

UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
ESCUELA DE ESTUDIOS DE POSTGRADO
MAESTRÍA EN DERECHO MERCANTIL Y COMPETITIVIDAD



**EL DESEMBOLSO DENOMINADO
ANTICIPO A UTILIDADES EN LAS SOCIEDADES
ANÓNIMAS EN GUATEMALA**

LICENCIADA

CLEMEN VANESSA JUÁREZ MIDENCE

GUATEMALA, JUNIO DE 2019.

UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
ESCUELA DE ESTUDIOS DE POSTGRADO
MAESTRÍA EN DERECHO MERCANTIL Y COMPETITIVIDAD

**EL DESEMBOLSO DENOMINADO ANTICIPO A UTILIDADES
EN LAS SOCIEDADES ANÓNIMAS EN GUATEMALA**

TESIS

Presentada a la Honorable Junta Directiva

de la

Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales

de la

Universidad de San Carlos de Guatemala

Por la Licenciada

CLEMEN VANESSA JUÁREZ MIDENCE

Previo a conferírsele el Grado Académico de

**MAESTRA EN DERECHO MERCANTIL Y COMPETITIVIDAD
(Magister Scientiae)**

Guatemala, junio de 2019

**HONORABLE JUNTA DIRECTIVA
DE LA
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
DE LA
UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA**

DECANO: Lic. Gustavo Bonilla
VOCAL I: Licda. Astrid Jeannette Lemus Rodríguez
VOCAL II: Lic. Henry Manuel Arriaga Contreras
VOCAL III: M. Sc. Juan José Bolaños Mejía
VOCAL IV: Br. Denis Ernesto Velásquez González
VOCAL V: Br. Abidán Carías Palencia
SECRETARIO: Lic. Fernando Antonio Chacón Urizar

CONSEJO ACADÉMICO DE ESTUDIOS DE POSTGRADO

DECANO: Lic. Gustavo Bonilla
DIRECTOR: Dr. Luis Ernesto Cáceres Rodríguez

TRIBUNAL EXAMINADOR

PRESIDENTE: Dr. Carlos Waldemar Melini Salguero
VOCAL: Dra. Sonia Judith Alvarado López
SECRETARIO: M. Sc. Raúl Armando Búcaro López

RAZÓN: “El autor es el propietario de sus derechos de autor con respecto a la Tesis sustentada”. (Artículo 5 del Normativo de Maestría y Doctorado de la Universidad de San Carlos de Guatemala, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Escuela de Estudios de Postgrado).

M.s.C. Raúl Armando Búcaro López.
Abogado y Notario.
Maestro en Derecho Constitucional.

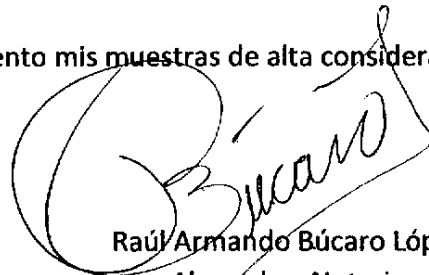
Guatemala, 10 de mayo del 2019.

Dr. Luis Ernesto Cáceres Rodríguez.
Director de la Escuela de Estudios de Postgrado.
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales.
Universidad de San Carlos de Guatemala.

Estimado Director:

Tengo el honor de hacer de su elevado conocimiento de que la estudiante de Maestría en Derecho Mercantil y Competitividad, Licenciada Clemen Vanessa Juárez Midence, atendió las recomendaciones del Tribunal Examinador de Tesis efectuado el día 5 de abril del año en curso, entre las recomendaciones efectuadas por el Tribunal Examinador, se pidió el cambio de título del trabajo de investigación cualitativa, originalmente denominado: "Licitud del Reparto de Anticipo a Utilidades en las Sociedades Anónimas en Guatemala", recomendación que la sustentante cumplió y propuso el título de: "El Desembolso denominado Anticipo a Utilidades en las Sociedades Anónimas en Guatemala", en consecuencia, al haber atendido la totalidad de las recomendaciones, emito dictamen favorable en razón de lo expuesto, para que se continúe con el trámite previsto en el Reglamento Interno de Tesis de la Escuela de Estudios de Postgrado, procediendo a la revisión de estilo correspondiente.

Le presento mis muestras de alta consideración y estima.



Raúl Armando Búcaro López.
Abogado y Notario.
M.s.C.

Guatemala, 10 de junio de 2019

Doctor Luis Ernesto Cáceres Rodríguez
Director de la Escuela de Estudios de Postgrado
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
Universidad de San Carlos de Guatemala
Ciudad Universitaria, zona 12

Señor director:

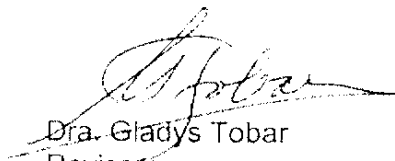
Por la presente, hago constar que he realizado la revisión de los aspectos de redacción y ortografía de la tesis denominada:

**EL DESEMBOLSO DENOMINADO ANTICIPO A UTILIDADES EN LAS
SOCIEDADES ANÓNIMAS EN GUATEMALA**

Esta tesis fue presentada por la **Licda. Clemen Vanessa Juárez Midence** estudiante de la Maestría en Derecho Mercantil y Competitividad, de la Escuela de Postgrado, de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, de la Universidad de San Carlos de Guatemala.

En tal sentido, considero que, después de realizada la corrección indicada, el texto puede imprimirse.

Atentamente,



Dra. Gladys Tobar
Revisora
Colegio Profesional de Humanidades
Colegiada 1450

Gladys Tobar Aguilar
LICENCIADA EN LETRAS
Colegiada 1450



USAC
TRICENTENARIA
Universidad de San Carlos de Guatemala

D.E.E.P. ORDEN DE IMPRESIÓN

LA ESCUELA DE ESTUDIOS DE POSTGRADO DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES DE LA UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA, Guatemala, 13 de junio del dos mil diecinueve.-----

En vista de que la Licda. Clemen Vanessa Juárez Midence aprobó examen privado de tesis en la **Maestría en Derecho Mercantil y Competitividad** lo cual consta en el acta número 41-2019 suscrita por el Tribunal Examinador y habiéndose cumplido con la revisión gramatical, se autoriza la impresión de la tesis titulada **“EL DESEMBOLSO DENOMINADO ANTICIPO A UTILIDADES EN LAS SOCIEDADES ANÓNIMAS EN GUATEMALA”**. Previo a realizar el acto de investidura de conformidad con lo establecido en el Artículo 21 del Normativo de Tesis de Maestría y Doctorado.---

“ID Y ENSEÑAD A TODOS”


Dr. Luis Ernesto Cáceres Rodríguez
DIRECTOR DE LA ESCUELA DE ESTUDIOS DE POSTGRADO



Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales

Escuela de Estudio de Postgrado, Edificio S-5 Segundo Nivel. Teléfono: 2418-8409

ÍNDICE



| | |
|--|----|
| Introducción | |
| Capítulo I: El contrato societario: su naturaleza, objeto y fin | 1 |
| 1.1 La naturaleza del contrato societario | 1 |
| 1.2 El objeto del contrato societario | 4 |
| 1.3 El fin del contrato societario | 7 |
| 1.4 Elementos del contrato societario | 10 |
| 1.4.1 La capacidad para obligarse | 10 |
| 1.4.2 Consentimiento libre de vicios | 12 |
| 1.4.3 Objeto lícito | 13 |
| 1.5 El contrato societario como contrato de organización | 15 |
| Capítulo II: Los derechos patrimoniales de los socios en la sociedad anónima | 19 |
| 2.1 Derechos patrimoniales principales | 21 |
| 2.1.1 Derecho al dividendo | 21 |
| 2.1.2 Derecho a la cuota de liquidación | 42 |
| 2.1.3 Acciones con dividendo preferente | 44 |
| 2.2 Derechos patrimoniales accesorios | 51 |
| Capítulo III: Particularidades de la utilidad y el dividendo | 53 |
| 3.1 Utilidad | 53 |
| 3.1.1 Definición | 53 |



| | |
|---|----|
| 3.1.2 Clasificación | 55 |
| 3.1.3 Destino | 57 |
| 3.1.3.1 De carácter imperativo | 58 |
| 3.1.3.2 De carácter voluntario | 60 |
| 3.1.4 Derecho a participar de las utilidades | 62 |
| 3.1.5 Requisitos para el reparto de utilidades | 64 |
| 3.2. Dividendo | 67 |
| 3.2.1 Definición | 67 |
| 3.2.2 Naturaleza Jurídica | 69 |
| 3.2.3 Clases de dividendo | 70 |
| 3.2.3.1 Clases especiales de dividendo | 72 |
| 3.2.4 Pago de dividendo | 76 |
| 3.2.5 Titularidad del pago de dividendo | 79 |
| 3.2.6 Plazo para el cobro | 81 |
| 3.2.7 Política de dividendos | 82 |
| 3.2.7.1 Tipos de política de dividendos | 83 |
| Capítulo IV: El anticipo a utilidades en las sociedades anónimas en Guatemala | 89 |
| 4.1 El problema del reparto de anticipo a utilidades | 89 |
| 4.2 Sobre la validez legal del anticipo a cuenta de utilidades | 92 |
| 4.3 Impedimento de declarar y distribuir dividendos sobre la totalidad de las utilidades percibidas por la sociedad en un ejercicio determinado | 93 |



| | |
|---|-----|
| 4.4 El requisito de que las utilidades producidas en el ejercicio social se reflejen en los estados financieros ser discutidos y aprobados por la Asamblea General de accionistas | |
| 4.5 La Asamblea debe efectivamente acordar declarar la existencia de utilidades y la repartición de los dividendos | 100 |
| 4.6 Los derechos de los accionistas respecto del dividendo | 100 |
| 4.7 Naturaleza jurídica del acto de entrega o pago de los denominados anticipos realizados a cuenta de utilidades | 107 |
| Conclusiones | 111 |
| Referencias | 113 |



INTRODUCCIÓN



Dentro de los usos y costumbres mercantiles y, en particular, dentro de la gestión de las sociedades anónimas, en la práctica, se han realizado actos que, comúnmente, se denominan: anticipo a utilidades; los cuales se concretizan en pagos a los accionistas, cuyo monto se deducirá de los futuros dividendos que les sean pagados.

En Guatemala, el artículo 35 del Código de Comercio establece la prohibición a los administradores de la sociedad, del pago de utilidades que no hubieren sido efectivamente obtenidas al final del ejercicio social y se vean reflejadas en el balance general; bajo la sanción de exigir solidariamente a los administradores y socios que las hubiesen percibido, su devolución o restablecimiento, cuanto la sociedad, los acreedores de ella y los socios disidentes así lo exijan.

En tal sentido, hay que preguntarse si tales pagos anticipados a los accionistas, realizados antes del cierre del ejercicio social y antes de ser aprobado el balance y declaradas las utilidades por la Asamblea General Ordinaria, constituyen efectivamente dividendos, es decir, si tienen la naturaleza jurídica de tales.

En caso de que la respuesta fuera afirmativa, se estaría efectivamente ante la prohibición establecida en el artículo 35 del Código de Comercio o no. Esto en



virtud de que, en general, por la falta de conocimiento y comprensión de las instituciones jurídicas, y especialmente en un ámbito dominado en la práctica por comerciantes e integrantes de otras profesiones, tiende a denominarse erróneamente a las instituciones de derecho mercantil al confundirlas con otras instituciones que pudieran ser similares o tener elementos comunes con aquellas.

La pregunta formulada se ha tratado de responder en el desarrollo de la investigación realizada en consideración al análisis de la institución objeto de la misma y a otras instituciones relacionadas que conforman su contexto; en el marco del análisis estrictamente jurídico, en concordancia con los postulados de la ciencia del Derecho y de la epistemología contemporánea.

El problema a investigar se planteó de la siguiente forma: ¿Qué sustento legal tiene el reparto de anticipos a utilidades antes del cierre del ejercicio social en las sociedades anónimas?

La hipótesis se formuló de la siguiente manera: La práctica forense ha puesto de manifiesto que las sociedades anónimas en Guatemala efectúan a sus socios un pago denominado anticipo a utilidades conforme se van generando ganancias dentro del período que comprende el ejercicio fiscal, este pago realizado a cuenta de utilidades tiene la naturaleza jurídica de un crédito, sobre todo cuando se analiza que el desembolso se realiza a cuenta de un beneficio final del mismo ejercicio fiscal y la ley no regula prohibición alguna para la realización de esta actividad en el que la sociedad se constituye en acreedora del socio.

La presente tesis consta de cuatro capítulos: en el primero se trata sobre el contrato societario, su naturaleza, objeto y fin; en el segundo se analizan los derechos patrimoniales de los socios en la sociedad anónima de forma general; en el tercero se analizan las particularidades de la utilidad y el dividendo y; en el cuatro capítulo se desarrolla el problema del denominado anticipo a utilidades en las sociedades anónimas en Guatemala, para luego arribar a una conclusión que refleje la verdadera naturaleza de la institución analizada en la investigación realizada.





CAPÍTULO I

El contrato societario: su naturaleza, objeto y fin



1.1 La naturaleza del contrato societario

En opinión Garrigues (1976) al hablar de sociedades puede entenderse esta palabra en un triple significado: “1º. Como un determinado acto contractual; 2º. La relación jurídica duradera fundada entre los interesados a virtud del contrato de sociedad y; 3º. La persona jurídica resultante del contrato” (Pp. 327-328).

Continúa manifestando el tratadista español citado que, de este triple significado, la doctrina recoge solamente el primero y tercero para hacerles objeto de tratamiento separado. Prescinde del segundo porque en él se mezclan los otros dos: en el aspecto interno, porque las obligaciones de los socios se derivan del contrato de sociedad; en el aspecto externo, porque en el tráfico de los negocios, a las personas individuales y a los socios se antepone y sobrepone la personalidad de la sociedad.

La sociedad mercantil es inicialmente un contrato, pero, “es un contrato que da origen a una persona jurídica o, al menos, a una organización, la cual ya no depende del contrato originario, sino que tiene su propio estatuto, que se modifica sin contar con la voluntad de los primitivos contratantes” (Garriguez, 1976, p.328). Esta característica, según Garrigues, que es evidente en las sociedades de



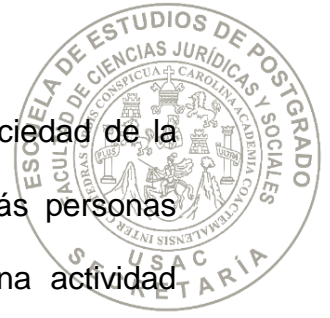
capitales, las cuales constituyen la inmensa mayoría de las sociedades mercantiles, ha hecho dudas a la doctrina, tanto antigua como moderna, de si existe en este caso un verdadero contrato.

En las teorías negativas, continúa manifestando el autor citado, que rechazan la calificación de contrato y la sustituyen por otras expresiones (acto colectivo, acto complejo, acto conjunto, etc.), ceden ante la realidad del Derecho positivo. Las sociedades mercantiles nacen de un contrato, esto es, de un negocio jurídico en el que se dan las notas esenciales del contrato.

En opinión de Rodríguez Rodríguez (1967):

En las leyes mercantiles no encontramos una definición del contrato de sociedad; para hallarla hay que acudir al Código Civil, que lo define diciendo que por él los socios se obligan mutuamente a combinar sus recursos o sus esfuerzos para la realización de un fin común de carácter predominantemente económico; pero que no constituye una especulación mercantil. Suprimida esta última nota negativa, el resto de la definición es aplicable a la sociedad mercantil. (p.44)

En el caso de Guatemala, el Código de Comercio no contiene en sus disposiciones la definición legal de contrato, para ello se debe acudir al Código Civil, el cual en su artículo 1517 establece: “Hay contrato cuando dos o más personas convienen en crear, modificar o extinguir una obligación”. Por otro lado,



el mismo Código Civil, en su artículo 1728, define al contrato de sociedad de la siguiente forma: “La sociedad es un contrato por el que dos o más personas convienen en poner en común bienes o servicios para ejercer una actividad económica y dividirse las ganancias”. Esta definición es aplicable también, con algunas morigeraciones al contrato de sociedad mercantil.

Por su parte, Rodríguez Rodríguez (1981) expone su rechazo a las opiniones contrarias al carácter contractual de la sociedad mercantil, que según dicho autor, serían en esencia, la teoría del acto social constitutivo y la teoría del acto complejo; y expone su teoría del contrato societario como un contrato de organización que se caracteriza por las tres notas siguientes:

1) es un acto plurilateral, en el sentido de que, siendo o pudiendo ser más de dos las partes contratantes, cada una de ellas no tiene contraparte, sino una serie de contrapartes; 2) en el contrato de organización, las prestaciones son atípicas; la prestación de cada uno de los socios puede ser totalmente distinta entre sí y variable en su contenido tanto como le permita la gama infinita de los bienes jurídicos; un socio puede aportar capital, otro puede aportar bienes inmuebles; otro una patente de invención; etc. y; 3) al contrario de los contratos de cambio, en los contratos de organización las partes tienen derecho a realizar la propia prestación, puesto que esta es el requisito indispensable para la realización del fin común. (Pp.19-20)



1.2 El objeto del contrato societario

La palabra objeto, usada en el campo del derecho, tiene múltiples acepciones; para el caso del contrato societario puede emplearse en el sentido de la cosa que el socio debe dar, sea aportación de dinero o de especie, o el hecho que el socio debe realizar.

Para Rodríguez Rodríguez (1967), el objeto del contrato de sociedad es pues: “la aportación de los socios” (P.46).

Hay cierta vacilación en la doctrina sobre el significado de la palabra objeto de la sociedad. Para algunas teorías, el objeto de la sociedad está constituido por las operaciones mercantiles que se propone realizar; para otras teorías, objeto indica las prestaciones recíprocamente prometidas por los socios contratantes en el contrato sinalagmático.

No obstante, hay cierta unanimidad en la doctrina contemporánea que coincide en que tratándose del contrato de sociedad y en relación a la definición del mismo, la aportación de los socios constituye el objeto del contrato.

En síntesis, se puede afirmar que el objeto del contrato de sociedad son las obligaciones que están a cargo de los socios, a su vez, el objeto de las obligaciones de los socios consiste en las aportaciones que los mismos han de realizar, por lo que, por extensión, se habla del objeto del contrato de sociedad

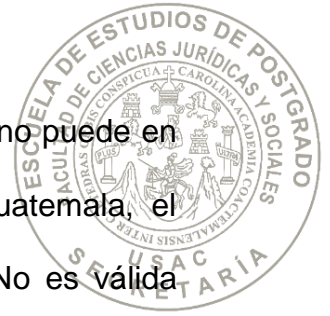
para referirlo al objeto de las obligaciones de sus socios, es decir, a las aportaciones.



Debe distinguirse rigurosamente entre objeto, tomado en sentido técnico, y objeto en su acepción vulgar, en lo que el equivale al tipo de actividades que la sociedad debe realizar.

La cuestión que surge de inmediato, es la de cuándo pueden aportarse recursos y cuando puede aportarse esfuerzo, así como también la de si debe considerarse como aportación la simple asunción de la responsabilidad por parte de un socio.

Depende de la clase de sociedad de que se trate, la posibilidad de que en ella se aporten recursos o esfuerzos. Si por recursos entendemos valores con existencia objetiva y económica, y por esfuerzos, actividades personales, inseparables de la persona física, podremos decir que en la sociedad anónima, en la de responsabilidad limitada, así como en la sociedad en comandita (por lo que se refiere a sus socios comanditarios), no cabe más que aportación de recursos, de capital. En cambio, en la sociedad colectiva y en la sociedad comandita simple y por acciones (respecto de sus socios comanditarios), es perfectamente posible una aportación de esfuerzos sin perjuicio, en la sociedad en comandita por acciones, de la suscripción de sus acciones.



Hay unanimidad en la doctrina, en que la aportación del socio no puede en ningún caso limitarse a asumir responsabilidad. En el caso de Guatemala, el último párrafo del artículo 27 del Código de Comercio establece: “No es válida como aportación la simple responsabilidad por su socio. Los socios quedan obligados al saneamiento de lo que aporten a la sociedad”. Lo que la ley exige es que el socio aporte bienes o trabajo, porque con ambos se compone el capital social; pero señala Ascarelli (como se citó en Rodríguez 1981): “El asumir simplemente una responsabilidad, no cabe dentro del concepto de aportación. Y esto es lo mismo para las sociedades de responsabilidad limitada, que para las de responsabilidad ilimitada” (p.33).

Garrigues es coincidente con lo expuesto *supra*, al manifestar que, en general, objeto de un contrato, en sentido técnico, son las obligaciones que el contrato engendra. Tratándose del contrato societario, también cabe distinguir entre objeto del contrato de sociedad (obligaciones de los socios) y objeto de las obligaciones de los socios (aportaciones, trabajo del socio) y objeto de la sociedad misma como persona jurídica (finalidad de la empresa social).

Al respecto manifiesta Garrigues (1976): “Ahora vamos a tratar del *objeto* de contrato de sociedad en el sentido de *objeto* de las obligaciones de los socios, es decir, de las aportaciones” (p.333).



La aportación o puesta en común de alguna cosa, respecto al contrato societario, es requisito esencial en el derecho positivo. Así pues, no hay sociedad sin aportaciones de cosas, de derechos o de trabajo.

Todo socio debe obligarse a realizar una aportación y para la existencia de la sociedad basta con que la obligación haya nacido sin que sea necesario que la aportación se haya realizado ya. Ello es así porque el contrato societario es consensual y no real. Todos los socios han de hacer alguna aportación, la que se estime suficiente en el momento fundacional para la consecución del objetivo de la sociedad.

Tienen el concepto de aportación social todas las prestaciones prometidas por el socio en vista de la futura consecución del fin social previsto en el momento del contrato.

1.3 El fin del contrato societario

El fin del contrato societario tiene que ver con la causa del mismo; en el Código Civil vigente de Guatemala se eliminó la causa como elemento esencial del contrato, sin embargo, en otros ordenamientos jurídicos, la causa está tipificada en la ley como un elemento esencial del contrato.

Como expusimos anteriormente, el artículo 1728 del Código Civil establece que la sociedad es un contrato por el que dos o más personas convienen en poner



en común bienes o servicios para ejercer una actividad económica y dividirse las ganancias. Se infiere del contenido del artículo citado que el fin del contrato de sociedad es la repartición de ganancias o de utilidades como se suele decir en la dogmática societaria.

Lo expuesto en el párrafo anterior dice que, la noción de causa no es ajena a la legislación guatemalteca, pese a la aparente desaparición del concepto en el Código Civil.

A decir de Auletta (citado por Rodríguez Rodríguez 1981):

Es frecuente que se hable de la *affectio societatis* como causa de la sociedad (...) así considerada, la *affectio societatis* es el elemento subjetivo de la causa, que se estima esencial y que se encuentra en la denominada *comunidad de fin*, es decir, en la realización de un fin común de carácter lucrativo, de donde se deduce que el motivo o fin del contrato de sociedad no es otro que la participación en los beneficios y en las pérdidas. (p.48)

La esencia de la aportación consiste en ser medio para conseguir el fin común, en otras palabras, para obtener lucro. De su naturaleza de medio deriva también la extensión del concepto: es aportación todo lo que sea adecuado como medio de obtención de una ganancia (cosas, dinero, mercancías, derechos de propiedad industrial o intelectual, una empresa mercantil, servicios personales, conocimientos técnicos, etc.).



Es por ello que, generalmente, las normas que regulan a las sociedades mercantiles establecen la nulidad de aquella cláusula o de aquel contrato societario, que infrinja su esencia misma al convenirse la exclusión de todos los socios de los beneficios, o al pactarse la cláusula que impida participar en ellos a uno o más socios, pues estos supuestos hacen desaparecer la causa de la sociedad, es decir, la comunidad de fin.

Teóricamente, y en términos absolutos, saber si una sociedad ha realizado beneficios o si ha tenido pérdidas no podría averiguarse hasta la disolución, y después de la liquidación definitiva de las operaciones sociales; bastaría comparar el valor real del fondo social, deduciéndole el pasivo, con el capital social para responder a dicha pregunta.

La sociedad habrá realizado beneficios si el valor de lo inventariado, deducción hecha de las deudas exigibles, es superior al capital empleado en la empresa; habrá pérdida en el caso contrario.

Evidentemente que, si las cosas fueran así serían pocos los contratos de sociedad que se firman; por eso, es tradicional la liquidación anual de los beneficios que se hayan obtenido. Admitido lo dicho, debe considerarse como beneficio todo excedente del activo sobre el pasivo y como pérdida lo contrario.

Resumiendo lo expuesto, puede afirmarse que la naturaleza de la sociedad mercantil es la de un contrato, que el objeto del contrato societario lo constituyen

las aportaciones de los socios y que el fin del contrato societario (consecuente con su causa), es la obtención y repartición de utilidades o dividendos a los socios.



1.4 Elementos del contrato societario

Los elementos esenciales para la validez jurídica del contrato de sociedad en el Derecho guatemalteco son, de acuerdo con el artículo 1251 del Código Civil:

a) capacidad legal del sujeto que declara su voluntad; b) consentimiento que no adolezca de vicio y; c) objeto lícito. Respecto a la causa como elemento esencial para la validez jurídica del contrato, el legislador decidió su omisión legislativa, por lo que, por lo menos en el ordenamiento jurídico de Guatemala, la causa no se encuentra taxativamente dispuesta como elemento esencial para la existencia del contrato.

1.4.1 La capacidad para obligarse

El artículo 8º del Código Civil establece que la mayoría de edad se alcanza al cumplir 18 años y, además, que la capacidad para el ejercicio de los derechos civiles se adquiere por la mayoría de edad. Por consiguiente, solo las personas mayores de edad y algunas personas que no son mayores de edad pero que por disposición de la ley pueden realizar algunos actos, tienen capacidad para obligarse.



Las demás personas como los menores de edad que no alcanzan edad suficiente de acuerdo con la ley, los incapaces y los interdictos, no pueden obligarse por sí mismos y necesitan hacerlo por medio de sus representantes legales. La institución de la emancipación, no se encuentra regulada en el ordenamiento jurídico de Guatemala, se encuentra su regulación en otros ordenamientos jurídicos; los emancipados, aunque son capaces, solo tiene una capacidad limitada.

Por lo tanto, puede afirmarse que es capaz aquella persona que tiene la facultad jurídica de obligarse legalmente.

No obstante ello, la ley impone algunas limitaciones a algunas personas que poseen capacidad legal para obligarse, por ejemplo, el artículo 20 del Código de Comercio establece la prohibición, a quienes ejerzan el cargo de tutor o de guardador para constituir sociedad con sus representados, mientras que no haya terminado la minoría de edad o la incapacidad y estén aprobadas las cuentas de la tutela y canceladas las garantías.

Otra limitación la establece el artículo 21 del Código de Comercio para los declarados en quiebra, imponiéndoles la prohibición de constituir sociedad mientras no hayan sido rehabilitados.

El artículo 22 del Código de Comercio impone la limitación a los menores e incapaces de constituir sociedad, estableciendo que solo podrían hacerlo por

medio de sus representantes legales y previa autorización judicial por utilidad comprobada. Asimismo, el artículo 23 del mismo Código de Comercio impone la limitación a los menores, incapaces y ausentes, de que solo pueden adquirir acciones de sociedades anónimas o en comandita, por medio de sus representantes legales y siempre que estas se encuentren totalmente pagadas y se llenen los requisitos que la ley señala para la inversión de fondos de los representados.



1.4.2 Consentimiento libre de vicios

El Código Civil de Guatemala regula los vicios de la declaración de voluntad en sus artículos del 1257 al 1268. Esencialmente los vicios de la declaración de voluntad regulados taxativamente en el Código Civil son: el error, el dolo (por acción u omisión), la simulación y la violencia o intimidación.

No es el objeto de este trabajo desarrollar el tópico de los vicios del consentimiento, por lo que se limita a citar a Rodríguez Rodríguez cuando manifiesta que: “La voluntad de los socios debe manifestarse libre y espontáneamente, exenta de vicios. Todo contrato puede ser invalidado por vicios del consentimiento, definidos por la Ley Civil” (Rodríguez, Rodríguez, 1981, Pp.31-32).



Garrigues (1976) manifiesta respecto del consentimiento y la capacidad de los contratantes lo siguiente:

El consentimiento de los contratantes puede representar algunas peculiaridades en relación con las sociedades mercantiles, particularmente por lo que se refiere a las sociedades de capital. En estas sociedades, la formación del consentimiento puede ser simultánea, forma que se adapta perfectamente al pequeño número de socios que es peculiar de las sociedades personalistas. (p. 331)

1.4.3 Objeto lícito

En general, en el ámbito jurídico, y por argumentación a *contrario sensu*, se entiende por objeto lícito de un contrato, toda materia que no se encuentre taxativamente prohibida por la legislación positiva.

En relación al contrato societario, y en virtud de que el artículo 3º del Código de Comercio de Guatemala le asigna la calidad de comerciante a todas las sociedades organizadas en forma mercantil, se entenderá como objeto lícito del contrato societario, toda materia que sea de lícito tráfico comercial, sin perjuicio de que, como se expuso *supra*, el objeto del contrato societario lo constituyen las aportaciones de los socios, es decir, las obligaciones que el contrato societario genera.

Por lo tanto, es importante no confundir, como lo manifiesta Garrigues (1976): “El objeto del contrato y el objeto de las obligaciones nacidas del contrato, pues en rigor, son cosas distintas” (p.333).



En general, objeto de un contrato, en sentido técnico, son las obligaciones que el contrato engendra. Tratándose del contrato societario, cabe también distinguir entre objeto del contrato de sociedad (obligaciones de los socios), objeto de las obligaciones de los socios (aportaciones, trabajo del socio) y objeto de la sociedad misma como persona jurídica (finalidad de la empresa mercantil cuyo titular es la sociedad mercantil).

En resumen, se puede decir que el objeto del contrato de sociedad son las obligaciones que están a cargo de los socios y a su vez; que el objeto de las obligaciones de los socios consiste en las aportaciones que los mismos han de realizar, por lo que, por extensión, se habla de objeto del contrato de sociedad para referirlo al objeto de las obligaciones de sus socios, es decir, a las aportaciones.



1.5 El contrato societario como contrato de organización

Una de las características del contrato societario es precisamente el que sea un contrato de organización.

Al ser la sociedad el vehículo o instrumento preferido por los accionistas para explotar de manera común una actividad económica y aceptando que:

Organización significa selección y coordinación de las posiciones y de las funciones correspondientes a cada miembro de la colectividad, obvio es que el contrato societario es de tipo organizativo, ya que mediante él, los fundadores ponen bienes en común para lucrar con los resultados de la especulación. (Gutierrez, 1988, Pp.67-68)

Siendo así, los accionistas tienen que estructurar, a través del contrato societario y del Derecho positivo, la forma en que ha de llevarse a cabo la explotación; los derechos y deberes de los accionistas, la organización y la competencia de los diferentes órganos societarios y también deben convenir en la organización de los bienes y de las personas, que se refieren a las relaciones internas y externas de la sociedad; en síntesis, debe ser la consecución de los objetivos de la sociedad y no de los socios individualmente considerados, lo que sirva de ruta crítica para la organización societaria.

Para decirlo con Ascarelli, (citado por Rodríguez Rodríguez, 1981):



El carácter plurilateral del contrato de sociedad, como contrato de organización, nos abre amplias perspectivas para la interpretación del mismo. Precisamente porque el contrato de cambio es bilateral, sería inexplicable la entrada de nuevos participantes en el mismo una vez perfecto aquél. Pero los contratos plurilaterales son contratos abiertos, ya en el sentido de que pueden admitir nuevos contratantes a través de una manifestación de voluntad, o propuesta de los contratantes originarios, ya en un sentido más restringido y propio, cuando en virtud de una declaración inicial en el contrato, los nuevos socios llegan a serlo por una adhesión directa, lo que ocurre en los casos de fundación sucesiva de una sociedad y en las adhesiones a las de capital variable. (p.20)

El carácter plurilateral del contrato de organización, explica además, otras peculiaridades suyas, como son el derecho a realizar la propia prestación, la irrelevancia del contenido y la equivalencia de las prestaciones.

Puesto que la aportación no solo se hace para la satisfacción de los intereses de los otros contratantes sino como medio para la satisfacción de los propios intereses mediante la persecución del fin común, el socio tiene derecho a hacer la prestación, puesto que solo así puede cumplirse el contrato.

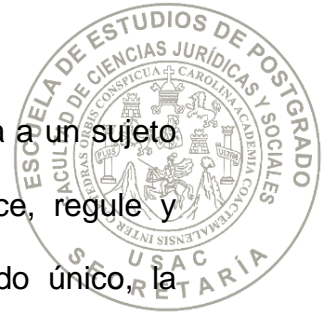


En los contratos de organización las prestaciones pueden coincidir por su contenido con las prestaciones características de un determinado contrato de cambio. La irrelevancia del contenido de la prestación de los socios permite establecer algunas consecuencias importantes en orden a la imposibilidad de hacer la prestación prometida. En otro tipo de contratos, ante la imposibilidad de prestar, especialmente cuando esta deriva de la pérdida o deterioro de la cosa, imputable al deudor, la obligación se transforma en la de indemnización de los daños y perjuicios y en la rescisión, a no ser que el acreedor prefiera recibir la cosa en el estado en que se encuentre más la indemnización de daños y perjuicios.

En el contrato de sociedad el incumplimiento de la aportación material imputable al socio, por imposibilidad jurídica, dará lugar a la rescisión del contrato en lo que afecta a dicho socio, quedando este obligado por las operaciones pendientes y al resarcimiento de daños y perjuicios.

Otra característica del contrato societario como contrato de organización es que la organización de la sociedad, y la organización de la empresa, operan sobre planos diversos, no obstante que aquélla se constituye normalmente en función de esta. Con el contrato de sociedad se crea una organización que da vida a la persona jurídica en su complejidad, con patrimonio propio, con órganos, con relaciones internas entre sus accionistas, tarea que necesariamente tipifica un acto organizativo.

Con la estipulación del contrato, piensan los socios en dar vida a un sujeto unitario y concentrador, a una entidad orgánica que organice, regule y coordine sus actividades particulares para alcanzar, de modo único, la finalidad del mismo contrato a través de todas las fases sucesivas. Puesto que la sociedad favorece la realización del contrato, los socios se someten a las obligaciones y deberes que se deducen de la organización del ente social, y persigue el fin común de la colectividad organizada y jurídicamente subjetiva; del logro de ese fin social depende, en realidad, la posibilidad de realizar sus intereses propios. (Gasperoni, 1950, Pp.20-21)



CAPÍTULO II



Los derechos patrimoniales de los socios en la sociedad anónima

El accionista tiene un conjunto de derechos y obligaciones en relación con la sociedad a la que pertenece. Esos diversos derechos y obligaciones hacen que el accionista tenga un *status peculiar*, del mismo modo que es un *status* el de padre, en relación con la familia a la que pertenece, o el de ciudadano en lo que atañe al Estado del que forma parte. Se trata de derechos y obligaciones que se ejercen frente a la corporación de la que se es miembro, y no son resultado de vinculaciones aisladas, sino consecuencias comunes de la calidad de socio.

Según Rodríguez Rodríguez (1967), los derechos del accionista pueden agruparse así:

- **Patrimoniales**
 - Principales
 - Dividendo
 - Cuota de liquidación
 - Aportación limitada
 - Accesorios
 - Obtención de los títulos de las acciones
 - Canje de acciones
 - Cesión de las acciones
 - Obtención de acciones de goce



- **Consecución**
 - Administrativos
 - Convocatoria
 - Participación en asamblea
 - Redacción de la orden del día
 - Suscripción de nuevas acciones
 - Voto
 - Vigilancia
 - Suspensión de acuerdos
 - Impugnación de acuerdos
 - Aprobación del balance
 - Denuncia a los comisarios (Pp.103-106)

De aquí lo más interesante es realzar la oposición entre derechos patrimoniales y derechos de consecución. Los primeros son los que tienen un contenido económico y se ejercen en interés particular y exclusivo de los socios frente a la sociedad. Los segundos no tienen un contenido económico y son simplemente instrumentos que la ley o los estatutos conceden a los accionistas para que mediante la utilización de los mismos pueda garantizarse la consecución de los derechos de carácter patrimonial.

Los derechos patrimoniales de los accionistas se pueden clasificar de acuerdo a diversos criterios, en una clasificación sencilla y clara, pueden agruparse en derechos patrimoniales principales y derechos patrimoniales accesorios. A continuación se realizará una exposición clara y sencilla de dicha clasificación.



los estatutos no se fija la obligación de repartir dividendos en el caso de haber utilidades, la asamblea tiene la más absoluta libertad de decidir el reparto de los beneficios excedentes o para disponer en la forma de reservas o en nuevas inversiones. Los socios no tienen derecho alguno para exigir que la asamblea acuerde la distribución de las utilidades.

Para que la Asamblea General pueda acordar la distribución de los beneficios, esto es, para que se pueda decretar un reparto de dividendos, precisa que previamente se haya aprobado el balance y que del mismo resulte la existencia de utilidades repartibles.

Si la Asamblea acuerda la distribución de dividendos sin haber deducido previamente de las utilidades las cantidades que la ley o los estatutos fijan para la formación del fondo legal de reserva, los administradores que consintieron el reparto serán solidariamente responsables frente a la sociedad, a la que deberán restituir las cantidades no deducidas.

En general, las reglas establecen que el pago de los dividendos se hará contra presentación de los respectivos cupones, en moneda nacional de curso obligatorio, en el domicilio de la sociedad o en la de las instituciones bancarias con las que se haya pactado el servicio de caja.



La cuantía de los dividendos se fija, generalmente, de acuerdo con los dos principios siguientes:

- 1) Todas las acciones deberán participar en igual medida, en las utilidades repartibles, salvo los casos especiales de preferencia.
- 2) Si las acciones se encuentran en diversa situación de desembolso, sus titulares participarán en los dividendos en proporción al valor pagado de sus acciones.

Como puede apreciarse, de los diversos derechos patrimoniales que corresponden al accionista de la sociedad anónima, el más importante es el derecho al dividendo.

Es importante resaltar que los accionistas no tienen directamente derecho al dividendo, pues como derecho de crédito, surge a favor de cada accionista una vez que la Asamblea General ordinaria acuerda la distribución de las utilidades entre los mismos. A partir de este momento, cada accionista es acreedor de la sociedad por el dividendo que le corresponde, y podría demandar a la sociedad para su pago, y, en caso de quiebra, exigir que se reconociese como acreedor en la proporción correspondiente.

Para que la Asamblea General pueda acordar la distribución de los beneficios, esto es para que se pueda decretar un reparto de dividendos, precisa

que previamente se haya aprobado el balance y que del mismo resulte la existencia de utilidades repartibles.



Si la Asamblea acuerda la distribución de dividendos sin haber deducido previamente de las utilidades las cantidades que la ley o los estatutos fijan para la formación del fondo legal de reserva, los administradores que consintieron el reparto serán solidariamente responsables frente a la sociedad, a la que deberán restituir las cantidades no deducidas.

A) Concepto

Abordando anticipadamente el tema del dividendo en sí, es pertinente señalar que: el “Dividendo, en la sociedad anónima, es el beneficio neto pagadero periódicamente en cada acción”, de donde se deduce el concepto del derecho al dividendo, del que se puede decir que es el que tiene el titular de cada acción de participar en el beneficio neto periódicamente distribuido. (Vivante, 2005, p.370)

El derecho al dividendo constituye el núcleo central de los derechos patrimoniales del accionista, por lo que no resulta extraño que sean numerosos los preceptos de los ordenamientos jurídicos, que se ocupan de esta materia.

En algunos ordenamientos jurídicos, no es indispensable que el derecho al dividendo esté consignado en los estatutos, pues en defecto de normas, se



aplicarán las reglas legales generales y las especiales de la sociedad anónima, sobre distribución de beneficios.

Es decir, en defecto de pacto sobre la distribución de los beneficios, esta se hará según las normas legales, pues como ya se señaló el derecho al dividendo es un derecho esencial, en cuanto que no puede faltar respecto de todos los socios, porque entonces faltaría un elemento esencial del contrato de sociedad.

B) Carácter y naturaleza del derecho al dividendo

El derecho al dividendo debe considerarse como esencial. “La sociedad anónima es una sociedad típicamente mercantil por su forma, aunque en otras legislaciones es posible realizar bajo su forma finalidades ajenas totalmente a todo propósito de lucro” (Wieland, 1995, p.215).

En el Derecho guatemalteco no puede existir una sociedad mercantil, ni aun civil, sin carácter lucrativo, pues aunque la ley solo se opone a que uno o varios socios queden excluidos de los beneficios y nada dice respecto de un pacto social con arreglo al cual ningún socio perciba beneficio económico alguno, no puede olvidarse que la ausencia de un fin lucrativo equivaldría a la falta de uno de los elementos esenciales para la existencia del contrato de sociedad.

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 ordinaria acuerda la distribución de todos o de parte de ellos” (Wieland, 1995, P.213).

El derecho al dividendo, 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 en favor del accionista, frente a la sociedad. (Wieland, 1995, p.217)

Por eso se ha dicho que: “El derecho al dividendo está sometido a una doble condición, *la una resolutoria, que el dividendo resulte del balance aprobado por la asamblea; la otra, suspensiva, que la asamblea no suspenda su pago*” (Vivante, 2005, p.304).

De aquí que, con mayor precisión, se haya afirmado que debe distinguirse entre el derecho social a participar en las futuras ganancias, en general, y el derecho al dividendo que surge de la fijación de la ganancia repartible. Al primero, podemos llamarlo derecho abstracto al dividendo; al segundo, derecho concreto al dividendo. Este último derecho es un auténtico derecho de crédito que es indispensable de la voluntad social. Al aprobarse el dividendo, el derecho al mismo desvincula su existencia de toda declaración social y entra en el patrimonio del accionista como un valor primordial propio. En consecuencia, el accionista, una



vez que ocurre dicha determinación, puede comportarse como un tercero frente a la sociedad, ceder su derecho, transmitirlo, gravarlo e incluso, en caso de quiebra, actuar como acreedor, ya que el dividendo señalado es inafectable por las pérdidas posteriores.

Conviene aclarar, además, que el derecho concreto al dividendo requiere un acuerdo de distribución, no basta la mera aprobación del balance.

Prácticamente, el derecho al dividendo es el derecho más importante, por responder al propósito lucrativo que atañe a todo accionista. Quien ingresa en una sociedad anónima se propone, ante todo, tener una colocación productiva para su capital. A pesar de ello, algunos Códigos de Comercio no regulaban este derecho, remitiendo tácitamente su reglamentación a los estatutos sociales.

Colmando esta importante laguna, algunos ordenamientos y Códigos de Comercio, reconocen expresamente al accionista el derecho al dividendo y enumeran los derechos que como mínimo contribuye la acción a su titular. Pero, en general, no hacen más que reconocer ese derecho como facultad inexcusable de la condición de socio, y el mismo debe ser puesto en relación con la facultad social que condiciona el pago de dividendos y señala el modo en que han de ser calculados.



Garrigues (1976, Pp. 519-520) expone de forma detallada, los principios que inspiran la reglamentación legal de este derecho:

1. El dividendo es la parte de ganancia correspondiente a cada acción en un ejercicio social determinado, y su fijación definitiva corresponde a la junta general.

El socio no tiene ningún derecho concreto de crédito sobre los beneficios que el balance arroje. Su derecho de crédito nace en el instante en que la Asamblea fija la cuantía del dividendo (derecho al dividendo). Este momento de la perfección jurídica del crédito de dividendo es de gran significación para el accionista porque, a partir de él, la posición del socio se equipara a la de un acreedor extraño a la sociedad: una vez adquirido por el accionista el derecho al dividendo, tiene carácter irrevocable para ella.

Por ejemplo, si la sociedad entra en quiebra o insolvencia antes de que la Asamblea haya fijado el dividendo repartible, el accionista pierde prácticamente su derecho abstracto a una participación en su distribución; si, por el contrario, entra en quiebra o insolvencia después, el accionista podrá hacer valer en la liquidación o en el concurso, su derecho de crédito como cualquier otro acreedor de la sociedad.

2. El dividendo se calcula en proporción al capital desembolsado por cada acción. Corresponde la participación proporcional en los dividendos, a



todos los accionistas, proporcionalmente al valor de su aportación accionaria.

3. El dividendo se reparte en dinero. El accionista no está obligado a admitir otros bienes como dividendo.
4. El título de acción incorpora el derecho de socio, pero el derecho al dividendo anual se puede incorporar a una serie de títulos divisionarios (cupones), adheridos a la acción y, generalmente, pagaderos al portador.

C) Especificidades del derecho al dividendo

“Una de las problemáticas que más apasionadas discusiones ha provocado entre los juristas es la de determinar si los accionistas de una sociedad anónima tienen o no derecho al reparto periódico de utilidades” (Rossi, 1957, p.126).

Resulta innegable, por lo menos en el derecho de matiz latino, que: “Los legisladores han previsto como el estímulo que induce a una persona a entrar en sociedad, el de lucrar con la explotación de los bienes puestos en común” (Solá, 1958, p.13). En tal sentido se puede citar el artículo 1728 del Código Civil de Guatemala, el cual establece que la sociedad es un contrato por el que dos o más personas convienen en poner en común bienes o servicios para ejercer una actividad económica y dividirse las ganancias.



Garrigues (1976) señala que: “Prácticamente es el derecho más importante, por servir directamente a la finalidad lucrativa que persigue todo accionista. Quien ingresa en una sociedad anónima, se propone, ante todo, tener una colocación productiva para su capital” (p.420).

No obstante, cabe plantear la pregunta sobre si esto significa que en Guatemala los tenedores de acciones comunes de una sociedad anónima tienen el derecho de exigir que se les reparta utilidades en todos los ejercicios sociales en que la sociedad tenga beneficio o produzca utilidades como resultado de su actividad económica.

La existencia de este derecho, en casos específicos, como los de algunas acciones con derechos especiales y aquellas en que las escrituras sociales ordenen específicamente el pago preferente de dividendos no ofrece dudas en la mayoría de las legislaciones del sistema latino; no obstante: “Determinar si el tenedor legítimo de una acción común tiene o no un derecho exigible a que se le repartan como dividendos todas o parte de las utilidades habidas en un ejercicio determinado o en todos los ejercicios, es un asunto que ha provocado grandes polémicas en la doctrina” (Allegri, 1968, p.59).

Bérgamo (1971) manifiesta que: “Aceptar la validez de una cláusula de las escrituras sociales que prohíba el reparto de utilidades, sería nula de ser introducida en una reforma de los estatutos, por implicar, en el fondo, un verdadero cambio de objeto” (p.220).



En la doctrina, generalmente se distingue entre tres grandes grupos, el de quienes alegan que los accionistas tienen derecho al reparto de utilidades netas del ejercicio resultante del balance, una vez que se hayan acumulado las reservas impuestas por la ley o en los estatutos; el de quienes mantienen que a la luz de la legislación no puede sostenerse la existencia de un verdadero y propio derecho al dividendo, y el tercero, el de quienes exigen el reparto de todas las utilidades en todos los períodos.

En dicho sentido, una reconocida doctrina estima que el derecho al dividendo surge exclusivamente, en aquellos casos en que el órgano social competente así lo declare. En otras palabras: “Lejos de existir un derecho individual de los accionistas que obligue a la sociedad a declarar dividendos, lo que existe es una potestad de la mayoría asamblearia de declarar éstos si el balance social arroja utilidades repartibles” (Rodríguez, 1981, p.377).

En ese sentido, manifiesta Gutiérrez Falla (1988) que:

En su versión más moderna, esta tendencia queda caracterizada en artículos como el 58 de la Ley de Sociedades por Acciones de la República Federal Alemana del 6 de septiembre de 1965, que determina: *Los accionistas tienen derecho al superávit siempre que no esté excluido su reparto entre los mismos por disposición legal, estatutaria, por acuerdo de la junta general según el párrafo tercero, o se destinen para satisfacer un*

gasto adicional acordado con motivo de la resolución del empleo de los beneficios. (Pp.431-432)



El fundamento doctrinario de esta teoría es el de la defensa de los intereses de la sociedad sobre los accionistas, ya que: “A través de la no declaración de dividendos puede autofinanciarse la compañía al utilizar, para fines propios, el aumento del patrimonio representado por el beneficio obtenido” (Rossi, 1957, p.186).

En virtud de que para esta doctrina lo esencial es que los intereses de la sociedad privan sobre los intereses de los socios, se puede concluir que esta puede retener los beneficios, en perjuicio de los accionistas disidentes, para la realización de sus propios fines.

Sin embargo, en sentido contrario, y fundamentada esencialmente en la naturaleza contractual de la sociedad, se encuentra otra tendencia doctrinaria que sostiene que el socio posee el derecho a que se repartan dividendos en forma periódica.

“El fundamento de esta corriente estriba en la naturaleza contractual de la sociedad y la prevalencia de los intereses de los accionistas por sobre los del ente creado, ya que ellos suscribieron el convenio constitutivo o entraron como accionistas de la sociedad, con el objeto de repartirse las utilidades habidas” (Rossi, 1957, p. 90).



En lo que al derecho guatemalteco se refiere, es necesario analizar una serie de postulados contenidos en el Código de Comercio para poder llegar a conclusiones definitivas.

D) Consideraciones legales en torno al derecho al dividendo

Puesto que el dividendo es la parte alícuota de las utilidades repartibles atribuidas a una acción, resulta ser un concepto que está en función del de utilidad. La asamblea general ordinaria de accionistas es la que fija las utilidades, porque le corresponde, con competencia exclusiva, la aprobación del balance. Por eso, la asamblea y sólo la asamblea de accionistas es la única que puede adoptar un acuerdo de distribución de dividendos. Cualquier delegación a otros órganos sería nula por violar esa norma de competencia.

Esta prohibición de delegación alcanza a todo acuerdo que, directa o indirectamente, fije la extensión de los dividendos.

La fijación de utilidades debe hacerse anualmente puesto que la ley requiere que el balance sea aprobado año por año y que anualmente se celebre una asamblea general ordinaria, que entre otras competencias tendrá la de proceder a la aprobación del balance y a la adopción de las decisiones correspondientes. Empero, sería grave error creer que la determinación de los dividendos sigue la misma regla que la de la fijación de las utilidades, ya que si esta ha de ser forzosamente anual, aquélla depende en absoluto de la voluntad de



la asamblea general ordinaria. El accionista puede pedir que la asamblea proceda a aprobar el balance y, por lo tanto, a establecer la existencia de utilidades; pero carece de derecho para pedir que estas utilidades sean repartidas en forma de dividendos.

El acuerdo de repartir utilidades es de la competencia única y exclusiva de la asamblea general ordinaria de socios que, en principio, procede a ello con la más absoluta libertad. Cualquiera que sea la cuantía de las utilidades que arroje el balance, la asamblea puede disponer que se empleen en la formación de un fondo de reserva, o en nuevas inversiones, o bien decretar un reparto de dividendos por todo o por parte de su importe. En este aspecto, la libertad de la asamblea sólo admite las limitaciones que puedan resultar de los estatutos y de la ley.

Si en los estatutos se han consignado disposiciones sobre distribución de dividendos, tanto en lo que atañe al acuerdo en sí, como a la forma de distribución, esa autolimitación se impone a la soberanía de la asamblea.

Esto supone que si en los estatutos no hay normas que prevengan la repartición obligatoria de utilidades, la mayoría puede imponer a la minoría la acumulación de utilidades, sin reparto de estas, año tras año. Los accionistas y la minoría carecen de acción para impugnar tales decisiones, ya que no hay, en la actual legislación sobre sociedades, ningún precepto que permita impugnar las deliberaciones sociales, con fundamento en la simple alegación de abuso o desvío de poder.

En cambio, si en los estatutos hubiese preceptos sobre reparto de dividendos y los acuerdos de la asamblea los violasen, la minoría afectada podría invocar los derechos de suspensión y oposición, que la ley le atribuye.



Entre las disposiciones legales que coartan la libertad de la asamblea deben tenerse presente las que siguen.

Al acordar la distribución de dividendos, la asamblea tiene que tener en cuenta la existencia de ciertos beneficiarios preestablecidos. Los estatutos pueden prever la participación en las utilidades de los administradores y otros empleados, así como las deducciones para reservas voluntarias. En todo caso, habrá que tener en cuenta la formación de la reserva legal y los pagos preferentes, legalmente señalados.

Normas sobre deducciones previas legalmente establecidas, se encuentran generalmente, en las leyes de instituciones de seguros y en las leyes de instituciones de crédito. Además, en algunas regulaciones bancarias, se prohíbe el reparto de dividendos o anticipos hasta que el órgano competente de supervisión apruebe el balance y la cuenta de pérdidas y ganancias.

La valoración de los elementos del activo y del pasivo, de cuya contraposición surgen los beneficios, debe hacerse según las normas legales aplicables. Los usos mercantiles son decisivos para establecer los márgenes de



valoración. En la mayoría de legislaciones, es nulo el acuerdo de constitución de reservas irrepartibles.

Es nulo, también, el acuerdo de aplicar beneficios a fines incompatibles con la actividad de una sociedad, que por esencia debe ser lucrativa.

Serán ilegales los acuerdos de distribución de dividendos con exclusión de uno o de algunos socios, o de hacer participar a las acciones en proporción distinta a su valor desembolsado.

Por otro lado, la ley sólo permite el reparto de dividendos *reales*, es decir, que resulten efectivamente del balance, lo que a su vez supone otra limitación: no deben repartirse dividendos, sino después de la aprobación del balance. Tampoco se permite el reparto de utilidades, si hubiere pérdida del capital, en tanto que éste no sea reintegrado a su cifra inicial o disminuida legalmente.

De aquí, que si no se efectúa dicho reintegro o disminución, la pérdida se arrastra de un año para otro, y casi todas las legislaciones disponen que el reparto de utilidades sólo puede hacerse después del balance que efectivamente las arroje, sin que puedan repartirse por encima del monto de las que realmente se hubieren obtenido.

Los beneficios o las pérdidas son conceptos relativos. Las partidas del activo pueden ser infladas o disminuidas y se prestan en la práctica fácilmente a

manejos de muy difícil control. La valoración del activo se hace habitualmente por abajo de su valor real, en atención a la necesidad de crear un margen de garantía y una reserva indirecta.



Esta práctica puede dar lugar a abusos que equivaldrían a la anulación de toda la clase de beneficios. Contra ella, los socios pueden recurrir al derecho de denunciar a los comisarios los hechos que estimen irregulares. Dichos comisarios deben intervenir en la formación y revisión del balance anual, respecto del cual deben formular un dictamen que quedará a disposición de los socios con su documentación complementaria, y además, frente a la actuación abusiva de los administradores y de la propia asamblea, caben las acciones legales que contemplan las leyes de la materia.

El supuesto contrario también puede dar lugar a abusos, pues una supervaloración del activo puede llevar a determinar utilidades inexistentes. Aun cuando la plusvalía de ciertos elementos del activo sea real, no debe procederse a su reparto hasta su efectiva realización, para evitar el riesgo de un reparto prematuro.

Los dividendos repartidos deben ser ganancias efectivas y reales y hacerse la distribución sobre aquella parte de los beneficios que resulten del balance, una vez hechas las deducciones legales.



De esta necesidad se desprende de una serie de preceptos. Por un lado, se fija la responsabilidad de los administradores por la existencia real de los dividendos pagados a los accionistas, al preceptuar que los administradores y los socios podrán ser obligados por la sociedad a reembolsar las utilidades repartidas indebidamente, por exceder del monto de las que realmente se hubieren obtenido; y se sanciona la responsabilidad ilimitada y solidaria de los administradores, cuando por su actuación se hayan infringido las disposiciones legales que exigen una deducción obligatoria para la formación del fondo legal de reserva.

El reparto de los dividendos ficticios puede perseguir diversas finalidades. Unas veces, se trata de provocar una apariencia de prosperidad y de constancia en los rendimientos, para hacer más fácil la colaboración de una serie de acciones, o la obtención de un crédito, o de facilitar la enajenación de las acciones que retienen los grupos que controlan el funcionamiento de la sociedad. Otras veces, el reparto sólo persigue la distribución del capital de la sociedad, amenazada de quiebra.

El pago de dividendos ficticios puede hacerse distribuyendo parte del capital propio o bien dejando de separar las porciones correspondientes a la reserva legal.

La distribución de las reservas voluntarias es lícita.



Ambos supuestos tienen diverso tratamiento, según las disposiciones legales.

a) Dividendos indebidos por distribución de los beneficios que debían formar la reserva legal

Las cantidades así repartidas deben restituirse a la sociedad. Generalmente, las leyes disponen que deberá entregarse a la sociedad una cantidad igual a la que hubiere debido separarse.

Obligados a esta restitución están los administradores, aunque el acuerdo de distribución indebida haya sido adoptado por la asamblea general. Los administradores responden solidaria e ilimitadamente del cumplimiento de esta obligación. Los administradores y los socios responderán solidariamente de su reintegro a la sociedad.

Los sujetos activos de esta acción de restitución serían, la sociedad misma y cualquier socio o acreedor de la sociedad.

La acción puede y debe ejercerse directamente contra los administradores y los socios que hubieren recibido el beneficio; pero, la sociedad forzosamente tendrá que comparecer al juicio, que se tramitará en la vía sumaria, que, como es sabido, se encuentra en el Código Procesal Civil y mercantil. Entonces, la

sociedad podrá ser titular de tal acción, para exigir de sus administradores y socios la restitución de lo que se repartió indebidamente a costa de las reservas.



b) Dividendos ficticios por distribución del capital

Aunque el caso es idéntico, en esencia, al caso anterior. Recibe, no obstante, un diverso tratamiento jurídico.

La acción se da, en este caso, para repetir el pago de los indebidos anticipos o repartos de utilidades o para obtener el reembolso de su importe.

En el primer caso, se acciona contra los socios y en el segundo, contra los administradores.

Como unos y otros, es decir, socios y administradores son solidariamente responsables de dichos anticipos y reparticiones, se tendría que concluir que cada socio respondería ilimitadamente de los pagos indebidos hechos a otros socios. No hay razón jurídica o moral que justifique esta absurda solución, que iría a establecer una responsabilidad ilimitada, lejos de toda la noción de culpa o dolo. El socio responde, no por su culpa o dolo, al cobrar, que pueden faltar en absoluto, sino por el cobro de lo indebido. De donde se debe deducir que los administradores sí responden solidariamente entre sí, pero, cada socio solo puede responder por lo que cobró; aunque, en este aspecto, responda solidariamente con los administradores.



En el caso de que los dividendos hubiesen sido cedidos, la responsabilidad sigue recayendo sobre el accionista. La restitución es obligada, con independencia de la buena fe del perceptor, incluso si los accionistas percibieron los dividendos, cumplidos todos los trámites formales –balance, informe de administración, aprobación de balance y del acuerdo de distribución–, porque no es un problema de adquisición de buena fe, sino de cobro de lo indebido. Los administradores no pueden considerarse nunca de buena fe, ya que tienen la obligación legal de comprobar la realidad de los dividendos.

Si la distribución de dividendos es causa de insolvencia, podría impugnarse, en su caso, mediante las acciones legales pertinentes. Incluso podría establecerse la responsabilidad subsidiaria de las personas que controlan el funcionamiento de la sociedad.

En ese sentido, no serían casos de distribución de dividendos ficticios, ni la que se acuerda sobre cantidades mantenidas en el balance como utilidades por repartir, ni la que resulta del reparto de reservas.

La ocultación de beneficios, la simulación de gastos y maniobras similares son delictivas, tanto desde el punto de vista fiscal como desde el que representa la lesión a los legítimos intereses de los accionistas defraudados en su derecho.

Los dividendos se refieren a los beneficios que arroje el balance correspondiente al ejercicio social transcurrido, Por lo mismo: “No parece lícito el

pago de anticipos a cuenta de dividendos futuros, ni por acuerdo de la ~~asamblea,~~
ni por decisión de ningún otro órgano social” (Wieland, 1995, p.216).



Sin embargo: “Es práctica admitida la de los anticipos a cuenta de dividendos, lo que se hace bajo la responsabilidad de la administración, aunque el acuerdo sea de la asamblea” (Vivante, 2005, p. 572).

Una rama de la doctrina estima que el pago de anticipos a cuenta de dividendos es lícito, y sólo crea una obligación de resarcimiento cuando los dividendos no lleguen a existir. Los mismos estatutos establecen, en ocasiones, que el Consejo de Administración podrá acordar la distribución de un anticipo a cuenta de beneficios, según la cuantía prevista en éstos, tan pronto como se cierre el ejercicio social o aún antes.

2.1.2 Derecho a la cuota de liquidación

El derecho de percibir una cuota de liquidación es patrimonial, principal, común, en cuanto su contenido es estrictamente de orden económico directo, de carácter fundamental y propio de todos los accionistas. En el caso de que la sociedad se disuelva y se practique la liquidación correspondiente, el haber disponible resultante se distribuye entre los socios.

Prácticamente, este derecho debiera configurarse como el derecho del accionista a ser reembolsado del importe de su aportación, bien al disolverse la

sociedad, en forma de participación proporcional en el haber resultante, bien en la forma de reembolso anticipado en el caso de amortizaciones de las acciones.



En cuanto a la proporción en que debe participar el accionista en el patrimonio de liquidación, es aplicable el artículo 251 del Código de Comercio.

Al mismo tiempo pertenece el derecho del accionista excluido o separado de la sociedad, para que se le devuelva el importe de su aportación, si bien en los casos en que la ley lo prevé, la misma pueda quedar afectada al cumplimiento de ciertas obligaciones.

El derecho a la cuota de liquidación también puede ser conformado como un derecho preferente. Las acciones de voto limitado han de tener preferencia en la distribución de la cuota de liquidación, pero también esta preferencia puede ser convencional y atribuida a algunas o a todas las acciones con independencia de que sean voto limitado.

En todo caso, la preferencia en la cuota no puede ir acompañada de una limitación de la misma.



2.1.3 Acciones con dividendo preferente

A) Concepto, caracteres y categorías de las mismas

El derecho a un dividendo preferente consiste en el que tienen algunas acciones para percibir una cierta participación en los beneficios, antes que se haga distribución alguna de los mismos a los demás accionistas.

Es por definición un derecho patrimonial, principal y especial. Patrimonial por su contenido eminentemente económico. Principal por su jerarquía. Especial, porque necesariamente sólo puede atribuirse a alguno o algunos accionistas o serie de acciones.

Se habla aquí de acciones con dividendo preferente y no de acciones preferentes, porque este es un término desconocido en algunas legislaciones. La mayor parte de legislaciones hablan de acciones de voto limitado, a las que conceden imperativamente en compensación el derecho a cobrar antes que las demás un dividendo mínimo algún porcentaje establecido en la ley y, en su caso, la cuota de liquidación.

El término acción preferente no es unívoco, porque en algunas legislaciones, junto a las acciones preferentes de voto limitado, con sus dos variantes de participantes y limitadas, se encuentran las acciones preferentes no de voto limitado.



En la práctica solo se conocen comúnmente, las acciones preferentes de voto limitado; de todas maneras, dada la posibilidad de diversas combinaciones, se puede decir que:

El término *acción preferente* sólo expresa la existencia de acciones con alguna ventaja respecto de otras en cuanto a algunos de los derechos que confieren; pero, el significado exacto del término, es decir, la amplitud y alcance de la preferencia, sólo pueden averiguarse por consulta de los Estatutos y de los mismo textos de la acción. (Donaldson, 1938, p. 222)

La acción preferente que no es de voto limitado es una acción preferible a la común, puesto que tiene todos los derechos de esa y además las preferencias que se le hayan concedido. La acción preferente de voto limitado puede ser preferible o no serlo con referencia a la acción común, pues la privación del voto y de los derechos administrativos inherentes pueden estar compensados o no estarlo por la preferencia en la percepción del individuo y tal vez en la de la cuota de liquidación. Como se ha dicho con razón ello depende de: “Las características de cada clase de acciones, de las perspectivas de un fruto próximo, del grado de prosperidad del negocio, de los objetivos del accionista, etc.” (Martínez, 1946, p.128).

Respecto a las acciones y las obligaciones, en esencia, la distinción entre una y otra clase de documentos consiste en que las obligaciones representan un derecho de crédito contra la sociedad en cuanto incorporan una parte fraccionaria

del crédito colectivo concedido a la misma; mientras que las acciones incorporan la calidad de socio con todos sus múltiples derechos.



Esta distinción es aplicable a las acciones preferentes. En efecto, cualquiera que sea la clase de acciones preferentes que se considere, sus cupones no son exigibles ejecutivamente, sino después que la asamblea general ha decretado el reparto de dividendos; en cambio los de las obligaciones son exigibles siempre con independencia de los acuerdos de la asamblea y de la situación económica de la misma.

La emisión de acciones preferentes responde a necesidades especiales del financiamiento de ciertas empresas. Para la sociedad, representa un modo de atraer capitales, con el incentivo de la prioridad en la percepción de los dividendos, al mismo tiempo que tienen la ventaja de no crear un sistema rígido de deudas, como el supuesto por la emisión de obligaciones, y de impedir la entrada de capital común accionista, que podría desplazar a los antiguos socios del mando y dirección de la empresa. (Urquidi, 1946, p.930)

Para los socios representa la ventaja de una participación privilegiada en los beneficios, en la forma y con el alcance que se verá al examinar las diversas clases de acciones preferentes. En general, se supone que los suscriptores de acciones preferentes tienen un interés de inversión más que un interés de gestión muy en particular cuando se trata de acciones de voto limitado.



Un caso de dividendo preferente es el que se confiere a los titulares de acciones de voto limitado, pues a partir del principio general, no podrán asignarse dividendos a las acciones ordinarias sin que antes se pague, a las de voto limitado, un dividendo de un porcentaje determinado en la ley.

Nada impide que este dividendo preferente sea superior al establecido en la ley, si así se consigna en los estatutos.

Lo interesante en este punto es subrayar que, por tratarse de un derecho especial, no puede ser alterado por las decisiones de la asamblea, a menos que la ley lo establezca, ya que sus titulares tienen la consideración de una minoría.

Otra característica especial de las acciones con dividendo preferente, a que se acaba de hacer referencia, es la de que los dividendos mínimos señalados son acumulativos, lo que quiere indicar que en el caso de que en algún ejercicio social debe de pagarse a los accionistas que tienen derecho a ello la cuantía mínima que la ley determina o la convencional fijada en los estatutos, la diferencia en menos, entre lo percibido y lo que hubieran debido percibir, se acumula para el año siguiente, y así sucesivamente.

En algunas legislaciones se establece que, cuando, en algún ejercicio social, no haya dividendos o sean inferiores al porcentaje establecido en la ley, se cubrirá éste en los años siguientes con la prelación indicada.



La preferencia puede ser no solo cualitativa, de prioridad en la percepción, sino también cuantitativa, ya que en algunas legislaciones se reconoce que en el contrato social puede pactarse para cierta clase de acciones el pago de un dividendo mayor que el de los comunes.

Las cantidades no abonadas no constituyen un derecho de crédito de los accionistas en contra de la sociedad, puesto que ya se ha dicho que el derecho al dividendo, como derecho de crédito, solo surge cuando la asamblea aprueba la distribución del mismo.

Sería erróneo entender que solo las acciones de voto limitado pueden ser de dividendo preferente. La preferencia en el dividendo puede concederse en los estatutos a cualquier serie de acciones incluso a un grupo de accionistas.

Tanto las acciones preferentes de voto limitado como las preferentes comunes pueden adoptar algunas de las siguientes combinaciones:

- a) Acciones preferentes participantes.** Cuando una vez que se ha distribuido a las mismas el dividendo preferente convenido, se pasa a distribuir otro tanto igual a las acciones comunes y después, si aún hubiera un remanente, participan proporcionalmente sobre él, concurriendo las comunes y las preferentes.



El dividendo preferente solo es acumulativo por la cuantía preferente, pero no por el resto.

b) Acciones preferentes limitadas. Se llaman así aquellas acciones preferentes que solo participan en los beneficios en el porcentaje previamente establecido, sin que, cualquiera que sea el volumen total de las utilidades repartidas, participen en ellas, sino en el límite preestablecido. Proceden del derecho americano y han sido acogidas en los estatutos de algunas legislaciones. Su legalidad es harto dudosa, en virtud del principio de la igual participación de los socios en proporción al valor exhibido de las acciones y las acciones preferentes limitadas no participan por igual en los beneficios, sino que su preferencia va compensada con una limitación de la cuantía total de los beneficios que pueden percibir.

Si bien en algunas legislaciones no se enuncia con claridad el principio de la igualdad de los derechos que atribuyen las acciones, la mayoría admite la emisión de distintas clases de acciones con derechos especiales para cada clase. Una participación limitada en los beneficios es una forma atenuada de pacto leonino. Por otra parte, debe observarse que el titular de una acción preferente limitada tiene menos derechos que un obligacionista y todos los riesgos de un accionista.

En la doctrina y en algunas exposiciones de motivos, se dice claramente que si se admiten las acciones de voto limitado es consagrando las condiciones



indispensables para que puedan ser emitidas. Si bien en algunas legislaciones se establece un dividendo mínimo del cinco por ciento, se admite que pueda señalarse para estas acciones un dividendo superior al de las acciones ordinarias, pero nada permite entrever que pueda señalárseles un dividendo inferior.

B) Acciones preferentes de voto ordinario

La preferencia en el dividendo no está necesariamente vinculada a una limitación en el voto, aunque sí es cierto que toda limitación en el voto debe conferir a las acciones afectadas la consideración y los beneficios de las acciones preferentes en cuanto al dividendo.

Estas acciones preferentes comunes o de preferencia voluntaria se caracterizan:

1. Porque la preferencia en el dividendo no tiene un mínimo legalmente señalado;
2. Porque no son necesariamente acumulativas;
3. Porque no tienen preferencia legal sobre la cuota de liquidación, y
4. Porque no sería lícito que se pactase para ellas una mayor participación en los beneficios.



C) Otros casos de preferencia legal

Otro supuesto de preferencia legal, es el que se consagra en algunas legislaciones a favor de las acciones comunes frente a las amortizadas.

No es un caso de dividendo preferente el derecho que tienen las acciones comunes, para percibir un determinado porcentaje de beneficio antes de que se reparta nada a los tenedores de bonos de fundador.

2.2 Derechos patrimoniales accesorios

Entre ellos figuran, como comunes, los siguientes:

- a) El derecho a hacer una aportación limitada.
- b) El derecho a obtener los certificados provisionales, y, en su caso, los títulos-acciones, en la forma prescrita en la ley.
- c) El derecho a obtener el canje de acciones nominativas, cuyo importe ha sido desembolsado por acciones al portador, a no ser que se haya pactado que las acciones serán siempre nominativas.
- d) El derecho a transmitir las acciones, este principio de la libre transmisión de las acciones tiene restricciones legales y admite otras convencionales.
- e) El derecho preferente a la adquisición de las nuevas acciones que emita la sociedad.



- f) El derecho de que en el caso de reducción del capital social mediante reembolso a los accionistas, la designación de las acciones que hayan de nulificarse se haga por sorteo ante notario o corredor titulado.
- g) El derecho a obtener certificados de goce, cuando sea posible la amortización de acciones con utilidades repartibles.

Del mismo tipo y características son los derechos que estatutariamente pueden conferirse a los accionistas para la obtención de prestaciones, como servicios gratuitos o con cuota rebajada, preferencia en los mismos, etc.

Creemos que a los efectos de atribución de tales ventajas sociales al usufructuario o al nudo propietario, y a la falta de previsión estatutaria, deben formarse dos grupos, según que las ventajas excluyan o no el derecho a los dividendos activos. Si le excluyen deben ser atribuidas al usufructuario y, en caso contrario, al nudo propietario. (Sánchez, 1946, p.69)

CAPÍTULO III



Particularidades de la utilidad y el dividendo

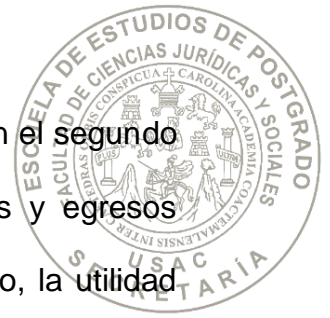
3.1 Utilidad

3.1.1 Definición

Ramón Tamames (1994) al definir la utilidad refiere que: “Es el provecho equivalente a la diferencia entre los ingresos y los gastos de una operación o conjunto de operaciones con saldo favorable” (p. 65). En ese sentido se entiende que la utilidad es el beneficio económico que obtiene la sociedad como resultado de las actividades mercantiles realizadas dentro del ejercicio social, es precisamente la obtención de utilidades la finalidad de las sociedades mercantiles, y su reparto el principal componente de los derechos patrimoniales de los accionistas que define el carácter y naturaleza económica de las sociedades anónimas.

Otra fuente consultada denomina utilidad a la capacidad que algo tiene para generar beneficio. También puede referir a las ganancias que un negocio, empresa o activo determinado genera a lo largo de un período de tiempo. En el primer caso, la utilidad se debe principalmente a la capacidad que tiene un determinado elemento de cubrir o paliar una necesidad que las personas tienen; en este sentido, la utilidad sería la capacidad que un elemento, aspecto o

circunstancia tiene para que se genere la solución de un problema. En el segundo caso, la utilidad guarda relación con las diferencias entre ingresos y egresos pecuniarios en una determinada actividad económica; en este sentido, la utilidad puede entenderse como un flujo de caja positivo. No obstante, ambas concepciones tienen elementos en común que las hacen conectarse. (<https://definicion.mx/utilidad/>)



De la definición que Ramón Tamames proporciona y de la anteriormente citada podemos establecer los dos elementos básicos que se consideran para determinar la utilidad: los ingresos y los gastos, ambos conceptos pueden ser comprendidos como el flujo de recursos económicos, que en el primero de los casos fluye de fuera hacia dentro de la sociedad mediante la venta de mercadería o la prestación de un servicio que se mide por el cargo que de los mismos se realice al cliente, comprador o arrendatario; en tanto que los segundos fluyen de dentro hacia fuera de la sociedad y que generan desembolso de una suma de dinero para cubrir el costo de los bienes o servicios ofrecidos, de operación de la entidad y pérdidas. Manuel Ossorio (1981) define el ingreso como: “Entrada. Caudal que entra en poder de uno, y que le es cargo en las cuentas (Dic Acad). Cabanellas amplía el concepto diciendo que ingresos son también el total de sueldos, rentas y productos de toda clase que se obtienen mensual o anualmente” (p.381). En tanto que define gastos como: “Implican un desembolso pecuniario destinado a la adquisición de cosas, a la remuneración de servicios o a la conservación de bienes y valores” (Ossorio, 1981, p.332). Si del cálculo



matemático resulta que los ingresos son superiores al gasto, se genera utilidad, de lo contrario se anotará una pérdida en la cuenta.

Para fines prácticos las utilidades pueden clasificarse en brutas y netas, siendo precisamente la utilidad neta la que sirve de base para el cálculo y distribución de los dividendos. Sin embargo, para aspectos contables, las utilidades se clasifican de acuerdo a las deducciones que las afectan, de esa cuenta encontramos utilidad bruta, utilidad operacional, utilidad antes del impuesto a la renta, utilidad antes de reserva y la utilidad neta (Rivero, 1993, p.36).

Aunque no es tema de este estudio la clasificación de las utilidades y su cálculo, se estima pertinente para una mejor intelección de este trabajo, establecer de manera concisa las diferencias entre los términos señalados y la forma en que se determinan.

3.1.2 Clasificación

A) Utilidad bruta

Se entiende por utilidad bruta la cantidad que se obtiene de restarle a los ingresos producidos por la venta de bienes o servicios, los costos de producción o venta. En la determinación de la utilidad bruta no se toman en cuenta los costos fijos, impuestos o intereses que deban pagarse, sino que se obtiene mediante una

operación matemática de resta entre las ventas y los costos directos e indirectos incurridos en el proceso productivo.



B) Utilidad de operación

La utilidad de operación resulta de restarle a la utilidad bruta los gastos de operación que están relacionados con las operaciones del negocio, es decir, los gastos administrativos y de ventas tales como alquiler o depreciación de edificios o vehículos, gastos de seguros, gastos de limpieza, sueldos, gastos de luz, agua y teléfono.

C) Utilidad antes del impuesto a la renta

La utilidad antes del impuesto a la renta es la cantidad a la que ya se le depuró todo gasto operativo y financiero, y a la que únicamente resta aplicarle los impuestos. Como puede apreciarse el último concepto que se resta o aplica a la utilidad corresponde a impuestos, ello se debe a que se grava la utilidad que efectivamente se percibe.

D) Utilidad antes de la reserva

La utilidad antes de la reserva es la cantidad a la que ya se le aplicó el impuesto sobre la renta y sobre la cual puede calcularse la suma que corresponderá a la reserva legal o estatutaria. Resulta importante señalar que es



hasta que se ha determinado la suma que queda una vez descontados los impuestos, que se deben también restar las reservas legales o estatutarias, pues no puede calcularse la reserva sobre un dinero que corresponde al fisco y del cual la entidad no puede disponer.

E) Utilidad neta

La utilidad neta está constituida por el valor que queda luego de restarle a los ingresos todos los gastos, costos operativos y financieros, así como de aplicarle los impuestos y reservas correspondientes. La utilidad neta es la rentabilidad efectiva que puede ser distribuida a los socios y que servirá de base para el cálculo de los dividendos.

3.1.3 Destino

De acuerdo al artículo 134 del Código de Comercio, corresponde a los socios de la entidad mercantil, en Asamblea Ordinaria, conocer y resolver sobre el proyecto de distribución de utilidades, es decir que corresponde a la asamblea general de accionistas la decisión respecto del destino que se le dará a las utilidades

Del contenido de nuestra legislación comercial se puede determinar con toda claridad que el destino de las utilidades tiene dos fines: uno es de carácter imperativo, por cuanto está establecido por Ley y por lo tanto constituye una



obligación para la sociedad, como destinar utilidades a compensación de pérdida, a reserva legal y pago de beneficios a socios fundadores; en tanto que otros, son fines de carácter voluntario, es decir, pueden o no ser cumplidos de acuerdo a la decisión que asuma la junta general de accionistas, como la decisión de acumular las utilidades, capitalizarlas, constituir reservas voluntarias y distribuir dividendos.

3.1.3.1 De carácter imperativo

A) Compensación de pérdida

El artículo 32 del Código de Comercio establece que si hubiere pérdida de capital de una sociedad, éste deberá ser reintegrado cuando menos en el monto de las pérdidas, antes de hacerse repartición o distribución alguna de utilidades. A manera de ejemplificar lo que el artículo señala, vale decir que en aquellos casos en los que la sociedad ha tenido pérdidas acumuladas que hagan que el patrimonio neto sea inferior al capital social, pero posteriormente genera utilidades, estas deben primero compensar las pérdidas de capital, de tal forma que únicamente el remante que de tales utilidades quede, después de compensar las pérdidas, pueda ser repartido entre los socios.



B) Reserva legal

El artículo 36 del Código de Comercio establece la obligación de separar de las utilidades netas de cada ejercicio anualmente el cinco por ciento por lo menos para formar la reserva legal. Rodríguez Rodríguez (1981) señala que:

La doctrina jurídica estima que el término reservas debe de utilizarse solo para referirse a determinadas sumas de valores patrimoniales activos, excluidos de la distribución con el fin de proporcionar a la empresa una mayor solvencia y seguridad económica. Queda así reducido el concepto de reserva a la de capital, “suma de valores patrimoniales que constituyen un activo neto para sociedad, que no son necesarios para asegurar la integridad del capital social y tampoco pueden ser distribuidos cada año en los repartos anuales de beneficios”, concepto este que también se expresa diciendo que: “las reservas están formadas por aquella parte del patrimonio de la sociedad que no forma parte del capital pero que no ha de ser distribuida entre los accionistas”, o como más brevemente se ha dicho, “es aquella parte del patrimonio social que sin ser capital fundacional no debe de distribuirse entre los accionistas. (Pp.331-334)

En resumen, la reserva legal es la porción de las utilidades que debe obligadamente apartarse para mayor solvencia de la sociedad, que protege o garantiza la integridad del capital social y que podrá capitalizarse por decisión de

la asamblea general de accionistas o por mandato legal, pero no distribuirse entre los socios sino hasta la disolución y liquidación de la sociedad.



C) Beneficio a socios fundadores

Aunque efectivamente es obligatorio el destino de utilidades a la participación concedida a los fundadores en las utilidades netas anuales, conforme lo estipulado en el artículo 95 del Código de Comercio, esta participación no excederá del diez por ciento, ni podrá abarcar un período de más de diez años a partir de la constitución de la sociedad y no podrá cubrirse, sino después de haber pagado a los accionistas un dividendo del cinco por ciento (5%), por lo menos, sobre el valor nominal de sus acciones.

3.1.3.2 De carácter voluntario

A) Acumular las utilidades

Las utilidades acumuladas son aquellas que proceden de ejercicios anteriores, que no fueron capitalizadas, ni destinadas a reserva legal, estatutaria o voluntaria, ni distribuida entre socios. Los socios pueden decidir voluntariamente si las utilidades serán retenidas por la sociedad para ser reinvertidas para el crecimiento y expansión del negocio principal o bien dejarlas en un renglón pendiente de asumir decisión sobre su destino, en cuyo caso en cualquier momento posterior podrá mediante asamblea ordinaria convocada para el efecto,

decidirse sobre su destino específico. Es de tomar en cuenta que de conformidad con el Decreto 10-2012 del Congreso de la República, al momento de decidirse la distribución de las utilidades acumuladas serán afectas con el 5% de impuesto sobre la renta, independientemente del período impositivo en el que se hayan generado.



B) Capitalización de utilidades

Capitalizar utilidades no es más que destinar las utilidades al incremento del capital social, este, como cifra legal, solo puede ser modificado observando las formalidades establecidas en el Código de Comercio, de esa cuenta, deberá ser autorizado por la asamblea extraordinaria de accionistas, constar la modificación en escritura pública e inscribirse en el Registro Mercantil. Conforme el artículo 207 del Código de Comercio, el pago del aumento podrá realizarse por capitalización de utilidades. De conformidad con lo establecido en la Ley de Actualización Tributaria, en la capitalización de utilidades no se configura el hecho generador del tributo, y consecuentemente no hay obligación de pago del impuesto.

C) Reservas voluntarias

Este tipo de reserva no se encuentra establecida en la ley ni en los estatutos de la sociedad, pero por decisión del máximo órgano de decisión de la sociedad se establecen con distintas finalidades de acuerdo a los intereses de los

accionistas. Respecto del coste de las reservas voluntarias el **Diccionario Financiero en línea** señala:



La inmovilización de dinero, sea cual sea su motivo, constituye un coste de oportunidad para las empresas. Por lo tanto, las reservas voluntarias, al tratarse de una inmovilización de dinero, van a suponer un coste para la empresa. Esto significa que la constitución de reservas voluntarias va a suponer para la empresa y para sus accionistas la pérdida de oportunidades financieras. En el caso de la empresa, este dinero de la reserva voluntaria podría ser utilizado, por poner un ejemplo, para financiar proyectos empresariales. Por el contrario, para el accionista, la constitución de reservas voluntarias supone la reducción de su beneficio en el momento de reparto de dividendos, dinero que podría utilizar, por ejemplo, para invertir en otros activos. (<https://www.mytriplea.com/diccionario-financiero/reservas-voluntarias/>)

3.1.4 Derecho a participar de las utilidades

El derecho a participar de las utilidades es uno de los derechos de carácter patrimonial de los socios en este tipo de organización social, que como se explicó en el capítulo primero, está concebida y estructurada en la ley para que todos los accionistas tengan derecho a participar de las utilidades que genere la sociedad.

De acuerdo a Messineo (1979) el interés patrimonial de los socios se encuentra dentro de los llamados derechos individuales del accionista, que al adherirse a la sociedad no renuncia a sus propios intereses particulares, los que en todo caso son la motivación exclusiva de su participación en la sociedad, concluyendo en que las exigencias sociales no pueden anular al individuo que en el derecho privado patrimonial, las instituciones jurídicas se presentan como instrumentos de sus intereses (488-489).



El derecho de carácter patrimonial de participar en las utilidades es un derecho mínimo, irrevocable y fundamental de todo accionista, por lo que no es posible que legal y estatutariamente se pueda denegar este derecho. El artículo 105 del Código de Comercio regula:

*ARTICULO 105. Derechos de los Accionistas. La acción confiere a su titular la condición de accionista y le atribuye, **como mínimo**, los siguientes derechos: 1º El de participar en el reparto de las utilidades social y del patrimonio resultante de la liquidación.*

De lo prescrito en el artículo citado surge, respecto del reparto de utilidades, la condición de derecho mínimo, en tanto que la irrevocabilidad de tal derecho encuentra su fundamento en el artículo 34 del mismo cuerpo legal, el cual establece que se tendrán por no puestas las cláusulas de la escritura social en que se estipule que alguno de los socios no participará en las ganancias, siendo

nulas las cláusulas o acuerdos que supriman derechos atribuidos por la ley a cada accionista, tal como lo regula el artículo 137 del Código citado.



Como puede apreciarse el derecho analizado no puede ser excluido por los estatutos de la sociedad ni por decisión de la asamblea general de accionistas, pues la ley prevé normas que protegen y garantizan al socio el goce del derecho de participar en las utilidades en igual proporción en que participa del capital social, estando además facultado a pedir que la asamblea general ordinaria anual resuelva sobre la distribución de las utilidades de acuerdo a lo establecido en el artículo 139 del Código de Comercio.

3.1.5 Requisitos para el reparto de utilidades

No obstante que el artículo 1728 del Código Civil determina que la sociedad es un contrato por el que dos o más personas convienen en poner en común bienes o servicios para ejercer una actividad económica y dividirse las ganancias, en el caso de las sociedades anónimas, el solo hecho de que la sociedad haya tenido utilidades en un ejercicio determinado no resulta suficiente para que la Asamblea de accionistas pueda declarar la existencia de dividendos, y tampoco que el accionista tenga un derecho exigible sobre tales utilidades. Siempre es necesario que se reúnan algunas condiciones previas.



1) Que la sociedad haya percibido una utilidad real de acuerdo con el balance del ejercicio (artículo 35 del Código de Comercio)

De esta regla puede deducirse que: “Solo podrán declararse dividendos sobre utilidades realmente obtenidas, entendiéndose por tales el aumento real del patrimonio inicial durante el período que se verifica a través de la gestión social” (Albadiña, 1954, p. 181).

De manera que, no pueden declararse dividendos sobre utilidades ficticias que aparezcan de datos falsos en los balances, ni sobre utilidades no producidas.

Así como no está permitida la constitución de reservas ocultas mediante la infravaloración del activo o la sobrevaloración del pasivo: “Con más razón se prohíbe, expresamente, la creación de utilidades ficticias mediante operaciones meramente contables que entrañan la sobrevaloración del activo o la infravaloración del pasivo” (Rossi, 1957, p.21). Ya que de lo contrario se violaría, en perjuicio de terceros, la integridad del capital social, piedra angular del sistema societario guatemalteco.

Al basarse en el mismo principio de la conservación del capital social, no estaría permitido, asimismo, la declaración de dividendos sobre utilidades esperadas de la sociedad, requiriéndose que las utilidades hayan sido realmente percibidas para que puedan ser objeto de reparto entre los socios.



Para garantizar los principios expuestos, el artículo 35 del Código de Comercio establece:

Queda prohibida la distribución de utilidades que no se hayan realmente obtenido conforme el balance general del ejercicio. Aparte de las utilidades del ejercicio social recién pasado, también se podrán distribuir las utilidades acumuladas de ejercicios anteriores. Los administradores que autoricen pagos en contravención de lo anterior y los socios que los hubieren percibido, responderán solidariamente de su reintegro a la sociedad, lo que podrá ser exigido por la propia sociedad, por sus acreedores y por los otros socios.

Por lo que: “Los dividendos son repetibles, sea o no de buena fe el accionista que los hubiese recibido” (Verón, 1984, p.121).

En algunos ordenamientos, se autoriza pactar en los estatutos que las acciones de nueva emisión devenguen, durante un determinado período, intereses por algún porcentaje, pero:

Dichos *intereses* intercalarios o constructivos, que han sido objeto de fuertes críticas en la doctrina, ya que innegablemente pueden afectar al capital social, no son propiamente dividendos, sino un híbrido que se sitúa entre la participación en las utilidades y la renta percibida por un préstamo. (Bérgamo, 1971, p. 253)



En palabras de Mantilla Molina (1979):

Suele hablarse en la doctrina de intereses o dividendos constructivos, pero en realidad la ley se expresa con toda corrección técnica al hablar de intereses, pues este carácter tiene el pago que se hace a los accionistas, en el caso que se estudia, y no el de los dividendos, pues no presupone la existencia de utilidades sociales. Sin embargo, la ley de impuesto sobre la renta les da un tratamiento similar a las utilidades, mas no permite que para los fines de determinar la utilidad gravable se deduzcan las cantidades que pague la sociedad por este concepto. (p.377)

3.2. Dividendo

3.2.1 Definición

Nuestra legislación comercial utiliza en la redacción de varios artículos el término dividendo, y si bien no proporciona un concepto al respecto, hace referencia a aspectos que permiten formar una clara idea de lo que debe entenderse por dividendo; así, el artículo 95 del Código de Comercio refiere la obligación de pagar a los accionistas un dividendo de por lo menos el 5% antes de pagar la participación de los socios fundadores; por su parte el artículo 121 del mismo cuerpo legal señala que las acciones podrán llevar adheridos cupones que se desprenderán del título y se entregaran a la sociedad contra el pago de dividendos; el artículo 131 del mismo código señala que no podrá distribuirse

dividendos a las acciones ordinarias sin que antes se señale a las de voto limitado, un dividendo no menor del seis por ciento (6%) en el ejercicio social correspondiente; y el artículo 172 de la ley relacionada establece como responsabilidad específica de los administradores de la sociedad, la existencia real de las utilidades netas que se distribuyen en forma de dividendos a los accionistas.



Alberto Verón (1984) al abordar el tema del dividendo señala que desde el punto de vista contable es el monto resultante de dividir las utilidades repartibles por el índice de participación que a cada socio le corresponda, contractual o legalmente sobre las mismas, y desde el punto de vista jurídico el dividendo es el derecho creditorio conferido al accionista al disponerse en la asamblea la distribución entre los socios del monto resultante de las utilidades liquidas proveniente de un balance regularmente confeccionado.

Manuel Ossorio (1981) define el dividendo como la cuota que corresponde a cada acción, proporcional a su monto, al dividir sus ganancias una sociedad comercial (p.260). La ley del impuesto sobre la renta en su artículo 10 considera dividendos a las participaciones en utilidades provenientes de toda clase de acciones.

Como puede apreciarse el dividendo no es más que la cuota o porcentaje de las utilidades netas obtenidas por la sociedad, que será distribuida a cada socio

de manera proporcional al monto de aportación que refleja cada acción de la cual se es propietario.



3.2.2 Naturaleza jurídica

Una vez determinado el concepto de dividendo, es necesario para su correcto estudio, saber lo que es en esencia, esta determinación nos permite diferenciarlo claramente de cualquier otro concepto y resultará útil para la finalidad de este trabajo de investigación. Cuando nos referimos al dividendo necesariamente debe hacerse referencia a la utilidad, concepto que no debe confundirse con el estudiado en este apartado, pues la utilidad es el beneficio económico obtenido por la sociedad derivado sus actividades mercantiles, en tanto que el dividendo es la parte o porción que de ese beneficio corresponde a cada socio.

Se afirma que el dividendo es un fruto civil tal como lo señala Roitmann (2006), que explica tal naturaleza por ser sujeto el dividendo a liquidación *mortis causa*, usufructo de acciones e incluso transferencia (p.558); Sasot Betes y Sasot (1985) critican su asimilación a los frutos civiles por cuanto no es posible que se devengue diariamente, ello debido a que la ganancia depende de lo que arroje el balance correspondiente (p.17).

Nuestra legislación sustantiva civil clasifica los frutos en naturales y civiles, tal como se desprende de la lectura del artículo 625 del Código Civil, en el que se



establece además que los frutos civiles se producen día por día y si bien el dividendo no se devenga día con día como lo señalan los autores citados, tal característica no resta su calidad de fruto civil, pues al derivar el derecho al dividendo precisamente de la acción, que es considerada un bien mueble, el dividendo viene a ser un fruto de esta que representa la parte alícuota del capital social que aportó su propietario, finalmente cabe señalar que, el artículo 471 del Código relacionado, considera el fruto como atributo de la propiedad, en ese sentido el dividendo es un atributo de la propiedad del bien mueble denominado acción.

En conclusión, es correcto afirmar que el dividendo es la ganancia o beneficio, fruto de la participación del accionista, que percibe en proporción a la cuota de capital que invirtió en la entidad mercantil, esta clara distinción de la esencia del dividendo como una ganancia o beneficio, debe tenerse también presente para el tratamiento fiscal, pues aunque no es tema de esta investigación, resulta relevante señalar que en el ámbito fiscal el hecho generador del impuesto sobre la renta se configura al momento de acaecer el pago del dividendo.

3.2.3 Clases de dividendos

Las dos clases principales de dividendos son los ordinarios y los extraordinarios.



A) Los dividendos ordinarios

Son todos aquellos beneficios que se obtuvieron en un ejercicio social anual, distribuidos a prorrata entre todos los accionistas de una misma clase y como resultado de la decisión de una asamblea ordinaria de accionistas, también se les denomina como dividendos regulares. Estos dividendos son pagados en efectivo con cargo a las utilidades netas obtenidas y se expresan, verbigracia, como: “dividendos a cuenta del ejercicio 2017”.

B) Los dividendos extraordinarios

En estos se encuentran todos aquellos beneficios decretados además de los dividendos regulares u ordinarios. Es pertinente señalar que las sociedades, a través del órgano respectivo, acuerdan un porcentaje de las utilidades que deberá repartirse anualmente de conformidad con la política de dividendos que asuman, a ese porcentaje acordado y repartido es al que se le denomina dividendo ordinario, y a todo aquel pago que se encuentre fuera de este parámetro es al que se le denomina dividendo extraordinario, el cual puede surgir de la decisión de repartir reservas voluntarias acumuladas o de los ingresos extraordinarios por la venta de alguna propiedad, por citar algún ejemplo.



3.2.3.1 Clases especiales de dividendo

El dividendo implica un derecho de carácter aleatorio y supone la igual participación de los socios en las utilidades que se reparten. Estas reglas tienen excepción, de las cuales, unas suponen la percepción de un dividendo fijo, es decir, sin carácter aleatorio, otros implican una preferencia en la percepción de los dividendos y, por consiguiente, la ruptura del principio de la igualdad en la participación.

A) Dividendos fijos

Algunos ordenamientos permiten que la sociedad pague a sus accionistas dividendos fijos, por un cierto porcentaje anual sobre el valor de sus acciones, durante un plazo preestablecido en la ley. Estos dividendos no son propiamente tales, puesto que no se reparten de las mismas utilidades, sino del propio capital de la sociedad, porque generalmente las reglas disponen que su importe se cargue a gastos generales.

Este precepto tiene especial aplicación en aquellas sociedades que requieren un largo período de instalación, durante el cual no puede haber utilidades, por lo que con objeto de inducir al capital a que afluya a estas sociedades, se le garantiza el pago de intereses, en la forma de los mal llamados dividendos constructivos.



B) Dividendos garantizados

Se llaman así los dividendos que una sociedad paga a sus accionistas, de manera que cuando no sea posible alcanzar el mínimo previsto, otra entidad abona las cantidades necesarias para que pueda efectuarse su pago.

En algunos ordenamientos, existen entidades gubernativas que están especialmente autorizadas para garantizar los dividendos de las empresas en cuya promoción intervengan y las financieras, en general, también pueden asumir el compromiso de garantizar los dividendos de las sociedades anónimas. También existen algunas leyes que establecen fondos gubernamentales que contienen disposiciones sobre esta materia.

C) Dividendos preferentes

Son acciones con dividendos preferentes aquellas que tienen una preferencia legal o convencional para participar en los dividendos; esto es, una prioridad de otras para participar en los beneficios.

La preferencia legal es la establecida por la ley en diferentes casos.

En primer término, se encuentra la preferencia de las acciones comunes u ordinarias respecto de las llamadas acciones de goce, ya que estas no pueden

participar en los beneficios hasta que aquéllas no hayan percibido con anticipación, el dividendo mínimo que deben fijar los estatutos.



Los accionistas tienen una preferencia análoga respecto de los tenedores de bonos de fundador, a los que no puede pagar dividendo alguno, en tanto que aquellas no hayan percibido, por lo menos, un dividendo mínimo fijado por la ley.

Pero el caso más importante de preferencia en los dividendos es el que se establece en conexión con las acciones de voto limitado.

Se puede decir que, derecho al dividendo preferente es el que tienen los titulares de las acciones de voto limitado para que se les atribuya un dividendo mínimo, antes de que se pague dividendo alguno a los accionistas comunes.

Esta preferencia es la compensación que la ley establece en favor de los accionistas de voto limitado, en razón de la falta de intervención de los mismos en las asambleas ordinarias y en la mayor parte de las extraordinarias.

Se trata de un derecho patrimonial, accesorio, por su significación, e inmodificable, ya que no puede ser alterado en modo alguno por los accionistas, a no ser que los interesados reunidos en Asamblea especial, consientan las modificaciones de que se trate.



En algunos ordenamientos, la ley fija una cuantía mínima a este derecho, pero los estatutos pueden establecer dividendos preferentes de mayor valor.

El dividendo preferente es además acumulativo; es decir que, cuando la sociedad no pueda o no quiera pagar un año el dividendo mínimo fijado en los estatutos, la diferencia entre lo que se haya pagado y lo que se deba pagar, se acumulará legalmente al dividendo mínimo que deberá pagarse en el siguiente ejercicio social.

En algunos ordenamientos, se encuentran dos clases de acciones con dividendo preferente; las acciones con dividendo preferente limitado y las acciones con dividendo preferente participante. En las primeras, una vez que se les paga el dividendo mínimo fijado en los estatutos, el resto de los dividendos, cualquiera que sea su cuantía, se paga exclusivamente en beneficio de las acciones comunes.

En las segundas, una vez que se les paga el dividendo convenido, se atribuye un dividendo igual a las acciones comunes, y el resto, si los hubiere, se distribuirá proporcionalmente entre ambas clases de acciones.

Debe observarse que, si bien todas las acciones de voto limitado tienen que ser de dividendo preferente, puede haber acciones de dividendo preferente sin que sean de voto limitado.



3.2.4 Pago del dividendo

El pago del dividendo debe hacerse, en algunos casos, contra los cupones que las acciones llevan adheridos y que se desprenderán del título-acción. “Estos cupones son títulos-valores auténticos con las características propias de éstos” (Vivante, 2005, p.134).

Pueden ser nominativos o al portador -aunque en el caso de Guatemala, la ley impone que sean solamente nominativos- si la acción es nominativa; pero si esta fuese al portador, se comprende fácilmente que los cupones tendrán que ser forzosamente al portador.

Los cupones incorporan un derecho futuro, es decir, condicionado, e implican un simple derecho de crédito a una prestación en dinero y no en modo alguno un derecho de cooperación.

El número de cupones que las acciones lleven adheridos no está legalmente determinado. La costumbre mercantil es emitir las acciones con tantos cupones como años de duración se hayan previsto para la sociedad, pero este uso no es de observancia general.

No señala la ley requisitos especiales para los cupones. Estos deben llevar el nombre de la sociedad y un número progresivo. No es frecuente que los cupones lleven el nombre del beneficiario y, además, es más raro aún que lleven

la firma de los administradores, lo que es una circunstancia aconsejable como medida de identificación, que podría sustituirse por sellos especiales.



El pago de los dividendos debe hacerse en moneda nacional, sin que pueda obligarse a un accionista a percibirlo en bienes de distinta naturaleza. En la práctica, se han dado casos de abusos al respecto, cuando se ha obligado a los accionistas a percibir, en pago de sus dividendos, acciones de otras sociedades. Ni la teoría general de las obligaciones, ni el derecho especial de las sociedades anónimas, autorizan estos abusos.

El pago debe hacerse, generalmente, por las empresas con domicilio en el país. En ocasiones, el pago de dividendos se hace indirectamente por intermedio de una institución de crédito, con quien se tiene concertado este servicio, como de caja.

En el caso de robo, extravío o destrucción de las acciones o cupones, se estará a lo dispuesto en el Código de Comercio.

- **El dividendo y el valor de la acción**

Para determinar en qué medida debe participar el socio en la distribución de los dividendos las legislaciones comerciales contemplan el principio de que la distribución de las utilidades y del capital social, se hará en proporción al importe exhibido de las acciones. El mismo principio se establece con referencia al pago



de los accionistas de un dividendo preferente, sobre las percepciones a que tengan derecho los socios fundadores.

Cuando se trate de acciones sin valor nominal –las cuales contemplan algunas legislaciones-, en las que no se expresan el monto del aporte sino la parte proporcional que representan del capital social, rige el mismo principio, aunque la proporción no se establecerá con referencia al inexistente valor nominal, sino al efectivo en la proporción que haya entre lo desembolsado y el valor de emisión.

Rodríguez Rodríguez (1981) lo ilustra con el siguiente ejemplo:

Por ejemplo: La sociedad X tiene tres series de acciones sin valor nominal. Las de la serie A se emitieron a \$100.00, las de la serie B a \$200.00, y las de la serie C a \$300.00. Las series A y B están totalmente pagadas; las de la serie C, solo han pagado una exhibición de \$100.00 y tiene aún por pagar dos nuevas exhibiciones de \$100.00. Si se acuerda repartir un dividendo de 5% por acción, las de la serie A, cobrarán \$5.00; las de la serie B, otros \$5.00, y las de la serie C, que solo están exhibidas en un tercio de su valor, percibirán \$1.66 por acción. (p. 397)

No es raro encontrar en algunos estatutos el precepto de que las acciones de nueva emisión participarán en los dividendos en proporción al tiempo que haya transcurrido desde que se realizó el desembolso, lo que es lícito, pues no hay

razón para que capitales usados diferentemente, devenguen igual beneficio. A falta de pacto expreso, se aplicará el principio de la igual participación.



3.2.5 Titularidad del pago de dividendos

El derecho a participar en los beneficios no es exclusivo de los accionistas, ya que junto a éstos, todos los cuales deben obtener una parte de los beneficios que ya se distribuyen, hay otros partícipes en las utilidades sociales, sin que por ello pueda decirse que tengan derecho al dividendo. Entre estos últimos, se puede mencionar a los titulares de bonos de fundador, las diversas categorías de personas que con arreglo al pacto social tienen derecho a una participación en los beneficios y los titulares de los certificados de goce.

Si en términos generales el derecho a participar en los beneficios no es exclusivo de los accionistas, sí es exclusivo de estos el derecho a percibir el dividendo, lo que constituye la participación que tienen los accionistas en los beneficios.

En cuanto a la titularidad para la percepción de los dividendos, en principio, corresponde al accionista; pero con las siguientes particularidades.



1. Si se trata de acciones nominativas no provistas de cupones, el cobro del dividendo corresponde al accionista registrado como tal, previa exhibición de la acción;
2. Si se trata de acciones al portador, sin cupones, el derecho a percibir los dividendos corresponde a quien exhiba la acción. En el caso de Guatemala, esto no puede darse debido a que conforme a nuestra legislación las acciones serán todas nominativas.

Estos dos supuestos no son normales, pues, aunque algunas legislaciones prescriben que las acciones vayan provistas de cupones, no todas lo hacen y en todo caso, son normas sin sanción, lo que permite que, en la práctica existan acciones sin ellos.

Además, puede darse el caso de ser procedente el pago de dividendos sin que aún se hayan emitido las acciones, contra simple presentación de recibos provisionales o de certificados de acciones.

En los dos casos indicados, al efectuarse el cobro del dividendo, se estampa en la acción la advertencia relativa.

3. Si se trata de acciones con cupones, el derecho para cobrar el dividendo corresponde al que exhibe el cupón, debidamente legitimado, según las

normas propias de la circulación de cupones, ya se trate de cupones nominativos o de cupones al portador.



En el usufructo de acciones, el dividendo corresponde sin duda al usufructuario; en todos los casos de escisión entre la tenencia y la titularidad, el dividendo como fruto de la acción es atribuible al propietario, inmediata o mediatamente (depósito, prenda, reparto).

3.2.6 Plazo para el cobro

Debe determinarse cuando prescribe la acción para el cobro de los dividendos. La prescripción afecta a todas las obligaciones. El cobro de dividendos decretados es una relación social. Aunque se trate de un derecho de crédito del socio, como tercero frente a la sociedad, y aunque se haya cedido el cupón, no por eso cambia la naturaleza jurídica del derecho que incorporan.

La norma aplicable sería entonces el artículo 1508 del Código Civil de Guatemala, que establece un plazo de cinco años, contados desde que la obligación pudo exigirse, pues tal como lo acredita la naturaleza jurídica del dividendo, una vez declarado, consisten en un derecho de crédito del accionista contra la sociedad.

Es completamente legal el establecimiento de plazos menores de prescripción. La doctrina admite la validez de estos acotamientos.

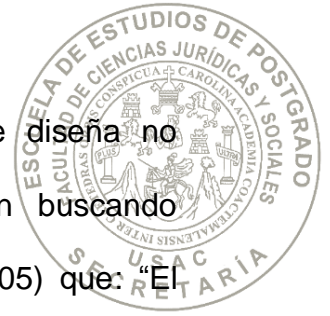


3.2.7 Política de dividendos

Al abordar el tema de los dividendos necesariamente debe abordarse también lo relacionado a la política de distribución que asumirá la empresa. En ese sentido la política de dividendos se debe entender como el plan que diseña una empresa para distribuir las utilidades netas que obtuvo en el ejercicio fiscal entre sus accionistas. Weston (1997) refiere que:

La política de dividendos determina la división de las utilidades entre los pagos que se hacen a los accionistas y las ganancias que se reinvertirán en la empresa. Las utilidades retenida son una de las fuentes de fondos más significativas para financiar el crecimiento corporativo, pero los dividendos representan los flujos de efectivo que se acumulan para los accionistas. (p. 745)

El objeto del contrato social y consecuentemente de la empresa, incluida su administración, es la de maximizar la riqueza invertida por los accionistas en la sociedad, este beneficio debe enfocarse desde la obtención de beneficios económicos periódicos, hasta la solidez del negocio que permita su propio financiamiento y crecimiento, para ello resulta importante la determinación de la política de dividendos a seguir, los responsables deben tomar en cuenta dos aspectos básicos, primero el de maximizar el beneficio de los propietarios de la empresa y segundo la obtención suficiente de financiamiento para crecimiento.

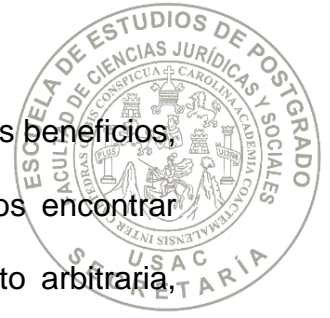


Respecto de la maximización de la riqueza, la política se diseña no solamente considerando las utilidades distribuibles, sino también buscando incrementar el precio de la acción, señala Raúl Herrarte Mera (2005) que: “El precio de las acciones representa la riqueza de los propietarios en la empresa: la maximización del precio de las acciones maximizará la riqueza del propietario” (p.42).

Respecto de la adquisición de financiamiento suficiente, se diseña la política tomando en cuenta que para aumentar la riqueza en el largo plazo, debe de considerarse la disponibilidad de financiamiento tanto interno como externo para realizar los proyectos y operaciones sociales, en ese sentido se planean los requerimiento de fondos futuros y se decide respecto de las utilidades obtenidas para determinar si serán distribuidas o retenidas. Higuerey Gómez (2008) señala que una de las formas de obtener financiamiento es a través de las utilidades retenidas (p.3).

3.2.7.1 Tipos de política de dividendos

Como ya se expresó en páginas anteriores, la política de dividendos no es más que un plan estratégico que define la forma en que se realizará el reparto de dividendos tomando en consideración no solamente la maximización de la riqueza del accionista sino también un autofinanciamiento adecuado a las operaciones sociales. Expresa Mascareñas (2011) por lo menos seis políticas de dividendos que pueden ser adoptadas por las empresas, en las que la *ratio decidendi*



obedece a distintas motivaciones, de esa cuenta se repartirán todos los beneficios, o bien se optará por no repartir dividendos, como también podemos encontrar términos medios a tales posturas, así como una posición de reparto arbitraria, tales políticas se exponen a continuación (Pp.19-21).

A) Se reparten todos los beneficios

De acuerdo a esta política la distribución del beneficio es del cien por ciento, expresa Mascareñas (2011) que en este tipo de política a los accionistas únicamente les interesa la obtención de dividendos, sin tomar en cuenta las necesidades de inversión que requiere la empresa, sin considerar que los proyectos de inversión podrían proporcionarles aumento en su riqueza. Este tipo de política no es la que suelen seguir las empresas, pues limitan el crecimiento de la misma y la exponen a buscar financiamiento a través de otras fuentes que representarían un riesgo (p. 19).

B) No se reparten dividendos

Esta política toma en cuenta los costos de fiscalización y transacción que afectan el reparto de dividendos, por lo que se opta por no repartir los beneficios. Esta política es poco seguida por las empresas, ello derivado del interés del accionista en obtener el reparto del beneficio económico que resultó de la operación social.



C) Un tanto fijo sobre los beneficios

Esta política se basa en fijar un porcentaje a repartir del total de ganancias que obtuvo la empresa. Señala Mascareñas (2011) que esta política, aunque más lógica que las anteriores, es poco usual en las empresas debido a que los beneficios son una variable aleatoria, y en ese sentido los dividendos también lo serán, aspecto que repercute desfavorablemente en la cotización de acciones (p. 20).

D) Dividendo como residuo

De acuerdo a esta política las empresas deben repartir utilidades a sus accionistas solo cuando haya autofinanciado sus inversiones, una vez satisfechas las necesidades de financiación de la empresa, podrá repartir en dividendos el resto del beneficio no invertido, es decir que en ese caso el pago de dividendos se convierte en un residuo pasivo a favor del accionista. De acuerdo a esta política la cantidad efectiva que se pague al accionista en forma de dividendo puede variar cada año de acuerdo a las inversiones que realice la empresa. Si las inversiones son numerosas se distribuirán pocos dividendos; y si por el contrario las inversiones son pocas, los accionistas recibirán más dividendos.



E) Dividendo anual constante ajustado

La Enciclopedia Financiera explica esta política como aquella en la que la empresa reparte cada año un dividendo anual fijo por cada acción en circulación.

Para adecuar el importe del dividendo y el beneficio real obtenido se emplea la cuenta de reservas. Así, los años en que las ganancias son elevadas, el beneficio no repartido pasará a engrosar la partida de reservas, mientras que los años en que el beneficio sea inferior al dividendo que se pretende repartir e, incluso, que la ganancia neta sea negativa, se pagará la parte del dividendo no cubierta por el beneficio generado con una disminución de la cuenta de reservas (López, 1969).

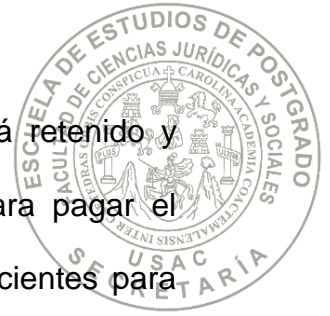
Respecto de esta política Mascareñas (2011) señala que ha surgido la denominada “política de tasa de crecimiento estable”, en la que la directiva de la entidad marca una tasa de crecimiento de los beneficios e intenta ajustarse a la misma (Pp. 20).

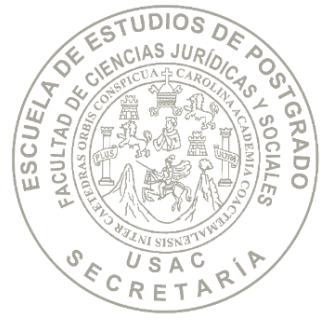
Como puede apreciarse para esta política no importan los resultados de la operación anual, los accionistas recibirán siempre el mismo dividendo por acción, de donde adquiere relevancia la política de tasa de crecimiento estable, para tratar de mantener los beneficios en las mismas proporciones todos los años, bajo el entendido que las reservas servirán de bolsa compensatoria entre periodos prósperos y los adversos, de tal suerte que en los años en que los beneficios son

altos, el beneficio excedente a la cuota fijada como dividendo será retenido y acreditado a la cuenta de reservas, el cual podrá ser utilizado para pagar el dividendo anual fijo en los años en que las ganancias no sean suficientes para cubrirlo. Adicional a esta medida algunas empresas pueden adoptar además el beneficio de un dividendo “extraordinario”, si los resultados de varios años consecutivos han sido buenos, puede hacerse efectivo un dividendo extraordinario al anual fijado, mecanismo que resulta útil para atenuar la rigidez de esta política de dividendos.

F) Dividendo arbitrario o errático

Se le denomina así a aquella situación en la que la empresa no tiene una política o patrón en la decisión del pago de dividendos, es decir no se tiene una política de dividendos definida, lo cual implica que no hay planificación respecto de proyectos de inversión o autofinanciamiento, por lo que se decide sobre la distribución o no de las utilidades y pago de dividendos en función de los resultados operacionales de cada año, siendo más común en las empresas jóvenes que aún no han adquirido estabilidad.





CAPÍTULO IV



El anticipo a utilidades en las sociedades anónimas en Guatemala

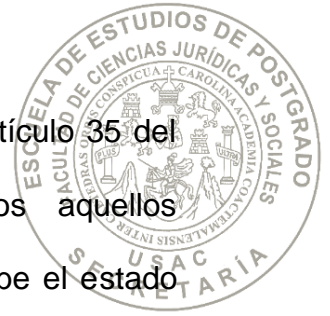
4.1 El problema del reparto de anticipo a utilidades

El denominado reparto de utilidades a cuenta de dividendos es una práctica frecuente en el comercio. Esta consiste en distribuir entre los socios, anticipadamente (antes de finalizar el ejercicio social), una cantidad de dinero a cuenta de las utilidades que la sociedad proyecta generar, es decir, como anticipo a cargo del dividendo que se espera declarar para su reparto al finalizar el ejercicio social.

Sin embargo, debe observarse que el caso en cuestión no se refiere a un acuerdo asambleario que, después de aprobarse un balance que así lo permita, declare un dividendo pagadero en el futuro, en cuyo caso surge, desde el momento del acuerdo, un verdadero derecho de crédito del accionista contra la sociedad, ejercitable en la forma convenida. (Gutiérrez, 1988, p.436)

La operación del anticipo a cuenta de utilidades genera una pregunta importante: tal anticipo a cuenta de utilidades, ¿es legalmente un dividendo? Con base en la significación literal y en la corriente interpretativa que inspira el Código de Comercio vigente en Guatemala, puede interpretarse que ese anticipo no

podría considerarse propiamente un dividendo, porque a tenor del artículo 35 del Código de Comercio, solamente pueden declararse dividendos aquellos provenientes de las utilidades realmente obtenidas cuando se apruebe el estado de pérdidas o ganancias y el balance general del cierre del ejercicio social.



El fundamento económico-financiero de tal disposición es el siguiente: “Si pudiesen repartirse beneficios antes de terminado ese período, se tropezaría con el inconveniente de que, en los meses subsiguientes del mismo ejercicio, las pérdidas sufridas por la compañía pudiesen absorber las utilidades devengadas al comienzo del mismo” (Rossi, 1957, Pp.99).

En dicho sentido, desde el punto de vista legal, puede concluirse que el anticipo a cuenta de utilidades a los socios antes del final del ejercicio social y, en consecuencia, antes de la aprobación del estado de pérdidas y ganancias y del balance general anual ordinario que represente las utilidades obtenidas durante el ejercicio social, no podrían considerarse dividendos, sino únicamente anticipos pagados a los socios, a cuenta o a cargo de utilidades que pueden o no, ser declaradas por la Asamblea general de accionistas que se reúna en virtud del contenido del artículo 134 del Código de Comercio para conocer y resolver acerca del proyecto de distribución de utilidades que los administradores deben someter a su consideración, de acuerdo con el estado de pérdidas y ganancias y el balance general que será discutido, aprobado o improbadado, de acuerdo con el mismo artículo citado.

Con fundamento en lo expuesto *supra* pueden emitirse las siguientes afirmaciones:



El anticipo a cuenta de utilidades, que se paga a los socios, no puede considerarse propiamente un dividendo en sí mismo, y en consecuencia, su otorgamiento o concretización no produce para el accionista un derecho de crédito contra la sociedad por dicha cantidad, sino que es un crédito otorgado por la sociedad al accionista, que debe aparecer como tal en el activo de ella, deducible de futuros dividendos si se llegase a declarar utilidades al cierre del ejercicio social.

De esa cuenta, el anticipo a cuenta de utilidades, estará siempre sujeto a dos condiciones: que la Asamblea de accionistas declare la existencia de utilidades repartibles al cierre del ejercicio social y; que la Asamblea general de accionistas acuerde repartir dichas utilidades en la reunión que se realice al final del ejercicio social.

Si se da el caso de que no se cumplieren tales condiciones, podría aplicarse el contenido del último párrafo del artículo 35 del Código de Comercio, respondiendo solidariamente por su devolución a la sociedad, tanto los socios que percibieron el anticipo a cuenta de utilidades, como los administradores que los autorizaron, lo que podrá ser exigido tanto por la sociedad como por los acreedores o los socios disidentes.



Es importante observar que el anticipo de dividendos a cuenta de utilidades no es en sí mismo, ni propiamente, una declaración de la existencia de utilidades por parte de la Asamblea de accionistas, si esta decidiera no declararlas al final del ejercicio social, los socios que percibieron el anticipo, no podrían alegar la nulidad de tal decisión, de acuerdo al contenido del artículo 154 del Código de Comercio, en virtud de que para ellos, no constituye un derecho de crédito frente a la sociedad, sino que, en sentido contrario, la sociedad sería acreedora de tales socios, en relación al monto del anticipo pagado.

4.2 Sobre la validez legal del anticipo a cuenta de utilidades

Sin perjuicio de los requisitos descritos supra, puede afirmarse que el pago en anticipo de dividendos a cuenta de utilidades, no es violatorio de ninguna disposición legal, en virtud de que su naturaleza jurídica se asimila en realidad a un préstamo otorgado por la sociedad a los socios, y que la sociedad procederá a deducir los montos de dichos anticipos, a los futuros dividendos que se pagaren si se declara la existencia de utilidades y se decide pagar los correspondientes dividendos, de la cuota de liquidación en su caso, o bien, si los respectivos anticipos son devueltos directamente por los socios beneficiados, cuando así sea requerido por los acreedores, la misma sociedad o los socios disidentes.

4.3 Impedimento de declarar y distribuir dividendos sobre la totalidad de las utilidades percibidas por la sociedad en un ejercicio determinado



En virtud que las utilidades del ejercicio y los dividendos repartibles son conceptos distintos. La legislación guatemalteca, en concordancia con la doctrina, establece las siguientes restricciones:

- a) “De haber pérdida de capital en años anteriores, no pueden declararse dividendos sobre las utilidades percibidas, hasta tanto no se hayan encubierto las pérdidas del capital que aparezcan del balance” (Mignoli, 1965, p. 445).

Es indispensable distinguir claramente el problema relativo a la verificación de las utilidades, del concerniente a la distribución de dividendos. Para el primero solo es decisivo el saldo de la cuenta de pérdidas y ganancias que se refiere al ejercicio social; para el segundo, en cambio, es decisiva la cuenta patrimonial (el balance en sentido estricto), no en el sentido de que en la cuenta patrimonial no se deba respetar el resultado del ejercicio, toda vez que, la cuenta de pérdidas y ganancias, debe tener estricta correspondencia en la cuenta patrimonial, cuyos resultados están en relación de estrecha interdependencia con los resultados de la cuenta económica, sino en el sentido de que la cuenta patrimonial respeta la situación de la empresa en su totalidad y, por tanto, en caso de pérdidas de años precedentes, el saldo activo del último ejercicio no se presenta como utilidad distribuable, sino como un fondo a destinarse a disminuir las pérdidas anteriores.

No puede considerarse utilidad el rédito derivado de la gestión social que debe destinarse a cubrir una pérdida verificada en los ejercicios sociales anteriores, ya que en tal hipótesis, no hay un incremento patrimonial efectivo.



- b) “Antes de poder determinar las utilidades repartibles, es necesario hacer las reservas tanto legales como estatutarias y voluntarias, no pudiendo utilizarse, a los efectos de la declaración del dividendo, las cantidades sujetas a dicha reserva” (Colombo, 1965, p.160).

Las reservas son una suma de valores patrimoniales activos (que exceden de la parte necesaria para cubrir el valor del capital social y por tanto, repartibles sin afectarlo), excluidas del reparto y apartadas por la sociedad; valores que provienen de las utilidades en el sentido lato de la palabra, o sea, cualquier incremento del activo sobre el pasivo, incluyendo, pero no limitándose, a aquel proveniente de la actividad empresarial propiamente dicha.

Estas disposiciones, se encuentran reguladas, la primera, en el artículo 32 del Código de Comercio: “Si hubiere pérdida de capital de una sociedad, este deberá ser reintegrado o reducido cuanto menos, en el monto de las pérdidas, antes de hacerse repartición o distribución alguna de utilidades”. La segunda, en los artículos 36 y 37 del mismo Código. El artículo 36 dispone: “De las utilidades netas de cada ejercicio de toda sociedad, deberá separarse anualmente, el cinco por ciento (5%) como mínimo para formar la reserva legal”. Mientras que el artículo 37 establece:



La reserva legal no podrá ser distribuida en forma alguna entre los socios, sino hasta la liquidación de la sociedad. Sin embargo, podrá capitalizarse cuando exceda del quince por ciento (15%) del capital al cierre del ejercicio inmediato anterior, sin perjuicio de seguir capitalizando el cinco por ciento (5%) anual a que se refiere el artículo anterior. Cualquier convenio o disposición contrarios al presente artículo, será nulo y en cuanto a las cantidades provenientes de la reserva legal que fueren indebidamente repartidas, se estará a lo dispuesto en el artículo 35.

Interpretadas estas reglas en su contexto, puede deducirse que, para poder determinar contablemente la utilidad realmente repartible como dividendos, es necesario deducir del activo: el pasivo, el capital social, y las reservas legales, estatutarias y voluntarias.

Esto no significa, sin embargo, que las reservas nunca puedan ser repartidas entre los accionistas, ya que, salvo el caso de las reservas de capital constituidas a tenor del artículo 36 del Código de Comercio:

Tanto las reservas estatutarias como las voluntarias pueden ser objeto de distribución una vez que haya sido decidido así por el órgano social competente, previo cumplimiento de algunos requisitos legales, como la modificación de los estatutos por el órgano competente en el caso de reservas facultativas. (Allegrí, 1968, p.77)



- c) En caso de existir acciones preferentes no podrán asignarse dividendos a las ordinarias hasta tanto no se haya cubierto el mínimo que les corresponde a aquéllas, quedando a su vez prohibido perjudicar a través de un dividendo declarado para otras acciones no privilegiadas, los derechos correspondientes a acciones de determinada serie o clase o certificados de goce.

Esta limitación se extrae del contenido de los artículos 34, 113 y 131 del Código de Comercio.

El artículo 34 establece:

Son nulas y se tienen por no puestas las cláusulas de la escritura social en que se estipule que alguno de los socios no participará en las ganancias; pero puede válidamente convenirse en preferencias entre los socios para el pago de sus capitales en caso de liquidación o de pago de utilidades o dividendos. La estipulación que exima a un socio capitalista de participar en las pérdidas no producirá efecto contra terceros.

El artículo 113 establece:

Los certificados de goce atribuidos a los poseedores de las acciones amortizadas, no dan derecho de voto en la asamblea general. Los mismos concurren en igualdad con las acciones no amortizadas en la distribución de



las utilidades que restan después del pago a las acciones no amortizadas de un dividendo igual al seis por ciento (6%) anual y, en caso de liquidación, en la distribución del patrimonio social restante después del reembolso de las otras acciones a su valor nominal.

El artículo 131 establece:

No podrá distribuirse dividendos a las acciones ordinarias sin que antes se señale a las de voto limitado un dividendo no menor del seis por ciento (6%) en el ejercicio social correspondiente. La escritura social o el acto de creación de las acciones de voto limitado, podrán establecer un porcentaje mayor o la acumulación del dividendo no pagado en un ejercicio a otros ejercicios u otras modalidades. Estas circunstancias deberán constar en el título de tales acciones. Los tenedores de las acciones de voto limitado tendrán los derechos que este Código confiere a las minorías respecto de oposición a decisiones sociales y conocimiento de balances de la sociedad. Al hacerse la liquidación de la sociedad, las acciones de voto limitado se reembolsarán antes que las comunes.

En conclusión, se debe respetar el derecho de pago de dividendos a las acciones que tengan preferencia, antes del pago a las otras acciones, por lo que está vedado a la sociedad violar el derecho preferente a un porcentaje mínimo (pudiéndose pagar un porcentaje más alto si así lo decide el órgano social

competente) de aquellas acciones que gocen del privilegio de pago ~~sea este~~ proveniente de la ley o de los estatutos.



4.4 El requisito de que las utilidades producidas en el ejercicio social se reflejen en los estados financieros ser discutidos y aprobados por la asamblea general de accionistas

Este requisito implica necesariamente que:

Únicamente serán consideradas utilidades repartibles aquellas que aparezcan del balance correspondiente al cierre del año de la compañía, no aquellas que pudiesen aparecer de un balance, sea ordinario o extraordinario, cerrado durante el transcurso del ejercicio social, y que no representan, por tanto, las obtenidas al cierre del año económico respectivo. (Gutiérrez, 1988, p.459)

No existe discusión, en la legislación guatemalteca, de que el dividendo debe declararse en base a las utilidades que realmente aparezcan en el balance de ejercicio, incluyendo las de años anteriores reportadas como tales y acumuladas (superávit), sin embargo, sí existen discrepancias en cuanto a la época en que puede declararse; en otras palabras, si una sociedad que al aprobar el balance anual, en vez de declarar la repartición de dividendos, reporta las utilidades al nuevo ejercicio puede, durante el transcurso del año siguiente, declarar un dividendo sobre tales reservas facultativas.



En opinión de Gutiérrez Falla (1988) no puede declararse dicho dividendo por las siguientes razones: “Porque la constitución de dicha reserva tiene por fin ulterior la protección del patrimonio social, siendo absorbida por las pérdidas, caso de existir estas” (p.443).

Como consecuencia, el hecho de que la sociedad haya tenido utilidades disponibles al cierre del balance del ejercicio del año anterior y la Asamblea optase por no distribuir parte de ellas, no significa que ese superávit sea repartible en cualquier momento, pues responde por las posibles pérdidas del ejercicio en curso, hecho que no puede determinarse hasta concluir las operaciones del mismo.

Por otro lado, como el artículo 35 del Código de Comercio claramente determina que las únicas utilidades repartibles son las que aparezcan del balance anual del ejercicio, el único momento en el cual la asamblea general puede declarar un dividendo, basándose en el único documento que puede utilizar para tales fines, es al aprobar el balance general del ejercicio y el estado de pérdidas y ganancias, acordando, en dicha reunión, el destino de las utilidades que aparezcan de tales documentos.



4.5 La Asamblea debe efectivamente acordar declarar la existencia de utilidades y la repartición de los dividendos

Ya que el derecho individual del accionista a percibir dividendos no deriva del acuerdo de la aprobación del balance, que a dichos efectos solo tiene la función de individualizar las utilidades repartibles, sino de otro acuerdo, el de la declaración de dividendos que, si bien dependiente de aquél, es distinto del anterior. (Candian, 1942, p.31)

De ahí que el acuerdo propiamente dispositivo del patrimonio social no sea el de la aprobación del balance que refleje utilidades repartibles, sino el que declare el reparto de las utilidades, por lo que el derecho de crédito de los accionistas frente a la sociedad nace del acuerdo de declaración de dividendos, no del acuerdo de la aprobación del balance, aunque arroje utilidades repartibles.

4.6 Los derechos de los accionistas respecto del dividendo

La legislación guatemalteca otorga una serie de derechos individuales del accionista relacionados con el dividendo:

1. El derecho abstracto a las utilidades.
2. El derecho a que el balance refleje, en forma verídica, las utilidades obtenidas, con su complemento, el derecho de información.



3. El derecho a exigir que se reúna anualmente la Asamblea general de accionistas para tratar sobre la aprobación del balance del ejercicio social y la declaración de dividendos.

En síntesis, el derecho otorgado a todo accionista por los artículos 139 y 142 del Código de Comercio de pedir que la asamblea general se reúna para la aprobación del balance delibere sobre la distribución de las utilidades que resultaren del mismo, son algunas de las normas que complementan el derecho abstracto del socio a las utilidades, ya que autoriza a cualquier accionista, aunque sea tenedor de una sola acción, a exigir que la asamblea, el único órgano social con potestad para declarar dividendos, trate sobre la distribución de utilidades y emita un acuerdo en relación con la petición.

4. El derecho a exigir que en caso de haber utilidades que lo permitan, se repartan dividendos.
5. El derecho a que la distribución de utilidades se haga en proporción al importe exhibido de las acciones, dentro de su clase. La norma que contiene este derecho, se encuentra en el artículo 33 del Código de Comercio, el que literalmente establece: “En el reparto de utilidades o pérdidas se observarán, salvo pacto en contrario, las reglas siguientes:
1º. La distribución entre los socios capitalistas se hará proporcionalmente al capital que cada uno tenga aportado en la sociedad”.



Algo muy importante, es que el artículo descrito destaca claramente que el reparto de dividendos es en proporción al capital que cada uno tenga aportado en la sociedad y no a su valor nominal.

La *ratio* estriba en el hecho de que siendo el dividendo un derecho patrimonial, se calcula en relación a las aportaciones efectivamente realizadas por los socios, que fueron las que constituyeron el capital inicial de la sociedad con el cual pudo operar en el mercado, por lo que sería injusto que si un accionista hubiera pagado el 100% del valor de su acción y otro solo el 50%, el segundo recibiese el mismo dividendo, ya que el primero ha puesto a disposición de la sociedad el doble. (Garriguez y Uría, 1976, p. 465)

6. El derecho a exigir, como acreedor, que el dividendo declarado le sea pagado.

El anterior derecho está contenido en el artículo 105 del Código de Comercio que establece: “La acción confiere a su titular la condición de accionista y le atribuye, como mínimo los siguientes derechos: 1º. El de participar en el reparto de las utilidades sociales y del patrimonio durante la liquidación...”.



De la norma en cuestión resultan dos conclusiones a saber:

- a) En primer lugar: “La facultad del accionista exigir el pago de utilidades se basa, no en el acuerdo de aprobación del balance que demuestre la existencia de estas, sino en el acuerdo de la asamblea de accionistas que, una vez aprobado el balance, declare los dividendos” (Graziani, 1949, p. 267).
- b) En segundo lugar: “Una vez declarado el dividendo surge para el accionista un verdadero derecho de crédito frente a la sociedad, que es exigible judicialmente” (Garriguez y Uría, 1976, p.450).

Sin embargo, el hecho de que la sociedad haya declarado un dividendo, no significa que el accionista tenga, desde el momento de su declaración, el derecho a exigir su pago, ya que la Asamblea puede postergar la liquidación del dividendo, siendo frecuente espaciar su pago durante el transcurso del año en que se declaró (por ejemplo, cada trimestre) convirtiendo así el crédito de un pago inmediato en uno sujeto a término, o delegar en el órgano administrativo la facultad de su pago en base al estado de liquidez de la sociedad, con lo cual se requeriría un acuerdo de dicho órgano fijando la fecha del pago.

Asimismo, en los casos en que los dividendos no se paguen en el momento en que se realice el acuerdo, surge la duda de quién es el acreedor del mismo: quien era accionista en la época en que se declaró el dividendo, o el que es



accionista en el momento en que se pague. Si bien la asamblea de accionistas tiene la facultad de determinar, al realizar el acuerdo, quiénes serán acreedores al dividendo, si nada dice al respecto, debería interpretarse como que la transmisión del título valor implica el traspaso del derecho principal en él consignado, y, a falta de estipulación en contrario, la transmisión del derecho a los intereses y dividendos devengados, así como las garantías y demás derechos accesorios.

Por ende, salvo que entre comprador y vendedor exista pacto en contrario, será acreedor del dividendo quien sea accionista en la fecha en que se pague el mismo, aunque no lo haya sido en la fecha en que se declaró.

7. El derecho a exigir que el dividendo declarado sea pagado en dinero; esto, tomando en consideración que el derecho al dividendo es un crédito de dinero (deuda pecuniaria), aunque nada prohíbe, si los accionistas a ello acceden, pagarlo en especie o in natura.
8. El derecho a que una vez que se haya declarado un dividendo, el acuerdo no sea revocado o modificado.

Este derecho se infiere del artículo 157 del Código de Comercio, el cual establece que los acuerdos de las asambleas podrán impugnarse o anularse cuando se hayan tomado con infracción de las disposiciones de la ley o de la escritura social.



Por lo tanto, y de acuerdo con el principio de que una vez declarado el dividendo, el accionista tiene un derecho de crédito contra la sociedad, será nulo cualquier acuerdo de la asamblea que lo revoque o modifique.

La polémica que se ha suscitado en doctrina es en el caso de que, con posterioridad al acuerdo declaratorio de dividendos, se declare nulo el acuerdo aprobatorio del balance en que aparecen las utilidades distribuibles.

Si bien existen autores que consideran que: “La suerte del derecho concreto de dividendo depende siempre de la que siga el acuerdo (aprobatorio de balance) que le dio vida. Y si éste fuese declarado nulo deberían también decaer, con todas sus consecuencias, los créditos nacidos a su amparo” (Bérgamo, 1971, p. 271). Se concuerda con la tesis de que: “No afectará los dividendos devengados por los accionistas de buena fe” (Rossi, 1957, P. 226).

Esta opinión se fundamenta en las siguientes consideraciones:

Si bien es verdad que el artículo 35 del Código de Comercio afirma que en caso de dividendos declarados sobre utilidades ficticias los socios deben devolverlos, no es menos cierto que la anulación de un acuerdo de la asamblea deja a salvo los derechos adquiridos de buena fe por los terceros (en este caso accionistas acreedores), en virtud de actos realizados en ejecución del acuerdo, si la asamblea sustituye el acuerdo nulo por otro, el segundo solo tendrá efectos a



partir de su fecha, o sea, en el caso en análisis, con posterioridad al acuerdo de distribución de dividendos.

De la interpretación de lo expuesto *supra*, debe concluirse al tenor del artículo 35 del Código de Comercio, que se refiere no al hecho de que el balance aprobado contenga utilidades ficticias, sino al hecho de que conforme al balance aprobado (contenga o no utilidades ficticias) se hayan repartido cantidades que, de acuerdo con dicho documento, no sean utilidades repartibles.

La interpretación del artículo 10 de la Ley del Organismo Judicial, que determina que: “Las normas se interpretarán conforme a su texto según el sentido propio de sus palabras, a su contexto y de acuerdo con las disposiciones constitucionales”, no permite otra conclusión.

9. El derecho a que la proporción de las utilidades habidas correspondiente al accionista no sean capitalizadas sin su consentimiento.

Esto en virtud de que el aumento del capital social debe necesariamente ser aprobado por la Asamblea general de accionistas.



4.7 Naturaleza jurídica del acto de entrega de los denominados anticipos a cuenta de utilidades

Denominar al pago analizado en esta tesis como anticipo a utilidades ha generado confusión en cuanto a la naturaleza jurídica del desembolso y en ese sentido es conveniente puntualizar sobre la misma, esto debido a que en un ámbito denominado especialmente por comerciantes e integrantes de otras profesiones, tiende a denominarse erróneamente las instituciones de derecho mercantil y a confundirlas, lo que puede generar serias complicaciones en la práctica.

Roitman (2006) respecto del tema en estudio señala:

Por su forma de liquidación -el dividendo anticipado- constituye sin más un pago a cuenta de utilidades. Se trata de un anticipo y no de un dividendo propiamente dicho, por lo que no goza de los caracteres y beneficios del dividendo. (p.761)

Por su parte Messineo (1979) expresa que:

Es costumbre difundida el que la sociedad, en vista de la favorable marcha de los negocios, distribuya a los accionistas un denominado a cuenta de dividendos (...) la cantidad a cuenta del dividendo es un anticipo sobre un crédito de eventual y futura maduración. (p. 506)



De lo anteriormente transcrito, se colige que el pago a cuenta de utilidades que en la práctica societaria se realiza no es un dividendo propiamente dicho, sino más bien una obligación que adquiere el accionista frente a la sociedad, de esta cuenta el desembolso o pago concretado a los socios antes del cierre del ejercicio social, que en la práctica societaria ha recibido común y erróneamente el nombre de anticipo a utilidades, es en realidad un crédito otorgado al accionista por parte de la sociedad, no solamente por los aspectos formales que deben concretarse para la existencia de la utilidad y el dividendo y que ya fueron objeto de estudio en el capítulo tres de este trabajo, sino por las características propias del desembolso que se realiza: una, la de proveer de liquidez -dinero en efectivo- al accionista en tanto llega el momento societario para la distribución de dividendos, aspecto o cualidad que verifica lo que comúnmente reconocemos como crédito es decir, el cambio de una riqueza presente por una riqueza futura; y la otra, la compensación que la sociedad debe realizar entre el desembolso entregado al socio y el resultado que arroje el ejercicio social respecto de las utilidades repartibles, operando esta compensación como mecanismo para verificar el cumplimiento de la obligación. En ese sentido, su naturaleza jurídica es la de un crédito, otorgado por la sociedad al accionista, crédito que debe aparecer como tal en el activo de la entidad y que será deducible de los dividendos correspondientes al accionista, una vez declaradas las utilidades y aprobado el reparto de dividendos.

Conviene puntualizar que el reparto anticipado de utilidades no puede tomarse como lícito, pues es totalmente distinto referirnos a un reparto anticipado de utilidades, que a un crédito a cuenta de estas; y en este aspecto radica la

importancia de denominar correctamente las prácticas mercantiles y el estudio de las características particulares de las mismas, que como en el presente caso arroja que el desembolso objeto de estudio, de acuerdo a su naturaleza jurídica, no es un reparto anticipado de utilidades sino un crédito, pues el dinero entregado en este concepto a los accionistas se mantienen dentro del activo de la sociedad, ya no como dinero en efectivo, sino como el derecho a cobrar la cantidad desembolsada mediante la compensación automática que se realizará al momento de acordarse el reparto de dividendos, quedando así la sociedad en posición de acreedora del accionista respecto del dinero que entregó, surgiendo así para la sociedad un derecho de crédito exigible frente al socio incluso judicialmente.





CONCLUSIONES



En la gestión de las sociedades anónimas ha sido una práctica constante efectuar a los socios pagos a cuenta de futuros dividendos, desembolsos a los que se les ha denominado erróneamente como anticipo a utilidades; esta denominación induce a error y no refleja la naturaleza jurídica del desembolso realizado. En primer término porque este pago no está sujeto a los recaudos que la ley exige para el pago de dividendos, pues para que tal acto sea legalmente ejecutable, las utilidades no solamente deben existir, es decir, deben realmente haberse obtenido al cierre del ejercicio social y encontrarse reflejadas en los estados financieros, sino que la Asamblea General Ordinaria debe, no solo aprobar previamente el balance y su anexo, el estado de pérdidas y ganancias, sino declarar las utilidades y aprobar el pago de dividendos. Por lo tanto, y en virtud de que utilidades y dividendos solo pueden existir legalmente cuando se han cumplido esos requisitos, el reparto de utilidades en forma de dividendos está también sujeto a tales recaudos legales, y como la ley prohíbe el reparto de utilidades que no se hayan realmente obtenido conforme el balance general del ejercicio, puede concluirse que el desembolso efectuado a los accionistas, que será compensado con el dividendo que se acuerde repartir al final del ejercicio social, no es en realidad un reparto anticipado de utilidades sino un crédito otorgado al accionista por parte de la sociedad, no solamente por los aspectos formales que deben concretarse para la existencia de la utilidad y el dividendo, sino por las características propias del desembolso que se realiza.

Este crédito a favor de la sociedad no viola ninguna norma jurídica por las siguientes razones: a) no hay prohibición expresa para realizarlo porque en realidad no se trata de un dividendo sino de un crédito a favor de la sociedad garantizado con los dividendos futuros que correspondan al socio al cierre del ejercicio social; b) el valor pagado no representa utilidades que no se hayan realmente obtenido conforme el balance general del ejercicio ya que tal momento societario no ha llegado aún, ni se han cumplido los recaudos legales para determinar su existencia; c) el crédito constituye un activo de la sociedad, manteniéndose en la misma ya no como dinero en efectivo, sino como el derecho a cobrar la cantidad desembolsada; y d) el principio de libertad de acción opera en el derecho privado de manera tal que, se puede hacer todo aquello que la ley no prohíba. La doctrina es clara y en general también la ley, en coincidir que, los usos y costumbres mercantiles también son fuentes del derecho mercantil y así lo ha ratificado la práctica comercial contemporánea, la confusión de la instituciones al denominarlas de cierta manera, no elimina ni cambia la naturaleza jurídica de los actos mercantiles efectivamente realizados.



REFERENCIAS



Albadiña, C. (1954). *El Beneficio de la Distribución*. Revista de Derecho Mercantil.

Argentina: Editorial La Ley.

Allegri, V. (1968). *Capital Contable y Poderes de la Junta de Accionistas en la Sociedad Anónima*. México: Editorial Porrúa.

Bérgamo, A. (1971). *Sociedades Anónimas. Las Acciones*. Tomo III. Madrid, España: Editorial Castellana.

Candian, A. (1942). *Nulidad y Anulabilidad de las Resoluciones de las Sociedades Anónimas*. Madrid, España: Editorial Bosch.

Colombo, G. E. (1965). *Los Estados Financieros de las Sociedades Anónimas*. Argentina: Editorial La Ley.

Donaldson, E. (1938). *Organización Empresarial*. Nueva York, Estados Unidos: Editorial McGrall Hill.

Garrigues, J. y Uría, R. (1976). *Comentarios a la Ley de Sociedades Anónimas*. Tomo II. Madrid, España: Imprenta Aguirre.



Garrigues, J. (1976). *Curso de Derecho Mercantil*. Tomo I. Madrid, España: Imprenta Aguirre.

Gasperoni, N. (1950). *Las Acciones de las Sociedades Mercantiles*. Madrid, España: Editorial Bosch.

Graziani, A. (1949). *El Derecho del Socio*. Madrid, España: Editorial Bosch.

Gutiérrez Falla, L. F. (1971). *Apuntes de Derecho Mercantil*. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales. Tegucigalpa, Honduras: Universidad Nacional Autónoma de Honduras.

_____ (1988). *Contrato Societario y Derechos Individuales de los Accionistas*. Buenos Aires, Argentina: Editorial Astrea.

Mantilla Molina, R. L. (1979). *Derecho Mercantil*. México: Editorial Porrúa, S.A.

Martínez Báez, A. (1946). *Acciones Preferentes en las Sociedades Anónimas*. México: Revista de la Escuela Nacional de Jurisprudencia. No. 30.

Messineo, F. (1979). *Manual de Derecho Civil y Comercial*. Traducido por Santiago Sentis Melendo. Buenos Aires, Argentina: Editorial Jurídicas Europa-América.



Mignoli, A. (1965). *La Participación en Beneficios de Sociedades Anónimas*. Madrid, España: Editorial Bosch.

Rodríguez Rodríguez, J. (1967). *Derecho Mercantil*. México: Editorial Porrúa.

_____ (1981). *Tratado De Sociedades Mercantiles*. México: Editorial Porrúa.

Roitman, H. (2006). *Ley de Sociedades Comerciales: comentada y anotada*. Tomo III y Tomo II. Buenos Aires, Argentina: Editorial La Ley.

Rossi, G. (1957). *Beneficio Presupuestario, Reservas y Dividendos*. Madrid: Editorial Bosch.

_____ (1957). *La Verdad Del Presupuesto*. Madrid, España: Editorial Bosch.

Rivero Ponce de León, E. (1993). *Contabilidad I*. Lima, Perú: Centro de Investigación de la Universidad del Pacífico

Sánchez Torres, E. (1946). *Usufructo de Acciones de Sociedades Mercantiles*. Madrid, España: Revista de Derecho Privado.

Solá Cañizares, F. (1958). *Tratado De Derecho Mercantil*. Tomo III. Barcelona, España: Editorial Montaner y Simón.



Sasot Betes, M. A. y Sasot, M. P. (1985). *Sociedades Anónimas*. Buenos Aires, Argentina: Abado.

Urquidi Ballesteros, M. (1946). *Las Acciones Preferentes de las Sociedades Anónimas*. México: Universidad Nacional Autónoma de México.

Verón, A. y Zunino, J. (1984). *Reformas al Régimen de Sociedades Comerciales*. Buenos Aires, Argentina: Editorial Astrea.

Vivante, C. (2005). *Derecho Mercantil*. Volumen II. Buenos Aires, Argentina: Valletta Ediciones.

Wieland, K. (1995). *Derecho Mercantil*. Argentina: Editorial Marcial Pons.

Diccionarios / enciclopedias

Ossorio, M. (1981). *Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales*. Buenos Aires, Argentina: Editorial Heliasta S.R.L.

Tamames, S. y Gallego, R. (1994). *Diccionario de Economía y Finanzas*. Madrid España: Limusa/Noriega.

Páginas web

Definición, n/a. (s.f.). Recuperado de <https://definicion.mx/utilidad/>.

Diccionario Financiero, n/a. (s.f.). Recuperado de
<https://www.mytriplea.com/diccionario-financiero/reservas-voluntarias/>.

