

De nuevo sobre el artículo 216 de la Ley de Sociedades Anónimas: matizaciones acerca del ejercicio con cargo al cual puede procederse a la distribución de cantidades a cuenta de dividendos

1. En anteriores trabajos sobre el artículo 216 de la Ley de Sociedades Anónimas presté especial atención a los resultados con cargo a los cuales puede una compañía proceder a distribuir cantidades a cuenta de dividendos y, en particular, me detuve a considerar si su reparto podía ser acordado sólo con cargo al ejercicio en curso, sólo con cargo al ejercicio cerrado, o con cargo a cualquiera de ellos.

Actualizando el supuesto del que entonces me serví para ilustrar el problema, y sobre la base de que el ejercicio social coincida con el año natural y se observe lo previsto acerca de la fecha de celebración de la Junta General Ordinaria, el 15 de marzo de 2004, es posible que el último ejercicio respecto del cual se haya acordado la aprobación de cuentas anuales y la aplicación del resultado correspondiente sea el ejercicio de 2002 y que, por tanto, la distribución de cantidades a cuenta de dividendos pueda ser acordada *prima facie* con cargo a los resultados de dos ejercicios distintos, el ejercicio 2003, cuyas cuentas todavía se hallan pendientes de aprobación y su resultado de aplicación, y el ejercicio 2004, todavía en curso.

A diferencia del artículo 15.2.I de la Segunda Directiva (77/91/CEE), de 13 de diciembre de 1976, tendente a coordinar, para hacerlas equivalentes, las garantías exigidas en los Estados miembros a las sociedades, definidas en el párrafo segundo del artículo 58 del Tratado, con el fin de proteger los intereses de los socios y terceros, en lo relativo a la constitución de la sociedad anónima, así como al mantenimiento y modificación de la sociedad (en

adelante, la «Segunda Directiva»), que admite claramente que el reparto de cantidades a cuenta de dividendos pueda ser acordado con cargo a cualquiera de esos dos ejercicios, la norma interna no es tan precisa en este punto como habría sido deseable. En efecto, y en contra de lo inicialmente propuesto en el Proyecto de Ley (que hacía propio el tenor de la Segunda Directiva), el texto definitivo del artículo 216.1.b) de la Ley de Sociedades Anónimas dispone que «la cantidad a distribuir no podrá exceder de la cuantía de los resultados obtenidos desde el fin del último ejercicio», y no desde el fin del último ejercicio cuyas cuentas hubieran sido aprobadas.

Esta separación de la redacción final respecto del tenor de la norma comunitaria y del inicialmente propuesto con el Proyecto de Ley, la inexistencia de una posición uniforme en las leyes de los distintos Estados miembros de la Comunidad y el entendimiento de que la alteración del orden natural de atribución de competencias entre Junta General y órgano de administración que rige en esta materia exigía una interpretación restrictiva, me llevó a concluir que en este caso no existía una laguna legal y a propugnar que el reparto de cantidades a cuenta de dividendos únicamente era admisible con cargo a un ejercicio todavía no cerrado (1).

Esta lectura no fue contestada por la doctrina, que bien la asumió o bien, como sucedió mayoritariamente, pasó por alto la cuestión. Sin embargo, puede decirse que la práctica societaria nunca hizo propio este entendimiento y que, desde el primer momento, fueron frecuentes los repartos de dividendos a cuenta con cargo a los resultados de un ejercicio cerrado y antes de la celebración de la Junta General Ordinaria. De hecho, no parece exagerado considerar que, al menos en la práctica, actualmente puede estimarse que es una cuestión pacífica. Esta situación me llevó a reconsiderar la interpretación que propuse en su día —pues es altamente improbable que la práctica se confunda de forma tan constante y arrostre las graves consecuencias que una actuación ilícita podría tener tanto para la compañía (de forma especial en el caso de las sociedades cotizadas) como muy especialmente para sus administradores—, a revisar las razones que la alentaron y, finalmente, a abandonarla.

2. Las líneas que siguen se dedican a construir la tesis favorable a la posibilidad de que las cantidades a cuenta de dividendos puedan distribuirse tanto con cargo al resultado de un ejercicio cerrado y sin cuentas aprobadas como con cargo al resultado de un ejercicio en curso e incluso con cargo

(1) J. MASSAGUER, *Los dividendos a cuenta en la sociedad anónima. Un estudio de los artículos 216 y 217 LSA*, Civitas, Madrid, 1990, págs. 106-108. Posteriormente mantuve esta interpretación en voz «Dividendos a cuenta», en *Enciclopedia Jurídica Civitas*, Civitas, Madrid, 1955, y en «La distribución de dividendos a cuenta», en *Derecho de los Negocios*, núm. 1, 1990, pág. 9 y sigs.

a ambos. Brevemente expuestas, las claves que le sirven de fundamento son, en primer término, la inexistencia de una solución comunitaria acerca del ejercicio con cargo al cual pueden distribuirse cantidades a cuenta de dividendos y, en particular, de una prohibición comunitaria que impida su reparto con cargo a ejercicios cerrados; en segundo término, la ajenidad de la función de la previsión examinada respecto de la determinación del ejercicio con cargo al cual puede efectuarse la distribución de cantidades a cuenta de dividendos; en tercer término, la salvaguardia de la correspondencia del reparto de dividendos a cuenta con el carácter anual del ejercicio económico como sentido de la divergencia que en este punto se aprecia entre la Ley de Sociedades Anónimas y la Segunda Directiva y, en fin, la inexistencia de conflicto alguno motivado por la atribución de competencia al órgano de administración para decidir la distribución de dividendos a cuenta con cargo a un ejercicio cerrado.

3. En cuanto el reparto de cantidades a cuenta de dividendos ha sido objeto de la iniciativa legislativa comunitaria, parece sin duda conveniente examinar ante todo las limitaciones o exigencias que pudieran seguirse de la Segunda Directiva en materia de sociedades en relación con el extremo ahora considerado. De conformidad con el artículo 15.2 de la Segunda Directiva:

«Cuando la legislación de un Estado miembro admita el abono de anticipos sobre dividendos, lo someterá al menos a las siguientes condiciones:

- Se establecerá un estado de cuentas que manifieste que los fondos disponibles son suficientes para la distribución.*
- El importe a distribuir no podrá exceder del importe de los resultados obtenidos desde el fin del último ejercicio cuyas cuentas anuales hubieran sido establecidas, más los beneficios a cuenta nueva y las sumas deducidas de las reservas disponibles a este fin, menos las pérdidas a cuenta nueva y las sumas que deban pasarse en virtud de una obligación legal o estatutaria».*

Esta norma carece, en mi opinión, de pasajes que permitan concluir razonablemente que el Derecho comunitario impone ninguna clase de limitación o exigencia en relación con el ejercicio con cargo al cual pueden efectuarse distribuciones a cargo de dividendos. En particular, no restringe la posibilidad de admitir esta práctica al ejercicio en curso, como tampoco la restringe al ejercicio cerrado cuyas cuentas aún no han sido aprobadas ni su resultado aplicado. Antes bien, ha de convenirse en que la Segunda Directiva deja a los legisladores nacionales en plena libertad para decidir al respecto. En este sentido, no parece dudoso que si, desde la perspectiva ahora considerada,

algún significado hubiera que dar a la referencia que se hace al «*fin del último ejercicio cuyas cuentas anuales hubieran sido establecidas*», tal no debería ser otro sino que los anticipos o cantidades a cuenta de dividendos pueden distribuirse con cargo al ejercicio en curso y con cargo al ejercicio cerrado, puesto que —siempre asumiendo, como no puede ser de otra forma, que la sociedad ha cumplido las previsiones establecidas acerca de la aprobación de cuentas anuales y aplicación del resultado en tiempo debido— en el momento presente y en relación con el último ejercicio con cuentas establecidas pueden mediar hasta otros dos ejercicios: el siguiente, actualmente terminado y sin cuentas establecidas, y el subsiguiente, actualmente en curso, y nada en el tenor del precepto comunitario constriñe al legislador nacional a limitar a uno u otro la posibilidad de efectuar repartos a cuenta, ni aun a admitir que puedan efectuarse con cargo a cualquiera de ellos.

Buena prueba de la libertad en que el artículo 15.2 de la Segunda Directiva deja a los Estados miembros en relación con este extremo es, sin duda, la divergencia que en esta materia puede apreciarse entre las distintas legislaciones internas. Así, al lado de algunas normas que acogen el tenor de la Segunda Directiva y admiten, en consecuencia, la distribución de cantidades a cuenta de dividendos tanto con cargo a un ejercicio cerrado y sin cuentas aprobadas como a un ejercicio en curso, del modo en que prevé el artículo L.232.12 del *Code de Commerce* francés (2), otras únicamente permiten su reparto con cargo a ejercicios ya cerrados, como sucede en el párrafo 59 de la *Aktiengesetz* alemana (3), y otras, en fin, sólo lo autorizan con

(2) Artículo L.232-12 del *Code de Commerce* francés:

«Après approbation des comptes annuels et constatation de l'existence de sommes distribuables, l'assemblée générale détermine la part attribuée aux associés sous forme de dividendes.

Toutefois, lorsqu'un bilan établi au cours ou à la fin de l'exercice et certifié par un commissaire aux comptes fait apparaître que la société, depuis la clôture de l'exercice précédent, après constitution des amortissements et provisions nécessaires, déduction faite s'il y a lieu des pertes antérieures ainsi que des sommes à porter en réserve en application de la loi ou des statuts et compte tenu du report bénéficiaire, a réalisé un bénéfice, il peut être distribué des acomptes sur dividendes avant l'approbation des comptes de l'exercice. Le montant de ces acomptes ne peut excéder le montant du bénéfice défini au présent alinéa. Ils sont répartis aux conditions et suivant les modalités fixées par décret en Conseil d'Etat.

Tout dividende distribué en violation des règles ci-dessus énoncées est un dividende fictif».

(3) Párrafo 59 de la *Aktiengesetz* alemana:

«1. Die Satzung kann den Vorstand ermächtigen, nach Ablauf des Geschäftsjahrs auf den voraussichtlichen Bilanzgewinn einen Abschlag an die Aktionäre zu zahlen.

2. Der Vorstand darf einen Abschlag nur zahlen, wenn ein vorläufiger Abschluß für das vergangene Geschäftsjahr einen Jahresüberschub ergibt. Als Abschlag darf höchstens die Hälfte des Betrags gezahlt werden, der von dem Jahresüberschub nach Abzug der Beträge verbleibt, die nach Gesetz oder Satzung in Gewinnrücklagen einzustellen

cargo a un ejercicio en curso, como hacen el artículo 297 del *Código das Sociedades Comerciais* portugués (4), el artículo 2.433-bis del *Codice Civile* italiano (5) o el artículo 618 del *Code des Sociétés* belga (6).

sind. Außerdem darf der Abschlag nicht die Hälfte des vorjährigen Bilanzgewinns übersteigen.

3. *Die Zahlung eines Abschlags bedarf der Zustimmung des Aufsichtsrats».*

(4) Artículo 297 del *Código das Sociedades Comerciais* portugués:

«1. O contrato de sociedade pode autorizar que, no decurso de um exercício, sejam feitos aos accionistas adiantamentos sobre lucros, desde que observadas as seguintes regras:

a) O conselho de administração ou a direcção, com o consentimento do conselho fiscal ou do conselho geral, resolva o adiantamento.

b) A resolução do conselho de administração ou de direcção seja precedida de um balanço intercalar, elaborado com a antecedência máxima de 30 dias e certificado pelo revisor oficial de contas, que demonstre a existência nessa ocasião de importâncias disponíveis para os aludidos adiantamentos, que deverão observar, no que for aplicável, as regras dos artigos 32.º e 33.º, tendo em conta os resultados verificados durante a parte já decorrida do exercício em que o adiantamento é efectuado.

c) Seja efectuado um só adiantamento no decurso de cada exercício e sempre na segunda metade deste.

d) As importâncias a atribuir como adiantamento não excedam metade das que seriam distribuíveis, referidas na alínea b).

2. Se o contrato de sociedade for alterado para nele ser concedida a autorização prevista no número anterior, o primeiro adiantamento apenas pode ser efectuado no exercício seguinte àquele em que ocorrer a alteração contratual».

(5) Artículo 2.433-bis del *Codice Civile* italiano:

«La distribuzione di acconti sui dividendi deve essere prevista dallo statuto ed e deliberata dagli amministratori dopo la certificazione è l'approvazione del bilancio dell'esercizio precedente.

Non è consentita la distribuzione di acconti sui dividendi quando dall'ultimo bilancio approvato risultino perdite relative all'esercizio o a esercizi precedenti.

L'ammontare degli acconti sui dividendi non può superare la minor somma tra l'importo degli utili conseguiti dalla chiusura dell'esercizio precedente, diminuito delle quote che dovranno essere destinate a riserva per obbligo legale o statutario, e quello delle riserve disponibili».

(6) Artículo 618 del *Code des Sociétés* belga:

«Les statuts peuvent donner au conseil d'administration le pouvoir de distribuer un acompte à imputer sur le dividende qui sera distribué sur les résultats de l'exercice.

Cette distribution ne peut avoir lieu que par prélèvement sur le bénéfice de l'exercice en cours, le cas échéant réduit de la perte reportée ou majeure du bénéfice report, à l'exclusion de tout prélèvement sur des réserves constituées et en tenant compte des réserves à constituer en vertu d'une disposition légale ou statutaire.

Elle ne peut en outre être effectuée que si, sur la vu d'un état, vérifié para le commissaire et résumant la situation active et passive, le conseil d'administration constate que le bénéfice calculé conformément à l'alinéa 2 est suffisant pour permettre la distribution d'un acompte.

Le rapport de vérification du commissaire est annexé à son rapport annuel.

La décision du conseil d'administration de distribuer un acompte ne peut être prise plus de deux mois après la date à laquelle a été arrêtée la situation active et passive.

La distribution ne peut être décidée moins de six mois après la clôture de l'exercice précédent ni avant l'approbation des comptes annuels se rapportant à cet exercice.

En suma, la interpretación de lo dispuesto en el artículo 216 de la Ley de Sociedades Anónimas acerca del ejercicio con cargo al cual pueden distribuirse las cantidades a cuenta de dividendos no se encuentra predeterminada por ninguna clase de exigencia de fidelidad comunitaria.

4. Siendo esto así, ha de advertirse a continuación que el artículo 216 de la Ley de Sociedades Anónimas, como sucede asimismo con el artículo 15.2 de la Segunda Directiva, carece de una previsión específicamente dirigida a establecer el ejercicio con cargo al cual se puede efectuar el reparto de dividendos a cuenta. Ello resulta especialmente evidente en cuanto se repara en el tenor de los preceptos que regulan este extremo en los ordenamientos societarios de Estados miembros de la Unión Europea: los términos en que tales preceptos abordan esta cuestión son rotundos y no dejan lugar a duda acerca del objeto y propósito de la norma en cuestión (7), y ciertamente no encuentran en el artículo 15.2 de la Directiva.

En este mismo orden de ideas, el contraste del artículo 216 de la Ley de Sociedades Anónimas y del artículo 15.2 de la Segunda Directiva con esas normas internas debe conducir a concluir, de un lado, que en realidad la norma interna se alinea con la comunitaria y, de otro lado, que el pasaje que ahora nos ocupa, esto es, la referencia al «último ejercicio cerrado», no tiene por finalidad precisar el ejercicio con cargo al cual se pueden repartir cantidades a cuenta de dividendos y, aún más, que no puede ser lícitamente invocado con el propósito de entrever una regulación al respecto.

En efecto, la finalidad del primer inciso del artículo 216.b) de la Ley de Sociedades Anónimas es bien distinta y evidente: el establecimiento de un límite al importe máximo que por vía de dividendos a cuenta es posible distribuir entre los accionistas. Y la solución que al respecto se adopta en nada condiciona ni presupone la solución que pudiera haberse adoptado en relación con el ejercicio con cargo al cual se pueden repartir las cantidades a cuenta de dividendos. Así lo confirma, además, la correspondencia que se observa entre ese inciso, y por extensión el equivalente del artículo

Lorsqu'un premier acompte a été distribué, la décision d'un distribuer un nouveau ne peut être prise que trois mois au moins après la décision de distribuer la premier.

Lorsque les acomptes excèdent le montant du dividende arrêté ultérieurement par l'assemblée générale, ils sont dans cette mesure, considérés comme un acompte à valoir sur le dividende suivant».

(7) Tal es el caso, en efecto, del párrafo 59 de la Aktiengesetz alemana («nach Ablauf des Geschäftsjahrs auf den voraussichtlichen Bilanzgewinn einen Abschlag an die Aktionäre zu zahlen»), del artículo 297 del Código das Sociedades Comerciais portugués («no decurso de um exercício... tendo em conta os resultados verificados durante a parte já decorrida do exercício em que o adiantamento é efectuado»), del artículo 2.433-bis del Codice Civile italiano («dopo la certificazione è l'approvazione del bilancio dell'esercizio precedente»), y del artículo 618 del Code des Sociétés belge («Cette distribution ne peut avoir lieu que par prélèvement sur le bénéfice de l'exercice en cours»); vid. *supra* en notas 5 a 8.

lo 15.2 de la Segunda Directiva, y el párrafo tercero del artículo 2.433-bis del *Codice Civile* italiano, que exige distribución con cargo a ejercicio en curso (8), o el penúltimo inciso del párrafo segundo del artículo L.232-12 del *Code de Commerce* francés, que permite distribución con cargo a ejercicio cerrado en curso (9).

5. La divergencia existente entre el tenor del artículo 216.b) de la Ley de Sociedades Anónimas y el artículo 15.2.b) de la Segunda Directiva, de otro lado, no puede explicarse en clave de regulación del ejercicio con cargo al cual pueden distribuirse dividendos a cuenta. Antes bien, su finalidad no es otra que evitar ciertas dudas que pudiera suscitar la redacción de esta última norma.

En este sentido, ha de repararse en que, leído literalmente, el precepto comunitario podría dar lugar a consecuencias que no se ajustan en absoluto a uno de los principios clave de la organización económico-contable de la sociedad anónima, como es la anualidad y separación de los ejercicios sociales. El límite al importe de los dividendos a cuenta se establece en la norma comunitaria por referencia a los resultados obtenidos en un período de tiempo que, en principio, puede comprender dos ejercicios distintos: el ejercicio cerrado con cuentas anuales sin aprobar que sigue al «*último ejercicio cuyas cuentas hubieren sido establecidas*» y el ejercicio subsiguiente en curso. Llevado al extremo, de ahí podría seguirse que el importe máximo de los dividendos a cuenta distribuidos con cargo a un ejercicio podría resultar de la suma de beneficios obtenidos en dos ejercicios distintos.

Sin lugar a dudas, tal interpretación literal debe rechazarse por exigencias de orden sistemático, como son la necesidad de cohonestar esta pieza de la organización económico-contable de una compañía anónima que es la distribución de cantidades a cuenta de dividendos con un principio fundamental en la materia, como es la periodificación anual de la actividad social y la separación entre ejercicios, y otro específico de la aplicación del resultado, como es la aplicación anual o, si se prefiere: individualizada para cada ejercicio, de los resultados que lucen en las cuentas anuales. A aquella lectura literal e incorrecta pone en todo caso remedio precisamente la desviación que se aprecia entre el artículo 216.b) de la Ley de Sociedades Anónimas y el artículo 15.2.b) de la Segunda Directiva en este punto. En particular, la sola referencia al «*último ejercicio*» asegura la correspondencia entre resultados y ejercicio, y evita la acumulación de dos ejercicios, sin que, como resulta tanto de la finalidad de este pasaje como del precedente comunitario, nada imponga entender que el «*último ejercicio*» es necesariamente el último ejercicio respecto del momento en que se distribuyen los dividendos a cuenta.

(8) *Vide supra* en nota 7.

(9) *Vide supra* en nota 4.

Dicho en otros términos, la falta de regulación comunitaria sobre el ejercicio con cargo al cual se pueden repartir dividendos a cuenta, el paralelismo que existe entre la estructura del precepto español y la del comunitario y la finalidad propia del pasaje que nos ocupa (limitación del montante de la distribución) conduce a concluir que el «último ejercicio» al que se refiere el inciso primero del artículo 216.2.b) de la Ley de Sociedades Anónimas es el último ejercicio anterior al considerado en cada caso, esto es, al ejercicio a cuyo cargo se distribuyen las cantidades a cuenta de dividendos.

En la lógica de las cosas está, por ello, que el último ejercicio que en cada caso deba considerarse a los efectos de cumplir los demás requisitos previstos en la letra b) del artículo 216 de la Ley de Sociedades Anónimas se determine en función del ejercicio con cargo al cual se ha de acordar el reparto de dividendos a cuenta. Precisamente, la norma que no fijara el máximo de la cantidad a cuenta de dividendos en atención a los resultados del ejercicio en cuestión, y en particular la que lo hiciera por referencia al ejercicio siguiente, no sólo pugnaría de forma inaceptable con el principio de anualidad y separación de los ejercicios y de los acuerdos sobre aplicación de resultados, sino que además carecería de toda explicación razonable. A mayor abundamiento, esta interpretación conduciría a resultados difícilmente explicables, como permitir la distribución de dividendos a cuenta con cargo a un ejercicio cerrado sin cuentas aprobadas en el que se hubieran producido pérdidas si en el siguiente en curso se han obtenido resultados positivos.

Así las cosas, si los dividendos a cuenta se acuerdan con cargo a un ejercicio cerrado sin cuentas aprobadas, los resultados que deben tomarse en consideración para fijar su importe máximo son precisamente los correspondientes a ese ejercicio, y no al siguiente en curso, y si se acuerdan con cargo a un ejercicio en curso sólo se considerarán a estos efectos los resultados obtenidos desde el cierre del ejercicio anterior, hayan sido aprobadas sus cuentas anuales o no. Del mismo modo, la única estimación de impuestos que a estos efectos resulta de interés es la que concierne a los impuestos de ese ejercicio, y no del siguiente en curso, como en el caso de que se distribuyan con cargo a un ejercicio en curso la detracción para pago de impuestos únicamente se ha de calcular en relación con los impuestos de ese ejercicio en curso, y no del anterior aun cuando sus impuestos no hubieran sido satisfechos.

6. Reconocida legalmente la competencia del órgano de administración para acordar la distribución de cantidades a cuenta de dividendos, en fin, el orden natural de atribución de competencias entre la Junta General y el órgano de administración no parece que se resienta especialmente por la posibilidad de que tal reparto sea acordado por éste una vez cerrado el ejercicio. De hecho, la legislación alemana, que como se ha visto únicamente admite el reparto de dividendos a cuenta con cargo a un ejercicio cerrado, atribuye al

Vorstand la competencia para la adopción del correspondiente acuerdo (10). Y lo cierto es que, bien miradas las cosas, no es dudoso que, cerrado el ejercicio con cargo al cual se han de repartir los dividendos a cuenta, la seguridad de esta operación es mayor: se ha de conocer, si no con toda exactitud, sí al menos con un escaso margen de error, el resultado del ejercicio y, por tanto, no se ha de afrontar el riesgo de pérdidas futuras que pongan en tela de juicio la oportunidad del reparto a cuenta o incluso que excedieran de la parte del resultado positivo no repartido a cuenta. Aún más, precisamente por razón del alejamiento que ello entraña en relación con el momento en el que se ha de controlar el mérito de esta decisión, podría incluso parecer más intensa la alteración del orden natural de atribución de competencias entre los órganos sociales en el caso de que los dividendos a cuenta se repartan con cargo al ejercicio en curso. No puede pasarse por alto, bajo este aspecto, la proximidad relativa entre el acuerdo de distribución de cantidades a cuenta con cargo a un ejercicio cerrado y la celebración de la Junta General que ha de aprobar las cuentas anuales, en cuya memoria se incluye el estado contable elaborado para decidir su reparto [art. 216.a) *in fine* LSA], y censurar la gestión social.

JOSÉ MASSAGUER
Catedrático de Derecho Mercantil
Universidad Pompeu Fabra
Profesor del Instituto de Empresa

(10) *Vide supra* en nota 5.