

El pago de honorarios y dividendos en el período de sospecha

Sabrina Belén Hernández

Nuestro sistema concursal vigente prevé tres grandes maneras de recomponer el patrimonio del fallido para el supuesto en que, de darse una quiebra liquidativa, exista insuficiencia de bienes en el patrimonio y acreedores insatisfechos. Estos tres institutos son la ineficacia concursal, la extensión de quiebra y las acciones de responsabilidad.

El presente se centrará en las acciones de ineficacia, que son aquellas que tienden a proteger a los acreedores, declarando inoponibles ciertos actos en interés de aquellos[1]. Esos actos, deben haber ocurrido durante lo que se denomina Período de Sospecha.

La Ley de Concursos y Quiebras (en adelante "LCQ") ha detallado los supuestos alcanzados, pero ha omitido ciertos actos que debieron haber sido regulados de forma expresa, y que serán el objeto del presente: pago de dividendos a accionistas y honorarios a directores.

El Período de Sospecha [\[arriba\]](#)

La ineficacia concursal es un remedio previsto en la LCQ para buscar nuevos patrimonios -de sujetos distintos, aunque relacionados- y acoplarlos a la prenda común de los acreedores. La ineficacia concursal, entonces, está orientada a proteger la garantía patrimonial genérica del deudor respecto de los acreedores, con especial atención en la integridad del patrimonio y el principio de igualdad de tratamiento.[2]

Para poder hablar de ineficacia, se debe primeramente referir al Periodo de Sospecha, sin este no hay ineficacia posible.

La propia LCQ, en el art. 116, establece la definición de este instituto: "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".

Como ha dicho calificada doctrina, es un período de tiempo en el que la LCQ "sospecha" iuris et de iure en algunos casos (art. 118, LCQ) o iuris tantum en otros (art. 119, LCQ) que determinados actos han sido realizados en perjuicio de los restantes acreedores[3].

Siguiendo a Graziabile[4], puede decirse que la LCQ pondera perjuicios, determinando que el perjuicio a los acreedores por el acto celebrado en el período de retroacción es jurídicamente más importante, que el perjuicio sufrido por el tercero ante la inoponibilidad. Frente a esa ponderación, la LCQ diseña algunos remedios.

Actos Ineficaces de Pleno Derecho [\[arriba\]](#)

La enumeración del art. 118 es taxativa e incluye únicamente a los actos a título gratuito, el pago anticipado de deudas y la constitución de

hipoteca/prenda/preferencia sobre obligaciones que originariamente no tenían esa garantía.

El legislador ha entendido que estos actos, por su naturaleza, perjudican a la colectividad de acreedores independientemente de si los terceros involucrados conocían o no el estado de cesación de pagos del deudor. El perjuicio se presume, en principio, sin admitir prueba en contrario.

Este mecanismo opera de oficio (no de pleno derecho), sin necesidad de petición de parte, pero con el inexorable requisito de que el juez lo declare. Será el magistrado el que, habiendo encuadrado la situación de hecho en alguno de los supuestos del art. 118 LCQ, deberá declarar su inoponibilidad.

El acto será válido entre las partes, pero inoponible a los acreedores. Como se ha dicho, la validez del acto constituye un presupuesto de la inoponibilidad cuyos efectos están circunscriptos a los acreedores de la quiebra, en cuyo exclusivo interés procede la declaración de ineficacia.[5]

(i) Pago de Dividendos

Llama la atención que, dentro del elenco de estos actos, no se haya incluido el pago de dividendos. Ciertamente el supuesto puede parecer raro en un contexto pre-falencial, pero en el caso de existir, el Juez debería poder declararlo, sin más, inoponible a la masa.

Como ha dicho la doctrina en reiteradas oportunidades, el dividendo desde el punto de vista contable es el monto resultante de dividir las utilidades repartibles por el porcentaje de participación que a cada socio le corresponde; y desde el punto de vista jurídico, el dividendo es el derecho creditorio conferido al accionista cuando la Asamblea dispone la distribución, entre estos, del monto resultante de las utilidades realizadas y líquidas provenientes de un balance regularmente confeccionado.[6] Así las cosas, la propia Ley General de Sociedades (“LGS”) dispone que son lícitos sólo si resultan de ganancias realizadas y líquidas correspondientes a un balance de ejercicio regularmente confeccionado y aprobado.[7]

Acto seguido, la propia LGS da a entender que los dividendos percibidos de mala fe son repetibles.[8] Lo que se busca así, es la repetición de los dividendos ilícitos en resguardo de la intangibilidad del capital social.

Siguiendo ese criterio: ¿podrían atacarse los dividendos percibidos por los accionistas durante el período de sospecha por afectar la garantía común de los acreedores?

Aquí, es importante recuperar una distinción que plantea Verón entre dividendo ficticio y dividendo imprudente[9]. El dividendo ficticio es aquel que se aprueba en violación a las pautas fijadas en la LGS, y disminuye efectivamente el capital social afectando su intangibilidad; el dividendo imprudente, en cambio, si bien puede haber sido aprobado en legal forma, crea el riesgo probable que se produzca tal situación al admitir en el activo valores inmovilizados demasiado grandes, de manera tal que los valores disponibles o realizados no lleguen a contrabalancear las cuentas pasivas de valores exigibles (al retirarse como dividendos ganancias líquidas que podrían de otra forma destinarse a tal fin).

Es dable suponer que, durante el Período de Sospecha, la Sociedad ya se encuentre en un estado de dificultades financieras, y que ha comenzado a dar muestras de una imposibilidad de hacer frente de manera regular a sus obligaciones. En ese contexto, no pareciera oportuno (ni razonable) que los socios aprobaran la distribución de dividendos, retirando fondos que debieran ser utilizados para hacer frente a los compromisos de corto y mediano plazo.

Pareciera que el dividendo ficto, no solo es repetible societariamente, sino que debiera ser ineficaz de pleno derecho e inoponible a la masa de acreedores. Ahora bien, respecto del dividendo imprudente, podrían existir varias alternativas. Se analizará esta circunstancia a continuación.

Actos Ineficaces por Conocimiento del Estado de Cesación de Pagos [\[arriba\]](#)

El art. 119 de la LCQ regula la denominada acción revocatoria concursal en orden a la posibilidad de impugnar los actos perjudiciales otorgados en el Período de Sospecha cuando el tercero tenía conocimiento del estado de cesación de pagos.

Como dicen Junyent Bas y Molina Sandoval[10] no es técnicamente una revocatoria, porque el acto no se deja sin efecto y sigue siendo perfectamente válido entre las partes, pero se lo priva de efectos frente a la masa de acreedores.

El art. 119 requiere que se acredite el conocimiento del tercero del estado de cesación de pagos, o sea que éste tenía noticia de la situación de insolvencia del deudor (o que debió tenerla). Ese conocimiento, como sostienen los autores mencionados precedentemente, debe ser susceptible de configurar la convicción en el tercero de que tendría la obligación de abstenerse de concluir el negocio.

La LCQ no impone un conocimiento técnico por parte del tercero respecto de la solvencia del deudor, solo requiere que, aun conociendo que el deudor tiene problemas económicos, sea indiferente a tal situación y perfeccione el acto. Lo que se debe probar es el conocimiento del estado de impotencia patrimonial del deudor, no bastando demostrar que se tenía conocimiento de la existencia de algún incumplimiento. [11]

(i) Dividendos Imprudentes

El estado de cesación de pagos no impide la existencia de ganancias distribuibles al cierre de determinado ejercicio económico. No hablamos en este supuesto necesariamente de dividendos fictos.

El análisis contable que se efectúa por el cotejo entre activo y pasivo en términos nominales, sin atender a la disponibilidad regular de los medios de pagos que integrar el primero, ni a la exigibilidad corriente del segundo, refiere únicamente a un análisis contable, que no se corresponde necesariamente con un estado de cesación de pagos.

En esa línea, no es imposible ni implica contradicción alguna, que aún en estado de cesación de pagos, la Sociedad distribuya dividendos. Pero ello no significa que tal distribución no altere o pueda alterar, la situación de los acreedores.

Esos dividendos son imprudentes, y podrían ser repetibles bajo el esquema de la LGS. Debe tenerse en cuenta que para su aprobación los accionistas habrán analizado

y aprobado los estados contables preparados por el Directorio de la Sociedad, los que deberían haber arrojado una imagen al menos preliminar del estado financiero de la Sociedad. Como ya explicamos, esto no tiene que ver necesariamente con un estado de cesación de pagos, pero seguramente otorgará algunos indicios. En consecuencia, deberían ser como mínimo inoponibles a la masa de acreedores, conforme las estipulaciones del art. 119 de la LCQ.

(ii) Pago de Honorarios a Directores

No entraremos aquí, porque no es objeto de este trabajo, a desarrollar el complejo entramado de relaciones que pueden darse entre el Directorio y la Sociedad, bastará con decir que la LGS ha adoptado una postura organicista, tratando al Directorio como el órgano de administración y representación de la Sociedad.

Siguiendo a Verón, diremos que la LGS ha dispuesto que la función de director sea remunerada, bajo las pautas en ella establecidas. Nada impide, no obstante, que éstos puedan renunciar a tal retribución.

En principio, el Directorio (aún en Período de Sospecha) habrá llevado adelante la gestión y administración de los negocios sociales y esa tarea debe ser remunerada. No puede entenderse sin más que la situación falencial (o pre-falencial) de la Sociedad, presupone la gratuidad de las funciones de los miembros del Directorio.

Ahora bien, ello será así siempre y cuando los honorarios hayan sido percibidos bajo las pautas fijadas por la LGS[12]. Si los honorarios se han percibido fuera de esas pautas durante el Período de Sospecha, podrían perfectamente ser atacados en los términos del art. 119 LCQ.

En primer lugar, porque es innegable que quien lleva la gestión de negocios debe conocer el estado de cesación de pagos de la Sociedad. Y frente a dicha circunstancia debe actuar conforme las pautas de conducta que la propia LGS ha fijado. Como ha dicho la jurisprudencia su deber es ser leal y diligente, en tanto actúa administrando un patrimonio e intereses ajenos.[13]

En segundo lugar, porque la violación a las directivas dispuestas por el art. 261 de la LGS podrá implicar la falta de prudencia en sopesar la pronta exigibilidad de pasivos, lo que implicaría una actuación al menos negligente.

Si se analiza, por ejemplo, el supuesto de retiros a cuenta es fácil advertir que la mayoría de las sociedades anónimas suelen fijar esquemas de retribuciones mensuales para los directores, las que luego quedan definitivamente validadas cuando la Asamblea de Accionistas las aprueba. Ese esquema de retiros no podría ser en desmedro del pago en tiempo y forma de las obligaciones contraídas por la Sociedad. Mucho menos, cuando es el propio Directorio el que se ocupará en los hechos de pagar tales conceptos. Así también lo ha entendido la jurisprudencia[14] en donde por ejemplo se hizo lugar a un incidente de recupero de activos, condenando así al ex director de la fallida a reintegrar la suma dineraria abonada en concepto de anticipo de honorarios, dado que la Asamblea no había convalidado dicha suma.

La diligencia de un buen hombre de negocios presupone los cuidados propios que deben tener los administradores societarios al desempeñar sus funciones; presupone un nivel de exigencia traducido en concreta idoneidad, capacidad, conocimiento

suficiente y eficiente de la actividad, que deben ser evaluados atendiendo a las circunstancias de las personas, tiempo y lugar. [15]

Sumado a ello, tampoco podrán mantenerse plenamente indemnes por el simple hecho de que su gestión haya sido aprobada. Recordemos que el art. 275 LGS dispone que la responsabilidad de los directores se extingue por aprobación de su gestión resuelta por la Asamblea, si esa responsabilidad no es por violación de la ley, del estatuto o reglamento o si no media oposición del cinco por ciento (5 %) del capital social, por lo menos. La parte final de dicho artículo dispone que la extinción es ineficaz en caso de liquidación coactiva o concursal. Declarada la quiebra, la exoneración de responsabilidad resuelta por la Asamblea es inoponible[16].

A modo de conclusión [\[arriba\]](#)

El pago de dividendos fictos en el período de sospecha debió haberse incluido en el elenco de actos ineficaces de pleno derecho. Su ausencia, si bien no le permitirá al juez declarar la ineficacia de oficio, no impide que el síndico o los acreedores, según correspondan, puedan plantear la inoponibilidad del acto en los términos del art. 119 de la LCQ.

También podrían atacar de la misma forma, al pago de dividendos imprudentes.

Respecto de los honorarios a directores, en principio esos actos no deberían ser atacables, salvo que en su percepción se haya actuado de forma contraria al esquema de retribuciones de la LGS. En ese caso, dado que el Directorio estará en conocimiento del estado de cesación de pagos (o al menos debería haberlo estado), el conocimiento no será materia de discusión, quedando encuadrados dentro de lo previsto por el art. 119 LCQ. Será el director el que deberá probar que el acto no causó perjuicio a los acreedores.

Notas [\[arriba\]](#)

[1] Rouillon, Adolfo A.N., “Régimen de Concursos y Quiebras Ley N° 24.522”, Ed. Astrea, 17° Edición, Buenos Aires 2017, pág. 231.

[2] Junyent Bas F. y Molina Sandoval C.A., “Ley de Concursos y Quiebras - Tomo II”, Ed: Abeledo Perrot, <https://proview.thomsonreuters.com/launchapp/title/laley/2018/42513359/v1/document/C A251784-8892-945B-74 C2-E412F0A2 E611/anchor/4 7F1E09D-4AC7-D83 E-8FC4-28A7CBE D3088>.

[3] Op. Cit., Junyent Bas F. y Molina Sandoval C.A.

[4] Graziabile, Darío J., “Bases para el estudio del sistema de inoponibilidad concursal. Los periodos de sospecha y retroacción”, LA LEY 2007-A, 689. Derecho Comercial - Concursos y Quiebras - Doctrinas Esenciales Tomo III, Cita Online: AR/DOC/4037/2006.

[5] Dasso, Ariel A. y otros, “Quiebras, Concurso Preventivo y Cramdown, Ley N° 24.522” Ed. Ad-Hoc, Tomo I, pág. 410.

[6] Verón, Alberto V. “Ley General de Sociedades 19.550. 3a. Edición, Tomo II”, Ed. La Ley, <https://proview.thomsonreuters.com/launchapp/title/laley/2015/41880203/v1/document/EC0D0B79-CCA4-BDF3-F1B1-C4DE13BC55E4/anchor/EC0D0B79-CCA4-BDF3-F1B1-C4DE13BC55E4>.

[7] Ley N° 19550, Artículo 224 – Distribución de dividendo. Pago de interés. 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 (...).

[8] Ley N° 19550, Artículo 225. Repetición dividendos. No son repetibles los dividendos percibidos de buena fe.

[9] Op. Cit. Verón.

[10] Op. Cit. Junyent Bas.

[11] Grillo, Horacio Augusto, La inoponibilidad concursal frente a terceros y a subadquirentes, Cita Online: MJ-DOC 732-AR | ED, 179-544 | MJD732.

[12] Ley N° 19.550, Art. 261. El estatuto podrá establecer la remuneración del directorio y del consejo de vigilancia; en su defecto, la fijará la asamblea o el consejo de vigilancia en su caso.

El monto máximo de las retribuciones que por todo concepto puedan percibir los miembros del directorio y del consejo de vigilancia en su caso, incluidos sueldos y otras remuneraciones por el desempeño de funciones técnico-administrativas de carácter permanente, no podrán exceder del veinticinco por ciento (25%) de las ganancias.

Dicho monto máximo se limitará al cinco por ciento (5%) cuando no se distribuyan dividendos a los accionistas, y se incrementará proporcionalmente a la distribución, hasta alcanzar aquel límite cuando se reparta el total de las ganancias. A los fines de la aplicación de esta disposición, no se tendrá en cuenta la reducción en la distribución de dividendos, resultante de deducir las retribuciones del Directorio y del Consejo de Vigilancia.

Cuando el ejercicio de comisiones especiales o de funciones técnico-administrativas por parte de uno o más directores, frente a lo reducido o a la inexistencia de ganancias impongan la necesidad de exceder los límites prefijados, sólo podrán hacerse efectivas tales remuneraciones en exceso si fuesen expresamente acordadas por la asamblea de accionistas, a cuyo efecto deberá incluirse el asunto como uno de los puntos del orden del día.

[13] Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, Sala C, “Transportes Perpen S.A. s/ quiebra c. Ernesto Perpen y otros”, Publicado en La Ley Online, AR/JUR/10868/2006.

[14] Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, Sala C, “Banco Patricios Sa S/ Quiebra S/ Incidente de Recuperación C/ Sergio Fryd”, del 10/04/18, publicado en <http://jurisprudencia.pjn.gov.ar>.

[15] Perciavalle, Marcelo L., “Ley General de Sociedades Comentada, 3° Edición”, Ed. ERREIUS, Buenos Aires, 2017.

[16] Gerbaudo, Germán E., “Inoponibilidad de pleno derecho, según el art. 118 de la LC”, 3-may-2018, Cita Online: MJ-DOC-13532-AR | MJD13532