

LA DISTRIBUCION DE UTILIDADES EN LA LEY GENERAL DE SOCIEDADES

CÉSAR TALLEDO MAZÚ

Este trabajo pretende abordar sistemáticamente algunos aspectos –tal vez los de mayor interés práctico– del régimen de la distribución de utilidades según la Ley General de Sociedades. Tales aspectos son: el derecho a la distribución de utilidades; las condiciones de validez de la distribución de utilidades; las utilidades declaradas; los pagos a cuenta de utilidades y las distribuciones ilícitas.

El propósito es presentar (y no, discutir) el régimen de cada aspecto considerando inclusive normas complementarias de alcance general. Se ha omitido toda mención de disposiciones relativas a regímenes particulares (p. ej. sociedades con acciones inscritas en Bolsa).

La falta de un tratamiento orgánico de esta materia en la Ley General de Sociedades explica este trabajo. Ojalá su lectura motive cuestionamientos que conduzcan a mayores y mejores investigaciones sobre el tema.

DERECHO A LA DISTRIBUCION DE UTILIDADES

Titulares – Contenido

La distribución de utilidades es derecho fundamental y primordial de todo socio en cualquier tipo de sociedad. Lo es al extremo que la privación de ese derecho a cualquier socio determina la nulidad del contrato social (art. 7, inc. 1).

Ahora bien, el contenido de este derecho no es el mismo para todo tipo de sociedad. Así:

- En algunas sociedades consiste en la posibilidad del socio de exigir la entrega de las utilidades que resultan del balance del ejercicio debidamente aprobado, salvo pacto en contrario. Así ocurre en las sociedades colectiva (art. 35) y en comandita simple (art. 59).
- En las sociedades anónimas y en comandita por acciones, en general consiste en la posibilidad del socio de exigir que la Junta Ordinaria se pronuncie sobre la aplicación de las

utilidades (art. 122, inc. 2; y 264).¹ Por excepción, consiste en el derecho a exigir que se paguen dividendos con cargo a las utilidades del ejercicio, en el supuesto del art. 260.

- En las sociedades comerciales (L.G.S. arts. 281, 292, primer párrafo, 293, 295) y civiles (L.G.S. arts. 306 y 317) también consiste en la posibilidad de exigir que la Junta de Socios se pronuncie sobre la distribución de utilidades. Sin embargo, consideramos de aplicación analógica en estos casos, la regla del Art. 260 de la Ley, en concordancia con el art. II del Título Preliminar del Código Civil.²

Cuantía de la participación en las utilidades

La proporción de las utilidades que corresponde a cada socio viene establecida por el pacto social. En ausencia de estipulación al respecto operan las reglas de la Ley (sociedad colectiva: art. 45; en comandita simple: art. 59; anónima: 259; en comandita por acciones: 264; comercial: 295; civil: 306). Excepto la sociedad anónima (y la sociedad en comandita por acciones), en los demás casos el carácter supletorio de la norma está declarado en ella. La regla relativa a la sociedad anónima deriva su supletoriedad del art. 6 de la ley, según el cual en lo no previsto en el estatuto se aplicarán las disposiciones de la misma.

Regulación: ámbito de la voluntad social

La L.G.S. establece requisitos para la distribución de utilidades, cuya observancia protege a los acreedores sociales (arts. 20 y 259). De otro lado, en el caso de las sociedades anónimas y en comandita por acciones, en protección del derecho de los socios, señala límites a la voluntad de la Junta General cuando tiende a restringir la distribución de las utilidades (art. 260) Entre ambos extremos, puede operar la voluntad social para regular el ejercicio del derecho a la distribución de utilidades, en aplicación del art. 6 de la ley.

Según el art. 7, inc. 1 “Los socios pueden fijar las condiciones, el procedimiento y la proporción o límite al que debe sujetarse la distribución de utilidades”.

CONDICIONES DE VALIDEZ DE LA DISTRIBUCION DE UTILIDADES

La L.G.S. no regula de modo orgánico este aspecto. No obstante, de su articulado se infiere que son condiciones específicas de validez de la distribución de utilidades: a) la existencia de utilidades distribuibles; y b) la aprobación previa del balance.

Existencia de utilidades distribuibles

La L.G.S. no formula un concepto de la utilidad distribuible. Se limita a se-

¹ En el sexto considerando de las Res. CONASEV N° 373-84-EFC/94.10 se expresa que “el derecho del accionista al reparto de utilidades en la sociedad anónima es de mera expectación mientras que conforme a la Ley no se cumpla con las condiciones establecidas, es decir, que haya utilidades realmente obtenidas o reservas en efectivo de libre disposición y que la junta general ordinaria lo acuerde”.

² Dispone este artículo lo siguiente “La ley no ampara el abuso del derecho. El interesado puede exigir la adopción de las medidas necesarias para evitar o suprimir el abuso y, en su caso, la indemnización que corresponda”.

ñalar determinados requisitos de validez de la distribución de utilidades vinculados a la intangibilidad del capital social (arts. 20 y 259). Sin embargo, de la consideración de diversos dispositivos fluye que la utilidad distribuible debe ser utilidad realmente obtenida y de libre disposición.

Utilidad realmente obtenida

Tanto el art. 20, con carácter general, como el art. 259, para el caso de sociedades anónimas, exigen que el reparto de utilidades se produzca en razón de utilidades realmente obtenidas.³

Debe considerarse como utilidad realmente obtenida la que resulta del balance del ejercicio social, regularmente practicado y formalmente aprobado.

El art. 20, primer párrafo, señala, separadamente, que la distribución de utilidades “puede hacerse después del balance que efectivamente las arroje” y que no debe exceder de las que “realmente se obtengan”. Hay aquí una suerte de tautología normativa, pues sólo un balance regularmente practicado puede poner de manifiesto la utilidad realmente obtenida.⁴

La exigencia de que la utilidad sea real obedece a la necesidad de evitar el reparto de utilidades ficticias, hecho que puede involucrar un reembolso velado del capital social.

El “balance” a que alude el indicado dispositivo es el balance practicado al

cierre del ejercicio social. Ello fluye de diversos artículos de la ley:

- El socio que de buena fe recibe una utilidad que no reúne los requisitos para su distribución, está obligado a compensarla con las utilidades que correspondan “en los ejercicios siguientes” – art. 20, último párrafo.
- En la sociedad colectiva los administradores deben presentar el balance del ejercicio social y los socios tienen derecho a percibir las utilidades después de la aprobación de las cuentas (esto es, del balance) – art. 35.
Igual regla se aplica en la sociedad en comandita simple (art. 59).
- En la sociedad anónima los estatutos deben señalar la oportunidad en que ha de someterse a la Junta General la aprobación del balance de cada ejercicio y el régimen de aplicación de las utilidades (art. 78, inc. 14); corresponde a la Junta General aprobar o desaprobar el balance del ejercicio y disponer la aplicación de las utilidades que hubieren (art. 122); el Directorio debe formular el balance dentro de los 80 días luego del cierre del ejercicio (art. 250).
- En la sociedad comercial de responsabilidad limitada los administradores deben formular el balance dentro de los 80 días luego del cierre del ejercicio (art. 292).

Es uso mercantil establecido que el ejercicio social corresponda a un período de 12 meses (salvo los casos de sociedades que se constituyen o liquidan en el curso del mismo).

Tratándose de sociedades anónimas (y por ende, de las en comandita por acciones – art. 264) y comerciales de responsabilidad limitada, la ley señala que a falta de pacto social en contrario, el ejercicio social coincide con el

³ El art. 259 señala que la distribución de dividendos puede realizarse también en razón de “reservas en efectivo de libre disposición”. Se entiende que éstas reservas sólo pueden provenir de utilidades realmente obtenidas.

⁴ En el cuarto considerando de las Res. CONASEV 372-84-EFC/94.10 se expresa que “por utilidades realmente obtenidas deben entenderse las que provengan de un balance elaborado según los principios de contabilidad generalmente aceptados que arroje una utilidad cierta, es decir, que no pueda ser acusada de ficticia”.

año calendario (arts. 250 y 292).⁵ Esta norma es de aplicación analógica para los demás tipos de sociedades.

La regularidad en la formulación del balance supone que su contenido, en lo que concierne a las cuentas del mismo y a la valoración de los elementos patrimoniales del activo y del pasivo, se ajusta a las normas legales y principios de contabilidad.

La utilidad real como utilidad neta – cobertura de pérdidas

En la determinación de la utilidad real forzoso es considerar la incidencia que en ella tienen las pérdidas acumuladas y, en su caso, el impuesto a la renta, la participación del Directorio, las participaciones laborales y cualquier otro cargo que deba incidir en las utilidades del ejercicio. Toda distribución de utilidades que se efectúe sin considerar tales detracciones, constituiría, hasta por el monto de éstas, una distribución de utilidades inexistentes. Es por ello que la utilidad real es también utilidad neta. De este modo, lo dispuesto por el art. 20, primer párrafo de la L.G.S., viene a explicitar lo dispuesto por el art. 1, último párrafo de la misma, en el sentido que “Las utilidades netas, si las hubiere, se distribuyen entre todos los socios”.

No hay utilidad neta susceptible de distribución mientras no estén cubiertas las pérdidas acumuladas. Ahora bien, las pérdidas acumuladas que disminuyen las utilidades distribuibles son las que exceden las reservas constitui-

das por mandato legal,⁶ estatutario, o de la Junta General, con la finalidad prioritaria de absorber pérdidas.

A este respecto, se plantea la cuestión del orden en que deben aplicarse estas reservas para cubrir las pérdidas.

En cuanto al excedente de revaluación, es de remarcar que éste no debe mantenerse como tal, sino que debe ser aplicado inmediatamente de producirse, ya sea a aumentar el capital o a la cobertura de pérdidas, de haberlas (Ley 21694, art. 7). En cambio, la reserva legal (del art. 258 de la L.G.S.) debe tener permanencia para cumplir con su función de dar estabilidad al capital. De ahí cabe concluir que el excedente de revaluación debe aplicarse antes que la reserva legal.

Por sus características comunes con el excedente de revaluación, igual cabe concluir respecto a la Reserva de Capital del art. 24 del D. Leg. 200. Además, el art. 45 del Reglamento del D. Leg. 200 (Impuesto a la Renta) dispone que esta reserva debe ser aplicada a cubrir pérdidas “teniendo prioridad para este fin sobre cualquiera otra reserva constituida con el mismo objeto”.

Conforme a lo expuesto, puede señalarse que las pérdidas deben ser cubiertas en el siguiente orden:

1° Por el excedente de revaluación y la reserva de capital.

2° Por la reserva legal.

3° Por las reservas constituidas específicamente para cubrir pérdidas por

⁵ Téngase presente que para fines del impuesto a la renta el ejercicio comercial coincide siempre con el calendario (D. Leg. 200, art. 64, modificado por el D. Leg. 298).

⁶ Es el caso entre otros, de la reserva legal (L.G.S. art. 258); del excedente de revaluaciones autorizadas (D.L. 21694, art. 7, y D.S. 10-87-EF); de la reserva de capital (D. Leg. 200, art. 24, último párrafo).

disposición estatutaria o por acuerdo de la Junta General.

4º Por las utilidades de libre disposición.

Si existieran otras reservas, o sea, constituidas para fin distinto a la absorción de pérdidas, ellas no deben absorber, antes que las utilidades de libre disposición, las pérdidas que excedan a las reservas constituidas específicamente con ese fin, salvo que medie acuerdo de la junta en sentido contrario. La necesidad de resguardar el objetivo perseguido con la formación de tales reservas, fundamenta este criterio.

Previene el art. 20, segundo párrafo, de la L.G.S. que “Cuando se pierde una parte del capital social, no se hará distribución de utilidades hasta que el capital sea reintegrado o se haga la reducción en la cantidad correspondiente”.

Como indicativa de un requisito para la distribución válida de utilidades, esta norma resulta innecesaria si se tiene en cuenta que, en rigor, aunque las pérdidas no afecten el capital, no puede efectuarse distribución de utilidades mientras aquéllas no hayan sido cubiertas.⁷ Por ejemplo, supóngase que una reserva legal por 10 y utilidades por distribuir también por 10; y que en el ejercicio 2 obtiene pérdidas por 20. ¿Podría distribuir utilidades por 10 en el ejercicio 3? Eviden-

temente, no. Aun cuando las pérdidas no han afectado el capital social, han hecho desaparecer las utilidades distribuibles.

Lo dispuesto por el art. 20, segundo párrafo, puede entenderse más bien como una medida a adoptar cuando, existiendo pérdidas que afectan el capital social, se desea liberar, para su distribución, utilidades obtenidas o de próxima obtención por la sociedad.

Utilidad de libre disposición

Sólo en el art. 259, referido a las sociedades anónimas, la ley alude a la distribución de dividendos con cargo a reservas de “libre disposición”. No obstante, es condición para la legitimación de toda distribución de utilidades el que éstas sean de libre disponibilidad por la sociedad.

La utilidad de libre disposición es la utilidad neta disminuida en el importe de los montos detraídos para la formación de reservas (con fin distinto al de su futura distribución) por mandato legal,⁸ estatutario o de la Junta General.

Las utilidades que deben aplicarse a resarcir el excedente de revaluación que ha cubierto pérdidas que han sido objeto de arrastre para fines del impuesto a la renta ¿disminuyen las utilidades distribuibles?⁹ Podría soste-

⁷ Esta afirmación también resulta válida respecto de la exigencia del art. 259 de la ley, según la cual la distribución de dividendos procede “siempre que el valor del activo (léase patrimonio neto) no sea inferior al capital social”.

⁸ Por ejemplo, es el caso de la reserva legal a que se refiere el art. 255 de la L.G.S. y del fondo de reserva a que se refieren los arts. 49 y 50 cap. III de la Ley de Bancos y el art. 6 del D.L. 18967. Obsérvese que se trata de reservas cuya formación ha sido establecida como *obligación*. Una distribución con cargo a ellas es nula. No sucede igual con la reserva de reinversión. Su formación viene establecida como *carga*. Si se distribuyera esta reserva dejándola sin efecto en todo o en parte, la distribución no sería nula, pero sí determinaría la pérdida del beneficio de reinversión.

⁹ Esta cuestión sólo se plantea tratándose de sociedades anónimas, Únicamente respecto de ellas opera la exigencia de resarcir el excedente aplicado a cubrir pérdidas, con utilidades de los ejercicios siguientes. Ello en razón de que dicha exigencia viene establecida por el art. 19 del D.S. 010-87-EF como una condición para el arrastre de pérdidas a los fines del impuesto a la renta. Sabido es que las demás sociedades (con excepción de las en comandita por acciones en la parte relativa al capital accionario), no arrastran pérdidas por no ser sujetos del referido impuesto.

En rigor, el resarcimiento del excedente de revaluación aplicado a cubrir pérdidas, con

nerse que sí, toda vez que esa es la única manera de obtener el efectivo resarcimiento de las pérdidas, dado que el excedente de revaluación es ganancia no realizada. Sin embargo, si tales utilidades, en vez de aplicarse a ese fin fueran objeto de distribución, ésta sería válida. La exigencia de aplicar las utilidades a cubrir las pérdidas cubiertas por el excedente de revaluación, constituye sólo una carga y no una obligación. Su inobservancia acarrea únicamente la pérdida del derecho a arrastrar las pérdidas. Somos por ello del parecer que tales utilidades no disminuyen el monto de las utilidades distribuibles, en tanto no se apliquen a resarcir el excedente.

Los contratos en virtud de los cuales la sociedad se obliga a no distribuir utilidades total o parcialmente (por ejemplo, mientras esté pendiente de amortización un préstamo que ha recibido), no disminuyen las utilidades distribuibles. Simplemente conllevan que sobre la sociedad pese una obligación contractual de no hacer, cuyo incumplimiento se sancionará de acuerdo al contrato, pero sin que el mismo determine la nulidad de la distribución.

Aprobación del balance

Supuesto lógico y esencial de la distribución de utilidades es la aprobación del balance que las arroje. Es por la aprobación de la Junta que el balance adquiere carácter de acto de determinación y de instrumento probatorio de

la situación patrimonial de la sociedad a la fecha de cierre del ejercicio social.

Sólo en el caso de la sociedad colectiva la ley (art. 35) señala expresamente que la distribución procede después de la aprobación de las cuentas sociales; norma ésta que es aplicable a la sociedad en comandita (art. 59). En las demás sociedades, excepto la sociedad civil, la indicada regla se infiere de la simultánea mención que la L.G.S. hace tanto de la formulación del balance y de la propuesta de distribución de utilidades por el órgano administrador (S.A.: art. 250; S. en C.p. A.: art. 264; S.R. Ltda. art. 292) como de la aprobación de los mismos (S.A.: art. 122, incs. 1 y 2; S. en C. p A.: art. 264; S.R. Ltda.: art. 293). Tratándose de la sociedad civil debe considerarse de aplicación analógica lo dispuesto al respecto para las demás sociedades.

UTILIDADES DECLARADAS

Irrevocabilidad

Con la declaración de utilidades (acuerdo de distribución de utilidades adoptado por los socios o la Junta):

- Queda determinado el monto del pago exigible a la sociedad. Este efecto se produce en la sociedad colectiva y en la en comandita simple, en las que salvo pacto en contrario, el socio tiene derecho a exigir el pago de las utilidades después de la apro-

utilidades de ejercicios posteriores, debiera ser exigible a todo tipo de sociedad. El efecto natural de dicho resarcimiento es la consolidación del patrimonio social, al impedir que se conviertan en distribuibles las utilidades hasta por el monto en que habrían sido destinadas a cubrir las pérdidas, si no se hubiese aplicado el excedente de revaluación a ese fin. Siendo así, no se ve por qué dicho resarcimiento sólo es exigible como carga para el ejercicio de una facultad tributaria por las sociedades anónimas, y no una medida de saneamiento patrimonial pertinente a todo tipo de sociedad.

bación del balance; así como en las demás sociedades, cuando es de aplicación expresa o analógica el art. 260 de la L.G.S.

- Surge el crédito del socio sobre la sociedad por el monto de la utilidad declarada. Este efecto se produce en la sociedad anónima, en comandita por acciones; comercial de responsabilidad limitada y civil, excepto cuando es de aplicación el art. 260. También en la sociedad colectiva y en comandita simple cuando el pacto social ha supeditado la distribución de utilidades al acuerdo de los socios.

El crédito que surge en favor del socio es irrevocable, en el sentido de que no puede ser dejado sin efecto por la sociedad si no media consentimiento del socio.¹⁰

Exigibilidad

La determinación del momento a partir del cual es exigible por los socios el pago de las utilidades es relevante a los fines siguientes:

- del cómputo de la prescripción del derecho a exigir ese pago;
- de la constitución en mora de la sociedad por la falta de pago oportuno de las utilidades y, en consecuencia, del devengo del interés moratorio. No existen en la Ley normas que regulen de modo expreso este aspecto de la distribución de utilidades.

Teniendo en cuenta el contenido de este derecho y la preeminencia (mientras no sean modificadas) de las disposiciones estatutarias o del contrato social sobre las decisiones de los socios, pueden formularse las siguientes reglas respecto del momento a partir del cual es exigible por los socios el pago de las utilidades que les corresponden:

- En las sociedades anónimas,¹¹ sociedades en comandita por acciones y sociedades civiles, el pago es exigible desde el vencimiento del plazo que hubieren fijado el estatuto o el contrato social para el pago de dividendos o utilidades; en su defecto, desde el vencimiento del plazo que fijen la junta general o la junta de socios; y a falta de este plazo, desde la fecha en que se acordó la distribución, por aplicación al art. 1240 del Código Civil.¹²
- En las sociedades colectivas y en comandita simples, regirán las reglas indicadas para las demás sociedades, si en el contrato social se hubiere pactado que por acuerdo de los socios se decidirá sobre la distribución. Si no existiera esa estipulación, debe entenderse que el derecho del socio a percibir utilidades surge y se hace exigible tan pronto se aprueban las cuentas sociales, por aplicación del art. 35 de la L.G.S. concordado con el art. 1240 del Código Civil.

¹⁰ Sobre el particular y con referencia al caso de la sociedad anónima, puede verse los considerandos Cuarto a Noveno de la Res. CONASEV N° 373-84-EFC/94.10, así como el Inc. c) de su artículo único.

¹¹ Tratándose de sociedades anónimas, véase también la Resolución CONASEV N° 373-84-EFC/94.10, considerandos décimo a penúltimo y los incisos e) y f) de su artículo único.

¹² Expresa este art. que “Si no hubiese plazo designado, el acreedor puede exigir el pago inmediatamente después de contraída la obligación”.

Prescripción

La L.G.S. sólo especifica el plazo prescriptivo de los dividendos. El art. 259, último párrafo, expresa al respecto que “El derecho para solicitar el pago de los dividendos vencidos prescribe a los tres años, a partir de la fecha en que, conforme a lo acordado por la junta general, era exigible su pago”. Esta norma también resulta de aplicación en el caso de la sociedad en comandita por acciones (art. 264).

Tratándose de las utilidades declaradas por las demás sociedades, también rige el plazo de 3 años, por aplicación del art. 409 de la Ley. Señala este dispositivo que “Las acciones del socio contra la sociedad o viceversa, por actos no considerados expresamente en esta Ley o para los cuales no se haya establecido especialmente un plazo de prescripción, prescribirán a los tres años a partir de la fecha correspondiente al acto que motiva la acción”. Adecuando esta norma genérica al caso de los acuerdos de declaración de utilidades, debe considerarse que la prescripción corre desde el momento en que son exigibles las utilidades declaradas.

PAGOS A CUENTA DE UTILIDADES

Siendo las utilidades distribuibles las que resultan del balance correspondiente al ejercicio social, no es legalmente posible distribuir utilidades en

base a balances practicados en el curso del mismo.¹³ Tales pagos originan un crédito en favor de la sociedad y a cargo del socio, a ser compensado con las utilidades obtenidas al cierre del ejercicio cuya distribución se acuerde.¹⁴ En este sentido ha opinado la CONASEV según Resolución N° 372-84-EFC/94.10 respecto del pago a cuenta de dividendos.

DISTRIBUCIONES ILICITAS

Se trata aquí la ilicitud de la distribución en cuanto deriva de la ausencia de una o más de las condiciones de validez antes señaladas.

– Inexistencia de las utilidades distribuibles

La distribución de utilidades inexistentes (por no resultar de un balance del ejercicio regularmente practicado o por exceder a las utilidades netas) es nula (L.G.S. art. 20, tercer párrafo) y origina la aplicación de lo dispuesto en el art. 20, párrafos cuarto y quinto.

La distribución de utilidades que no son de libre disposición:

- es nula si conlleva el incumplimiento de la formación o del incremento de la reserva legal destinada a la cobertura de pérdidas – C.C. art. 219, inc. 4.
- es impugnabile (el acuerdo de la misma), si implica el incumplimiento de la formación o incremento de una reserva estatutaria o prevista en el

¹³ Conforme, Jorge Ossio Gargurevich “Naturaleza jurídica de los llamados dividendos a cuenta en el Derecho Mercantil y Tributario” en Revista del Instituto Peruano de Derecho Tributario N° 9. En contra, Julio Salas Sánchez, “El reparto anticipado de utilidades por las sociedades anónimas”, en la misma revista N° 8.

¹⁴ Procede contabilizar el pago a cuenta de utilidades como una detracción directa de las utilidades por distribuir, cuando hay utilidades; y como un crédito (cuenta por cobrar) cuando no las hay.

contrato social – L.G.S. arts. 143 (S.A.); 264 (S. en C. p. A); 282 (SR. Ltda.).

El acuerdo de distribución de utilidades omitiendo considerar las detracción de los montos destinados a la formación o incremento de reservas originadas en acuerdos anteriores de la Junta General, implica simplemente que las utilidades materia de la distribución no están sujetas a esa detracción.

– *Falta de aprobación previa del balance*

La falta de aprobación previa del balance torna nula la distribución efectuada, en aplicación del art. 219, inc. 6, del Código Civil, según el cual es nulo el acto jurídico que no reúna la forma prescrita. En consecuencia debe ser aplicable, por analogía, lo dispuesto en el artículo 20, párrafos cuarto y quinto.