EL MERCURIO Legal

Versión para imprimir El Mercurio.com

Legal | Opinión | **Opinión** | Artículo 1 de 2

Joel González

La (in)constitucionalidad de la prohibición de distribuir dividendos a las sociedades anónimas acogidas a la “Ley de protección del empleo”

"...Se está afectando algo de la esencia, no periférico, de ese dominio; en efecto, la participación en las utilidades es un elemento esencial de la sociedad, como se desprende de la sola lectura del art. 2053 del Código Civil. Así, entonces, la privación de dividendos es una afectación significativa del derecho de propiedad de los accionistas..."

Lunes, 29 de junio de 2020 a las 13:10 | Actualizado 17:20

Joel González

La Ley N° 21.227, de 6 de abril de 2020, conocida como “Ley de Protección del Empleo”, dispone en el artículo 30 (agregado por la Ley N° 21.232, de 1 de junio de 2020) que las sociedades anónimas que indica “*no podrán repartir dividendos a sus accionistas según los artículos 78 y 79 de la Ley N° 18.046, durante el ejercicio comercial en que la empresa o una de las entidades del grupo empresarial tengan contratos de trabajo suspendidos ante la Sociedad Administradora del Fondo de Cesantía*”.

El art. 79 de la Ley N° 18.046, por su parte, señala que “*salvo acuerdo diferente adoptado en la junta respectiva, por la unanimidad de las acciones emitidas, las sociedades anónimas abiertas deberán distribuir anualmente como dividendo en dinero a sus accionistas, a prorrata de sus acciones o en la proporción que establezcan los estatutos si hubieren acciones preferidas, a lo menos el 30% de las utilidades líquidas de cada ejercicio*”. Hay consenso en la doctrina que esta es una norma protectora de los accionistas minoritarios, ya que obliga a repartir, salvo acuerdo unánime en contrario, a lo menos el 30% de la utilidad líquida del ejercicio.

El artículo 30 de la Ley N° 21.227 establece una prohibición, en cuanto no permite que la sociedad anónima reparta dividendos —si tiene utilidades en el ejercicio 2019— por la circunstancia de haber aplicado a sus trabajadores la suspensión de contrato de trabajo o reducción de jornada horaria durante los plazos que prevé la ley a causa de la pandemia por el covid-19. ¿Es constitucional tal prohibición?

El análisis comienza con el art. 19 N° 24 inc. 3° de la Constitución que señala: “*Nadie puede, en caso alguno, ser privado de su propiedad, del bien sobre que recae o de alguno de los atributos o facultades esenciales del dominio, sino en virtud de ley general o especial que autorice la expropiación por causa de utilidad pública o de interés nacional, calificada por el legislador*”.

Como se sabe, las facultades esenciales del dominio son usar, gozar y disponer de un bien (art. 582 del Código Civil). La facultad de goce significa hacerse dueño de los frutos que la cosa produce, sean estos naturales o civiles (arts. 644 y 647 del Código Civil, respectivamente). Ejemplos clásicos de frutos civiles son las rentas de arrendamiento, los intereses de un depósito y, precisamente, los dividendos de las acciones. De manera que cuando la Ley N° 21.227 dispone que las sociedades que indica “*no podrán repartir dividendos a sus accionistas*” está privando a todos ellos (no solo al accionista controlador o mayoritario, sino también a los minoritarios —personas naturales e incluso accionistas trabajadores de la propia sociedad anónima—) de una facultad esencial del dominio que tienen sobre sus acciones: percibir los dividendos sin que haya mediado una ley expropiatoria. Se está afectando algo de la esencia, no periférico, de ese dominio; en efecto, la participación en las utilidades es un elemento esencial de la sociedad, como se desprende de la sola lectura del art. 2053 del Código Civil. Así, entonces, la privación de dividendos es una afectación significativa del derecho de propiedad de los accionistas.

Por otra parte, esto descarta que estemos en presencia solo de una limitación del derecho de propiedad, como lo autoriza el inc. 2° del N° 24 del art. 19 de la Constitución, pero aún en el caso de considerarse así el Tribunal Constitucional ha dicho que se afecta también la esencia de un derecho (cuestión prohibida por el N° 26 del art. 19) cuando la respectiva limitación llega a consistir en la “privación” del derecho (Rol N° 226-1995), cosa que sucede claramente en la ley que analizamos desde que la prohibición de distribuir dividendos que ella establece significa privar de los mismos a los accionistas.

El 28 de mayo recién pasado la Comisión para el Mercado Financiero (CMF) —tras ser consultada por el ministro de Hacienda, Ignacio Briones— se pronunció sobre el nuevo art. 30 de la Ley de Protección del Empleo. La entidad precisó, mediante el Oficio 22.260, que respecto a los dividendos a repartir durante el año 2020, con cargo a las utilidades del ejercicio 2019, la prohibición legal no recibiría aplicación “a los acuerdos sobre reparto de dividendos acordados por la respectiva junta de accionistas, antes de la fecha de publicación de la ley (1 de junio)”. Sin duda, este dictamen de la CMF se ajusta a derecho, pero claramente excede de sus facultades el fijar la temporalidad o vigencia de una ley.

Por otra parte, como generalmente las juntas ordinarias de accionistas, donde se acuerda la distribución de dividendos, se celebran antes del 30 de abril y el pago de los dividendos mínimos obligatorios que corresponda de acuerdo a la ley o a los estatutos es exigible transcurridos 30 días contados desde la fecha de la junta que aprobó la distribución de las utilidades del ejercicio (arts. 56 N° 2 y 81 de la Ley N° 18.046 sobre sociedades anónimas), el impacto práctico de la prohibición es prácticamente nulo, al menos en lo que se refiere a dividendos con cargo a las utilidades del 2019. Sin embargo, la afectación del derecho de propiedad de los accionistas se mantiene hacia adelante porque conforme al oficio citado de la CMF “en cuanto a los dividendos correspondientes a ser distribuidos por las utilidades del ejercicio 2020, estos podrían ser repartidos durante el primer cuatrimestre del año 2021, en el entendido que no se verificasen los requisitos de aplicación de la prohibición del artículo 30 de la Ley N° 21.227 en tal época (esto es, mantención de contratos de trabajo suspendidos)”.

Podría sostenerse, en contra de lo que venimos diciendo, que el derecho a percibir dividendos es una mera expectativa, y así lo entendió la CMF en el varias veces citado oficio: “De conformidad a lo ya señalado por esta Comisión en el Oficio Ordinario N° 25.665 de 20 de noviembre de 2015, las reglas que determinan la aplicación de la ley en el tiempo, establecidas principalmente en la Ley sobre el Efecto Retroactivo de las Leyes y, en particular, con lo prescrito en el artículo 7° de dicha ley, el cual dispone que *´las meras expectativas no constituyen derecho`*, y del que se puede desprender que lo que determina la ley aplicable, es el momento en que se adquiere el derecho a percibir los dividendos. Conforme a lo anterior, la exigencia legal de dividendo mínimo obligatorio contemplada en el artículo 79 de la Ley de Sociedades Anónimas es una mera expectativa hasta que se apruebe por la junta de accionistas el balance anual que contempla la utilidad líquida sobre la cual se calcula dicho dividendo obligatorio. Así, no basta que la ley establezca este dividendo obligatorio e incluso que haya utilidad, sino que se requiere la aprobación del balance anual pertinente para que haya algún derecho incorporado en el patrimonio del accionista”.

Discrepamos de la tesis de la CMF, ya que el hecho de que los dividendos se reciban en forma periódica (anualmente) no los transforma en una mera expectativa, porque estas, por definición, son la esperanza de adquisición de un derecho; en cambio, aquí los accionistas, al adquirir las acciones, incorporaron en su patrimonio el derecho a percibir dividendos, tanto es así que, como se lee en el transcrito art. 79 de la Ley sobre Sociedad Anónimas, el legislador con carácter imperativo dispone que las sociedades anónimas “deberán” distribuir anualmente dividendos y la razón de ello, reiteramos, es que estamos en presencia de un derecho adquirido. En una primera aproximación creemos que el yerro de la CMF radica en confundir dos conceptos jurídicamente distintos: frutos civiles pendientes y meras expectativas. Además, el derecho a percibir dividendos no depende, como dice la CMF, de la aprobación del balance anual, sino de la existencia o no de utilidades líquidas en el respectivo ejercicio. Este último, también ha sido el criterio —en la única sentencia que conocemos— de la Corte de Apelaciones de Santiago que, en una reciente sentencia, resolvió: “*Agrega (la parte demandada) que la sociedad no está obligada al pago de dividendos si la Junta o el directorio no han aprobado su pago, alegación que también debe rechazarse, puesto que la falta de aprobación aludida no obsta a la existencia de la obligación de repartir utilidades, desde que la intervención de la Junta en el sentido señalado constituye la forma de hacerla efectiva mediante el pago de dividendos, acción a la cual no puede ser compelida, puesto que el artículo 77 de la Ley 18.046 establece todo un procedimiento, con plazos perentorios y consecuencias de cada decisión que se adopte, lo que no es susceptible de ser cumplido en forma retroactiva. Sin perjuicio de ello, subsistiendo para la sociedad la obligación de reparto, su incumplimiento genera el de indemnizar los perjuicios que ello pudiere ocasionar, en conformidad a lo dispuesto en el artículo 1553 N° 3 del Código Civil*” (Rol N° 8596-2014).

** Joel González Castillo es profesor de Derecho Civil de la Universidad Católica.*

EL MERCURIO

Términos y condiciones de la Información © 2002 El Mercurio Online