

LIBRERIA FACILIDAD
DE DERECHO

EL DERECHO DEL SOCIO AL DIVIDENDO EN LAS SOCIEDADES ANONIMAS

Dr. Fernando Mora

Profesor de la Facultad de Derecho
Universidad de Costa Rica

El tema que me he propuesto tratar es sumamente amplio, técnico y complejo como para ser desarrollado en un artículo. En consecuencia me veré obligado a discurrir únicamente sobre aspectos básicos y generales del derecho del socio al dividendo.

Nuestro tema es de antiquísimo abolengo. Efectivamente, es bien sabido que el derecho del socio al dividendo es uno de sus más antiguos derechos. Aparece ya concedido en las más vetustas autorizaciones de las famosas grandes compañías comerciales del siglo XVII, aquellas que conquistaron, colonizaron y explotaron, por concesiones reales, vastísimas zonas de tres continentes: Asia, Africa y América y que fueron ciertamente el germen de nuestra actual sociedad anónima. Se considera inclusive que el término "acción", deriva del hecho que los títulos de las acciones implicaban un derecho (una acción en sentido típicamente procesal) a los dividendos.]

Por otra parte [la sociedad anónima actual es el producto de una larga evolución en la que juegan un papel determinante antiguas instituciones germánicas e italianas. En efecto, las dos características básicas de la sociedad anónima: la limitación de la responsabilidad de los socios y la división del capital en acciones fácilmente transferibles, se originan, la primera en el condominio de tipo naval germánico o "Reederei" y la segunda en los títulos de la deuda pública de las ciudades italianas del Renacimiento cuyos poseedores lentamente, por un proceso que sería largo citar aquí, pasaron a ser de meros obligacionistas o acreedores de la deuda pública, administradores de los fondos que suplían el pago de sus beneficios pero con responsabilidad limitada. El ejemplo típico de esta evolución es el Banco de San Jorge, en Génova.]

Pero es de hacer notar que [a la sociedad anónima de aquellas épocas le faltaba mucho para llegar a ser la estructura que conocemos hoy en día. Entre la primera forma de sociedad a responsabilidad limitada, introducida en Alemania en 1822 y la actual no hay mayor diferencia, mientras que, entre las antiguas compañías de Indias nuestras sociedades anónimas sí hay diferencias básicas introducidas por la práctica primero y luego sancionadas por el legislador.

Así, la primera sociedad anónima no conoció reglas fijas de administración de la sociedad, no tuvo clara la posición de los socios dentro de la estructura social ni tampoco la de los diversos órganos sociales y sus respectivos poderes y facultades; "se reglamentaban en ella prestaciones "ulteriores" y sucesivas de los socios, independientemente de la suscripción inicial; los derechos de los diversos accionistas sobre su participación en la administración de la compañía, eran los más variados y frecuentemente la administración quedaba reservada a los grandes accionistas siendo, naturalmente, desconocido el concepto del derecho de voto individual del

accionista. En aquella época las sociedades eran constituidas en relación con una empresa determinada y no en relación con un período de tiempo determinado (que en todo caso se limitaba a 5, 10 ó 12 años). De ahí que se ignorara el concepto de balance anual y por ello el de reparto periódico de dividendos, a intervalos regulares.

El derecho del socio al dividendo en aquella época, correspondía a este "in natura", en especie, y no en dinero y solamente al finalizar el plazo social, es decir, al vencimiento de la sociedad, lo que no es difícil de imaginar desde que los plazos sociales eran relativamente cortos.

Pero en épocas posteriores surgió la posibilidad de constituir sociedades por plazos mayores y relativamente largos; esto, unido a un concepto fijo de capital social y a una mayor agilidad en las técnicas de transferencia de las acciones, indicó la necesidad de repartos periódicos a intervalos regulares, de los beneficios sociales.

A los conceptos anteriores ha obedecido durante años la regulación del derecho del socio al dividendo, en las sociedades anónimas. Por otra parte, la sociedad anónima era vista como una técnica de organización de personas que se reunían para la realización en común de una actividad económica con miras a la obtención de un lucro ilimitado. En un principio el lucro era repartido al término del contrato social, en vista de que esa era la intención de los socios y en vista del plazo social relativamente corto. En una etapa posterior, cuando se amplía el plazo social, el socio no se contenta con un reparto tan lejano y exige un reparto periódico. Las razones son totalmente egoístas, individualistas, no toman en cuenta el interés de los otros socios. Por otra parte la actitud es liberal y no considera los intereses colectivos, ni el interés social, ni el interés de permanencia de la empresa económica ni el interés público en el crecimiento económico de las empresas. A este concepto obedecen aquellas normas que como nuestro artículo 120 del Código de Comercio, o el de la Ley General de Sociedades Mercantiles de México, o el 164 del Código de comercio italiano de 1882, que hoy no está vigente, o el artículo 292 del Código de comercio de Venezuela, para citar algunos casos, establecen simplemente que "las acciones deben ser de igual valor y dan a sus tenedores iguales derechos, salvo pacto en contrario".

De las disposiciones anteriores se ha deducido, tomando en cuenta también que el socio participa en el contrato de sociedad con el ánimo de obtener ganancias ilimitadas, que tiene la facultad de pedir que se reúna la Asamblea para que delibere sobre el balance, lo apruebe y reparta las utilidades, sin que sea facultad de la Asamblea negarse a hacer esa repartición.

Es la anterior la opinión, por ejemplo de Mantilla Molina, para el derecho mexicano; cuando dice: "Tampoco puede la sociedad negar a los socios la porción que les corresponda de las utilidades que resulten del balance aprobado y, salvo lo que dispongan los estatutos, ningún órgano social puede negar o aplazar el reparto de las ganancias obtenidas, pues ello sería desconocer un derecho de los socios, cuya eficacia quedaría al arbitrio del obligado." (Derecho Mercantil, Porrúa, México, 1953, 192 p.).

Es claro que, siguiendo este sistema, el socio podría demandar a la sociedad para el pago de sus dividendos o impugnar la deliberación de la asamblea. Esta fue la doctrina dominante durante largo tiempo en Francia (Domenico Pettiti, *Contributo allo studio del diritto dell'azionista al dividendo*; Giuffrè, Milano, 1957, Nota 32) y en Alemania. Conforme a esta posición la deliberación de la Asamblea tiene un carácter meramente declarativo y no constitutivo del derecho del socio al dividendo, el que nace del hecho simple de que la sociedad, en el período respectivo, alcance utilidades.

En una etapa posterior, algunas legislaciones, para reforzar este derecho del socio, incluyeron disposiciones más claras: Así, la legislación suiza contiene una disposición que manifiesta: "Cada accionista tiene derecho a una parte proporcional de los beneficios a repartir entre los accionistas, conforme a la ley y al estatuto". Claro que debo agregar que los alcances de esa disposición suiza se ven limitados por otras que permiten a los administradores la creación de reservas ocultas y a la asamblea la creación de reservas facultativas no previstas o superiores a las legales o a los estatutarios.

Una norma similar a la suiza tiene la legislación italiana. En efecto, el artículo 2350 del Código Civil, manifiesta: "cada acción atribuye el derecho a una parte proporcional de las utilidades netas, salvo los derechos establecidos a favor de especiales categorías de acciones". Con base en esa norma han considerado algunos que el socio tiene un derecho al dividendo que no puede ser derogado ni por una deliberación mayoritaria de la Asamblea (Ver Alessandro Graziani, *Diritto delle Società*, Morano, Nápoli, 1963, 297 y Pettiti, op. cit.).

Sin embargo, esta posición se ha ido paulatinamente modificando. Y el origen o causa del cambio radica en el cambio de posición con respecto a lo que es la sociedad anónima: en un primer momento, hemos visto, la sociedad anónima es considerada como una técnica de organización de personas, "es el grupo constituido por las personas que se han asociado. El conjunto de reglas, de mecanismos y de técnicas que han sido imaginadas y puestas en su sitio por el legislador tienen como finalidad insuflar la vida a ese grupo y permitirle su expresión y su acción" (Paillusseau J. J., *La société anonyme*). Como ha sido señalado, el derecho civil no conocía el empresario; conocía solamente el propietario y en consecuencia hizo de la sociedad un propietario.

Esta concepción ha sido construida sobre ciertos postulados; entre ellos, la homogeneidad de deseos, de fines y de voluntades, de los socios. Sin embargo, la práctica se ha encargado de demostrar que esos fines, deseos y voluntades de los socios no son homogéneos y la evolución de la sociedad anónima ha demostrado que su naturaleza es más que un simple contrato entre los socios. Se ha llegado a la conclusión que la sociedad anónima es una técnica de organización de la empresa: "es el conjunto de reglas jurídicas, de técnicas y de mecanismos destinados a permitir la organización jurídica y la vida de una forma de producción o de distribución, de un organismo económico: la empresa".

¿Y qué es la empresa? La empresa es la célula básica de la economía, como afirman los economistas. Es por así decirlo, la materia prima con que trabaja el economista. La empresa es la organización profesional de los factores de la producción tendiente al cambio o a la producción para el cambio, de bienes o servicios.¹

De estas concepciones se salta inevitablemente a la afirmación de que, si la S. A. es una técnica de organización de la empresa económica, visto que en el concepto de empresa económica se encuentran mezclados los intereses tanto de los accionistas como de los trabajadores, de los proveedores, de los acreedores de los consumidores de la sociedad así como del Estado, por razones económicas obvias, además del interés que cada uno de esos sectores del proceso económico tiene en la sociedad, *existe un interés nuevo que se ha dado en llamar interés social* que no es ni el interés de todos los socios juntos, ni el interés de la sociedad, ni el interés de cada uno de los sectores por separado, sino el interés de la empresa misma, como organismo económico; un interés que es, digámoslo así, el equilibrado resultado de todos los intereses en juego. No son, se dice, entonces antagónicos los socios pues en la sociedad no radica sólo su interés egoísta sino también el de los trabajadores, como factor de la producción y en general el de la colectividad y sus elementos, representada por el Estado.

La consecuencia práctica es que las decisiones de los socios no deben ser contrarias al interés social. Y como corolario de esto, por una parte hay que reconocer que el interés de permanencia y de fortalecimiento económico de la empresa está por encima de los socios en obtener dividendo y por otra, que las decisiones de mayoría tendientes al fortalecimiento económico de la empresa no pueden ser impugnadas por la minoría descontenta y egoísta. La sociedad no es ya un contrato para la unión de medios económicos con miras a obtener un lucro ilimitado a repartir entre los socios como en los tiempos en que las sociedades se constituían por 5, 10 ó 12 años, sino la *unión de medios para la realización de una actividad económica*. Sigue siendo un fin *natural* de la sociedad anónima la consecución de utilidades para repartir a los socios pero ese fin está subordinado a concepciones más amplias, como el desarrollo económico, el bien común, el aumento del producto nacional bruto per cápita, etc.

Lo importante es que estas nuevas concepciones se han ido infiltrando paulatinamente en las legislaciones y han creado trascendentales cambios, como por ejemplo, la modificación del equilibrio de poderes dentro de la sociedad anónima, como ha sucedido primero en Inglaterra y luego en los Estados Unidos de Norteamérica, en donde el máximo poder no es ya la Asamblea General de accionistas sino del Board of

¹ Empresa es la "unidad que alquila los servicios de los factores de la producción y los utiliza para producir bienes y servicios que vende a otras empresas, a las economías domésticas o a la administración pública". Richard G. Lipsey, *Introducción a la economía positiva*, Vincens, Barcelona, 1977-78.

Directors. La misma actitud siguieron Alemania en su ley de sociedades anónimas de 1937, ratificada por la ley de 1965 que hace del Vorstand o Directorio, el órgano máximo de la Sociedad, y la nueva ley francesa de julio de 1966, que le da al Consejo de administración o al Directorio, según sea el caso, todos los poderes que no estén expresamente fijados por la ley a las asambleas de accionistas (poderes o potestades residuales).

Otro cambio introducido por las nuevas doctrinas se refiere al concepto de sociedad anónima unipersonal: en efecto, si se supera la concepción contractual que hizo siempre pensar al legislador y a la doctrina que no se podría permitir una sociedad anónima con un solo socio pues entonces ya no había contrato, que por definición significa dos partes o más, y se llega a concebir la sociedad anónima como una técnica de organización de la empresa, ya no importa que todas las acciones estén en una sola mano.

Pero el punto que nos interesa es ver como la nueva concepción de la sociedad anónima modifica también la naturaleza del derecho del socio al dividendo y por ende los derechos de la sociedad sobre las utilidades.

Revisemos rápidamente algunos ejemplos.

El 18 de diciembre de 1936 se reforma en Suiza el artículo 631 del Código General de las obligaciones, ampliando los poderes de la sociedad en cuanto a la constitución de reservas, lo que implica conceder el derecho de disponer libremente de las utilidades e incluso de no repartirlas. Los tribunales se han encargado de establecer límites a ese derecho o más bien de colocarlo en su justo término y así han dicho que es a la sociedad a la que le incumbe demostrar la necesidad económica de crear reservas a costa de los dividendos de los socios, que la acumulación de los dividendos sólo es posible cuando exista una alta utilidad social y que el Consejo de Administración debe informar a la Asamblea de las reservas ocultas, a fin de evitar duplicidades; asimismo se ha considerado por parte del Tribunal Supremo que en caso de duda el interés de la seguridad de la sociedad merece una tutela preferencial respecto al interés personal de los socios; se ha sostenido también que la mera deseabilidad de ulteriores medios económicos a disposición de la sociedad sea suficiente causa para constituir reservas y no repartir las utilidades; inclusive se ha permitido no pagar dividendos por falta de efectivo o cuando, entre el día de cierre del balance con utilidades y el día de su aprobación y distribución de utilidades, sobreviene una pérdida.

Un fenómeno similar se ha producido en el Derecho alemán. Bajo el imperio del Código de Comercio —vigente, en materia de sociedades comerciales, desde finales del siglo pasado hasta 1937— se consideró que la Asamblea general no podía crear reservas facultativas a no ser que así lo autorizara el estatuto, permitiéndosele en consecuencia al socio impugnar la deliberación de la asamblea a fin de obtener un pronunciamiento que obligara a ésta el reparto de las utilidades. La ley de sociedades alemana de 1937 en cambio, no sólo hizo del Vorstand o Directorio el órgano máximo de la sociedad, al que le corresponden todas las atribuciones no concedidas expresamente a otro órgano, sino que le dio al Directorio, bajo

la aprobación del Aufsichtsrat o Consejo de Vigilancia, la confección del balance —y por ello la decisión sobre el reparto de las utilidades— no correspondiendo a la asamblea más que el derecho de conocer el balance, pero no modificarlo. La asamblea distribuye la utilidad que el Directorio haya decidido repartir, salvo que el estatuto la autorice a crear a su vez reservas, caso en el cual el socio no puede impugnar la deliberación de mayoría. La nueva ley de sociedades anónimas alemana de 1965 modifica poco el punto. En efecto, concede poderes omnímodos al Vorstand para que disponga del 50% de utilidades de poderes también omnímodos a la Asamblea.

En cambio obliga a la sociedad a repartir un dividendo cuando así lo permitan las utilidades, de al menos un 4% del valor nominal de la acción pero presupone además (Ernst von Clemmter, *La reforma tedesca delle società per azioni del 1965*, "Riv. Soc.", 1967, 165 S.S.) que según la prudente apreciación del comerciante medio, la constitución de reservas no sea necesaria para asegurar la existencia y la validez de la sociedad por un período de tiempo determinable en relación a las exigencias económicas y financieras (parágrafo 254). O sea que la Asamblea puede incluso, bajo ciertos presupuestos no repartir ni siquiera el 4% dicho.

En Francia el fenómeno ha sido similar. En una primera época se afirmaba que, a "falta de una específica cláusula estatutaria" la Asamblea no tenía poderes soberanos en cuanto a la distribución de las utilidades no pudiendo en consecuencia crear la sociedad reservas, ocultas ni aparentes, si no eran previstas por el estatuto expresamente. En época posterior el criterio se modificó un poco y "sobre la base del principio que el interés de los socios prevalece sobre el de la sociedad y que el socio deviene tal para percibir periódicamente un dividendo" se consideró que la asamblea podía pasar utilidades a reservas solamente en casos "controlables judicialmente". Más adelante el cambio es más importante: se llega a sostener el derecho de la Asamblea a la constitución de reservas con utilidades con la única condición de que sean constituidas en interés de la sociedad y no en beneficio de unos socios con exclusión de otros. Es bien sabido por ejemplo, que a algunos socios por razones tributarias, no les interesa recibir los dividendos. La tesis francesa en esta época es que el autofinanciamiento presenta ventajas económicas, sea desde el punto de vista de la sociedad, sea desde el punto de vista de la economía nacional, favoreciendo el desarrollo de las empresas y se considera —lo que es muy importante— que el silencio de los estatutos respecto a la constitución de las reservas facultativas no puede paralizar la política financiera de una sociedad". El único límite es la prohibición expresa del estatuto.

Incluso se ha afirmado en Francia, que la ley no contiene una disposición expresa que obligue al reparto periódico de los dividendos; que debe hacerse diferencia entre el derecho abstracto al dividendo (derecho a que la sociedad funcione de manera lucrativa) y el derecho concreto al dividendo, haciéndose ver que "la asamblea de accionistas no podría suprimir a los asociados su derecho a los beneficios, pero sí podría modificar la forma en que ese derecho se puede ejercer".

Finalmente, la ley francesa de Sociedades comerciales de julio de 1966, incorporó totalmente la posición moderna estableciendo en su artículo 347 que "después de la aprobación de las cuentas y constatación de la existencia de sumas distribuibles, la asamblea general determina la parte a conceder a los asociados en forma de dividendos".

Comentando esta disposición afirma Vuillermet, (*"Droit des sociétés commerciales"*, Dunod, Paris, 1969, 92-93") que "el beneficio neto del ejercicio puede ser, sea conservado en reserva en la sociedad, sea distribuido a los asociados, ... sea incluso afectado en proporciones variables a una y otra cosa. Siempre que sean observadas las disposiciones legales y las prescripciones estatutarias eventuales, la decisión pertenece a la asamblea general de asociados que aprueba las cuentas del ejercicio".

"Según la jurisprudencia —sigue diciendo Vuillermet— los asociados minoritarios podrían ejercer un recurso por abuso de derecho, cuando en contra de su interés el grupo mayoritario practique una política de reservas sistemáticas de beneficios, no requerida por el interés de la sociedad".

Pero debe recalarse que la jurisprudencia demuestra que la Corte de Casación francesa se muestra sumamente rigurosa en cuanto a la prueba del abuso del derecho, (Vuillermet, op. cit., 486).

Efectivamente, "de una manera general, los autores subrayan que la noción de abuso de derecho no debe implicar una intromisión de los tribunales en la gestión de las sociedades; que los jueces deben fundar sus decisiones sobre criterios objetivos y no sobre consideraciones subjetivas de política financiera, las que no son sino del resorte de los dirigentes sociales".

Comentando Gay de Montellá la moderna ley española de julio de 1951, sostiene para el derecho español, el derecho inalienable del socio al dividendo, pero pone en duda en cambio el derecho del socio al reparto periódico y obligatorio de las utilidades (*Tratado de Sociedades Anónimas*, Bosch, Barcelona, 1961, 464, s.). Jesús Rubio (*Curso de Derecho de Sociedades Anónimas*, Ed. de Derecho Financiero, Madrid, 1967, 292, s.) es más explícito cuando afirma que, conforme a la ley de Sociedades anónimas es la junta general la que decide sobre el reparto de dividendos, pero tomando en cuenta que el destino normal de éstos es la distribución entre los socios. A propósito, dice este autor, "Se trata de una cuestión de medida sobre la que habrán de resolver los tribunales en cada caso, atendiendo a las circunstancias concretas y sobre todo, al interés social que no podrá ser lesionado, ni en uno ni en otro sentido, en beneficio de un grupo de socios" (op. et. loc. cit.).

En Italia, en los últimos tiempos y a pesar de que el artículo 2350 del Código civil establece que cada acción atribuye el derecho a una parte proporcional de las utilidades netas, la doctrina se ha encargado de fortalecer el valor del artículo 2433 que dice: "La asamblea que aprueba el balance decide sobre la distribución de las utilidades a los socios". En efecto comentando este artículo la doctrina italiana, en general, en los últimos tiempos, se inclina por considerar el derecho del socio al dividendo como un derecho abstracto no percible sino dentro de los límites acor-

dados por la Asamblea, la que tiene facultades para disponer de las utilidades siempre que al hacerlo no actúe de mala fe, o no lo haga como maniobra para dañar a los socios minoritarios, obligándolos, por ejemplo, a deshacerse de sus acciones (Francesco Ferrara jr. *Gli imprenditori e le società*, Giuffrè, Milano, 1962, 517) y en general se ha dicho que es aconsejable mantener y ampliar las reservas de la sociedad con el fin de reforzar el patrimonio social frente a las cambiantes vicisitudes del comercio (Alfredo de Gregorio, *Corso di Diritto Commerciale*, Società Editrice Dante Alighieri, cit. di Castillo, 1967, 344) y que el interés del socio al dividendo está subordinado al interés de la sociedad cuando así lo impongan evidentes razones de utilidad social. (Ferri, *Manuale di Diritto Commerciale*, UTET, Tomo, 1968, 321).

Antes de terminar esta parte de Derecho comparado y analizar el problema en Centroamérica y particularmente en Costa Rica, agreguemos que el mismo proceso se ha realizado en México y en América del Sur. Véamos algunos casos. Joaquín Rodríguez, considera a pesar del texto de la ley mexicana, que "el derecho al dividendo es un derecho-poder patrimonial y principal; pero la calidad de socio no concede, sin más, derecho a obtener participación en las utilidades. El accionista no tiene el Derecho a participar en los beneficios que arroje el balance sino después de la aprobación de éste, si la Asamblea General acuerda la distribución de todos o parte de ellos". (*Tratado de Sociedades Mercantiles*, Porrúa, México, 1965, I, 397) "El Derecho al dividendo —sigue diciendo Rodríguez— como derecho abstracto, consiste en el que tiene cada accionista de pedir que la Junta General resuelva sobre la distribución del dividendo; es un derecho que se ejerce ante la Asamblea; una vez aprobada por ésta la distribución, surge un derecho de crédito del accionista, frente a la sociedad". (op. et. loc. cit.). Veremos como el Prof. Rodríguez trasladó su interpretación de la ley mexicana, a un texto expreso en el artículo 144 del Código de Comercio hondureño de 1950 y como el legislador costarricense perfeccionó la norma en el Código de comercio de Costa Rica, de 1964.

Pero antes revisemos el sistema argentino y el chileno, rápidamente. Para el primero dice Malagarriga (Carlos Malarriga, *Tratado Elemental de Derecho Comercial*, TEA, Buenos Aires, 1958, 493) "La Asamblea puede modificar la propuesta del Directorio sobre distribución de utilidades y aún resolver que no se efectúe pago de dividendos". (Ver también Efraín Hugo Richard "*Derechos Patrimoniales de los accionistas en las S. A.*", Lerner, Buenos Aires, 1970, 129 y s.s.).

En cuanto a Chile la solución al problema es la misma que hemos visto como más moderna. El profesor Chavarría hace al respecto un planteamiento muy interesante (*Manual de Derecho Comercial*, Imprenta Clarasó, Barcelona, 1969, 363). Para él la forma en que se regula el derecho del socio al dividendo en los diversos sistemas legislativos depende de las tendencias y situación económicas nacionales. "De lo dicho anteriormente —manifiesta (op. et. loc. cit.)— se desprende que el derecho al dividendo no puede ser asegurado a los socios en forma irrestricta y según la

medida en que la sociedad anónima esté cumpliendo y colaborando en una política estatal, de dimensiones nacionales o internacionales, de ello dependerá la amplitud en que se reconozca a los accionistas la posibilidad de exigirlos". Con base en estas consideraciones es posible afirmar que en Chile la Asamblea tiene plenas facultades para disponer de las utilidades, salvo lo dispuesto por el artículo 112 de una ley reciente que obliga al reparto al menos de un 30% de aquellas entre los socios. Debo aclarar que la solución chilena es un poco confusa por carencia de pronunciamientos claros en su legislación y en su doctrina.

En los países anglosajones, como ya lo había adelantado, estas tesis son viejas. En Inglaterra, en 1902, en el caso *Bond N. Barrow Haematite Steel Co.* se decidió que la compañía no tiene la obligación de declarar en dividendo al menos que esté obligada a ello por la escritura social. La escritura social comúnmente da poderes para declarar un dividendo, a la asamblea general, e incluso es normal la inclusión de una cláusula en el sentido de que el monto repartido de dividendos no debe superar aquél recomendado por el Consejo Directivo (E. Album y R. Samuels, *Company Law*, Sweet and Maxwell Limited, (Nutshell Series), London, 1968, 60).

En los Estados Unidos de Norteamérica, como hemos visto la decisión sobre el reparto de las utilidades pertenece al Directorio, no a la Asamblea.

En esa decisión el Directorio es soberano con la sola restricción de no incurrir en abuso de su discrecionalidad. Los tribunales no intervienen, consecuencia, pues se considera que la decisión sobre el reparto de dividendos se funda en razones de índole económico, tributario y aún política, cuya comprensión pertenece a los directores mejor que a los tribunales.

Sin embargo en *New England Trust Co. vs. Penolscot Chemical Fibre Co.*, 1946 y en *Crocker vs. Waltham Watch Co.*, 1944 se decidió que si los "articles" o escritura social disponen que el Directorio, previa comprobación de la existencia de utilidades, deba repartir dividendos, esta cláusula no puede ser violada.

En *Gottfried vs. Gottfried*, New York, 1947, se decidió que está justificada la intervención de los tribunales cuando el Directorio actúe de mala fe. Por ejemplo, si se comprueba una intensa hostilidad del Directorio hacia los accionistas de minoría; o cuando haya altas remuneraciones a los directores y a los funcionarios superiores o en caso de retención de utilidades para ahorrar impuestos a los accionistas de mayoría, quienes por sus altas rentas, podrían ver aumentada la progresión de su impuesto personal si recibieran un dividendo; o en casos de "close corporations" cuando la mayoría, usando una política restrictiva de dividendos, intenta compeler a la minoría a la venta de sus acciones.

Un caso particularmente interesante es aquél cuando la sociedad acumula, por encima de sus necesidades, en exceso grandes cantidades de ganancias, máxime si dichas ganancias están en efectivo o en bienes fácilmente liquidables. Así se resolvió en *Whitemore vs. Continental Mills*, Maine, 1951. Es famoso, en cuanto a esta causa válida de intervención

de los tribunales el caso Dodge vs. Ford Motor Co., Michigan, -919, y que vol a citar rápidamente. (Manuel Vargas Vargas, *La Sociedad Anónima en el Derecho Anglo norteamericano*, Ed. Jurídica de Chile, 1964, 174 y ss.). "En la época en que se produjo el caso la Ford Motor Co. era una "clase corporation" manejada omnímodamente por Henri Ford, dueño del 58% de su capital de \$2.000.000, quien en ese entonces realizaba la labor de poner a los Estados Unidos sobre ruedas. Eran los tiempos fabulosos del "Modelo T", cuando Ford se complacía en decir que sus clientes podían elegir libremente el color de su automóvil, con tal que fuera negro, porque una demanda tremendamente superior a la oferta podía permitir tal monotonía.

"Al 31 de julio de 1916 la Ford Motor Co. tenía excedentes acumulados por valor de \$ 112.000.000, su utilidad neta anual era por lo menos de \$ 60.000.000 y en su activo tenía dinero efectivo y bonos municipales de fácil realización por valor de \$ 54.000.000

"En esa época Ford tenía un ambicioso plan de expansión y de rebaja del precio de sus automóviles, de \$ 440 a \$ 360. Esta rebaja se proyectaba en un momento en que los 600.000 vehículos que la fábrica podía producir anualmente podían venderse sin dificultad a \$ 440.

"Los hermanos Dodge, cuyo nombre también se identifica con una marca de automóviles, eran accionistas minoritarios de la Ford Motor Co. Su interés ascendía a un 10% y concurrieron a los tribunales a fin de que ordenaran a Ford el reparto de un dividendo.

"Durante la secuela del juicio, Ford dejó en claro que los accionistas habían sido generosamente tratados en el pasado, con un dividendo del 5% mensual y dividendos especiales de fin de año, y agregó que, a fin de realizar su plan de expansión y de rebaja de precios, pensaba eliminar los dividendos de fin de año y mantener los dividendos del 5% mensual. Todo ello a pesar del enorme excedente acumulado y a pesar de que gran parte de él no se necesitaba para la expansión.

"Con respecto al plan de expansión Ford dijo textualmente: "Mi ambición es dar más trabajo a más personas todavía; extender los beneficios de este sistema industrial al mayor número posible, ayudándoles a construir sus vidas y sus hogares. Para hacer esto estamos poniendo la mayor parte de las ganancias en el negocio".

"En cuanto a la reducción en el precio de los automóviles, el punto de vista de Ford era el de que su empresa había ganado mucho dinero y que, no obstante que todavía podía hacer grandes ganancias, estas debían compartirse con el público, precisamente reduciendo los precios".

"Un tribunal de equidad de Michigan condenó a los demandados, la sociedad y su consejo de administración, a repartir \$ 19.000.000 a título de dividendos, a sus accionistas por cuanto —dijo la Corte— "una sociedad no se constituye ni existe sino en beneficio de los accionistas. Los poderes de los administradores deben tender a la realización de ese fin. Su poder discrecional debe dirigirse a la escogencia de los medios apropiados para la realización de ese fin pero no puede llegar hasta la producción de

cambios en el fin mismo, o hasta la no declaración y la no distribución de dividendos entre los accionistas para afectar las ganancias a otros fines". (Jean Chamboulive, *La direction des sociétés par actions aux Etats Unis d'Amérique*, Sirley, Paris, 1964, 85).

Con lo anterior completamos un panorama suficientemente vasto sobre la naturaleza del problema del derecho del socio al dividendo, su evolución en los últimos tres cuartos de siglo y su estado actual, tanto en los derechos romanistas como en los sistemas del "common law".

Véamos ahora cuál es el panorama en Centroamérica.

*Nicaragua:**

Conforme al artículo 240 del Código de comercio, si bien el socio no puede exigir que la compañía le devuelva el valor de su aporte, salvo en sede de liquidación y en proporción, sí tiene el derecho de percibir la ganancia líquida con las limitaciones de ley o estatutarios.

El código no se refiere más que a la reserva legal, en el artículo 249.

Pareciera que el derecho subjetivo no condicional y concreto, del socio al dividendo es independiente de toda decisión asamblearia, la que se realizaría como un mero acto formal declarativo, no pudiendo la asamblea negar la distribución de las utilidades. En ese sentido pareciera que debe interpretarse el artículo 257 del Código de comercio que dispone que "a la Junta General corresponde el examen y aprobación del balance respectivo y la distribución de ganancias".

De modo que, en caso de no distribuir la Junta las utilidades o en caso de que los distribuya sólo en parte, el accionista podría impugnar la deliberación, pudiendo pedir la suspensión de su ejecución y su declaración de nulidad (art. 261).

El Salvador:

La situación salvadoreña cambia un poco respecto a Nicaragua. El artículo 17 del Código de Comercio establece que "Sociedad es el ente jurídico resultante de un contrato solemne, celebrado entre dos o más personas, que estipulan poner en común bienes o industria, con la finalidad de repartir entre sí los beneficios que provengan de los negocios a que van a dedicarse". Evidentemente esta disposición no crea sino un derecho abstracto a la utilidad sin decidir cuando ni bajo qué supuestos el socio tiene derecho al dividendo.

El artículo 35 fija las reglas del reparto de utilidades pero no resuelve nada sobre el derecho del socio al dividendo y su naturaleza. El artículo 38 fija el principio sano y protector de integridad del capital social: no se pueden pagar dividendos sino sobre utilidades efectivamente maduradas.

* Este estudio fue realizado antes del triunfo de la Revolución Sandinista.

El artículo 39 fija la reserva legal pero no dice nada sobre reservas ocultas o facultativas.

Creo que en el Derecho Comercial salvadoreño la clave la da el artículo 165 del Código de Comercio, cuando dispone que "todo accionista tiene derecho a pedir que la Junta General que se reúna para la aprobación del Balance y Estado de Pérdidas y Ganancias, delibere y resuelva sobre la distribución de las utilidades que resultaren del mismo". En mi criterio, no tendría sentido la facultad de resolver sin un poder discrecional de decidir el no reparto total o parcial de las utilidades.

En consecuencia, un derecho de crédito del socio al dividendo no surge sino cuando la *resolución* que la Asamblea acuerde en uso de sus facultades potestativas, sea de reparto total o parcial de las utilidades.

Guatemala:

El artículo 38 del Código de Comercio, inciso 4, da derecho al socio de reclamar contra la forma de distribución de las utilidades o pérdidas. Es mi criterio que esta disposición no lleva sus alcances hasta el poder reclamar, en caso de que el acuerdo sea no repartir o repartir parcialmente las utilidades. Con base en este artículo el socio simplemente puede reclamar contra la forma de distribución entre los diversos acreedores a dividendos, pero no contra la resolución de distribuir o no distribuir o de distribuir sólo parcialmente.

Por otra parte el artículo 105 no concede un derecho de crédito sino sólo "el derecho de participar en el reparto de utilidades" si se acuerda repartirlas.

Por otra parte, como en el caso de la legislación salvadoreña, en la guatemalteca, el socio, por el artículo 139, tiene únicamente derecho a pedir que la Asamblea General ordinaria *resuelva* sobre la distribución de utilidades, pero no tiene derecho a exigir el reparto. Efectivamente, pareciera, del texto del artículo 134, inciso 3º, que la Asamblea es soberana para resolver acerca del proyecto de distribución de utilidades que le presentan los administradores a su consideración.

Honduras:

Toda esta situación ambigua e incierta de Nicaragua, El Salvador y Guatemala, se aclara en el Código de comercio de Honduras. El artículo 142 establece que "todo socio tiene derecho a pedir que la Asamblea General que se reúna para la aprobación del balance delibere sobre la distribución de las utilidades que resultaren del mismo" agregando luego el artículo 144 que, "acordado por la Asamblea General la distribución de utilidades, el socio adquiere frente a la sociedad un derecho de crédito para el cobro de los dividendos que le correspondan".

Costa Rica:

Finalmente, el caso más claro de la facultad omnimoda de la Asamblea para resolver si reparte o no las utilidades y en el primer caso,

en qué monto, es el de nuestro Código de Comercio, artículo 143 que reza textualmente así: "Artículo 143: Si una vez hechas las reservas contempladas en la escritura social la Asamblea General acordare la distribución de las utilidades netas entre sus accionistas, el socio adquirirá frente a la sociedad un derecho para el cobro de los dividendos que le correspondan".

La claridad del precepto es evidente.

La Asamblea tiene facultades ilimitadas para decidir sobre las utilidades y acordar o no el reparto de dividendos y su proporción, si así lo exige el interés social.

Esta interpretación del artículo 143 ha sido puesta en tela de juicio algunas veces. Sin embargo, creo que no caben dudas al respecto. El Proyecto de Código de comercio Zurcher-Valle contenía la disposición 449 que rezaba así: "Acordada por la Asamblea General la distribución de utilidades, el socio adquiere frente a la sociedad un derecho de crédito para el cobro de los dividendos que le correspondan". Hasta aquí no se trata sino de una copia textual del artículo 144 del Código de comercio de Honduras, cuyo sentido ya hemos analizado y que en síntesis confiere al socio un derecho al dividendo bajo la condición de que la Asamblea General acuerde el reparto de las utilidades. Es claro que antes de tal acuerdo el socio no tiene ningún derecho subjetivo al dividendo ni está legitimado para demandar el pago del mismo puesto que las facultades de la Asamblea son discrecionales.

Pero acto seguido los redactores del Proyecto, sin considerar la evidente contradicción en que estaban incurriendo, agregaron el siguiente párrafo: "Habiendo utilidades la Asamblea está obligada a repartirlas, una vez hechas las reservas legales y las permitidas en los estatutos".

La contradicción es evidente y no me explico cómo los redactores del Proyecto confeccionaron así el artículo: En todo caso el legislador eliminó ese agregado y, para no dejar duda sobre el significado del artículo mejoró la redacción hondureña diciendo claramente que el socio adquiere un derecho de crédito contra la sociedad solamente *si* la Asamblea decide la distribución de las utilidades. De aquí en adelante toda discusión es superflua.

Ahora bien. Acordada la distribución el socio se convierte en un acreedor, como cualquier otro, de la sociedad, quedando facultado para reclamar el pago. Ninguna legislación ha constituido el título del socio en título ejecutivo expresamente. Todo depende, a mi entender, del sistema empleado para el cobro de los dividendos: Así por ejemplo, algunas legislaciones autorizan la emisión de cupones para el cobro de los dividendos. Se discute si esos cupones son o no títulos valores y en todo caso el reconocimiento de ese carácter no lo convierte automáticamente en título ejecutivo, pues la ejecutividad del título proviene de la atribución que la ley expresamente le dé al título mismo. En consecuencia, conforme al artículo 425 del Código de Procedimientos Civiles el derecho de crédito del accionista contra la sociedad no es un título ejecutivo. Luego, el reclamo del dividendo deberá hacerse en la vía ordinaria.

En todo caso, el accionista, una vez acordado el reparto del dividendo se le reconoce su derecho a participar en la quiebra de la sociedad, como acreedor de la masa (art. 894, inciso c) del Código de Comercio) como acreedor común, según el caso.

Analicemos ahora el supuesto de que la sociedad decida no repartir las utilidades o reparta solamente una parte sin que le asista verdaderamente la razón de hacerlo en defensa del interés social. Qué vía le queda al socio para defender sus derechos al respecto?

En primer término digamos que la acción para impugnar las deliberaciones de la Asamblea no es una acción popular sino individual. Por otra parte, no existiendo un procedimiento especial para tramitarla deberá serlo en la vía ordinaria y, conforme al artículo 179 del Código de Comercio, corresponde conocer del respectivo juicio ordinario de nulidad al Juez del domicilio de la sociedad.

El problema lo plantea la forma restrictiva del artículo 176 del Código de Comercio que reduce a 3 las causas de nulidad de los acuerdos de Asamblea. Sin embargo, una adecuada interpretación del inciso a) que establece que el acuerdo asamblear será nulo cuando la sociedad no tuviere capacidad legal para adaptarlo, y del inciso c) que manifiesta que los acuerdos de asamblea serán nulos "cuando fueren incompatibles con la naturaleza de la sociedad anónima podrían resolver el caso...". Es evidente que la repartición de utilidades es un elemento normal del contrato de sociedad y la Asamblea solamente puede restringir los efectos de ese elemento cuando razones de interés social indiquen la necesidad de hacerlo. De lo contrario sus resoluciones serán incompatibles con la naturaleza de la sociedad anónima.

Por otra parte, considero también, que una interpretación adecuada del artículo 178 podría permitir la acción ordinaria necesaria al socio en este caso. El supuesto básico de este artículo es que la Asamblea haya violado algún precepto legal. Creo que una acuerdo asambleario que sin mediar un interés social decida no repartir utilidades o repartirlas sólo en parte viola el derecho natural del socio a percibir periódicamente una renta de su inversión, derecho que se desprende de la naturaleza misma del contrato de sociedad.

Por otra parte, tal resolución iría contra la equidad y violaría en consecuencia el artículo 1023 del Código Civil, norma integrada al Derecho Comercial, según el artículo 2 del Código de Comercio. El artículo 1023 citado establece que los contratos obligan tanto a lo que se expresa en ellos como a las consecuencias que la equidad... hace nacer de la obligación, según la naturaleza de ésta. Creo que una resolución de Asamblea que sin mediar un interés social, niegue el reparto de las utilidades en alguna forma, infringe el artículo 1023 del Código Civil, por violación de un elemental principio de equidad y en consecuencia puede ser impugnado con base en el artículo 178, inciso a) del Código de Comercio.

INDUSTRIALIZACION, DESARROLLO Y DELINCUENCIA VIOLENTA*

El caso de San José de Costa Rica

*Dr. J. Enrique Castillo Barrantes***

* Este ensayo fue escrito en 1980.

** Profesor Asociado de Derecho Penal y Sociología Criminológica, Universidad de Costa Rica.