

Distribución de dividendos en período de sospecha*

Por Franco Dimónaco

I. Introducción [arriba]

Luego de algunos años en el ejercicio profesional del derecho, he comenzado a tomar real dimensión de que el funcionamiento de las ciencias jurídicas no termina de comprenderse en toda su dimensión si no es complementada con las circunstancias que rodean el caso concreto. Ello es lo que nos permite entender los alcances del derecho en todos los extremos. En pocas palabras, esta ciencia se revela en la práctica cada vez que aplicamos normas a situaciones de la vida cotidiana generándose una serie de consecuencias relativamente previstas por aquellas.

La realidad nos enseña que cada vez que nos encontramos ante nuevos “asuntos” debemos ponernos a repasar legislación, conceptos abstractos, interpretar institutos del derecho, desentrañarlos, medir sus alcances, para luego poder bajarlos al hecho puntual sobre los que se construyen estrategias para afrontar posibles litigios tanto por la parte actora como por la demandada.

Es decir, en pocas ocasiones podemos encontrarnos ante hechos cuyos efectos jurídicos puedan ser determinados de antemano en su integridad mediante una aplicación sencilla y lineal de una norma que lo regula en todos sus aspectos. En la mayoría de los casos es una mezcla de diferentes elementos, contextos y circunstancias, regulados en distintos cuerpos normativos, con la concurrencia de varias figuras jurídicas que pueden tener diferentes interpretaciones. Más habitual aún es esta situación para los abogados que nos dedicamos a materias comerciales.

El disparador de esta tesis ha sido fruto de la combinación de conocer el desenvolvimiento de conflictos de accionistas (disputas entre mayoritarios vs minoritarios/interés individual del accionista vs. interés social de la empresa) y procesos concursales o falenciales que contienen incidentes vinculados a la recomposición patrimonial en protección de los acreedores, acciones de responsabilidad o extensiones de quiebra.

Por ello me resulta de gran interés poder brindar elementos claros para conocer con la mayor precisión posible la pugna que podría plantearse en torno a una práctica frecuente y muchas veces despreocupada en las sociedades comerciales como lo es el acto de “distribución de dividendos” o decisiones sociales que impliquen el retiro de activos u asignación de beneficios para los socios, y los efectos que dichos actos pudieren llegar a generar en el marco de un concurso o una quiebra, más aún cuando haya sido realizado en el período de sospecha.

Este desarrollo también tendrá por objeto conocer el tratamiento que debería darle nuestro sistema legislativo, hasta incluso las cuestiones sobre las que deben poner especial interés nuestros tribunales al momento en que tengan el desafío de analizarlos y pronunciarse al respecto.

Mediante esta tesis buscaré, entre otras cosas, echar luz a la importancia del reparto de dividendos de sociedades comerciales, la conducta de los accionistas y directores ante la misma en el marco de procesos falenciales, como así también si el acto de distribución de dividendos puede ser objeto de sanciones previstas en la

normativa concursal, en especial, de las acciones de recomposición patrimonial, su tratamiento en el derecho extranjero, terminando por ahondar en posibles soluciones a este vacío normativo.

II. Planteo del interrogante [arriba]

2.1. Antecedentes (como desembocamos en el planteo del problema).

En el desenvolvimiento de las empresas en general confluyen diversas situaciones y actuaciones que tienen repercusiones, no sólo en la economía, sino también en términos jurídicos intra y extrasocietarios.

Entre tantas acciones tendientes a generar beneficios en favor de sus titulares muchas veces pueden incurrirse en actos que, realizados en el período previo a que una empresa se declare en concurso o en quiebra, podrían ser reputados como sospechosos.

Dentro del marco concursal o falencial, la práctica de nuestros tribunales nos indica que es común que la sindicatura y acreedores se focalicen sobre los actos expresamente previstos en la normativa concursal o que generalmente cumplen determinados requisitos en su génesis precisamente estipulados por la ley que podrían reputarse inoponibles a la masa de acreedores, no se han advertido antecedentes en los que se hayan centrado en actos societarios de distribución de dividendos.

Si bien ello puede obedecer a que la resolución adoptada en el seno de una empresa que no ha sido atacado de nulidad por los propios accionistas en el plazo de ley debe mantenerse incólume, o que los síndicos que actúan en los procesos de quiebra tienen el pre formato de apuntar hacia otros actos, trataremos de analizar si la resolución social en la que se decide distribuir utilidades en el seno de empresas y que fueren adoptadas en el llamado “períodos de sospecha” respecto de sujetos que se hallaren en quiebra pueden ser objetados por la ley concursal.

2.2. Objetivo. Alcances del presente análisis.

En las sociedades abiertas de capital, la limitación del riesgo empresarial de los accionistas tiene asidero en la falta de participación de éstos en la administración del giro social, cuestión completamente diferentes a lo que sucede en las sociedades cerradas en las que hay un número reducido de socios que generalmente participan de manera más directa en su administración, y en definitiva, en el manejo de los fondos.

En términos generales, nuestra normativa en materia societaria impone diferentes medidas para asegurar que la sociedad cuente con los recursos necesarios para el desarrollo de la actividad empresarial prevista en su objeto social. En la fijación de esas normas se trata de buscar un equilibrio entre la autonomía patrimonial de las sociedades, la protección de los acreedores, la libertad negocial y la libre iniciativa empresarial. En esta inteligencia, encontramos que parte de esos elementos se ven reflejados en diferentes normativas que regulan el proceso de reparto de las ganancias y sus consecuencias en caso de incumplimientos formales, pero no así en caso de escenarios de insolvencia.

La Ley General de Sociedades N° 19.500 (LGS) a lo largo de todo su cuerpo normativo da tratamiento a los dividendos desde diferentes enfoques. Es del caso que el art. 1° define a las sociedades y su finalidad, el art. 68° da tratamiento a los dividendos generados por estas, el art. 70° trata las reservas legales y facultativas, el art. 224° regula la distribución de dividendos y el art. 225° indica la no repetición de los dividendos distribuidos de buena fe.

En idéntico sentido, en cuanto a la Ley de Concursos y Quiebras N° 24.522 (LCQ) debemos tener especial enfoque sobre los arts. 16 en lo que refiere a los actos prohibidos y sujetos a autorización judicial, 17 que prevé la sanción de ineficacia respecto de los actos que no cumplen con los requisitos en su artículo precedente, 116 que define el período de sospecha, 118 sobre actos ineficaces de pleno derecho, 119 que estipula actos ineficaces por conocimiento de la cesación de pagos, 120 relativo a la acción por acreedores y acción de revocatoria ordinaria, 149: devolución de lo percibido por socios recedentes, 150: exigencia de aportes de los accionistas que no lo han integrado en su totalidad, 161: extensión de quiebra por actuación en interés personal y 173: responsabilidad del representante.

De lo descripto se advierte que la LCQ prevé varios mecanismos con el objeto de lograr la recomposición patrimonial del fallido, los que podemos discriminar entre: ineficacias, responsabilidades y extensión de la quiebra. En la actualidad la normativa concursal establece un verdadero sistema de ineficacias concursales para lograr la inoponibilidad de aquellos actos celebrados por el deudor en el período de sospecha, en definitiva, “el fin del sistema es evitar el perjuicio que los acreedores considerados como conjunto puedan haber producido eventuales actos jurídicos realizados por el deudor durante el denominado período de sospecha”. [1]

Adentrándonos al caso que motiva el presente desarrollo, al existir durante la vida de las sociedades diversas decisiones adoptadas por sus órganos que pueden dar lugar a la interposición de acciones revocatorias, se puede plantear el ejercicio de estas ante resoluciones en que se decida repartir utilidades entre accionistas dentro de los años previos al proceso concursal o falencial.

Este hecho podría resultar controversial atento las regulaciones y principios que rigen en materia societaria que tienden a la conservación del acto societario, en especial, la irrepetibilidad de los dividendos distribuidos. Ello, por cuanto se trata de un componente propio de la seguridad jurídica que permite el desarrollo y crecimiento de las empresas en pugna con los intereses que el procedimiento concursal busca proteger para evitar que, previo a un inminente proceso de reestructuración de pasivo o de liquidación las empresas, los socios se hagan de activos auto privilegiándose por sobre los acreedores.

Asimismo, tendremos que despejar dudas si la hipótesis que elaboramos de ineficacia respecto de la distribución de dividendos son actos que pueden ser alcanzados por las normas que regulan los actos prohibidos e ineficaces de pleno derecho, los actos ineficaces por conocimiento de la cesación de pagos o por algún otro artículo que regule una figura particular que pudiera aplicarse en forma analógica.

Según veremos, si bien pueden hallarse gran cantidad de circunstancias que pueden dotar de validez o no al acto que se va a cuestionar, trataremos de precisar pautas específicas para determinar bajo qué circunstancias podría

prosperar el planteo, cuando no y las particularidades de los aspectos procesales que pudiere contener.

Al no existir en la ley falencial una regulación específica al supuesto que desarrollaremos, debemos echar mano sobre los efectos respecto de los actos perjudiciales a los acreedores previstos en la LCQ.

III. Estructura jurídica de los institutos que convergen al planteo [arriba]

3.1. Reseña histórica.

3.1.1. Evolución de las sociedades comerciales en Argentina y el derecho de los socios al dividendo.

Haciendo un breve recorrido histórico, el profesor Isaac Halperin señala que si bien existen antecedentes de las sociedades en las societates publicanorum del derecho romano, o en las commenda que aparecieron en Genova y Venecia, las monti di pieta de las ciudades italianas, el origen que mas se asemeja a la sociedad tal como se conocen hoy, estaba en la limitación de la responsabilidad propia del derecho marítimo, a la fortuna comprometida en la aventura (Compañía Holandesa de las Indias Orientales, posteriormente Compañías Francesas de las Indias Orientales y Occidentales, Compañías de Santo Domingo, del Canadá y de la Bahía de Hudson). Resultaría, además, lógicamente así, porque las primeras sociedades se organizan como grandes empresas marítimas, para comerciar y colonizar. De ahí que el Estado, interesado principal en el resultado, les concedía la personalidad por actos especiales, en los cuales se incluían las facultades y poderes de derecho público y de incorporar la calidad de socio a títulos transmisibles.[2]

Respecto de las mismas, el autor indica que no tenían organizada la asamblea de accionistas, ni la confección de balances a intervalos regulares: los beneficios se distribuían irregularmente cuando se producían, o al término de una expedición naval o al término de diez años y generalmente la administración estaba a cargo de una junta con los mayores accionistas, mas no como representantes de los consocios, puesto que los pequeños accionistas no intervenían en su elección.

Con el correr de los años, en las compañías francesas, fomentadas por el estado, se acentúa la evolución: se afirma la soberanía de la asamblea y van desapareciendo las categorías de grandes y pequeños accionistas. De esta, desde los Países Bajos y Francia, las sociedades se delinean con mayor nitidez: las acciones, generalmente nominativas en un comienzo, se van convirtiendo a la orden, y luego al portador, y con ello se acentúa la especulación. Se limita progresivamente el poder de la mayoría, se esbozan los derechos individuales del accionista, en especial al voto y al dividendo. Se precisan las funciones y responsabilidad de los administradores y de los síndicos.[3]

El proceso señalado desemboca en el dictado del código de comercio francés de 1807, que junto con la normativa española impuesta en materia mercantil en los inicios de nuestra patria, se constituyeron como los antecedentes inmediatos del Código de Comercio de Buenos Aires de 1859, posteriormente adoptado por la Nación en 1862, el cual dedicaba en el Libro Segundo: “los contratos de comercio”, título tercero: “De las compañías o sociedades”, al régimen de las sociedades comerciales. Una primera parte contenía normas referidas a la parte general de las sociedades comerciales (“disposiciones generales”), en donde eran tratados todos

los tipos previstos en el cuerpo normativo, es decir, las sociedades anónimas, las sociedades en comandita, las habilitaciones o sociedades de capital e industria, las sociedades accidentales o en participación y las sociedades colectivas.

Una segunda parte del mismo título (Capítulos VII a X) se refería a los derechos y obligaciones de los socios, la disolución, liquidación y modo de dirimir los conflictos inter socios; totalizando un total de 126 artículos del Código de Comercio, dedicada a la regulación de los entes con actividad comercial.

Dicho cuerpo normativo fue sustituido por un nuevo Código de Comercio en el año 1889 siendo reformado por gran cantidad de leyes. En este código el derecho al dividendo surgía de los arts. 292, inc. 3°; 347; 361 y 364. De allí se desprendía que los dividendos tenían que provenir de “beneficios irrevocablemente realizados y líquidos” que surja de un balance serio y libre de artificios, no se admitían la distribución de dividendos provisionales durante el ejercicio social y a cuenta de la distribución que podría darse al finalizar aquel. El mencionado dividendo era propuesto por el directorio y la asamblea disponía su eventual distribución. Otro rasgo relevante, era que en caso de distribución ilegal de utilidades, en el código de comercio de 1862 se resolvía que el accionista adquiriría irrevocablemente ese dividendo mal distribuido pero la reforma de 1889 suprimió la norma y guardó silencio, por lo que la repetición quedaría atada a la buena o mala fe del accionista.

La Ley N° 11.645 del año 1932 incorporó el tipo de la Sociedad de Responsabilidad Limitada. El objeto de esta norma fue el de establecer un tipo societario que contuviera la limitación de responsabilidad patrimonial para los socios en los supuestos de pequeñas y medianas empresas.

Finalmente, el 28 de diciembre de 1971, la Comisión Redactora integrada por los Dres. Halperín, Fargosi, Zaldivar, Odriozola y Colombres, presentó el Proyecto de Ley General de Sociedades destinado a reemplazar el Título II del Libro II del Código de Comercio. El mencionado Proyecto fue sancionado y promulgado como ley el 3 de abril de 1972, publicado en el Boletín Oficial el 25 de abril del mismo año (Ley de sociedades comerciales), con las normas que hoy conocemos en torno al derecho del dividendo del accionista, tales como los previstos en los arts. 1, 11, 13, 68, 69, 70, 189, 224, 225.

En esta norma, la participación en los beneficios es un elemento constitutivo y esencial del contrato de sociedad, tal cual surge del art. 1 LGS, a tal punto, que su ausencia ocasiona la inexistencia de sociedad derivada de la atipicidad ocasionada por la falta de uno de sus elementos esenciales. Se estaría frente a un contrato distinto pero no de una sociedad comercial.[4]

La mencionada ley especial fue complementada por la Ley N° 22.903 en 1983 (la cual incorporó la doctrina de la inoponibilidad de la personalidad jurídica, introdujo modificaciones en cuanto al régimen de regularización de sociedades y aceptó la posibilidad de que las Sociedades Anónimas pudieran emitir acciones escriturales).

Con posterioridad y en el año 2014 (con vigencia a partir del 01/08/2015) se modifica en parte por la unificación del Código Civil y Comercial por la Ley N° 26.994. Entre las modificaciones más relevantes advertimos el cambio de la denominación de Ley de Sociedades Comerciales por “Ley General de Sociedades”,

incorpora el capítulo IV que se titula “De las sociedades no constituidas según los tipos del capítulo II y otros supuestos” (antes “de la sociedad no constituida regularmente”); hace desaparecer la distinción entre sociedades civiles y comerciales; incorpora las Sociedades Anónimas Unipersonales (SAU). Sin perjuicio de ello, no existen modificaciones sustanciales en torno a esta prerrogativa de la que gozan los socios respecto del dividendo.

A esta última reforma se agrega en el año 2016 la Ley N° 27.290 que modifica los arts. 255 y 284 LGS. El primero elimina la exigencia de al menos 3 directores para las SAU. El segundo se elimina la exigencia de al menos 3 síndicos para las SAU.

Por último, en el año 2017 se sanciona la Ley N° 27.349 denominada “Apoyo al capital emprendedor”, que crea un nuevo tipo societario como son las Sociedades por Acciones Simplificadas (SAS), sosteniendo el derecho al dividendo de los accionistas en los términos de la Ley N° 19.550. Específicamente, en su art. 36 que regula el contenido del instrumento de constitución, incorpora en su inc. 8) “Las reglas para distribuir las utilidades y soportar las pérdidas”.

Este breve resumen, nos posiciona en un punto de partida histórico - legislativo para el desarrollo del presente, donde veremos con mayor detenimiento los alcances de las normas que regulan esta prerrogativa en cabeza de los socios.

3.1.2. Evolución de las acciones de recomposición patrimonial en Argentina a luz del Derecho Concursal.

La ineficacia de los actos jurídicos aparece como una constante en diferentes sistemas concursales. El punto de partida ha sido mencionado expresamente en estatutos de las corporaciones medievales que invalidaban ciertos actos, es especial venta, ciertos pagos, compromisos asumidos y demás fórmulas que se empleaban y se emplean para disminuir el patrimonio.

El autor Osvaldo Maffía, al narrar los orígenes del instituto en el Derecho Romano advierte que en aquella época había dos acciones: la acción pauliana propiamente dicha, que era una acción penal y no de derecho Civil, que estaba construida sobre el delito del fraude y que estaba destinada a emplazar al deudor que había transferido fraudulentamente bienes en perjuicio de los acreedores, a que las restituyera a la masa, y el interdictum fraudatorium que era una medida que había dado el pretor romano para suavizar la dureza del jus civile. Este instituto, que está citado por todos los civilistas como antecedente de las acción pauliana ordinaria, es en realidad una acción concursal, porque quien tenía la posibilidad de pedir el interdictum fraudatorium no era cualquier acreedor, como es en la acción pauliana por un acto anterior, sino que era aquel acreedor que tenía la posibilidad de la misio in bona (facultad que tenían determinados acreedores de pedir la inmisión, es decir, la desposición de los bienes para promover justamente lo que se llamaban bonarum venditio, que fue la primera ejecución colectiva que se conoció en la humanidad).[5]

La acción que va destinada a recuperar los bienes del Derecho Civil denominada interdictum fraudatorium va siendo desplazada por la acción revocatoria o acción de nulidad, ya que dicha revocación tendía a dejar sin efecto la operación cuestionada. De esta forma se va perfilando la acción revocatoria concursal y la

acción pauliana que más allá de su nomen iuris (acción de nulidad, revocatoria o ineficacia) tienen como finalidad la recomposición del patrimonio del fallido.

Entre los siglos XII y XIV, las ciudades comercialmente más desarrolladas (Venecia, Génova, Florencia, Amalfi, Milán) coincidieron en establecer una regulación sistemática y completa de la quiebra. De allí surge el Estatuto de Siena, sobre el cual muchas de sus principales conclusiones conforman en la actualidad la estructura fundamental del instituto.

El Code de 1808 en cuanto a quiebras, alcanzó una regulación muy superior a aquél cuerpo legal aunque con un rigor excesivo. El propio Napoleón exigió tal severidad legislativa ante un clima de despojos y ulteriores negociados fraudulentos pos revolución. Pero el mismo debió ser reformado para fomentar el comercio, de esta forma se dicta el libro II del Code, fue reformado por ley de 1.838, el cual, atenuó severidades, simplificó el trámite, agilizó la liquidación, delimitó mejor el período de sospecha, facilitó y estimuló el recurso a la vía judicial para los comerciantes con problemas susceptibles de arreglo ante el tribunal. Esta reforma fue una de las fuentes de nuestro sistema.

En relación al mismo, el Dr. Pablo Heredia señala que el código de comercio de 1862 tomo por fuente los arts. 446 y 447 del código francés, y enumeró ciertos actos que consideraba “nulos y sin efecto alguno relativamente a la masa cuando se han verificado después del día en que, según la declaración del Tribunal, tuvo lugar la efectiva cesación de pagos” (art. 1540) otros que podrían ser “anulados, si de parte de los que han recibido algo del deudor o de los que han tratado con él, ha habido noticia de la cesación de sus pagos” (art. 1541).[6]

La reforma del código de comercio de 1889 distinguió entre actos de nulidad absoluta o relativa, enumerando supuestos de unos y otros (arts. 1409 y 1410), y aclarando en ambos casos que lo eran con relación a la masa (art. 1408).

La Ley N° 4.156 (que rigió desde 1902 hasta 1933) repitió el esquema consistente en distinguir actos de nulidad absoluta (art. 77) y actos de nulidad relativa (art. 78), en ambos casos con “relación a la masa” (art. 76). En relación a ello, el Dr. Heredia indica que de las críticas al sistema se hizo cargo el doctrinario C. Malagarriga quien observó que los actos que la ley reputada como afectados de nulidad absoluta “con relación a la masa” se trataban, en realidad, de supuestos de nulidad relativa en cuanto a que no podía ser invocada más que por la masa, en favor de quien ha sido establecida. No es absoluta, decía en el sentido de la nulidad absoluta de la ley civil, sino en el de que se presume sin admitir prueba en contrario que los actos comprendidos en el artículo han sido verificados en fraude o perjuicio a los acreedores de la persona fallida.[7]

Con el dictado de la Ley N° 11.719 del año 1933 en los arts. 109 a 111 se utilizó la expresión “absolutamente nulos” para los actos que, según las leyes anteriores, adolecían de “nulidad absoluta” (actos que si se verificaban el juez estaba obligado a pronunciar la nulidad), y respecto de los actos susceptibles de “nulidad relativa”, los reputó como anulables (era declarados a petición de los representantes de la masa, según las circunstancias en que hubieran sido ejecutados, el conocimiento que de los mismos hubiese tenido el otro contratante y el perjuicio ocasionado) manteniéndose que ello era en relación a la masa. Pero lo más relevantes es que en ambos casos el acto declarado nulo mantenía sus

efectos entre las partes otorgantes y que solo perdía dicha eficacia en relación a la masa de acreedores.

Finalmente, la Ley N° 19.551 siguió la referida orientación consagrando las categorías de “actos ineficaces de pleno derecho” (art. 122) y “actos ineficaces por conocimiento de la cesación de pagos” (art. 123). De esta forma, en la exposición de motivos de esta nueva ley, indica que se utiliza el término de ineficacia porque es el que más se adecúa a la realidad jurídica del instituto. Así las cosas, la inoponibilidad de los actos de los acreedores, sin que importe ello su nulidad. Ello ha trascendido a la actual Ley N° 24.522, arts. 118 y 119.

3.2. Definición de términos básicos a la luz de la normativa vigente.

3.2.1. La importancia de los dividendos en las sociedades;

3.2.1.i. Nociones del “dividendo”.

Nuestra Ley N° 19.550 al definir las sociedades en su art. 1 establece las ganancias como un elemento esencial a las mismas, “Habrà sociedad si una o más personas en forma organizada conforme a uno de los tipos previstos en esta ley, se obligan a realizar aportes para aplicarlos a la producción o intercambio de bienes o servicios, participando de los beneficios y soportando las pérdidas.”

Como señala Molina Sandoval, la idea de “beneficio” no necesariamente se debe identificar como una noción estricta de lucro, sino que debe albergar una idea más amplia puesto que puede aludir a otro tipo de ventajas, como participar en los resultados de una investigación, obtener una utilidad de orden asociativo, prestación de ciertos servicios. Es decir, que la noción de beneficio debe entenderse como comprensiva de la utilidad líquida y realizada a la que refieren los arts. 68 y 224 LGS, pero no todo beneficio puede entenderse como una utilidad.[8]

El autor Diego A. Duprat refuerza esta idea al indicar que cuando la ley refiere a beneficios, lo hace de una manera genérica y más amplia, para indicar aquellas ventajas patrimoniales que puede ofrecer la sociedad a sus socios, englobando a las ganancias y a las utilidades.[9]

Como punto de partida para adentrarnos en el asunto, debemos conceptualizar el término dividendo, para luego desembocar en el tratamiento que la ley le otorga al derecho que le corresponde al socio respecto de los mismos.

La real academia española define con precisión este vocablo de la siguiente manera “dividendo activo. 1. m. Cuota que, al distribuir ganancias una compañía mercantil, corresponde a cada acción.”[10], que trasladado a términos técnicos-jurídicos podemos enriquecerlo indicando que es el saldo del activo que queda de libre disposición, deducidos gastos, costos e impuestos de un ejercicio social, que el órgano competente destina a distribuir entre los socios de una sociedad en proporción a su participación.

En otras palabras podría definirse como la parte de las utilidades que la asamblea resuelve distribuir entre los socios, de acuerdo y con el alcance de las condiciones

y exigencias de la Ley de Sociedades Comerciales y, eventualmente, del estatuto.[11]

De aquí se desprende que los dividendos se generan como una opción más entre los distintos destinos que la asamblea puede darle a las utilidades de un ejercicio (tales como, amortizar acciones integradas -art. 223 LGS- o adquirirlas -art. 220 LGS-, constituir reservas facultativas -art. 70, 3er. párrafo LGS-, cubrir pérdidas de ejercicios anteriores -art. 71 LGS-).

Asimismo, vale aclarar que, si bien la LGS en varios pasajes utiliza en forma indistinta los términos “ganancias”, “utilidades” y “dividendos” debemos aclarar los aspectos que los diferencian.

“Ganancia” se denomina al resultado positivo que surge de confrontar las partidas del activo con las del pasivo del balance; mientras que “utilidad” implica la existencia de un real y efectivo incremento patrimonial proveniente de la actividad de la sociedad que, efectuadas las deducciones, provisiones y cargos pertinentes, queda a disposición del órgano de gobierno para su aplicación y que, eventualmente, puede ser distribuido entre los socios vía “dividendos”. [12]

Básicamente, los dividendos se diferencian de los otros conceptos, especialmente de las utilidades, en que constituyen un incremento patrimonial que beneficia a los socios. A partir de la declaración de dividendos se opera una transferencia de activos desde la sociedad hacia sus accionistas.

3.2.1.ii. Derecho al dividendo. Amparo constitucional.

El estado de socio, en cuanto tal, confiere una serie de derechos inherentes a su calidad. Tal es así que el concepto de sociedad en el art. 1 de la LGS fija el derecho al dividendo como elemento característico de aquella.

No es del caso analizar los distintos derechos que surgen de la condición de socio (información, voto, preferencia, etc.) sino que en el presente debemos detenernos en analizar el derecho del socio a la percepción de beneficios. El mismo, no sólo deriva del art. 1 sino también de la estructura normativa societaria (arts. 11, 13, 68, 69, 70, 189, 224, 225 Ley N° 19.550).

La doctrina en general, cuando da tratamiento al asunto, lo hace desde el punto de vista de la prerrogativa inherente del accionista/socio y los límites de la misma atento que de allí comienzan a gestarse diferentes ópticas en cuanto a su alcance y los efectos que el mismo tiene en el desenvolvimiento empresarial en general. En el planteo efectuado trataremos de examinar como la prerrogativa en cuestión debe ser considerada ante eventuales procesos concursales o falenciales.

Es por ello que debemos comenzar estableciendo nociones respecto al derecho al dividendo.

El maestro Vivante definía al dividendo como el beneficio neto pagable periódicamente por cada acción, entendiendo que el derecho a exigirlo se hallaba subordinado a dos condiciones: una suspensiva, de que el dividendo resulte del balance aprobado por la asamblea, y otra resolutiva, que la asamblea no modifique

el estatuto suspendiendo su pago, por ejemplo, para constituir un fondo de reserva.[13]

Esta distinción coincide con la de los Dres. Miguel A. Sasot Betes y Miguel E. Sasot como así también a la del Dr. Efraín H. Richard al indicar que suelen haber dos nociones de dividendos: una abstracta como el derecho a la percepción de utilidades; y otra concreta, como surge del reparto periódico de utilidades y de todo un esquema normativo tendiente a su distribución. Sin perjuicio de que ambas ideas no son distintas, sino que implican un mismo concepto en distintos niveles analíticos. Ello así, pues el derecho abstracto a los dividendos se concreta en su reparto mediante un procedimiento interno societario.[14]

Sostiene Halperin que el derecho al dividendo se funda en el reparto periódico de las utilidades devengadas, periodicidad que encuentra su fundamento en la ley y la costumbre. Sin embargo, observa que si bien el accionista posee un derecho irrenunciable a las utilidades, no así respecto del reparto periódico.[15]

En definitiva, el derecho al dividendo no constituye un derecho de crédito sino el derecho subjetivo que tienen los accionistas a participar en las utilidades sociales a prorrata de sus respectivas tenencias de acciones. Este derecho no resulta exigible frente a la sociedad, como sujeto de derecho diferente del accionista, sino dentro de la estructura orgánico-institucional del ente societario sobre la cual recae el cometido de disponer de las utilidades.

Por último, no podemos dejar de mencionar que a este derecho le asiste la misma protección constitucional al igual que todos los derechos patrimoniales, esencialmente en los arts. 14 y 17 de la Carta Magna. Debemos recordar que la noción de propiedad a la que alude la Constitución Nacional no es estricta (en el sentido de mero derecho real -art. 1941 Código Civil y Comercial de la Nación-) sino abarca un sentido más amplio, ya que, al decir ello la Corte Suprema, “ampara todo el patrimonio, incluyendo derechos reales y personales, bienes materiales e inmateriales y, en general, todos los intereses apreciables que un hombre puede poseer, fuera de sí mismo y de su vida y libertad”. [16] Esta protección también se advierte en el derecho extranjero, recordemos lo que sostuvo el alto tribunal estadounidense, in re “Ervino´s Appeal” el cual, en una interpretación amplia de la quinta enmienda constitucional, ha señalado que no importa que la propiedad sea real o personal, porque la Constitución protege a un hombre potencialmente en el goce y dominio tanto de su propiedad personal como de su propiedad real.

Estos extractos se traen a colación atento que la expectativa al dividendo que tienen los socios en las empresas corresponde interpretarse a la luz de estas normativas cuando son atacados por arbitrariedades, abusos del derecho o decisiones poco razonables que cercenan la concreción de este derecho.

3.2.1.iii. Distribución de dividendos. Marco normativo.

Fijadas las nociones de dividendos y el derecho a los mismos, debemos recordar el esquema normativo del instituto. Además del art. 1 LGS que lo incorpora como finalidad de las sociedades, encontramos:

- el art. 11 inc. 7 LGS que establece que el instrumento de constitución de sociedades debe contener reglas para distribuir las utilidades o en caso de silencio, será en proporción de los aportes;

- el art. 13 inc. 1 LGS indica que son nulas las cláusulas que alguno o algunos de los socios reciban todos los beneficios o se les excluya de ellos;

- el art. 68 LGS señala expresamente que “Los dividendos no pueden ser aprobados ni distribuidos a los socios, sino por ganancias realizadas y líquidas resultantes de un balance confeccionado de acuerdo con la ley y el estatuto y aprobado por el órgano social competente, salvo en el caso previsto en el artículo 224, segundo párrafo. Las ganancias distribuidas en violación a esta regla son repetibles, con excepción del supuesto previsto en el artículo 225.”;

- el art. 71 párrafo 1° LGS regula que las ganancias no pueden distribuirse hasta tanto no se cubran las pérdidas de ejercicios anteriores;

- el art. 66, inc. 4 LGS fija que los administradores deberán informar en la memoria las causas detalladamente expuestas por las que se propone el pago de dividendos o la distribución de ganancias en otra forma que en efectivo;

- el art. 224 LGS tiene dicho para las sociedades anónimas que “La distribución de dividendos o el pago de interés a los accionistas son lícitos sólo si resultan de ganancias realizadas y líquidas correspondientes a un balance de ejercicio regularmente confeccionado y aprobado. Está prohibido distribuir intereses o dividendos anticipados o provisionales o resultantes de balances especiales, excepto en las sociedades comprendidas en el artículo 299. En todos estos casos los directores, los miembros del consejo de vigilancia y síndicos son responsables ilimitada y solidariamente por tales pagos y distribuciones.”

- seguidamente el art. 225 LGS señala que no son repetibles los dividendos percibidos de buena fe.

Del escenario normativo detallado advertimos que la legalidad de la distribución de dividendos está dada cuando existan “ganancias”, “realizadas”, “líquidas”, que “resulten de un balance regularmente confeccionado y aprobado” -vale decir, de conformidad a la ley, al estatuto y tratado por el órgano competente para su aprobación- (arts. 68 y 224 LGS).

Someramente, procederemos a puntualizar el contenido de estos elementos que servirán como base para advertir, en una primera instancia, las consecuencias jurídicas que pudiere causar el acto jurídico de distribución de dividendos en el período de sospecha en el marco del concurso o quiebra de la empresa.

Cuando la ley alude a “ganancias” en realidad debió referirse a utilidades. Tal como lo hemos mencionado en los puntos precedentes, el primero refiere a un importe positivo en el estado de resultados mientras que el segundo refiere a la ganancia que puede distribuirse entre los socios una vez deducido los rubros que deben cubrirse en cada período. Lo que aquí importa es que el saldo positivo del ejercicio debe ser suficiente para cubrir gastos, amortizaciones, costos, impuestos, conceptos del patrimonio neto (capital, aportes irrevocables, reservas legales,

facultativas o estatutarias) como así también pérdidas de ejercicios anteriores (art. 71, párr. 1° LGS).

El término “realizada”, refiere a que las mismas no deben estar subordinadas a eventualidades que pueden hacerlas desaparecer. En otras palabras, que no se hallen en estado de gestión sino que deriven de transacciones ciertas, serias, determinadas, consumadas o finiquitadas.

La noción de “liquidez”, si bien la norma no refiere a la existencia del total de efectivo en caja, debe ser factible y razonablemente realizada en breve lapso temporal. Ante la falta de certeza acerca de si la ganancia es líquida o no, deberá estarse a la no liquidez.

Respecto de que estos puntos deben surgir de un balance efectuado de conformidad a la ley y el estatuto que se encuentre aprobado, refiere, por un lado, que el balance debe guardar una coherencia con los estados contables, debiendo reflejarse ello en el estado de resultados o en el estado de evolución del patrimonio neto habiendo sido confeccionado de conformidad a la ley, y por otro lado, que el mismo deberá ser aprobado por el órgano de gobierno de la sociedad que lo trate (asamblea en sociedades anónimas, reunión de socios en sociedades de responsabilidad limitada y sociedades por acciones simplificadas).

3.2.1.iv. La irrevocabilidad de los dividendos.

A los fines del presente desarrollo, es pertinente puntualizar acerca de la irrevocabilidad de los dividendos aprobados mediante el órgano de gobierno de las sociedades en favor de los socios. Es decir, desde ese momento se consolida un derecho creditorio del accionista frente a la empresa, que le permite comportarse como cualquier tercero al que se le adeuda un saldo.

Así lo ha sostenido nuestro Máximo Tribunal en los autos “Aduriz SAICyF s/ apelación” dictado el 9 de octubre 1968 al indicar que “...la aprobación del dividendo por la Asamblea, modifica sustancialmente la posición del socio, quien, a partir de ese momento, adquiere un derecho de crédito con carácter irrevocable y con abstracción del día fijado para el pago, de manera que el accionista, una vez que ocurre tal determinación, puede comportarse como un tercero frente a la sociedad, ceder su derecho, transmitirlo, gravarlo e incluso, en caso de quiebra, actuar como acreedor, ya que el dividendo señalado no puede afectarse por las pérdidas posteriores.”[17]

Ello así aceptado a tal punto, que en el caso de que exista un escenario sobreviniente de carácter desfavorable para la sociedad, aquel no podría obstaculizar el efectivo cobro de dividendos que fueron aprobados en los ejercicios anteriores.

En este sentido, Miguel A. Sasot Betes y Miguel P. Sasot indican que el dividendo debe considerarse definitivamente adquirido y, como tal, irrevocable, incluso si hechos posteriores han cambiado la posición económica o financiera de la sociedad con relación al balance aprobado por la asamblea y en función del cual se determinaron las utilidades a distribuir. Incluso si tales hechos nuevos han cambiado en forma tal la situación financiera de la empresa, que las utilidades son absorbidas y se generan pérdidas.[18]

Este concepto, como consecuencia inmediata de la decisión de distribuir utilidades ha sido expresamente recepcionado por la jurisprudencia al indicar que “las razones de fuerza mayor consistentes en emergencias acaecidas con posterioridad al cierre del ejercicio para el cual fue declarado el dividendo, no pueden influir en el pago del mismo reclamado por un accionista”[19] y que “el balance de un ejercicio social no puede alterarse por las pérdidas que arrojen los ejercicios posteriores, porque tal cosa impondría a los socios el sacrificio de las utilidades a favor de los accionistas posteriores”. [20]

No importa que las circunstancias que cambian tal posición económica o financiera obedezcan a actos de la autoridad que se reflejan retroactivamente sobre el balance, y que de haber sido conocidos con anterioridad al cierre de éste deberían haberse tomado en consideración. Tal sería el caso de aplicación retroactiva de leyes fiscales; reajustes retroactivos de las remuneraciones del personal; disposiciones cambiarias que retroactivamente engendren quebrantos de cambio, y demás situaciones similares.

Adentrándonos al caso que se viene a analizar, cuando llevamos esta consecuencia jurídica al escenario concursal, y tal como lo sostiene la última parte del fallo citado de la Corte Suprema, en caso de que las pérdidas posteriores al balance que registró los beneficios que se distribuyeron como utilidades sean de magnitud suficientes que llevan a la quiebra de la empresa, no por ello el accionista pierde su derecho a percibir el dividendo declarado en su oportunidad. En dicho caso, se entiende que como cualquier acreedor figurará en la masa de acreedores y correrá la suerte de aquellos.

Del desarrollo del presente, nos planteamos como meta analizar todas las aristas del criterio adoptado atento que si se verifican algunos presupuestos adoptados por la LCQ, podremos evaluar seriamente el alcance de los efectos del acto a la luz de los arts. 149 y 150 LCQ y de las acciones de recomposición patrimonial.

Ello por cuanto, el acto societario y las consecuencias jurídicas que el mismo produce no debe ser valorado en forma aislada, sino que en una interpretación integral de la normativa aplicable al desenvolvimiento de las sociedades, y en especial, cuando la misma se encuentra en estado de cesación de pagos.

3.2.1.v. Forma de pago de dividendos distribuidos. Época de pago y prescripción.

Los dividendos declarados en favor de los socios o accionistas encuentran distintas formas de efectivizarse. Respecto de ello, el único pasaje de la LGS es el art. 66 inc. 4 que cuando refiere al contenido de la memoria que confeccionen los administradores, indica que la misma debe indicar “4) Las causas, detalladamente expuestas, por las que se propone el pago de dividendos o la distribución de ganancias en otra forma que en efectivo”.

Este inciso abre el panorama a las sociedades para que sus integrantes puedan decidir repartir las ganancias que se ha decidido distribuir mediante diferentes elementos que no sea en dinero en efectivo.

Así podemos encontrar que los dividendos se repartan:

- En dinero en efectivo o destinar los beneficios para cubrir cuotas de socios, partes sociales o acciones suscritas pendientes de integración, que es una variante de aquel;
- En especie (productos industrializados o comercializados por la sociedad, prestaciones de servicios, acciones en cartera en sociedades o participaciones de otras sociedades, etc.);
- En acciones emitidas por la sociedades, denominado corrientemente “capitalización de dividendos en las sociedades por acciones y aumentos de capital en los otros tipos societarios”;
- Convirtiéndose en un crédito en favor del beneficiario si decide no retirar su proporción una vez resuelta por el órgano social competente. Evidentemente, en este caso el socio o accionista se equipará a un acreedor de la sociedad.

En relación a la época en que deben efectivizarse los dividendos, la norma indica que deben pagarse en las épocas que determinen los estatutos o lo fije la asamblea, en caso contrario, deben considerarse los siguientes factores: (i) Sociedades que no hacen oferta pública: la costumbre es delegar al directorio la determinación de una fecha, decisión que debe ser adoptada considerando el principio general de la adecuación de la conducta a la del buen hombre de negocios (consagrado en el art. 59) y las disposiciones de los órganos de contralor; (ii) Sociedades que efectúan oferta pública de sus acciones: se aplica la Res. 21/71 de la Comisión Nacional de Valores, que dispone que el plazo de pago sea de 60 días luego de la aprobación asamblearia.

El art. 79 de la Res. IGJ 7/15 prescribe: “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 establecen y la asamblea o reunión de socios no fija un plazo especial, que no podrá exceder de los treinta días, los dividendos se considerarán a disposición de los socios a partir del día siguiente de clausurada la asamblea o reunión de que aprobó la distribución”, y el art. 1 del Cap. IV de las Normas de CNV dispone: “El pago de los dividendos votados en efectivo de sociedades que hagan oferta pública de sus acciones deberá efectuarse dentro de los TREINTA (30) días corridos de su aprobación por la asamblea respectiva”.

En base a lo expuestos, las sociedades que hacen ofertas públicas de sus valores, hay que atenerse a las disposiciones reglamentarias emitidas por la Comisión Nacional de Valores, bolsas de comercio, quienes deben prestar su conformidad, las que a su vez fijan la oportunidad y fechas de pago. En el caso puntual, la Inspección General de Justicia establece mediante el art. 152 de la Res. Gral. 7/2015: “Las sociedades comprendidas en el artículo 299 de la Ley N° 19.550 sujetas a fiscalización de la Inspección General de Justicia, que hayan dispuesto el pago de dividendos anticipados o provisionales, deben comunicarlo dentro de los diez (10) días hábiles de adoptada la decisión...”.

Concluye Roitman que el fundamento de la excepción a la prohibición radica en el control administrativo permanente al que están sujetas las sociedades referidas en el art. 299, que imposibilitaría una distribución encubierta de capital por esta vía.[21]

Por último, y en cuanto a la prescripción para el reclamo de los mismos, ante la ausencia de solución específica en la ley especial societaria, es de aplicación el plazo establecido en el art. 2560 del Código Civil y Comercial de la Nación, en tanto dispone un plazo genérico de prescripción de cinco años. Se dispuso que el plazo de prescripción debe calcularse a partir de la fecha de toma de la decisión de distribución (celebración de la asamblea), o desde que se levanta el acta que instrumenta dicha decisión.[22]

3.2.2. Extensión de tiempo previsto por la ley en el que los actos que pueden ser revisado.

3.2.2.i. Definición período de sospecha. Límite de retroacción.

Habiendo realizado un somero análisis respecto de la normativa societaria que nos convoca al presente, es pertinente repasar los conceptos previstos en la ley concursal a los que debemos recurrir para el desarrollo de este trabajo comenzando por el lapso de tiempo en que los actos pueden ser revisados, es decir, el período de sospecha. La regulación de este instituto (y sus derivados) se encuentra posicionada en el tercer título de nuestra LCQ que se destina a reglamentar el procedimiento de quiebra. Más concretamente se ubica dentro de los efectos de la quiebra -capítulo II-, junto con otras secciones que regulan, por ejemplo, los efectos personales respecto del fallido (Sec. I), el desapoderamiento (Sec. II), efectos generales sobre relaciones jurídicas preexistentes (Sec. IV), etcétera.

Nuestra LCQ contiene en la propia normativa la definición de período de sospecha en el art. 116, 2° párrafo: “denominase período de sospecha al que transcurre entre la fecha que se determine como iniciación de la cesación de pagos y la sentencia de quiebra.”

Cuando se analiza la denominación, podemos preguntarnos, ¿Qué es lo que se sospecha en este período? Se sospecha que se haya causado un perjuicio a los acreedores, beneficiándose o mejorando la situación sólo de algunos de ellos. El término implica la concepción de un acto jurídico en base a apariencias. Es por ello, que se entiende que es un lapso de tiempo en el cual la LCQ “sospecha” iuris et de iure, en algunos casos, (art. 118 LCQ) o iuris tantum, en otros, cuando se reúnen algunos recaudos (art. 119 LCQ) que determinados actos han sido realizados en perjuicio de los restantes acreedores.[23]

Nuestro sistema de determinación del período en cuestión puede considerarse como de “plazo fijado judicialmente con límite legal” atento que se confiere al órgano judicial la facultad de fijar el inicio del lapso de referencia de manera discrecional (aunque no en el sentido lato del término), pero estableciendo una cierta limitación de tinte temporal.

Es decir, el juez podrá establecer el comienzo del estado de insolvencia, pero la ley concursal impondrá que los efectos sólo se retrotraerán a un determinado plazo. En el caso de nuestro país, el límite temporal es de dos años, contados desde la sentencia que ordenó la quiebra o el concurso.

De esta forma la estructura descrita acogida por nuestra legislación se diferencia del “sistema de determinación judicial sin límite legal”, donde el juez no está constreñido por límite alguno para fijar el período de sospecha, en el sentido de

que puede determinar la fecha de su iniciación en cualquier momento con anterioridad a la declaración de la quiebra; y del “sistema de determinación legal”, según el cual el período sospechoso es fijado por la ley, en un término fijo, invariable, de días, meses o años, que corre con anterioridad a la declaración de quiebra.

Autores como Grillo, Garguso, Argeri, Sajón, Junyent Bas y Molina Sandoval, consideran que este sistema se ajusta a la realidad pues permite que el tribunal concursal fije el “verdadero” inicio del estado de insolvencia. Pero, en aras de la seguridad jurídica, le pone límites: siempre y cuando no se exceda de determinado plazo. En la misma tónica doctrinaria, el autor Fernández considera que dicho sistema es el más científico y racional.[24]

Vale destacar lo que el Dr. Heredia resalta, cuando refiere al tema, puesto que la letra de la ley parece dar a entender que si la iniciación del estado de insolvencia se ubica en una fecha anterior a los dos años precedentes a la declaración de quiebra o demanda del concurso preventivo, a los efectos del dictado de la sentencia del art. 117, LCQ, debería el juez fijar aquella en el confín más antiguo de ese bienio, o sea, en el primer día de los dos años, dejando a un lado la que fuera real. Sin embargo, ello no es así, pues la fecha de inicio del estado de cesación de pagos y el límite máximo para la retroacción, aunque se relacionan, son aspectos que juegan separadamente.

El autor señala que la fecha real de inicio del estado de cesación de pagos debe ser fijada independientemente del punto máximo de retroacción previsto para el período de sospecha. Con ella va dicho, entonces, que fecha debe ser informada por el síndico y determinada por el juez, aun cuando fuera anterior a la de inicio del plazo de dos años.[25]

En síntesis, la retroacción se extiende hacia el pasado, desde la fecha de sentencia de quiebra o, si correspondiera, desde la fecha de la presentación de la demanda de concurso preventivo, hasta un máximo de dos años antes, supuesto que la fecha de inicio del estado de cesación de pagos fuera previa a ese bienio; o hasta que empezó el estado de insolvencia, anterior a la presentación del art. 11, como lo señala el art. 115, in fine, LCQ, si no fuera el supuesto anterior.

El art. 116 LCQ que estipula el tope del período de sospecha a los dos años anteriores a la declaración de la sentencia de quiebra, solo rige con relación a la ineficacia de los actos perjudiciales para los acreedores, es decir, al solo efecto de la operatividad de las ineficacias falenciales de ciertos actos celebrados en dicho período, para otros efectos de la quiebra sólo es necesario conocer con exactitud cuándo comenzó el estado de cesación de pagos.

Sólo cuando se ataca un acto realizado dentro del período de sospecha la acción pauliana queda excluida por la acción de revocatoria concursal. Ello debido a que el síndico no debe ni puede optar por colocar a la masa en posición más desventajosa de iniciar una revocatoria pauliana cuando podría iniciar la concursal.[26]

La retroacción legal fijada por el art. 116, LCQ, solo rige dentro del ámbito de aplicación que contempla al período de sospecha y los efectos de los actos perjudiciales a los acreedores. Por el contrario, el límite legal no se vincula a los fines previstos en los arts. 149, 160, 174, 235 y 236, LCQ, para los cuales

corresponde conocer la verdadera fecha del estado de cesación de pagos, que puede estar más allá del límite de retroacción.

Así pues, la fecha inicial de la cesación de pagos, fijada a los efectos de la determinación del período de sospecha, no prejuzga sobre el momento real del nacimiento de la insolvencia, en cuanto esto puede interesar para otros efectos. De ahí que, sin perjuicio de que el período de sospecha no pueda extenderse retroactivamente más allá de los dos años, corresponde fijar la fecha real del inicio del estado de impotencia patrimonial, a los restantes efectos contemplados en la Ley N° 24.522.

3.2.2.ii. Breve análisis del estado de cesación de pagos.

La definición del estado de cesación de pagos no sólo tiene implicancias respecto de la fundamentación económica para la apertura de un concurso o la declaración de quiebra sino también respecto de la regulación de todos los efectos jurídicos en torno al derecho privado regulador de las situaciones “in bonis” del concursado o fallido, respecto de las obligaciones, contratos, derechos reales, privilegios, nulidades, inoponibilidades, responsabilidad civil o patrimonial de aquel. Lo mismo sucede respecto de la determinación de la fecha inicial del período de sospecha concursal, y del régimen de actos válidos o revocables realizados en ese período.

Así las cosas procederemos a dejar asentada las implicancias de esta situación patrimonial.

Cada vez que se analiza el concepto de estado de cesación de pagos, se comienza por la exposición de las diferentes teorías que dotan de diferentes alcances al concepto. A los fines del presente, no nos parece adecuado dicha introducción hartamente conocida, atento que la doctrina y la jurisprudencia es conteste en considerar como válida y verdadera la tesis amplia.

En este sentido, se puede definir al estado de cesación de pagos como aquel estado patrimonial del deudor de impotencia para satisfacer una o algunas deudas exigibles de carácter generalizado y permanente, manifestado por hechos reveladores no taxativos. Este estado no se identifica con el desequilibrio meramente aritmético entre activo y pasivo, constituye el antecedente necesario y suficiente del decreto de quiebra o de concurso preventivo del deudor y debe ser apreciado por el juez, previa citación del deudor.[27]

La noción de estado de cesación de pagos debe verificarse junto con las características de generalidad y permanencia, y no caer en el fácil error de calificar insolvencia a situaciones de dificultades pasajeras.

En este sentido el verdadero estado de cesación de pagos se caracteriza por las notas de generalidad y permanencia. La primera nos indica que lo que se encuentra comprometido es toda la actividad del deudor, bien con el siguiente preciso sentido: no es necesario que todas y cada una de las ramas que componen esa actividad deban haber sido objetos de incumplimientos efectivos, sino que basta que exista un riesgo general y concreto de que esa situación se proyecte al conjunto. La segunda, refiere a la extensión temporal, es decir, imposibilidad de hacer frente con medios regulares de pago a las obligaciones corrientes en forma duradera lo que permite distinguirlo de una mera situación de iliquidez,

indisponibilidad circunstancial de fondos, desequilibrios o dificultades de índole financiera, temporales y transitorias subsanables.

Así es avalado por reconocidos autores en la materia, al sostener que cualquier deudor por sólida que sea su situación económica, puede encontrarse en determinado momento sin los recursos necesarios para afrontar sus vencimientos: la opinión contraria importaría sostener que todo hombre de negocios debe tener una reserva considerable de dinero destinada exclusivamente al pago de sus deudas, o lo que es igual, la institución del crédito perdería su utilidad razón de ser, pues si a cada deuda que se contraiga debiere reservarse el dinero necesario para su pago, preferible a todas luces sería operar al contado. Y puede que un deudor cuenta para los pagos con los recursos que van ingresando a caja, es evidente que, dentro de las contingencias corrientes de los negocios, puede encontrarse momentáneamente en estado de apuro que le impida satisfacer un vencimiento, y nada podría fundadamente sostener que tal detención en los pagos, rápidamente subsanable, revele un estado de insolvencia. Si así fuera ningún deudor escaparía a la quiebra.[28]

En el mismo sentido sostiene el Dr. Heredia que la noción contable de “iliquidez” tampoco refleja imprescindiblemente un estado de cesación de pagos. La iliquidez, esto es, la falta de medios para atender a las obligaciones, es, como principio, temporaria y de características extraordinarias, siendo muchas veces normal que se salga de ella recurriendo al crédito de terceros o a la disposición de bienes de fácil realización.[29]

De acuerdo a las definiciones expuestas, el estado de impotencia patrimonial se exterioriza en hechos reveladores, deducibles de la conducta del deudor y del acreedor. La descripción de los mismos es completamente abierta y variada por los que su apreciación debe ser realizada por el juez en cada caso, teniendo en cuenta no sólo los incumplimientos obligacionales sino cualquier otro hecho revelador.

En este sentido la LCQ en su art. 79 realiza la enunciación de una serie de hechos que podrían considerarse reveladores de aquel estado, entre otros: 1) Reconocimiento judicial o extrajudicial del mismo, efectuado por el deudor; 2) Mora en el cumplimiento de una obligación; 3) Ocultación o ausencia del deudor o de los administradores de la sociedad, en su caso, sin dejar representante con facultades y medios suficientes para cumplir sus obligaciones; 4) Clausura de la sede de la administración o del establecimiento donde el deudor desarrolle su actividad; 5) Venta a precio vil, ocultación o entrega de bienes en pago; 6) Revocación judicial de actos realizados en fraude de los acreedores; 7) Cualquier medio ruinoso o fraudulento empleado para obtener recursos.

Recordamos que estos supuestos son meramente disparadores u orientadores atento que las situaciones por medio de las cuales puede identificarse el estado patrimonial en cuestión pueden ser de todo tipo y es por ello que debe tenerse en claro los alcances del concepto.

Por último, se pone de resalto que lo relevante de conocer este concepto en todas sus dimensiones a la luz del presente caso bajo examen, no sólo está limitado para la determinación de la fecha inicial de cesación de pagos que nos permiten dejar fijado el período de sospecha y los alcances de las posibles acciones de recomposición patrimonial, sino que también es necesario para evaluar el conocimiento de los socios de las empresas respecto de los mismos. Es decir, y como se irá desarrollando a lo largo del presente, el grado de conocimiento

respecto de esta situación por parte de los accionistas de la compañía fallida incidirá en gran medida sobre los alcances de las consecuencias jurídicas sobre el acto de reparto de utilidades.

3.2.3. Supuestos puntuales de recomposición patrimonial de la sociedad.

3.2.3.i. Definición acciones de recomposición patrimonial y requisitos de procedencia.

La LCQ tiene previstos asignarle ciertas consecuencias a los actos perjudiciales para los acreedores celebrados dentro del período de sospecha tal como pueden ser los arts. 118, 119 y 120. Dichas normas se complementan con la declaración de inoponibilidad de los actos previstas en los arts. 338 y ss. del Código Civil y Comercial de la Nación.

El fin de las mismas es recomponer el patrimonio del deudor existente al momento de generarse el estado de cesación de pagos a los efectos de que puedan atender las deudas contraídas con los acreedores sin alterar la par conditio que debe primar entre estos.

El Dr. Heredia aclara que el sistema adoptado por la ley concursal es de inoponibilidad y no estrictamente de ineficacia (por más que los artículos citados hablen de actos ineficaces) y que si bien se pretende interpretar lo mismo, entre ambos conceptos existe una relación de género y especie.[30]

Dentro del género ineficacia pueden converger dos categorías, como lo son la inoponibilidad y la nulidad de los actos (absoluta y relativa).

La anulación de los actos impide que éstos produzcan los efectos jurídicos propios tanto entre las partes como para terceros como si el acto nunca hubiese existido volviendo las cosas al estado anterior a su celebración. Esta distinción viene de antaño y así lo nos enseñó el doctrinario francés René Japiot al sostener que la inoponibilidad es la ineficacia a la mirada de terceros, mientras que la nulidad es la ineficacia a la mirada de las partes.[31]

La inoponibilidad deja subsistentes las consecuencias jurídicas de los actos entre las partes pero no para determinados terceros y en la medida de su interés. Tal es el caso en las quiebras, donde los actos no se revocan sino que son inoponibles frente a los acreedores concursales del fallido pudiendo la masa ejecutar aquellos bienes alcanzados por las acciones de ineficacia considerándolos como no salidos del patrimonio del fallido.

En idéntico sentido, los autores F. Junyent Bas y C. Molina Sandoval refieren que el efecto esencial que produce la declaración judicial de inoponibilidad del acto de que se trate es la carencia de efectos en relación al concurso, sin que ello importe la nulidad del acto. En una palabra, en el negocio ineficaz, estando en regla sus elementos esenciales y los presupuestos de validez, una circunstancia de hecho extrínseca al negocio, la insolvencia del deudor, impide su eficacia.[32]

En consecuencia, la sanción prevista no extraña la mutación en la situación dominial de los bienes respectivos. El acto es “válido” entre el deudor fallido y el tercero que él contrató. La ineficacia se concreta en la “inoponibilidad” a la masa,

respecto de la cual se considera como si el acto ineficaz no se hubiera celebrado. Tal es el efecto esencial específico de la sanción de ineficacia.

Para que prosperen la finalidad de las acciones descritas, deben converger una serie de requisitos que son: a) quiebra decretada; b) fijación de la fecha estimativa de la cesación de pagos; c) subsistencia de la masa; d) realización por el deudor de actos en del período de sospecha y; e) el perjuicio de acreedores.

De esta forma pasamos a puntualizar las acciones previstas en la norma falencial fijando sus requisitos que servirán como base para analizar su utilidad respecto del acto de distribución de dividendos.

3.2.3.ii. Ineficacia de pleno derecho.

Tiene previsto el art. 118 LCQ: “Actos ineficaces de pleno derecho. Son ineficaces respecto de los acreedores los actos realizados por el deudor en el período de sospecha, que consistan en:

- 1) Actos a título gratuito;
- 2) Pago anticipado de deudas cuyo vencimiento según el título debía producirse en el día de la quiebra o con posterioridad;
- 3) Constitución de hipoteca o prenda o cualquier otra preferencia, respecto de obligación no vencida que originariamente no tenía esa garantía.

La declaración de ineficacia se pronuncia sin necesidad de acción o petición o expresa y sin tramitación.

La resolución es apelable y recurrible por vía incidental.”

Tal como señala Cámara, se trata de actos que cumplidos por el deudor resultan fuertemente sospechosos de que por lo menos violan la igualdad entre los acreedores; constituyen actos generosos -liberalidades casi todos- que no se compadecen con una persona en estado de insolvencia.[33]

A ello agrega el Dr. Heredia que en estos supuestos el perjuicio se presume por la naturaleza misma de los actos y del sistema legislado sobre ellos que, juzgando lo que generalmente ocurre, los ha tipificado como objetiva y ordinariamente dañosa, y ello, según diversos fallos, no admiten prueba en contraria. Sin embargo, lo cierto es que la prueba de la inexistencia del perjuicio debe admitirse en el marco del recurso o del incidente previsto por el art. 118, in fine, pues si el acto no causa perjuicio, no puede mantenerse la declaración de inoponibilidad, ya que el concurso no puede pretender la ineficacia de actos que no le provocan daño.[34]

La norma no requiere mayores explicaciones para develar si la misma puede ser la base para dejar sin efecto el reparto de utilidades realizados en el período de sospecha por la empresa fallida.

3.2.3.iii. Acción revocatoria (art. 119 LCQ).

La norma indica que: “Los demás actos perjudiciales para los acreedores, otorgados en el período de sospecha pueden ser declarados ineficaces respecto de los acreedores, si quien celebró el acto con el fallido tenía conocimiento del estado de cesación de pagos del deudor. El tercero debe probar que el acto no causó perjuicio.

Esta declaración debe reclamarse por acción que se deduce ante el juez de la quiebra y tramita por vía ordinaria, salvo que por acuerdo de partes se opte por hacerlo por incidente.

La acción es ejercida por el síndico; está sujeta a autorización previa de la mayoría simple del capital quirografario verificado y declarado admisible y no está sometida a tributo previo, sin perjuicio de su pago por quien resulte vencido; en su caso el crédito por la tasa de justicia tendrá la preferencia del Artículo 240. La acción perime a los SEIS (6) meses.”

La ley concursal regula en el citado artículo la acción revocatoria por conocimiento del estado de cesación de pagos.

Como se adelantará, se trata de un caso de inoponibilidad que se inserta estructuralmente en el sistema de la ley. La mentada restitución lo es del bien salido del patrimonio del deudor a su función de garantía, no transfiriéndose la propiedad nuevamente en cabeza del deudor.

Así las cosas, la recomposición del acervo concursal se logra con la sentencia que establece la ineficacia del acto respecto de los acreedores. En definitiva, faculta a la masa para hacer efectivo el crédito del concurso sobre el bien desapoderado, subastándolo, como si el acto de enajenación no hubiese existido siendo que el resultado obtenido se sumará al activo realizado para distribuir entre los acreedores.

En una palabra, los bienes no vuelven al patrimonio del deudor, sino que se mantienen en la titularidad del tercero adquirente, quien, por efecto de la oponibilidad, debe soportar que el concurso proceda a su venta para pagarse con su importe.[35]

En particular sobre la misma, y a los fines de dejar asentada las bases para el análisis del acto de distribución de dividendos en el período de sospecha es necesario dejar planteado los conceptos de dos recaudos trascendentales para una eventual ineficacia: (i) perjuicio para los acreedores; (ii) el conocimiento del tercero respecto del estado de cesación de pagos del fallido.

En primer término, el llamado requisito objetivo de perjuicio refiere a la situación de lesividad que se verifica al momento de que los acreedores no ven satisfechas sus acreencias del activo liquidado producto de la disminución del patrimonio del fallido.

El perjuicio debe existir puesto que éste es el que justifica la existencia de la acción, ya que sin interés no hay acción. El perjuicio se presume y pesa sobre el tercero la carga de la prueba de su existencia o no.

Como indica el Dr. Heredia, los actos susceptibles de caer bajo el régimen de inoponibilidad concursal no nacen perjudiciales para los acreedores, sino que

adquieren esa condición de lesividad en momento ulterior, esto, cuando se comprueba que han contribuido a disminuir la garantía patrimonial, haciéndose patente que el reparto del activo existente no alcanza para satisfacer íntegramente a los acreedores, sea porque esa consecuencia provenga de un agravamiento de la insolvencia (disminución materia del activo repartible, en relación al pasivo verificado), o bien de la violación de la regla de la igualdad entre los acreedores (alteración de las reglas de reparto de un activo no disminuido materialmente).[36]

Lo anterior implica que debe haber necesariamente una relación de causalidad entre el acto celebrado que genera un menoscabo a la garantía patrimonial con la insuficiencia del resultado final de la liquidación de bienes del fallido. De esta manera, aunque un acto haya resultado perjudicial, la acción de revocatoria no debe prosperar si los acreedores pueden percibir la totalidad de sus créditos del patrimonio cesante.

Tampoco puede prosperar, si el tercero demandado acredita que no existe relación causal entre el acto y el perjuicio a los acreedores, que el perjuicio no subsiste al momento de interponerse la demanda, que el acto se realizó en condiciones normales de mercado (por el precio convenido, plazos, garantías, intereses) siendo propio de su actividad ordinaria vinculado a su explotación comercial, o que no hay acreedores con privilegio que se hubieren vistos afectados por el acto celebrado.

En segundo término hallamos el componente subjetivo de la acción vinculado al conocimiento que debe tener el cocontratante sobre el estado de cesación del fallido al momento de otorgarse el acto.

Este presupuesto es un dato objetivo. Es decir, no requiere que haya existido fraude, ni mala fe entre los contratantes. Lo que exige la norma es la acreditación de que el tercero conocía el estado de impotencia patrimonial del deudor para hacer frente a sus obligaciones corrientes.

Sin embargo, es dable aclarar que el supuesto en análisis no requiere una prueba acabada, contundente y certera que el tercero conocía un estado general y permanente de insolvencia del fallido para hacer frente con recursos ordinarios a deudas exigibles. Como bien explica Heredia, se trata de una prueba de cognoscibilidad, es decir, la prueba de un conocimiento presunto del tercero. La carga probatoria de quien pida la declaración de inoponibilidad del acto se cumplirá, pues, con la demostración de la existencia de circunstancias tales que determinan la adquisición de un conocimiento acerca de la insolvencia del deudor por parte de cualquier sujeto de normal prudencia y perspicacia.[37]

En otras palabras, la prueba de la scientia decoctionis es suficiente cuando de ella resulte que el tercero ha estado en posibilidad de percibir los signos reveladores de la insolvencia. Ello en tanto no se puede exigir la prueba directa del presupuesto subjetivo, únicamente asequible mediante confesión de parte. En ese marco debe tenerse presente -entonces- que el conocimiento que el tercero tenía del estado de cesación de pagos del deudor se prueba, ordinariamente y conforme se adelantara supra-, por presunciones o indicios graves, precisos y concordantes. Ello así, por ser la materia probatoria el estado subjetivo de un tercero, cuya prueba solamente podrá lograrse en forma indirecta.[38]

3.2.3.iv. El ejercicio del derecho de receso en el período de sospecha.

También resuelta interesante la lectura de los arts. 149 y 150 atento que regula determinadas relaciones jurídicas de los socios para con la empresa fallida. El primero impone la devolución de los montos percibidos por los recedentes durante la cesación de pago y el segundo dispone la exigibilidad de los aportes no integrados a la sociedad cuando se declara la quiebra de ésta. Son supuestos puntuales que regulan la recomposición patrimonial de la sociedad para poder pagar a los acreedores de la quiebra. Sin embargo, existen otros supuestos por los que una sociedad puede desprenderse de sumas de dinero que no aparecerían contempladas aquí. Tal es el caso del reparto de dividendos durante el período de sospecha.

Pero en el caso concreto la figura que más podría asemejarse al tema en cuestión en la prevista en el art. 149 LCQ.

El derecho de receso tiene una regulación específica en el art. 149 de la ley concursal. Esta prerrogativa de los accionistas, que pueden ejercerla ante diversas situaciones de la vida social como lo son la transformación del tipo social, escisión, fusión, prórroga o reconducción, transferencia del domicilio al extranjero, variación en la modalidad de la reintegración total o parcial del capital, aumento del capital, entre tantas otras.

La misma está destinada al reintegro del capital social cuando es ejercido en forma fehaciente por el socio, momento a partir del cual se convierte en acreedor de la sociedad por el valor de su participación en el último balance confeccionado o el que deba confeccionarse a tal efecto. De esta forma el accionista pasa a ser un tercero de la sociedad, debiendo esta última adquirir sus acciones en los términos de los arts. 220 y 221 de la LGS.

En el caso en que esta facultad fuere ejercida por un accionista y la misma luego se encuentre envuelta en un proceso falencial, el doctrinario Pablo Heredia hace el distingo entre dos situaciones: (i) cuando el derecho de receso no es ejercido o no se hace efectivo antes de la sentencia de quiebra; (ii) cuando el derecho de receso es ejercido con anterioridad a la declaración en quiebra, pero dentro del plazo de cesación de pagos.

En el primero de los casos indica que, el derecho de receso pierde operatividad después de pronunciada la quiebra y la efectivización de esta prerrogativa que fuere ejercida con anterioridad a la declaración falencial queda sin efecto alguno, no pudiendo el socio exigir el pago de su participación societaria al concurso atento que dicha cancelación estaría afectada dentro del supuesto de los pagos realizados por la fallida del art. 109 LCQ, siendo que quien lo recibió estará afectado por la ineficacia de dicha norma debiendo devolver cualquier suma percibida. En este caso, el accionista recedente deberá verificar su crédito por el procedimiento previsto para los acreedores.

En el otro supuesto es el expresamente contemplado en el art. 149 LCQ. Tanto para el caso en que hubieran ejercido este derecho con anterioridad a la declaración de la quiebra y el socio hubiese percibido parte de lo que le corresponde por su participación social, como así también para el caso en que aún no hubiese percibido suma alguna. Lo que aquí se sanciona es la conducta del socio

que, al haber sido evidente el estado de cesación de pagos el acto de receso se convierte automáticamente en perjudicial para los acreedores.[39]

En estos casos, el socio o accionista recedente que hubiera cobrado su participación societaria estando la sociedad en cesación de pagos queda obligado a reintegrar al concurso cuanto hubiera percibido por concepto atento que tanto el receso como los pagos percibidos al momento en que el estado de insolvencia era evidente, se considera inoponible a los acreedores.

Cabe resaltar que no se trata de un supuesto contemplado en el art. 119 LCQ y que nos encontramos ante la particularidad que en el caso no rige el límite de la retroacción de dos años previstos por el art. 116, párr. 1° LCQ, por lo que la restitución corresponde respecto de cualquier pago recibido con posterioridad a la fecha fijada como inicio del estado de cesación de pagos (art. 115 LCQ).

Resulta claro que este supuesto se asemeja más de ineficacia de pleno derecho previstos en el art. 118 LCQ atento que el mismo también puede ser entendido que ha sido tipificado como objetiva y ordinariamente dañosos siendo que hasta incluso lo puede dictar el juez de oficio.

En relación al recedente, Junyent Bas y Molina Sandoval entienden que el mismo ingresa a una situación legal conocida como subordinación crediticia, ya que la ley no impone que el socio retome su calidad nuevamente, sino que simplemente establece un efecto patrimonial ligado a la ineficacia, por lo que aquel sólo podrá recibir su acreencia una vez que se haya cancelado todo el pasivo, con la única salvedad que tendrá preferencia respecto de los socios, pues la separación se mantiene vigente.[40]

3.3. Corolario del apartado.

Haciendo un breve repaso de este apartado, se destacan algunas ideas básicas que sirven como cimientos para el análisis que se viene a desarrollar. De esta forma encontramos que:

- * El acto de distribución de dividendos se erige como el derecho económico más trascendental para los socios de las empresas y, prueba de ello, es que contiene un tratamiento específico en nuestra LGS;
- * Como todo derecho económico cuenta con amparo constitucional en los términos de los arts. 14 y 17 de la Constitución Nacional;
- * El reparto de ganancias a los accionistas al finalizar un ejercicio social en cumplimiento de los presupuestos legales genera un derecho de crédito irrevocable en favor de aquellos.
- * El plazo para efectivizar las ganancias que se hayan decidido distribuir entre socios es dentro del ejercicio siguiente para las sociedades que no realicen ofertas públicas y el de prescripción para su exigibilidad es el plazo genérico de 5 años computables desde la finalización del acto de gobierno que tomó la decisión (art. 2560 CCCN), al no contar con otro tratamiento especial.

* El período de sospecha es el lapso que transcurre entre la fecha que se determine como iniciación de la cesación de pagos y la sentencia de quiebra o presentación en concurso, con un límite temporal de dos años.

* La sospecha gira en torno al beneficio o mejora de posición de algunos acreedores en relación a otros sobre su expectativa de cobro sobre los bienes del fallido.

* Dentro de este lapso de tiempo están contenidos los actos sobre los cuales puede interponerse las acciones de ineficacia concursal.

* El estado de cesación de pagos es una etapa de impotencia patrimonial que se caracteriza por las notas de generalidad y permanencia, que se exterioriza mediante hechos reveladores establecidos en la norma concursal a título enunciativo pero que pueden verificarse de muchas formas.

* El efecto de las acciones de recomposición patrimonial es la ineficacia entendida como la “inoponibilidad” a los acreedores del proceso universal, respecto de la cual se considera como si el acto ineficaz no se hubiera celebrado.

IV. La aplicación del planteo al caso concreto [arriba]

4.1. Introito.

Podemos advertir que existen numerosos actos societarios que pueden estar en la mira del juez, la sindicatura o los acreedores en el marco de un proceso concursal o falencial.

Es del caso, que la distribución de dividendos o la remuneración de otros derechos que realicen los accionistas como reparto de reservas, distribución con prima de emisión, daciones en pago -transmisión de bienes inmuebles o bienes de todo tipo con un valor de significancia para la empresa-, o reducciones de capital con devolución de aportes equivalentes al valor que la proporción reducida tiene sobre el patrimonio de la empresa, son actos que, realizados en períodos donde la empresa comienza a atravesar dificultades económicas, podrían sufrir contingencias de ineficacias que prevé la ley concursal.

Así las cosas, en determinadas circunstancias particulares, trataremos de vislumbrar si estas operaciones societarias podrían ser objeto pasibles de las acciones de ineficacia o de revocatoria concursal previstas en los arts. 119 y 120 LCQ, o sufrir la aplicación analógica de los efectos previstos en otras normas de la LCQ, como podría ser el art. 149 que refiere a la devolución de lo percibido por socios recedentes. Ello sin perjuicio de posibles responsabilidades concursales y extensiones de quiebras, si se dieran ciertos supuestos de hecho que establece la normativa vigente sobre los cuales realizaremos algunas precisiones para el tema que se trata.

Inmiscuyéndonos en el asunto, para seguir una línea de razonamiento adecuada debemos comenzar analizando si la distribución de utilidades es un acto pasible de ser alcanzado por las sanciones previstas por la ley concursal, y eventualmente, puntualizar cuales deberían ser los presupuestos que han de converger para su cuestionamiento.

4.2. ¿El acto de distribución de dividendos puede ser objeto de sanciones previstas en la LCQ?

En este orden debemos analizar si, según la naturaleza y características propias del acto de distribución de dividendos, el mismo puede ser alcanzado por los efectos propios de las acciones de ineficacia concursal o de otras sanciones previstas en la ley falencial.

Asimismo, se deberá despejar cualquier duda en torno a la revisión de la LCQ sobre un acto ordinario y normal en el desenvolvimiento de las sociedades. Específicamente, y como coinciden la mayoría de los actores, uno de los actos más trascendentales para la vida de la empresa.

Para ello debemos partir de la siguiente hipótesis: sociedad comercial en quiebra cuyos accionistas percibieron dividendos como consecuencia de una decisión adoptada en el marco de una asamblea celebrada a tal efecto durante el espacio temporal reputado como “período de sospecha”.

Lo que debemos destacar aquí es la existencia de dos actos que podrían estar en crisis, por un lado, la asamblea donde se resuelve distribuir las utilidades de un ejercicio social y, por el otro, el acto puntual de percepción de dividendos. Cuestión que es importante al momento de dilucidar si corresponde atacar ambos actos o sólo el primero, como así también en cuanto a la forma en que debe operar una sentencia que los dejare sin efecto.

4.3. Distribución de utilidades como acto jurídico válido de ser alcanzado por los efectos de la LCQ.

4.3.1. Caracteres del acto jurídico en general.

Nuestro Código Civil y Comercial de la Nación (CCCN) tiene previsto para los actos jurídicos el art. 259, que reza: “Acto jurídico. El acto jurídico es el acto voluntario lícito que tiene por fin inmediato la adquisición, modificación o extinción de relaciones o situaciones jurídicas.”, y sigue regulando en el art. 260 que: “Acto voluntario. El acto voluntario es el ejecutado con discernimiento, intención y libertad, que se manifiesta por un hecho exterior.”

Desde la óptica de la normativa de fondo, no caben dudas que la decisión de distribución de dividendos en el seno de una sociedad comercial es un acto jurídico susceptible de producir consecuencias jurídicas. De esta forma observamos que el mismo contiene una manifestación de la voluntad (en este caso en el seno de una persona jurídica como lo son las sociedades a través de los órganos competentes dentro de una estructura regulada por la normativa especial N° 19.550), es lícita atento no encontrarse prohibida por la ley (art. 19 Constitución Nacional) e incluso se encuentra contemplada específicamente como una de las operatorias propias de las sociedades según la LGS (N° 19.550), tiene capacidad para generar efectos jurídicos, en este caso, disponer del patrimonio de la sociedad si se cumplen determinados requisitos. En cuanto a la voluntariedad del acto a la luz del art. 260 CCCN, se presume que el mismo es una manifestación de voluntad del órgano de gobierno, el cual se pronuncia en torno a la información que le fue puesta a disposición y de la cual se nutre.

4.3.2. Caracteres del acto previsto en el sistema de ineficacia de la LCQ.

Para seguir en un hilo conductor lógico, podemos realizar un enfoque similar para los actos que pueden ser atacados por la LCQ, y específicamente, por los arts. 118, 119 y 149.

Como indica el Dr. Heredia, al comentar las primeras dos normas, los requisitos generales de los actos comprendidos en estos artículos son los siguientes:

(i) Deben tratarse de actos jurídicos concluidos: es decir, tal como lo mencionamos en el punto precedente, la distribución de dividendos cumple este recaudo a la luz de los arts. 259 y 260 del CCCN. Por otro lado, el autor agrega que debe haberse celebrado efectivamente, y no tratarse de meras promesas o contratos preliminares. Recordamos que nuestro supuesto parte de un acto jurídico celebrado en debida forma mediante los mecanismos previstos y a través de los órganos capaces de ejecutarlos, tal como lo indica la LGS.

(ii) Su objeto debe ser una disposición patrimonial, que disminuya el activo. Este requisito se encuentra vinculado al art. 259 CCCN en relación a la capacidad del acto de adquirir, modificar o extinguir relaciones o situaciones jurídicas. En del caso, que el acto en cuestión cuenta con esa aptitud de producir efectos jurídicos que implican una disposición patrimonial basada en la disminución del activo de la sociedad (utilidad del ejercicio) y su distribución en favor de los accionistas, o por lo menos una decisión de que aquella utilidad no se mantenga en las arcas de la empresa lo que reduce la expectativa de la masa de acreedores de hacerse de sus créditos.

(iii) La disposición de que se trate debe concretarse en un acto positivo o negativo. No caben dudas de que la distribución de utilidades es un acto de carácter positivo, es decir, una voluntad activa traslativa.

(iv) No interesa la persona del contratante, sino solamente que el acto sea cumplido por el fallido. Al encontrarnos en una situación fáctica cuyo sujeto activo es una persona jurídica fallida que ha tomado sus decisiones mediante sus órganos representativos, tal como se indica en los puntos precedentes, y de conformidad a la estructura orgánica prevista por la Ley N° 19.550.

(v) Es indiferente la causa del acto y su finalidad. La causa-fuente del acto carece de relevancia (puede tener origen en un contrato, o en una relación delictiva o cuasidelictiva), y en ningún caso su invocación sirve para excluir al acto del régimen de inoponibilidad concursal, aun cuando tal causa-fuente se encuentre temporalmente fuera del período de sospecha.

(vi) El acto debe ser válido: a efecto de que jueguen las normas de inoponibilidad concursal, el acto debe ser válido, es decir, exento de vicio que lo torne nulo (acto afectado por uno o más vicios referentes al objeto, a los sujetos o a la forma instrumental requerida). Como se verá, este punto puede tener sus particularidades de acuerdo a las diferentes situaciones en que desenvolverse el acto asambleario en cuestión teniendo en cuenta la actuación de los socios, los administradores y, eventualmente, de terceros.

(vii) Debe haberse cumplido en el período de sospecha. Se aclara que incluso se encuentran alcanzados los actos otorgados fuera de ese período pero ejecutados

durante él. Tal como distinguirá, es el caso en que una empresa puede tomar la decisión de distribuir dividendos en el período de sospecha y los efectiviza durante el mismo, o que se resuelve distribuir utilidades con anterioridad a aquel plazo pero habiendo una percepción efectiva de las mismas que queda comprendido en dicho lapso de tiempo.

(viii) Es indiferente que el acto se relacione con el cumplimiento de una sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada. Este recaudo podría enmarcarse dentro del caso de marras en aquella situación en la que los accionistas hayan demandado a la sociedad para ejecutar la resolución adoptada en una asamblea (a los fines de percibir efectivamente los dividendos distribuidos) y hayan obtenido una sentencia favorable a su pretensión. En este caso, el acto es igual de atacable por las normas de ineficacia concursal.

(ix) Finalmente, el autor hace esta distinción atento que pueden existir actos revisables celebrados en diferentes lugares. En la situación que nos ocupa, la decisión de repartir utilidades del ejercicio social deben tomarse en la sede social de la empresa o en el lugar que corresponda a jurisdicción del domicilio social (art. 233 LGS).[41]

4.3.3. El acto de distribución de dividendos como derecho fundamental del socio y su posible revisión en el proceso de quiebra.

Como se ha expuesto al inicio del presente, la cuestión radica en armonizar la normativa societaria con la ley falencial en torno a la validez y consecuencias de las resoluciones tomadas por los órganos de gobierno de las sociedades respecto a la distribución de utilidades teniendo en cuenta el carácter de irrepitibilidad de los mismos (art. 225 LGS). Es decir, se trata de compatibilizar uno de las principales objetivos que tienen los sujetos que se asocian adoptando la forma societaria y realizando aportes para lograr obtener una rentabilidad sobre los mismos, con algunas de las finalidades del procedimiento concursal o falencial que consiste en evitar el perjuicio para la masa de acreedores como producto de la concertación de determinados actos y, eventualmente, lograr su recomposición ante determinadas causas.

A tales fines he señalado que el derecho al dividendo con el que cuentan los socios de las empresas constituye una legítima expectativa de aquellos como la prerrogativa más importante del socio desde el punto de vista económico, y hasta hemos referido que aquel puede gozar de protección constitucional.

Tan importante se considera este derecho que se erige como uno de los pilares de las sociedades mercantiles. Así podemos advertir que tanto en nuestra legislación como en normativa extranjera existen regulaciones específicas tendientes a la protección de esta prerrogativa. Ejemplo de ello es que en España, mediante la reforma 25/2011 de la Ley de Sociedades de Capital se introdujo el art. 348 bis que regula, para las sociedades cerradas, un derecho de separación de los socios que hubieran votado a favor de la distribución de beneficios, si a partir del quinto ejercicio a contar desde la inscripción de la sociedad, no se acuerda por junta general la distribución como dividendo, de al menos, un tercio de los beneficios propios de la explotación del objeto social obtenidos durante el ejercicio anterior.[42]

Con la misma política, la Ley General de Sociedades de Perú (Ley N° 26.887) en el art. 231 regula el dividendo obligatorio para el caso en que: (i) conforme al balance del ejercicio efectivamente existe utilidad distribuible una vez deducida la reserva legal; (ii) accionistas que representen por lo menos el 20% de las acciones de la sociedad; (iii) solicita esta distribución, la sociedad estará obligada a adoptar el acuerdo y a pagar hasta el 50% de esa utilidad distribuible como dividendo a todos sus accionistas en el menor plazo posible.[43]

Incluso nuestra propia normativa societaria, desde otro enfoque, también realza este derecho al prever en el art. 66 inc. 3) de la LGS que si el directorio recomienda no distribuir utilidades debe brindar "...Las razones por las cuales se propone la constitución de reservas, explicadas clara y circunstanciadamente...".

Sin perjuicio de las normas que intentan resguardar esta expectativa patrimonial del accionista, debemos tomar en cuenta una serie de límites legales (previstos en la propia normativa societaria -ley, estatuto o reglamento- conf. art. 251 LGS) como así también principios generales que deben aplicarse al caso como lo son la "razonabilidad" de la decisión y el "interés social".

Como se adelantará, la propia LGS trae aparejado un conjunto de recaudos para sostener la validez del acto de distribución de dividendos, sin los cuales el mismo debe considerarse nulo. Tal como se ha explicado, dichos presupuestos son: "ganancias", "realizadas", "líquidas", que "resulten de un balance regularmente confeccionado y aprobado" -vale decir, de conformidad a la ley, al estatuto- y tratado por el órgano competente para su aprobación (arts. 68 y 224 LGS).

Asimismo, como veremos, la jurisprudencia societaria en la materia se ha elaborado una serie de conceptos que actúan como parámetros que permiten determinar la regularidad de esa clase de decisiones.

Si estas limitaciones no se cumplen, tanto los accionistas directores, síndicos, miembros del consejo de vigilancia o la autoridad de contralor están en condiciones de solicitar la impugnación de la decisión adoptada.

El problema que se advierte es que si no se ejercita dicha acción de impugnación en el plazo de 3 meses, la misma se mantiene vigente salvo que las resoluciones adoptadas sean contrarias al orden público. Ello implica, para el caso en que no se haya impugnado la resolución que no cumplió los requisitos legales para su validez dentro de un estado de cesación de pagos, se considerará un acto consumado y producirá todos sus efectos respecto de terceros dentro del proceso de quiebra posterior. Este es el caso, en el que considero que el acto puede ser revisable y ser objeto de las acciones de recomposición patrimonial.

Concretamente, si a la violación de los preceptos legales se le adiciona que la distribución de dividendos resuelta o la efectivización de sus pagos se desarrollan dentro del período de sospecha y genere un perjuicio a la masa concursal, produciendo de esta manera un hipotético pago anticipado a los socios de su futura cuota de liquidación, trasladando así el riesgo de la empresa a los acreedores, debería evaluarse seriamente la aplicación de las sanciones previstas en la LCQ.

A continuación nos referiremos a algunos presupuestos de creación pretoriana o doctrinaria cuya violación deben ser tenidas en cuenta en el escenario que nos ocupa.

4.3.4. Criterios para distribuir utilidades como base para la procedencia de acciones de recomposición patrimonial.

Como se dijera, los dividendos son las utilidades distribuibles que la asamblea por decisión mayoritaria válidamente emitida decide repartir y que de esta forma se convierte en un derecho irrevocable y creditorio a favor de cualquier accionista.

La política de distribución de dividendos o aquella tendiente a que las mismas queden en las arcas de las empresas como reservas facultativas debe ser propuesta por el directorio a la asamblea, la que puede decidir seguirla o apartarse de ella. Así las cosas, como se ha expuesto, el art. 66 inc. 3 y 4 de la LGS prevé el deber al órgano de administración para que en la Memoria del ejercicio, además de hacer conocer la marcha de los negocios, explique “clara” y “circunstanciadamente” las razones por las que propone la constitución de reservas facultativas o las causas detalladas por las que propone el pago de dividendos o la distribución de ganancias en otra forma que en efectivo (ej. capitalizando utilidades, entregando dividendos en acciones).

También podemos advertir en las sociedades que realizan Oferta Pública, la Ley N° 17.811, en su art. 64 inc. c) fija al Directorio su deber de pronunciarse acerca de “La política de dividendos propuesta o recomendada por el directorio, con una explicación fundada y detallada de la misma...”, a lo que se suma el art. 62 inc. n) del Reglamento de Cotización de la Bolsa de Comercio de Buenos Aires que exige al directorio, dentro de las 24 horas de aprobados los estados contables del ejercicio, informe “sus propuestas en materia de: 1) distribución de dividendos en efectivo y en especie” y el inc. ñ) expresa: “si no efectuara propuestas sobre los temas indicados en el inciso n), detalle de los motivos por los cuales no han podido formularlas”.

De esta forma, pareciera que la regla en nuestro sistema societario es la distribución de las utilidades del ejercicio, siendo la excepción su no distribución en tal forma o la constitución de reservas facultativas.

Pero a poco de analizar los pronunciamientos judiciales relativos al tema se advierte que estos preceptos legales tienen otra finalidad. Es así, que a la luz de nuestra jurisprudencia lo que se busca es evitar el abuso del poder de las mayorías y dotar de razonabilidad la decisión de repartir las utilidades del ejercicio o de retener las mismas.

En el fallo “Anses c/ EMDERSA SA s/ ordinario” dictado por la Sala D de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo comercial de fecha 29/10/2010 respecto de la procedencia de una medida cautelar de suspensión de los efectos de una asamblea, el Tribunal se pronuncia considerando que el principio de razonabilidad exige la demostración de que la dotación de las reservas obedece a razones de necesidad o conveniencia para la sociedad -patrimonio independiente de los accionistas- y no en maniobras en beneficio o perjuicio de cualquier grupo de socios. Esto por cuanto, el órgano de administración al redactar la memoria correspondiente no contuvo ningún argumento o explicación que pudiera justificar la decisión de retener o reservar la totalidad de los fondos, limitándose a consignar

que el destino de las ganancias se dejaba a consideración de los accionistas, más ninguna opinión o consejo fundado se brindó sobre el punto.[44]

También, encontramos el famoso fallo Mihura en el año 1979 que marco un criterio en materia de reservas y dividendos en empresas cerradas familiares. Del voto del Dr. Alberti se fijó una tesis que aun hoy persiste entre nosotros cuando dice que “No habría empresa posible si las utilidades son eternamente retenidas”. Si bien pasó mucha agua bajo el puente, este caso mantiene y conserva su vigencia y vigor dogmático.[45]

Esta teoría que resalta la relevancia de distribuir utilidades como un acto fundamental fue adoptada por otros fallos recientemente dictados y donde se expone que “Es procedente anular la decisión mediante la cual la asamblea general ordinaria de la sociedad demandada no distribuyó la reserva facultativa -remanente de resultados de ejercicios anteriores- ya que el mantenimiento del saldo de dicha reserva acredita que no fue afectada para el destino con el que fue creada, por lo cual los accionistas estaban facultados para solicitar su desafectación y distribución y la asamblea estaba autorizada para mantenerla, pero debió hacerlo previa justificación de tal necesidad, lo cual implica que sin esa justificación, se transformó en una retención ilegal de utilidades...” y “Debe declararse la nulidad de la resolución asamblearia que dispuso el pase de utilidades a la cuenta resultados no asignados porque la falta de explicación o justificación y las abstractas, genéricas y ambiguas referencias, relativas a la necesidad de efectuar reserva para afrontar la pública situación de crisis del mercado con adecuado capital de giro, no configuran una explicación razonable y circunstanciada sobre la necesidad de no distribuir resultados (arts. 66, inc. 3, y 70, Ley N° 19.550)...”.[46]

De esta forma, la interpretación pretoriana del sentido de la Ley N° 19.550 indica que en el caso de que los estados contables del ejercicio cerrado de una sociedad arrojen utilidades los mismos deben ser distribuidos entre los socios atento ser una de las finalidades propias de aquellas como así también de los sujetos que deciden asociarse pero ello no implica que necesariamente nos encontremos ante una normativa societaria que sea implacable en adoptar una postura completamente en favor del reparto de las ganancias, sino más bien que dota de una serie de herramientas a los órganos que tienen la potestad de decidir sobre ello para darle otro destino con el fin de que la misma no resulte arbitraria ni perjudique a quienes se encuentran obligados a acatar lo resuelto por la mayoría.

En el ámbito de la práctica, la razonabilidad o prudencia exigida por nuestra ley dependerá de las circunstancias particulares de cada caso concreto y de la apreciación del sentenciante al momento de valorar los hechos y pruebas arrojadas a la causa.

Es por ello que la doctrina ha ido elaborando algunos criterios que podrían coadyuvar a los sujetos intervinientes en esta clase de decisiones como así también a quienes deben evaluarlos.

En este sentido, en el marco del XI Congreso Argentino de Derecho Societario el Dr. Juan Ignacio Recio aporta algunas pautas interesantes: 1) Si estamos ante una sociedad cerrada o abierta (cotizante), debiendo interpretarse la constitución de reservas con un criterio más restrictivo en el caso de la cotizante teniendo en cuenta el interés de los inversionistas, 2) el momento en la vida del ente, si se encuentra en sus comienzos, en un momento de estabilidad o de expansión, 3) los

requerimientos financieros para mantener la normal capacidad operativa de la sociedad, 4) debe analizarse la política de dividendos seguida por la entidad en ejercicios anteriores. En el caso de las sociedades abiertas, debe verificarse si en la Memoria el directorio ha indicado dicha política, conforme lo requiere el art. 64 de la Ley N° 17.811 incorporado por el decreto 677/2001 (13), 5) deben evaluarse los contextos macro y microeconómicos donde opera la empresa. En este sentido, entiendo que si bien no puede dejar de mencionarse el hecho de que en nuestro país debido a los altos costos del crédito bancario las empresas eligen generalmente autofinanciarse con recursos propios, el grado razonable de dicho autofinanciamiento mediante la retención de utilidades debe ponderarse caso por caso y analizando de forma específica cómo inciden dichos contextos en la actividad propia de cada compañía, 6) los costos de la inflación que repercuten en el resultado económico pero que de acuerdo a las normas vigentes no pueden expresarse en los balances contables y 7) las proyecciones y perspectivas para el siguiente ejercicio confeccionadas por el directorio.[47]

También resulta pertinente lo expuesto por los Dres. Van Thienen y Di Chiazza al analizar el concepto de razonabilidad en torno a la materia bajo estudio, haciendo referencia que las razones que motivan a constituir una reserva se anclan, principalmente en principios de finanzas corporativas siendo vital y estratégico conocer las nociones de “costo de capital”, “costo promedio ponderado”, “capital de trabajo”, “necesidades operativas de fondos”, “financiación con recursos propios”, “costo de oportunidad”, “tasa de descuento”, “beneficios operativos”, “EBITDA”, ROI, ROE, RAN y otros índices operativos y financieros. Consideran que toda esa información ayuda a dar mayor claridad a la memoria y razonabilidad a la reserva cumpliendo la manda de los arts. 66.3 y 70 de la Ley N° 19.550.[48]

No podemos finalizar este punto sin hacer mención de que la razonabilidad de la decisión a adoptarse también está íntimamente vinculada a la protección del interés social de la empresa.

El maestro Zaldívar entiende que el interés social es el beneficio de los socios y de la sociedad en su conjunto, a los fines del cumplimiento del objeto y con prescindencia del interés particular de los primeros.[49] Para Etcheverry, al igual que para Cohen De Roimiser, no existe algo equiparable al interés social en el sentido subjetivista del concepto; tal afirmación se sustenta en que solo los individuos, las personas físicas, son titulares de intereses.[50] También el Dr. Anaya se enrola en la doctrina generalizada que entiende por interés social como el interés común de todos los accionistas o socios.

Si bien existen diferentes posturas e interpretaciones en torno al concepto de interés social (contractualistas, institucionalistas, negativistas), todas coinciden en que este interés está compuesto, entre otros elementos, a aquello que resulte más provechoso, funcional, beneficioso y conveniente para la sociedad comercial en su conjunto, la cual se encuentra constituida necesariamente por la voluntad de los sujetos que la componen.

En por ello que, tal como ha resaltado la jurisprudencia, las decisiones asamblearias deben respetar fundamentalmente el interés de la sociedad y no el de uno, varios o un grupo determinado de accionistas, pues el gobierno del ente ha sido entregado por la ley o la mayoría, renunciando el socio a sus prerrogativas y expectativas individuales en aras del provecho de los intereses de la sociedad, en orden a la gestión de los bienes que aporta y que pasan a formar parte del

patrimonio colectivo y resultan administrados por la mayoría, a la cual la ley confiere el carácter de único intérprete del interés social.[51]

La prudencia con la que la administración debe recomendar cada escenario señalada por la normativa teniendo en cuenta una serie de factores íntimamente vinculados, por un lado, al desarrollo intra orgánico de la sociedad como lo son el giro de la actividad social, la composición accionaria, expectativas de los socios, estructura financiera y, por otro lado, a cuestiones externas como pueden ser el mercado, la competencia, el contexto económico-financiero del país, el crecimiento o no del sector de la actividad de la empresa.

En este sentido la autora Mónica G. C. de Roimiser nos enseña que uno de los aspectos más delicados de la gestión financiera, en el ámbito de la sociedad por acciones, lo constituye el establecimiento de una adecuada política en materia de dividendos. Ella plantea dos riesgos extremos: por un lado, el de una prodigalidad excesiva que comprometa la prosperidad futura; por el otro, el que ha sido denominado técnicamente de “congelamiento de la minoría” y que se caracteriza por la sistemática y arbitraria retención de utilidades que frustra la rentabilidad de la inversión de los ahorristas. La citada autora termina concluyendo que la razonabilidad y prudencia exigidas apuntan al logro de una situación de equilibrio que garantice de igual manera, a los accionistas inversores la rentabilidad adecuada y a la actividad empresaria los necesarios recursos para asegurar la eficiencia productiva.[52]

Podemos concluir el apartado indicando que una criteriosa política de dividendos se construye teniendo en cuenta el horizonte de los próximos ejercicios sociales, es decir, una visión a largo plazo que contemple las fortalezas y debilidades de tomar una decisión sobre el destino de las utilidades generadas. Distribuir utilidades de envergadura a la finalización de un ejercicio social podría llegar a ser incompatible con el crecimiento sustentable de una empresa y con la intención de seguir distribuyendo dividendos atractivos los años venideros.

De acuerdo a lo expuesto, los diferentes criterios adoptados por los sujetos intervinientes en el reparto de utilidades serán un punto trascendente para poder medir con mayor precisión las diferentes grados de perjuicios que los mismos pueden producir para la sociedad, los socios y, en el caso que nos ocupa, la masa de acreedores como así también conformar el punto de partida de una posible nulidad del acto producto de la interposición de las acciones previstas por la LCQ.

4.4. Diferentes exámenes de las acciones de recomposición patrimonial que podrían alcanzar la distribución de dividendos.

Hasta aquí hemos especificado los principales aspectos en torno a la naturaleza del acto de distribución de dividendos con los actos atacables por las acciones de recomposición patrimonial. Asimismo, se ha efectuado una descripción en torno a los caracteres más relevantes para que los órganos de las sociedades tomen la decisión de repartir las utilidades de un ejercicio con las limitaciones previstas por la ley y la operatividad práctica de las mismas. En este esquema, debemos adentrarnos aún más en el asunto para determinar cuáles de las acciones de recomposición patrimonial se adaptan mejor para que puedan ser interpuestas contra el acto en cuestión.

Por una cuestión de orden comenzaremos por las normas de la LCQ que contienen regulaciones específicas para las sociedades respecto de actos puntuales.

4.4.1. Ejercicio del derecho de receso en estado de cesación de pagos. Aplicación analógica.

Como se dijera, el art. 149 LCQ fija la sanción para los socios recedentes que hubieran ejercido tal derecho estando la sociedad en cesación de pagos debiendo reintegrar todo lo que hubieran percibido por ese motivo.

Lo que debe dilucidarse es si esta norma puede utilizarse como fundamento para atacar el reparto de dividendos en período de sospecha a los fines de que el mismo sea inoponible a la masa falencial.

En este orden, debemos comenzar indicando que la norma tiene una regulación específica y es la de dejar sin efecto el acto concreto de ejercicio de derecho de receso de los socios estando la sociedad en estado de cesación de pagos. Por un lado, podemos ver que el art. 149 LCQ sanciona la conducta del socio o accionista que advirtiendo un panorama futuro desalentador para la sociedad intenta evadirse de las consecuencias de ello pretendiendo obtener una suma de dinero equivalente a su participación social que surgirá del último balance. En idéntico sentido, podríamos pensar que este artículo podría ser la base de una acción de ineficacia contra el reparto de dividendos, atento que ambas figuras:

- regulan determinadas situaciones típicas que se producen en el desenvolvimiento del giro social de las compañías;

- guardan la similitud de que producido el acto, distribución de utilidades o ejercicio del derecho de receso, el crédito que se devenga en favor del socio se torna un derecho irrenunciable en cabeza de aquel quien pasa a ser un tercero frente a la sociedad;

- el derecho de receso ejercido con anterioridad a la declaración en quiebra pero dentro del plazo de cesación de pagos, tiene como sanción la devolución de lo efectivamente percibido a cargo del socio, y la no entrega de lo devengado y efectivizado por parte de la sociedad. Lo mismo podría entenderse en torno a la decisión de distribuir utilidades en el seno de una empresa en la que el socio deberá devolver las sumas que le fueren entregadas en tal concepto o abstenerse de percibir las que quedaran pendientes de pago y/o la negativa de la empresa a entregárselo;

- los socios pueden adquirir el mismo status frente a la masa concursal siendo calificados como acreedores subordinados, atento que su crédito podrá ser satisfecho después de pagados los demás acreedores sociales y antes que el sobrante del capital que debe repartirse entre los socios.

Estos puntos, pueden tomarse como base para recurrir a la norma en el momento de atacar una distribución de dividendos de una empresa fallida. Pero la única forma para que la misma pueda ser aplicada es en caso que el tribunal interviniente recurra a la analogía atento la inexistencia de una norma específica que regule el acto en vilo. La misma se encuentra prevista en el art. 2 de nuestro Código Civil y Comercial de la Nación como una de las formas en las que puede

interpretarse la ley ante determinados vacíos legales en nuestro ordenamiento jurídico.

Como indica Lorenzetti, la analogía es un procedimiento de integración de lagunas del sistema normativo, es decir, si no hay una ley que regula un supuesto de hecho, se puede recurrir a otra ley, siempre que ello no esté prohibido. Esa otra ley tiene que tener una misma racionalidad, o sea una semejanza entre el supuesto de hechos que está regulado en la norma a la que se recurre y el que no tiene regulación alguna.[53]

En otras palabras, según el autor español Norberto Bobbio, lo entiende como el procedimiento por el cual se atribuye a un caso no regulado el mismo tratamiento de un caso regulado similarmente. Para que se pueda obtener buen resultado, la semejanza entre los casos comparados debe ser relevante, es decir, es necesario sacar de los casos una cualidad común a ambos, que sea al mismo tiempo la razón suficiente por la cual al caso no regulado se le ha atribuido aquella consecuencia y no otra. Es necesario que los dos casos, el regulado y el no regulado, tengan en común la ratio legis, para que el razonamiento por analogía sea lícito en derecho. De ahí la fórmula de que en donde exista la misma razón debe existir la misma disposición.[54]

Considero que la aplicación de la analogía en el caso no sería la solución más adecuada. Ello por cuanto entendemos que si el legislador hubiese pretendido regular el acto de distribución de utilidades estaría expresamente previsto dentro de nuestra LCQ. Más aun teniendo en cuenta la importancia que tiene la distribución de utilidades para el desenvolvimiento de las sociedades, tal como lo hemos visto.

Asimismo, la norma tampoco fija ningún otro elemento adicional a la efectivización del acto en estado de cesación de pagos, es decir, que el solo hecho de verificarse el mismo dentro de ese plazo correría peligro su validez por más que haya respetado todos los recaudos legales, cuestión que atentaría de cierto modo contra la seguridad jurídica del acto no siendo por este motivo la solución más acertada.

A ello debe agregarse que la norma presupone que el receso es ejercido por el socio teniendo pleno conocimiento del estado de cesación de pagos y por eso hace devolver lo que fuere percibido por aquel. Como veremos, en la distribución de utilidades esa cognición en cabeza del accionista no siempre está y por lo tanto la sanción de este artículo podría tornarse completamente injusta.

Otra cuestión de relevancia y que pudiere resultar gravosa al reparto de utilidades, es como mencionamos al describir el instituto, que en el art. 149 LCQ no rige el límite de la retroacción de dos años previstos por el art. 116, párr. 1° LCQ, por lo que la restitución corresponde respecto de cualquier pago recibido con posterioridad a la fecha fijada como inicio del estado de cesación de pagos (art. 115 LCQ) el cual podría extenderse mas allá de los 2 años desde la apertura del concurso o la declaración de la quiebra.

Esto arrojaría otro elemento más que hace peligrar el principio de seguridad jurídica que debe existir sobre los actos jurídicos en general y sobre la expectativa

de los socios a percibir beneficios de las sociedades en las que invierten para el desarrollo de actividades comerciales.

Por último, no podemos dejar de mencionar el art. 150 LCQ atento que se trata de una regulación específica del desenvolvimiento societario. Ella tampoco podría ser aplicada atento que la norma falencial hace referencia a la devolución de los “aportes”, un concepto completamente diferente a las utilidades. Mientras que la exigencia integración del aporte comprometido es un elemento esencial que constituye el capital social para el funcionamiento de las empresas desde el momento de su constitución y se erige como una obligación sustancial del socio para con la sociedad, la generación de las utilidades dependerá del desarrollo económico de la empresa y su eventual reparto de la decisión más conveniente para sus sustentabilidad de la misma por lo que necesariamente tendrán otro tratamiento y diferentes consecuencias de sus incumplimientos.

4.4.2. Actos ineficaces expresamente previstos por la LCQ. La distribución de dividendos como ¿acto a título gratuito? O ¿pago anticipado de deudas?

Tal como ha sido referido, en el art. 118 LCQ declara ineficaces de pleno derecho a los actos realizados por el deudor en el período de sospecha, si se tratan de actos a título gratuito; cancelación anticipada de deudas cuyo vencimiento son posteriores al día de la quiebra, y las hipoteca o prenda o cualquier otra preferencia constituidas sobre créditos que no contaban con esa clase de garantías.

Desde el vamos, y recordando lo que nos enseña el Dr. Heredia, el legislador ha presumido el perjuicio en estos actos.

Si transportamos dicha premisa a la distribución de dividendos en el período de sospecha, nos encontraríamos en una encrucijada no pretendida por los principios generales sobre los que se cimienta el derecho societario, e incluso el derecho concursal puesto que esta presunción de llevaría a quitarle todo viso de seguridad jurídica al reparto de utilidades atento ser uno de los principales derechos que le asiste a los socios en las empresas.

Más aún, si calzáramos ese acto dentro de la norma podría derrumbarse la credibilidad de aquellos que echan mano en las estructuras jurídicas societarias para fomentar la actividad comercial en general por lo que no quedan dudas que si el legislador hubiese tenido la intención de preverlo, lo hubiese incorporado a los supuestos de ineficacia de pleno derecho, no siendo este el caso.

Sin perjuicio de ello, encontramos dos supuestos que podrían enmarcarse en la norma vinculada al acto materia de análisis, lo cual son la distribución de dividendos ficticios o el pago anticipado de dividendos cuya fecha de efectivización había sido fijada con posterioridad.

Respecto del primer supuesto, recordemos que los dividendos anómalos o ficticios tienen su origen en balances con inexactitudes o falsedades, o cuando se violan disposiciones administrativas dispuestas por la autoridad de contralor en aquellas sociedades autorizadas para realizar oferta pública de sus acciones o cotizar en bolsa. Como principio general los dividendos ficticios o anómalos resultan repetibles en la medida que los mismos han sido distribuidos sin obedecer a una causa legal. Sin perjuicio de ello, el art. 225 de la Ley N° 19.550 dispone que en

aquellos casos en los cuales el accionista ha percibido los dividendos de buena fe .es decir, cuando ignora que los mismos tienen carácter ficticio- la sociedad no podrá requerirle la repetición de éstos.[55]

De allí se desprenden dos cuestiones de relevancia al asunto. Por un lado, la existencia de dividendos anómalos debe ser acreditada mediante prueba suficiente que determine su configuración y, por el otro lado, su repetibilidad o no puede estar en jaque de acuerdo a la buena o mala fe de los socios que resultan beneficiarios de la misma, lo cual también debe estar respaldado en elementos probatorios que así lo indiquen.

Considero que tomando en cuenta la aplicación de la norma, la misma no arroja un proceso adecuado para lograr rendir la prueba que mencionamos precedentemente.

Ello se advierte atento que la declaración de ineficacia por parte del juez no requerirá petición expresa, aunque no la excluye, siendo hábiles para solicitarla cualquier acreedor y el síndico. Pero en éste último caso no refiere a una acción, sino más bien una denuncia respecto de un acto puntual. La misión para cualquiera que la impulse (juez, síndico, acreedor) se reduce a señalar la existencia de uno de los actos legalmente previstos como inoponibles, y que éste encuadre en el período de sospecha.

En esta tónica, un pronunciamiento judicial en este sentido estaría cercenando la posibilidad de defensa de las partes involucradas reduciéndola a todas luces. Sin ir más lejos, la determinación de dividendos ficticios requerirá mínimamente de un acto pericial para determinar que los balances han sido manipulados, lo que sería cuanto menos forzado de acuerdo a la naturaleza del proceso estipulado por la norma.

En relación al segundo supuesto, entiendo que enmarcaría. Se trata del caso de distribución de dividendos a pagarse en un determinado plazo, pero que injustificadamente se cancela con anterioridad a la fecha estipulada. Un ejemplo práctico sería que se adopta la resolución de distribuir ganancias en fecha 22.03.2015, donde la asamblea o el directorio deciden pagarlo en el plazo de 10 meses, pero injustificadamente se cancela al tercer mes, y la empresa cae en quiebra en octubre de ese año.

La norma sanciona al deudor que en lugar de satisfacer las deudas vencidas, paga las aún no exigibles a acreedores, por lo que debe presumirse que aquellos conocían el mal estado de los negocios, o el hecho de acelerar el pago altera la igualdad de trato que debe existir entre los acreedores.

Independientemente de lo expuesto, la configuración de esta situación no implica que no se pueda atacar la decisión del sentenciante. Lo cierto es que la prueba de la inexistencia del perjuicio debe admitirse en el marco del recurso o del incidente previsto por el art. 118 in fine LCQ, pues si el acto no causa perjuicio, no puede mantenerse la declaración de inoponibilidad, ya que el concurso no puede pretender la ineficacia de actos que no le provocan daño.

4.4.3. La acción revocatoria por conocimiento del estado de cesación de pagos ¿Es la herramienta más adecuada para dejar sin efecto la resolución de distribuir dividendos durante el período de sospecha?

De acuerdo a lo que se viene exponiendo, la acción prevista en el art. 119 LCQ se erige como el camino más conveniente para cuestionar la decisión de distribuir utilidades durante el período de sospecha.

A tales efectos, debemos precisar los requisitos que plantea la norma para su procedencia y traspolarlos al caso concreto.

Recordemos que el precepto legal indica que pueden declararse ineficaces los actos perjudiciales para los acreedores, otorgados en el período de sospecha, si quien celebros el acto con el fallido tenía conocimiento del estado de cesación de pagos del deudor, fijándose como única eximente en favor del tercero que éste demuestre que el acto no causó perjuicio.

Es decir, deben concurrir las siguientes circunstancias: (a) quiebra decretada de una sociedad; (b) fijación de la fecha estimativa de la cesación de pagos que permita determinar el “período de sospecha”; (c) subsistencia de la masa; (d) la existencia de una asamblea celebrada en el periodo reputado como sospechoso en el que se haya decidido distribuir utilidades; (e) el perjuicio para los acreedores; (f) el conocimiento del tercero respecto del estado de cesación de pagos del fallido.

Previo al desarrollo de los presupuestos que contiene la norma nos detendremos a realizar algunas consideraciones en relación a los actos que pudieren concurrir al caso.

4.4.3.i. Decisión social de distribuir utilidades y la percepción de las mismas por los socios.

Como se ha expuesto, convergen dos actos que podrían estar en mira de la sindicatura, es decir, la asamblea donde se resuelve distribuir las utilidades de un ejercicio social y el acto puntual de percepción de dividendos. De esta manera nos encontramos ante los siguientes supuestos: (i) que se hubiese decidido distribuir utilidades y los accionistas percibieren los dividendos en forma inmediata, (ii) que se hubiese decidido distribuir utilidades y los accionistas percibieren parcialmente los dividendos quedando saldos remanentes, (iii) que se hubiese decidido distribuir utilidades y los accionistas aún no hayan percibido los dividendos.

En base a ello, debe determinarse cual es el acto sobre el cual debería interponerse la acción de ineficacia concursal, si la asamblea que resuelve distribuir utilidades, si el acto de percepción de dividendos, u ambos.

Como se viera, una vez que se deciden distribuir ganancias en un ejercicio, se consolida en favor del socio un derecho de crédito frente a la sociedad.

Solo a partir de allí, el accionista/socio se comporta como un tercero respecto de la empresa pudiendo exigir, como cualquier otro acreedor, la percepción de los montos correspondientes en el tiempo que fuere fijado por la Asamblea.

Necesariamente deberá deslindarse el acto, puesto que pueden no coincidir temporalmente la decisión de distribuir utilidades y el efectivo pago de las mismas. Por ello, podemos ver que sobrevienen dos actos diferentes.

En el caso que nos ocupa, no podemos dejar de sostener que la acción debe ir destinada contra el acto generador del derecho de crédito en favor del accionista puesto que allí radica la causa fuente del eventual perjuicio generado a la masa, siendo lo restante una consecuencia propia de aquel.

Así las cosas, para poder atacar el supuesto bajo análisis, necesariamente la asamblea cuestionada deberá encontrarse dentro del período de sospecha, alcanzando de esta manera, el acto de cobro del crédito por parte de los socios.

Si la asamblea en cuestión no se encuentra dentro del plazo sospechoso, la misma debe sostenerse en el escenario de quiebra y los socios verificar los saldos de los dividendos comprometidos, los cuales podrán reputarse eventualmente, como subordinados. En este supuesto, sólo podrá declararse inoponible a la masa de acreedores los cobros anticipados de dividendos tal como se ha expuesto al analizar el art. 118 LCQ en el punto precedente.

La distinción efectuada sobre los diferentes momentos en que se perciben las utilidades tiene relevancia para las consecuencias jurídicas que genera la declaración de ineficacia de la decisión asamblearia de repartir dividendos. Es decir, si se entabla la acción y la misma prospera, la sentencia deberá tener en cuenta si los montos que se han decidido distribuir fueron entregados en forma inmediata, parcialmente o aún no se fueron repartidos entre los socios.

Como se ha visto, al tratarse de inoponibilidad respecto de la masa falencial, en el primer caso deberá exigírsele al accionista la restitución total de las sumas percibidas. En el segundo, el socio deberá devolver las sumas parcialmente recibidas, y las sumas adeudadas no deberán ser consideradas al momento de distribuir los activos liquidados entre los acreedores por no serle oponible a éstos. Mientras que en el tercer caso, al igual que en el anterior, las sumas fijadas en favor de los socios no formarán parte de activo liquidado a distribuir.

4.4.3.ii. El perjuicio a los acreedores por la distribución de dividendos.

De los requisitos de la norma para evaluar el inicio de una acción de recomposición contra los socios de una empresa por el acto en vilo no arroja mayores inconvenientes. Hemos referido a que debe tratarse de un proceso de quiebra, es decir, debe existir una resolución que declare el estado falencial que debe encontrarse firme y consentida, debe haberse determinado el período de sospecha mediante la fijación de la fecha de cesación de pagos, lo que ya ha sido conceptualizado y descrito en el punto 3.2.6., debe subsistir la masa de acreedores quienes no han podido ver satisfechos sus créditos con el activo liquidado y, por último, debió existir un acto de distribución de utilidades decidido en el seno de la sociedad fallida dentro del plazo reputado como sospechoso.

Así las cosas, el quid del asunto versará sobre el “perjuicio a los acreedores” y, “el conocimiento del tercero respecto del estado de cesación de pagos del fallido”, aspectos sobre los que habrá que profundizar de acuerdo a las circunstancias particulares del caso.

Como se mencionara, el acto de distribución de dividendos en tiempos donde la empresa comienza a atravesar dificultades económicas y financieras podrá estar en miras de los sujetos que participan del proceso, es decir, juez, sindicatura y acreedores puesto que la LCQ tiene por objeto resguardar el interés de éstos últimos como consecuencia del perjuicio ocasionado por el deudor fallido, otorgándole facultades a tales efectos y en diferentes maneras a todos ellos.

Lo que debemos dilucidar es como se traduciría dicho perjuicio en el caso que nos ocupa.

Repasando lo expuesto sobre este requisito objetivo al analizar la acción revocatoria concursal, entiendo que se pone en evidencia cuando los acreedores no ven satisfechas sus acreencias del activo liquidado producto de la disminución del patrimonio del fallido. El daño a los acreedores es lo que genera el agravamiento de la insolvencia o bien de la violación de la *pars conditio creditorum* (regla de la igualdad entre los acreedores).

Partiendo de estas dos cuestiones, considero que el perjuicio está latente para el caso en que se adopte una decisión social sin cumplir con todos los recaudos previstos por la ley o cuando no hay justificación suficiente para tomar dicha decisión.

En el primer de los casos y como hemos expuestos, la decisión de repartir utilidades cumpliendo con todos los recaudos de ley implica la concurrencia de ganancias del ejercicio, realizadas, líquidas y, que provengan de un balance regularmente confeccionado y aprobado -vale decir, de conformidad a la ley, al estatuto y tratado por el órgano competente para su aprobación- conceptos que ya hemos referenciados en el punto 3.2.3.

En el segundo de los casos, y también como se ha adelantado en el presente, la justificación de llevar adelante el reparto de utilidades refiere a la razonabilidad que debe contener tal decisión con el fin de evitar caer en arbitrariedades o abusos.

A modo de ejemplo, podemos considerar que el primer supuesto se daría cuando el balance puesto a consideración no refleja la realidad económica de la empresa por haberse confeccionado en base a información errónea o no sincera para propiciar el marco necesario a los fines del reparto de ganancias, así también podría advertirse cuando no se cumplen todos los recaudos necesarios para adoptar una decisión en el seno de una empresa en debida forma, es decir, si existiere algún incumplimiento en cuanto a la convocatoria, publicación, quórum o mayorías de la asamblea de accionistas.

El segundo supuesto podría configurarse cuando la distribución de beneficios a los socios no resulta conveniente porque la sociedad se encuentra iniciando su giro empresarial por lo que requiere reinversión y expansión de sus actividades para tener una expectativa de rentabilidad y crecimiento, porque es preferible resguardar las ganancias del ejercicio para lograr el autofinanciamiento de la compañía sin tener que recurrir a los altos costos financieros del mercado, porque históricamente ha existido una política de distribución de dividendos prudencial y restrictiva que no se condice con la conducta asumida en el reparto de ganancias en el período que se analice el acto, o porque de acuerdo al momento conyuntural

del giro empresarial se viene de un ejercicio con la actividad en baja que podría repercutir en el futuro a corto plazo.

Para arrojar mayor claridad al asunto en relación al perjuicio que podría causar el acto en cuestión en el marco de un proceso falencial, encontramos un pronunciamiento el Tribunal Supremo - Sala Primera, de lo Civil de Madrid, España en la resolución N° 428/2014 del 24 de julio del 2014 que con certeza señala lo siguiente “...Cabe apreciar perjuicio en el acuerdo de distribución de dividendos "irregular", ya sea porque se apoya total o parcialmente en beneficios netos inexistentes, ya sea porque no se han respetado las normas legales y estatutarias sobre reservas o la previsión del art. 213 TRLSA, que se corresponde con el actual art. 273LSC. También cabría apreciar el perjuicio en otras hipótesis en que, si bien formalmente se cumplían todas las previsiones legales, de hecho, por las significativas pérdidas sufridas por la sociedad en los primeros meses del ejercicio en curso, al tiempo de aprobarse las cuentas del anterior y de acordarse la distribución de beneficios, se ha producido un drástico deterioro de la situación patrimonial de la sociedad, de modo que su patrimonio neto ya no alcanza la cifra del capital social o no lo hará como consecuencia del reparto de beneficios, o bien ha devenido o devendría en estado de insolvencia. En estos casos podría rescindirse el acuerdo de distribución de beneficios, totalmente, si el perjuicio alcanza a la totalidad del importe reconocido a los socios, o de manera parcial, hasta el montante a que ascienda el perjuicio...”. [56]

El fallo que hemos traído a colación es de extrema importancia porque el Tribunal analiza específicamente este presupuesto al advertir en que el balance ha sido manipulado para que el ejercicio social cerrado arroje utilidades a lo que se sumó que la distribución de los dividendos aprobados se resolvió en un contexto de crisis de la empresa fallida, agravando la situación financiera de la sociedad.

El mismo Tribunal, en otro fallo ha indicado que “El acuerdo de reparto de dividendos es un acto de disposición patrimonial, en cuanto que reconoce un derecho a favor de los socios, que conlleva un sacrificio patrimonial para la sociedad, pues supone un detrimento de su masa activa, y puede ser susceptible de rescisión concursal siempre y cuando se haya adoptado dentro del periodo sospechoso (dos años antes de la declaración de concurso) y se constate su falta de justificación, desde la perspectiva de los intereses protegidos en el concurso de acreedores. Es posible ejercitar la acción rescisoria aunque existan otras acciones de impugnación, como las de impugnación de acuerdos sociales, que hubieran caducado, pues, al margen de la validez del acuerdo, mediante la acción rescisoria concursal se juzga sobre el perjuicio que tal acuerdo, en cuanto acto de disposición patrimonial, ha podido ocasionar a la posterior masa activa del concurso de la sociedad, en interés de sus acreedores.” [57]

Este último pronunciamiento se asemeja al segundo supuesto perjudicial que resaltamos atento resultar arbitraria la decisión de repartir utilidades.

Nuestros tribunales locales, se han pronunciado ante una situación similar donde en un caso de quiebra de una sociedad fue aceptada la procedencia de la acción revocatoria concursal por considerar que la distribución de reservas durante el período de sospecha, provocó la infracapitalización y posterior insolvencia de la entidad. [58]

Habiendo echado luz al contenido de la lesividad en el marco de una acción de revocatoria concursal sobre el reparto de ganancias, pasaremos a dilucidar el recaudo relativo al conocimiento del tercero sobre el estado de cesación de pagos.

4.4.3.iii. Del conocimiento de los socios respecto del estado de cesación de pagos ¿Debe presumirse?

Para que prospere la acción revocatoria prevista por el art. 119 LCQ debe adicionársele, “el conocimiento del tercero respecto del estado de cesación de pagos del fallido”.

Recordemos lo expuesto al definir este presupuesto en el punto 3.2.10. Allí se ha indicado que la prueba de este requisito subjetivo es suficiente cuando de ella resulte que el tercero ha estado en posibilidad de percibir los signos reveladores de la insolvencia por lo que bastaría con acreditar el conocimiento que el cocontratante tenía del estado de cesación de pagos del deudor mediante presunciones o indicios graves, precisos y concordantes.

La acreditación sobre la referida cognoscibilidad, es decir, el conocimiento presunto del tercero podrá ser demostrada mediante la existencia de circunstancias que determinan la adquisición de dicho conocimiento acerca de la insolvencia del deudor por parte de cualquier sujeto con normal prudencia y perspicacia.

Por otro lado, hemos delineado el espíritu de nuestra ley para considerar a un sujeto en estado de cesación de pagos dentro del punto 3.2.7.

En este caso el tercero que se ve envuelto en el reparto de utilidades es el “socio” o “accionista” de la sociedad que podría encontrarse en esta situación.

Ahora debemos preguntarnos, ¿hay que presumir que el socio o accionista detenta pleno conocimiento del estado de cesación de pagos de la empresa de la que resulta titular? La respuesta jurídicamente correcta es negativa. Si bien, puede ser muy fácil probar o generar razón suficiente de ello atento que los socios de las empresas cuentan con todos los mecanismos legales para hacerse de información necesaria que le permita avizorar la situación económico financiera de la sociedad, no siempre ello sucede. De esta forma habrá que tener en cuenta las circunstancias particulares de cada caso para lograr un carácter probatorio positivo, convincente y riguroso, como lo indica la doctrina invocada.

Ello tiene sustento en lo previsto por la Ley N° 19.550 (LGS) la cual establece una serie de artículos para que los accionistas tomen conocimiento del estado de situación de la empresa (arts. 55, 66, 67, 281, 294 LGS) al momento de analizar la propuesta en relación al destino de las utilidades del ejercicio y emitir su voto al respecto. En idéntico sentido, para el caso de no poder acceder a través de las maneras descriptas por la ley, cuentan con mecanismos legales para hacerse de la información necesaria y útil a los fines de adoptar una u otra postura respecto de los diferentes puntos que sean parte del orden del día a tratar, tal como medidas de aseguramiento de pruebas, exhibición de libros, acción de responsabilidad del directorio, intervención societaria mediante la designación de un veedor judicial.

Pero, como se adelantara, hay que destacar que la aplicación de esta conclusión en forma automática sin analizar las circunstancias que envuelven cada caso concreto sería, cuanto menos, irresponsable. Es por ello que trataré de identificar

algunos elementos que deben ser tenidos en cuenta al analizar la conveniencia de interponer o no la acción de ineficacia concursal, en virtud de los cuales, los socios podrían verse exceptuados de este presupuesto.

En este orden, resulta importante destacar aquellas situaciones en la que los accionistas no estarían en condiciones de conocer el estado de cesación de pagos de la empresa al momento de aprobarse una distribución de utilidades en el marco de una asamblea independientemente de haber sido diligentes en el ejercicio de sus derechos para tener un razonable conocimiento respecto de la situación económica financiera de la empresa. Tal es el caso de los accionistas que no hayan tenido acceso a la información en tiempo y forma siendo obstaculizado la obtención de la misma o, que el suministro de la misma por parte del órgano de administración o de fiscalización sea falso o inexacto.

Ahondamos más aún, ¿cuándo se puede considerar que el accionista cumple con diligencia de cognoscibilidad que refiere el espíritu de la norma? De acuerdo al sistema orgánico previsto en la LGS el accionista puede conocer la marcha de los negocios en todo momento y mediante la solicitud formal de información a los órganos correspondientes a tales efectos.

Es decir, si el socio no forma parte de la administración de la empresa, dicho conocimiento siempre termina siendo limitado o parcializado a lo que le presentan o deciden hacerle conocer. Si por ejemplo, un accionista solicita la memoria y los balances en tiempo y forma antes de la asamblea, realiza consultas respecto de las dudas o inquietudes del mismo, participa en forma activa de la asamblea y al momento de esgrimir su voto no hay hechos reveladores de cesación de pagos (como podría suceder si los sueldos de los empleados están al día, hay ordenes de trabajo en marcha, no hay reclamos extrajudiciales ni judiciales de terceros, no hay cheques rechazados, los índices de solvencia reflejados en los balances son razonables) o se los ocultan, podemos considerar que ha sido diligente en conocer el estado de situación patrimonial de la empresa.

En el caso descrito ¿el socio que voto favorablemente la distribución de utilidades podría desligarse de este presupuesto? No caben dudas que el presupuesto no se configura y, si bien deberá acreditarlo, la acción revocatoria concursal no debe prosperar respecto de aquel. Incluso dicha solución termina siendo armoniosa con la regla del art. 225 LGS cuando anuncia la irrepitibilidad de los dividendos percibidos por los socios de buena fe.

Ahora bien, debemos destacar que en los casos mencionados debe tratarse de socios que no ocupen ningún cargo en el órgano de administración de la sociedad, puesto que en tal supuesto el deber de conocimiento en relación al desarrollo de la actividad social es ineludible y cuenta con todos los medios legales necesarios a tales efectos (arts. 58, 59, 157 LGS) siendo de esta manera realmente dificultoso rebatir los argumentos del síndico o el acreedor accionante del proceso concursal, salvo que hayan existido causas concretas que no le hubiesen permitido ejercer su cargo en debida forma (enfermedades, licencias, viajes) y que el sujeto a cargo sea el responsable directo de la situación.

A partir de las situaciones descriptas, las cuales fijamos como disparadores puesto que pueden existir muchas otras, podrían surgir algunos interrogantes, ¿debería prosperar la demanda contra el accionista/director o el accionista no diligente y

rechazarse contra el accionista diligente que no ocupa ningún cargo en el órgano de administración?

Es razonable considerar que la sentencia debería condenar a todos los socios que se vieron favorecidos por la resolución adoptada puesto que, como hemos visto en los puntos precedentes, a partir de ese momento nace un derecho de crédito en favor de aquellos lo que les permite comportarse como terceros frente a la sociedad pero de acuerdo a las circunstancias particulares de cada caso, entiendo que una resolución que declara la ineficacia del acto podría prosperar contra algunos socios y podría ser rechazada contra otros.

Es decir, podrá declararse la inoponibilidad a los acreedores contra el accionista/director que no logro exceptuarse de su obligación del conocimiento de la marcha de los negocios o el accionista no diligente y, ser oponible respecto del socio que ha agotado todos los medios que estuvieren a su alcance en forma razonable para hacerse de información valida que le permitió tomar una decisión positiva respecto de la votación.

De esta forma, de acreditarse el perjuicio del acto, no todos los accionistas pueden resultar demandados y condenados en forma automática por la especial consideración que destacamos respecto de aquel que haya demostrado que no ha tenido posibilidad de conocer el estado de insolvencia que atravesaba la empresa al momento de tomarse la resolución o que no se le ha puesto a disposición en debida forma la misma o que se le haya ocultado adrede.

Así advertimos que este presupuesto genera más actuación probatoria en cabeza del socio que pretende eximirse del mismo que sobre el actor de una acción revocatoria concursal debiendo tener una conducta procesal relevante para generar convicción suficiente al juez interviniente de que, por determinadas situaciones particulares, desconocía el estado de cesación de pagos de la sociedad por más que ha implementado todos los medios que prevé la ley en forma razonable y a tales efectos.

4.4.3.iv. Esquema procesal de la acción revocatoria concursal en el caso de análisis.

(a) Competencia concursal.

El art. 119, en su segundo párrafo, establece que "...Esta declaración debe reclamarse por acción que se deduce ante el juez de la quiebra y tramita por vía ordinaria, salvo que por acuerdo de partes se opte por hacerlo por incidente...".

El apartado referido no requiere mayores explicaciones y los motivos que fundamentan la competencia del juez concursal son básicos puesto que constituye una situación derivada de la insolvencia y la finalidad de la acción es la reconstrucción patrimonial con el objetivo de dotar de mayor capacidad al activo del fallido para responder a los acreedores verificados o declarados admisibles.

(b) Legitimación activa.

Respecto de asunto en cuestión, no reviste mayores inconvenientes ni genera alguna particularidad en el sistema previsto en la norma falencial.

El citado art. 119 LCQ dice en su tercer párrafo “...La acción es ejercida por el síndico; está sujeta a autorización previa de la mayoría simple del capital quirografario verificado y declarado admisible...” y el art. 120 LCQ indica “Acción por los acreedores. Sin perjuicio de la responsabilidad del síndico, cualquier acreedor interesado puede deducir a su costa esta acción, después de transcurridos TREINTA (30) días desde que haya intimado judicialmente a aquél para que la inicie...”.

La norma legitima a la sindicatura concursal para entablar esta acción. A tales efectos agrega la autorización por parte de la masa concursal, lo cual constituye un requisito de admisibilidad formal de la demanda de acción revocatoria, razón por la cual la falta de la referida autorización justifica el rechazo liminar de la demanda.

El fundamento de tal autorización se advierte de la exposición de motivos del agregado a la norma mediante la sanción de la Ley N° 19.551. Los autores Rivera, Roitman y Vitolo indican que son los propios acreedores quienes decidirán si debe el concurso correr el riesgo de un resultado adverso en la acción. De esta forma se expone que mediante el inicio de esta acción está en juego el interés de los acreedores y la seguridad jurídica.[59] Debe destacarse que, sólo aquellos acreedores con interés contrario o en conflicto de intereses respecto del acto jurídico que se pretende revocar, deben considerarse inhabilitados para votar la autorización al síndico para promoción de la acción.

Por otro lado, la legitimación de los acreedores es subsidiaria desde que la acción no es ejercida dentro del plazo de treinta días a contar de la intimación judicial para que el síndico inicie la acción. Debe tratarse de aquellos acreedores que hayan obtenido sentencia verificatoria satisfactoria o de declaración de admisibilidad de sus créditos sin importar si son quirografarios o privilegiados, los laborales con derecho de pronto pago admitido, los que tuvieron sentencia con efecto verificatorio en juicio de conocimiento en los términos del art. 21 LCQ, en caso de quiebra indirecta, y los beneficiarios del art. 240 LCQ.

La ley alude a cualquier acreedor sin hacer distinción de privilegios.

Lo que debemos destacar es que si se trata de iniciar esta acción para dejar sin efecto el acto de distribución de dividendos los accionistas que participaron del mismo, cuyo activo adjudicado no fue percibido por estos en su totalidad y por ende hayan verificado su crédito no percibido revistiendo el carácter de acreedores en el proceso falencial, no podrán participar de la votación referida como así tampoco iniciar por sus propios medios la misma en los términos del art. 120 LCQ.

Ello por el mismo argumento de interés contrario que expuesto en este apartado.

(c) Legitimación pasiva.

La norma no define quienes son los legitimados pasivos de la acción de la revocatoria concursal, por lo que, en líneas generales, el asunto debe ser abordado con relación al tercero que se vinculó con el fallido, al tercero beneficiario; al sub adquirente y al propio quebrado.[60]

En el asunto que compete al presente, la legitimación pasiva estará apuntada a los socios que se vieron beneficiados por el acto de reparto de los resultados del ejercicio (dividendos).

Debe aclararse que esta acción se entabla igualmente contra los accionistas por más que los mismos: (i) hubiesen estado ausentes en la asamblea en cuestión; (ii) hayan participado por poder; (iii) se hayan abstenido de votar; (iv) hayan fallecido siguiéndose la acción contra sus herederos. Ello por cuanto, independientemente de las circunstancias vinculadas a la forma en que se desarrolló el acto de gobierno de la sociedad, los mismos resultan beneficiarios del crédito.

En el caso de marras, también se puede analizar la figura del subadquirente. En este caso estaríamos frente a un tercero al cual el socio le ha cedido su derecho de crédito en base a la decisión social que se encuentra en vilo. Esta segunda operación también podrá tener sus consecuencias dependiendo si fue celebrado a título gratuito o a título oneroso, de buena o mala fe de conformidad de acuerdo a lo previsto para la acción de inoponibilidad en los arts. 338, 339 y 340 del Código Civil y Comercial de la Nación, siendo extensible la obligación de responder del tercero en los casos de mala fe y de gratuidad del acto.

Por otro lado, es conteste la doctrina que reconoce la legitimidad pasiva en la acción revocatoria concursal del fallido. Los autores Junyent Bas y Alija lo sostienen ante todo en una razón netamente constitucional por el derecho de defensa en juicio (art. 18 CN) y por la igualdad que debe existir ante la ley (art. 16 CN). Tampoco podría considerarse que el fallido no puede participar del trámite de revocatoria concursal por su “deslegitimación procesal” en base al art. 110 LCQ. Recordemos que la norma señala que el fallido pierde legitimación procesal en todo litigio referido a bienes desapoderados, debiendo actuar por ellos el síndico. El caso que nos ocupa no entraría en tal supuesto, atento que nos encontramos ante bienes susceptibles de ser declarados inoponibles, no bienes desapoderados.[61]

Entonces, habiendo expuesto que la legitimación pasiva cae en cabeza del o los socio/s que se vieron beneficiados por el reparto de utilidades, del posible tercero subadquirente y al fallido, podemos indicar que entre el o los socios codemandados y el quebrado se forma un litisconsorcio pasivo necesario, ya que como aclara Heredia, la declaración de ineficacia no puede ser dictada últimamente sin la participación de los dos, debiéndose dictar una única sentencia necesariamente frente a todos los contratantes, pues hay una relación procesal única con pluralidad de sujetos.[62]

(d) De la prueba.

La prueba que debe producirse es de suma importancia a los fines de arrimar elementos a la causa que le permita al juzgador generar una convicción respecto de los hechos de acuerdo a la regla de la sana crítica, esto es, acreditar los extremos del perjuicio y el conocimiento de los socios sobre el estado de cesación de pagos de la fallida al momento de resolver distribuir utilidades de un ejercicio.

Los elementos probatorios deben tener un alto grado de contundencia con capacidad suficiente de declarar la oponibilidad o inoponibilidad del acto y, como se ha resaltado a lo largo del presente, al ser uno de los de mayor trascendencia

para el desenvolvimiento de las sociedades comerciales y, en especial, para sus socios.

El art. 119 LCQ señala que “El tercero debe probar que el acto no causó perjuicio”.

Respecto de ello, vale aclarar que el fundamento de la norma está en que si el tercero conocía el estado de cesación de pagos del fallido, el acto perpetrado se presume dañoso ya que se encuentra en una situación fáctica más favorable.[63]

Como viéramos al analizar el contenido de la perjudicialidad en el acto específico de distribución de utilidades si bien debe presumirse la lesividad del mismo, considero que en aquellos casos en que tal decisión haya cumplido con todos los recaudos de ley (convocatoria, publicidad, quórum, mayorías), se haya confeccionado un balance en debida forma pero se encuentre cuestionada la razonabilidad o no de la decisión adoptada, la sindicatura o los acreedores que interpongan la acción de revocatoria concursal deberán tener un rol protagónico en términos probatorios.

La mencionada razonabilidad debe estar dotada por un respaldo técnico - contable, principalmente de un perito experto en la materia, con capacidad de análisis de la empresa, es decir, y como se dijera en el presente, conociendo las nociones de “costo de capital”, “costo promedio ponderado”, “capital de trabajo”, “necesidades operativas de fondos”, “financiación con recursos propios”, “costo de oportunidad”, “tasa de descuento”, “beneficios operativos”, “EBITDA”, ROI, ROE, RAN y otros índices operativos y financieros que dotan de mayor claridad a la memoria y razonabilidad de la decisión a adoptarse. Ello debe complementarse con la descripción detallada de las particularidades de la situación en la que se hallaba la compañía, es decir, si se encuentra en sus comienzos, en un momento de estabilidad o de expansión, la política de dividendos seguida en ejercicios anteriores, los costos del crédito tomado de terceros, la necesidad de autofinanciamiento, las proyecciones y perspectivas para el siguiente ejercicio.

Es decir, si para la sindicatura el reparto ha sido concebido en base a una conducta irresponsable, de abuso del derecho o en forma arbitraria, tendrá sobre sus hombros la obligación de acreditar tales extremos.

De la misma manera, los socios tendrán la facultad de demostrar los argumentos que tornan razonable el acto para evitar que prospere la acción de ineficacia concursal. En base a eso surge el siguiente interrogante, ¿qué debe probar el socio para que no prospere la demanda? Que la decisión fue adoptada respetando todos los recaudos exigidos por la ley, es decir, en legal forma, y en base a un criterio razonable teniendo en cuenta las circunstancias de la situación económica financiera de la sociedad.

En cuanto al presupuso subjetivo, si bien la norma requiere la acreditación del conocimiento del estado de cesación de pagos del deudor a cargo del síndico o del acreedor accionante, ya se ha abordado el tema al sostener que dicho presupuesto es de sencilla acreditación por las normas que regulan el sistema societario y la posibilidad de cognosibilidad en cabeza de los accionistas de una sociedad. Igualmente existen casos en que este presupuesto puede ser rebatido.

El conocimiento del socio respecto del estado de cesación de pagos lo obliga a producir la mayor cantidad de pruebas si pretende eximirse del mismo para acreditar que no le fue posible conocer hechos reveladores del eventual estado de insolvencia que transitaba la sociedad pese a haber recurrido todos los medios que prevé la LGS, tal como se sostuvo en un fallo judicial al rechazarse una acción por concluir que no se había demostrado el conocimiento del tercero, ni que el mismo hubiese podido ser conocido para quienes se hubiesen comportado diligentemente.[64]

En definitiva si el tercero, en este caso el accionista, deliberadamente se ha puesto en condición de no poder ser informado sobre el estado de cesación de pagos de la persona con quien contrataba (en este caso la empresa), no puede invocar que no le fue cognosible o aún probar su efectiva ignorancia para evitar la declaración de inoponibilidad, ya que si se ha negado a obtener información sobre la situación económica de la contraparte, ello equivale a aceptar el riesgo de su incapacidad de cumplir.[65]

A los fines de graficar los supuestos que permitan eximir al socio de responsabilidad, podríamos mencionar los siguientes supuestos:

(i) Accionista que voto favorablemente pero acredite que no ha tenido acceso a la información en tiempo y forma para conocer el estado de situación de la empresa agotando todos los medios que estuvieren a su alcance.

(ii) Socio que haya votado en contra de la decisión por considerar que no es razonable la distribución de utilidades y demuestre que ha iniciado acciones para dejarla sin efecto, como lo puede ser la acción de impugnación de asamblea en los términos del art. 251 LGS, o una medida cautelar de suspensión de los efectos de la misma.

(iii) Accionista beneficiario del resultado de la votación que resolvió repartir los resultados del ejercicio pero que se abstuvo de emitir su voto por no lograr tomar conocimiento de la situación económica y financiera de la empresa, y demuestre haber efectuado requerimientos extrajudiciales de documentación, o medidas de aseguramientos de pruebas para hacerse de información, o demanda para exigir la exhibición de los libros sociales y contables.

(iv) Accionista beneficiario del resultado de la votación que resolvió repartir los resultados del ejercicio pero que, al advertir un balance inexacto o falso o que no contenga otros asientos y/o componentes de relevancia, haya votado negativamente o se abstuvo de votar, logrando probar actuaciones diligentes mencionadas en los puntos precedentes o promoviendo acción de remoción del órgano de administración con medida cautelar de intervención de la sociedad en los términos del art. 113 y sigs. LGS.

(v) Caso del socio que haya renunciado en forma fehaciente a percibir las utilidades.

(vi) Caso del accionista/director al que se le asignó una tarea específica que no está vinculada a la posibilidad de conocimiento inmediato de posibles hechos reveladores de cesación de pagos, siendo víctima de conductas de ocultamiento o falseamiento por parte del resto del Directorio.

(v) Accionistas en sociedades abiertas sobre la cual, generalmente, no forman parte de la administración y tienen un acceso muy restringido a la información de la empresa, dependiendo siempre del rumbo que marquen los administradores con el control de la Comisión Nacional de Valores (CNV). Aprovechamos a destacar que la CNV regula que para las sociedades que hacen ofertas públicas, los contratos que dispongas cláusulas que establezcan limitaciones a la distribución de utilidades, deberán ser informados a la misma, como hecho relevante imponiendo además que para el caso de distribución de dividendos, cuando la sociedad se haya comprometido a requerir la aprobación previa de un tercero para realizar tal distribución, esta conformidad deberá ser obtenida por el directorio, antes que la asamblea considere el tema.

Estos supuestos podrán ser acreditados mediante documentación de requerimientos extrajudiciales, actas del órgano de administración o gobierno de la empresa, prueba instrumental respecto del inicio de acciones para cautelar información, impugnar asambleas o solicitar intervención societaria, pericias contables, auditorías que determinen los ratios de balances de una empresa, testimoniales y demás.

Todas las situaciones detalladas contienen diferentes condimentos que si logran ser probadas por el socio demandado, la revocatoria concursal no debe prosperar en su cabeza por una cuestión lógica de que automáticamente desaparece el presupuesto que requiere la norma.

(e) Caducidad de la acción

El plazo de caducidad no arroja mayores inconvenientes estando regulado en el artículo 124 de la LCQ “La declaración prevista en el Artículo 118, la intimación del Artículo 122 y la interposición de la acción en los casos de los Artículos 119 y 120 caducan a los TRES (3) años contados desde la fecha de la sentencia de quiebra.”

A los efectos del inicio del plazo de ejercicio de la acción revocatoria concursal vale aclarar que la resolución de sentencia de quiebra no debe estar firme. En cuanto a ello, el Dr. Heredia sostiene que la firmeza de la sentencia de quiebra resulta indiferente para definir el punto, cabiendo ponderar la fecha misma de la sentencia de quiebra. De tal manera, según el régimen vigente, el ejercicio de las acciones revocatorias queda sujeto a un plazo de caducidad que empieza a correr en el momento en que la sentencia de quiebra todavía puede eventualmente ser dejada sin efecto, lo cual, si bien podría ser visto como una anomalía, deja el consuelo de que, al menos, está de acuerdo con el carácter de sentencia “provisionalmente ejecutiva” que aquella tiene, así como con lo dispuesto por el art. 97, LCQ, según el cual no obsta a la prosecución del proceso la interposición de los recursos previstos por los arts. 94 o 96.[66]

Por último, al ser de caducidad y no de prescripción, el plazo previsto no admite ser interrumpido o suspendido por lo que una vez acaecido fenece el derecho en cabeza del accionante.

(f) Efectos de la sentencia.

La sentencia que hace lugar a la acción revocatoria concursal es de naturaleza declarativa y finalidad recuperatoria.

La resolución judicial que declara inoponible a los acreedores el acto de distribución de dividendos tiene efectos retroactivos siendo más beneficioso para la masa concursal, lo que autoriza un tratamiento adecuado sobre el régimen de frutos e intereses.

Según lo expuesto en el punto, 3.2.7 el art. 119 LCQ debe complementarse con la declaración de inoponibilidad de los actos previstas en los arts. 338 y sigs. del Código Civil y Comercial de la Nación. La inoponibilidad deja subsistentes las consecuencias jurídicas de los actos entre las partes pero no para determinados terceros y en la medida de su interés.

Así podemos hallar los siguientes supuestos: (i) que se hubiese decidido distribuir utilidades y los accionistas hubiesen percibido los dividendos en su totalidad; (ii) que se hubiese decidido distribuir utilidades y los accionistas hubiesen percibido parcialmente los dividendos quedando saldos remanentes; (iii) que se hubiese decidido distribuir utilidades y los accionistas aún no hayan percibido los dividendos.

Respecto del primer caso, el acto de reparto de utilidades es válido entre la sociedad fallida y los accionistas, pero la masa considera que el mismo no ha sido celebrado y podrá ejecutar los bienes de los socios que han sido alcanzados por las acciones de ineficacia considerándolos como no salidos del patrimonio del fallido o, en el caso de dinero en efectivo, exigir la devolución de todas las sumas.

Si bien después analizaremos la aplicación del instituto en España, así fue ordenado por la sección decimoquinta de la Audiencia Provincial de Barcelona, confirmado por Tribunal Supremo - Sala Primera de lo Civil de Madrid, en el que se condena a los accionistas por el acto de distribución de dividendos diciendo “Estimo la demanda interpuesta por la administración concursal, contra la concursada y contra y [el] acuerdo de rescindir el acuerdo de distribución de dividendos a favor de los accionistas, aprobado en Junta General de fecha 27 de marzo de 2008, y condeno a Blacader S.L., a reintegrar a la masa 311.399,68 euros, a Impulso y Desarrollo Empresarial S.A. a reintegrar a la masa 178.047,20 euros, a Liker Boston S.L. a reintegrar a la masa 59.328,75 euros y a Alusian S.A. a reintegrar a la masa 60.975,07 euros, más los intereses legales de estas cantidades. No ha lugar a hacer especial pronunciamiento en cuanto a las costas procesales.”[67]

En el segundo supuesto, respecto de las sumas percibidas corresponderá proceder de acuerdo a lo explicado precedentemente y, respecto de los saldos restantes teniendo en cuenta que el acto es válido entre la sociedad fallida y los accionistas, estos al verificarlo quedarán como acreedores subordinados y podrán percibirlos si queda algún remanente una vez cancelado todo el pasivo verificado.

En la tercera hipótesis se aplica lo mencionado para los saldos no percibidos.

También es adecuado determinar que, tomando en consideración el contexto inflacionario que atraviesa el país que repercute en forma directa e inmediata en los montos entregados en pesos argentinos, la sentencia deberá contener un

sistema de actualización de lo efectivamente entregado para que tenga el mismo poder adquisitivo para la masa.

4.4.4. La extensión de quiebras a los socios, ¿Acción extrema?

En este apartado, se tratará de identificar si procedería y, eventualmente, con que alcances la acción de extensión de quiebras al acto de distribución de dividendos en el período de sospecha.

La norma concursal que regula el instituto es el art. 161 LCQ que dice “La quiebra se extiende:

1) A toda persona que, bajo la apariencia de la actuación de la fallida, ha efectuado los actos en su interés personal y dispuesto de los bienes como si fueran propios, en fraude a sus acreedores;

2) A toda persona controlante de la sociedad fallida, cuando ha desviado indebidamente el interés social de la controlada, sometiéndola a una dirección unificada en interés de la controlante o del grupo económico del que forma parte.

A los fines de esta sección, se entiende por persona controlante:

a) aquella que en forma directa o por intermedio de una sociedad a su vez controlada, posee participación por cualquier título, que otorgue los votos necesarios para formar la voluntad social;

b) cada una de las personas que, actuando conjuntamente, poseen participación en la proporción indicada en el párrafo a) precedente y sean responsables de la conducta descrita en el primer párrafo de este inciso.

3) A toda persona respecto de la cual existe confusión patrimonial inescindible, que impida la clara delimitación de sus activos y pasivos o de la mayor parte de ellos.”

Ante todo debemos identificar que supuesto debería corresponder al acto de distribución de dividendos en el período de sospecha.

En realidad, los supuestos pueden aplicar al mismo acto pero con diferentes circunstancias.

Respecto de los incisos 1 y 3, generalmente, se encuentran íntimamente ligados al abuso de la personalidad jurídica societaria y al quebrantamiento del principio de funcionalidad (por desviación del interés), aunque también abarca situaciones meramente objetivas (confusión patrimonial inescindible).[68] A modo de ejemplo, se adapta al caso en que el reparto de utilidades se hubiese dado en el seno de una sociedad unipersonal donde el accionista resulta ser el único director de aquella o en el que hayan elementos probatorios que acrediten que la sociedad es un medio a través del cual un sujeto maneja sus propios bienes utilizando la estructura orgánica societaria en forma simulada.

En relación al inciso 2, se asemeja más al caso de un grupo de accionistas (personas físicas o jurídicas) que tienen el control de hecho o de derecho de una

empresa logrando en conjunto la voluntad social para la toma de decisiones y lograron beneficiarse en detrimento de la fallida.

Al solo efecto del presente, trataremos de dejar asentadas algunas pautas que nos lleven a contestarnos el interrogante planteado, es decir, si es un remedio adecuado para el acto que nos convoca o es suficiente recurrir a la vía prevista en el art. 119 LCQ para el caso en que se demuestren los extremos ya referidos.

Para comenzar a dilucidar ello, hay algunas cuestiones de trascendencia que deben tenerse en cuenta: (i) la aplicación restrictiva del instituto; (ii) Hechos tipificados que deben acreditarse y que requieren relevante elementos probatorios.

Sobre el punto (i) podemos advertir, como eje rector del análisis, que es vital recordar que la figura de la extensión de quiebra reviste un carácter restrictivo y sancionatorio, conforme es reconocido en doctrina y jurisprudencia. En definitiva, no cualquier acto abusivo, utilización de fondos, empleo de bienes o del crédito de la fallida llevan inexorablemente a la extensión de la falencia, y la interpretación de la forma típica de esta causal (art. 161, inc. 1º) debe ser estricta, así como rigurosa la apreciación de la prueba pertinente, no pudiéndose inferir el fraude en perjuicio de los acreedores por el solo hecho de existir vinculación empresaria entre la fallida y la demandada.[69]

En igual sentido, los autores Rivera, Roitman y Vítolo indican que la regla es la ponderación judicial rigurosa de los recaudos exigidos por la norma, debido a que rige el principio de la interpretación restrictiva al momento de decidir la extensión. Ello en razón de que la sola verificación de la relación o vínculo entre empresas no constituye de ninguna manera causal de quiebra refleja.[70]

Y esto, confirmado en fallos judiciales en que se establece "...La extensión de la quiebra es de interpretación restrictiva, en tanto excepción al principio general concursal de que no hay quiebra sin insolvencia..."[71] y "...la mera existencia de conjunto económico, o de vinculación entre sociedades, o de socios comunes, o de domicilio único (situación esta última aludida en la demanda de autos), o de ciertas operaciones recíprocas, o de activos de una sociedad que concuerdan con pasivos de otras (relaciones de acreedores/deudores) no son, siempre y per se, reveladoras del supuesto excepcional de extensión de quiebra por confusión patrimonial inescindible, no siendo disputable, en fin, que dicho supuesto sea de interpretación restrictiva, como lo predica uniformemente la doctrina y la jurisprudencia..."[72]

Por otro lado, los casos enunciados en los 3 incisos de la norma, deben ser acreditados con elementos probatorios de contundencia.

En el primer supuesto, (a) la acreditación de la realización de actos concretos y específicos, (b) actos característicos utilizando a la sociedad en provecho propio, (c) actuación en interés personal, con un interés contrario al de la sociedad, (d) disposición efectiva de bienes: el agente debe haber dispuesto de los bienes sociales como si le pertenecieran, (e) fraude y perjuicio a los acreedores.[73]

En el segundo inciso, (a) control tipo interno, de hecho o de derecho; (b) dicho control debe haber sido ejercido abusivamente. Tal abuso se configura por el desvío indebido del interés social de la sociedad controlada; (c) el control abusivo debe haberse ejercitado sometiendo a la quebrada principal a una dirección

unificada en interés de la controlante o del grupo económico del que ella forma parte; (d) la actuación abusiva reprochada debe guardar relación de causalidad con la insolvencia de la sociedad controlada, es decir, con su producción, mantenimiento, prolongación indebida o agravación.[74]

Respecto del tercer caso, refiere a confusión patrimonial inescindible, el cual tiene como presupuesto una muy relevante promiscuidad en el manejo de los negocios de dos o más personas (habitualmente personas jurídicas), de tal modo que sea imposible, o al menos muy difícil, establecer quien se ha obligado y quien ha sido el destinatario final de los bienes.

Todas las cuestiones descriptas hacen menos atractiva la intención de recurrir a la extensión de quiebra atento requerir una amplia suma de requisitos que deber acreditarse. Es decir, a diferencia de lo que requieren la norma del art. 119 LCQ que refiere a un solo acto, en perjuicio a la masa y con conocimiento del estado de cesación de pagos del contratante, la extensión de la quiebra requiere mayores elementos para lograr la convicción del juzgador interviniente al momento de declararla por una cuestión lógica en cuanto a lo gravoso de su sanción.

Partiendo de esta base, empieza a desdibujarse toda posibilidad de hacer lugar a esta pretensión para el caso que nos aboca. Ello no implica descartarlo en su totalidad pero no caben dudas que el acto de distribución de dividendos en el período reputado como sospechoso es suficiente para que prospere la acción salvo algún caso extremo. Tal podría ser que mediante aquel se trasvase todos los activos de la empresa en favor de los accionistas o que el patrimonio de alguno de los accionistas sindicados como beneficiarios del reparto de resultado de un ejercicio permita satisfacer la totalidad de créditos verificados y/o declarados admisibles.

Si bien cada instituto se aplica a casos que contienen circunstancias diferentes, los alcances de cada uno también difieren. Ello por cuanto el primero persigue la declaración de inoponibilidad de un acto para atraer un activo saliente, mientras que el segundo contiene una declaración de quiebra adicional a la principal que da la posibilidad de obtener mayor activo para la masa pero que también dependerá su éxito en que el pasivo del nuevo fallido no supere ampliamente al activo y termine tornándose ilusorio al del fallido principal.

En conclusión, entiendo que no debe descartarse por completo recurrir a la vía falencial extensiva, sino que la norma del art. 119 LCQ resulta más dócil, menos trabajoso y menos riesgoso por la parte actora en su misión de atacar el acto.

4.4.5. Alcances a los integrantes del órgano de administración. Eventual acción de responsabilidad por el acto cuestionado.

Del presente estudio también surge el rol preponderante que ocupa el órgano de administración en tanto son los encargados de definir el rumbo de las empresas. Principalmente, y como se ha fijado, son los encargados de la confección de los estados contables y de recomendar en la memoria anual, para el caso en que existan resultados favorables en el ejercicio, si los mismos deben ser afectadas a reservas facultativas o distribuidos entre los accionistas.

A partir de allí podemos vislumbrar una serie de deberes que tienen a su cargo y que de no ser cumplidos en debida forma, pueden causar graves perjuicios a la sociedad.

Del punto 4.3.4. se desprende la génesis de estas obligaciones en cabeza del órgano administrador, en la que podemos concluir que aquel debe obrar siempre anteponiendo los intereses de la empresa que administra por sobre cualquier otro interés.

Respecto de su actuación, la LCQ prevé en el art. 173 que “Los representantes, administradores, mandatarios o gestores de negocios del fallido que dolosamente hubieren producido, facilitado, permitido o agravado la situación patrimonial del deudor o su insolvencia, deben indemnizar los perjuicios causados...”.

No caben dudas que esta norma abarca a los gerentes de las sociedades de responsabilidad limitada y los directores de sociedades anónimas, como así también administradores de las sociedades por acciones simplificadas (SAS), y que refiere a la sanción ante conductas antijurídicas que tipifica en el hecho de producir (originar, ocasionar, causar), facilitar (es hacer posible la ejecución de una cosa o la consecuencia de un fin), permitir (no impedir lo que se pudo evitar) o agravar (es hacer más extenso el resultado dañoso) la situación patrimonial o la insolvencia del deudor.[75]

La conducta legalmente reprochada que origina la responsabilidad patrimonial de los terceros consiste en haber: 1- producido; 2- facilitado; 3- permitido, o 4- agravado la insolvencia patrimonial del fallido, o la disminución de su responsabilidad patrimonial. La actuación del tercero subsumible en alguno de los supuestos descriptos precedentemente tiene que estar signada por el dolo del autor. Éste -el dolo- es el único factor de atribución de la acción concursal de responsabilidad contemplada en el párr. 1° del art. 173 de la LCQ. La existencia de un obrar culposo determinante de insolvencia puede, en su caso, hacer operativas otras acciones no concursales de responsabilidad de terceros, en la medida en que fueren aplicables disposiciones de derecho común.[76]

Como se observa, la norma prevé el factor de atribución del dolo pero, sin perjuicio de ello, en lo que respecta a los supuestos de responsabilidad societaria se conjugan otros elementos que se acerca más a la culpa en la que pueden incurrir de acuerdo al estándar de la lealtad y diligencia de un buen hombre de negocios (art. 59 LGS) cuando incurren en conductas que perjudican a la empresa que representan.

En el contexto que estamos describiendo, dicho estándar de conducta impone un deber de fidelidad de los administradores para con la sociedad y los accionistas, que consiste en la obligación de anteponer los intereses de la sociedad a los intereses propios o de terceros en actos y negocios en general respecto los cuales aparecen en conflicto dichos intereses.

Dicho deber deriva de un principio general del derecho como el de buena fe, del cual se nutre y enriquece a fin de determinar su contenido. Esa necesaria prioridad del interés social que debe concurrir en la actuación de los administradores, es lo que en la práctica estadounidense se indica a través del giro “fiduciary duties” que entonces no es otra cosa que la expresión del deber de lealtad (duty of loyalty) o de fidelidad. Por tanto, los denominados deberes fiduciarios de los administradores

frente al derecho estadounidense -más allá de la inconveniencia de su uso por el enigmático alcance en nuestro derecho- pensamos están comprendidos en el art. 59 LGS.[77]

Poniéndolo en otras palabras, debe tratarse de un juicio de previsibilidad objetivo: el del buen hombre de negocios, pero también considerar concretar de tiempo, lugar y modo en orden a la actividad societaria, integrando armoniosamente el art. 59 de la ley especial con los arts. 512 y 902, CCiv (hoy arts. 1726 y 1727 del Código Civil y Comercial de la Nación).[78]

De esta forma y trasladándolo al caso que nos aboca, esta acción podrá interponerse, concomitantemente con la acción revocatoria concursal del art. 119 LCQ dirigida contra los socios, para hacer extensiva las sanciones previstas en la ley concursal si de la investigación del acto de distribución de utilidades en el período de sospecha surja que el órgano de administración ha obrado fuera de este juicio de previsibilidad objetiva que refiere la norma.

Esta situación podría darse en los casos en que se advierta que el órgano de administración de la quebrada ha vulnerado los requisitos legales para la aprobación del reparto de dividendos en debida forma o, ha actuado con arbitrariedad al momento de recomendar avanzar en dicho sentido o, ha incurrido en prácticas de ocultamiento de información a los socios para que tomen la decisión tratando de torcer de esta manera la voluntad social. Más aún en el caso en que el director apuntado también revistiera el carácter de accionista y se encontrara beneficiado con la decisión adoptada.

Ahora, ¿cuál es el alcance de la sanción de esta norma? Se puede entender que refiere a un resarcimiento integral, restituyendo o reintegrando los bienes que el administrador infiel y/o el tercero tengan en su poder -satisfacción en especie- y, además, indemnizando los daños causados, es decir, resarcimiento pecuniario. La reparación alcanza las consecuencias inmediatas o mediatas de la actuación dolosa. Este resarcimiento debe contener dos límites: (i) no corresponde atribuir responsabilidad más allá del daño efectivamente causado por el agente del hecho ilícito, es decir, que el resarcimiento alcanza las circunstancias inmediatas (1726 y 1727 CCCN), que se derivan necesariamente de la relación de causalidad y, a las mediatas, que se gravitaron causalmente en el evento dañoso y eran previsibles.[79]

Así las cosas, es de mi entender que esta norma podría entablarse conjuntamente con la acción del art. 119 LCQ en forma complementaria para el caso de que los administradores no hubiesen actuado de conformidad a la ley, el estatuto o reglamento.

4.4.6. Acciones de responsabilidad societarias para administradores y socios limitadamente responsables.

Por último, el art. 175 LCQ regula las responsabilidades societarias al prever que “el ejercicio de las acciones de responsabilidad contra socios limitadamente responsables, administradores, síndicos y liquidadores, corresponde al síndico.”

Lo relevante de la norma invocada es que se regula una acción de responsabilidad desde otro enfoque para los administradores y también para socios de responsabilidad limitada.

Respecto de lo primero, esta acción requiere la preexistencia de una intención o acción de responsabilidad, independientemente que la misma haya sido desechada por la sociedad cuando se hallaba in bonis, es decir, porque se aprobó por asamblea su no inicio, o fue producto de una transacción o renuncia a iniciarla, pero todo ello pierde eficacia ante la situación falencial.

Específicamente, se contemplan las acciones de responsabilidad previstas en los arts. 276, 277 y 279 de la LCQ, es decir, la acción social de responsabilidad iniciada por la sociedad, la acción de responsabilidad iniciada por un accionista individual ante la inacción de aquella y la acción individual de responsabilidad.

Como se advierte, la legitimación para promover la acción corresponde en primer lugar a la sociedad, luego a los socios, pero en el caso de quiebra, tal como hemos dicho, se produce la apropiación de la acción por parte del síndico de la quiebra, o en su caso por los acreedores individuales.

Por otro lado, se sostiene que la acción puede ir contra los socios, pero en ese sentido se explica que no puede referirse a ninguna otra pretensión más que la prevista por los arts. 149 y 150 de la LCQ, o sea, importes percibidos durante el período de sospecha en uso del derecho de receso o mora en el aporte.

En ambos casos, se entiende que la reparación debe producirse en función al perjuicio o menoscabo efectivo del derecho subjetivo como perjuicio susceptible de apreciación pecuniaria, ya que, en definitiva, interesa solo el daño que pueda generar una reparación de índole patrimonial.

4.5. Las decisiones de nuestros tribunales en casos similares.

Si bien no hay antecedentes judiciales que traten puntualmente acciones de recomposición patrimonial interpuestas contra socios respecto del acto de distribución de dividendos, podemos invocar algunos fallos en donde se puede observar cuestiones importantes vinculadas al presente.

En una demanda entablada contra los anteriores accionistas de una empresa, luego fallida, la sindicatura interpone acción de extensión de quiebras contra aquellos. En la misma, el órgano sindical sostuvo que el acto de venta del inmueble donde funcionaba la planta industrial de la empresa en favor de los entonces titulares de la firma por devolución de préstamos decidida en extraordinaria tenía visos de simulación siendo una clara muestra de actuación en interés propio y en perjuicio de los acreedores que sanciona la ley concursal con la extensión de quiebra.

En dicho proceso, de trámite por ante el juzgado de primera instancia de Distrito Civil y Comercial de la 2° Nominación de la ciudad de Rosario, Provincia de Santa Fe, en autos caratulado "ALLOCCO MARIANA CARLA Y OTROS S/ EXTENSION DE QUIEBRA", EXPTE. NRO. 9/2015, la parte demandada contestó y acreditó mediante dos expedientes vinculados y ofrecidos como prueba instrumental que:

(i) Al momento de la operación en cuestión la sociedad no se hallaba en cesación de pagos. Los accionistas y directores así lograron demostrarlo atento que, más

allá de que la empresa venía de una situación crítica pasajera revertida hacia el ejercicio posterior 2010/2011, no existían hechos reveladores de la cesación de pagos como se había probado en expedientes conexos (“ALLOCCO MARIANA Y OTS. C/ ALLOCCO S.A. S/ QUIEBRA - INCIDENTE DE FECHA CESACIÓN PAGOS”, Expte. Nro. 21-00808051-5, que tramitan ante el juzgado de primera instancia de Distrito Civil y Comercial de la 2° Nominación de Rosario);

(ii) La operación fue cierta, seria, real y no causó perjuicio a la empresa (“ALLOCCO SA Y OTROS C/ ALLOCCO MARIANA CARLA Y OTROS S/ RECURSO DE REVISION POR DOLO”, EXPTE. NRO. 852/2014, CUIJ 21-00808243-7, que tramitan ante el juzgado de primera instancia de Distrito Civil y Comercial de la 2° Nominación de Rosario);

Ello motivó a la sindicatura interviniente a desistir de la acción y solicitar las costas en el orden causado atento que la prueba arrojada a la causa había modificado las circunstancias en virtud de las cuales había decidido interponer la acción, a lo que se sumó el riesgo de cargar con importantes costas ante un rechazo de demanda lo que podría generar gravosas consecuencias para la masa de acreedores.

¿Cuáles son las cuestiones trascendentes al análisis del caso?

Por un lado, la actuación probatoria activa de los anteriores accionistas que lograron demostrar que al momento de enajenación del inmueble, si bien la empresa no venía de buenos ejercicios anteriores, el último ejercicio había sido alentador y no se hallaba en estado de cesación de pagos. Esto se advirtió al acreditar los siguientes hechos: (i) en los períodos previos al acto cuestionado no hubo reclamos judiciales vinculados a deudas comerciales, ni con proveedores ni con clientes; (ii) no había endeudamiento bancario, tal como surgía de los estados contables; (iii) tampoco hubo medidas cautelares trabadas contra la fallida; (iv) en dicho lapso la sociedad gozaba de calificación “Situación 1” según BCRA; (v) en todo el período no hubo solo cheque rechazado; (vi) los salarios de los trabajadores estaban al día; (vii) en todo el curso de dichos años se atendieron las cargas y aportes sociales, SUSS y demás contribuciones que suelen ser los primeros rubros que se desatienden cuando existe insolvencia; (viii) no hubo ningún pedido de quiebra en esos años. Todos estos elementos llevaron al juez interviniente a fijar una fecha de cesación de pagos con posterioridad al acto cuestionado quedando el mismo fuera del período de sospecha.

El juez interviniente sostuvo que “...no se han registrado durante el año 2011 ninguno de los hechos reveladores de la cesación de pagos previstos por la ley. Aclaro que participo de la opinión de que puede haber cesación de pagos aún en ausencia de estos hechos reveladores. Pero cuando los mismos no existen (como en este caso) exige un análisis mucho más severo de los hechos que podrían demostrar el estado de impotencia. Ello es así porque los hechos previstos por el art. 79 son los que generalmente suceden cuando se produce un estado de cesación de pagos. Tal su ausencia, aunque no es determinante, es -al menos en principio- una presunción de la inexistencia de tal estado...” y que “...en ese ejercicio ya no había deuda bancaria (salvo la deuda por prefinanciación de exportaciones). A la vez, tenía una disponibilidad en cuentas a la vista de más de \$ 6.500.000.- Todos estos datos surgen del balance correspondiente al ejercicio anual 2011 y en sus notas (ver balance y notas fs. 91/115)...”. [80]

Por el otro lado lograron mostrar que no existió perjuicio puesto que, de la prueba producida en la causa, se determinó que el préstamo base realizado por los ex accionistas (en virtud del cual luego les fue cedido el inmueble 2 años después) fue cierto, beneficioso porque había sido concertado en mejores condiciones de las tasas que brindaba el mercado, y en un momento en el cual la empresa necesitaba de inyección de dinero líquido, como así también que el inmueble fue vendido al valor real de mercado y se recurrió a esa forma de devolver el dinero a los socios mediante un activo ilíquido atento que la empresa no estaba en condiciones financieras de hacerlo en forma líquida.

En la resolución que rechaza el incidente de revisión por dolo, el magistrado señaló que “...el perito informó que cada uno de estos pagos fueron verificados en los asientos del libro diario de la fallida y los mayores de las cuentas de los socios, como también con las constancias de depósito bancario, resúmenes de cuenta corriente y transferencia bancaria; que los mutuos se encontraban contabilizados como un débito de la cuenta caja o bancos (cuentas patrimoniales de activo) siendo la contrapartida las cuentas préstamos de los accionistas (cuentas patrimonial de pasivo) y que en los asientos constaban las devoluciones de los préstamos...”, agrega que el experto contable “...informó que se encontraba contabilizada la operación de venta del inmueble el 31/12/09 por la suma de \$9.452.500; que el pago del boleto de compraventa del 30/12/09 fue cancelado...” y que “...los accionistas prestaron dinero en dólares a la empresa con interés del 5% anual, es decir tasa inferior a la del Banco Río y la informada por el Banco de Santa Fe...”. [81]

Si trasladamos estas cuestiones al caso bajo análisis, debe señalarse que ante una acción interpuesta contra el acto de distribución de resultados de un ejercicio, los socios demandados deben demostrar que el acto no causó perjuicio a la sociedad fallida, que no se encontraba en cesación de pagos por ausencia de los hechos reveladores del mismo, que de la información brindada por el órgano de administración no podía advertirse existencia de esos hechos o que la misma había sido ocultada.

De esta forma los socios pueden verse exceptuados de una sentencia condenatoria si logran desechar el presupuesto objetivo del art. 119 LCQ relativo a la perjudicialidad del acto (tal como fue acreditado en el fallo invocado) o demostrar que el acto queda fuera del período de sospecha o atacar el presupuesto subjetivo atento que no se configura la cognoscibilidad exigida por la norma respecto al estado de cesación de pagos.

El objeto de este apartado es graficar mediante situaciones concretas que cuestiones son las que deben atenderse ante la situación fáctica que se viene a desarrollar mediante el presente.

4.6. Corolario parcial.

A modo de precisar algunas cuestiones de relevancia que surgen del desarrollo del presente apartado, podemos destacar que:

* El acto de distribución de dividendos resuelto en el seno una sociedad comercial es un acto jurídico susceptible de producir consecuencias jurídicas y, por ende, pasible de sufrir los alcances de las acciones de ineficacia concursal.

* Para que dicho acto sea considerado válido, por un lado, debe atender el cumplimiento de los preceptos legales para su debida aprobación y, por el otro, la resolución adoptada por el órgano de gobierno debe ser producto de un análisis de razonabilidad, eliminando todo viso de arbitrariedad y abuso en la decisión;

* En el marco concursal, existen diversas acciones que podrían entablarse para declarar inoponible el acto, entre las que encontramos los arts. 118, 119, 149 y 150 de la LCQ.

* No considero adecuada la aplicación analógica del art. 149 LCQ puesto que si el legislador hubiese pretendido establecer alguna sanción específica sobre el acto de distribución de utilidades, el mismo hubiese estado expresamente previsto en la normativa concursal. Asimismo, para la aplicación de la norma solo se requiere la verificación del acto durante el período de cesación de pagos a lo que se agrega que no rige el límite de la retroacción de dos años previstos por el art. 116, párr. 1° LCQ, lo cual generaría mayor incertidumbre sobre el reparto de ganancias por no exigir otro recaudo para declarar la ineficacia del mismo.

* Tampoco resulta afín el art. 150 LCQ por regular consecuencias sobre la integración de aportes, lo cual es una figura diferente a la distribución de ganancias, teniendo necesariamente otro tratamiento y diferentes consecuencias en el desenvolvimiento empresarial ante sus incumplimientos.

* El acto de distribución de utilidades pueda identificarse lisa y llanamente con alguno de los supuestos previstos en el art. 118 LCQ. Ello por cuanto la norma presume la existencia del perjuicio, no dando margen alguno para evitar la declaración de ineficacia del acto, lo cual tampoco resulta sensato ni adecuado para dar tratamiento al ejercicio del derecho económico más importantes para los accionistas de sociedades. Sin perjuicio de ello y como se ha expuesto, la sanción de la norma está en condiciones de caer con todo su peso en caso de verificarse distribución de dividendos ficticios o anómalos y de pago anticipado de aquellos en períodos no vencidos.

* La acción revocatoria del art. 119 LCQ, si bien con algunos reparos, se constituye como la forma más razonable de declarar inoponible el reparto de ganancias. A tales fines se expuso que solo podrá prosperar respecto de asambleas celebradas dentro del período de sospecha independientemente del momento de la efectiva percepción de las utilidades por parte de los socios.

* El perjuicio que genera el supuesto bajo estudio es producto del agravamiento de su insolvencia o bien de la violación de la pars conditio creditorum (regla de la igualdad entre los acreedores) en la medida que aquella decisión social haya sido tomada sin cumplir con todos los recaudos previstos por la ley o cuando no hay justificación suficiente para tomar dicha decisión.

* No debe presumirse el conocimiento del socio respecto del estado de cesación de pagos del fallido. Si bien parecería de fácil acreditación, se han expuesto supuestos concretos en que los socios podrían verse exceptuados de este presupuesto.

* De acreditarse el perjuicio del acto, se concluye que no todos los socios beneficiados por el acto bajo análisis pueden resultar condenados si logran acreditar que no han podido conocer el estado de insolvencia en aquel momento o

que recibió información insuficiente, u otras cuestiones como ha sido desarrollado en el punto 4.4.3.iv. (d) relativo a la prueba.

* Los efectos de una sentencia condenatoria para los accionistas varía de acuerdo a los supuestos identificados en el punto 4.4.3.iv. (f) dependiendo de la percepción total, parcial o inexistente de los dividendos distribuidos por parte de los socios beneficiados.

* Resulta muy interesante el tratamiento del supuesto sobre las figuras de extensión de quiebras como de las acciones de responsabilidad de los administradores y de los socios desarrolladas puesto que aquellas no son ajenas en el contexto del acto se genera y, en determinados casos, pueden ser herramientas válidas para quienes pretenden atacar el acto.

V. Tratamiento de los institutos en el derecho comparado [arriba]

A continuación realizaremos un análisis sobre diferentes legislaciones para conocer como regulan las diferentes acciones revocatorias en el proceso concursal o eventual quiebra, sus implicancias sobre el desenvolvimiento de actos societarios, buscando acentuarnos sobre la distribución de utilidades y los efectos que genera la declaración de nulidad de los mismos.

5.1. España.

En España encontramos una legislación basada en el perjuicio efectivo generado a la masa como elementos fundamental para la procedencia de las “acciones rescisorias”, como la llaman los autores de aquel país.

Así observamos que La Ley Concursal de aquel país en su art. 71 regula las acciones rescisorias o de reintegración en los siguientes incisos:

“1. Declarado el concurso, serán rescindibles los actos perjudiciales para la masa activa realizados por el deudor dentro de los dos años anteriores a la fecha de la declaración, aunque no hubiere existido intención fraudulenta.

2. El perjuicio patrimonial se presume, sin admitir prueba en contrario, cuando se trate de actos de disposición a título gratuito, salvo las liberalidades de uso, y de pagos u otros actos de extinción de obligaciones cuyo vencimiento fuere posterior a la declaración del concurso, excepto si contasen con garantía real, en cuyo caso se aplicará lo previsto en el apartado siguiente.

3. Salvo prueba en contrario, el perjuicio patrimonial se presume cuando se trate de los siguientes actos: (1) Los dispositivos a título oneroso realizados a favor de alguna de las personas especialmente relacionadas con el concursado. (2) La constitución de garantías reales a favor de obligaciones preexistentes o de las nuevas contraídas en sustitución de aquéllas. (3) Los pagos u otros actos de extinción de obligaciones que contasen con garantía real y cuyo vencimiento fuere posterior a la declaración del concurso.

4. Cuando se trate de actos no comprendidos en los tres supuestos previstos en el apartado anterior, el perjuicio patrimonial deberá ser probado por quien ejercite la acción rescisoria...”

A simple vista el artículo citado resume los arts. 118 y 119 de nuestra norma concursal. En el primer inciso de la norma española se fija el período de sospecha (2 años desde la declaración del concurso o quiebra) y en el inciso 2 se observa una serie de actos que, de haberse celebrado dentro de aquel lapso de tiempo, no admiten prueba en contraria los que podríamos equiparar a los actos ineficaces de pleno derecho.

Del inciso 3 y 4 se advierte semejanza a la acción de recomposición patrimonial pero con algunas diferencias puesto que en el primero de ellos se presume la perjudicialidad de los actos realizados y, en el segundo, debe acreditarse.

A diferencia de nuestro sistema el principio rector de la regulación española es el presupuesto objetivo basado en el perjuicio para la masa de acreedores. Es decir, la norma no se detiene en la buena o mala fe del cocontratante o del conocimiento de éste sobre la situación del concursado, a diferencia de nuestro art. 119 LCQ que exige sobre el tercero interviniente el conocimiento del estado de cesación de pagos del deudor.

Adentrándonos en el acto societario de distribución de utilidades en empresas, la norma española realiza una distinción específica a tales efectos al indicar que el perjuicio se presume a los actos realizados con personas especialmente relacionadas (art. 71 inc. 3° LC de España) lo que es directamente aplicable a los socios de las empresas puesto que no existen dudas sobre aquel vínculo.

Asimismo, la norma indicada debe complementarse con la Ley de Sociedades de Capital de España al disponer en su art. 273 que 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, como así también con el art. 278 que regula la obligación de restitución de los dividendos o de las cantidades entregadas a cuenta cuando se contravenga lo establecido en dicha ley si la sociedad prueba que los perceptores conocían la irregularidad de la distribución o que, habida cuenta de las circunstancias, no podían ignorarla.[82]

En esta última norma advertimos un presupuesto subjetivo que, si bien no es el requerido por la acción rescisoria, podría llegar a ser considerado para la procedencia de la demanda atento que, como lo hemos expuesto, pueden existir ocasiones en las que los no tienen posibilidad de acceder a la información adecuada o la misma es parcializada o directamente se les oculta.

En definitiva, del juego de las normas analizadas, en caso de que exista un reparto de utilidades dentro del plazo de 2 años anteriores desde la apertura del concurso o declaración de quiebra, la existencia de perjuicio como presupuesto para la rescisión en la distribución de dividendos requiere que -y así se habrá de demostrar en los términos previstos en el art. 71 LC-, la sociedad fuera insolvente en el momento de decidirlo o que no se hubieran respetado las normas del índice de solvencia mínima requerida que se basa sobre la integridad del capital social (conforme describimos art. 273 de la ley de Sociedades de Capital que es condición necesaria para el reparto de dividendos: la solvencia de la sociedad, la cobertura del patrimonio neto de la cifra de capital y de las demás atenciones previstas en la ley y en los estatutos).

Es decir, el sistema rescisorio concursal español desecha cualquier elemento subjetivo, centrándose en la lesividad del acto y así se advierte en fallos donde se han pronunciado específicamente al respecto.

De esta forma hallamos precedentes judiciales dictados por el Tribunal Supremo de Justicia que enriquecen el presente análisis.

Mediante resolución N° 613 del 01.11.2014 el TSJ de España, Sala I, confirma un fallo (dictado por el Juzgado en lo mercantil N° 7 de Barcelona y posteriormente confirmado la Audiencia Provincial de Barcelona) mediante el cual se declara la rescisión del acuerdo de distribución de dividendos a favor de los accionistas, aprobado por la Junta General de la concursada en fecha 27 de marzo de 2008 de la sociedad "Aismalibar, S.A." [83]

En la misma, los accionistas decidieron distribuir utilidades a la finalización del ejercicio social 2007 y como consecuencia de ello el patrimonio neto de la sociedad quedó por debajo del capital social en violación al art. 273 de la normativa societaria.

El tribunal de primera instancia hizo lugar a la demanda y ordenó la restitución de las sumas abonadas a los accionistas porque consideró que el acuerdo impugnado produjo una merma injustificada para la masa activa, vista la situación de insolvencia declarada poco más de un año después.

Asimismo, la Audiencia Provincial de Barcelona desestimó el recurso de apelación puesto que era aplicable la presunción iuris tantum de perjuicio patrimonial prevista en el art. 71 de la Ley Concursal por tratarse de un acto de disposición a título oneroso efectuado a favor de personas especialmente relacionadas con el deudor y las demandadas no acompañaron elementos probatorios que den cuenta de la ausencia del perjuicio. Para apreciar si el acto impugnado causó o no un sacrificio patrimonial injustificado, la Audiencia consideró que la merma patrimonial que se derivó del reparto de dividendos acordado en el acuerdo impugnado era injustificada, por ilegal, porque incumplía los requisitos exigidos por el Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas en materia de reparto de dividendos o anticipos a cuenta, que buscan mantener unos ratios de cobertura del patrimonio neto en relación con el capital social.

Mediante el rechazo de los recursos interpuestos por la parte demandada y la confirmación del pronunciamiento de los tribunales de previa instancia, el TSJ español agregó que se configura la doctrina del "sacrificio patrimonial injustificado", en cuanto supone una minoración del valor del activo sobre el que más tarde, una vez declarado el concurso, se constituirá la masa activa a lo que se suma la falta de justificación del acto, ya que se acordó vulnerando las normas societarias que protegen la suficiencia del patrimonio social y su correspondencia con el capital social.

El mismo TSJ de España, Sala I, mediante sentencia N° 199 del 17.04.2015 sostiene la declaración de la rescisión del acuerdo de distribución de dividendos en favor del único accionista de la empresa Balperia S.L.U., en virtud de la cual permitió al socio compensar una deuda que tenía con la sociedad por la suma de 1.250.000 euros. [84]

El Tribunal sostiene que la rescisión decretada por las sentencias de instancia se funda en el art. 71 de la normativa concursal, por ser el recurrente persona especialmente relacionada con la misma y respecto del perjuicio entiende que en el caso no ha de probarse la existencia de perjuicio para que pueda estimarse la acción de reintegración, sino que ha de probarse la ausencia de circunstancias excepcionales que determinan la existencia de tal perjuicio para que la acción sea desestimada. No ofrece la menor duda de que el reparto de dividendos acordados supuso un perjuicio para la masa activa, y ninguna circunstancia excepcional concurre en el presente caso que lo justifique. No es necesario que se haya realizado con intención de dañar, como insistentemente destaca el recurrente, pues la rescisión a que se refiere el art. 71 LC descarta expresamente cualquier elemento subjetivo de fraude.

En otros fallos judiciales dictados por Audiencias Provinciales de España encontramos elementos que aportan mucho a entender cómo funciona el sistema de recomposición patrimonial español en relación al presente.

Así, encontramos la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Barcelona del 9.02.2012, que confirma la resolución del Juzgado en lo mercantil N° 3 de Barcelona del 02.05.2011 donde se deja sin efecto la decisión de una junta extraordinaria universal de la sociedad que resuelve distribuir dividendos a cuenta de resultados futuros (permitido por la normativa societaria). En análisis al fallo en cuestión, el catedrático de Derecho Mercantil de la Universidad de Huelva, Dr. Franciso José León Sanz considera que la circunstancia más relevante, a los efectos de apreciar la existencia de perjuicio, consiste en la falta de liquidez de la sociedad en el momento de la adopción del acuerdo. El reparto supone, por tanto, una contravención de lo establecido en el art. 277 inc. a) de la ley de Sociedades de Capital (que indica que para poder repartirse utilidades a cuenta los administradores formularán un estado contable en el que se ponga de manifiesto que existe liquidez suficiente para tal distribución). La necesidad de la distribución de cantidades a cuenta de dividendos es una garantía necesaria para asegurar el pago puntual y regular de las obligaciones asumidas por la sociedad. Termina concluyendo que la apreciación de la existencia de perjuicio en este caso, parece por consiguiente, razonable.[85]

También nos encontramos con otro fallo jurisprudencial específico sobre el tema de estudio dictado por la Audiencia Provincia de Zaragoza del 30.12.2011 que resolvió rescindir el acto de distribución de dividendos de una empresa concursada en salvaguarda al principio de igualdad de trato a los acreedores de la sociedad y por tratarse de una anómala conducta de la sociedad en concurso que resulta objetivamente perjudicial por lesiva de la masa activa y, por consiguiente, debe quedar incluida en el apartado cuarto del art. 71 de la Ley Concursal. La sentencia de la audiencia de Zaragoza apunta a lo desaconsejado del acuerdo de distribución de dividendos sobre la perspectiva del principio de conservación de la empresa al sostener que las operaciones de una sociedad mercantil tienen siempre carácter aleatorio, de ahí que la fijación de los elementos patrimoniales que pueden considerarse beneficiosos sea una estimación prudente que depende de las previsiones sobre futuro. Siendo esto así, conforme al sentido común es una idea elemental que si entregamos a los socios todos el beneficio corremos el riesgo de no poder pagar la cantidad debida por la disminución de la masa activa, desplazando hacia el acreedor, como lo es la comunidad de propietarios actora, el riesgo de la empresa.

En comentario al fallo, el autor español Ignacio Moralejo, concluye que es difícil la coordinación del régimen societario y concursal en aras de tutelar los intereses de los acreedores en relación con los acuerdos de distribución de dividendos regularmente adoptados, pero esta circunstancia no justifica que se arriesguen elementales exigencias de seguridad jurídica.[86]

Como se advierte, en los pronunciamientos judiciales confluyen dos elementos sustanciales y objetivos, la “especial vinculación entre el socio con la empresa fallida” y la presunción del “perjuicio”, el cual admite prueba en contrario pero requiere un esfuerzo probatorio suficiente en cabeza de los demandados para acreditar que no existió una situación extraordinaria que torne razonable la decisión de distribuir utilidades. La gran diferencia con nuestro sistema de recomposición patrimonial aplicado al caso es que no requiere ningún elemento subjetivo focalizando todo el conflicto, como ya lo adelantamos, sobre la lesividad del acto.

5.2. Francia.

En el derecho francés no encontramos ninguna cláusula de carácter genérico como en el art. 71.1. de la Ley Concursal española sino que la normativa de aquel país prefiere efectuar una lista exhaustiva de los actos sospechosos. Estos actos celebrados dentro de un período de sospecha de 18 meses, extensivo a 6 meses más para el caso de actos a título gratuito, pueden ser atacados de nulidad en forma automática atento a estar encuadrados en el art. L 632-1 del Código de Comercio francés o en forma facultativa a instancias de que el juez aprecia la viabilidad o no de dichas operaciones en términos jurídicos.

Así encontramos que el citado artículo del Código Comercial francés, en semejanza con nuestro art. 118 del LCQ, indica que son nulos los actos a título gratuito, de los actos conmutativos desequilibrados, de los pagos de deudas aún no vencidas, de los pagos de deudas vencidas pero que no son corrientes en las relaciones mercantiles (por ejemplo la dación en pago), de las consignaciones, de la constitución de garantías reales por obligaciones preexistentes, de las medidas conservatorias y de los contratos de fiducia, entre otros. En el año 2010, como consecuencia de un nuevo tipo societario denominado “Entrepreneur Individuel à Responsabilité Limitée” que permite al empresario persona física tener dos patrimonios separados, se agregó una nueva hipótesis de actos que pueden ser tachados de nulidad de manera automática que consiste en la afectación o el cambio de afectación de un bien por un empresario individual de responsabilidad limitada. Es decir, en estos casos no importa si dichas operaciones causaron un perjuicio a los acreedores o si fueron efectuados con buena o mala fe, el acto se anula si consta en dicho artículo.

Por otra parte, encontramos los actos de nulidad facultativa donde la ley francesa los regula en tres supuestos:

- Pueden ser atacados los actos a título gratuito que fueran concretados seis meses anteriores al inicio del período de sospecha. Este es el único caso que la normativa acepta extender el plazo del período de sospecha consistente en dieciocho meses a seis meses más (art. L 632-1, II Código de Comercio francés);
- Actos onerosos (venta precio irrisorio) o pagos de deudas vencidas, celebrados en el período de sospecha sobre los que el cocontratante conociera dicha situación

financiera del deudor (apartado I del art. L 632-2 del Código de Comercio francés). A diferencia de nuestro art. 119 LCQ, este precepto legal no requiere que se acredite el perjuicio a los acreedores atento que el concepto de protección a la masa va desaparecido del derecho francés con el objetivo es reconstituir el patrimonio del deudor (y no pagar a los acreedores).

- Embargo de retención, el aviso a tercero detentador y la oposición al pago de una deuda que fueran otorgados en el período de sospecha en la medida que el acreedor conocía el estado de cesación de pagos (apartado II del art. L 632-2 del Código de Comercio francés).

Analizando esta normativa, advertimos que el acto de distribución de utilidades de la “Société à responsabilité limitée” (SARL) y/o “Entreprise unipersonnelle à responsabilité limitée” (EURL) y/o “Société Anonyme” (SA) podría enmarcarse en ambos artículos, dependiendo de diferentes factores. Así observamos un sistema muy similar al nuestro que nos permitiría llegar a idénticas soluciones como las que hemos arribado al presente. De esta forma a la luz de la normativa francesa será ineficaz de pleno derecho los pagos anticipados de un reparto de dividendos de una sociedad que estaba diferida en el tiempo de conformidad al L 632-1 del Código de Comercio. Por otro lado, en idéntico sentido, pueden declararse nulo el acto de reparto de dividendos si se acredita judicialmente que los accionistas y Directores conocían la delicada situación financiera de la empresa que luego se acogería al proceso concursal (apartado I del art. L 632-2 del Código de Comercio francés) tal como se ha comentado respecto de la aplicación del art. 119 LCQ.

En cuanto al objetivo que persigue esta clase de acciones, el Derecho Concursal Francés cambió de paradigma en cuanto, si bien el objetivo de la nulidad es sancionar el fraude cometido por el deudor o la ruptura de igualdad entre acreedores, el interés de la normativa es “reconstituir el activo del deudor” (art. L 632-4 del Código de Comercio francés) a diferencia del derecho español cuyo objetivo es que la recomposición patrimonial se utilice para pagar a los acreedores.

Hoy en día, el derecho francés busca que los activos entren al patrimonio del deudor. Este cambio es fundamental, dado que las acciones revocatorias resultan estar al servicio del resurgimiento económico de la empresa en cesación de pagos, contribuyendo a la dinámica de salvación de la empresa.[87] De modo que el dinero reintegrado en el patrimonio del deudor puede ser afectado o bien a la continuación de la explosión de la actividad del deudor, o bien al pago del pasivo en el ámbito del convenio concursal o de la liquidación de la empresa.[88]

Por último, como dato de relevancia, el art. 1167 del Código Civil francés regula la acción pauliana pudiendo ser ejercida en el marco concursal. La importancia de poder disponer de esta acción refiere a la posibilidad de atacar cualquier acto que sea realizado fuera del período de sospecha o cuando el mismo no se encuentre dentro de los actos enumerados por la normativa concursal. De esta forma lo ha entendido el Tribunal Supremo francés al admitir de manera constante que se puede ejercitar una acción pauliana en un marco concursal.[89]

5.3. Inglaterra.

En cuanto a la regulación de acciones revocatorias del Derecho Inglés se encuentran previstas en la Insolvency Act de 1986 (en adelante IA).

En el mencionado cuerpo legal, las acciones rescisorias se encuentran relativamente dispersas, pero existe un apartado específico para determinados tipos de acciones en la Parte XVI denominado “Provisions against debt avoidance” (“acciones contra los actos tendientes a evitar el pago de deudas”), específicamente, arts. 423 a 425. Dichas acciones se encuadran en el marco de los actos de venta de activos por debajo del valor razonable o de mercado de los mismos en el momento de la venta, en tanto que repercuten en perjuicio del valor de los bienes disponibles para la satisfacción de los acreedores.

Las otras acciones destacables son las previstas en el art. 238 IA que contempla, actos de disposición a título gratuito a ventas de activos por debajo del valor que la sociedad considera adecuado; la del art. 245 IA, por constitución de garantías sobre deudas preexistentes; y la del art 127 IA, que declara nulas todos los actos habidos tras la solicitud de la liquidación y hasta su declaración, que no tengan consentimiento del juzgado.

Sin perjuicio de los mecanismos de impugnación ordinarios y concursales referidos, las principales acciones de reintegración previstas en la normativa de insolvencia británica son: (i) las acciones que tienen por objeto la anulabilidad de las transacciones realizadas por el deudor en condiciones de “undervalue” en donde debe acreditarse como elemento objetivo del perjuicio a la masa activa (art. 238 IA) y; (ii) la anulabilidad de las preferencias otorgadas por el deudor a uno o varios de sus acreedores en donde además del elemento objetivo referido precedentemente debe concurrir y probarse el elemento subjetivo de la intencionalidad de favorecer al acreedor (art. 239 IA).

En ambos casos la transacción debe llevarse a cabo en el denominado “tiempo relevante” que se configura con dos elementos: (i) financiero, denominado estado de insolvencia del deudor al momento de realizar la operación; (ii) temporal, denominado período sospechoso, lapso de tiempo dentro del cual pueden ser revisados los actos que reúnan las características mencionados.

Es decir, la rescisión de una determinada operación solo será posible cuando se realice en el denominado tiempo relevante que se configura cuando se verifican dos extremos:

(i) el elemento financiero: estado de insolvencia previsto en el art. 123 de la IA. Según esta norma tiene previsto que la insolvencia tiene lugar cuando el deudor no puede pagar sus obligaciones a la fecha de su vencimiento (puntos 1 a, b, c y d del citado artículo) o cuando no supera el “test del balance”, es decir, cuando el activo del deudor resultase inferior a su pasivo exigible tomando en cuenta los eventuales pasivos contingentes (punto 2 del citado artículo).

(ii) el elemento temporal: período sospechoso. Éste último se encuentra previsto expresamente para las personas jurídicas en el art. 240 (1.a) de la IA desde el “onset of insolvency” (inicio de insolvencia) que deviene cuando una compañía se acoge al régimen concursal o de liquidación cuyos casos son previstos en el art. 240 (3) de la IA (ej. Caso en que una empresa presente ante el tribunal una solicitud para que se designe un administrador).

Las acciones previstas por el art. 238 de la Insolvency Act de 1986, resultarán rescindibles las donaciones y las transacciones realizadas sin contraprestación o con una contraprestación significativamente inferior que hubiere efectuado el deudor con anterioridad a su declaración de concurso debiendo acreditarse que el deudor se encontraba en un estado de insolvencia en el momento de la transacción y que la misma haya sido realizada en un plazo superior a los dos años anteriores a la declaración en concurso.

Las del 239 IA, asumen que el deudor conoce su propia insolvencia, por tanto, de manera voluntaria e indebida, realiza un pago o concede una ventaja patrimonial a un acreedor, ocasionando con ello la aparición de una total desigualdad de trato entre este y los demás acreedores. Allí radica el perjuicio al que se le adiciona la intencionalidad de favorecer al acreedor.

Fijado ello, el legislador británico agrega algo más, establece una presunción “iuris tantum” de que se entenderá que el deudor se encontraba en estado de insolvencia en el momento -o como consecuencia- de realizar la transacción susceptible de reintegración a la masa, siempre que dicha operación se hubiese realizado con una persona especialmente relacionada al deudor (art. 240, 1, a, de la IA), en los que pueden entenderse tales, a los empleados, a las compañías que forman grupos económicos y a los administradores de hecho, extendiéndoles en 6 meses más el plazo de 2 años.

Si realizamos comparaciones entre ambas legislaciones, la normativa británica en sus arts. 238 y 239 IA entremezcla, en parte, nuestros arts. 118 y 119 LCQ. El primero regula la ineficacia de “los actos a título gratuito”, como así también los actos perjudiciales para la masa activa (“Los demás actos perjudiciales para los acreedores” previstos en el art. 119 LCQ) pero a diferencia de éste último no requiere el elemento subjetivo de tener que acreditar que el tercero que celebró el acto con la concursada/fallida debía tener conocimiento del estado de cesación de pagos del deudor. Respecto al segundo, si bien es semejante al 119 LCQ por el elemento subjetivo que agrega, asimismo es análogo al inciso 3° del art. 118 al hablar de preferencias.

En definitiva, habiendo examinado las acciones de recomposición patrimonial en el derecho concursal británico ¿Dónde quedaría enmarcada el acto de distribución de dividendos realizado durante el “relevant time”?

Ante todo podemos resaltar que la legitimación del ejercicio de las acciones corresponde al “supervisor”, “administrator”, “liquidator”, “oficial receiver o trustee” ante el juzgado competente del procedimiento de insolvencia.

Asimismo, podemos plantear diferentes soluciones al caso.

El art. 239 IA puede utilizarse para dejar sin efecto aquellos desembolsos que realice la empresa en concepto de dividendos cuya efectivización fue pactada con posterioridad. Ello por tratarse de actos preferentes y en la medida en que pueda acreditarse la intencionalidad de favorecer al acreedor.

Por otro lado, si el acto es realizado en el período relevante puede ser revocado en base al art. 240 IA por haberse efectuado la misma con una persona especialmente

relacionada al deudor, como son los socios, existiendo una presunción de perjuicio que admite prueba en contrario.

Por último, también podría recurrirse a la acción prevista para “las transacciones realizadas con una contraprestación significativamente inferior” puesto que el acto de distribución de utilidades implica un previo desembolso de los accionistas que aportan dinero al momento de constituir la sociedad.

Debemos preguntarnos qué entiende el derecho extranjero en cuanto a contraprestaciones significativamente inferiores. En este punto, el primer caso del Reino Unido en el que se estudió judicialmente el concepto de “undervalue significativa” fue en el fallo “Re Mc Bacon Ltd” del año 1990 donde la autoridad judicial debió determinar las contraprestaciones entregadas por las partes, valorar en dinero las contraprestaciones, estableciendo las diferencias de valor entre la contraprestación entregada y recibida por el deudor. Si la diferencia de valor entre la contraprestación recibida y el valor real supera, en perjuicio del deudor, el 15%, se puede afirmar que existió una contraprestación significativamente menor que podrá ser rescindida al amparo de los arts. 238 y 239 de la IA.[90]

Traduciéndolo al ámbito de la distribución de dividendos, podría entenderse que una distribución efectuada durante el tiempo relevante que supere en un 15% del monto aportado por los accionistas, estaría en condiciones de ser revocado a la luz del derecho inglés.

Esta solución, un tanto arriesgada, puede resultar interesante como argumento para la procedencia de esta clase de acciones respecto del reparto de utilidades.

5.4. Estados Unidos.

El “Federal Bankruptcy Code” (Código de Bancarrotas de los Estados Unidos) es la normativa aplicable al derecho concursal en todos los Estados Unidos al ser una de las materias que la Constitución no delega su regulación a los Estados conforme art. 1, sección 8 de la Carta Magna estadounidense donde se establece que el Congreso federal está facultado para establecer leyes uniformes en materia de bancarrotas para todos los Estados de la Unión. Específicamente, el Capítulo 7 regula lo relativo a la liquidación del deudor (“liquidation or straight bankruptcy”) y el capítulo 11 refiere a la posibilidad de reorganizar y recuperar la viabilidad empresarial del deudor (“reorganization in bankruptcy”).

Tal como nos señala Francisco Reyes Villamizar, no existe como en los sistemas romanos-germánicos, distinción alguna en cuanto al régimen concursal aplicable a un individuo o una sociedad por razón de la actividad de explotación económica que desarrolle. De manera que todos los casos de cesación de pagos se tratan uniformemente bajo la figura de bancarrota (bankruptcy). Ésta última presenta dos modalidades que dependen de las mayores o menores posibilidades de recuperación del deudor. En verdad, las dos figuras resultan parecidas a las de la quiebra y el concurso preventivo existente en varios países de tradición civilista, pero a diferencia de estas, son aplicables a cualquier persona natural o jurídica que se encuentre en imposibilidad de hacer frente a sus obligaciones patrimoniales.[91]

Adentrándonos específicamente sobre las normas vinculadas a la protección del patrimonio del deudor, ante la posibilidad de operaciones que pueden reducir la

prenda común de los acreedores, advertimos que la norma prevé acciones tendientes a la reintegración de la masa de la quiebra, cuyo presupuesto sustancial está ligado a la enajenación de bienes durante el denominado período de sospecha.

La normativa norteamericana permite que el deudor en posesión de sus bienes o el síndico, si fuere el caso, intente la revocatoria (“avoidance”) de actos de disposición sobre activos que hubieran cumplido dentro de períodos variables que tienen como fecha de referencia el momento de iniciación del proceso. Así podemos distinguir entre dos actos sancionados por dicha legislación:

(i) Preferencias ineficaces o privilegios (Voidable Preferences). Se trata de la invalidación de diversas transferencias preferenciales celebradas por el deudor concursado con aquellos acreedores, anteriores a la solicitud de quiebra. En ese sentido, la transferencia será revocada por entenderse que es preferencial a un acreedor, este podrá reclamar el crédito impago, pero el bien y/o derecho que recibió por parte del deudor concursado formará parte del patrimonio de la masa activa del insolvente y será distribuido a la colectividad de acreedores.

Los “preferencias” son actos que implican una ventaja a un acreedor, en particular del insolvente respecto de los demás acreedores concursales; es decir, no existe una equivalencia respecto a la totalidad de acreedores porque le han permitido recibir más de lo que le hubiese correspondido en el marco de un procedimiento concursal de un insolvente.

El deudor en posesión o el síndico concursal (trustee) puede recobrar cualquier transferencia del patrimonio del deudor: (i) para el beneficio del acreedor; (ii) por cuenta de una deuda anterior no cancelada por el deudor concursado antes que iniciara esa transacción; (iii) si fue celebrada mientras el deudor fue insolvente; (iv) si se realizó dentro de los noventa (90) días antes de la solicitud de concurso o si el acreedor es un insider dentro del año anterior a la fecha de dicha solicitud; y, (v) aquellas transferencias que permitan al acreedor más de lo que hubiera recibido bajo las previsiones establecidas en un proceso de liquidación.[92]

(ii) Fraudulent Transfers. El síndico puede declarar ineficaces las transferencias fraudulentas realizadas dentro del año anterior a la fecha de solicitud de inicio de concurso del deudor. Estas pueden ser transferencias de bienes y/o derechos de titularidad del insolvente con la intención real y actual de esconder, obstruir, defraudar a cualquiera de sus acreedores. Otro tipo de ellas, es la transferencia celebrada por el deudor concursado de la propiedad por menos del precio razonablemente equivalente, mientras sea insolvente o se haya declarado en concurso a causa de la transferencia, se requiere que el fallido concursado haya actuado con la intención de realizar fraude.

Estos actos son sancionables pues han tenido el objeto de entorpecer o demorar las acciones de cobro por parte de los acreedores o defraudarlos de esta forma. Esta revocatoria tiene como fundamento las disposiciones semejantes a la acción pauliana.

Se puede observar que no existe, como sucede en nuestro Derecho Argentino (art. 118 LCQ), actos ineficaces de pleno derecho. Todos requieren de una acción del deudor o el administrador del concurso o la quiebra. Si advertimos que, respecto de los actos del art. 118 LCQ existe una similitud en cuanto se atacan actos que

implican una “preferencia”, pero respecto de “Los demás actos perjudiciales para los acreedores” previstos en el art. 119 LCQ, al igual que la normativa inglesa, no precisa el contenido subjetivo de tener que acreditar que el tercero que participa del acto en crisis tenga que conocer el estado de cesación de pagos del deudor.

Independientemente de los actos mencionados, el autor Rate A. Howell señala que hay casos excepcionales donde la revocatoria no es pertinente que se pueden resumir en: (i) pago de una deuda incurrida en el curso ordinario de los negocios o negocios financieros del deudor concursado y del transferente; (ii) el acto de disposición se haya realizado en el curso ordinario de los negocios del deudor concursado o transferente; y; (iii) se haya celebrado dentro de los términos ordinarios del negocio, es decir, en condiciones del mercado. Estas excepciones no tendrán acogida cuando hayan sido celebradas de manera fraudulenta.[93]

Por otro lado, el derecho societario de los Estados Unidos es una combinación singular entre las formas federales y las estatales. Los asuntos relativos a la constitución, funcionamiento y liquidación de las sociedades pertenecen a la legislación interna de cada Estado, mientras que la legislación federal gobierna todos los aspectos propios de las sociedades inscritas en bolsa.

Igualmente, cabe destacar que las legislaciones locales estatales han adoptado en mayor o menor medida cuerpos normativos de relevancia en esta materia: la ley del Estado de Delaware y las denominadas “Leyes Tipo”, entre las que se puede mencionar la “Ley Uniforme de Sociedades de Personas”, la “Ley Tipo de Sociedades de Capital” (“Model Business Corporation Act”) y la “Ley Uniforme de Sociedades Comanditarias” (“Uniform Limited Partnership Act”).

Asimismo, también debe destacarse el alto grado de armonización de la jurisprudencia de distintos Estados de la Unión, que Common Law de cada Estado necesariamente debe ser adaptado, en puntos específicos, a las circunstancias y particularidades locales, sin que ello obste para que el Common Law pueda ser armonizado en gran medida, sin que se convierta en derecho federal.[94]

En materia de dividendos, partimos de la base que en el sistema estadounidense, la determinación de declarar dividendos es del resorte de la junta directiva. Es decir, aquí advertimos una primera diferencia de carácter relevante para tener en cuenta al momento de analizar las acciones concursales de éstos actos. No obstante, y tal como señala Robert Charles Clarck, los miembros de las juntas directivas tienen un deber fiduciario de cuidado que se traduce en la obligación de procurar el incremento en el valor de la inversión de los accionistas.[95]

De dicha normativa, debemos centralizarnos sobre el reparto de utilidades y la necesaria protección de que gozan los acreedores sociales respecto de la integridad del patrimonio social.

Conforme a ello, entendemos que el acto de distribución de dividendos podría enmarcarse dentro de las “Voidable Preferences” por actuación de los directivos en favor de sus accionistas en su carácter de “insiders” si dicho acto se realiza en el año anterior a la solicitud de reorganización de pasivos ante los estrados judiciales, y también dentro de las “Fraudulent Transfers” en la medida en que pueda acreditarse una intención de obstruir o defraudar a los acreedores por parte de éstos.

A tales efectos encontramos que en la Nueva Ley Tipo de Sociedades de Capital se prevén los criterios que permiten determinar la viabilidad del reparto de utilidades por parte de la sociedad.

Así encontramos la denominada “equity insolvency test” (análisis de insolvencia) prevista en la sección 6.40 (c) (1) de la Nueva Ley Tipo de Sociedades de Capital que alude a la imposibilidad de repartir dividendos en aquellos casos en que, luego de efectuada la distribución, la compañía carezca de la solvencia y liquidez necesaria para satisfacer las obligaciones en que incurra en razón del giro ordinario de sus negocios. También se prevé el llamado “balance sheet test” (análisis de los estados financieros) que regula de que no debe haber lugar al pago de dividendos si la suma del valor de los activos sociales es menor que la suma de todas sus deudas, incluidas las sumas requeridas para satisfacer los derechos preferenciales a la cuota social de liquidación con la que cuentan los accionistas, sección 6.40 (a) (2) de la Nueva Ley Tipo de Sociedades de Capital.

Como adelantáramos, los miembros de las juntas directivas son los encargados de decidir si repartir dividendos por lo que la normativa referida los carga con responsabilidad directa con la compañía por el monto distribuidos en contravención con los límites legales. Esta responsabilidad se extiende a los accionistas que acepten dividendos a sabiendas de la ilegalidad de los mismos. Si tal conducta es acreditada en los estrados judiciales deberán restituir las sumas en exceso de lo que legalmente corresponda (sección 8.32 de la Nueva Ley Tipo de Sociedades de Capital).

5.5. Alemania.

En la Insolvenzordnung German vigente desde el 1 de enero de 1999, las acciones de impugnar los actos de disposición celebrados por el insolvente se encuentran establecidas en los artículos 129 al 147 de la referida ley, lo particular de esta norma es que no establece un período de sospecha fijo, sino que este depende de los propios actos a ser cuestionados.[96]

El legitimado para cuestionar los actos es el administrador concursal respecto de las operaciones de disposición celebrados por el insolvente.

Las mismas se encuentran repartidas en 4 apartados bien definidos:

(i) Sección 130: Cobertura congruente: refiere a cualquier transacción que satisfaga el crédito a un acreedor, con o sin privilegio, del procedimiento de insolvencia la cual puede ser impugnada si se realizó durante los últimos tres meses anteriores a la solicitud de apertura de un procedimiento de insolvencia, si el deudor no tenía liquidez en la fecha de la transacción y si el acreedor tenía conocimiento de aquel estado de iliquidez.

(ii) Sección 131: Cobertura incongruente: refiere a cualquier transacción que satisfaga el crédito no vencido u otorgue privilegio que no existía a un acreedor del procedimiento de insolvencia. Este supuesto también es pasible de ser impugnado si se realizó durante los últimos tres meses anteriores a la solicitud de apertura de un procedimiento de insolvencia, si el deudor no tenía liquidez en la fecha de la transacción y si el acreedor tenía conocimiento de aquel estado de iliquidez.

(iii) Sección 132: Transacciones que constituyen una desventaja directa para los acreedores de los procedimientos de insolvencia. La misma se refiere a cualquier otro acto que pueda afectar a la masa en la medida que fueran ejecutadas durante los últimos tres meses anteriores a la solicitud de abrir un procedimiento de insolvencia, si el deudor no tenía liquidez en la fecha de dicha transacción, y si la otra parte tenía conocimiento de dicha iliquidez en esa fecha.

(iv) Sección 133: Desventaja voluntaria. Por un lado, refiere a toda transacción realizada por el deudor durante los últimos diez años anteriores a la solicitud de iniciar un procedimiento de insolvencia, o posterior a dicha solicitud, con la intención de poner en desventaja a sus acreedores, la cual podrá ser impugnada si la otra parte tenía conocimiento de la conducta del deudor para afectar a la masa. Este conocimiento se presumirá si la otra parte conocía la inminente iliquidez del deudor y si la transacción constituía una desventaja para los acreedores. Por el otro, refiere incluso a contratos onerosos celebrados por el deudor con una persona que tiene una relación cercana con él, si la otra parte no tenía conocimiento de la intención del deudor de poner en desventaja a los acreedores en la fecha de dicho contrato.

Entre los sujetos relacionados al insolvente, la sección 138 de la norma alemana, señala a al cónyuge, parientes del deudor o del cónyuge en línea ascendente o descendente, hermanos de doble o simple vinculación con el fallido, y en caso de tratarse de persona jurídica, los miembros del consejo de administración, de supervisión y los socios.

Es destacable puntualizar algunos rasgos generales respecto del régimen societario alemán para entender el régimen concursal. Así encontramos la ley de sociedades germana (aktiengesetz del año 1965) la cual se caracteriza por ser muy rígida en cuanto al desenvolvimiento de la empresa, respecto de las responsabilidades de sus órganos y a la protección de la capital social como garantía de la sustentabilidad de las sociedades y frente a la relaciones con terceros.

Es en base a ello que establece un proceso muy cuidadoso para el reparto de utilidades dentro de un ejercicio en los arts. 150 a 178, donde por ejemplo, a tales efectos el órgano directivo debe presentar una recomendación respecto al destino de los resultados del ejercicio al Consejo de Vigilancia quien, a su vez, deberá aprobarlo para luego pasar a ser considerado por la Junta general ordinaria.

Si bien la misma ha recibido numerosas modificaciones para fomentar la economía alemana mediante la relajación de ciertos requisitos para las pequeñas empresas y mediante una regulación adecuada a la actividad de las sociedades que cotizan en Bolsa (reformas del 02.08.1994, del 27.04.1998, del 20.12.2001 y del 19.07.2002, entre otras).[97]

Pero aún más precisa al tema en cuestión es la ley de las "GmbHG" (gesellschaft mit beschränkter haftung -sociedad de responsabilidad limitada-), donde en su art. 31 prevé específicamente la devolución de los pagos recibidos por socios que no fueran de buena fe, siempre que no se hubieran respetado las normas que aseguran la integridad del capital social (art. 30 de aquella normativa), pudiendo ser atacadas en un plazo de 5 años desde que se produjo el acto.

Estas normas trasladadas al acto de distribución de dividendos permiten atacar el acto por diferentes flancos. Ante todo, las 4 apartados de la normativa concursal

alemana toma como presupuestos principales para la procedencia de estas acciones el perjuicio para la masa de acreedores y la situación de insolvencia de la fallida. Asimismo, prolonga los plazos de los actos sospechosos cuando se acredite conocimiento del estado de liquidez por parte del tercero contratante o que el mismo sea una personal especialmente relacionada con aquel.

Considero que enmarcar el acto de distribución de dividendos dentro de los actos que pueden ser observables en un plazo de 10 años no es adecuado para el sistema alemán. No solamente por la rigurosidad que fija la ley societaria para aprobar un reparto de utilidades sino también por la convicción con la que he desarrollado el asunto en cuanto a que nos encontramos ante uno de los derechos económicos fundamentales de los sujetos que realizan aportes a una sociedad para el desarrollo de una actividad económica.

Desechada la aplicación de la sección 133 apartado (i), entiendo que la norma que más se adapta a la hipótesis bajo análisis es la prevista en la sección 131 respecto de las denominada cobertura incongruente con la salvedad de que el mismo puede revisar hasta un determinado plazo razonable y no en forma indeterminada poniendo en vilo todas las decisiones adoptadas en las juntas generales a lo largo de la vida de la empresa. Dicha norma establece como presupuesto el estado de iliquidez por parte del deudor en la fecha de la transacción y el conocimiento del acreedor respecto a aquel estado.

Finalmente, las consecuencias de las mencionadas impugnaciones son que los bienes y/o derechos que salieron de la esfera patrimonial del deudor concursado por la celebración de estos actos de disposición serán restituidos a la masa concursal incluyendo los intereses desde la apertura del concurso y las acciones contra los mencionados actos prescriben a los dos (2) años de iniciado el procedimiento concursal.

5.6. Brasil.

La Ley de Recuperación Judicial y Extrajudicial y Quiebra del Empresario y de la Sociedad Empresaria del año 2005 establece en sus arts. 129° al 138° la ineficacia y revocación de los actos de disposición celebrados por el deudor concursado anterior a su entrada en insolvencia, así podemos apreciar tal como lo describe el título de la norma brasileña que la recomposición patrimonial opera sobre dos aspectos, la ineficacia y revocatoria.

El art. 129 contiene aquellos actos que pueden ser revocados por el solo hecho de verificarse, a pesar que el adquirente no hubiese tenido conocimiento del estado falencial del deudor ni la intención de defraudar a los acreedores, es decir, la ineficacia opera respecto de actos que de manera objetiva. Así podemos encontrar: (i) el pago de deudas no exigibles realizadas dentro del período de sospecha; (ii) pago de deudas exigibles realizada en el término legal antes previsto, en cuanto no fuera previsto en el contrato; (iii) la constitución de garantía real o de retención respecto de deudas anteriores dentro del mencionado período, y la constitución de hipotecas posteriores en cuyo caso la masa recibe lo que debía corresponder al acreedor de la hipoteca revocada.

Asimismo, existen otros actos ineficaces fuera del período de sospecha tales como: (i) los actos a título gratuito celebrados dentro de los dos (2) años anteriores a la declaración de quiebra; (ii) la renuncia a la herencia o legado dentro del mismo

período; (iii) la transferencia del establecimiento sin consentimiento expreso o pago de todos los acreedores, sin que resten remanentes para solventar el pasivo, salvo que dentro de los treinta (30) días no hubiera habido oposición de acreedores debidamente notificados.

En todos estos casos, la demanda de ineficacia podrá ser interpuesta de oficio por la autoridad jurisdiccional.

Por otro lado, la revocatoria corresponde sobre cualquier acto de disposición celebrado por el insolvente y requiere: la intención de perjudicar, prueba de la complicidad fraudulenta con el adquirente y el efectivo perjuicio sobre la masa activa del concursado. Esta acción podrá ser impulsada por el administrador judicial, los acreedores o el Ministerio Público dentro de los tres (3) años desde la declaración de quiebra y se interpone contra los sujetos intervinientes en la celebración del acto, fueran adquirentes garantizados o beneficiados por el mismo, y terceros que hubieren tenido conocimiento en su origen la intención del concursado de generar el perjuicio a los acreedores, sus herederos o legatarios.

Al igual que en nuestro sistema, podemos considerar que en el derecho brasilero el reparto de utilidades puede ser atacado por la norma del art. 129 en relación a aquellos dividendos que hubiesen sido percibidos antes de su vencimiento de conformidad al plazo previsto por la junta de accionistas. Por otro lado, y en relación a la rescisión del acto de distribución de dividendos propiamente dicho, podrá ser atacado por el art. 130 y sigs. en la medida que pueda acreditarse la intención fraudulenta de la sociedad y los accionistas junto con el perjuicio que dicha decisión pueda causar a los acreedores de la masa.

La sentencia de revocatoria determina el recupero de los bienes y/o derechos del concursado a la masa concursal de los activos en especie, accesorios o el valor de mercado con daños y perjuicios, retornando a su estado anterior; así como el adquirente de buena fe tiene derecho a la restitución de lo que hubiere entregado al insolvente en bienes y derechos.

VI. Aportes finales y conclusiones [arriba]

El examen de referencia en torno a la intromisión del derecho concursal sobre el desenvolvimiento de los entes societarios, y en particular, sobre el reparto de utilidades ha logrado el objetivo de dilucidar con precisión cuales son los recaudos específicos que deben verificarse para que tal intervención puede prosperar o no.

Asimismo, se ha indicado cuáles son los alcances de ley sobre los accionistas/directores de adoptar una u otra conducta en dicho escenario, puesto que se encuentra en jaque nada menos que el derecho al dividendo, prerrogativa económica por excelencia de la estructura societaria.

Evaluar la configuración de estos requisitos es trascendental, más aún cuando la decisión social sobre el reparto del resultado del ejercicio no ha sido cuestionada por los sujetos legitimados a tales fines en el plazo de ley, encontrándose la misma firme y consentida en los términos de la LGS.

Genera aires de incertidumbre a los sujetos otorgantes del acto y a terceros interesados que, pasado aquel plazo de 3 meses (art. 251 LGS), consolidado el acto

y percibidos sus beneficios, aún exista la posibilidad de interponer acciones para dejarlo efecto en el marco falencial.

Dichas acciones tienen un solo objetivo y es: subsanar el perjuicio generado a la masa de acreedores mediante la declaración de inoponibilidad del acto en protección de aquel interés.

De esta forma, el derecho concursal se inmiscuye en el derecho societario hasta aquel límite, buscando satisfacer los créditos de los terceros que se han visto perjudicado por la situación de impotencia de una sociedad en quiebra.

Del análisis que se ha efectuado en cuanto a la procedencia o no de las acciones de recomposición patrimonial sobre la distribución de utilidades, nos permite tomar dimensión de las prerrogativas que le asisten a los socios, como deben ser ejercidas en forma responsable, sus alcances y las limitaciones de la actuación de cada uno de los sujetos que intervienen en el proceso de adopción de aquella decisión dentro del sistema orgánico societario, como así también en el marco falencial.

Todo ello, con el objeto de dotar seguridad jurídica a los actos que marcan el desenvolvimiento de las empresas, como así también a los fines de un desarrollo sano de la economía, tanto para el fomento de los emprendimientos comerciales mediante la estructura jurídica de sociedades comerciales y el desarrollo de sus actividades que mueven el engranaje de nuestro sistema económico, social y cultural.

Como he adelantado, una de las cuestiones que han sido disparador del presente es la inestabilidad que puede arrojar para los socios de empresas que deciden distribuir las ganancias de un ejercicio cumpliendo con todos los requisitos legales para que la decisión sea tomada en debida forma y, por situaciones de insolvencia posteriores, dicho acto podría correr peligro de ser declarado inoponible si es alcanzado por el período de sospecha.

En base a ello, es que se han identificado las situaciones en que la acción podría prosperar o no, teniendo en cuenta las particularidades de cada caso, tanto en relación a los socios como para los administradores, así como también para los sujetos legitimados para interponerla y decidir si embarcarse en el ejercicio de una acción revocatoria, o extender responsabilidades al socio o a la administración.

En resumidas cuentas:

* El acto de distribución de dividendos constituye un derecho económico fundamental para los socios que recurren a la estructura societaria que permite el fomento y desarrollo de las actividades comerciales.

* Las ganancias de cada ejercicio se erige como una expectativa económica válida para los accionistas de las sociedades en la medida que se respeten los límites del interés social.

* El derecho al dividendo es una prerrogativa que cuenta con protección en nuestra legislación, art. 66 inc. 3 LGS y normas de la CNV, como así también en otras legislaciones como hemos expuesto.

* La distribución de dividendos debe tener un doble carácter para sostener su validez: (i) respetar los recaudos legales para su debida aprobación, es decir, que se trate de ganancias realizadas y líquidas correspondientes a un balance de ejercicio regularmente confeccionado y que sea aprobada a través de los mecanismos y órganos que fija la LGS; (ii) la decisión debe ser razonable teniendo en cuenta las circunstancias especiales que garantizan su normal desenvolvimiento y sustentabilidad de la empresa, evitando arbitrariedades y abuso en la decisión.

* Que verificado el acto de distribución de utilidades en ejercicios sociales anteriores de una empresa que cae en quiebra, al ser un acto de disposición patrimonial, el mismo queda comprendido dentro de los actos que pueden ser revisables por las acciones de recomposición patrimonial previstas por la LCQ.

* Este acto puede ser revisable y declarado inoponible a la masa en base al art. 119 de la LCQ si fuera celebrado en el período de sospecha, sea perjudicial por no cumplimentar las normas y procedimientos legalmente establecidos por la normativa societaria o cuando el mismo responda a un criterio arbitrario o abusivo, en la medida que se logre acreditar que el accionista tenía conocimiento o la posibilidad de conocer el estado de cesación de pagos de la empresa.

* En tanto, el art. 118 LCQ podría ser aplicado, no al acto puntual donde se decide repartir utilidades de un ejercicio, sino en el caso en que existan adelantos injustificados de los dividendos pendientes de pago cuyo plazo de efectivización haya sido diferido y se haya efectuado dentro del período de sospecha.

* Se ha dilucidado que la cognosibilidad del socio respecto del estado de cesación de pagos no se presume pero es de sencilla acreditación atento los medios que brinda la LGS a los accionistas para hacerse de información respecto a la marcha de los negocios de la sociedad. Sin perjuicio de ello, se han indicado una serie de supuestos en virtud de los cuales dicha cognosibilidad no puede tenerse por acreditada y, por ende, exime a los accionistas como sujetos pasibles de una sentencia condenatoria (desmanejos de la administración por parte de directores, ocultamiento de información o suministro parcial de la misma, socio ausente) o que acreditada, el socio ha tenido una conducta velando por el interés social (socio que vota por la negativa y renuncia a la percepción del beneficio).

* Como se ha expuesto, existen otras acciones de recomposición patrimonial que podrían ser aplicadas pero su análisis las hace menos atractivas que la acción revocatoria concursal. Así se ha visto que la aplicación analógica del art. 149 LCQ no es adecuada atento que regula un supuesto puntual del derecho societario, y la extensión de quiebra prevista en el art. 161 LCQ requiere la acreditación de una amplia gama de requisitos para que prospere, a lo que se suma el carácter restrictivo para su procedencia por la gravedad de la sanción.

* En caso de verificarse la hipótesis planteada, puede interponerse una acción de responsabilidad contra los miembros del órgano de administración de la concursada en los términos del art. 173 LCQ en forma paralela a la acción revocatoria concursal.

* En el escenario de condena de una acción de revocatoria concursal respecto al acto de reparto de dividendos, la misma consiste en la devolución de las sumas percibidas por los accionistas beneficiados más los intereses correspondientes.

Por último, entiendo una pertinente realizar un aporte desde el punto de vista normativo, tendiente a acoplar la ley concursal con la societaria respecto al asunto mediante una recepción legislativa pertinente.

La misma debe consistir en una mayor coordinación entre el derecho de los socios a participar de los beneficios que son generados por la sociedad con el objeto de mantener una empresa robusta en términos patrimoniales para evitar situaciones oportunistas. Junto con ello, establecer mecanismos en materia concursal (acciones de recomposición patrimonial) que permiten fácilmente advertir aquellas conductas de los socios que sean pasibles de sufrir las sanciones rescisorias y así revertir escenarios de despatrimonialización de la sociedad vía reparto de dividendos en detrimento de los acreedores.

Para esto resulta interesante lo estudiado de la legislación alemana para las GmbHG (sociedad de responsabilidad limitada germana) la cual exige para los repartos de dividendos mantener la integridad del capital social bajo apercibimiento de exigir su devolución. Parámetro similar fija la “Insolvency Act” inglesa al fijar el “balance test” como manera de determinar la insolvencia de una empresa (art. 123, punto 2 de la IA). En esta inteligencia también podemos ver la figura de la “equity insolvency test” prevista en la normativa societaria americana que alude a la imposibilidad de repartir dividendos en aquellos casos en que, luego de efectuada la distribución, la compañía carezca de la solvencia y liquidez necesaria para satisfacer las obligaciones en que incurra en razón del giro ordinario de sus negocios.

De esta forma podríamos contar con un mecanismo más precisos y efectivos que las acciones de recomposición patrimonial, que a su vez protege a los socios de buena fe.

Sería sano prever algo similar en nuestro derecho en protección de la solvencia del patrimonio social de la empresa, y no específicamente en relación al capital social. De esta manera podrían fijarse una serie de ratios o índices de solvencia o liquidez básicos exigidos por la ley que deberían respetar los balances a los fines de considerar que existen condiciones adecuadas de repartir los resultados positivos de un ejercicio sin comprometer las expectativas futuras del desenvolvimiento de la sociedad.

Asimismo, desde la normativa concursal es interesante la distinción que existe respecto a aquellos actos en que los beneficiarios sean “sujetos especialmente vinculados con la empresa” como lo reflejan las legislaciones inglesa, estadounidense y alemana.

Creo conveniente adoptar este elemento y fijar una normativa específica para esta clase de actos, no solamente respecto del reparto de utilidades, sino cualquier forma de adjudicación de beneficios en favor de los accionistas y directores de las empresas fallidas.

De esta forma, contando con otro parámetro objetivo que brinde la ley de sociedades en base al cual puede entenderse “razonable” la decisión de repartir dividendos de un ejercicio basado en estados contables que superen un test de solvencia base fijado por la norma, será más sencillo advertir su legalidad o no ante un escenario falencial posterior.

Junto con ello una norma concursal que establezca una presunción de conocimiento respecto de la perjudicialidad y cognosibilidad del acto cuando los destinatarios de los beneficios sean “sujetos especialmente vinculados con la empresa, principalmente, accionistas y administradores” si no se han respetado las normas recién mencionadas que debería prever la ley societaria para hacerse de aquellos frutos.

De esta manera tendremos la posibilidad de contar con normativa clara y rigurosa para los sujetos que pretendan resguardar sus intereses individuales por sobre los de los acreedores de la empresa cuando esta se encuentre naufragando en períodos de cesación de pagos.

Será un desafío encontrar las mejores adecuaciones en nuestro sistema legislativo argentino teniendo en cuenta todos los intereses en juego y evitando que se vulneren derechos o expectativas básicas de los sujetos de derecho involucrados.

Bibliografía [arriba]

- Junyent Bas, Francisco y Molina Sandoval, Carlos. Sistema de Ineficacia Concursal. La retroacción de la quiebra. Ed. Rubinzal - Culzoni. Año 2002.
- Halperin, Isaac. Manual de las Sociedades Anónimas. Ed. Depalma, Buenos Aires 1964.
- Chindemi, Marcela H. “Régimen de utilidades en las sociedades anónimas.” Ed. Ad-Hoc. Año 2004.
- Maffía, Osvaldo J. “Para un borrador sobre ineficacia concursal. Parte I, en L.L. 1987-C-979.
- Heredia, Pablo. Tratado Exegético de Derecho Concursal. Año 2000. Ed. Abaco.
- Molina Sandoval, Carlos A. Principios Básicos del régimen de distribución de utilidades. JA 2004-IV-987.
- Duprat, Diego A. Distribución de dividendos. Órgano competente. Principio de libertad de aplicación de los resultados sociales. Límites y Restricciones. RDCO 246-A-1.
- Rodríguez de la Puente, Luis. “Dividendos anticipados. Legitimidad (responsabilidad de accionistas y administradores). JA 1997-IV-737.
- Vivante, Cesare. Trattato di dirittocommerciale”. Vol II, Milán, 1906, pág. 383, n. 571.
- Sasot Betes, Miguel A. y Sasot, Miguel E. Sociedades Anónimas. Dividendos. 1985, Ed. Abaco. págs. 13/14; Richard, Efrain H. Derechos patrimoniales de accionistas. Ed. Lerner. 1970.

- Halperin, Isaac. Curso de derecho comercial. Vol. I, Depalma, Buenos Aires, 1972.
- CSJN. Fallos 304:586.
- CSJN fallo T° 272:1968.
- Miguel A. Sasot Betes y Miguel P. Sasot - Sociedades Anónimas - Los Dividendos, edit. Ábaco - Buenos Aires 1985.
- CCCap., 19/10/1934, JA, t. 48.
- CNCom, sala B, 13/03/1957, LL t. 87, pág. 454.
- Roitman, Horacio; Ley de Sociedades Comerciales: comentada y anotada, Tomo III; La Ley; Buenos Aires.
- Autos: “Ricagno y Ripol, María Teresa c. Murray...” 23.06.89; LD Textos.
- Fernández, R. Fundamentos de la quiebra. Compañía impresora Argentina, Buenos Aires, 1937.
- Porcelli, Luis A. “Acción de revocatoria pauliana en la ley 24.522 y su prescripción liberatoria”, RDCO 1997-503.
- Miguens, Héctor José. El concepto de “estado de cesación de pagos” en el derecho concursal argentino. <https://riu.ustral.edu.ar/elc/onceptodecesaciondepagos>.
- Fernández, Raymundo. Fundamentos de la quiebra. Buenos Aires 1932. Ed. Compañía impresora Argentina SA.
- Japiot, Rene. “Des nullités en matière d’actes juridiques”, Ed. Arthur Rousseau, París, 1909.
- Cámara, Héctor. El concurso preventivo y la quiebra. Ed. Abeledo Perrot. T. III, pág. 2137.
- Junyent Bas F. y Alija, María Florencia. “Aspectos sustantivos y procesales de la acción revocatoria concursal. La acreditación del perjuicio y del conocimiento del tercero”. RDCO 2007-b-1. Pág. 3132.
- “Lew, Zalmon v. Pérez, Andrea N.” C. Nac. Com. sala A, 24/11/2008. RDCO 2009-B-463.
- Junyent Bas, F. y Molina Sandoval, C., Ley Concursos y Quiebras Comentada, T II, págs. 250 y 251.
- Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital. Publicado en: «BOE» núm. 161, de 03/07/2010. Entrada en vigor: 01/09/2010. Departamento: Ministerio de la

Presidencia. Referencia: BOE-A-2010-10544. Permalink ELI: <https://www.boe.es/eli/es /rdlg/2010 /07/02/ 1/con;>

- Ley General de Sociedades de Perú (Ley N° 26887).

- Anses c/ EMDERSA SA s/ ordinario". Sala D de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo comercial. 29/10/2010.

- Partes: Mihura Luis c/ Mandataria Rural S.A. s/ sumario. Tribunal: Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial. Fecha: 23-dic-1979.

- Partes: Cogorno María Elena c/ Junarsa S.A. y otros s/ sociedades. Tribunal: Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Junín. Fecha: 2-feb-2017. Cita: MJ-JU-M-102973-AR | MJJ102973 | MJJ102973.

- RECIO, Juan Ignacio, "Criterios para evaluar la razonabilidad de las reservas facultativas", XI Congreso Argentino de Derecho Societario, VII Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa, Fundación para la Investigación y Desarrollo de las Ciencias Jurídicas, t. III, octubre 2010, págs. 411-420.

- Pablo A. VAN THIENEN e Iván G. DI CHIAZZA Reservas vs dividendos. ¿Cuál es el test de razonabilidad?. (Análisis de los artículos 66.3 y 70 de la LGS). Cedef, Law and finance.

- ZALDÍVAR, "Filosofía y principios de nuestra Ley de Sociedades Comerciales", LL 1975-D-558.

- ETCHEVERRY, "Contraposición de intereses en la dirección de la S. A.", RDCO, 1984-443; COHEN DE ROIMISER, El interés social, pág. 52.

CNCom. Sala E, 23-6-95, "N.L. SA c/Bull Argentina SA y otro", LL 1996-D-408; D.J. 1996-2-716.

- Mónica G. C. de Roimiser - El interés social en la Sociedad Anónima - edit. Depalma, 1979 Buenos Aires. Pág. 97.

- Lorenzetti, Ricardo. Código Civil y Comercial de la Nación. Comentado. Tomo I. Ed. Rubinzal - Culzoni. Año 2015. Pág. 35.

- Bobbio, Norberto, Teoría general del derecho, España, Debate, 1998.

- Vítolo, Daniel Roque - Sociedades Comerciales - Ley 19.550 comentada. Edit. Rubinzal Culzoni - Santa Fe 2008 - Tomo IV - pág. 807.

- Tribunal Supremo - Sala Primera de lo Civil de Madrid, España. Resolución N° 428/2014 del 24 de julio del 2014.

- Tribunal Supremo - Sala Primera de lo Civil de Madrid, España. Resolución N° 631/2014 del 1 de noviembre del 2014.

- Portale, G. y Costa, C., "Capitale sociale e società per azione sottocapitalizzate: le nuove tendenze nei paesi europei", AA.VV., Il diritto delle società per azione: problema, esperienze, progetti, Abadessa y Rojo (dirs.). Giuffrè, Milano, 1993, pág. 165, cit. Por Mendez, J., Las responsabilidades emergentes de la sociedad infracapitalizada, ED, t. 205.

- C. Civ. Com. Rosario, Sala 1°, 11/10/1994, ED 165-410.

- Tribunal Supremo - Sala Primera de lo Civil de Madrid, España. Resolución N° 631/2014 del 1 de noviembre del 2014.

- Moro, Carlos E. Ley de Concursos. Comentada, anotada y concordada. Tomo III. Arts. 160 a 297. Editorial Ad-Hoc. Año 2007.

- Rivera-Roitman-Vítolo. Ley de concursos y quiebras. Tercera Edición Actualizada. Tomo III. Ed. Rubinzal - Culzoni.

- CCCom. De Rosario, sala IV, 13-10-96. "Sosa, Ramón T. Construcciones SRL s/ Quiebra", LL Litoral 1998-885.

- Cám.Civ.Com. Rosario, Sala I, 16/6/2000, "Calden S.A.", voto del Dr.Rouillón, en LLLitoral 2001-153, con nota de Jozami, C., Confusión patrimonial inescindible como causal de extensión de quiebra.

- Miguens, Héctor José. Extensión de la quiebra y responsabilidad en los grupos de sociedades. Ed. Lexis Nexis. 2006.

- Rouillón, Adolfo A.N. - Régimen de Concursos y Quiebras Ley 24.522, edit. Astrea, 17 edic. actualizada y ampliada, 1ra. Reimpresión.

- Romano, Alberto A. - Las Acciones de Responsabilidad contra los Directores frente a los Regímenes Concursal y Societario - Adolfo A.N. Rouillón (director) - edit. La Ley - DYE nro. 12/13, publicación del departamento de derecho de la Facultad de Ciencias Empresariales - Universidad Austral - Avellaneda, Provincia de Buenos Aires - 2004.

-Rivera, J. C., "Instituciones de Derecho Concursal". Tomo II. Ed. Rubinzal - Culzoni Editores. Pág. 325.

- ALLOCCO MARIANA Y OTS. C/ ALLOCCO S.A. S/ QUIEBRA - INCIDENTE DE FECHA CESACIÓN PAGOS", Expte. Nro. 21-00808051-5. Juzgado de primera instancia de Distrito Civil y Comercial de la 2° Nominación de Rosario. Res. N° 402 de fecha 18.03.2015.

- "ALLOCCO SA Y OTROS C/ ALLOCCO MARIANA CARLA Y OTROS S/ RECURSO DE REVISION POR DOLO", EXPTE. NRO. 852/2014, CUIJ 21-00808243-7. Juzgado de primera instancia de Distrito Civil y Comercial de la 2° Nominación de Rosario. Res. N° 1672 del 07/07/2017.

- Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital. Arts. 273 y 278.

- Tribunal Supremo - Sala Primera de lo Civil de Madrid, España. Resolución N° 631/2014 del 1 de noviembre del 2014.
- Tribunal Supremo - Sala Primera de lo Civil de Madrid, España. Resolución N° 199/2015 del 17 de abril de 2015.
- León Sanz, Francisco José. La Recisión de las operaciones societarias. IV Congreso Español de la insolvencia. Ed. Thomson Reuters. Año 2012.
- Moralejo, Ignacio. Rescisión concursal y acuerdos de distribución de beneficios. IV Congreso Español de la insolvencia. Ed. Thomson Reuters. Año 2012.
- Sint-Alary-Houin, C: “Droit des entreprises en difficulté”, Montchrestien, Coll. Domat. 7° ed., 2011, n° 1057.
- Picod, Nathalie. Las acciones revocatorias en el derecho concursal francés. IV Congreso Español de la insolvencia. Ed. Thomson Reuters. Año 2012.
- Sentencia de la sala comercial de la Cour de cassation del 08.10.1996, JCP G 1997, 16.
- Parry, R (dir). Transaction Avoidance in Insolvencies. Hardback, 2nd. Edition, 2011.
- Reyes Villamizar, Francisco. Derecho Societario en Estados Unidos. Introducción comparada. Tercera Edición, 2006. Ed. Legis.
- BAIRD, Douglas (2010). Elements of Bankruptcy. Fifth Edition. Foundation Press. New York.
- Howell, Rate A. Business Law, Third Alternate Edition, Chicago, The Dryden Press. 1986.
- Levasseur, Alain. Le contract en droit American, Paris. Ed. Dalloz, 2004.
- Clark, Robert Charles. Corporate Law, Boston, Little, Brown and Company, 1986.
- “The relevant period in which transactions and payments are voidable particularly depends on the underlying motivation of the parties involved and the value of the contingent consideration”. ALETH, Franz y DERKSEN, Nils (2015). “Germany”. En: Getting The Deal Through Restructuring & Insolvency. Law Business Research.
- Embid Irujo, Jose Miguel. Ley alemanda de sociedades anónimas. El Marcial Pons. Año 2010.

** Trabajo final para optar al título de Magíster en Derecho Empresario de la Facultad de Derecho de la Universidad Austral.*

Director: Dr. Daniel Alonso- Tribunal: Ignacio Strasser, Pablo Anderson y Ariel Dasso- Nota: 9 Año: 2019.

- [1] Junyent Bas, Francisco y Molina Sandoval, Carlos. Sistema de Ineficacia Concursal. La retroacción de la quiebra. Ed. Rubinzal - Culzoni. Año 2002. Pág. 38.
- [2] Halperin, Isaac. Manual de las Sociedades Anónimas. Ed. Depalma, Buenos Aires 1964. Págs. 7 y 8.
- [3] Halperin, Isaac. Manual de las Sociedades Anónimas. Ed. Depalma, Buenos Aires 1964. Págs. 8 y 9.
- [4] Chindemi, Marcela H. "Régimen de utilidades en las sociedades anónimas." Ed. Ad-Hoc. Año 2004. Pág. 149.
- [5] Maffía, Osvaldo J. "Para un borrador sobre ineficacia concursal. Parte I, en L.L. 1987-C-979.
- [6] Heredia, Pablo. Tratado Exegético de Derecho Concursal. Año 2000. Ed. Abaco. Tomo III. Pág. 118.
- [7] Heredia, Pablo. Tratado Exegético de Derecho Concursal. Año 2000. Ed. Abaco. Tomo III. Págs. 118 y 119, ref. Malagarriga, C. Código de Comercio Comentado, Lajouane, Buenos Aires 1925, t. IX, pág. 310.
- [8] Molina Sandoval, Carlos A. Principios Básicos del régimen de distribución de utilidades. JA 2004-IV-987.
- [9] Duprat, Diego A. Distribución de dividendos. Órgano competente. Principio de libertad de aplicación de los resultados sociales. Límites y Restricciones. RDCO 246-A-1.
- [10] <http://dle.rae.es/?id=E0vV8gm>
- [11] Duprat, Diego A. Distribución de dividendos. Órgano competente. Principio de libertad de aplicación de los resultados sociales. Límites y Restricciones. RDCO 246-A-1.
- [12] Rodríguez de la Puente, Luis. "Dividendos anticipados. Legitimidad (responsabilidad de accionistas y administradores)". JA 1997-IV-737.
- [13] Vivante, Cesare. Trattato di diritto commerciale". Vol II, Milán, 1906, pág. 383, n. 571.
- [14] Sasot Betes, Miguel A. y Sasot, Miguel E. Sociedades Anónimas. Dividendos. 1985, Ed. Abaco. págs. 13/14; Richard, Efraim H. Derechos patrimoniales de accionistas. Ed. Lerner. 1970, pág. 132.
- [15] Halperin, Isaac. Curso de derecho comercial. Vol. I, Depalma, Buenos Aires, 1972, pág. 259.
- [16] CSJN. Fallos 304:586.
- [17] CSJN fallo T° 272:1968.
- [18] Miguel A. Sasot Betes y Miguel P. Sasot - Sociedades Anónimas - Los Dividendos, edit. Ábaco - Buenos Aires 1985. Pág. 204.
- [19] CCCap., 19/10/1934, JA, t. 48.
- [20] CNCom, sala B, 13/03/1957, LL t. 87, pág. 454.
- [21] Roitman, Horacio; Ley de Sociedades Comerciales: comentada y anotada, Tomo III; La Ley; Buenos Aires.
- [22] Autos: "Ricagno y Ripol, María Teresa c. Murray..." 23.06.89; LD Textos.
- [23] Junyent Bas, Francisco - Molina Sandoval, Carlos A. Sistema de ineficacia concursal. La retroacción en la quiebra. Ed. Rubinzal - Culzoni. Año 2002. Pág. 44.
- [24] Fernández, R. Fundamentos de la quiebra. Compañía impresora Argentina, Buenos Aires, 1937, pág. 916, n° 437.
- [25] Heredia, Pablo. Tratado Exegético de Derecho Concursal. Año 2000. Ed. Abaco. Tomo III. Pág. 85.
- [26] Porcelli, Luis A. "Acción de revocatoria pauliana en la ley 24.522 y su

prescripción liberatoria”, RDCO 1997-503.

[27] Miguens, Héctor José. El concepto de “estado de cesación de pagos” en el derecho concursal argentino.

<https://riu.austral.edu.ar/elconceptodecesaciondepagos>.

[28] Fernández, Raymundo. Fundamentos de la quiebra. Buenos Aires 1932. Ed. Compañía impresora Argentina SA. Pág. 319.

[29] Heredia, Pablo. Tratado Exegético de Derecho Concursal. Ley 24.522 y modificatorias. Comentada, anotada y concordada.. Tomo 1. Pág. 212. Ed. Ábaco. Año 2002.

[30] Heredia, Pablo. Tratado Exegético de Derecho Concursal. Año 2000. Ed. Abaco. Tomo III. Pág. 123.

[31] Japiot, Rene. “Des nullités en matière d’actes juridiques”, Ed. Arthur Rousseau, Pasis, 1909.

[32] Junyent Bas, Francisco y Molina Sandoval, Carlos A. “Sistema de ineficacia concursal. La reotracción en la quiebra”. Ed. Rubinzal - Culzoni. Año 2002, pág. 165.

[33] Cámara, Héctor. El concurso preventivo y la quiebra. Ed. Abeledo Perrot. T. III, pág. 2137.

[34] Heredia, Pablo. Tratado Exegético de Derecho Concursal. Año 2000. Ed. Abaco. Tomo III. Págs. 168 y 169.

[35] Junyent Bas F. y Alija, María Florencia. “Aspectos sustantivos y procesales de la acción revocatoria concursal. La acreditación del perjuicio y del conocimiento del tercero”. RDCO 2007-b-1. Pág. 3132.

[36] Heredia, Pablo. Tratado Exegético de Derecho Concursal. Año 2000. Ed. Abaco. Tomo III. Pág. 247.

[37] Heredia, Pablo. Tratado Exegético de Derecho Concursal. Año 2000. Ed. Abaco. Tomo III. Pág. 266.

[38] “Lew, Zalmon v. Pérez, Andrea N.” C. Nac. Com. sala A, 24/11/2008. RDCO 2009-B-463.

[39] Heredia, Pablo. Tratado Exegético de Derecho Concursal. Año 2000. Ed. Abaco. Tomo III. Págs. 416 a 419.

[40] Junyent Bas, F. y Molina Sandoval, C., Ley Concursos y Quiebras Comentada, T II, págs. 250 y 251.

[41] Heredia, Pablo. Tratado Exegético de Derecho Concursal. Año 2000. Ed. Abaco. Tomo III. Págs. 130 a 135.

[42] Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital. Publicado en: «BOE» núm. 161, de 03/07/2010. Entrada en vigor: 01/09/2010. Departamento: Ministerio de la Presidencia. Referencia: BOE-A-2010-10544. Permalink ELI:

<https://www.boe.es/eli/es/rdlg/2010/07/02/1/con>

[43] Ley General de Sociedades de Perú (Ley N° 26.887). Artículo 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 deducido 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 solo 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.

[44] “Anses c/ EMDERSA SA s/ ordinario”. Sala D de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo comercial. 29/10/2010.

[45] Partes: Mihura Luis c/ Mandataria Rural S.A. s/ sumario. Tribunal: Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial. Fecha: 23-dic-1979.

[46] Partes: Cogorno María Elena c/ Junarsa S.A. y otros s/ sociedades. Tribunal:

Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Junín. Fecha: 2-feb-2017. Cita: MJ-JU-M-102973-AR | MJJ102973 | MJJ102973.

[47] RECIO, Juan Ignacio, "Criterios para evaluar la razonabilidad de las reservas facultativas", XI Congreso Argentino de Derecho Societario, VII Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa, Fundación para la Investigación y Desarrollo de las Ciencias Jurídicas, t. III, octubre 2010, págs. 411-420.

[48] Pablo A. VAN THIENEN e Iván G. DI CHIAZZA Reservas vs dividendos. ¿Cuál es el test de razonabilidad?. (Análisis de los artículos 66.3 y 70 de la LGS). Cedef, Law and finance.

[49] ZALDÍVAR, "Filosofía y principios de nuestra Ley de Sociedades Comerciales", LL 1975-D-558.

[50] ETCHEVERRY, "Contraposición de intereses en la dirección de la S. A.", RDCO, 1984-443; COHEN DE ROIMISER, El interés social, pág. 52.

[51] CNCom. Sala E, 23-6-95, "N.L. SA c/Bull Argentina SA y otro", LL 1996-D-408; D.J. 1996-2-716.

[52] Mónica G. C. de Roimiser - El interés social en la Sociedad Anónima - edit. Depalma, 1979 Buenos Aires. Pág. 97.

[53] Lorenzetti, Ricardo. Código Civil y Comercial de la Nación. Comentado. Tomo I. Ed. Rubinzal - Culzoni. Año 2015. Pág. 35.

[54] Bobbio, Norberto, Teoría general del derecho, España, Debate, 1998.

[55] Vítolo, Daniel Roque - Sociedades Comerciales - Ley 19.550 comentada. Edit. Rubinzal Culzoni - Santa Fe 2008 - Tomo IV - pág. 807.

[56] Tribunal Supremo - Sala Primera de lo Civil de Madrid, España. Resolución N° 428/2014 del 24 de julio del 2014.

[57] Tribunal Supremo - Sala Primera de lo Civil de Madrid, España. Resolución N° 631/2014 del 1 de noviembre del 2014.

[58] Portale, G. y Costa, C., "Capitale sociale e società per azione sottocapitalizzate: le nuove tendenze nei paesi europei", AA.VV., Il diritto delle società per azione: problema, esperenze, progetti, Abadessa y Rojo (dirs.). Giuffrè, Milano, 1993, pág. 165, cit. Por Mendez, J., Las responsabilidades emergentes de la sociedad infracapitalizada, ED, t. 205, pág. 818.

[59] Junyent Bas F. y Alija, María Florencia. "Aspectos sustantivos y procesales de la acción revocatoria concursal. La acreditación del perjuicio y del conocimiento del tercero". RDCO 2007-b-1. Pág. 3144.

[60] Heredia, Pablo. Tratado Exegético de Derecho Concursal. Año 2000. Ed. Abaco. Tomo III. Pág. 85.

[61] Junyent Bas F. y Alija, María Florencia. "Aspectos sustantivos y procesales de la acción revocatoria concursal. La acreditación del perjuicio y del conocimiento del tercero". RDCO 2007-b-1. Pág. 3151.

[62] Heredia, Pablo. Tratado Exegético de Derecho Concursal. Año 2000. Ed. Abaco. Tomo III. Págs. 307 y 308.

[63] Junyent Bas F. y Alija, María Florencia. "Aspectos sustantivos y procesales de la acción revocatoria concursal. La acreditación del perjuicio y del conocimiento del tercero". RDCO 2007-b-1. Pág. 3152.

[64] C. Civ. Com. Rosario, Sala 1°, 11/10/1994, ED 165-410.

[65] Heredia, Pablo. Tratado Exegético de Derecho Concursal. Año 2000. Ed. Abaco. Tomo III. Pág. 273.

[66] Heredia, Pablo. Tratado Exegético de Derecho Concursal. Año 2000. Ed. Abaco. Tomo III. Pág. 481.

[67] Tribunal Supremo - Sala Primera de lo Civil de Madrid, España. Resolución N° 631/2014 del 1 de noviembre del 2014.

[68] Junyent Bas, Francisco y Molina Sandoval, Carlos. Ley de concursos y quiebras. Comentada. Ed. Lexis Nexis. Depalma. Año 2003. Pág. 296.

- [69] Moro, Carlos E. Ley de Concursos. Comentada, anotada y concordada. Tomo III. Arts. 160 a 297. Editorial Ad-Hoc. Año 2007. Pág. 1894.
- [70] Rivera-Roitman-Vítolo. Ley de concursos y quiebras. Tercera Edición Actualizada. Tomo III. Ed. Rubinzal - Culzoni. Pág. 37.
- [71] CCom. De Rosario, sala IV, 13-10-96. "Sosa, Ramón T. Construcciones SRL s/ Quiebra", LL Litoral 1998-885.
- [72] Cám.Civ.Com. Rosario, Sala I, 16/6/2000, "Calden S.A.", voto del Dr.Rouillón, en LLLitoral 2001-153, con nota de Jozami, C., Confusión patrimonial inescindible como causal de extensión de quiebra.
- [73] Miguens, Héctor José. Extensión de la quiebra y responsabilidad en los grupos de sociedades. Ed. Lexis Nexis. 2006. Pág. 283.
- [74] Miguens, Héctor José. Extensión de la quiebra y responsabilidad en los grupos de sociedades. Ed. Lexis Nexis. 2006. Págs. 284 y 285.
- [75] Rivera, J. C., Roitman, H. y Vítolo, R. D., "Ley de concursos y quiebras". Tomo III. Ed. Rubinzal - Culzoni Editores. Pág. 136.
- [76] Rouillón, Adolfo A.N. - Régimen de Concursos y Quiebras Ley 24.522, edit. Astrea, 17 edic. actualizada y ampliada, 1ra. Reimpresión. Pág. 307.
- [77] Romano, Alberto A. - Las Acciones de Responsabilidad contra los Directores frente a los Regímenes Concursal y Societario - Adolfo A.N. Rouillón (director) - edit. La Ley - DYE nro. 12/13, publicación del departamento de derecho de la Facultad de Ciencias Empresariales - Universidad Austral - Avellaneda, Provincia de Buenos Aires - 2004 - pág.732-.
- [78] Junyent Bas, Francisco y Molina Sandoval, Carlos. Ley de concursos y quiebras. Comentada. Ed. Lexis Nexis. Depalma. Año 2003. Pág. 353.
- [79] Rivera, J. C., "Instituciones de Derecho Concursal". Tomo II. Ed. Rubinzal - Culzoni Editores. Pág. 325.
- [80] "ALLOCCO MARIANA Y OTS. C/ ALLOCCO S.A. S/ QUIEBRA - INCIDENTE DE FECHA CESACIÓN PAGOS", Expte. Nro. 21-00808051-5. Juzgado de primera instancia de Distrito Civil y Comercial de la 2º Nominación de Rosario. Res. N° 402 de fecha 18.03.2015.
- [81] "ALLOCCO SA Y OTROS C/ ALLOCCO MARIANA CARLA Y OTROS S/ RECURSO DE REVISION POR DOLO", EXPTE. NRO. 852/2014, CUIJ 21-00808243-7. Juzgado de primera instancia de Distrito Civil y Comercial de la 2º Nominación de Rosario. Res. N° 1672 del 07/07/2017.
- [82] Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital. Arts. 273 y 278.
- [83] Tribunal Supremo - Sala Primera de lo Civil de Madrid, España. Resolución N° 631/2014 del 1 de noviembre del 2014.
- [84] Tribunal Supremo - Sala Primera de lo Civil de Madrid, España. Resolución N° 199/2015 del 17 de abril de 2015.
- [85] León Sanz, Francisco José. La Recisión de las operaciones societarias. IV Congreso Español de la insolvencia. Ed. Thomson Reuters. Año 2012. Pág. 191.
- [86] Moralejo, Ignacio. Rescisión concursal y acuerdos de distribución de beneficios. IV Congreso Español de la insolvencia. Ed. Thomson Reuters. Año 2012. Pág. 242.
- [87] Sint-Alary-Houin, C: "Droit des entreprises en difficulté", Montchrestien, Coll. Domat. 7° ed., 2011, n° 1057.
- [88] Picod, Nathalie. Las acciones revocatorias en el derecho concursal francés. IV Congreso Español de la insolvencia. Ed. Thomson Reuters. Año 2012. Pág. 657.
- [89] Sentencia de la sala comercial de la Cour de cassation del 08.10.1996, JCP G 1997, 16.
- [90] Parry, R (dir). Transaction Avoidance in Insolvencies. Hardback, 2nd. Edition, 2011. Op. Cit, pág. 102.
- [91] Reyes Villamizar, Francisco. Derecho Societario en Estados Unidos.

- Introducción comparada. Tercera Edición, 2006. Ed. Legis. Págs. 304 y 305.
- [92] BAIRD, Douglas (2010). Elements of Bankruptcy. Fifth Edition. Foundation Press. New York. Pág. 171.
- [93] Howell, Rate A. Business Law, Third Alternate Edition, Chicago, The Dryden Press. 1986. Pág. 926.
- [94] Levasseur, Alain. Le contract en droit American, Paris. Ed. Dalloz, 2004.
- [95] Clark, Robert Charles. Corporate Law, Boston, Little, Brown and Company, 1986. Pág. 594.
- [96] “The relevant period in which transactions and payments are voidable particularly depends on the underlying motivation of the parties involved and the value of the contingent consideration”. ALETH, Franz y DERKSEN, Nils (2015). “Germany”. En: Getting The Deal Though Restructuring & Insolvency. Law Business Research. pág. 179.
- [97] Embid Irujo, Jose Miguel. Ley alemanda de sociedades anónimas. El Marcial Pons. Año 2010. Pág. 20.