actividades internas o por cambios en los VC (valor corriente), los resultados devengados deberían coincidir con los realizados, en otros modelos, contabilización de los resultados se basa en el

capítulo II, tema que la resolución técnica número uno de la FACPE admitía las ganancias diferidas, como aquellos resultados que de acuerdo a prácticas arraigadas no se incluían en las ganancias del periodo, por considerarse que aún le faltaba un requisito para su concreción, **por ejemplo las ganancias de moneda extranjera**, que en la actualidad aparecen expuestas en los estados contables como ganancias liquidas y realizadas.

Analizando las primeras definiciones referidas, se advierte que existe una discrepancia importante entre ellas. Mientras que para los primeros autores debe existir solamente un incremento en el patrimonio neto para que exista ganancia realizada, para los segundos dicho incremento debe tener su origen en ingresos de valores nuevos o transacciones, operaciones con terceros. La conclusión sería, -según este enfoque final- que no todo incremento en el patrimonio puede ser calificado de ganancia realizada.

Nuestro sistema contable sigue el sistema de lo devengado con un progresivo abandono de los modelos contables basados exclusivamente en los costos históricos. Consideramos que resulta conveniente que los estados de resultados distingan los resultados realizados de los no realizados. Se debe diferenciar la **contabilización de los resultados de las posibilidades de distribución**. Realizar esta diferenciación constituye un paso esencial al momento de determinar si existen o no ganancias liquidas y realizadas que legalmente se puedan distribuir a los accionistas. Volveremos en el punto XII de este trabajo.

A todas estas diferencias y consideraciones, debemos agregarle los efectos de la pérdida del valor de información de los estados contables en economías inflacionarias, -como suele suceder en muchos países iberoamericanos en los cuales se suele superar los dos dígitos anuales-. No existe consenso en el modo de actualizar los estados contables como

devengamiento aunque no exista realización...". FOWLER NEWTON, Enrique, Contabilidad Superior, t. I, pág. 36, Ed. La Ley.

consecuencia de la inflación⁸⁰. Si es admisible que en estos casos, la contabilidad se elabore como si el valor de la moneda se mantuviese inalterable, como si los bienes no sufrieran variaciones de valuación, no siendo repartidas las utilidades por inflación⁸¹.

Creemos que la locución bajo análisis, o sea, la de “ganancia realizada” no ha sido interpretada en el mismo sentido. Por tanto, resulta equívoca y en los hechos ha dado lugar a que se distribuyan –invocando la existencia de ganancias líquidas- sumas que en realidad no correspondía distribuir.

En nuestra opinión se debe diferenciar el concepto de beneficio, frente al de ganancia líquida y realizada. **Postulamos que en sentido amplio, es Beneficio para la sociedad y por ende distribuible en algún momento para los socios, todo incremento patrimonial resultante de operaciones con terceros o actividades internas. Pero no todo beneficio se puede calificar como ganancia realizada. Sólo se configura la misma-ganancia realizada-si existe un incremento patrimonial resultante de operaciones serias con terceros.** Estamos convencidos de que esta diferenciación se debe profundizar analizando las normas contables y las jurídicas. De lo contrario, se correrá el riesgo de distribuir a los socios, dinero que la sociedad todavía no haya hecho efectivo y que tampoco se hubiera devengado.

⁸⁰ FERNÁNDEZ DEL POZO, Luis, Las reservas atípicas, las reservas del capital y de técnica contable en las sociedades mercantiles, pág. 298. Ed. Marcial Pons. Barcelona, 1999. Este autor, cita también a A. Tunc, en su obra *Le droit americaine des sociétés anonymes, Collection Études Juridiques Comparatives*, 1985, pág. 53. En el derecho español, según Fernández del Pozo: se ha resaltado que “...la función de garantía del capital se degrada por efecto de la agresión monetaria, producida como consecuencia de la inflación, cuando la inflación se estabiliza entre el 10 por 100 anual el capital pierde en términos reales en torno a sus cuartas quintas partes del valor nominal en el corto término de quince años”.

⁸¹ REYES VILLAMIZAR, Francisco, Derecho Societario”, t. I, pág. 380, Ed. Temis S.A., 2004, Bogotá, Colombia. “Asimismo es pertinente señalar que las utilidades por inflación no deben ser repartidas, éstas no son en estricto sentido utilidades sino más bien representan el resultado de los ajustes que ha de experimentar el patrimonio social por desvalorización de la moneda nacional...”.

Opinamos que en base a las normas contables y según los criterios actuales, pueden surgir estas diferencias. Podría suceder por ejemplo con las semillas que se encuentran en un silo, con los animales semovientes, con las mercaderías para la venta, respecto a los cuales podrían existir mayores valores, sólo a consecuencia de tener los bienes en el patrimonio. Lo mismo se podría dar respecto de un edificio que se hubiera construido, o de una explotación minera o de una industria que elaborara sus propias materias primas como podría ser una hilandería que fabricara la lana y las prendas terminadas. En estos casos surgiría un incremento patrimonial pero no una ganancia líquida y realizada. Por ello, nos parece que se debe diferenciar muy nítidamente en los estados contables lo que es incremento patrimonial de lo que se puede realmente calificar como “ganancias líquidas y realizadas,” a las cuales se refiere el art. 68 de la ley general de sociedades.

En períodos de inflación, es sabido que los valores del activo y del pasivo no se encuentran estimados en base a parámetros reales. En estos casos, se compararían en los cuadros de resultados ingresos efectivizados al momento del cierre, a moneda actual, con costos de meses anteriores. Es decir que es habitual considerar ganancias realizadas, montos o sumas de dinero, que calculados teniendo en consideración el costo actual de la producción de los mismos elementos, no se considerarían tales. Esto sucede porque los menores costos del consumo de mercaderías permiten mayores costos de ventas cuando los stocks se valoran a precio de adquisición. Obrando así, la inflación impide a las empresas conocer sus costes reales de producción y formalmente genera la apariencia de beneficios pero como se indica, es sobre bases incorrectas que reflejan resultados inexactos. De esta forma se puede concluir con firmeza que la depreciación monetaria eleva artificiosamente los beneficios repartibles, “mostrando” beneficios ficticios por diferencia entre los reales y los puramente nominales o contables, situación que también se produce en momento no inflacionarios, aunque de manera menos ostensible.

Estamos convencidos que si no respetamos esta diferenciación en el momento de la distribución de las ganancias a los accionistas o socios,

reduciendo las mismas a aquellas que surjan de operaciones serias con terceros, estaríamos distribuyendo anticipadamente el patrimonio social y llevaríamos inexorablemente a la sociedad a la infrapatrimonialización y por ende a un inevitable proceso de reducción de sus capacidades comerciales y empresariales, perjudicando a los terceros entre ellos los acreedores, los empleados y demás sujetos vinculados al giro empresarial. Asimismo, expondríamos a los administradores a posibles acciones de responsabilidad por infracapitalización-infrapatrimonialización societaria.

XI. CONCEPTO CONTABLE DE RESULTADO DE UN PERÍODO:

Conforme con las normas contables vigentes en la Argentina, se podría sostener que el **resultado de un período** surge de las variaciones del patrimonio de un ente. Las mismas, pueden responder a dos grandes causas: (así se exponen en el estado de evolución del patrimonio neto):

a) **Transacciones con propietarios** (aportes/retiros).

b) **Resultados**: los cuales a su vez, podrán ser generados por:

b.1) **Transacciones con terceros** (Por ejemplo la venta de mercaderías, a través de la cual se genera una utilidad bruta por ventas, comparando el valor de venta con el valor contable del bien).

b.2) **Otros hechos**. Por ejemplo: a) **los cambios en los valores de los bienes** (Si hubiera costado \$ 1000, pero para reponerlo hoy costara \$ 1500. La diferencia de \$500 sería una ganancia proveniente de un hecho objetivamente medible, pero que no es una transacción con terceros, y daría lugar al reconocimiento de un resultado por tenencia. (En otros rubros este resultado recibiría otras denominaciones. Así, respecto a la moneda extranjera se hablaría de diferencia de cambio. Para acciones con cotización, hablaríamos de diferencia de cotización).-

b.3.) **Crecimiento natural**: Esto es característico de empresas agropecuarias, el incremento de valor de los activos está vinculado con un proceso de crecimiento natural y no a partir de la acumulación de costos.

Los bienes que se generan (cereales; ganado en pie) se valúan a su valor neto de realización, porque existe para ellos un mercado con precio definido, capaz de absorber lo que la sociedad tiene para vender y fundamentalmente porque no existe esfuerzo de venta. El esfuerzo ganancial no está en la venta sino en el crecimiento natural a partir del proceso de siembra o cría.

De lo expuesto, sostenemos que el resultado de un período, en base a las normas contables, se debería entender como la variación operada en el patrimonio de un ente a lo largo de ese período y no generada por transacciones con los propietarios, ni resultar el incremento patrimonial por valorización o por etapas que el proceso productivo implica, como por ejemplo el desarrollo de los cultivos. Lo que caracteriza a esto, es que no hay transacciones con terceros. Por ello, consideramos que no toda valorización se debe considerar una Ganancia Repartible.

XII. NUESTRA CONTABILIDAD SIGUE EL CRITERIO DE LO DEVENGADO

Conforme la normativa contable vigente, las ganancias deben surgir de un estado de resultados re-expresado en moneda de cierre, de acuerdo a la metodología establecida para los resultados por exposición a la inflación y para los resultados financieros y por tenencia. (art.62 último párrafo)⁸².

Los autores -Fowler Newton, Martorel, Veron- manifiestan que las variaciones patrimoniales se deben contabilizar en el período que se generaron sin considerar si han afectado los fondos del ente (concepto de devengamiento)⁸³. **Atento ello, las variaciones patrimoniales que se**

⁸² VERÓN, Alberto Víctor, Los balances, Tratado sobre Estados Contables, t. I, pág. 462, Ed. Errepar, Buenos Aires, 1971.

⁸³ FOWLER NEWTON, Enrique, t. I, pág. 36, Libro III Contabilidad Superior, La ley, Buenos Aires, 2008. FOWLER NEWTON, Enrique, pág. 88, Libro II, Contabilidad Básica, La Ley, Buenos Aires, 2008, VERÓN, Alberto Víctor, Sociedades

deben considerar para establecer el resultado económico de una empresa, son aquellas que competen a un ejercicio sin entrar a considerar si se han cobrado o pagado cuando la operación que los origina queda perfeccionada desde el punto de vista de la legislación o prácticas comerciales aplicables y si se han ponderado fundadamente todos los riesgos inherentes a la operación...⁸⁴. **De esta forma se debe considerar que a los fines de nuestro análisis, el vocablo “ingreso” no representa lo mismo que la expresión “entrada de dinero.”** Podrían existir operaciones serias y concretas en las cuales el pago aún no se hubiera efectivizado⁸⁵.

Los ingresos y las ganancias se deben imputar al período en que se produce su **devengamiento** esto es: se deben imputar al período en el cual se produjo la **variación patrimonial que generó el resultado** sin importar si se encuentra pagado o cobrado, entonces, resulta necesario definir el período en el que se produjo la variación patrimonial en cuestión.

Regla general de imputación: los ingresos y ganancias susceptibles de **medición objetiva** deberían ser imputados (asignados) a los períodos en los cuales se produjera el **hecho sustancial** que los generara.

En el caso de la venta de un bien de cambio, el hecho generador es la venta, en el caso de los resultados por tenencia, el hecho generador es el cambio en el valor del bien en la medida que sea de medición objetiva.

El concepto de devengado es la base para el reconocimiento de

Comerciales, t. I, pág. 543, Ed. Astrea, Buenos Aires, 1982. MARTORELL, Ernesto, Tratado de derecho Comercial, t. VI, pág. 485, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2011. 13/05/1982 • Vassalli, S. A., Roque c. Gobierno nacional -D. G. I. • LA LEY 1982-D, 399 - IMP 982-I, 1865 • AR/JUR/2999/1982. Tribunal Fiscal de la Nación, sala A • 29/04/2004 • Ecohabitat S.A. •, La Ley Online; La Corte Suprema de Justicia de la Nación ha manifestado que en cada período fiscal se deben computar los ingresos y gastos reales que estrictamente correspondan a cada año conforme al concepto de lo devengado y con prescindencia del ejercicio en que se contabilizaron. VERÓN, Alberto Víctor, Sociedades Comerciales, t. I, pág. 601, Ed Astrea, Buenos Aires, 1982.

⁸⁴ VERÓN, Alberto Víctor, Sociedades Comerciales, t. I, pág. 543, Ed. Astrea, Buenos Aires, 1982.

⁸⁵ FOWLER NEWTON, Enrique, Cuestiones Contables Fundamentales, pág. 123, Ed. Macchi, Buenos Aires, 2001.

resultados desde el punto de vista contable, no necesariamente esos resultados se encuentran realizados si se entiende como realizados a aquellos que provienen de transacciones con terceros.

Compartimos lo manifestado -entre ellos Fuschimi y Fowler Newton- **que indican que ganancias devengadas no son ganancias realizadas y líquidas y las exigencias legales tributarias exigen que las ganancias se declaren por lo devengado, de manera que no todas las ganancias que exhibe el Estado de Resultados son distribuibles**⁸⁶.

Es importante destacar que muchas de las normas contables siguen el principio de la empresa en marcha, por ejemplo las normas NIC n 1 del I.A.S.B. como alguna doctrina⁸⁷.

⁸⁶ FUSCHIMI, Jorge; RICHARD, Efraín H, Resultados no asignados en la ley de sociedades, pág. 839, LA LEY, 2010-B, Buenos Aires, 2010. Fuschimi ha escrito un extenso trabajo sobre este tema, afirmando que "...ganancias devengadas no son ganancias realizadas y líquidas y las exigencias legales tributarias exigen que las ganancias se declaren por lo devengado, de manera que no todas las ganancias que exhibe el Estado de Resultados son distribuibles (sea por no estar realizadas, sea por no ser líquidas)...". FOWLER NEWTON, Enrique, Cuestiones Contables Fundamentales, pág. 357, Ed Macchi, Buenos Aires, 2001, "...en un modelo contable que se base en las mediciones históricas y que no reconozca resultados por actividades internas o por cambios en los VC (valor corriente), los resultados devengados deberían coincidir con los realizados, en otros modelos, la contabilización de los resultados se basa en el devengamiento aunque no exista realización..." pág. 358, Ed. Macchi. Dice el autor referenciado que por el progresivo abandono de los modelos contables basados exclusivamente en los costos históricos, cabe esperar que el concepto de realización vaya desapareciendo en las codificaciones de NC (normas contables). Sin embargo, hay quienes consideran conveniente que los estados de resultados distingan los resultados realizados de lo no realizados. Dice este autor que en la Argentina "...la norma no se refiere a la contabilización de los resultados sino a su distribución, los organismos nacionales que fiscalizan las sociedades comerciales admiten (y en algunos casos exigen) el empleo de valores corrientes y la contabilización de ganancia por tenencia, los mismos organismos aceptan que la distribuciones de dividendos se basen en los resultados contabilizados, en consecuencia, dichos entes consideran que la expresión ganancia realizada debe ser leída como devengada, sin que parezca haber objeciones a esta interpretación. Por supuesto, sería conveniente que esta interpretación fuera convalidada para adaptarla a los tiempos corrientes..."

⁸⁷ CASINELLI, Hernán Pablo, Contabilidad para Usuarios Externos, pág. 73, Ed. Aplicación Tributaria S.A., Buenos Aires, 2008, manifiestan que de esta forma las normas NIC n 1 del I.A.S.B. "...al elaborar los estados financieros, la dirección evaluará la capacidad que tiene la entidad para seguir en funcionamiento. Los estados

XIII. RESERVAS OCULTAS

Éstas se originan por la aplicación del criterio contable de prudencia,⁸⁸ por la excesiva realización de provisiones por contingencias, por la subvaluación de bienes del activo. O excesiva valuación a algunos rubros del pasivo⁸⁹. Se daría un supuesto de lo expresado cuando **la sociedad**

financieros se elaborarán bajo hipótesis de empresa en funcionamiento, a menos que la dirección pretenda liquidar la entidad o cesar en su actividad o bien no exista otra alternativa más realista que proceder de alguna de estas formas. Cuando la dirección, al realizar esta evaluación sea consciente de las incertidumbres importantes, relativas a eventos o condiciones que puedan aportar dudas significativas sobre la posibilidad de que la entidad siga funcionando, tal hecho sea objeto de revelación explícita, junto con la hipótesis alternativa de que hayan sido elaboradas, así como las razones por las cuales la entidad no pueda ser considerada una empresa en funcionamiento. OLIVERA GARCÍA, Ricardo, No todo lo que brilla es oro, el derecho al dividendo y el compromiso con la estabilidad social, t. II, pág. 193, X Congreso Argentino de Derecho Societario y VI Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa, 2007, en el mismo sentido Olivera García manifiesta que la distribución de utilidades contables que reduzcan la capacidad operativa de la sociedad constituye una hipótesis de infracapitalización sobreviniente.

⁸⁸ FUSCHINI, Jorge Fernando, Las reservas ocultas, t. II, pág. 166, X Congreso Argentino de Derecho Societario y VI Congreso Iberoamericano de derecho societario y de la empresa. 2007.

⁸⁹ DE GREGORIO, Alfredo, Los balances de las sociedades anónimas, su régimen jurídico, Prólogo del autor a esta edición argentina Traducido de la segunda edición Italiana y anotado con Legislación Argentina por Francisco BÓBADIILLA y Julio H.CASSE, pág. 415, Ed. Depalma. Buenos Aires, 1950. FERNÁNDEZ DEL POZO, Luis, Las reservas atípicas, las reservas del capital y de técnica contable en las sociedades mercantiles, pág. 84, Ed. Marcial Pons, Barcelona, 1999. Fernández del Pozo en el derecho Español las clasifica como "...aquellas que no son expresas y traen causas de infravaloración del activo inscripto respecto del valor del mercado real, sobrevaluación del pasivo, la omisión del registro contable del activo o la inscripción en el pasivo de exigible no existente..." CABANELLAS DE LAS CUEVAS Guillermo, Derecho societario Contabilidad y Documentación Societaria, t. VII, pág. 372, Ed. Heliasta, Buenos Aires, 1999. Para Cabanellas "...resultan de la infravaloración del activo o la sobrevaluación del pasivo, pueden constituirse por múltiples fines: hacer frente a contingencias futuras, eludir impuestos, aumentar el poder de administración en detrimento de los socios. BUYATTI, Osmar D., El patrimonio neto en las sociedades comerciales, pág. 109, Ed. Librería, Buenos Aires, 1998.-Como ejemplo de reserva oculta podemos encontrar los casos de bienes

tuviera bienes en el activo o derechos por un valor inferior al del mercado⁹⁰. Otra causa de la aparición de reservas ocultas es la adopción de una política excesivamente conservadora de previsión de riesgos. La baja valuación de los bienes integrantes como la excesiva amortización⁹¹. **Las reservas ocultas, generan efectos nocivos para los accionistas porque no sólo quitan la posibilidad de distribuir dividendos sino que entre otras cosas, si figuraran como utilidades acumuladas y no repartidas, dificultaría que las acciones cotizaran al valor que realmente les correspondería tener**⁹². Otaegui manifiesta que algunos autores son partidarios de su constitución porque refuerzan el capital social agregando que se deben constituir en interés de los accionistas, por el contrario quienes oponen señalan que son un vehículo de fraude al fisco, a las acciones, se prestan para negocios de los directores y se encuentran implícitamente prohibidas en nuestra ley de sociedades generales en los Art.s 65, 66 y 70⁹³.

aportados en la constitución de la sociedad por un valor inferior al de plaza. VÍTOLO, Daniel Roque, Sociedades Comerciales, ley 19550 comentada, t. II, pág. 107, Ed. Rubinzal Culzoni, Buenos Aires, 2007.

⁹⁰ FERNÁNDEZ DEL POZO Luis, Las reservas atípicas, las reservas del capital y de técnica contable en las sociedades mercantiles, pág. 84. En la pág. 87, continúa diciendo Fernández del Pozo, que nos encontramos con reservas ocultas "...cuando la sociedad registra en el activo bienes o derechos por un valor inferior al del mercado, bien originariamente, o lo que es más frecuente, por circunstancias sobrevenidas tales como la depreciación de la valuta en circunstancias de inflación, la apreciación del bien o del derecho por las mismas circunstancias, recalificación del suelo, incremento de las sociedades participadas".

⁹¹ HALPERÍN, Isaac, OTAEGUI, Julio C. Sociedades Anónimas, pág. 593, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1998.

⁹² REYES VILLAMIZAR, Francisco, Derecho Societario, t. I pág. 390, Ed. Temis S.A., 2004, Bogotá, Colombia.

⁹³ HALPERÍN, Isaac, OTAEGUI, Julio C. Sociedades Anónimas, pág. 593, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1998. Conforme el maestro Otaegui hay "...partidarios de su constitución intencional porque refuerzan el capital social y las posibilidades de la sociedad para llevar exitosamente adelante a la empresa, aunque sacrifique los intereses de los accionistas actuales. FERNÁNDEZ DEL POZO Luis, Las reservas atípicas, las reservas del capital y de técnica contable en las sociedades mercantiles, pág. 84, Ed. Marcial Pons, Barcelona, 1999. Conforme Fernández del Pozo, de manera excepcional en el viejo Código de Obligaciones Suizo se permiten las reservas ocultas

Son consideradas ilegales por Grispo Cabanellas de las Cuevas, Halperin y por Odriozola, encontrándose Fuschimi y Dasso en una postura intermedia⁹⁴. Por último, Fernández del Pozo indica que la categoría de reserva oculta debe desaparecer del derecho contable, porque sólo se pueden considerar reservas las expresas, las que no figuran en el balance no pueden ser consideradas como tales⁹⁵.

Creemos en este tema que se pueden dar dos posibilidades; o existen elementos para constituir reservas y por lo tanto se confeccionan las mismas expresadas de esa manera en los estados contables, o dichos elementos no se encuentran y por ende no se constituyen reservas. De esta forma, desaprobamos la constitución de reservas ocultas.

Sobre este tema debe haber reglas claras y concretas. En caso contrario, se admitiría que se disminuyeran ficticiamente los beneficios de la sociedad y como consecuencia de ello, las ganancias repartibles a los socios. De admitir las reservas ocultas aceptaríamos la conculcación de los derechos de los accionistas.

adicionales "... en la medida en que su cuantía resulte justificada para asegurar de una manera estable, el crecimiento del negocio o el reparto constante de dividendos siempre que sea en interés de los accionistas".

⁹⁴ Ver ODRIOZOLA, Carlos S., "Estudio de Derecho Societario, pág. 52, Ed. Cangallo S.A., Buenos Aires, 1971. FUSCHINI, Jorge Fernando, Las reservas ocultas, t. II, pág. 166, X Congreso Argentino de Derecho Societario y VI Congreso Iberoamericano de derecho societario y de la empresa, 2007. HALPERIN, Isaac, Sociedades Anónimas, pág. 362, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1975. CABANELLAS DE LAS CUEVAS, Guillermo, El contrato de sociedad, t. VII, pág. 373, Ed. Heliasta S.R.L. Buenos Aires, 1994.

⁹⁵ FERNÁNDEZ DEL POZO, Luis, Las reservas atípicas, las reservas del capital y de técnica contable en las sociedades mercantiles, pág. 85, Ed. Marcial Pons, Barcelona, 1999. "...esta categoría debe ser considerada anacrónica y resulta de todo punto ignorada por las correspondientes leyes, siendo también abandonada por las Directivas de la Comunidad Económica Europea...".

XIV. RESERVAS CONTABLES:

Las reservas de la técnica contable se pueden diferenciar en el derecho español según Luis Fernández del Pozo en reservas de técnica contable, de capital amortizado, de revalorización y de cartera.

Las reservas de técnica contable surgen de un apunte o registro contable, no existiendo una contrapartida o incremento patrimonial en términos reales, sino que son consecuencia de las normas contables, especialmente de valorización.

Todas las reservas de técnicas contables consisten en ajustes en el neto patrimonial. Las mismas son ajustes sobre el patrimonio neto o sobre cuentas del activo o pasivo.

- a) Reservas contables que se dotan como consecuencia de una reducción de capital, las reservas por capital amortizado y por redondeo de capital. Las reservas de reducción de capital tienen su origen en supuestos de reducción y/o amortización de acciones existiendo una diferencia en más o menos positiva o negativa entre el valor nominal de reembolso y el contable de las acciones.⁹⁶ Para algunos autores se trataría de un negocio doble. Por un lado una reducción de capital social con restitución, más un consiguiente aporte para el capital de riesgo. Por el contrario otros autores como Fernández del Pozo consideran **"...que se trata de una operación de recalificación contable de las cuentas de neto patrimonial que se traduce en un cambio del correspondiente modo de vinculación..."**⁹⁷.
- b) Las reservas por redondeo de capital son aquellas que se producen cuando se cambia el valor de la moneda o en los países europeos cuando

⁹⁶ FERNÁNDEZ DEL POZO, Luis, Las reservas atípicas, las reservas del capital y de técnica contable en las sociedades mercantiles, pág. 209, Ed. Marcial Pons, Barcelona, 1999. Según Fernández Pozo "... las reservas que se dotan en ocasión de reducción de capital son verdaderas reservas de capital y no de beneficio...".

⁹⁷ FERNÁNDEZ DEL POZO, Luis, Las reservas atípicas, las reservas del capital y de técnica contable en las sociedades mercantiles, pág. 210, Ed. Marcial Pons, Barcelona, 1999.

se adecua el valor del capital social a la nueva moneda- euro- las variaciones son de centésimos.

c) Las reservas de revalorización tienen su razón de ser en aquellos modelos contables que integran o corrigen los efectos de la inflación. Como todos sabemos la necesidad de integrar la inflación en los modelos contables tiene su causa en la pérdida del valor significativo de los estados contables en los periodos de inestabilidad monetaria⁹⁸.

Las técnicas de reevaluación de los estados contables pueden ser diferentes, una de ellas es la actualización de valores contables (actualización de balances) reflejando en reserva de revalorización las variaciones contables.

Fuera de estas técnicas quedan las plusvalías originadas por elementos extraños a la inflación como cambio de destino de algunos bienes inmuebles, recalificación del suelo urbanizable, etc. Esto no lo analiza la técnica de actualización por inflaciones encontrándose sometido a otro tipo de reevaluación técnica.

XV. DIVIDENDOS ENCUBIERTOS

Es muy común que las sociedades cerradas o de familia no tengan rentabilidad, que finalizado el ejercicio los socios no se lleven dividendos o utilidades o que los mismos sean escasos. Estas circunstancias son desalentadoras para los socios. No es interesante participar en sociedades que no dan utilidades. Cuando esto sucede, es común que las sociedades no se disuelvan. Un factor que muchas veces desorienta a los socios es que se lleve la contabilidad de los ingresos y gastos sociales en forma

⁹⁸ FERNÁNDEZ, PIRLA, La ley de Regularización de Balances, Barcelona, Ariel 1963, pág. 20, citado por FERNÁNDEZ DEL POZO, Luis, Las reservas atípicas, las reservas del capital y de técnica contable en las sociedades mercantiles, pág. 268, Ed. Marcial Pons, Barcelona, 1999, manifiesta que "...toda la formulación contable reside en el postulado fundamental de la estabilidad monetaria. Cuando falla este presupuesto los estados contables pierden su valor representativo de la imagen fiel del patrimonio, de los resultados y de la realidad financiera. La contabilidad no puede aspirar a desempeñar su papel de información veraz...".

engañoso y que aunque el **beneficio neto y positivo realmente exista, fluya a los socios antes de su expresión en la contabilidad como resultado del ejercicio**⁹⁹.

La mentada situación se puede dar encubriendo atribuciones patrimoniales a los socios de diferentes formas, retribuciones en exceso al órgano de administración, pago por servicios inexistentes o sobrevaluados, compra de bienes de la sociedad a precios menores, venta de bienes de los socios a precios altos, gastos excesivos, captación de clientes, pago de bienes y servicios que la sociedad podría obtener de manera gratuita, utilización de los bienes de la sociedad sin compensarla, préstamos a excesivos intereses de algunos socios a la sociedad o de los administradores. En algunos casos la mejora no repercute en la contabilidad societaria, privando a la sociedad de la posibilidad de incrementar su patrimonio neto, en otros casos por el contrario, la sociedad sufre una efectiva disminución de su valor. En estos casos la repercusión negativa del patrimonio societario existe y es un elemento esencial del concepto de "dividendos encubiertos". Se podría presumir que cualquier favor económico del socio que se vincule al patrimonio social es un dividendo encubierto ante la inexistencia de acuerdo de los socios.

Esta problemática de los dividendos encubiertos, tiene un doble enfoque: fiscal y mercantil. Según Bago Oría, se entiende por dividendos encubiertos "**...toda ventaja susceptible de valoración patrimonial que el socio recibe de la sociedad al margen de un acuerdo formal adoptado en Junta que responde en apariencia a una causa justificada y autónoma...**"¹⁰⁰. Puede darse mediante los valores que se le asignan a las transferencias entre empresas del mismo grupo conocidos como "precios de transferencia", es decir mediante la apariencia de contratos

⁹⁹ Ver BAGO ORIA, Blanca, Dividendos Encubiertos y el reparto de Dividendos en Sociedades Anónimas y Limitadas, pág. 30, Ed Thomson Reuters, Pamplona, 2010. Según BAGO ORIA "...El beneficio neto y positivo realmente existe pero fluye a los socios antes de su expresión en la contabilidad como resultado del ejercicio y por lo tanto el saldo de la cuenta de pérdidas y ganancias no suele coincidir con la cifra real del beneficio de la explotación de la empresa...".

¹⁰⁰ BAGO ORIA, Blanca, Dividendos Encubiertos y el reparto de Dividendos en Sociedades Anónimas y Limitadas, pág. 40, Ed Thomson Reuters, Pamplona, 2010.

celebrados entre algunos socios o sujetos relacionados con determinados socios, con la sociedad¹⁰¹. En otros supuestos, "...la apariencia se podría reducir a una especial relación de hecho entre el socio y el patrimonio social, un "statu quo" conocido y tolerado por todos los socios o sólo por los interesados..."¹⁰², que permiten de alguna forma retirar dividendos sin cumplir con los requisitos legales, simulando otras formas, en estos casos por lo general existe una utilización de bienes sociales por parte de los socios¹⁰³. Duprat se refiere a esta situación hablando de salidas oportunistas de los accionistas mayoritarios¹⁰⁴.

No es correcto hablar de beneficio porque no existe resultado que pueda ser considerado tal que sea distribuible, ni decisión de los socios que apruebe su distribución. Alguna doctrina desde el punto de vista jurídico clasifica los dividendos encubiertos de acuerdo a su origen. Desde este enfoque, se los puede calificar de societarios o de contractuales. Los primeros se configuran cuando la sociedad beneficia al socio sin exigirle ninguna contraprestación directa. Por ejemplo algún abono de gastos particulares de un socio. Los segundos, o sea los contractuales, por el contrario tienen su origen en vinculaciones contractuales del socio con la sociedad, que se desarrollan en base a parámetros diferentes a los que se aplicarían según los usos comerciales

¹⁰¹ Ver BAGO ORÍA, Blanca, *Dividendos Encubiertos y el reparto de Dividendos en Sociedades Anónimas y Limitadas*, pág. 45, Ed Thomson Reuters, Pamplona, 2010. Como manifiesta Bago Oría "...en la mayoría de estas ocasiones la apariencia de legitimidad se creará mediante una simulación contractual..."

¹⁰² BAGO ORÍA, Blanca, *Dividendos Encubiertos y el reparto de Dividendos en Sociedades Anónimas y Limitadas*, pág. 45, Ed. Thomson Reuters, Pamplona, 2010.

¹⁰³ BAGO ORÍA, Blanca, *Dividendos Encubiertos y el reparto de Dividendos en Sociedades Anónimas y Limitadas*, pág. 46 y pág. 75, Ed Thomson Reuters, Pamplona, 2010, esta autora por el contrario expresa: "...siempre nos encontramos con dividendos encubiertos cuando la sociedad sufre un menoscabo patrimonial que favorece al socio sin que éste tenga que responder inmediatamente con alguna contraprestación, por ejemplo uso de bienes sociales por parte de los socios..."

¹⁰⁴ DUPRAT, Diego A. J. "Distribución de dividendos en las sociedades anónimas cerradas" LA LEY 01/06/2012, 1 • LA LEY 2012-C, 1160 I. Intereses, motivaciones e incentivos en la determinación de las políticas de distribución de dividendos.- II. El dilema de las políticas de dividendos.- III. Conclusiones.

normales. Una maniobra realizada en beneficio del socio. Los llamados dividendos encubiertos societarios resultarían de la aplicación de beneficios por lo que se deberían regir por las normas aplicables a los mismos. Los llamados dividendos encubiertos contractuales, serían ventajas atípicas que quedarían encuadradas dentro de la órbita correspondiente a la responsabilidad de los administradores.

Estos dividendos encubiertos pueden afectar los intereses de terceros (acreedores) y del fisco. Podría ser una forma de devolución de las aportaciones por parte de la sociedad a los socios, en detrimento de la garantía de los acreedores.

En la Ley General de Sociedades argentina, los dividendos encubiertos se encuentran prohibidos, como surge de los Art.s 1, 54, 59, 248, 251, 261 y 274, siendo pasibles de acciones de responsabilidad los administradores y de acciones de responsabilidad o de inoponibilidad los socios o controlantes que lo hicieron posible.

XVI. DERECHO AL DIVIDENDO. DERECHO COMPARADO

Una vez determinadas las utilidades líquidas y realizadas, los administradores convocan a asamblea para la aprobación de los estados contables y proponen a los accionistas el destino de estas utilidades, que pueden tener diferentes asignaciones, entre ellos la distribución de dividendos¹⁰⁵.

¹⁰⁵ Ver DÍAZ ECHEGARAY, José Luis, *El Derecho a Participar en los Repartos de las Ganancias Sociales*, pág. 72, Ed. Thomson-Aranzadi, Madrid, 2006. En relación con el concepto de aplicación de resultados se ha señalado por Fernández del Pozo citado por Díaz Echegaray que "a la vista del art 213 y 771.1. LSA podemos describir la aplicación de resultados como aquella decisión social, adoptada en mérito del correspondiente acuerdo de junta, sobre las diferentes asignaciones a realizar con cargo a los resultados obtenidos en el ejercicio y eventualmente, con cargo a otras pérdidas que integren la base del reparto..." , pág. 73. De esta forma se afirma que el derecho al beneficio "...garantiza al socio su participación en los resultados positivos obtenidos por la sociedad aunque no determina el cuándo por el contrario el derecho al dividendo acordado lo garantiza para reclamar la entrega de dividendo acordado por la junta, pero ninguna de las dos asegura la percepción periódica del dividendo..."

Por ello, mientras se puede afirmar que los resultados de la explotación ponen de manifiesto la existencia de beneficios, para que se produzca la adquisición de éstos por parte del socio, debe existir una resolución de la asamblea que decida su distribución como tal. En base a lo dicho, se puede aseverar que para la doctrina en general, los dividendos son la parte de los beneficios, -en nuestro derecho de las ganancias liquidadas y realizadas- que los socios resolvieron distribuir entre ellos en un período determinado¹⁰⁶. Aunque como veremos nosotros consideramos que la asamblea está aprobando su distribución al tratar los estados contables y omitir resolver sobre el destino de las ganancias liquidadas y realizadas.

En el derecho comparado existen diferentes posturas para atribuirle competencia a un órgano societario para resolver sobre la aplicación de los resultados. En el derecho anglo americano en general es el órgano de administración, en el derecho Alemán son los órganos de administración y vigilancia. En el derecho italiano, inglés, portugués y español, el órgano

pág. 77. La doctrina nacional y la española coinciden en la necesidad de Junta General o Asamblea para dar nacimiento al derecho, situación que se encuentra contemplada en el art. 68 de la L.D. Vicente Chullía pone de resalto también la, necesidad de que se trate de un beneficio repartible lo que recoge Messaguer al referirse a beneficio neto repartible "...ya que como en su lugar se analizará, no todos los beneficios son repartibles, lo que también recoge Messaguer al hablar de beneficio neto absoluto...", "...De ello se puede afirmar que el dividendo es la parte del beneficio social repartible que la junta decide distribuir entre los accionistas..."Ver ODRIOZOLA, Carlos S "Estudio de Derecho Societario, pág. 350, Ed. Cangallo S.A., Buenos Aires, 1971. REYES VILLAMIZAR, Francisco, Derecho Societario, t. I, pág. 396, Edit. Temis S.A. 2004, Bogotá, Colombia. HALPERIN, Isaac, Sociedades Anónimas, pág. 362, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1975. NISSEN, Ricardo A, Las sociedades Comerciales t. I, pág. 728, Ed. Astrea, Buenos Aires, 2010. VERÓN, Alberto Víctor, Sociedades Comerciales, t. I, pág. 704, Ed. Astrea, Buenos Aires, 1982. GRISPO, Jorge Daniel, Tratado sobre la ley de sociedades comerciales, t. I, pág. 790, Ed. Ad Hoc, Buenos Aires, 2005. ROITMAN, Horacio, Ley de Sociedades Comerciales Comentada, t. II, pág. 112, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2006.

¹⁰⁶ VÍTOLO, Daniel Roque, Sociedades Comerciales ley 19550 comentada, t. II, pág. 88, Ed Rubinzal Culzoni, Buenos Aires, 2007. SUSSINI, Miguel, Los dividendos, pág. 245, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1951.

de administración formula una propuesta sobre el destino de los resultados correspondiendo la decisión a los socios al igual que en nuestro derecho¹⁰⁷.

También se admite en la legislación y doctrina española -Fernández del Pozo, Muñoz, Sánchez Calero- destinar el beneficio a otros fines distintos que la distribución entre los socios, -por ejemplo a beneficencia-renunciando-estatutariamente- éstos al derecho a participar¹⁰⁸. Para Garo,

¹⁰⁷ DÍAZ ECHEGARAY, José Luis, El Derecho a Participar en los Repartos de las Ganancias Sociales, pág. 83, Ed. Thomson-Aranzadi, Madrid, 2006. En el derecho comparado existen diferentes posturas para atribuirle competencia a un órgano societario para resolver sobre la aplicación de los resultados: Para el derecho americano de los diferentes estados y el Model Business Corporation Act el único competente para decidir sobre la distribución de utilidades es el órgano de administración al considerar que es una cuestión que trata sobre la gestión ordinaria del negocio, b) En el derecho Alemán se atribuye la competencia a los órganos de administración y vigilancia., En el derecho alemán el AktG de 1965 concede a la sociedad mayores facultades en el reparto de utilidades estableciendo el art. 254 un test de razonabilidad donde posibilita destinar las utilidades a reservas en detrimento del reparto de dividendos. De esta forma otorga una protección al socio minoritario frente a maniobras disvaliosas del grupo mayoritario. En la, pág. 85...En el derecho Italiano se regula de forma similar al derecho español estableciendo en el "... art 2350 del Código Civil Italiano una norma similar al art 48.2.a) de la ley de sociedades española señalando que cada acción atribuye un derecho a una parte proporcional de los beneficios netos y del, patrimonio neto resultante de la liquidación salvo los derechos establecidos en favor de categorías especiales de acciones a tenor de Art.s precedentes y el 2433 establece que la asamblea que aprueba el balance deliberará sobre la distribución de los beneficios a los socios...", en la pág. 86, Asimismo en el derecho Francés se establece que "...después de la aprobación de las cuentas anuales y de la comprobación de la existencia de sumas repartibles, la asamblea general determinará la suma repartible a los socios bajo forma de dividendos..."

¹⁰⁸ Ver DÍAZ ECHEGARAY, José Luis, El Derecho a Participar en los Repartos de las Ganancias Sociales, pág. 59 y 74, Ed. Thomson-Aranzadi, Madrid, 2006. Citado a Sánchez Calero, La Determinación y la Distribución. En el derecho español la doctrina ha planteado si es posible destinar el beneficio a otros fines distintos que la distribución entre los socios. De esta forma se manifestó "... que es posible la existencia de sociedades anónimas que excluyan la distribución de beneficios entre los socios renunciando éstos al derecho a participar, pudiendo incluso emplearse los beneficios para fines, como la beneficencia, distintos a ser repartidos entre los socios" Citado a Muñoz Martín, El derecho al dividendo. En el mismo sentido se pronuncia Muñoz Martín quien manifiesta que los accionistas en las sociedades anónimas lucrativas pueden renunciar al derecho a los dividendos "... si así lo resuelven unánimemente" citando a Fernández del Pozo la aplicación de resultados. También cita a Fernández del Pozo quien considera la existencia de "... sólidos argumentos

siempre se debe mantener como fin primordial distribuir la mayor parte de beneficios a los socios¹⁰⁹.

Es importante destacar que algunos derechos como el alemán conceden a la sociedad mayores facultades en el reparto de utilidades, haciendo un test de razonabilidad que posibilite destinar las utilidades a reservas en detrimento del reparto de dividendos¹¹⁰. En algunas legislaciones propias del Derecho Anglo Americano y neozelandés, como refiere Ezequiel Manóvil, se obliga a la realización de un doble examen financiero, que combina un "net asset" o "balance sheet test", Un test similar se desprende tanto de la Canadá Business Corporation Act de 1985 (véase art. 42) cuanto de la New Zealand Companies Act de 1993. Más complejo es, por último, el sistema consagrado en la California General Corporation Law de 1976, que combina un "*earned surplus test*" con una particular versión del "*balance sheet test*"¹¹¹.

para defender la licitud de las cláusulas estatutarias que permiten acordar la aplicación de una fracción de los resultados a fines que trascienden los intereses de los socios..." en la pág. 60. En el Derecho español en ese sentido es importante la resolución del "...RDGRN del 22 de noviembre de 1991, donde se resalta que "PRIMERO: el presente recurso se debate sobre la inscripción de determinadas cláusulas de los estatutos de una sociedad anónima por la que se establece que "la sociedad destinará cada año una parte de sus beneficios a efectuar aportaciones o donaciones a las fundaciones promovidas por MAFRE. La cuantía de esta aportación se fijará por la junta general y no podrá exceder del 5 % del beneficio...".

¹⁰⁹ Ver GARO, Francisco J. Sociedades Comerciales, t. I, vol. I, pág. 318, La Facultad SRL Librería Editorial, Buenos Aires, 1949. Para Garo "...puede darse una parte a otro destino que no sea el de aumentar el patrimonio de los socios, por ejemplo para fines sociales o de beneficios, lo cual no desnaturaliza el carácter de sociedad comercial, siempre que el fin primordial sea distribuir la mayor parte de los utilidades a los socios.

¹¹⁰ DÍAZ ECHEGARAY, José Luis, El Derecho a Participar en los Repartos de las Ganancias Sociales, pág. 83, Ed. Thomson-Aranzadi, Madrid, 2006. En el derecho alemán el AktG de 1965 concede a la sociedad mayores facultades en el reparto de utilidades estableciendo el art. 254 un test de razonabilidad que posibilita destinar las utilidades a reservas, en detrimento del reparto de dividendos. Expresa que esta fórmula "... otorga al socio minoritario una notable protección en materia de reparto de dividendos frente a los acuerdos no justificados de la mayoría...".

¹¹¹ MANÓVIL, Ezequiel, El capital social en las sociedades anónimas. Un análisis económico. LA LEY 02/12/2009, 1 • LA LEY 2010-A, pág. 585, 1, Conforme Ezequiel Manóvil "...El Model Business Corporation Act estadounidense establece

En el **Derecho Australiano** se encuentra vigente la Corporations Act 2001 - SECT 254T, determinando: **(1) Una empresa no tiene que pagar un dividendo a menos que: (A) Los activos de la compañía superen sus pasivos inmediatamente antes de que se declare el dividendo y el exceso es suficiente para el pago del dividendo; y (B) el pago del dividendo es justo y razonable a los accionistas de la empresa en su conjunto; y (C) el pago del dividendo no perjudica sustancialmente la capacidad de la empresa para pagar a sus acreedores.** En dicho

un doble examen financiero, que combina un "net asset" o "balance sheet test" —según el cual la distribución no puede realizarse si como resultado de ella los activos sociales caerán por debajo de sus pasivos— con un "equity insolvency test", la sociedad debe estar y permanecer, después de la distribución propuesta, en condiciones de "afrentar sus deudas a medida que se tornen exigibles en el curso normal de los negocios" (MBCA, art. 6.40(c)). Un test similar se desprende tanto de la Canadá Business Corporation Act de 1985 (véase art. 42) cuanto de la New Zealand Companies Act de 1993, con el agregado, en este último caso, de que los directores que autorizan la distribución deben firmar un certificado que contenga las razones por las que consideran que el doble examen ha sido satisfecho (NZCA, art. 4). Más complejo es, por último, el sistema consagrado en la California General Corporation Law de 1976, que combina un "earned surplus test" con una particular versión del "balance sheet test", del que deben resultar activos no inferiores a 1.25 veces el pasivo exigible (CGCL, art. 500). Las diferencias entre los distintos regímenes referidos demuestran que el enfoque alternativo bajo análisis no está exento de dificultades. Por ejemplo, la decisión de complementar o no el "solvency test" con un "balance sheet test" requiere la previa consideración de argumentos de peso en ambas direcciones. Por un lado, el doble test garantiza una disciplina adicional para el administrador, que debe fundar su propuesta de distribución en razones legítimas. Por el otro, dado su vínculo con datos históricos reflejados en el balance, el "balance sheet test" peca de inflexible: un superávit en el balance no implica necesariamente que sería prudente para la sociedad proceder a la distribución de ese quantum, ni tampoco que ese sea el máximo que sería prudente distribuir. En efecto, la aplicación mecánica de un "balance sheet test" no toma en cuenta la calidad de los activos y pasivos sociales, su volatilidad, las expectativas del mercado, el cash flow, ni muchos otros indicadores de la real situación financiera de la empresa. Acaso, para preservar el énfasis en la solvencia de la sociedad sin perder las ventajas de un parámetro cierto que prevenga la excesiva discrecionalidad del directorio, lo mejor sería que los administradores sociales elaboren y publiquen un certificado de solvencia que, fundado en las expectativas futuras de cumplimiento de las obligaciones sociales, tenga también en cuenta los estados contables de la sociedad, de manera tal que la conclusión de que la sociedad es solvente a pesar de que los estados contables arrojan un resultado deficitario requeriría una justificación específica de por qué ello no altera dicha conclusión...".

derecho los activos y pasivos deben ser calculados, de acuerdo con las normas contables en vigor en el momento de los hechos. Se encuentra en proceso de discusión un proyecto de reforma-enmienda de la legislación de Sociedades (de desregulación y otras medidas) Bill 2014. El proyecto de ley propone sustituir la prueba de los activos netos existentes para el pago de dividendos con una prueba de solvencia pura. La nueva sección 254T propone distinguir entre la declaración y la determinación de un dividendo. Se prevé que la fecha pertinente para determinar la solvencia de una empresa cuando se declara un dividendo es la fecha de pago¹¹².

En el **derecho Suizo se otorga al socio minoritario protección, limitando expresamente las facultades de la asamblea en relación con el acuerdo de destinar a reservas voluntarias los resultados del ejercicio, estableciendo un test de razonabilidad similar al del derecho alemán**¹¹³. En el **Portugués** la obligación de distribuir la mitad de los beneficios del ejercicio¹¹⁴.

¹¹² Paul Branston, socio de Herbert Smith Freehills, Perth y Richard Hendriks, Director en Greenwoods y Freehills, Sydney. 2016 Herbert Smith Freehills "...proponen para reemplazar la prueba de los activos netos con una prueba de solvencia puro. Para hacer frente a los problemas descritos anteriormente, el Proyecto de Norma propone sustituir la prueba de activos netos en la sección 254T actual con una prueba de solvencia puro. Es decir, la compañía puede pagar un dividendo, si los directores de la compañía tienen razones para creer que la empresa va a mantener su solvencia tras el pago de un dividendo. La prueba de solvencia se determina por la capacidad de una empresa para pagar las deudas a su vencimiento.

¹¹³ DÍAZ ECHEGARAY, José Luis, El Derecho a Participar en los Repartos de las Ganancias Sociales, pág. 84 Ed. Thomson-Aranzadi, 2006. Madrid. "...El derecho suizo se asemeja al derecho alemán, otorgando al socio minoritario protección limitando expresamente las facultades de la junta general en relación con el acuerdo de destinar a reservas voluntarias los resultados del ejercicio, estableciendo un test de razonabilidad similar al derecho alemán consignando en el art 274 la posibilidad de limitar las facultades de aplicación de los resultados a la constitución por la asamblea de reservas que no estén previstas en el estatuto, en la ley o que excedan las exigidas siempre que sean necesarias a los fines de sustitución y justificadas para asegurar de manera duradera la prosperidad de la empresa o el reparto de un dividendo constante que tenga en cuenta los intereses de todos los accionistas...".

¹¹⁴ DÍAZ ECHEGARAY, José Luis, El Derecho a Participar en los Repartos de las Ganancias Sociales, pág. 84 Ed. Thomson-Aranzadi, 2006. Madrid. En el derecho portugués "...se establece la obligación de distribuir la mitad de los beneficios del ejercicio, salvo que lo establezca de manera diferente una cláusula contractual o la

Los **Tribunales Franceses, se orientan a sostener que no se puede inmovilizar las utilidades para adquirir inmuebles, conduciendo tal práctica a un verdadero aumento de capital o**¹¹⁵ no admitiendo que se retengan para la sociedad la totalidad de las ganancias¹¹⁶.

En el mismo sentido se puede citar la célebre resolución de los **Tribunales Norteamericanos** en el célebre caso de Dodge con Ford¹¹⁷.

asamblea con la mayoría de las tres cuartas partes de capital...".

¹¹⁵ DÍAZ ECHEGARAY, José Luis, El Derecho a Participar en los Repartos de las Ganancias Sociales, pág. 85 Ed. Thomson-Aranzadi, 2006. Madrid. En el derecho francés el Tribunal de Apelación de París en Sentencia del 18 de mayo de 1958 resolvió "...que los beneficios no pueden ser bloqueados y pasados a reservas más que como medida de previsión a fin de cubrir necesidades imprevistas o gastos extraordinarios, pero no puede en ningún caso servir para crear un capital social en vista de proceder a inmovilizaciones, adquirir inmuebles, etc. Tal práctica conduce a un verdadero aumento de capital, hecha violando las normas establecidas por la ley, añadiendo más adelante que el acuerdo recurrido debe llevar los beneficios a cuenta de reservas, no tiene otra aplicación y no tiene otra razón de ser, que el deseo de prever la marcha y aplicación del negocio sin recurrir al aumento regular del capital social, que se haga indispensable, por lo que nos encontramos en presencia de una violación del pacto social, abusivamente cometida por la mayoría de los accionistas que han tomado parte en dicha deliberación...".

¹¹⁶ Ver DÍAZ ECHEGARAY, José Luis, El Derecho a Participar en los Repartos de las Ganancias Sociales, pág. 86, Ed. Thomson-Aranzadi, Madrid, 2006. La Corte de Casación Francesa resolvió que el art 232.12 del Nuevo Código de Comercio, asimismo señala que "...deben ser anuladas por abuso de mayoría las decisiones de asambleas generales anuales afectando sistemáticamente la totalidad de los beneficios de los ejercicios sucesivos, la reserva extraordinaria y denegando su distribución, en interés de los socios minoritarios. Cámara de Comercio de la Corte de Casación del 22 de abril de 1976...".

¹¹⁷ Ver GULMINELLI, Ricardo Ludovico, Elementos del Conflicto, pág. 59, Ed Ad Hoc, Buenos Aires, 2011. Citando a Anaya Jaime. En el derecho americano en el Caso Dodge-Ford: En 1.919 la justicia del Estado de Michigan resolvió esta causa. "...Dodge era accionista de Ford. Ésta tenía un capital de dos millones de dólares y reservas por ciento doce millones de dólares. a) Ford distribuía bajísimos dividendos. b) Ford se defendía esgrimiendo un concepto amplio de interés social, de concepción similar al que sostenía Rathenau. Decía que la finalidad esencial de la corporación era beneficiar a la comunidad toda, mediante la mejora del nivel de empleo y de productividad general. Para Ford el lucro de los accionistas, era secundario. En este caso, el fallo benefició a Dodge, enfatizando que el lucro de los accionistas se constituye en un objetivo fundamental y prioritario en la sociedad anónima y que los administradores no pueden violar este principio retaceándoles ganancias...". DÍAZ ECHEGARAY, José Luis, El Derecho a Participar en los Repartos de las Ganancias

En el Derecho Español el Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital. BOE núm. 161 de 03 de Julio de 2010 modificado por la ley 25/2011, de 1 de agosto, de reforma parcial de la Ley de Sociedades de Capital y de incorporación de la Directiva 2007/36/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de julio, establece pautas para la distribución de utilidades, similares a la de nuestra legislación, los administradores deben confeccionar los balances, los que serán aprobados por la Junta General que resolverá sobre la aplicación del resultado del ejercicio pudiendo distribuirse a los socios una vez cubiertas las previsiones establecidas por la ley o los estatutos, **siempre que el valor del patrimonio neto no es o, a consecuencia del reparto, no resulta ser, inferior al capital social.** A los efectos de la determinación de los dividendos **los administradores deberán consignar en la memoria la existencia de liquidez suficiente para la distribución.** Asimismo por el **Art. 348 bis a partir del quinto ejercicio a contar desde la inscripción en el Registro Mercantil de la sociedad, el socio que hubiera votado a favor de la distribución de los beneficios sociales tendrá derecho de separación en el caso de que la junta general no acordara la distribución como dividendo de, al menos, un tercio de los beneficios propios de la explotación del objeto social** obtenidos durante el ejercicio anterior, que sean legalmente repartibles¹¹⁸.

Sociales, pág. 86, Ed. Thomson-Aranzadi, 2006. Madrid. Ver Anaya Jaime Luis, Consistencia del Interés Social, pág. 211. Ed. Advocatus, Córdoba, 1992.

¹¹⁸ **Artículo 273 Aplicación del resultado** 1. La junta general resolverá sobre la aplicación del resultado del ejercicio de acuerdo con el balance aprobado. 2. Una vez cubiertas las atenciones previstas por la ley o los estatutos, sólo podrán repartirse dividendos con cargo al beneficio del ejercicio, o a reservas de libre disposición, si el valor del patrimonio neto no es o, a consecuencia del reparto, no resulta ser inferior al capital social. A estos efectos, los beneficios imputados directamente al patrimonio neto no podrán ser objeto de distribución, directa ni indirecta. Si existieran pérdidas de ejercicios anteriores que hicieran que ese valor del patrimonio neto de la sociedad fuera inferior a la cifra del capital social, el beneficio se destinará a la compensación de estas pérdidas. 3. Se prohíbe igualmente toda distribución de beneficios a menos que el importe de las reservas disponibles sea, como mínimo, igual al importe de los gastos de investigación y desarrollo que figuren en el activo del balance. 4. ...Número 4 del artículo 273 suprimido por el apartado doce de la disposición final cuarta de la Ley 22/2015, de 20 de julio, de Auditoría de Cuentas

(«B.O.E.» 21 julio), de aplicación a los estados financieros que se correspondan con los ejercicios que comiencen a partir de 1 de enero de 2016. Vigencia: 1 enero 2016 Efectos / Aplicación: 1 enero 2016. **Artículo 274 Reserva legal** 1. En todo caso, una cifra igual al diez por ciento del beneficio del ejercicio se destinará a la reserva legal hasta que esta alcance, al menos, el veinte por ciento del capital social. 2. La reserva legal, mientras no supere el límite indicado, solo podrá destinarse a la compensación de pérdidas en el caso de que no existan otras reservas disponibles suficientes para este fin. **Artículo 275 Distribución de dividendos** 1. En la sociedad de responsabilidad limitada, salvo disposición contraria de los estatutos, la distribución de dividendos a los socios se realizará en proporción a su participación en el capital social. 2. En la sociedad anónima la distribución de dividendos a las acciones ordinarias se realizará en proporción al capital que hubieran desembolsado. **Artículo 276 Momento y forma del pago del dividendo** 1. En el acuerdo de distribución de dividendos determinará la junta general el momento y la forma del pago. 2. A falta de determinación sobre esos particulares, el dividendo será pagadero en el domicilio social a partir del día siguiente al del acuerdo. **Artículo 277 Cantidades a cuenta de dividendos** La distribución entre los socios de cantidades a cuenta de dividendos sólo podrá acordarse por la junta general o por los administradores bajo las siguientes condiciones: a) **Los administradores formularán un estado contable en el que se ponga de manifiesto que existe liquidez suficiente para la distribución.** Dicho estado se incluirá posteriormente en la memoria. b) La cantidad a distribuir no podrá exceder de la cuantía de los resultados obtenidos desde el fin del último ejercicio, deducidas las pérdidas procedentes de ejercicios anteriores y las cantidades con las que deban dotarse las reservas obligatorias por ley o por disposición estatutaria, así como la estimación del impuesto a pagar sobre dichos resultados. **Artículo 348 bis** introducido por el número dieciocho del artículo primero de la Ley 25/2011, de 1 de agosto, de reforma parcial de la Ley de Sociedades de Capital y de incorporación de la Directiva 2007/36/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de julio, sobre el ejercicio de determinados derechos de los accionistas de sociedades cotizadas («B.O.E.» 2 agosto). Vigencia: 2 octubre 2011 La aplicación de lo dispuesto en el artículo 348 bis queda suspendida hasta el 31 de diciembre de 2016, **Artículo 348 bis Derecho de separación en caso de falta de distribución de dividendos** 1. **A partir del quinto ejercicio a contar desde la inscripción en el Registro Mercantil de la sociedad, el socio que hubiera votado a favor de la distribución de los beneficios sociales tendrá derecho de separación en el caso de que la junta general no acordara la distribución como dividendo de, al menos, un tercio de los beneficios propios de la explotación del objeto social** obtenidos durante el ejercicio anterior, que sean legalmente repartibles. 2. El plazo para el ejercicio del derecho de separación será de un mes a contar desde la fecha en que se hubiera celebrado la junta general ordinaria de socios. 3. Lo dispuesto en este artículo no será de aplicación a las sociedades cotizadas

Rojo y Cañabate en el derecho español enfatizan las bondades de esta norma que busca un equilibrio entre el derecho del socio a participar en las ganancias de la sociedad y el propio derecho de la sociedad para decidir sobre el destino de las mismas sin que ello afecte al funcionamiento de las sociedades en general¹¹⁹. Sin perjuicio de ello para los autores indicados Rojo y Cañabate dicha posibilidad de receso se encontraba admitida por la doctrina en el derecho Español con anterioridad a la sanción de la norma referenciada¹²⁰.

En el **Derecho Latinoamericano, en Chile**, conforme con la regulación de la ley 18.046 (Art. 78 y siguientes) el pago de dividendos a los socios, se **debe abonar con utilidades líquidas**. Las sociedades

¹¹⁹ ROJO RAMIREZ, A. A. y CAÑABATE POZO, R., “La separación de socios en la EF y el reparto de dividendos.” *Revista De Empresa Familiar* vol. 2, no. 2, España, Noviembre 2012, R. (2012).” 41-56. 42 “La cuestión es cómo se puede buscar un equilibrio entre el derecho del socio a participar en las ganancias de la sociedad y el propio derecho de la sociedad para decidir sobre el destino de las mismas sin que ello afecte al funcionamiento de las sociedades en general y, en particular, de las sociedades familiares, muchas de ellas, como también se ha dicho, SRL. De entrada se tienen que conjugar dos derechos del socio en las sociedades de capital: el derecho al dividendo y el derecho de separación, los cuáles sólo podrán ejercitarse en los términos legales configurados y, en su caso, estatutarios establecidos...”

¹²⁰ ROJO RAMIREZ, A.A. y CAÑABATE POZO, R “La separación de socios en la EF y el reparto de dividendos.” *Revista De Empresa Familiar* vol. 2, no. 2, Noviembre 2012 R. (2012).” 41-56. 42 “...por lo que el reconocimiento legal consagrado ahora en el artº 348 bis de la LSC, ya lo estaba doctrinalmente, lo que hace pensar que hubiera bastado una cláusula general que reconociese dicho derecho (Alfaro, 2011). Luceño (2011) resalta las sentencias de la Audiencia Provincial de Barcelona de 21 de enero de 2011 y de la Audiencia Provincial de Baleares de 20 de enero de 2010 y, recientemente, en el mismo sentido puede referirse, la sentencia del Tribunal Supremo de 7 de diciembre de 2011, que declara la nulidad del acuerdo social de no repartir dividendos, adoptado por la mayoría con abuso de derecho (artº 7 Cc), si bien es cierto que, con carácter general, la declaración de nulidad no implica la obligación de repartir el dividendo, sino simplemente determina si es contrario a ley (artº 204 LSC) y, por tanto, sin entrar a evaluar la libertad de la JGA para decidir el destino de sus beneficios: reparto, reservas, atesoramiento...”. En el mismo sentido ver: SILVÁN RODRÍGUEZ, Francisco; PÉREZ, Hernando Iván, *Derecho de separación y dividendos el controvertido Art. 348 bis LSC*, Diario La Ley, ISSN 1989-6913, Nº 7813, 2012.

abiertas deben distribuir a los socios **no menos del 30% de las utilidades líquidas**¹²¹.

¹²¹ Art 78. Los dividendos se pagarán exclusivamente de las utilidades líquidas del ejercicio, o de las retenidas, provenientes de balances aprobados por junta de accionistas. No obstante lo dispuesto en el inciso anterior, si la sociedad tuviere pérdidas acumuladas, las utilidades del ejercicio se destinarán primeramente a absorberlas. Si hubiere pérdidas en un ejercicio, éstas serán absorbidas con las utilidades retenidas, de haberlas. Art. 79. Salvo acuerdo diferente adoptado en la junta respectiva, por la unanimidad de las acciones emitidas, las sociedades anónimas abiertas deberán distribuir anualmente como dividendo en dinero a sus accionistas, a prorrata de sus acciones o en la proporción que establezcan los estatutos si hubieren acciones preferidas, a lo menos el 30% de las utilidades líquidas de cada ejercicio. En las sociedades anónimas cerradas, se estará a lo que determine en los estatutos y si éstos nada dijeren, se les aplicará la norma precedente. En todo caso, el directorio podrá, bajo la responsabilidad personal de los directores que concurran al acuerdo respectivo, distribuir dividendos provisorios durante el ejercicio con cargo a las utilidades del mismo, siempre que no hubieren pérdidas acumuladas. Art. 80. La parte de las utilidades que no sea destinada por la junta a dividendos pagaderos durante el ejercicio, ya sea como dividendos mínimos obligatorios o como dividendos adicionales, podrá en cualquier tiempo ser capitalizada, previa reforma de estatutos, por medio de la emisión de acciones liberadas o por el aumento del valor nominal de las acciones, o ser destinada al pago de dividendos eventuales en ejercicios futuros. Las acciones liberadas que se emitan, se distribuirán entre los accionistas a prorrata de las acciones inscritas en el registro respectivo el quinto día hábil anterior a la fecha del reparto. Salvo estipulación en contrario, la prenda que gravare a determinadas acciones se extenderá a las acciones liberadas que a éstas correspondieren en la distribución proporcional. Art. 81. El pago de los dividendos mínimos obligatorios que corresponda de acuerdo a la ley o a los estatutos, será exigible transcurridos treinta días contados desde la fecha de la junta que aprobó la distribución de las utilidades del ejercicio. El pago de los dividendos adicionales que acordare la junta, se hará dentro del ejercicio en que se adopte el acuerdo y en la fecha que ésta determine o en la que fije el directorio, si la junta le hubiere facultado al efecto. El pago de los dividendos provisorios se hará en la fecha que determine el directorio. Los dividendos serán pagados a los accionistas inscritos en el registro respectivo el quinto día hábil anterior a las fechas establecidas para su solución. Art. 82. Salvo acuerdo diferente adoptado en la junta respectiva por la unanimidad de las acciones emitidas, los dividendos deberán pagarse en dinero. Sin embargo, en las sociedades anónimas abiertas se podrá cumplir con la obligación de pagar dividendos, en lo que exceda a los mínimos obligatorios, sean éstos legales o estatutarios, otorgando opción a los accionistas para recibirlos en dinero, en acciones liberadas de la propia emisión o en acciones de sociedades anónimas abiertas de que la empresa sea titular. El dividendo opcional deberá ajustarse a condiciones de equidad, información y demás que determine el Reglamento. Sin embargo, en el silencio del accionista, se entenderá que éste opta por dinero.

En Ecuador La codificación N° 000. RO/ 312 de 5 de noviembre de 1999, denominada de compañías en su Art. 297 establece **la obligatoriedad de distribuir el 50% de los beneficios líquidos anuales**, pudiéndose disminuir al 30% si la sociedad hace oferta pública de sus acciones. Según el Art. 298 se limita el pago de dividendos a la existencia de beneficios **realmente obtenidos y percibidos** o de **reservas expresas efectivas** de libre disposición¹²².

En Perú la ley 26.887, establece en su Art. 231 la obligatoriedad **de distribuir la mitad de la utilidad distribuible en dinero** si así lo solicitan accionistas que poseen el 20 por ciento del capital¹²³.

¹²² Art. 297.- Salvo disposición estatutaria en contrario de las utilidades líquidas que resulten de cada ejercicio se tomará un porcentaje no menor de un diez por ciento, destinado a formar el fondo de reserva legal, hasta que éste alcance por lo menos el cincuenta por ciento del capital social. En la misma forma debe ser reintegrado el fondo de reserva si éste, después de constituido, resultare disminuido por cualquier causa. El estatuto o la junta general podrán acordar la formación de una reserva especial para prever situaciones indecisas o pendientes que pasen de un ejercicio a otro, estableciendo el porcentaje de beneficios destinados a su formación, el mismo que se deducirá después del porcentaje previsto en los incisos anteriores. De los beneficios líquidos anuales se deberá asignar por lo menos un cincuenta por ciento para dividendos en favor de los accionistas, salvo resolución unánime en contrario de la junta general. Sin embargo, en las compañías cuyas acciones se hubieren vendido en oferta pública, obligatoriamente se repartirá por lo menos el treinta por ciento de las utilidades líquidas y realizadas que obtuvieren en el respectivo ejercicio económico. Estas compañías, podrán también, previa autorización de la junta general, entregar anticipos trimestrales o semestrales, con cargo a resultados del mismo ejercicio. Nota: Inciso primero reformado por Art. 99-i) de Ley No. 4, publicada en Registro Oficial Suplemento 34 de 13 de marzo del 2000. Art. 298.- Sólo se pagará dividendos sobre las acciones en razón de beneficios realmente obtenidos y percibidos o de reservas expresas efectivas de libre disposición. La distribución de dividendos a los accionistas se realizará en proporción al capital que hayan desembolsado. La acción para solicitar el pago de dividendos vencidos prescribe en cinco años.

¹²³ Art. 230.- Dividendos. Para la distribución de dividendos se observarán las reglas siguientes: 1. Sólo pueden ser pagados dividendos en razón de utilidades obtenidas o de reservas de libre disposición y siempre que el patrimonio neto no sea inferior al capital pagado; 2. Todas las acciones de la sociedad, aun cuando no se encuentren totalmente pagadas, tienen el mismo derecho al dividendo, independientemente de la oportunidad en que hayan sido emitidas o pagadas, salvo disposición contraria del estatuto o acuerdo de la junta general; 3. Es válida la distribución de dividendos a cuenta, salvo para aquellas sociedades para las que existe prohibición legal expresa; 4. Si la junta general acuerda un dividendo a cuenta sin contar con la opinión favorable del directorio, la responsabilidad solidaria por el pago recae exclusivamente

En Uruguay, el Art. 320 de la ley 19060 **establece la obligación de distribuir el 20% de las utilidades en dinero** salvo que los accionistas que representen el 75% del capital social dispongan lo contrario por **resolución fundada y opinión favorable de la sindicatura**, si la hubiera¹²⁴. Conforme la norma este dividendo mínimo debe ser abonada en dinero. La resolución que decide la no distribución se enfrenta con el Art. 320 por lo que debe decidirse sobre **criterios financieros válidos**¹²⁵.

La ley de Colombia según el Art. 155 del Código indica que **se debe distribuir el cincuenta por ciento de las utilidades que correspondan al ejercicio**, a menos que la asamblea apruebe un porcentaje inferior, para lo cual se requerirá el voto favorable de un número plural de accionistas que represente por lo menos **el 78% de las acciones**. En el Derecho

sobre los accionistas que votaron a favor del acuerdo; y, 5. Es válida la delegación en el directorio de la facultad de acordar el reparto de dividendos a cuenta. Art. 231.- Dividendo obligatorio. Es obligatoria la distribución de dividendos en dinero hasta por un monto igual a la mitad de la utilidad distribuible de cada ejercicio, luego de detruido el monto que debe aplicarse a la reserva legal, si así lo solicitan accionistas que representen cuando menos el veinte por ciento del total de las acciones suscritas con derecho a voto. Esta solicitud sólo puede referirse a las utilidades del ejercicio económico inmediato anterior. El derecho de solicitar el referido reparto de dividendos no puede ser ejercido por los titulares de acciones que estén sujetas a régimen especial sobre dividendos.

¹²⁴ Art. 320 (Derecho a la percepción de un dividendo mínimo). En las sociedades anónimas será obligatorio distribuir como dividendo a los accionistas por lo menos el 20% (veinte por ciento) de las utilidades netas de cada ejercicio. Por la parte de dividendo obligatorio, el accionista tendrá el derecho a exigir su cobro en dinero cualquiera sea la forma de pago que la sociedad disponga. La obligación de pagar dividendo de acuerdo a lo establecido en este Art. no regirá cuando así lo resuelva expresamente la asamblea de accionistas en resolución fundada, con la conformidad de accionistas que representen por lo menos el 75% (setenta y cinco por ciento) del capital social y la opinión favorable de la sindicatura de la sociedad, si la hubiera. Ninguna retribución que signifique participación en las utilidades de la sociedad podrá pagarse si antes no se hubiera ofrecido a los accionistas el pago del dividendo obligatorio en las condiciones previstas en este Art.. Lo dispuesto en este Art. no será de aplicación cuando las utilidades del ejercicio deban destinarse a reintegrar la reserva legal (inciso segundo del Art. 93) o a cubrir las pérdidas de ejercicios anteriores (inciso segundo del Art. 98). Cuando el reintegro se efectúe o las pérdidas se cubran con una porción de las utilidades del ejercicio, el porcentaje previsto en el inciso primero se calculará sobre el remanente.

¹²⁵ LAPIQUE, Luis, El capital de las sociedades comerciales, segunda edición, pág. 41, Ed. Fundación Cultura Universitaria, Montevideo 2006.

Colombiano, Reyes Villamizar, manifiesta que para no cumplir con dicha norma deben detallar las causas que motivan la no distribución de los dividendos de manera **legal y en efectivo**. Asimismo no se puede obligar a los socios a consentir un aumento o reposición del aporte **si dicha obligación no se encuentra establecida en el contrato**, considerando la doctrina que para ello se requiere el acuerdo unánime en todos los tipos societarios con la excepción de las sociedades anónimas. Para las sociedades Anónimas el Art. 455 del Código de Comercio, permite esta posibilidad si se obtiene la resolución con la mayoría del 78 por ciento de las acciones presentes en la reunión. **En este caso los accionistas ausentes y que votaron en contra pueden obligar que se le entreguen los dividendos en efectivo. Para este autor debe existir la misma mayoría para constituir reservas ocasionales que constituyan más del 50% de las utilidades**¹²⁶.

Por último, expresa que la ley 222 de 1995 introdujo una importante modificación en la normativa atinente al régimen de los grupos societarios, estableciendo, que en los supuestos de control, sólo podrá pagarse el dividendo en acciones o cuotas liberadas a los socios que así lo acepten. Para el autor referenciado esta norma se establece para proteger a las los socios minoritarios. Se encuentran legislados en los Art.s 123 y concordantes¹²⁷.

¹²⁶ REYES VILLAMIZAR, Francisco, Derecho Societario, t. I pág. 395, Ed. Temis S.A., 2004 Bogotá, Colombia, “A su vez, debe tenerse en cuenta que, debido a que el Art. 155 del Código de Comercio exigen una mayoría calificada del 78% de los votos para repartir beneficios inferiores al 50% de las utilidades líquidas, debe entenderse que esta misma norma impone idéntica mayoría calificada para la creación de reservas ocasionales que superen el 50% de tales beneficios. A contrario sensu si las reservas ocasionales no superan el 50% de las utilidades líquidas, la decisión del máximo órgano social que la aprueba podrá adoptarse con el voto favorable de la mayoría absoluta de las participaciones representadas en la reunión, salvo que se haya estipulado otra cosa en los estatutos.

¹²⁷ Código de Comercio de Colombia. Art. 123. Aumento o Reposición De Aporte Del Socio. Ningún asociado podrá ser obligado a aumentar o reponer su aporte si dicha obligación no se estipula expresamente en el contrato. Art. 155. Mayoría para la aprobación de distribución de utilidades. Art. subrogado por el Art. 240 de la Ley 222 de 1995. El nuevo texto establecido por el Art. 240 mencionado es el siguiente: Salvo que en los estatutos se fijare una mayoría decisoria superior, la distribución de utilidades la aprobará la asamblea o junta de socios con el voto favorable de un número plural de socios que representen, cuando menos, el 78% de las acciones,

cuotas o partes de interés representadas en la reunión. Cuando no se obtenga la mayoría prevista en el inciso anterior, deberá distribuirse por los menos el 50% de las utilidades líquidas o del saldo de las mismas, si tuviere que enjugar pérdidas de ejercicios anteriores. Art. 451. Distribución de utilidades en la sociedad anónima. Con sujeción a las normas generales sobre distribución de utilidades consagradas en este Libro, se repartirán entre los accionistas las utilidades aprobadas por la asamblea, justificadas por balances fidedignos y después de hechas las reservas legal, estatutaria y ocasionales, así como las apropiaciones para el pago de impuestos. Art. 452. Reserva legal en la sociedad anónima. Las sociedades anónimas constituirán una reserva legal que ascenderá por lo menos al cincuenta por ciento del capital suscrito, formada con el diez por ciento de las utilidades líquidas de cada ejercicio. Cuando esta reserva llegue al cincuenta por ciento mencionado, la sociedad no tendrá obligación de continuar llevando a esta cuenta el diez por ciento de las utilidades líquidas. Pero si disminuyere, volverá a apropiarse el mismo diez por ciento de tales utilidades hasta cuando la reserva llegue nuevamente al límite fijado. Art. 453. Reservas estatutarias y reservas ocasionales en la sociedad anónima. Las reservas estatutarias serán obligatorias mientras no se supriman mediante una reforma del contrato social, o mientras no alcancen el monto previsto para las mismas. Las reservas ocasionales que ordene la asamblea sólo serán obligatorias para el ejercicio en el cual se hagan y la misma asamblea podrá cambiar su destinación o distribuirlas cuando resulten innecesarias. Art. 454. Incremento en el porcentaje de distribución de utilidades en la sociedad anónima. Si la suma de las reservas legal, estatutaria y ocasional excediere del ciento por ciento del capital suscrito, el porcentaje obligatorio de utilidades líquidas que deberá repartir la sociedad conforme al Art. 155, se elevará al setenta por ciento. Art. 455. PAGO DE DIVIDENDOS EN LA SOCIEDAD ANÓNIMA. Hechas las reservas a que se refieren los Art.s anteriores, se distribuirá el remanente entre los accionistas. El pago del dividendo se hará en dinero efectivo, en las épocas que acuerde la asamblea general al decretarlo y a quien tenga la calidad de accionista al tiempo de hacerse exigible cada pago. No obstante, podrá pagarse el dividendo en forma de acciones liberadas de la misma sociedad, si así lo dispone la asamblea con el voto del ochenta por ciento de las acciones representadas. A falta de esta mayoría, sólo podrán entregarse tales acciones a título de dividendo a los accionistas que así lo acepten. En todo caso, cuando se configure una situación de control en los términos previstos en la ley, sólo podrá pagarse el dividendo en acciones o cuotas liberadas de la misma sociedad, a los socios que así lo acepten. Nota: Parágrafo adicionado por el Art. 33, Ley 222 de 1995. REYES VILLAMIZAR, Francisco, Derecho Societario, t. I, pág. 325, Ed. Temis S.A., 2004, Bogotá, Colombia”. Así, la determinación de capitalizar las utilidades en cualquiera de los otros tipos sociales, está sujeta a la aprobación de la mayoría calificada prevista en los estatutos sociales para ese efecto, y si no la hubiere a la aprobación unánime de los asociados. “De acuerdo con el profesor Narvaez la razón estriba en que”... conforme el Art. 123 del Código de Comercio, ningún asociado puede ser obligado a aumentar su aporte si dicha obligación no se estipula expresamente en los estatutos. Por lo tanto si en las cláusulas de estos no se hizo obligatorio el aumento del aporte una vez aumentada la decisión por determinada mayoría, la obligatoriedad solo puede emanar de una decisión

Asimismo, el alcance de esta limitación fue interpretado por la Superintendencia de Sociedades, estableciendo que si las reservas legales, estatutarias u ocasionales superan el capital social, el **mínimo a distribuir será del 70% de las utilidades líquidas, no siendo susceptible de pacto en contrario**¹²⁸. Siendo considerada una interpretación demasiado estricta, no pudiendo ser alterada por la unanimidad de los socios¹²⁹. Como vemos se refiere a utilidades.

La ley de la República de México, “Ley General de Sociedades Mercantiles” según la última reforma publicada DOF 02-06-2009 en su Art. 20, establece la distribución de las **utilidades netas luego de**

unánime. Y si la unanimidad no se obtiene solo estarán obligados los que aprueban el aumento de capital.) Por lo demás el Art. 455 regula la determinación del pago de dividendos en acciones liberadas para el caso de las sociedades anónimas. Estas normas deben considerarse especiales respecto de las del art 123, y consecuentemente aplicables de preferencia a la referida sociedad. En los términos de la norma mencionada, tal medida puede ser aprobada por la mayoría absoluta de los votos presentes. Sin embargo si no se obtiene una votación de por lo menos el setenta y ocho por ciento de las acciones presentes en la respectiva reunión, solo pueden entregarse acciones en vez de dividendos a los accionistas que lo acepten de manera expresa. Esta regla indica en la práctica que a falta de la mayoría indicada los asociados ausentes o disidentes pueden negarse a aceptar el dividendo en forma de participación de capital social y por el contrario exigir el pago en dinero en efectivo...”.

¹²⁸ REYES VILLAMIZAR, Francisco, Derecho Societario, t. I, págs. 394/395, Ed. Temis S.A., 2004, Bogotá, Colombia. “La ley considera que una sociedad está lo suficientemente protegida de eventuales riesgos económicos, según el Art. 454 del Código de Comercio- si las sumas de las reservas legales, estatutarias y ocasionales excediera el 100% del capital suscripto. En tales eventualidades el precepto ordena aumentar el porcentaje mínimo repartible como dividendos al 70% de las utilidades líquidas porque considera que la solidez o situación de bonanza económica y financiera de la sociedad, que acusa la acumulación de un superávit ganando igual o superior a su capital suscripto, le da suficiente protección para garantizar la liquidez del patrimonio, por lo cual no es del caso exigir al accionista una cuota mayor de sacrificio obligándolo a ceder su derecho a percibir la parte proporcional de las utilidades...De allí se infiere que debe dársele estricto cumplimiento y que la disposición no es susceptible de pacto en contrario bajo ninguna circunstancia...”.

¹²⁹ REYES VILLAMIZAR, Francisco, Derecho Societario, t. I pág. 395, Ed. Temis S. 2004 A. Bogotá, Colombia.

constitución de las reservas, no indicando el monto mínimo de las mismas¹³⁰.

La ley de Panamá omite hacer referencia de un tope para la distribución de utilidades, consignando que es obligación de la asamblea determinarlos¹³¹.

En Brasil, la ley 6404 del 15 de diciembre de 1976, también conocida como Ley de las Sociedades Anónimas, reformada por la Ley 10303/01, reglamenta, en su Art. 202 el pago de los dividendos, **estableciendo un pago mínimo en concordancia con el interés del accionista, de la sociedad y de la supervivencia de la empresa.**

¹³⁰ Art. 19.- La distribución de utilidades sólo podrá hacerse después de que hayan sido debidamente aprobados por la asamblea de socios o accionistas los estados financieros que las arrojen. Tampoco podrá hacerse distribución de utilidades mientras no hayan sido restituidas o absorbidas mediante aplicación de otras partidas del patrimonio, las pérdidas sufridas en uno o varios ejercicios anteriores, o haya sido reducido el capital social. Cualquiera estipulación en contrario no producirá efecto legal, y tanto la sociedad como sus acreedores podrán repetir por los anticipos o reparticiones de utilidades hechas en contravención de este Art., contra las personas que las hayan recibido, o exigir su reembolso a los administradores que las hayan pagado, siendo unas y otros mancomunada y solidariamente responsables de dichos anticipos y reparticiones. Art. 20.- De las utilidades netas de toda sociedad, deberá separarse anualmente el cinco por ciento, como mínimo, para formar el fondo de reserva, hasta que importe la quinta parte del capital social. El fondo de reserva deberá ser reconstituido de la misma manera cuando disminuya por cualquier motivo. Art. 21.- Son nulos de pleno derecho los acuerdos de los administradores o de las juntas de socios y asambleas, que sean contrarios a lo que dispone el Art. anterior. En cualquier tiempo en que, no obstante esta prohibición, apareciere que no se han hecho las separaciones de las utilidades para formar o reconstituir el fondo de reserva, los administradores responsables quedarán ilimitada y solidariamente obligados a entregar a la sociedad, una cantidad igual a la que hubiere debido separarse. Quedan a salvo los derechos de los administradores para repetir contra los socios por el valor de lo que entreguen cuando el fondo de reserva se haya repartido. No se entenderá como reparto la capitalización de la reserva legal, cuando esto se haga, pero en este caso deberá volverse a constituir a partir del ejercicio siguiente a aquel en que se capitalice, en los términos del Art. 20.

¹³¹ Art. 33. Es facultad exclusiva de la asamblea de socios: 1. Decidir sobre las reformas del pacto social. G.O. 26202-A ASAMBLEA NACIOANAL, REPÚBLICA DE PANAMA 2. Aprobar o improbar el balance, el informe de la administración, la cuenta de pérdidas y ganancias y la distribución de utilidades que se hubiera propuesto...”.

Permitiendo que la asamblea general pueda disminuir la **distribución de los dividendos hasta el 25% del beneficio** neto del ejercicio¹³².

Resaltamos -como lo manifestamos en trabajos anteriores, que el derecho al **retiro anual de dividendos es inderogable**¹³³.

Sintetizando, en algunos derechos como el nuestro son los socios o accionistas, reunidos en asambleas o juntas de socios, los que deben establecer las pautas de distribución de las ganancias. En otros ordenamientos son los administradores quienes cumplen tal función.

En la legislación de Alemania y Suiza se establece un test de razonabilidad. En la anglo americana en general, en la canadiense y la australiana, se requiere que el activo sea mayor que el pasivo y que pueda continuar con los negocios, adicionando la ley de Australia que sea razonable para los accionistas. La normativa Brasileña propugna que se debe mantener la supervivencia de la empresa. La española que la

¹³² DA SILVA, José María Revista del Instituto Internacional de Costos, ISSN 1646-6896, n° 7, JULIO/diciembre 2010 62 "... prevé el pago de un dividendo mínimo obligatorio, protegiendo al accionista hasta el límite en que, en su propio interés y de toda la comunidad, sea compatible con la necesidad de preservar la supervivencia de la empresa. La reforma proporcionada por la Ley 10303/01, reglamenta, en su Art. 202, que a los accionistas les es garantizado recibir como dividendo obligatorio, en cada ejercicio, la parcela de los beneficios establecida en el estatuto o, si esto es omitido, el importe determinado de acuerdo con los siguientes criterios: mitad del beneficio líquido del ejercicio, reducido o aumentado por los siguientes valores: a) Proporción que se destina a la constitución de la Reserva Legal; b) Proporción que se destina a la constitución de la Reserva de Contingencias y la modificación de la misma, cuando se ha formado en años anteriores; c) Proporción que se destina a la constitución de la Reserva de Utilidades a Realizar, así como la realización de utilidades anteriormente registradas en esta reserva. Cuando la Asamblea General tuviera que alterarlo el estatuto para introducir otras normas pertinentes sobre la materia, el dividendo obligatorio no podrá ser inferior a 25% (veinticinco por ciento) del beneficio neto del ejercicio, ajustado de conformidad con las reglas citadas anteriormente ...".

¹³³ MUGUILLO, Roberto; BARRAU, María; ESANDI, Luis; BERNAL, Marcela; BASSO, Daniela. "Disolución de sociedades que no distribuyen utilidades". VI Congreso Argentino de Derecho Societario y II Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa, pág. 95, Ed. Ad Hoc, 1995. GRISPO, Jorge Daniel, Tratado sobre la ley de sociedades comerciales, t. I, pág.798, Ed. Ad Hoc, Buenos Aires, 2005.

sociedad tenga liquidez. La Francesa se opone a la inmovilización de activos en perjuicio de los socios. Otras legislaciones establecen topes mínimos, así la Uruguaya obliga a la sociedad a distribuir solamente el 20% de las utilidades a los socios. La Brasileña establece ese límite en 25%. En Portugal, Ecuador, Colombia y Perú, se establece la obligatoriedad de distribuir el 50% de las utilidades. La ley Chilena menciona el 30 % de las utilidades. En Panamá y México no se establece límite alguno a la distribución de utilidades. La Española admite que los socios ejercerán el derecho de receso en caso de negársele la distribución de dividendos al capitalizarlos luego del quinto ejercicio. La Ecuatoriana habla de utilidades obtenidas y percibidas. La Peruana, Colombiana y Uruguaya, determinan que se deben abonar en dinero.

Rescatamos y aprobamos varios de estos requisitos, especialmente de la legislación Ecuatoriana que requiere la existencia de **Utilidades Obtenidas y Percibidas** y las legislaciones que establecen que el Activo no puede ser inferior al Pasivo, que la sociedad debe poder seguir desarrollando el objeto social -es decir que no afecte la caja, flujo de fondos, desarrollo de proyectos- y el establecimiento de un tope mínimo obligatorio para la distribución.

Asimismo, consideramos que los dividendos se deben distribuir en dinero porque hace al fin o a las miras que tuvieron los socios al momento de constituir la sociedad. También, nos parece acertado darle la posibilidad del ejercicio del derecho de receso a los socios ante supuestos de negativa en la distribución de las utilidades. Estamos persuadidos de que los socios tienen el derecho de retirar anualmente sus utilidades.

Este derecho es inderogable y no se puede renunciar anticipadamente ni siquiera por un instrumento separado, ni por una cláusula estatutaria. El meollo del problema, se centra, en determinar con precisión las ganancias reales en los estados contables. Por ende, si se lograra esto, sería bueno para los socios o accionistas y no habría inconvenientes para los acreedores o terceros que contrataran con la sociedad porque las sociedades estarían capitalizadas porque solamente distribuirían anualmente a los socios los beneficios que efectivamente fueran generados

en el ejercicio que correspondiera. En virtud de lo dicho, estamos convencidos de que si se lograra transparentar y reflejar mediante normas contables y jurídicas adecuadas las verdaderas utilidades, se reduciría la importancia de las demás previsiones.

XVII. CONFLICTOS DE INTERESES

Existen diferentes actores en esta problemática, los socios o accionistas, los terceros o acreedores, los proveedores, los empleados, la sociedad y la comunidad toda. Suele haber intereses contrapuestos, en virtud de lo cual es común que se generen conflictos entre el socio y la sociedad, entre los propios socios, entre los socios y los administradores y entre los socios y los trabajadores.

Conflicto entre el socio y la sociedad. La posibilidad de confrontación entre estos dos sectores. Los socios como derivación de la consecución del objeto social, es natural que quieran retirar beneficios en efectivo, especialmente los accionistas ahorristas. Por el contrario la sociedad como ente diferenciado, tiende a conservar para sí la mayor parte de dichos beneficios para poder crecer, para posicionarse en el mercado, desarrollarse, autofinanciarse. Este enfrentamiento se encuentra plasmado en el marco de la empresa familiar entre los que son propietarios del capital y los que trabajan en la sociedad¹³⁴. Revistiendo, las utilidades, en las empresas familiares la principal forma de financiación¹³⁵. De esta forma se enfatiza la necesidad de dejar plasmado en el protocolo de familia las prioridades de la empresa, teniendo en consideración para ello,

¹³⁴FAVIER DUBOIS (h), Eduardo, Director, El Protocolo de la Empresa Familiar, SKIARSKI, Enrique, Prácticas de Distribución en la Empresa Familiar, pág.231, Ed. Ad Hoc, Buenos Aires, 2011.

¹³⁵FAVIER DUBOIS (h), Eduardo, Director, El Protocolo de la Empresa Familiar, SKIARSKI, Enrique, Prácticas de Distribución en la Empresa Familiar, pág.231, Ed. Ad Hoc, Buenos Aires, 2011.

las metas, el desempeño y la evolución de la empresa¹³⁶. Tratando de preservar el interés de la sociedad y de los socios conjuntamente.

Como lo manifiestan entre otros Pettiti, Rubio, Fernández del Pozo, Odriozola y Sánchez, existen tratamientos legislativos y estatutarios de muy distinta formulación. Algunos centran la mira en tutelar los intereses de la empresa, favoreciendo su desarrollo e incremento, lo que redundaría en perjuicio de los intereses inmediatos del socio, en otras legislaciones- siendo las menos- se centra la problemática en privilegiar los intereses de los socios. En algunas legislaciones, se procura lograr un reconocimiento integral de todos los intereses implicados¹³⁷.

¹³⁶FAVIER DUBOIS (h), Eduardo, Director, El Protocolo de la Empresa Familiar, SKIARSKI, Enrique, Prácticas de Distribución en la Empresa Familiar, pág.231, Ed. Ad Hoc, Buenos Aires, 2011.

¹³⁷ Ver PETTITI. Ed. Thomson Aranzadi, Madrid, 2006. Citado por DÍAZ ECHEGARAY, José Luis, El Derecho a Participar en los Repartos de las Ganancias Sociales, pág. 89, Conforme Pettiti, como "...Abstractamente pueden admitirse hipotéticamente dos tratamientos legislativos y estatutarios opuestos: de un lado una disciplina que mira a tutelar los intereses de la empresa social, favorable al desarrollo e incremento, en perjuicio de los intereses inmediatos del socio, del otro lado, por el contrario una disciplina que se inspira en el reconocimiento integral de los intereses egoístas inmediatos del socio (salvo el límite de la conservación del capital social íntegro en la garantía de los acreedores contenida en todo tipo de sociedad a responsabilidad limitada)...". RUBIO, citado por DÍAZ ECHEGARAY, José Luis, en, pág. 89. Sobre ello se ha escrito mucho por diferentes autores. Rubio manifiesta "...de un lado los socios, los de cada socio a procurar al máximo la finalidad esencial que le ha impulsado a entrar en la sociedad. De otro, los de la sociedad, tal como lo conciben sus órganos legales. A la productividad y conservación de la empresa, Se trata de la oposición tantas veces subrayada entre política de altos dividendos y política de autofinanciación. Si ésta predomina inútilmente puede envolver maniobras abusivas de la mayoría o de los administradores. Exagerar la primera significa en cambio, debilitar o arruinar el negocio en perjuicios de los mismos accionistas...". FERNÁNDEZ DEL POZO, citado por DÍAZ ECHEGARAY, José Luis, en la pág. 89, resalta "... en el acuerdo de aplicación de resultados se confrontan al menos dos intereses, señala: el **interés de los socios al reparto de resultados** (como concreción de derecho cooperativo de participación en las ganancias) y el **interés de la sociedad a preservar una estructura financiera razonable y un adecuado nivel de sus recursos propios...**". SÁNCHEZ, Aníbal, citado por DÍAZ ECHEGARAY, José Luis, en la pág. 91. Según Sánchez Aníbal, esta situación "pone de relieve la existencia de un conflicto inmanente - y precisamente característico de toda sociedad lucrativa -**entre la tendencia a robustecer la base patrimonial de la sociedad mediante la acumulación de reservas y la propensión del accionario a lograr una**

Una corriente otorga la facultad al órgano de gobierno, -o sea a los socios- para que resuelva el destino de los beneficios, es decir su distribución total o retenerlos en el patrimonio para inversiones futuras, aun decidiendo en contra -al menos formalmente- del interés de los accionistas minoritarios. Odriozola lo admite, siempre que sea razonable y se evite el abuso de la mayoría y no se conculquen los derechos de los socios¹³⁸. Otra tendencia, por el contrario, propicia que se imponga a la sociedad la obligación de distribuir periódicamente los beneficios obtenidos a menos que todos los socios decidieran lo contrario.

Ambas postulaciones poseen un aspecto positivo, en una de ellas se privilegia a la sociedad, -su financiamiento, su crecimiento y su desarrollo- por encima de los socios y en la otra se prioriza a los socios y el interés de éstos por sobre el social. En la primera se minimiza que es el socio en definitiva quien es el dueño de la sociedad. Se olvida que ha entrado a formar parte de la misma, justamente para poder retirar utilidades y obtener un beneficio. En la segunda formulación, se limitan las posibilidades de autofinanciamiento y de expansión de la sociedad. Para Odriozola negar al accionista el dividendo implica aceptar el desdoblamiento entre la propiedad y el control en las sociedades¹³⁹.

Según John Armour, -citado por Ezequiel Manóvil- en contextos de ausencia de buenos proyectos de inversión, aconseja la devolución de

rentabilidad adecuada sin esperar la disolución de la sociedad...". Ver ODRIOZOLA, Carlos S., "Estudio de Derecho Societario", pág. 37, Ed. Cangallo S.A., Buenos Aires, 1971. Existe una contraposición de intereses que se destaca aún más dada la posición del accionista en la sociedad anónima moderna, próxima o similar a la de un acreedor de ésta. Por una parte el accionista espera y desea el mayor dividendo posible, que confía se refleje en la cotización de sus acciones, mientras que la sociedad anónima y sus administradores se preocupan por la evolución de sus negocios, por la prosecución de sus proyectos expansivos, en una palabra por la conservación y ampliación de la empresa...".

¹³⁸Ver ODRIOZOLA, Carlos S., "Estudio de Derecho Societario", pág. 50, Ed. Cangallo S.A., Buenos Aires, 1971.

¹³⁹ Ver ODRIOZOLA, Carlos S., Estudio de Derecho Societario, pág. 43, Ed. Cangallo S.A., Buenos Aires 1971.

fondos a los accionistas¹⁴⁰. Es decir que prioriza el crecimiento de la sociedad, de la empresa por el interés de los socios.

Este tema se encuentra íntimamente relacionado con la política de distribución de dividendos a los accionistas. Es clave establecer y diagramar hasta dónde se puede aceptar que la sociedad omita la distribución de dividendos a los accionistas. El problema radica en establecer cuáles deben ser los parámetros para considerar si la sociedad está o no patrimonializada con miras a no perjudicar a los acreedores, no perder caja, flujo de fondos y desarrollo de proyectos. O sea, se trata de establecer bases claras y equilibradas para establecer si es o no procedente distribuir dividendos a los accionistas.

Se puede presuponer que una posición que restringiera de manera constante la distribución de los beneficios entre los socios, haría que los ahorristas o posibles accionistas se retrajeran y que no quisieran participar en dicha sociedad, situación que con el transcurso de los años, produciría un perjuicio para la sociedad, al tener cada vez menos potenciales interesados en revestir el carácter de socios de dicha entidad. Como es natural, se afectaría también la credibilidad de la Sociedad como Instituto, lo que impactaría en el nivel de inversión a través de la tenencia de participaciones sociales. Esto sería algo perjudicial macroeconómicamente y también desde el punto de vista político y sociológico. La crisis de la

¹⁴⁰ MANÓVIL, Ezequiel, El capital social en las sociedades anónimas. Un análisis económico. Buenos Aires, LA LEY 02/12/2009, 1 • LA LEY 2010-A, 585 1. "...La estricta regla de distribución de dividendos vigente exhibe costos significativos. En primer lugar, en contextos de ausencia de buenos proyectos de inversión, criterios de eficiencia aconsejan la devolución de fondos a los accionistas, para ser destinados a otras inversiones en lugar de los proyectos sociales de dudosa rentabilidad. Impedir la distribución de fondos a los accionistas bajo tales circunstancias acarrea, pues, el llamado riesgo de "sobreinversión", exacerbado por la inflexibilidad de regímenes como el hoy vigente en nuestro país y en la Comunidad Europea. Existe evidencia empírica de que en los Estados Unidos, donde los acreedores deben protegerse a sí mismos por la vía contractual, hay una diferencia significativa entre los límites a la distribución de utilidades acordadas contractualmente, según la sociedad deudora tenga altos o bajos niveles de oportunidades de crecimiento (ARMOUR, John, "Legal Capital: An outdated concept?", European Business Organization Law Review 5, 2006, pág. 17).

sociedad anónima no sólo se advierte en la Argentina. En nuestro país es notorio que hay desconfianza y que invertir en participaciones societarias es algo que en general tiene muchos riesgos.

Debemos tener presente que en el momento de decidir sobre la distribución de los dividendos es conveniente ajustar todos los conceptos y pautas para la preservación del capital social para que la sociedad no quede infracapitalizada-infrapatrimonializada, situación lamentable a la cual hicimos referencia oportunamente.

Creemos que en su mayoría, se deben distribuir las ganancias liquidas y realizadas a los socios, permitiendo el crecimiento de la sociedad, sin que la misma se quede sin dinero en la caja o en efectivo y sin que pierda su patrimonio.

Conflictos entre los socios. La situación de quienes participan como socios en una sociedad, suele ser muy distinta. Es probable que pudieran tener en mira diferentes intereses o que tuvieran particularidades que los diferenciaran. Están los socios o los accionistas que sólo buscan colocar su capital y también los meros especuladores¹⁴¹.

Siguiendo la doctrina italiana, se puede distinguir entre los socios que invierten sus ahorros en el capital social con el fin de obtener una renta periódica de su inversión –accionistas ahorradores- y los que además pretenden implicarse en la gestión social a los que se llaman accionistas empresarios¹⁴².

¹⁴¹ Ver DÍAZ ECHEGARAY, José Luis, El Derecho a Participar en los Repartos de las Ganancias Sociales, pág. 92. Citando a José de la Vega. Ed. Thomson, Aranzadi Madrid 2006. En el Siglo XVII José de la Vega resalta situación diferenciando entre los accionistas que buscan colocar su capital y los especuladores. A los primeros los denomina **principes de la renta preocupados tan solo por el fruto** (los dividendos) de su inversión y dentro del segundo grupo **distingue a su vez entre (los mercaderes y los especuladores)**

¹⁴² DÍAZ ECHEGARAY, José Luis, El Derecho a Participar en los Repartos de las Ganancias Sociales, pág. 93. Citando a Garrigues, Ed. Thomson Aranzadi, Madrid, 2006. De esta forma en el derecho Italiano, Garrigues manifiesta que "...mientras que el **pequeño accionista** aspira a **tener altos dividendos en plazo corto**, el **gran accionista** tiende a conseguir la **estabilidad del beneficio** contentándose con beneficios quizás exigüos, mientras el uno no mostrará intereses en la constitución de reservas voluntarias y aun será opuesto a ellas, el otro procurada asegurar la

La situación se complica aún más, cuando se trata de grupos societarios. En relación a los mismos, suelen primar el interés de las sociedades del grupo –especialmente el de la controlante- por sobre el interés de los accionistas externos a ajenos al mismo.

En las sociedades cerradas también se advierte el conflicto entre los diferentes socios. Los que no participan de la gestión social reciben beneficios de la sociedad solamente con la distribución de las utilidades, por el contrario los socios que administran el ente perciben además remuneración y otro tipo de beneficios a través de la gestión en la administración como lo referenciamos al momento de tratar la temática de los dividendos encubiertos.

Si se tolera que algunos socios retiren las utilidades de otra forma que no sea en dinero, -como lo manifestara Blanca Uria, mediante dividendos encubiertos- se daría una situación nociva que desnaturalizaría la esencia de la sociedad y produciría situaciones inequitativas.

XVIII. POSIBILIDADES DE ACCIÓN CON LAS GANANCIAS LÍQUIDAS Y REALIZADAS

Son las más comunes:

- A) Compensar con pérdidas de ejercicios anteriores. (art. 71 L.G.S.)
- B) Retribuir a los directores (art. 261 L.G.S)
- C) Constituir reservas (legales, estatutarias, facultativas) (art.70 L.G.S)
- D) Capitalizar las utilidades
- E) Entregar dividendos en acciones.
- F) Pagar dividendos en especie
- G) Dejarlos como resultados no asignados.

continuidad de la sociedad en tiempos desfavorables, mediante la acumulación de beneficios que no se reparten...".

- H) Abstenerse de tratar como punto del orden del día de la asamblea ordinaria la distribución
- I) Entregar dividendos en dinero efectivo.

Los dividendos adquieren existencia legal con la aprobación de la asamblea que decide su distribución.

Como ya se indicara, el socio, en principio, no tiene derecho a percibir las ganancias que arroje el balance. Es necesario que la reunión de socios acuerde la distribución de ellas en concepto de dividendo. Recién en ese momento se perfecciona jurídicamente el crédito al dividendo. A partir de allí el socio pasa a ser un acreedor de la sociedad¹⁴³.

XVIII.a. COMPENSAR CON PÉRDIDAS DE EJERCICIOS ANTERIORES

Conforme con el art. 71 de la L.G.S. ante la existencia de pérdidas de ejercicios anteriores no se puede distribuir utilidades hasta que aquéllas se encuentren totalmente cubiertas. Esta norma se deriva del Código de Comercio y tiene por fin proteger el capital social¹⁴⁴. La postura de nuestro legislador se encontraba de antaño plasmada en el art. 154 del Código de Comercio de 1885 Español¹⁴⁵. La misma corriente legislativa existe en la actualidad, como lo hemos señalado en las diferentes legislaciones. Con esta normativa sólo se pueden pagar dividendos sobre las acciones cuando

¹⁴³ DÍAZ ECHEGARAY, José Luis, El Derecho a Participar en los Repartos de las Ganancias Sociales, pág. 76, Ed. Thomson-Aranzadi, Madrid, 2006. Citando a Garrigues. Manifiesta que en la doctrina española se tiene el mismo criterio.

¹⁴⁴ SUSSINI, Miguel, Los dividendos, pág. 87, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1951.

¹⁴⁵ GARRIGES, Joaquín; URÍA, Jorge, Comentario a la ley de Sociedades Anónimas t. II tercera Ed. Revisada, Corregida y puesta al día por MÉNDEZ, Aurelio y OLIVERA, Manuel, pág. 454, Madrid, 1976. Del Art. 107, se deduce que el beneficio en sentido jurídico mercantil no ha de coincidir necesariamente con el beneficio de la explotación, puede suceder que existen pérdidas de ejercicios anteriores que se deben compensar o beneficios de ejercicios anteriores sin distribuir. El beneficio en sentido mercantil surge de la comparación de dos estados patrimoniales...”.

el valor del activo no sea inferior al capital social o dicho de otra forma sólo se podrá repartir dividendos cuando el patrimonio contable exceda el capital social. Es decir que no se podrá distribuir dividendos – en el derecho Australiano, Español, Chileno, Peruano, Uruguayo, Colombiano, Mexicano y Brasileño si no se sanearon las pérdidas anteriores¹⁴⁶. Nuestra normativa es similar.

XVIII.b. RETRIBUIR A LOS DIRECTORES:

El Art. 261 de la L.G.S. establece parámetros para la determinación de los honorarios de los directores, dependiendo de la decisión social de la distribución de las utilidades en concepto de dividendos.

La pregunta que nos formulamos, es entonces, ¿La normativa del Art. 261 de la ley general de sociedades permite o admite que la sociedad no distribuya las utilidades? ¿Esta norma está modificando todos los principios establecidos en el Art. 68 y 70 de la ley? Por el contrario ¿Resulta complementaria de la misma para determinar un tema específico y concreto que es la remuneración de los directores?

Creemos, que esta norma se debe compatibilizar con el Art. 70 de la L.G.S., es decir que es la asamblea la que detenta la potestad sobre la decisión de la distribución de ganancias liquidas y realizadas. De esta forma los socios son los únicos que pueden decidir omitir la distribución de las utilidades. Consideramos, por ende, que mientras que se encuentren en la sociedad son propiedad de esta. Pensamos, que el Art. 261 de L.G.S. viene a complementar las normas del artículo 68 y 70 de L.G.S, es decir que solamente se puede decidir la no distribución de utilidades si se cumplen los requisitos de dicha norma o si se decide un aumento de capital social en cuyo caso, como ya lo indicáramos, los socios tienen la posibilidad de ejercer el derecho de receso. Por ello creemos, la referida mención del Art. 261 de la L.G.S. no modifica la normativa, por el contrario, la integra.

¹⁴⁶ Ver las legislaciones citadas en el capítulo de distribución de utilidades. (ver notas 354/376).

XVIII.c. CONSTITUIR RESERVAS

Como lo indicáramos las reservas establecidas en nuestra legislación son las legales, estatutarias y facultativas.

Las estatutarias y las facultativas deben ser razonables y corresponder a una prudente administración.

A los efectos de tratar la constitución de reservas facultativas es algunos supuestos se debe convocar a asamblea extraordinaria para tratarlas. También se puede dar la situación en la que la asamblea ordinaria apruebe el balance y la extraordinaria la constitución de reservas, contando con las mayorías agravadas que indica la legislación se pueden constituir reservas facultativas sin limitaciones objetivas.

Atento ello, consideramos, **-como lo expresamos oportunamente en una ponencia-** que los accionistas se encuentran mucho más protegidos ante la decisión asamblearia que decide aumentar el capital social que ante la decisión de constituir reservas facultativas o estatutarias. En el primero de los casos -cuando la decisión fuera adoptada por asamblea extraordinaria e implicara un desembolso para el accionista- se reconoce el derecho de receso al socio disidente. No es así en el segundo de los supuestos (cuando se decide constituir reservas facultativas). En tal caso, los accionistas deben permanecer en la sociedad. Es ostensible que la protección jurídica de los mismos es insuficiente¹⁴⁷.

¹⁴⁷ BARRAU, María, Inconsistencias Legales entre las Reservas Facultativas y Entrega de Dividendos en Acciones -Capitalización de Utilidades, t. III, pág. 405, XI Congreso Argentino de Derecho Societario y VII Congreso Iberoamericano de derecho societario y de la empresa, 2010.

XVIII. d. CAPITALIZAR LAS UTILIDADES

En este caso los directores proponen a los accionistas que esas ganancias líquidas y realizadas se capitalicen y por ende que no se distribuyan entre los mismos. Los accionistas nunca llegan a tener derecho al dividendo porque falta la decisión asamblearia que decide su distribución. En lo sustancial, vemos que hay una semejanza con el caso de desembolso por parte del accionista porque se le está obligando a capitalizar algo que se le podría haber entregado en concepto de dividendo. Por ende consideramos que correspondería otorgarle derecho de receso (Art. 245 de la L.G.S.). Pensamos que en la capitalización de ganancias se sintetizan en un solo acto dos decisiones sociales de importancia crucial. Una es la resolución de distribuir utilidades como dividendo a los accionistas, situación que hace que los accionistas pasen a ser acreedores de la sociedad y la otra la que decide el aumento de capital social. Por ello, creemos que a los accionistas ante la decisión de distribuir los dividendos -primera decisión- se les debe reconocer el derecho de retirarlos. Que ese dinero egrese del patrimonio social para ingresar al particular del accionista. Creemos que frente a la segunda decisión social, que resuelve el aumento de capital que en los hechos implica solicitar nuevos aportes de los socios, se debe otorgar a los mismos la posibilidad de ejercer el derecho de receso. Que se encuentren sintetizadas en un solo acto las dos decisiones esenciales referidas, no puede ser óbice para que se reconozca a los socios la posibilidad de ejercer el derecho de receso que consagra el Art. 245 de la L.G.S. porque el mencionado, a nuestro entender, constituye un supuesto de desembolso para el accionista.

Para actuar de esta manera, **los directores deben explicar en la memoria las causas por las cuales se decide la distribución de dividendos de otra manera que en efectivo**, (art. 66 inc. 4), y cumplir con los requisitos y las proporciones que indica el art. 189 de la L.G.S. La jurisprudencia ha dicho que es a cargo de quien impugna la decisión

asamblaría demostrar la irracionalidad de la decisión social relativa a la capitalización de dividendos¹⁴⁸.

XVIII.e. ENTREGAR DIVIDENDOS EN ACCIONES

En este supuesto, la asamblea decide entregar los dividendos pero en lugar de hacerlo en dinero, en acciones.

El Art. 66 inc. 4, de la Ley General de Sociedades establece la obligatoriedad de consignar en la Memoria las causas por las cuales se propone la constitución de reservas o el pago de dividendos o la distribución de utilidades en otra forma que en efectivo. Pensamos, que los socios también en esta situación, se encuentran legitimados para ejercer el derecho de receso. La Jurisprudencia ha admitido esta solución¹⁴⁹.

Hemos manifestado en un trabajo anterior, que para no distribuir las ganancias líquidas y realizadas y afectarlas a reservas facultativas, se le exige a la sociedad la justificación de su razonabilidad, una prudente administración y mayorías agravadas. Ésta es una decisión temporal susceptible de reversibilidad al año siguiente. Sin embargo, si la sociedad decidiera la no entrega de las utilidades líquidas y realizadas y su capitalización o la distribución de los dividendos en acciones, solamente se le exigiría su expresión en la memoria. Esta última situación es más dañosa para el accionista. Las ganancias líquidas y realizadas que se capitalizan nunca han llegado al patrimonio del accionista y no saldrán del patrimonio social mientras el ente se encuentre vigente a excepción de los escasos supuestos de reducción de capital. Las ganancias líquidas y

¹⁴⁸ SAUNIR Roberto V c/Casa de las Juntas SA, CN Com Sala B, pág. 292, ED115.

¹⁴⁹ L.L. 1985 B, pág. 565. Sala E, “ No corresponde declarar la nulidad del pago de dividendos en acciones, no prohibido en el estatuto si los impugnantes no han descalificado suficientemente el argumento razonable que justifique ese modo de pago, esto es la necesidad de preservar a la sociedad del perjudicial endeudamiento financiero, pues el interés del socio no puede juzgarse absolutamente ajeno al interés social.

realizadas que no se distribuyeron y se afectaron a reservas facultativas pueden en algunos casos, ingresar al patrimonio del accionista si la sociedad decidiera luego distribuirlas. Como dijéramos las reservas facultativas no integran el capital social. Se puede afirmar que los accionistas se encuentran en mejores condiciones y más protegidos frente a la realización de reservas facultativas que ante supuestos de entregas de dividendos en acciones o de capitalización de utilidades¹⁵⁰.

También consideramos, como lo manifestamos en el punto anterior, de entregar dividendos en acciones, nos encontramos ante un supuesto donde se daría lugar a los socios o accionistas a ejercer el derecho de receso que consagra el Art. 245 de la L.G.S. Toda vez que en este caso -en lo sustancial- se sintetizan tres resoluciones assemblearias, la decisión de entregar dividendos a los socios o accionistas, la decisión de aumentar el capital social y la decisión que dichos dividendos se entreguen en acciones.

XVIII.f. PAGAR DE DIVIDENDOS EN ESPECIE

Nissen considera que es inadmisibles el pago de dividendos en especie y que la mención de la ley en el art.65 inc. 4 (disponiendo que los administradores en la memoria deben informar a los socios o accionistas las razones por las cuales proponen el pago de dividendos o la distribución de ganancias en otro modo que no sea en efectivo), se está refiriendo al pago de dividendos en acciones, es decir capitalizar los dividendos¹⁵¹.

Nosotros, por el contrario, consideramos viable la existencia de la posibilidad, que la sociedad ofrezca a los accionistas entregar dividendos

¹⁵⁰ BARRAU, María, Inconsistencias Legales Entre Las Reservas Facultativas y Entrega de Dividendos en Acciones -Capitalización de Utilidades, t. III, pág. 405, XI Congreso Argentino de Derecho Societario y VII Congreso Iberoamericano de derecho societario y de la empresa, 2010.

¹⁵¹ NISSEN, Ricardo A., Ley de Sociedades Comerciales, t. I, pág. 732, Ed. Astrea, Buenos Aires, 2010. VÍTOLO, Daniel Roque, Sociedades Comerciales ley 19550 comentada, t. II, pág. 77, Ed Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 2007.

que no sean en efectivo, siempre que por alguna causa excepcional cuente con bienes y no dinero para poder distribuir.

XVIII.g. DEJAR LAS GANANCIAS LÍQUIDAS Y REALIZADAS COMO RESULTADOS NO ASIGNADOS

Es usual que los directores propongan a la asamblea la no distribución de las ganancias líquidas y realizadas y que se dejen en la sociedad como resultados no asignados o a cuenta nueva o aplicando otra denominación que quisieran asignarle. Dichas ganancias quedan en una cuenta del patrimonio neto y en este caso carecen de un destino final; su aplicación queda librada a cada nueva asamblea anual¹⁵².

La ley de sociedades admite dicha posibilidad en el art. 63 apartado II inciso b y d. Específicamente manifiesta que se debe consignar en el Balance dentro del capital "... las utilidades de ejercicios anteriores..." y todo otro rubro que por su naturaleza corresponda ser incluido en las cuentas de capital, reservas y resultados...". Los resultados no asignados, revisten el carácter de mayor transitoriedad que la constitución de reservas.

Conforme la Resolución Técnica Número 9 del Consejo Profesional de Ciencias Económicas, los Resultados no asignados son una ganancia líquida y realizada a la que no se le asignó ninguna función específica.

Los resultados no asignados se componen tanto de pérdidas como de beneficios acumulados. Pueden corresponder a ejercicios anteriores o al que esté en curso. La denominación se origina en el hecho que el órgano de gobierno no ha decidido su destino.

¹⁵² Ver HALPERÍN, Isaac, OTAEGUI, Julio C. Sociedades Anónimas, pág. 417, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1998. SUSSINI, Miguel, Los dividendos pág. 124, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1951. Sussini considera que el sobrante de un ejercicio no es una reserva y la asamblea siguiente puede decidir su distribución. SUSSINI, Miguel Los dividendos pág. 122, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1951. "...son sumas a las que se ha aplazado su imputación, es decir que los socios no han decidido aún el destino de la misma por lo que no revisten el carácter de capital ni de rédito...".

Nissen, cita a Fowler Newton en relación a la resolución técnica número uno de la FACPCE quien sostenía "... **que las ganancias diferidas son aquellos resultados que de acuerdo a prácticas arraigadas no se incluían en las ganancias del período, por estimarse que aún le faltaba algún requisito para su concreción. Por ejemplo las ganancias por tenencia de moneda extranjera...**"¹⁵³, tal como lo indicáramos en el capítulo II tema V c). Contrariamente a lo postulado por Nissen, Cabanellas de las Cuevas admite que dentro de este rubro se contabilicen los resultados no asignados y aquellos en los cuales su distribución se ha restringido por razones legales, contractuales o decisiones de los socios¹⁵⁴. En la resolución 12/86 de la Inspección General de Justicia se admitía expresamente la existencia de resultados acumulados en los estados contables.

En el año 1979 la Cámara Comercial de la Ciudad de Buenos Aires en los autos Mihura, Luis c. Mandataria Rural, S. A. (**Ver La Ley Online; AR/JUR/5039/1979 sala D 26/12/1979**) se expidió a favor de la obligatoriedad de la distribución de todas las ganancias que se habían asignado a cuenta nueva¹⁵⁵.

¹⁵³ NISSEN, Ricardo A., Las Sociedades Comerciales, t. I, pág. 706, Ed. Astrea, Buenos Aires, 2010.

¹⁵⁴ CABANELLAS DE LAS CUEVAS, Guillermo, Derecho Societario Contabilidad y Documentación Societaria, t. VII, pág. 132, Ed. Heliasta, Buenos Aires, 1999.

¹⁵⁵ En el año 1979 la Cámara Mihura, Luis c/ Mandataria Rural, S. A. publicado en La Ley Online; AR/JUR/5039/1979 sala D 26/12/1979, se expidió a favor de la obligatoriedad de su distribución con los siguientes términos "es válido sentenciar que de una vez para todas sea dispuesta la aplicación natural de las ganancias acumuladas de ejercicios anteriores cuyo destinatario es el aportante del capital merced al cual fueran obtenidas. Lo contrario implicaría una expropiación virtual, pues no capitalizadas, ni distribuidas, quedarían "ad eternum" en una especie de repositorio contrario a todo sentido real de la propiedad privada en las sociedades mercantiles El artificio de colocar utilidades en "cuenta nueva" o en "reservas facultativas", significa un arbitrio contable, pero no una decisión. jurídica ni un resultado material. Es inconcebible en el sistema económico dentro del cual se mueva una sociedad anónima y por el cual existe parte de la retención en forma indefinida como "cuenta nueva" o "reservas", la ganancia de una empresa comercial. Si tal proceder prosperara, el sistema jurídico que lo autorizara así no se distinguiría en nada de la más absoluta expropiación de todos los bienes; porque a esto se ha querido llevar el patrimonio de los socios cuya utilidad nunca era entregada. Cámara Nacional de Apelaciones en lo

La Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial de Mar del Plata, en autos “Barcio c/ Hotel Las Rocas,” sostuvo que “La única manera de diferir la distribución de ganancias entre los socios, conforme a los claros parámetros de la ley 19.550, lo constituye la constitución de reservas libres o facultativas, cuyos requisitos de constitución vienen impuestos de manera imperativa por los arts. 66 inc. 3º y 70 de la ley 19.550, de lo que se sigue que no puede haber retención de ganancias sin afectación específica, porque ello es contrario a la causa del contrato de sociedad y torna ilusorio el derecho esencial de los socios a participar en las ganancias sociales”¹⁵⁶. La Cámara Comercial en los autos Anses c/

Comercial.

¹⁵⁶ Ver Barcio Salvador c/ Hotel Las Rocas S.A. S- Sociedades. Incidente Del Art. 250. I CAMDP.2008/10/16. La Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial de Mar del Plata, en autos Barcio c- Hotel Las Rocas, tuvo oportunidad de expedirse sobre este tema con los siguientes argumentos “El dividendo es propuesto por el directorio, sobre la base del resultado del ejercicio (balance) y de las perspectivas de la empresa, previsibles, según los términos de la memoria. En nuestro derecho, determinada la utilidad resultante del balance aprobado hay que definir hasta dónde puede restringirse el derecho abstracto del socio a que tal utilidad sea distribuida. La ley de sociedades procura amparar el derecho individual de los socios imponiendo pautas de condicionamiento a la voluntad social en el sentido de que toda formación de reservas (esto es, toda indisponibilidad de la utilidad) debe estar fundamentada en la “razonabilidad” y el criterio de la “prudente administración” que compete al juez determinar en caso de conflicto entre socios. El Art. 70 de la ley general de sociedades autoriza la formación de “otras reservas que las legales, siempre que sean razonables y respondan a una prudente administración”, lo que exige su manifestación para el debido control asambleario y su eventual impugnación. Esa manifestación se debe incluir en la memoria en la cual el directorio debe expresar las “razones por las cuales se propone la constitución de reservas explicadas clara y circunstanciadamente. Con los recaudos previstos por el Art. 70 de la ley 19550, la ley persigue impedir la acumulación de reservas en desmedro de los accionistas ajenos al grupo controlante, grupo que obtiene remuneración de su inversión por otras vías (retribución por desempeño de cargos sociales, v.g. -art. 261-), lo que cobra mayor gravedad en las sociedades cerradas, cuyas acciones carecen de un mercado, y así imponen al accionista la enajenación de precio inferior al valor real, para recuperar -aunque sea con pérdida- un capital no fructífero. Sí puede considerarse reservas a toda sustracción del resultado de la explotación para afrontar pérdidas eventuales previsibles, las mismas, con independencia de las clasificaciones contables que puedan hacerse teniendo en cuenta la expresión con que se las individualice en los balances, deben obedecer a las pautas de razonabilidad y prudente administración (art. 70 ley 19.550). La única manera de diferir la distribución de ganancias entre los socios,

Emdersa, asimiló analógicamente el pase de las utilidades a la cuenta “resultados no asignados” con la constitución de reservas voluntarias¹⁵⁷.

En el derecho uruguayo la cuenta resultados acumulados, al igual que en nuestro país, no se encuentra regulada, si bien es frecuente que las sociedades recurran a este método sin ninguna fundamentación, cumpliendo con el dividendo mínimo, viéndose más perjudicados los accionistas que con la constitución de reservas¹⁵⁸. Nissen, considera que sólo mediante decisión asamblearia fundada mediante la cual se disponga retener las ganancias obtenidas por la sociedad se puede privar a los accionistas del derecho al reparto de los dividendos (**salvo constituyendo reservas legales o facultativas con sujeción a las normas del art. 70**)¹⁵⁹. Continúa el autor indicado manifestando que solamente se pueden retener ganancias mediante la constitución de reservas, no puede haber retención de ganancias sin un resultado específico siendo contrario a la causa del

conforme a los claros parámetros de la ley 19.550, lo constituye la constitución de reservas libres o facultativas, cuyos requisitos de constitución vienen impuestos de manera imperativa por los arts. 66 inc. 3º y 70 de la ley 19.550, de lo que se sigue que no puede haber retención de ganancias sin afectación específica, porque ello es contrario a la causa del contrato de sociedad y torna ilusorio el derecho esencial de los socios a participar en las ganancias sociales.

¹⁵⁷ Ver ANSÉS c. EMDERSA, Sala A de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, el 23 de Marzo de 2010, fallo en el cual se asimila analógicamente el pase de las utilidades a la cuenta “resultados no asignados” con la constitución de reservas voluntarias. En este pronunciamiento se ha efectuado una interpretación dinámica del art. 66 inc. 3 LSC en relación con la obligación del directorio de explicar y recomendar fundadamente respecto de la no distribución, total o parcial, de utilidades, ya que la falta de argumentos en tal sentido ha sido valorado como una infracción a la citada norma.

¹⁵⁸ LAPIQUE, Luis, El capital de las sociedades comerciales, segunda edición, pág 35, Ed. Fundación Cultura Universitaria, Montevideo, 2006. “...La decisión sistemática de destinar los resultados del ejercicio a la cuenta “resultados acumulados” sin fundamento y en perjuicio del interés del accionista, podría ser atacada mediante la impugnación de la resolución de la asamblea que al resuelve (art. 365) por el ejercicio abusivo al derecho al voto de los accionistas (art. 324) y en base a la responsabilidad de los directores que son lo que formulan el proyecto de distribución de utilidades (arts. 87 y 391).

¹⁵⁹ NISSEN, Ricardo A., Las sociedades Comerciales, t. I, págs. 746, 755 y 759, Ed. Astrea, Buenos Aires, 2010.

contrato de sociedad¹⁶⁰. La resolución 7/2005 de la IGJ en su art. 272, establece la obligatoriedad de cumplir con los art. 68 y 70 de la L.S. ante la decisión de no distribuir las ganancias y dejarlas en alguna cuenta del patrimonio neto, cualquiera sea la denominación que se le asigne idéntica normativa mantiene el art. 316 de la resolución 7/2015 de la I.G.J.¹⁶¹.

Fuschini considera que el fundamento jurídico de la existencia de la cuenta "Resultados No Asignados" se encuentra en la norma legal¹⁶².

Estamos de acuerdo con Fuschini respecto a que la sociedad puede en algunos casos excepcionales retener las utilidades y no distribuirlas a los accionistas, sin asignarles un destino específico. Sin perjuicio de ello, compartimos lo indicado por Nissen que requiere que en este caso, debe cumplir la sociedad con los requisitos del art. 70 L.G.S. para la constitución de reservas facultativas.

Es notable y se debe destacar que conforme con (Normas Internacionales de Información Financiera (NIIF)), la Inspección General de Justicia establece que conjuntamente a la presentación de los estados contables correspondientes al primer ejercicio en el que se ha de aplicar las Normas Internacionales de Información Financiera (NIIF), deberán: tratar la diferencia positiva entre el saldo inicial de la cuenta "resultados no asignados", expuestos en los estados financieros al inicio de tal ejercicio, en relación con la cuenta "resultados no asignados" al mismo

¹⁶⁰NISSEN, Ricardo A, Ley de Sociedades Comerciales, t. I, pág. 705, Ed. Astrea, Buenos Aires, 2010.

¹⁶¹ La resolución 7/2005 de la IGJ en su art. 272 establece la obligatoriedad de cumplir con los arts. 68 y 70 de la L.S. ante el supuesto de tratar los resultados positivos, cualesquiera sean las denominaciones o calificaciones con que los saldos allí contemplados aparezcan en los estados contables de las sociedades, a cuyo fin -las sociedades por acciones- deberán ser convocadas para realizarse, en su caso, en el doble carácter de ordinarias y extraordinarias y prever especialmente en su orden del día el tratamiento de tales cuestiones. Norma que se mantiene en la actual resolución 7/2015 en el Art. 316.I.

¹⁶² FUSCHIMI, Jorge; RICHARD, Efraín H., Resultados no asignados en la ley de sociedades, pág. 839, LA LEY 2010-B, Como remarcamos, lo injustificable es la constitución o persistencia de reservas libres o resultados no asignados que no se correspondan a una prudente administración en resguardo de la funcionalidad societaria.

momento, bajo las normas contables anteriormente utilizadas, imputándola a una cuenta de reservas, **la que no podrá desafectarse para efectuar distribuciones en efectivo o en especie entre los accionistas de la sociedad. Esta reserva podrá desafectarse exclusivamente, en los siguientes casos: a. para su capitalización o; b). para absorber eventuales saldos negativos de la cuenta "Resultados no Asignados"**.

¹⁶³ Es decir que como consecuencia de la aplicación de las Normas NIIF

¹⁶³ Por otra parte es notable y debe destacarse que (conforme con Normas Internacionales de Información Financiera (NIIF): Sociedades bajo fiscalización especial. Comisión Nacional de Valores. Art. 310.- I " La Inspección General de Justicia establece que conjuntamente a la presentación de los estados contables correspondientes al primer ejercicio en el que se ha de aplicar las Normas Internacionales de Información Financiera (NIIF), deberán acreditar ante este Organismo: a. que la sociedad se sujeta a la fiscalización de la Comisión Nacional De Valores, respecto de la cual la presentante es controlada, controlante, subsidiaria o vinculada, ha presentado sus estados contables, conforme las Normas Internacionales de Información Financiera (NIIF) ante dicho organismo de control y ha cumplido con las pautas para su presentación; b. que ha cumplido con todas las obligaciones establecidas por la normativa de la Inspección General De Justicia. En los primeros estados contables que se presenten conforme este Art., las sociedades incorporarán a aquéllos, nota con conciliaciones de "Patrimonio Neto" y "Otro Resultado Integral", de acuerdo a lo establecido en el párrafo 16, inciso d), de la citada Resolución Técnica N° 26, modificada por la Resolución Técnica N° 29 y, separado de los correspondientes informes a los estados financieros, presentará sendos informes de auditoría y del órgano de fiscalización de la sociedad. Diferencia de saldos. Asimismo, en el primer ejercicio económico en que las entidades adopten las Normas Internacionales de Información Financiera (NIIF), deberán tratar la diferencia positiva entre el saldo inicial de la cuenta "resultados no asignados", expuestos en los estados financieros al inicio de tal ejercicio, en relación con la cuenta "resultados no asignados" al mismo momento bajo las normas contables anteriormente utilizadas, imputándola a una cuenta de reservas, la que no podrá desafectarse para efectuar distribuciones en efectivo o en especie entre los accionistas de la sociedad. Esta reserva podrá desafectarse exclusivamente, en los siguientes casos: a. para su capitalización o; b. para absorber eventuales saldos negativos de la cuenta "Resultados no Asignados". Lo establecido en el párrafo anterior, deberá ser tratado como un punto específico del orden del día de la asamblea de accionistas que trate los estados contables y expuestos adecuadamente en notas a aquéllos. Revalúos técnicos. Las entidades que adopten las Normas Internacionales de Información Financiera (NIIF), conforme la presente Resolución, podrán utilizar el método de revalorización previsto en las NIC N° 16 y NIC N° 40 de aquellas normas —o las que en el futuro las reemplacen—, el que requerirá conformidad previa de este Organismo, sujeta a los requisitos establecidos en el Art. 330.

se estaría modificando este precepto estableciendo que los resultados no asignados dejan de ser susceptibles de distribución a los accionistas para las sociedades en las cuales se aplican.

XVIII.h. ABSTENERSE DE TRATAR LA DISTRIBUCIÓN COMO PUNTO DEL ORDEN DEL DÍA DE LA ASAMBLEA ORDINARIA

Compartimos lo manifestado por Nissen cuando indica que ante la abstención del tratamiento por la asamblea que aprueba la documentación establecida en el art. 234 inc. 1, implica en forma implícita su distribución¹⁶⁴. Como consecuencia de ello consideramos que a partir de la clausura de la asamblea los accionistas tienen derecho a solicitar que se le entreguen los dividendos. Para el supuesto que los mismos no sean distribuidos por la sociedad, podría el accionista entablar una demanda de cobro de pesos en su carácter de acreedor. Creemos, que desde la clausura de la asamblea que omite hacer referencia a la distribución de los dividendos, los mismos deben contabilizarse en el pasivo. Sabemos que esta postura es novedosa y puede ser criticada en diferentes aspectos, pero estamos persuadidos de que es consecuencia de la aplicación de la normativa legal, toda vez que las utilidades se deben distribuir a los accionistas siendo inadmisibles burlar dicha regla con el artilugio de omitir tratar el tema.

¹⁶⁴ NISSEN, Ricardo A, La contabilidad creativa. Algunas reflexiones sobre la cuenta de resultados no asignados del patrimonio neto y otras partidas de los estados contables, LA LEY 2002-D, 180-Derecho Comercial Sociedades Doctrinas Esenciales, t. II, pág 535, Buenos Aires, 2002.

XVIII.i. ENTREGAR DIVIDENDOS EN DINERO EN EFECTIVO

Dejamos para tratar al final la posibilidad de entregar los dividendos en efectivo, siendo esta la forma lógica, normal y habitual para ello. Es decir que consideramos que todas las sociedades deberían entregar o tratar de entregar a los accionistas **en efectivo**, las utilidades liquidas y realizadas de cada ejercicio.

CONCLUSIÓN DEL CAPÍTULO III

1. Consideramos que la distribución de utilidades en concepto de dividendos es un elemento de crucial importancia para el funcionamiento básico de la sociedad.
2. Una forma de financiamiento de la empresa es la retención o no distribución de las ganancias líquidas y realizadas, mediante la capitalización de utilidades, la entrega de dividendos en acciones, la constitución de reservas facultativas o estatutarias y la tan cuestionada cuenta de resultados no asignados.
3. La utilización de alguno de estos mecanismos, implica un sacrificio de los accionistas que se ven privados de las utilidades.
4. Es reconocido que los accionistas, tienen un derecho al beneficio, o sea un derecho potencial al dividendo y un derecho “concreto” con referencia al dividendo que eventualmente se hubiera acordado.
5. Acotando la conclusión, los socios tienen derecho al reparto anual de las utilidades, que surgieran de las ganancias líquidas y realizadas que se desprendieran de los estados contables aprobados por los socios.
6. El derecho al dividendo nace cuando la asamblea decide su distribución en tal concepto. Con anterioridad, aun cuando sean ganancias, forman parte del patrimonio social no le pertenecen al socio.
7. Postulamos que se debe considerar ganancias líquidas a las que resultan netas, una vez descontados todos los gastos que se hubieran realizado para producirlas y las posibles disminuciones que pudieran acontecer. **Creemos que para que exista ganancia líquida, -pese a que dicha expresión puede inducir a una distinta interpretación- no es necesario que exista liquidez.** Es decir no es necesario que el dinero se encuentre en la sociedad en bienes líquidos. Pero opinamos que **sí es necesario que exista una**

expectativa de ingreso de dinero a la sociedad dentro de los doce meses de cerrado el ejercicio, es decir que surgiera de una operación con terceros respecto a la cual se hubiera percibido el pago o que se debiera percibir dentro del año de cerrado el ejercicio, plazo dentro del cual los administradores deben llevar a cabo, o sea concretar, la decisión social de distribución de dividendos.

8. En nuestra opinión se debe diferenciar el concepto de beneficio, frente al de ganancia líquida y realizada. En un sentido amplio, **sería “Beneficio” para la sociedad y por ende distribuible en algún momento para los socios, “todo incremento patrimonial resultante de operaciones con terceros o actividades internas.”** Lo expresamos de esta manera porque aseveramos que no todo beneficio se debería calificar como ganancia realizada. Sólo se configuraría la misma, es **decir la ganancia realizada, si existiera un incremento patrimonial resultante de operaciones serias con terceros.** Estamos convencidos de que esta diferenciación se debe profundizar analizando las normas contables y las jurídicas. De lo contrario, se correría el riesgo de distribuir entre los socios, dinero que la sociedad todavía no habría hecho efectivo y que tampoco se habría devengado. En tal caso, se estaría distribuyendo anticipadamente el patrimonio social, llevando inexorablemente a la sociedad a la infrapatrimonialización y por ende a un inevitable proceso de reducción de su capacidad comercial y empresarial, perjudicando a los terceros (**a los acreedores, empleados y a los demás sujetos vinculados al giro empresarial**). Una práctica irregular como la descrita, expondría a los administradores y socios a posibles acciones de responsabilidad por infracapitalización-infrapatrimonialización societaria.
9. **El resultado de un período, a nuestro criterio, en principio sería la variación operada en el patrimonio de un ente a lo largo de dicho lapso. Pero esto no basta para definir el concepto. Además, dicha variación no debería haber sido generada por**

transacciones con los propietarios, ni tampoco consistir en un incremento patrimonial resultante de una mera valorización o derivada sólo de etapas que el proceso productivo del bien sin haber salido del patrimonio de la sociedad. . Resumiendo: para nosotros es importante tener en cuenta, que no toda valorización se debería considerar una Ganancia Repartible.

10. Las reglas que rigen la técnica contable imponen el criterio de lo devengado. Sin embargo, consideramos que las ganancias devengadas no son ganancias realizadas y líquidas. Por tanto, **no todas las ganancias que exhibiera un Estado de Resultados serían distribuibles.**
11. Desaprobamos la constitución de reservas ocultas. Por similares razones, consideramos que se encuentra prohibida la distribución de dividendos encubiertos.
12. Estamos persuadidos de que los socios tienen el derecho de retirar anualmente sus utilidades. Sostenemos categóricamente que este derecho es inderogable y que no se puede renunciar anticipadamente ni siquiera por un instrumento separado, o por una cláusula estatutaria.
13. El meollo del problema se centraría en determinar con precisión cuáles serían las ganancias reales en los estados contables. Por ende, si se lograra esto, sería positivo para los socios o accionistas y no habría inconvenientes para los acreedores o terceros que contrataran con la sociedad porque las sociedades estarían capitalizadas y solamente distribuirían anualmente a los socios los beneficios que efectivamente fueran generados en el ejercicio que correspondiera. En virtud de lo dicho, estamos convencidos de que si se lograra transparentar y reflejar mediante normas contables y jurídicas adecuadas las verdaderas utilidades, se reduciría la importancia de las demás previsiones.
14. En nuestra legislación no se pueden distribuir dividendos si existen pérdidas por ejercicios anteriores. Con anterioridad a la distribución de dividendos se deberían constituir reservas legales,

permitiéndose las estatutarias o las facultativas. Se podría omitir la distribución de dividendos capitalizando las utilidades o entregando dividendos en acciones. Sin embargo, recomendamos una reforma de la L.G.S. porque no vemos motivo para dejar de lado las previsiones que el legislador ha estructurado para el caso de la constitución de reservas facultativas. Por eso, para capitalizar ganancias o repartir dividendos en acciones, la ley debería exigir similares recaudos. Frente a estas circunstancias, creemos que el criterio siempre debería ser favorable a la distribución de dividendos. Por eso, cuando hubiera ganancias pero se omitiera decidir la distribución de las mismas, se debería interpretar como principio que hubo una resolución positiva de cumplimiento exigible por parte de los socios o accionistas.

CAPÍTULO 4

CONCLUSIÓN GENERAL DEL TRABAJO

Luego del análisis de algunas instituciones basales del Derecho Societario, resulta claro que hay muchas controversias y distintas interpretaciones que se deberían dilucidar. Es fundamental que se consensó en temas vertebrales que haya pautas indiscutibles respecto a la noción de capital social, a la de infrapatrimonialización. Que se precise la naturaleza y la composición de los estados contables, de las normas que los rigen, de las utilidades, de las ganancias, delimitar respecto a las mismas el concepto de liquidez y de “realización”. Asimismo, es urgente revisar con criterio pragmático y realista el criterio de “lo devengado”, determinar qué significan las ganancias extraordinarias, o las reservas ocultas. Todo esto no sólo con intención científica o académica, sino práctica y hasta patriótica, con la finalidad de buscar las vías para satisfacer la necesidad de crecimiento de toda sociedad sana, de ver cómo facilitar su posicionamiento en el mercado y cómo hacer posible que los socios puedan retirar las utilidades que tienen derecho a percibir. Luego de la descripción de múltiples problemas implicados, creemos que corresponde pasar a referir cuáles son las conclusiones “finales” de nuestro trabajo.

Lo más importante de la problemática, -creemos nosotros- sobre las ganancias liquidas y realizadas y por ende sobre la distribución de dividendos, se centra en resolver los siguientes interrogantes:

I. ¿Deben resultar de operaciones con terceros o de meras reevaluaciones o incrementos contables u operaciones internas?

II. ¿Deben resultar de verdaderos ingresos de dinero o basta su devengamiento?

III. ¿La sociedad debe tener liquidez, es decir flujo de caja, o se debe endeudar para distribuir utilidades?

IV. ¿Se debe tener en consideración la situación financiera de la sociedad?

V. ¿Se debe prestar atención al análisis de la posible infracapitalización- infrapatrimonialización?

VI. ¿Se puede tener en consideración los proyectos de inversión para limitar la distribución de dividendos?

VII. ¿Se pueden distribuir utilidades sobre ganancias extraordinarias?

VIII. ¿Se puede considerar determinante la decisión de la mayoría de los socios o accionistas?

A LOS EFECTOS DE UN BUEN ORDEN DE EXPOSICIÓN CONSIDERAREMOS CADA UNA DE LAS PREGUNTAS POR SEPARADO.

I. ¿DEBEN RESULTAR DE OPERACIONES CON TERCEROS O DE MERAS REEVALUACIONES O INCREMENTOS CONTABLES U OPERACIONES INTERNAS?

Esta problemática fue analizada al tratar el tema de ganancias realizadas. Allí dijimos que para que se pudieran distribuir dividendos a los accionistas, las ganancias debían provenir de operaciones con terceros. Manifestamos, que si se admitiera la distribución de dividendos que no surgiera de operaciones con terceros, nos encontraríamos ante beneficios patrimoniales que no revestirían el carácter de ganancias liquidas y realizadas y que por ende no serían repartibles.

Aún cuando analizando el patrimonio, se pudiera hacer ostensible un resultado positivo, sólo podría ser una apariencia. El mismo se podría exteriorizar sólo en razón de la tenencia de ciertos bienes. En este caso, no existiría un verdadero incremento patrimonial. Por ende, no existiría en la

realidad un “resultado repartible”. Es crucial advertir en estos casos cuando las variaciones son únicamente por tenencia, sin que la sociedad hubiera aumentado sus bienes, si se repartieran dichos “supuestos” incrementos entre los socios, en los hechos se estaría distribuyendo parte del patrimonio social. Los administradores estarían violando sus deberes de conducta porque la consecuencia sería que afectarían directa el patrimonio de la sociedad. No es necesario volver a explicar cuáles serían los perjuicios para el interés social, para los terceros y también para el estado en general.

En otros supuestos se configuran verdaderos incrementos patrimoniales, que se encuentran dentro de la empresa, pero que aún no se han efectivizado, es decir que no se han traducido en dinero u operaciones que impliquen un ingreso de dinero. Se trata de rubros, que en un futuro, podrían llegar a constituir una utilidad repartible pero que no lo son al momento del cierre del ejercicio, toda vez que no se han trasladado en dinero. Aseveramos firmemente que estos resultados positivos, no se deberían considerar ganancias líquidas y realizadas y que por ende no serían distribuibles mientras no surgieran de operaciones serias con terceros.

Nos preguntamos, por ejemplo, cómo se podría distribuir dividendos en dinero a los accionistas cuando la sociedad tuviera en su patrimonio sólo una existencia de terneros no vendidos, o de cereales en los silos o el mayor valor de la moneda extranjera o el de las acciones en cartera, o el de los bienes de cambio. Este razonamiento es aplicable asimismo al valor de las mercaderías que se hubieran producido y que no se hubieran transferido a terceros o por ejemplo, respecto de las chapas que se fabricaran. Imaginemos un supuesto: que se tuviera una explotación agropecuaria en la cual el ejercicio cerrara el 31 de diciembre. Si a dicha fecha hubieran nacido 100 terneros y 100 novillos que hubieran ganado 60 kilos cada uno de ellos. Esto se debería contabilizar como una ganancia porque el devengamiento se habría producido en el ejercicio cerrado. Sin embargo, la misma no sería realizada porque no dependería de una operación con terceros. Otro caso a considerar: podría haber una existencia de soja sembrada que todavía no hubiera sido cosechada, o trigo a

cosechar el 2 de enero del ejercicio siguiente. Con el mismo criterio tampoco se podría considerar que fuera ganancia líquida y realizada la tenencia de un bien para la venta que hubiera aumentado su valor. Es lo que sucedería, por ejemplo, con los productos que se adquirieran en el exterior y cuya valuación siguiera la cotización del dólar (**Es el supuesto de productos electrónicos o de computación**). Algo similar sucedería con los aumentos patrimoniales que fueran consecuencia de variaciones en la moneda extranjera de la cual la sociedad fuera propietaria. Por ejemplo, si la sociedad tuviera dólares en su activo al 30 de noviembre del 2015 y los mantuviera hasta el 31 de diciembre del 2015, si se diera una variación superior al 30 % en dicha moneda por el periodo indicado, ¿esto sería ganancia líquida y realizada? Entendemos que no. Compartimos con Casinelli, que los bienes se valúan distorsionando el concepto de ganancia líquida y realizada.

En estos casos, es verdad que existiría un incremento del patrimonio, que en sentido lato podríamos calificar de beneficio. Pero no de ganancia. Esta es la conclusión vertebral que sostenemos y que constituye la médula de nuestra propuesta. Sin embargo, en las actuales condiciones legales y contables de la Argentina, los referidos, serían incrementos patrimoniales que aparecerían en los estados contables como una ganancia. Peor aún: aparecerían como ganancias realizadas y líquidas. Frente a esta situación afirmamos en forma categórica que **sería jurídicamente incorrecto proponer su distribución a los accionistas**. Es esencial que se aplique un criterio basado en la realidad y en el sentido común. Postulamos que se deben diferenciar en los estados de resultados, los beneficios de la sociedad derivados de incrementos patrimoniales, diferenciándolos de las variaciones atribuibles a la obtención de ganancias líquidas y realizadas de verdad, o sea de aquéllas que realmente se pueden calificar de ese modo, conforme con las pautas que postulamos se deben aplicar. Lo enfatizamos: sólo las “verdaderas” ganancias realizadas se deberían distribuir entre los socios en concepto de dividendos, como lo manifestaran Garriges, Malagarriga, Uría y de Gregorio. Obrar de otro modo es actuar ignorando a la realidad, es perjudicar a la sociedad, es “inventar” ganancias. Ya sabemos lo nocivo que es desatender los datos

reales. En nuestro país estamos pagando cotidianamente las consecuencias. Si se quiere un ejemplo, basta pensar en el impuesto a las ganancias que exige la AFIP por diferencia de valor de un inmueble que una sociedad vende, sin que le importe a sus funcionarios que los parámetros iniciales puedan ser irreales. Son actitudes expoliatorias, verdaderas confiscaciones que los argentinos sufrimos todos los días, inermes frente a concepciones artificiales que frenan el desarrollo, desalientan la inversión y permiten calificar a nuestros gobernantes -como mínimo- de “distraídos” e “indiferentes”.

Nuestra conclusión es que todo incremento patrimonial que se derive como consecuencia de cuestiones contables, cambio de valores de los bienes, modificaciones contables, cambio de valores como consecuencia de los procesos productivos, no se pueden considerar como ganancia distribuible y se deberían diferenciar en los estados contables de manera clara, concreta, precisa y contundente para que los socios y terceros conocieran dichas circunstancias.

Reiteramos que si se llevara a cabo una distribución como la que consideramos impropio, se pondría en riesgo el capital social, entendido como capital patrimonial del cual nos hablaba Otaegui.

Todo ello se ve aún mucho más distorsionado en economías, inflacionarias o con variaciones importantes en los precios porque las distribuciones producirían modificaciones sustanciales en el patrimonio. Esto es lo que sucedería si se distribuyera como ganancia líquida y realizada la diferencia de valor de las mercaderías para la venta, o de los bonos, acciones o moneda extranjera. Se reitera que esto significaría una distribución o afectación del patrimonio social y por ende un perjuicio al capital social y en definitiva para los acreedores y también para los socios. Desde la actual terminología contable, -existe ganancia en la medida que se produce un incremento del patrimonio **no generado** por transacciones con los propietarios. Situación que es aplicable, y que nosotros consideramos aceptable con las diferenciaciones que realizamos en el párrafo siguiente. Por tanto, sostenemos que se debería segregar e informar por separado, cuál sería la ganancia proveniente de transacciones con terceros y cuál la generada por otros hechos. Sólo la primera se debería

calificar de “realizada.” Creemos que esta solución es más simple que la indicada por De Gregorio, al establecer que se deben valorar los bienes al VNR para determinar el valor patrimonial de la empresa y al valor de costo para distribución de utilidades. Si entendemos por líquida la que se ha convertido en efectivo, aun siendo proveniente de transacciones con terceros, es factible que a la fecha de cierre de un ejercicio que se estuviera informando aún no se hubiera convertido en efectivo y por ende no fuera líquida, pero lo sería en el momento de su conversión. (Ejemplificando, se podría mencionar la venta de mercaderías que se cobrara a los 180 días posteriores al cierre o se pactara que se cobrara con bonos como ha ocurrido con deudas de la provincia de Bs As.) En cambio, las ganancias provenientes de cambios en los valores de los bienes o de incrementos por crecimiento natural, no serían ganancias realizadas ni liquidadas hasta tanto no se generara una transacción con terceros. Pero aun así serían incrementos patrimoniales y por ende, ganancias desde el punto de vista contable. Los casos de incrementos patrimoniales de moneda extranjera, ganado, etc. no provendrían de transacciones con terceros, pero serían informados como ganancias en los estados contables, situación demostrativa de que el actual sistema contable admite que en la práctica se cometan graves errores en el planteo de la información. Como ya lo advertimos, esta postura es diferente de la aplicable en los Estados Contables conforme las normas de contabilidad existentes, es decir que lo que proponemos implica una postulación que requiere una distinta formulación en la forma de exposición de los estados contables.

II. ¿DEBE RESULTAR DE VERDADEROS INGRESOS DE DINERO O BASTA SU DEVENGAMIENTO?

Este es otro tema central, la sociedad contabiliza las ganancias líquidas y realizadas en los estados contables, desde su devengamiento. Es decir que si se vendieran las chapas fabricadas en la empresa o las semillas que se cultivaran el 30 de diciembre a pagar en 180 y 360 días y el ejercicio cerrara el 31 de diciembre, se contabilizaría la venta de las chapas y por otro lado un saldo deudor a favor de la sociedad. Desde el punto de vista económico aparecería reflejado un beneficio por la venta de las chapas, el cual no se habría percibido todavía. El cobro recién se produciría a los 180 y 360 días. Es decir que si bien se tendría un beneficio, el mismo no sería distribuible entre los socios, **simple y sencillamente porque el dinero no habría entrado en la sociedad.** ¿Cómo se haría para distribuir algo que aún no habría sido obtenido? ¿Cómo se distribuiría un dinero aún no percibido? Sabemos que nuestra postulación puede ser objeto de crítica porque podría llevar a los administradores a realizar maniobras para evitar distribuir dividendos a los accionistas, vendiendo a más largo plazo de lo común. Pero no es fácil mantener este tipo de argucias durante mucho tiempo. Se debería dejar bien establecida y aclarada en los estados contables, la forma de llevar a cabo esta operatoria. Si se advirtiera una inadecuada utilización de esta metodología, se podría denunciar que sería perjudicial para los accionistas o socios. En tal caso, los administradores podrían ser responsabilizados por esos actos o circunstancias. Opinamos que no basta el devengamiento, concordamos con Fowler Newton y Fushimi en que todos los resultados realizados están devengados en el periodo de realización o en uno anterior pero que no todos los resultados devengados están realizados. Por ello, consideramos que se podrían llegar a incluir a los efectos de determinar las ganancias líquidas y realizadas de un ejercicio, solamente las transacciones cuyo cobro se realizara dentro del siguiente ejercicio, estableciendo dicho salvedad en los estados contables, de manera que al momento de aprobarse su distribución se tuvieran en consideración estos

elementos para establecer el plazo de la misma. **De esta forma, si surgiera una ganancia líquida y realizable sería de percepción dentro del ejercicio en el cual se debiera proceder a su distribución.** Como advertimos esta postura es diferente de la aplicable con respecto a los Estados Contables conforme las normas de contabilidad existentes, es decir que lo que propugnamos difiere de la forma usual de exposición en los estados contables.

III. ¿LA SOCIEDAD DEBE TENER LIQUIDEZ, ES DECIR FLUJO DE CAJA, O SE DEBE ENDEUDAR PARA DISTRIBUIR UTILIDADES?

Otro tema no menor es si para la distribución de utilidades la sociedad debe tener liquidez, dinero en la caja o por el contrario se debe endeudar para poder distribuir las utilidades. La ley habla de utilidades líquidas y realizadas. Por eso nos enrolamos en la postura que manifiesta que la utilidad líquida es la que resulta de la diferencia del precio de venta con el precio de costo. Es decir que consideramos que conforme con la ley para que haya utilidad líquida no es necesario la existencia de liquidez, es decir no es necesario que el dinero se encuentre en caja, sin perjuicio de que debe ser de un cobro cercano. Creemos que deben surgir de operaciones serias con terceros con fondos percibidos o de percepción dentro del siguiente año, como lo indica la legislación Ecuatoriana. Compartimos con Fushimi que los administradores no tienen las ganancias de las sociedades en la caja o en el banco esperando que cierre el ejercicio. Normalmente, los administradores las invierten y hacen que produzcan mayores utilidades. Esto es lógico, coherente y se corresponde con la conducta de un buen hombre de negocios. Por otro lado, también los administradores societarios conocen que la sociedad es de los socios, que están administrando dinero ajeno, que cuando llegue el fin del ejercicio deberán distribuir los dividendos a los accionistas de acuerdo a lo que éstos resuelvan. Los administradores deben pensar que son simples funcionarios de los socios, que si bien deben preservar el interés social y

actuar como buenos hombres de negocios, no pueden desproteger a los accionistas. Por ello, creemos que así como pueden guardar dinero líquido en la caja todos los meses para pagar sueldos, cancelar créditos de los proveedores, realizar las compras necesarias y abonar impuestos y servicios, también deben prever que al fin del ejercicio los accionistas tendrán derecho a llevarse los dividendos. Además, una vez que se apruebe su distribución por parte de la asamblea, la sociedad podría fijar un plazo más prudencial para abonarlos, lo podría hacer en cuotas mensuales.

La ley no establece un plazo para el pago del dividendo, por lo que la doctrina considera que se debe abonar con posterioridad a la clausura de la asamblea que decidió su distribución. Nada obsta a que la asamblea delegue en el directorio la fecha de pago, que no puede exceder del próximo ejercicio. Se podría afirmar entonces que los dividendos son exigibles cuando lo establece el estatuto o cuando lo determine la asamblea que decidió su distribución, o cuando lo determine el directorio en el supuesto de que la asamblea delegara en éste la facultad o cuando se clausurara la asamblea que estableciera su distribución si nada se hubiera establecido. La resolución 7/2005 de la IGJ obliga a consignar en el estatuto la forma de distribución de los dividendos que no puede exceder del próximo ejercicio. La mora comienza a correr con la intimación al pago. La actual resolución 7/2015 establece en su Art. 79 que el plazo de pago de los dividendos votados por la asamblea o reunión de socios debe surgir del estatuto o contrato social. No puede exceder la duración del ejercicio en que fueron aprobados. Si los estatutos nada establecieran y la asamblea o reunión de socios no fijara un plazo especial, que no podría exceder los treinta (30) días, los dividendos se considerarían a disposición de los socios a partir del día siguiente de clausurada la asamblea o reunión que hubiera aprobado su distribución. El estatuto o contrato social podría prever que la asamblea o reunión de socios dispusiera que el pago se hiciera en cuotas periódicas, dentro del plazo máximo indicado en el párrafo anterior y con los intereses que correspondieran.

La acción tendiente a obtener la decisión judicial para obligar al pago del dividendo según el ex derogado Código de Comercio, prescribía a los

3 años (848 inc. 1 C.Com)¹, siempre contados desde la clausura de la asamblea que decidió su distribución. Con la reforma, del Código Civil y Comercial consideramos que el plazo de prescripción sería el ordinario actual, que es de cinco años (Art.2560 del C.C. y C.).

Por todo lo expuesto pensamos que la necesidad de la liquidez como algunos autores manifiestan no es de la esencia del contrato societario y por el contrario podría propiciar la realización de maniobras de dudosa legalidad por parte de los administradores, invirtiendo ingresos de la sociedad. Resumiendo, para nosotros no es necesario que la sociedad tenga el dinero líquido, es decir en caja o banco, debiendo los administradores realizar los actos necesarios para poder cumplir con su obligación de la distribución de los ganancias como dividendos a los accionistas. En esto coincidimos con la forma en que se exteriorizan los estados contables. Si bien es claro que los administradores tienen la obligación de prever la obtención de fondos líquidos para distribuir dividendos en una medida que fuera razonable, esto no se aplica a las diferencias meramente contables o patrimoniales por aumento del valor, como lo manifestáramos. Como lo advertimos reiteradamente, esta postura es distinta de la aplicable en los Estados Contables conforme las normas de contabilidad existentes, es decir que lo que sostenemos difiere de la forma de exposición utilizada respecto a los estados contables.

IV.¿SE DEBE TENER EN CONSIDERACIÓN LA SITUACIÓN FINANCIERA DE LA SOCIEDAD?

Lo relativo a la situación financiera de la sociedad puede tener diferentes consideraciones o variaciones de acuerdo a la actuación de los administradores societarios. Por otro lado, consideramos que para garantizar que no se produzcan pérdidas es necesario analizar constantemente la situación financiera de la empresa. Es decir que los administradores y los socios no pueden desatender esta situación si es que

¹ NISSEN, Ricardo A, Las sociedades Comerciales, t. I, pág. 747, Ed. Astrea, Buenos Aires, 2010.

pretenden actuar como buenos hombres de negocios que cuidan el patrimonio administrado.

Insistimos en nuestra idea básica: estamos convencidos de que si se analizara en profundidad la expresión “ganancias líquidas y realizadas” se debería exponer este rubro en los estados contables sólo cuando correspondiera a verdaderos beneficios repartibles. Si así se obrara, la distribución de utilidades no produciría descapitalización o despatrimonialización de la sociedad. Por lo que la misma no vería menguado su patrimonio.

La Ley General de Sociedades omite reglar en forma específica la necesidad de analizar la situación financiera de la sociedad al distribuir dividendos. Tampoco regula qué sucedería si la sociedad se viera en problemas, permitiéndole limitar la distribución de las ganancias en concepto de dividendos. Creemos, que una vez que se precisara el concepto de utilidades repartibles, -como lo indicamos- no existirían supuestos en los cuales se pusiera en riesgo la situación financiera de la sociedad, porque el dividendo a repartir casi nunca produciría problemas financieros a la sociedad.

Sin perjuicio de ello, consideramos que, sería propicio establecer -como lo hacen las legislaciones de Alemania, de Suiza y de Portugal- un test de razonabilidad o como sucede en el sistema estadounidense, en el canadiense, en el australiano y en el ecuatoriano, considerar si la sociedad puede o no continuar con los negocios.

V. ¿SE DEBE PRESTAR ATENCIÓN AL ANÁLISIS DE LA POSIBLE INFRACAPITALIZACIÓN–INFRAPATRIMONIALIZACIÓN?

Creemos, que resultaría importante a los momentos de decidir la distribución de las ganancias líquidas y realizadas que la sociedad se encontrara lo suficientemente patrimonializada de manera que pudiera seguir cumpliendo con su actividad empresarial luego de la distribución. En nuestra actual legislación estas circunstancias no es obligatorio

controlarlas toda vez que los Art.s que hacen mención a estas situaciones son los 71, 96 y 206 de la L.G.S. y todas ellas hacen referencia al capital social, en lugar de referirse al patrimonio de la sociedad. En consecuencia, sólo se estaría controlando o protegiendo, una cifra estática, sin correlato real, que no otra cosa es el capital social si se lo considera en base a un enfoque anacrónico, como sucede en la actualidad.

VI ¿SE PUEDE TENER EN CONSIDERACIÓN LOS PROYECTOS DE INVERSIÓN PARA LIMITAR LA DISTRIBUCIÓN DE DIVIDENDOS?

Este es un tema muy controvertido, como ya lo manifestáramos. Por un lado la sociedad debe crecer, desarrollarse en el mercado, progresar y prosperar. Para ello es razonable que se procure que cada año funcione con mayor patrimonio, con mayor capital de trabajo. La única forma de lograrlo, es crecer mediante el financiamiento interno y externo.

El financiamiento interno, se logra mediante la no distribución de utilidades ya sea conservándolas como reservas no distribuidas o convirtiéndolas en capital social. Las externas se pueden lograr mediante préstamos de terceros, sea en el mercado financiero o de valores. Es decir que si la sociedad se quisiera posicionar de otra forma en el mercado o por ejemplo, adquirir una nueva planta, debería de alguna forma contar con más patrimonio. Admitiendo esto, se podría aceptar que la sociedad dejara de distribuir utilidades para ampliar su planta.

El abordaje de este tema varía según sea la posición que se adopte con respecto a los intereses en juego. Los socios o accionistas cuando deciden entregar sus ahorros participando en una sociedad piensan que podrán retirar beneficios para mejorar su calidad de vida y su situación patrimonial. Por ello, es obvio que cada vez que se les requiriera invertir utilidades en la sociedad, se les estaría limitando esa legítima expectativa.- La normativa debería proteger primordialmente a los accionistas, propiciando que pudieran retirar los beneficios en concepto de dividendos o por lo menos una parte importante de ellos y sólo excepcionalmente -con

mayorías agravadas y con motivos fundados- se debería permitir que se omitiera la distribución de los mismos.

Pero en los casos referidos, se debería dar la oportunidad al accionista o al socio que estuviera en desacuerdo para que se retirara de la sociedad. En el supuesto de que las utilidades líquidas y realizadas se capitalizaran, la ley permite al accionista ejercer el derecho de receso es decir de retirarse de la sociedad con reembolso del valor de su participación. Adoptamos en esto la postura amplia que asimila la capitalización de las ganancias líquidas y realizadas o la entrega de dividendos en acciones considerando ambos casos supuestos de aumento de capital social que implica un desembolso para el accionista. Lo dicho, es así porque pensamos que en este último supuesto se actúa como si la sociedad entregara los dividendos a los accionistas y éstos luego se los volviera a entregar a la sociedad. Aunque la mayoría decidiera la no distribución de dividendos, igualmente se debería dar la opción al socio disidente para retirarse ejerciendo derecho de receso. Como dirían los autores Italianos **“permitirle al socio afectado que pudiera sacar los pies del plato.”** Lo dicho, requeriría que se modificaran también las normas que regulan la forma de fijar el valor de la parte del recedente, estableciendo pautas que se condijeran con la realidad económica. **Esta es una asignatura pendiente en nuestra legislación que merecería un análisis profundo que excede los objetivos de esta obra.**

Creemos entonces, que una adecuada legislación -en una futura reforma- debería establecer que solamente se pudiera dejar de distribuir el 30% de las ganancias ordinarias, devengadas resultantes de operaciones serias con terceros y netas para patrimonializar a la sociedad y por cuestiones de política empresarial. Para el supuesto de que se excediera dicho monto se debería dar a los socios el derecho de receso. De esta forma tomamos una postura similar a la que se sostiene en las legislaciones uruguaya, brasileña, ecuatoriana y peruana. Adicionamos un elemento, que creemos es fundamental: la posibilidad de la sociedad de ampliar dichas limitaciones en algunos supuestos dando derecho a los socios disconformes a retirarse de la misma ejerciendo el derecho de receso, asimilando al derecho español.

VII. ¿SE PUEDEN DISTRIBUIR UTILIDADES SOBRE GANANCIAS EXTRAORDINARIAS?

Las ganancias extraordinarias, según alguna postura, son aquellas provenientes de ventas de bienes de la sociedad. Como por ejemplo ganancias obtenidas como consecuencia de la venta de un inmueble que la sociedad hubiera adquirido hace veinte años. En nuestro país un inmueble que se adquiriera hace 20 años en cien mil dólares podría figurar contabilizado por el valor de compra irrisorio que además, sería menguado por las amortizaciones. Todas las diferencias entre el valor de compra menos las amortizaciones y el valor de venta, representarían una ganancia extraordinaria. En estos casos, ya dijimos que a nuestro criterio, estas diferencias no se deben calificar de ganancias líquidas y realizadas y por ende no son susceptibles de distribución en concepto de dividendos. Si se ignorara esta realidad, se podría llegar a distribuir hasta el capital social. A todo ello se debe adicionar que las normas contables actuales no reconocen ninguna partida extraordinaria o reconocen partidas extraordinarias si conjuntamente reúnen las condiciones de atípicas o excepcionales, infrecuentes y generadas por factores ajenos a las decisiones del ente. Desde luego, nuestra postura es diferente de la aplicable en los Estados Contables conforme las normas de contabilidad existentes, es decir que lo que propugnamos difiere de la forma de exposición de los estados contables. No hace falta ser muy perspicaz para comprender que el actual sistema es injusto. ¿Hasta cuándo esto será tolerado?

VIII. ¿SE PUEDE CONSIDERAR DETERMINANTE LA DECISIÓN DE LA MAYORÍA DE LOS SOCIOS O ACCIONISTAS?

Nuestra ley autoriza la no distribución de las ganancias líquidas y realizadas constituyendo reservas facultativas si son razonables y responde a una prudente administración. Además se solicita que se encuentre aprobado por una mayoría agravada del capital social cuando excede el

capital social y las reservas legales en las sociedades anónimas y en las sociedades de responsabilidad limitada.

Consideramos que dicha norma se debería modificar porque es de la esencia de la sociedad y un derecho de los accionistas o socios que ante la existencia de ganancias líquidas y realizadas, las mismas puedan ser distribuidas. Sólo excepcionalmente se debería afectar este derecho de los socios, que en algunos casos resulta tan alimentario como el derecho de un anciano a su jubilación. Imaginemos una persona de ochenta años que hubiera colocado todos sus ahorros en una sociedad que produjera utilidades. No sería justo que se restringiera su derecho al dividendo cuando existieran ganancias líquidas y realizadas con las características que hemos referenciado.

Sintetizando: creemos que para poder distribuir dividendos, las ganancias líquidas y realizadas deben:

- a. Resultar de **operaciones serias con terceros** y no de meras revaluaciones o de incrementos contables o de operaciones internas.
- b. Resultar de **verdaderos fondos percibidos o devengados, a percibir dentro de los doce meses de cerrado el ejercicio**. De esta forma si surgiera una ganancia líquida y realizable, sería de percepción dentro del ejercicio en el cual se debiera proceder a su distribución.
- c. **No** resulta necesario que la sociedad **tenga liquidez, es decir flujo de caja**, para decidir la distribución de utilidades en concepto de dividendos.
- d. Se debe tener en consideración la **situación financiera de la sociedad**, de manera que los dividendos puedan ser cancelados dentro de los doce meses de su aprobación.
- e. Se debe tener muy en cuenta la posible **infracapitalización-infrapatrimonialización**. **Esta consecuencia debe ser evitada**.
- f. Se puede tener en consideración los proyectos de inversión para limitar la distribución de dividendos. Creemos que una adecuada

legislación debería establecer que solamente **se pudiera dejar de distribuir el 30%** las ganancias ordinarias, devengadas resultantes de operaciones serias con terceros y netas, descontados los gastos directos e indirectos generados para producirlas, para patrimonializar a la sociedad y que para el supuesto de que se excediera dicho monto se debiera dar a los socios el derecho de receso.

- g. **No** se autoriza la distribución de **utilidades sobre ganancias extraordinarias**, porque llevaría a despatrimonializar a la sociedad.
- h. No se debería considerar determinante la decisión de la mayoría de los socios o accionistas, toda vez que -como ya lo manifestamos- es de la esencia de la sociedad y un derecho de los accionistas o socios que ante la existencia de las ganancias ordinarias, devengadas resultantes de operaciones serias con terceros y netas, sean distribuidas. Sin perjuicio de ello, en el supuesto, que la mayoría decida ampliar el porcentaje de retención por parte de la sociedad deberíamos conceder a los accionistas ausentes o que voten contrariamente el derecho de receso.

PROPUESTA DE LEGE FERENDA DE MODIFICACIÓN DE LA NORMATIVA VIGENTE

Como **colofón** de nuestro estudio, recomendamos **el texto que sigue para redactar un futuro Art. que regule la distribución de utilidades en una futura reforma.**

Las sociedades están obligadas a distribuir entre los socios en concepto de dividendos, sus beneficios repartibles, Conjuntamente con el proyecto de los estados contables, los administradores tienen la obligación de entregar a los socios, un proyecto de distribución de utilidades y un informe del estado financiero de la sociedad y de las necesidades de financiamiento. Para poder distribuir dividendos, los mismos deberán resultar de beneficios distribuibles. Sólo serán calificados como tales las ganancias ordinarias, devengadas, resultantes de operaciones serias con terceros y netas, descontados los gastos directos e indirectos generados para producirlas. Es requisito para la distribución, que los fondos se hubieran percibido en el patrimonio de la sociedad, o se perciban –como máximo- dentro del ejercicio siguiente. No se podrán distribuir dividendos si el pasivo social es mayor al activo. En todo caso, la distribución deberá ser aprobada por los socios en la reunión social o en la asamblea ordinaria correspondiente. Los Administradores podrán solicitar -por razones excepcionales de política empresarial- que se limite la distribución de dividendos o pactarse en los estatutos. En ese caso, se podrá reducir como máximo, hasta un 30% de los beneficios distribuibles, siempre que los mismos se utilizaran para autofinanciar a la sociedad. Si se excediera el porcentaje admitido como límite, los accionistas ausentes y los que votaran en contra en la asamblea tendrán derecho de receso. Los recedentes percibirán un reembolso que deberá ser equivalente al valor real de su parte. La sociedad mediante una decisión asamblearia, podrá establecer un plazo para el cobro en cuotas como máximo trimestrales del valor de reembolso cuyo término de cancelación no podrá superar los

cinco años, contados a partir de la asamblea que diera motivo al receso. En tal caso, será obligatorio utilizar fórmulas que garanticen estrictamente que el poder adquisitivo de las sumas a percibir sea mantenido en cada pago, hasta el momento de la cancelación total. Se aplicará un interés equivalente al que fije el Banco de la Nación Argentina para la operatoria más similar a la aplicable en el supuesto en particular. Los dividendos deberán ser distribuidos dentro del ejercicio siguiente a su aprobación conforme lo resuelvan los administradores, también garantizando la conservación del poder adquisitivo originario de los mismos hasta la fecha de su efectivo pago.

BIBLIOGRAFIA**LIBROS**

- BAGO ORIA, Blanca, Dividendos Encubiertos y el Reparto de Dividendos en Sociedades Anónimas y Limitadas, Ed Thomson Reuters, Pamplona, 2010.
- BRUNETTI, Antonio, Tratado del Derecho de las Sociedades, Traducción Directa del Italiano por Felipe Sola Cañizares, Unión Tipográfica Editorial Hispano Americana t. II, Sociedades por Acciones, Buenos Aires, 1960.
- BUYATTI, Osmar D, El patrimonio Neto en las Sociedades Comerciales, pág. 109, Ed. Librería, Buenos Aires, 1998.
- CABANELLAS DE LAS CUEVAS, Guillermo, Derecho Societario, tomos varios, Ed. Heleastia, Buenos Aires, 1999.
- CASINELLI, Hernán Pablo, Contabilidad para Usuarios Externos, Ed. Aplicación Tributaria S.A., Buenos Aires, 2008.
- CHINDEMI, Marcela, El régimen de Utilidades en las Sociedades Anónimas, Ed. Ad Hoc, Buenos Aires, 2004.
- DE GREGORIO, Alfredo, Los Balances de las Sociedades Anónimas, su Régimen Jurídico, Prologo del autor a esta edición argentina, Traducido de la segunda edición Italiana y anotado con Legislación Argentina por BOBADILLA Francisco y CASSE, Julio H., Ed. Depalma, Buenos Aires, 1950.
- DÍAZ ECHEGARAY, José Luis, El Derecho a Participar en los Repartos de las Ganancias Sociales, Ed. Thomson, Aranzadi Madrid 2006.

- FAVIER DUBOIS, Eduardo M. (h), Derecho Societario Registral, Ed. Ad Hoc., Buenos Aires, 1994.
- FAVIER DUBOIS, (h), Eduardo, Director, El Protocolo de la Empresa Familiar, Ed. Ad Hoc, Buenos Aires, 2011.
- FERNANDEZ DEL POZO, Luis, Las Reservas Atípicas, las Reservas del Capital y de Técnica Contable en las Sociedades Mercantiles, Ed. Marcial Pons, Barcelona, 1999.
- FILIPI, Laura; JUÁREZ, Laura, Derechos Patrimoniales, Ed. Ad Hoc Buenos Aires, 2001.
- FOWLER NEWTON, Enrique, Contabilidad Superior, t. II Ed Macchi, Córdoba, 2015.
- FOWLER NEWTON, Enrique, Cuestiones Contables Fundamentales, Ed Macchi, 2001.
- FOWLER NEWTON, Enrique, t. I, Libro III, Contabilidad Superior, La ley, Buenos Aires, 2008.
- FOWLER NEWTON, Enrique, Libro VI, Diccionario de Contabilidad y Auditoría, La Ley, 2008.
- GARO, Francisco J, Sociedades Comerciales, t. I, vol I, La Facultad SRL Librería Ed. Buenos Aires, 1949, Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1978.
- GARRIGES, Joaquín, URÍA, Jorge, Comentario a la ley de Sociedades Anónimas t. II, tercera Ed Revisada, Corregida y puesta al día por MENDEZ, Aurelio y OLIVERA, Manuel, Madrid, 1976.
- GARRIGUES, Joaquín; Curso de Derecho mercantil, t. I, Madrid, 1936.
- GINAR BAGUES, Enrique Universidad de Zaragoza.
- GRISPO, Jorge Daniel, Tratado sobre la Ley de Sociedades Comerciales, t. I, Ed. Ad Hoc, Buenos Aires, 2005.

- GULMINELLI, Ricardo Ludovico, Elementos del Conflicto, Ed Ad Hoc, Buenos Aires, 2011.
- HALPERÍN, Isac, Sociedades Anónimas. Ed. Depalma, Buenos Aires, 1975.
- HALPERÍN, Isaac; OTAEGUI, Julio C. Sociedades Anónimas, Ed. Depalma Buenos Aires, 1998.
- MARTORELL, Ernesto, Tratado de Derecho Comercial, t. VI, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2011.
- FILIPPI, Laura JUÁREZ, Laura, Directoras, Derechos Patrimoniales, Ed. Ad Hoc, Buenos Aires, 2001.
- LAPIQUE, Luis, El capital de las sociedades comerciales, segunda edición, Ed. Fundación Cultura Universitaria, Montevideo, 2006.
- MALAGARRIGA, Carlos, Derecho Comercial, Quinta Edición, t. II, Ed. Científica y Literaria Argentina, Buenos Aires, 1931.
- MANÓVIL, Rafael Mariano, Grupos Societarios, Ed. Abeledo Perrot. Buenos Aires, 1998.
- MANÓVIL, Rafael Mariano, Responsabilidad de los Socios por insuficiencia del Capital Propio. Cuaderno de Derecho Empresario Actual. Ed. Depalma, Buenos Aires, 1996.
- MARTORELL, Ernesto, Tratado de Derecho Comercial, Varios Tomos, Ed. La Ley. Buenos Aires, 2011.
- MASCARAÑES, Juan, La política de dividendos. Universidad Complutense de Madrid. Versión inicial mayo de 1993. Última versión Noviembre de 2011.
- NISSEN, Ricardo A., Control Externo de Sociedades Comerciales, Ed. Astrea, Buenos Aires, 2008.
- NISSEN, Ricardo A., Ley de Sociedades Comerciales, Varios tomos, Ed. Astrea, Buenos Aires, 2010.

- NISSEN, Ricardo, Panorama Actual de Derecho Societario, Ed. Ad Hoc, Buenos Aires, 2000.
- OBARRIO, Manuel, Curso de Derecho Comercial, Nueva Edición Adaptada al Código de Comercio Reformado por Beccar Varela Adrián y Wilmart Raimundo, Científica y Literaria Argentina Atanasio Martínez, Buenos Aires, 1924.
- ODRIOZOLA, Carlos S., Estudio de Derecho Societario, pág. 37 Edit. Cangallo S.A., Buenos Aires, 1971.
- OTAEGUI, Julio C. Sociedades Anónimas, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1998.
- PERCIAVALE, Marcelo, Ley de Sociedades Comerciales, Ed. Errepar, Buenos Aires, 2015.
- REYES VILLAMIZAR, Francisco, Derecho Societario, Ed. Temis S.A., 2004, Bogotá, Colombia.
- RICHARD, Efraín; ESCUTI, Ignacio; ROMERO, José, Manual de Derecho Societario, Editorial Astrea, 1983, Buenos Aires.
- ROITMAN, Horacio, Ley de Sociedades Comerciales Comentada, varios tomos, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2006.
- SASOT BETES, Miguel; SASOT Miguel P., Las Sociedades Anónimas, las Asambleas, Ed. Ábaco de Rodolfo Depalma, Buenos Aires, 1978.
- SIRENA, José Luis, Aportes Irrevocables y otros rubros del Patrimonio Neto, Errepar segunda edición, Buenos Aires, 2007.
- SUSSINI, Miguel, Los Dividendos de las Sociedades Anónimas, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1951.
- TALLIERCIO, Christian, La Teoría del Patrimonio ante el Derecho Concursal, Tratado de Derecho Comercial, t. IX, La Ley, Buenos Aires, 2010.

- VERÓN, Alberto Víctor, Los Balances, Tratado sobre los Estados Contables, varios tomos, Ed. Errepar, 1997.
- VERÓN, Alberto Víctor, Sociedades Comerciales, varios tomos, Ed. Astrea, Buenos Aires, 1982.
- VIVANTE, César, Derecho Mercantil, Traducción Prólogo y notas Francisco Blanco CONSTANS, Ed. La España Moderna, Madrid.
- VÍTOLO, Daniel Roque, Sociedades Comerciales ley 19550 comentada, Ed Rubinzal Culzoni, Buenos Aires, 2007.
- VÍTOLO, Daniel Roque, Reformas a la ley de Sociedades Comerciales ley 19550 comentada, Ley 26.994 comentada Código Civil y Comercial de la Nación, Ed Rubinzal Culzoni, Buenos Aires, 2015.
- ZALDIVAR, Enrique, MANOVIL, Rafael, RAGAZZI, Guillermo, ROVIRA, Alfredo L. y SAN MILLAN, Carlos, Cuadernos de Derecho Societario, Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1978.

CONGRESOS NACIONALES DE DERECHO SOCIETARIO

Libros de Ponencias de los Congresos Argentinos de Derecho Societario y Congresos Iberoamericanos de Derecho Societario y de la Empresa, celebrados en la República Argentina desde el año 1.991 a la actualidad.

REVISTAS JURÍDICAS

- Revista Jurídica Argentina La Ley.
- Revista del Derecho Comercial. Editorial Abeledo Perrot..
- Revista de las Sociedades y Concursos Editorial Legis.
- Societario com.

- Revista de Investigaciones Económicas. Universidad de Oviedo, España.
- Revista de Investigaciones Económicas, Universidad Complutense Real Colegio de España en Bolonia. Publicaciones. 1973 Revista Análisis Del Derecho Departamento de Economía de la Empresa Universidad Carlos III de Madrid María Facultad de Derecho Universidad Autónoma de Madrid Barcelona.
- LSC Diario La Ley, ISSN 1989-6913, N° 7813, 2012, España.
- Est, geren. Vol 28. no 123 cali Apr/ June 2012, REIG, Chile.

DOCTRINARIOS

- AGUIRRE, Hugo, Capital Social, Objeto Social y Tutela de los Acreedores, t. II, pág. 231. X Congreso Argentino de Derecho Societario y VI Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa. 2007.
- ARAYA Miguel, "Repensar la Noción de Capital Social" VI Congreso Argentino de Derecho Societario. t. II pág. 284 Ed. Ad Hoc, Buenos Aires, 1995.
- ARRAZOLA FEDEA, María Fernanda, HELVIA FEDEA, José, MATO FEDEA Gonzalo y Universidad Complutense "Determinantes de la Distribución de Dividendos. Investigaciones Económicas (segunda época) Vol XVI n 2 (1992).
- BALONAS, Daniel, La relación Capital Social – Objeto Social t. II, pág. 245, X Congreso Argentino de Derecho Societario y VI Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa. Fepresa Advocatus, Córdoba, 2007.
- BALONAS, Ernesto Daniel, La Derogación del Capital Social, pág. 91, VIII Congreso Argentino de Derecho Societario IV Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa.

- Universidad Nacional de Rosario. Facultad de Derecho. En el Congreso de Derecho Societario de Rosario, 2001.
- BARRAU, María, Inconsistencias Legales Entre Las Reservas Facultativas Y Entrega De Dividendos En Acciones -Capitalización De Utilidades, t. III, pág. 405, XI Congreso Argentino de Derecho Societario y VII Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa Fundación para la Investigación y el Desarrollo de las Ciencias Jurídicas, Buenos Aires, 2010.
- BARRAU, María, Relación Capital Objeto- Infracapitalización. Jornadas Nacionales de Derecho Societario en Homenaje al Profesor Enrique M. Butty, pág. 135, Mar del Plata, 2007.
- BELLO KNOLL, Susy Inés, Hacia un Concepto Nuevo de Capital Social, VII Congreso Argentino de Derecho Societario, Buenos Aires, t. III , pág. 283, 1998.
- BONILLA, León Adolfo, Infracapitalización Societaria, Supuestos de Responsabilidad, t. III, pág. 129, VIII Congreso Argentino de Derecho Societario y IV Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa, Universidad Nacional de Rosario. Facultad de Derecho. En el Congreso de Derecho Societario de Rosario, 2001.
- CARLINO, Bernardo P. "Distribución de utilidades. Sociedades cerradas LA LEY 04/01/2010, 1 • LA LEY 2010-A, 866 • Enfoques 2010 (febrero), pág. 57, Buenos Aires, 2010.
- CASAL, Carmen, Ponencia Presentada a XXXI Jornadas Universitarias de Contabilidad, que se celebraron en la Universidad Nacional, Septiembre de 2010, Catamarca.
- CASH, Guillermo, La Infracapitalización como vicio del acto constitutivo, XI Congreso Argentino de Derecho Societario y VII Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa, t. III pág. 301, Ed. Fundación para la Investigación y el Desarrollo de las Ciencias Jurídicas, Buenos Aires, 2010.

- CERVINI, Francisco J., Crisis del Capital Social como Garantía (para con los terceros y como referencia para los inversores) VII Congreso Argentino de Derecho Societario t. III, pág.178, Buenos Aires, 1998.
- CRACOGNA, Daniel, El capital en las sociedades comerciales, t. II, pág. 267, X Congreso Argentino de Derecho Societario y VI Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa, Fepresa, Ed. Advocatus, 2007.
- CRACOGNA, Daniel, El capital en las sociedades comerciales, t. II, pág. 267, X Congreso Argentino de Derecho Societario y VI Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa, Fepresa, Ed. Advocatus, 2007.
- CRACOGNA, Dante, La relación capital-objeto social en la dinámica societaria Sup. Especial Sociedades ante la I.G.J. 2005 (abril), pág.127 .
- CRACOGNA, Dante, La relación capital-objeto social en la dinámica societaria ante la I.G.J Sup. Especial Sociedades. 2005 (abril), 18/04/2005, pág. 127 - Derecho Comercial Sociedades Doctrinas Esenciales Tomo II, 14/04/2005, pág.445 Buenos Aires.
- CRISTÍA, José María; FERESIN, María Isabel; PRONO Javier, infracapitalización e Inoponibilidad, t. III, pág. 187 VIII Congreso Argentino de Derecho Societario y IV Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa, Universidad Nacional de Rosario. Facultad de Derecho. En el Congreso de Derecho Societario de Rosario- 2.001, Buenos Aires, Rubinzal Culzoni Editores.
- CRISTÍA, José María; FERESIN, María Isabel y PRONO, Javier, Infracapitalización e inoponibilidad, t. III, pág. 91 VIII Congreso de Derecho Societario, IV Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa. Rosario, 2001. Buenos Aires, Rubinzal Culzoni Editores.

- D'ALESSANDRO, Fernando G., www.Societario.com Referencia Nro. 12522. Revista Electrónica de Derecho Societario N° 37 - abril 2009.
- DA SILVA, José María Revista del Instituto Internacional de Costos, ISSN 1646-6896, n° 7, JULIO/diciembre 2010 62.
- DASSO, Ariel y DASSO, Ariel Gustavo, El capital mínimo en la sociedad anónima. V Congreso de Derecho Societario. t III. pág.164. Fepresa, Ed. Advocatus, Córdoba, 2007.
- DUPRAT, Diego A. J. "Distribución de dividendos en las sociedades anónimas cerradas" LA LEY 01/06/2012, 1 • LA LEY 2012-C,1160 I.Bs.As. Intereses, motivaciones e incentivos en la determinación de las políticas de distribución de dividendos.- II. El dilema de las políticas de dividendos.- III. Conclusiones.
- FARGOSI, Horacio P, Anotaciones sobre la documentación y contabilidad en la ley de sociedades comerciales Buenos Aires, LA LEY 147, 957-Derecho Comercial Sociedades Doctrinas Esenciales, t. II, pág. 499.
- FARGOSI, Horacio P., El directorio ¿aprueba el balance? Buenos Aires, LA LEY 2003-E, 1242-Derecho Comercial Sociedades Doctrinas Esenciales t. III, pág. 703.
- FARGOSI, Horacio, Consideraciones sobre el ejercicio social, LA LEY 1979-D, 1005.
- FUSCHIMI, Jorge; RICHARD, Efraín H., Resultados no Asignados en la Ley de Sociedades, pág. 839, LA LEY 2010-B, Como remarcamos, lo injustificable es la constitución o persistencia de reservas libres o resultados no asignados que no se correspondan a una prudente administración en resguardo de la funcionalidad societaria.
- FUSCHINI, Jorge Fernando, EIMER Garman, Reserva legal versus pérdidas de ejercicios anteriores, t. II, pág. 52, X Congreso

- Argentino de Derecho Societario y VI Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa, 2007.
- FUSCHINI, Jorge Fernando, Las reservas ocultas, t. II, pág. 166, X Congreso Argentino de Derecho Societario y VI Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa. Fepresa, Ed. Advocatus, 2007.
- FUSCHINI, Jorge Fernando, Las reservas ocultas, t. II, pág. 166, X Congreso Argentino de Derecho Societario y VI Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa. Fepresa, Ed. Advocatus, 2007.
- FUSCHINI, Jorge Fernando, Las reservas ocultas, t. II, pág. 166, X Congreso Argentino de Derecho Societario y VI Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa. Fepresa, Ed. Advocatus, 2007.
- GOMEZ BAUSUELA María Julia, Capital Social. Necesidad de vincular el capital social con el objeto de la sociedad y propuestas alternativas para ello, VIII Congreso Argentino de Derecho Societario y IV Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa t III pág. 347, 2001.
- GOMEZ BAUSUELA, María Julia, Capital Social. Necesidad de vincular el capital social con el objeto de la sociedad y propuestas alternativas para ello, VIII Congreso Argentino de Derecho Societario y IV Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa t. III, pág. 347, Rosario, 2001, Buenos Aires, Rubinzal Culzoni Editores.
- GOMEZ BAUSUELA, María Julia, Capital Social. Necesidad de vincular el capital social con el objeto de la sociedad y propuestas alternativas para ello, VIII Congreso Argentino de Derecho Societario y IV Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa, t. III, pág. 347, Rosario, 2001. Buenos Aires, Rubinzal Culzoni Editores.

- GONZALEZ RODRÍGUEZ, Francisco Universidad de Oviedo. "Investigación económicas (segunda época) Vol ixi n 2 mayo (1995).
- GULMINELLI, Ricardo Ludovico VIII Congreso Argentino de Derecho Societario y IV Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa t. I, pág. 257, Ed. Facultad de Derecho. Rosario, 2001, Buenos Aires, Rubinzal Culzoni Editores.
- GUTIÉRREZ URZUA, Mauricio, YANEZ Alvarado, Miguel, HUMAÑA HERMOSILLA, Benito, Análisis de una Política de pagos de Dividendos en Empresas Chilenas. Est, geren. Vol 28.no 123 cali Apr/ June 2012, REIG.
- KROKIK, ROBERTO DAVIS, Responsabilidad de los Directores y Administradores por la infracapitalización "VIII Congreso Argentino de Derecho Societario y IV Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa t. III, pág. 347, Rosario, 2001. Buenos Aires, Rubinzal Culzoni Editores.
- KULMAN, David A, La relación entre el capital y el objeto social legitimación al ente de control, t. II, pág. 293, X Congreso Argentino de Derecho Societario y VI Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa, 2.007.
- LACAVE, Isabel Sáez, URTIAGA, María Gutiérrez "La política de dividendos de las Empresas con accionistas de control" Revista Para El Wwww. Indret.Com Análisis Del Derecho Departamento de Economía de la Empresa Universidad Carlos III de Madrid María Facultad de Derecho Universidad Autónoma de Madrid BARCELONA, JULIO 2014 InDret 3/2014".
- LARRIERA, Agustina, La obligación del directorio y de la asamblea de explicar y fundar claramente la no distribución de utilidades. Buenos Aires LA LEY 25/02/2011, 2 • LA LEY 2011-A, 542 • Enfoques 2011 (marzo), 77 Fallo Comentado.

- LOPEZ TILLI, Adolfo, infracapitalización, t. II, pág. 305, X Congreso Argentino de Derecho Societario y VI Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa, Fepresa. Ed. Advocatus, 2007.
- LOPEZ TILLI, Alejandro, La Infracapitalización no es el problema. Incapacidad de nuestro sistema legal para velar por la traslación eficiente del riesgo, XI Congreso Argentino de Derecho Societario y VII Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa, t. III, pág. 311, Ed. Fundación para la Investigación y el Desarrollo de las Ciencias Jurídicas, 2010.
- Fundación para la Investigación y desarrollo de las Ciencias Jurídicas, Buenos Aires, 2010.
- MANÓVIL, Ezequiel, El capital social en las sociedades anónimas. Un análisis económico. • LA LEY 2010-A, pág. 585 1. Buenos Aires, 2010.
- MANÓVIL, Rafael Mariano, Responsabilidad de los Socios por insuficiencia del Capital Propio. Cuaderno de Derecho Empresario Actual, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1996.
- MARZORATI, Osvaldo La Sociedad Unipersonal, la Corporación y la Legislación Comparada: LA LEY 18/02/2015, 1 • LA LEY 2015-A, pág. 892.
- MASCARAÑES, Juan "La política de dividendos...", Universidad complutense de Madrid. Versión inicial mayo de 1993. Última versión Noviembre de 2011.
- MEGNA, Pedro, Régimen de Distribución de Utilidades en la ley 19550, pág. 164, RDCO, Buenos Aires, 1974.
- MUGUILLO, Roberto, BARRAU, María, ESANDI Luis, BERNAL, Marcela, BASSO Daniela "Disolución de sociedades que no distribuyen utilidades". VI Congreso Argentino de Derecho Societario y II Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa, pág. 95, Edit. Ad Hoc, 1995.

- NISSEN Ricardo Augusto, *Infra capitalización de Sociedades Comerciales, Abuso de Derecho y Responsabilidad de los Socios y Controlantes*, t. III, pág. 555, VIII Congreso Argentino de Derecho Societario y IV Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa, Rosario, 2001, Buenos Aires, Rubinzal Culzoni Editores.
- NISSEN, Ricardo, *Es Imprescindible a los Fines de Permitir la Efectividad de los Principios de Productividad y Garantía que cumple el Capital Social en toda Sociedad Comercial, Preservar la Insensible Relación que existe entre este y el Objeto Social*, t. II, pág. 359, X Congreso Argentino de Derecho Societario y VI Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa, Fepresa, Ed. Advocatus, 2007.
- NISSEN, Ricardo A, *La contabilidad creativa. Algunas reflexiones sobre la cuenta de resultados no asignados del patrimonio neto y otras partidas de los estados contables*, Buenos Aires, LA LEY 2002-D, 180-Derecho Comercial Sociedades Doctrinas Esenciales t II, pág. 535.
- OLIVERA GARCÍA, Ricardo, *No todo lo que brilla es oro, el Derecho al dividendo y el compromiso con la estabilidad social*, t. II, pág. 193, Xº Congreso Argentino de Derecho Societario y VI Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa.
- OLIVERA GARCÍA, Ricardo, *No todo lo que brilla es oro, el Derecho al dividendo y el compromiso con la estabilidad social*, t. II, pág. 193, X, Congreso Argentino de Derecho Societario y VI Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa. Fepresa, Ed. Advocatus, 2007.
- OTAEGUI, Julio C. “El capital. LA LEY 20/07/2006, 1 • Buenos Aires, 2007 LA LEY 2006-D, 1202, Derecho Comercial Sociedades Doctrinas Esenciales t. II, pág.46.1.

- PALMERO, Juan Carlos Ver también *Negocio Jurídico Indirecto. Simulación de la Sociedad Anónima* Publicado en: LA LEY 07/09/2005, 1 LA LEY 2005-E, 1027, Cita On line: AR/DOC/2550/2005.
- PEREZ DE LA CRUZ BLANCO, Antonio, *La reducción del capital en las S.A. y en las S.R.L.*, Publicación por Real Colegio de España, Bolonia. 1973.
- PÉREZ, Araceli; ALARCÓN PALACIOS Santiago Simón. “La política de dividendos y la teoría de agencia. La emisión de acciones para financiar el pago de dividendos “Dpto. Finanzas Empresariales Universidad de Valencia.
- PRONO, Manuel, PRONO Patricio, *Capital Social, Patrimonio y Garantía de los Acreedores*, t. II, pág. 365, X Congreso Argentino de Derecho Societario y VI Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa. Fepresa, Ed. Advocatus 2007.
- PUCCIO, Mariano, PUCCIO Mónica, *La adecuación entre el capital social y el objeto social*, t. II, pág. 373, X Congreso Argentino de Derecho Societario y VI Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa, Fepresa, Ed. Advocatus, 2007.
- PUCCIO, Mariano, KULMAN David A, *La relación entre el Capital y el Objeto Social Legitimación al Ente de Control*, t. II, pág. 293, X Congreso Argentino de Derecho Societario y VI Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa, Fepresa, Ed. Advocatus, 2007.
- PURRO, Pablo Alejandro, *Las relaciones entre el Derecho Societario y el Mercado en la infracapitalización societaria*, t. II, pág. 397, X Congreso Argentino de Derecho Societario y VI Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa. Fepresa, Ed. Advocatus, 2007.

- RECIO, Juan Ignacio, GUIERRI Federico Alberto, cuestiones atinentes a la relación entre el capital y el objeto en las sociedades comerciales, t. II, pág. 404, X Congreso Argentino de Derecho Societario y VI Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa. Fepresa, Ed. Advocatus, 2007.
- RICHARD, Hugo, Insolvencia Societaria, III Congreso Argentino de Derecho Concursal t. III, pág. 338, Ed. Ad Hoc. Hugo Richard afirma que hay que pone énfasis en responsabilizar a administradores cuando existe abuso de medio técnico aunque sólo sea por falta de planificación o subcapitalización”.
- RODRIGUEZ, PELUFFO, Damián LA LEY 16/04/2010, 1 • Buenos Aires, LA LEY 2010-B, 1254 •
- ROJO RAMIREZ, Alfonso A. y CAÑABATE POZO, Rosario, La separación de socios en la Empresa familiar y el reparto de dividendos”. 2012. Revista de Empresa Familiar 2.
- RUIZ, Ricardo Alberto, Responsabilidad de Administradores y Socios por infracapitalización societaria, t. III, pág. 648, VIII Congreso Argentino de Derecho Societario y IV Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa. Rosario, 2001. Buenos Aires, Rubinzal Culzoni Editores.
- SALAS FUMAS, Vicente. Universidad Autónoma de Barcelona. “Explicaciones alternativas para la política de dividendos. Análisis empírico don datos Empresariales Españoles. Investigación Económicas (segunda época) Vol ixi n 3 Septiembre (1995) pág. 329-34.) SILVÁN RODRÍGUEZ, Francisco, PÉREZ Hernando, Iván; Derecho de separación y dividendos el controvertido Art. 348 bis LSC, Diario La Ley, ISSN 1989-6913, N° 7813, 2012.
- SILVEYRA, Miguel María, Factibilidad de Incluir las acciones sin valor nominal en nuestro sistema legal a la luz del replanteo de la noción de capital social. VII Congreso Argentino de Derecho Societario t. III. pág.229, Buenos Aires, 1998.

- STIRPARO, Marta Liliana, Relación entre el capital social y el objeto, evaluación por parte de los organismos de contralor, t. II, pág. 417, X Congreso Argentino de Derecho Societario y VI Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa, Fepresa, Ed. Advocatus, 2007.
- STRATTA, Alicia Josefina, "Las Asociaciones bajo forma de Sociedad", LA LEY, 1980-D, pág. 1037
- TALLIERCIO, Christian, La Teoría del patrimonio ante el Derecho concursal, Tratado de Derecho Comercial, t. IX, La Ley. Buenos Aires, 2010.
- TRIOLO, Luis Deben eliminarse el requisito de capital social mínimo y las exigencias de adecuación entre el capital social mínimo y el objeto social t II, pág. 421, X Congreso Argentino de Derecho Societario y VI Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa. Fepresa, Ed. Advocatus, 2007.
- TRIOLO, Luis: Deben eliminarse el requisito de capital social mínimo y las exigencias de adecuación entre el capital social mínimo y el objeto social t. II, pág. 421, X Congreso Argentino de Derecho Societario y VI Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa. Fepresa, Ed. Advocatus 2007.
- VERGARA DEL CARRIL, Daniel: La infracapitalización societaria no depende del capital nominal sino de su estructura patrimonial y del mantenimiento de determinadas relaciones financieras. t III pág. 308. IX Congreso Argentino de Derecho Societario y V Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa Imprenta Lux SA, San Miguel de Tucumán 2004.
- VERLY, Hernán, "Apuntes para una revisión del concepto de capital social (con especial referencia a la sociedad anónima)", LA LEY, 1997-A, pág. 756. Buenos Aires.

VÍTOLO, Daniel R, El establecimiento de capitales mínimos como puerta de acceso a un sistema de responsabilidad diferenciado y a un eventual régimen de responsabilidad diferenciado, XI Congreso Argentino de Derecho Societario y VII Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa, t. III, pág. 327, Ed. Fundación para la Investigación y el Desarrollo de las Ciencias Jurídicas. Buenos Aires, 2010.

VÍTOLO, Daniel Roque Aportes suplementarios y prestaciones accesorias en las sociedades comerciales LA LEY 2010/09/22. Buenos Aires, 2010.E, pág. 1007.

VÍTOLO, Daniel Roque, El fenómeno de la infracapitalización societaria, t. III pág. 332. IX Congreso Argentino de Derecho Societario y V Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa, Imprenta Lux SA, San Miguel de Tucumán, 2004.



Este libro se terminó de imprimir
en el mes de marzo del año 2018 en los
talleres gráficos de **Ediciones Suárez**
info@edicionessuarez.com.ar
Roca 4091. Mar del Plata. Argentina