

Algunas Consideraciones en Relación con el Derecho al Dividendo en las Sociedades Anónimas

JORGE A. DOMÍNGUEZ MARTÍNEZ
Profesor de Derecho Mercantil en el Departamen-
to de Derecho de la UIA.

SALVEDAD PRELIMINAR

LAS SOCIEDADES anónimas, o por acciones, según la legislación italiana por ejemplo, se encuentran reguladas en España por la Ley de régimen jurídico de las Sociedades Anónimas, vigente desde el 1o. de enero de 1952, de 171 artículos; en Italia, por el Código Civil, cuya vigencia data del 21 de abril de 1942 y en el que se dedican 313 artículos a las sociedades (del 2247 al 2554); en Francia, por la Ley del 24 de julio de 1966 sobre las sociedades mercantiles, de 509 artículos; y en México, por la Ley General de Sociedades Mercantiles, vigente a partir del 4 de agosto de 1934, que cuenta con un total de 264 artículos. En el transcurso de las presentes líneas se hará referencia a los ordenamientos señalados por medio de sus abreviaturas, como son, L. esp., Ley Española; L. fr., Ley Francesa; C. It. Código Italiano; LGSM Ley General de Sociedades Mercantiles, etc. El mismo sistema se seguirá para referirse a otros ordenamientos legales, por ejemplo, C. Civ., Código Civil para el Distrito Federal; LGTOC, Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito. Otras abreviaturas, en cambio, como *ob. cit.*, *vol.*, *s/f.*, etcétera, no requieren, por considerarlas más comunes, explicación alguna.

1. LAS RELACIONES ENTRE LA SOCIEDAD ANONIMA Y SUS SOCIOS

El carácter de socio de una sociedad anónima se alcanza originalmente con la suscripción correspondiente, por el primero, de una parte del capital

social de la segunda y se conserva con la titularidad legítima de la acción, documento emitido por ésta para que con él se acredite en definitiva tal carácter; este documento, la *acción*, es el que permite designar *accionistas* a los socios del referido tipo de persona moral, hecha salvedad de los comanditados y los comanditarios de la sociedad en comandita por acciones, con sus notas especiales, ajenas al tema por comentarse en estas líneas.

La correlación habida entre socio y sociedad en general, ambos sujetos de Derecho, que, como es natural, se aplica a los dos elementos personales de las presentes reflexiones (accionista-sociedad anónima), ha provocado una serie de interrogantes entre quienes estudian el Derecho privado; de esas cuestiones, merecen especial atención las siguientes: determinar la postura jurídica que guarda el socio frente a la sociedad, es decir, aquél es acreedor de ésta, o copropietario de sus bienes, y por ello, qué clase de derecho, obligacional o real, es el que se contiene en esa relación jurídica; o bien, por el contrario, sociedad y socio son, al mismo tiempo, acreedores y deudores recíprocos en una serie de relaciones de *jure*; además, una vez esclarecida la cuestión anterior, cabe preguntarse también qué naturaleza jurídica tiene el derecho, o, en su caso, el complejo de derechos y obligaciones derivados de la relación socio-sociedad o, en especial, accionista-sociedad anónima.

De las dos cuestiones planteadas, la primera, o sea, la situación del socio frente a la sociedad, ha sido resuelta en forma unánime por los tratadistas, y puede decirse que la solución propuesta se antoja definitiva; la segunda, en cambio, origina todavía algunos enfrentamientos entre los diferentes puntos de vista.

Ciertamente, la doctrina se manifiesta uniforme cuando advierte que el socio no sólo tiene la categoría de acreedor frente a la sociedad, como titular de un derecho de crédito correlativo de una obligación a cargo del ente social, ni tampoco se trata de una copropiedad de los socios sobre bienes que son, en apariencia, de la sociedad. Por el contrario, existen entre socio y sociedad un complejo de derechos y obligaciones y por ende de relaciones jurídicas.

Así, debe considerarse general la opinión de RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ,¹ cuando apoyándose parcialmente en el parecer de ASCARELLI, afirma que “el contrato social establece diversos derechos a favor del socio, que éste ejerce frente a la sociedad. Al mismo tiempo, el socio tiene obligaciones que satisfacer. Estos derechos y estas obligaciones derivan de la calidad de socio, la que no es, pues, un derecho, ni siquiera una relación jurídica, sino más

¹ *Tratado de Sociedades Mercantiles*, 3a. ed., México, 1965, t. I, pág. 74.

bien, un *presupuesto de relaciones jurídicas*”, opinión a la que remite “sin reserva” cuando aborda el estudio relativo a los accionistas de las sociedades anónimas en particular.²

BRUNETTI³ confirma la aseveración anterior, al sostener que “el socio no es comunero ni un condómino de los bienes sociales, que en régimen de personalidad pertenecen a la sociedad, sin caer en régimen de comunidad, pero tampoco puede decirse que la posición jurídica del socio sea la de acreedor; existe, de hecho, una serie de facultades y derechos reconocidos al socio que difícilmente pueden encajarse en los esquemas del derecho de obligaciones”, GARRIGUES⁴, en tanto, al referirse de manera específica a los accionistas de las sociedades anónimas, tampoco admite que sólo un derecho sea la base para definir la situación habida entre unos y otras, cuando dice: “algunos autores, anteponiendo a toda otra la consideración del dividendo, estiman que se trata de un derecho de crédito. Otros opinan que hay un crédito sobre el dividendo y un derecho de naturaleza real sobre el haber de la sociedad en el momento de la liquidación. Otros afirman que se trata de un derecho *sui generis* diverso del derecho de propiedad y del de crédito. Otros, finalmente, partiendo de la contraposición entre propiedad común y propiedad colectiva, consideran que el derecho del socio representa una carga real, desprovista de denominación en el estado actual de nuestro vocabulario jurídico, que se reconduce en parte a las servidumbres y en parte a la hipoteca y que resulta de la coordinación de intereses entre personas que han organizado exteriormente una propiedad colectiva resultante de la estructura moderna conocida con el nombre de sociedad. Parece lo más acertado pensar que, siendo la sociedad anónima una corporación, la cualidad de socio se tiñe de ese carácter y que por tanto, representa ante todo una relación personal de incorporación a un organismo. La cualidad de socio es una posición jurídico-personal que está dotada de ciertos derechos y obligaciones.”

De lo anterior se desprende que el socio y concretamente el accionista, no puede considerarse como el titular de sólo un derecho de crédito, como copropietario de los bienes sociales o bien como titular de un “derecho especial” que tiene analogía y diferencias con los derechos de copropiedad y de crédito,⁵ sino que más bien es titular de un complejo de derechos y obligaciones frente a la sociedad.

² *Ob. cit.*, pág. 395.

³ *Tratado del Derecho de las Sociedades*, trad. esp., Buenos Aires, 1960, t. I, pág. 271.

⁴ *Tratado de Derecho Mercantil*, Madrid, 1947, t. I, vol. II, pág. 914.

⁵ Opinión ésta de RIVAROLA, en *Sociedades Anónimas*, 4a. ed., Buenos Aires, 1941, t. I, pág. 122.

Respecto a la segunda cuestión planteada, ésto es, la correcta caracterización de ese complejo de derechos y obligaciones entre el accionista y la sociedad anónima, la doctrina, en su mayor parte, se ha inclinado por afirmar que se trata de un *status* del primero.

“Este concepto ha sido expuesto por ASCARELLI, y ha sido aceptado por BRUNETTI y también en el fondo, aunque no tan explícitamente por FERRARA y ENNECCERUS y por MESSINEO, aunque con dudas”.⁶ actitudes de las que debe desprenderse que ha tenido buena recepción la tendencia de conceptuar a la posición del socio frente a la sociedad de un *status*. Ello se debe por encontrarse afín en cuanto a la complejidad de derechos y obligaciones, con otros *status* jurídicos, de los que derivan relaciones de un particular, ya sea con la familia o con la Nación, pues tratándose de éstas se habla también de un *status*, familiar el primero, y político el segundo.

En efecto, si se considera en doctrina que el “estado (civil o político) de una persona consiste en la situación concreta que guarda en relación con la familia, el Estado o la Nación”⁷ y que de esa situación concreta deriva una serie de calidades, que implican a su vez, un conjunto de derechos y obligaciones del particular frente a la colectividad, sea la familia, el Estado, la Nación, y si, además, dicha situación (como su nombre lo indica), supone una permanencia en el tiempo, más o menos prolongada, no hay por qué, si el carácter de socio reúne todas estas características, no pueda hablarse de un *status* de aquél frente al ente colectivo *sociedad*.

Ahora bien, hay autores que prefieren hablar de *cualidad* o de *calidad* de socio, como lo hace GARRIGUES⁸ en el primer caso y ADER, KLIKSBERG y KUTNOWSKI⁹ en el segundo.

En general, las razones argüidas por aquellos que no optan por el *status* jurídico de socio, se refieren a la necesidad de las relaciones entre Estado, o familia, en su caso, y particular, en contraste del carácter voluntario que priva en las relaciones habidas entre sociedad y socio.

Así es en efecto, por lo que se refiere al estado civil, se encuentra unido a la persona como lo está la sombra al cuerpo¹⁰ e independientemente a que un sujeto cambie su estado civil, de soltero, casado o divorciado, siempre tendrá como común denominador a aquél. Respecto al estado político, por su parte, aun cuando se opte por una nacionalidad distinta a la originaria y esa

⁶ RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, *ob. cit.*, pág. 75.

⁷ ROJINA VILLEGAS, *Compendio de Derecho Civil*, 1a. ed., México, 1962, t. I. pág. 169.

⁸ *Ob. cit.*, pág. 915.

⁹ *Sociedades Comerciales*, Buenos Aires, 1965, pág. 306.

¹⁰ MAZEAUD, *Lecciones de Derecho Civil*, trad. esp., 1a. parte, vol. II, Buenos Aires, 1959, pág. 33.

opción sea aceptada por el país cuya nacionalidad es elegida, se estará sujeto invariablemente a un estado político determinado, sin poder hacer la salvedad del apátrida, pues éste cae bajo el régimen jurídico de la apatridia, que como la misma nacionalidad, también implica un *status*.

Las razones anteriores bien pueden tomarse en cuenta para coincidir en opinión con quienes prefieran no hablar del *status* de socio; sin embargo, parece ser que el problema no gira en torno a la necesidad de las relaciones de la familia y su miembro o la voluntariedad de las que tienen lugar entre un individuo y una sociedad mercantil, sino más bien, que debe considerarse al socio como tal frente a la sociedad, independientemente del origen obligatorio o voluntario de su situación jurídica, pero observando y analizando sus derechos, obligaciones y permanencia de su carácter, aun cuando ésta fuera, en un momento dado, idealmente efímera.

Además, puede admitirse como probable que la discusión habida por la correcta denominación de la situación jurídica del socio, es abordada por la doctrina tomando en cuenta a un socio determinado en particular, lo cual permitirá entender mejor, en principio, a quienes prefieren no hablar de *status*, pues éste, el socio, puede variar constantemente y de hecho así ocurre, ésto es, hoy día puede llegar un sujeto a ser socio y dejar de tener ese carácter en muy corto lapso, *verbi gratia*, mañana, sin embargo además de que aun así se trata también de un verdadero *status*, con más razón puede hablarse de él si el problema se analiza tomando en cuenta, no a tal o cual socio en particular, sino a la figura jurídica del socio, concepto éste que se encuentra indisolublemente ligado a la existencia y permanencia de la sociedad, pues no obstante los cambios personales en los socios, siempre deberá haberlos para que pueda hablarse de sociedad.

Así pues, de la necesaria interdependencia que para subsistir requieren los conceptos socio y sociedad, derivan derechos y obligaciones del primero frente a la segunda que en su conjunto integran un verdadero *status*.

Ahora bien, es de advertirse que ese complejo de derechos y de obligaciones, de los cuales es titular el accionista frente a la sociedad anónima y que integran el *status* de aquél, ha distraído la atención de tratadistas de la materia en más de una ocasión, para ubicarlos ordenadamente.

Por las proyecciones y finalidades de las presentes líneas, parece pertinente omitir el comentario de aquellas relaciones jurídicas en las cuales el accionista es sujeto pasivo frente a la sociedad, para así contemplar los derechos del mismo; además como podrá observarse de inmediato, dentro de éstos destaca en su importancia el derecho a participar en las utilidades que obtenga la sociedad.

Las opiniones que los tratadistas han emitido respecto a la clasificación de los derechos individuales del socio ante la sociedad, admiten considerarse uniformes.

En efecto, existe la tendencia general de dividir en dos grandes ramas los derechos del accionista, a saber: aquellos de contenido patrimonial y los teñidos de un carácter puramente administrativo.

Así por ejemplo, ADER, KLIKSBERG y KUTNOWSKI¹¹ consideran como derechos patrimoniales los siguientes: el derecho al dividendo, el derecho a la participación social, el derecho a la suscripción preferente de nuevas emisiones y el derecho a negociar las acciones. Como administrativos señalan, de una manera genérica, el derecho a intervenir en la administración y gobierno de la sociedad y el derecho a la revisión de la contabilidad.

URIA¹² por su parte, enumera como un mínimo de derechos del accionista: el de participar en las ganancias sociales, el de participar en el patrimonio resultante de la liquidación y el de suscripción en la emisión de nuevas acciones, los cuales son de carácter patrimonial, y como de carácter político y natural personal (administrativo) el derecho del socio a votar en las juntas generales.

Para RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ¹³ los derechos de los socios en general, pueden clasificarse desde varios puntos de vista, como son: a) por razón de su origen, b) de su contenido y c) de su titularidad, según se apunta a continuación:

a) Por razón de su origen, bien sea que provengan de la Ley o de los acuerdos sociales.

Los que provienen de la Ley llevan el nombre de derechos sociales legales, mientras que aquellos cuyo origen son los estatutos sociales, admiten denominárseles derechos sociales convencionales, los cuales a su vez, se subdividen en derechos sociales convencionales estatutarios si su fuente son los mismos estatutos y derechos convencionales simples en caso de que su origen lo tengan en acuerdos de las asambleas.

b) Por razón de su contenido, puede hablarse de dos clases de derechos: los individuales patrimoniales y los de consecución; los primeros se subdividen en principales y accesorios, según que la participación del socio sea directa o accesoria.

c) Por razón de su titularidad, si corresponde a todos los socios en general o bien, en particular a alguno o algunos de ellos.

¹¹ *Ob. cit.*, pág. 308 y ss.

¹² *Derecho Mercantil*, Madrid, 1958, pág. 188.

¹³ *Ob. cit.*, pág. 76 y ss. y 395 y ss.

Cuando el autor citado se refiere a los derechos patrimoniales que atribuye la tenencia legítima de una acción emitida por una sociedad anónima, clasifica como tales al dividendo, (con su modalidad del dividendo preferente), a la cuota de liquidación y a la aportación limitada; y como derechos patrimoniales accesorios, a la obtención de documentos que acrediten el carácter de accionistas como son los certificados provisionales y los títulos que amparan a las acciones, al canje y transmisión de éstos y a la obtención de acciones de goce.¹⁴

En fin, se trate de una clasificación escueta, como la primeramente citada, o tan detallada, como la que realiza el autor español que tanto bien hizo a la doctrina mexicana, lo cierto es que en todas ellas el derecho a la participación proporcional en los beneficios periódicos alcanzados por la sociedad, ocupa el primer término en importancia, ya que puede considerarse como causa motora de cualquier inversión en acciones de una anónima.¹⁵

2. LA ACCION COMO BIEN Y EL DIVIDENDO COMO FRUTO CIVIL.

El derecho a participar en las ganancias de la sociedad (según consideración anterior), merece ser catalogado como el más importante de los que integran el *status* de socio.

Ahora bien, como para que un sujeto vea modificado favorablemente el activo de su patrimonio por la titularidad del derecho al dividendo, se requiere de la tenencia legítima de una o varias acciones, y, además, como el contenido de ese derecho es precisamente el dividendo, un razonable orden de ideas aconseja que previamente a los comentarios relacionados con el derecho al dividendo, se destinen algunas líneas a la acción y al dividendo, pues cualquier concepto de aquél hace referencia a éstos.

Independientemente a que la acción en Derecho Mercantil pueda ser considerada como una parte alícuota del capital social, como un medio de expresión del *status* de socio o como un título de crédito,¹⁶ cualquiera de estos significados permite afirmar que la acción es un bien de acuerdos con las reflexiones siguientes:

Si jurídicamente hablando, bien es todo aquello que puede ser objeto de

¹⁴ *Ob. cit.*, pág. 395 y ss.

¹⁵ Según URÍA (*ob. cit.*, pág. 184), "Este derecho se acentúa en la sociedad anónima por virtud de su carácter esencialmente capitalista... como primer derecho del accionista, como el más importante que ningún otro, por servir directamente a la finalidad lucrativa que todo accionista persigue".

¹⁶ En este sentido BRUNETTI, *ob. cit.*, t. II, pág. 93; VIVANTE, *Tratado de Derecho Mercantil*, trad. esp. a la 5a. ed. it., Madrid, s/f, t. II, pág. 208; RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, *ob. cit.*, pág. 268.

apropiación¹⁷ por no encontrarse excluido del comercio, ya sea por su naturaleza o por disposición legal, y si la acción, con total independencia del significado que se le dé al término, reúne estas características, esto es, encontrarse en el comercio y por ende, estar en posibilidad de ser objeto de propiedad, puede afirmarse que toda acción emitida por una sociedad anónima es un bien y más concretamente, al tenor de lo dispuesto por los arts. 754, 755, 759, 763 y 772 del C. Civ., se trata de un bien mueble, fungible y susceptible de ser objeto de propiedad de particulares.

Cuando la acción, como bien, se encuentra bajo la titularidad de un sujeto, éste tiene derecho a los frutos que aquélla produzca; esos frutos son los dividendos.

El origen etimológico de *dividendo* se encuentra en el vocablo latino *dividendus*, gerundio del verbo *dividere* que significa *dividir*; ha sido adoptado por dos ciencias, a saber: las matemáticas para distinguir la cantidad que ha de dividirse por otra y el Derecho, para caracterizar la parte proporcional correspondiente a una acción en las utilidades obtenidas por una sociedad anónima, durante un lapso determinado.

Hablar del dividendo en el campo del Derecho implica referirse a un beneficio, una utilidad o una ganancia, tal y como se desprende de las aseveraciones siguientes:

VIVANTE¹⁸ por ejemplo, define al dividendo como la utilidad pagadera periódicamente sobre cada acción, GARRIGUES¹⁹ sostiene que por dividendo debe entenderse aquella parte de ganancia que, con arreglo a la Ley o a los estatutos se distribuye entre los accionistas en concepto de beneficio neto, URÍA²⁰ adopta el concepto inmediato anterior, a raíz de la promulgación y entrada en vigencia en España de la Ley que regula jurídicamente a las sociedades anónimas. Para BRUNETTI²¹, el dividendo es el beneficio neto que compete al accionista en la medida acordada por la asamblea como consecuencia de la aprobación del balance.

RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ²² define el dividendo como el beneficio neto pagadero a cada acción, y para MANTILLA MOLINA²³ dividendos significan utilidades.

¹⁷ ROJINA VILLEGAS, *ob. cit.*, t. II, 2a. ed., (1966), pág. 68.

¹⁸ *Ob. cit.*, pág. 327.

¹⁹ *Ob. cit.*, t. I, vol. II, pág. 241.

²⁰ En GARRIGUES-URÍA, *Comentarios a la Ley de Sociedades Anónimas*, Madrid, 1952, t. I, pág. 402.

²¹ *Ob. cit.*, t. II, pág. 95.

²² *Ob. cit.*, pág. 296.

²³ *Derecho Mercantil*, 9a. ed., México, 1966, pág. 376.

De los conceptos mencionados se desprende, en efecto, la tendencia doctrinal generalizada de definir al dividendo, ya sea como ganancia, utilidad, o beneficio, lo cual induce a afirmar que según esa corriente, el género próximo del dividendo está representado por dichas situaciones económico-jurídicas, mientras que difiere en especie de todo el grupo de acontecimientos que impliquen aumento en el activo de un patrimonio determinado, entre otros motivos, por el bien de donde emana (la acción), por los requisitos para su actualización (previsión en la Ley o en los estatutos, acuerdo de las asambleas, etc.) y por sus características (proporcionalidad, periodicidad etc.)

Cierto es que al hablar de dividendo surge una relación inmediata con un beneficio, una ganancia o una utilidad, pues en último término, los tres vocablos son afines, pero no debe descartarse que también es factible y jurídico que sea calificado como un fruto civil, según lo enuncian HALPERIN²⁴ y HERRERA²⁵, tomando para sí la carga de explicarlo RIPERT y BOULANGER²⁶ cuando advierten: "*Las rentas en dinero son los frutos que una cosa puede producir en virtud de contrato. Tales son, los alquileres de casas y los arrendamientos de bienes rurales, que provienen de un contrato de arrendamiento. Por analogía, las sumas que pueden obtenerse anualmente de un capital prestando a otra persona bajo la forma de un préstamo a interés son igualmente considerados como frutos civiles producidos por el capital prestado: es el alquiler del dinero. También por analogía deben ser considerados como frutos civiles los dividendos que son la contrapartida del riesgo asumido al hacer el aporte de un bien a una sociedad...*"

3. EL DERECHO A PARTICIPAR EN LAS GANANCIAS DE LA SOCIEDAD Y EL DERECHO AL DIVIDENDO.

Comentar el derecho al dividendo, requiere llevar a cabo un deslinde entre él y el derecho del que deriva. Este último consiste en la posibilidad legal que tiene el accionista de participar en las futuras ganancias que probablemente obtenga una sociedad anónima, durante un período determinado.

El derecho que en general tienen todos los socios, de llegar a participar en las futuras utilidades que pueda llegar a lograr el ente social, no debe confundirse con el derecho al dividendo; el primero nace indefectiblemente con la adquisición del *status* de socio, mientras que el segundo es eventual,

²⁴ *Manual de Sociedades Anónimas*, Buenos Aires, 1958, pág. 176.

²⁵ *El dividendo en las Sociedades Industriales y Comerciales*, México, 1966, pág. 1 y ss.

²⁶ *Tratado de Derecho Civil*, trad. esp., Buenos Aires, 1965, t. VI, pág. 488.

porque es bien factible que en cierta época, una sociedad anónima puede verse privada de beneficios y el resultado de su balance arroje pérdidas; además, la prestación de aquél es indeterminada en tanto que por el contrario, el derecho al dividendo es un derecho cuya prestación consiste en una cantidad líquida y determinada, como la parte proporcional correspondiente a cada acción en los beneficios realmente adquiridos por la sociedad anónima, durante uno o varios ejercicios.

Hay manifestación unánime de la doctrina en el sentido de distinguir y en consecuencia caracterizar separadamente estos derechos, a los que se les atribuyen diversos alcances; en cambio, no existe unicidad de criterio para designar a cada uno de ellos, pues hay quien sostiene que el primero puede denominarse derecho abstracto al dividendo y el segundo derecho concreto al dividendo²⁷ o bien, en el mismo orden de ideas, se habla de derecho al dividendo y crédito del dividendo.²⁸

Con independencia a la designación apropiada de cada uno de los dos derechos, cabe anotar que del primero goza todo aquél que tenga la categoría de socio de una sociedad anónima, pues forma parte de la causa del negocio social y es universalmente sostenido por la doctrina (lo que encuentra eco en las diversas legislaciones), que excluir a uno o varios socios del beneficio de llegar a ser partícipe de las ganancias sociales, merece tal repudio, que se califica como un pacto leonino.²⁹

Así como el accionista es titular del derecho de participar en las posibles ganancias que obtenga una sociedad anónima, correlativamente a la obligación de ésta de pagarlas, también llega a ser acreedor de la misma por el derecho al dividendo, pero al contrario de aquél, el acontecimiento que da lugar al nacimiento de este último, no es ni la constitución de la sociedad ni tampoco la legítima posesión de las acciones correspondientes.

²⁷ RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, *ob. cit.*, t. I, pág. 398; GARRIGUES, *ob. cit.*, t. I, vol. II, pág. 942.

²⁸ BRUNETTI, *Ob. cit.*, t. II, pág. 535.

²⁹ Los arts. 2265 del C. it. y 17 de la LGSM, son manifestaciones legislativas del principio general, consistente en declarar nulo todo pacto mediante el cual sean excluidos uno o más socios de participar en las ganancias obtenidas periódicamente por el ente social, con la salvedad que el precepto italiano no sólo se refiere a una exclusión de las ganancias, sino también califica como nulo el pacto contrario, es decir, cuando se excluye a uno o más socios de soportar proporcionalmente las pérdidas. Los arts. 2328, apartado 7 y 6o. fracción X de tales ordenamientos, en el orden que fueron citados, establecen que el acto o escritura constitutiva deberá contener la forma en que deberá hacerse la distribución de utilidades entre los socios. Mención especial debe hacerse del art. 39 de la L. esp., cuyo contenido es el mínimo de derechos de un accionista, encontrándose en esa enumeración, el de participar en el reparto de las ganancias sociales (fracción I).

Buena parte de los tratadistas, entre los cuales pueden citarse a BRUNETTI³⁰ y a RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ³¹, hacen suya la célebre frase de VIVANTE³² según la cual, “el derecho de exigirlo (el dividendo) al fin de cada ejercicio, se halla sometido a dos condiciones; una suspensiva, de que el dividendo resulte del balance aprobado por la asamblea y otra resolutoria de que la asamblea no modifique los estatutos suspendiendo el pago”.

Otros autores, en cambio, si bien, como resulta lógico, ponen de manifiesto que en efecto el nacimiento del derecho al dividendo es posterior al del derecho a participar en las utilidades que en lo futuro obtenga la sociedad, advierten que la negativa reiterada por la asamblea a acordar la distribución de dividendos entre los socios, va manifiestamente contra la causa social, o por mejor decir, “la sociedad puede constituir reservas voluntarias sustrayendo al reparto una parte de los beneficios de cada ejercicio económico, en la medida que una norma de prudencia y de protección de los intereses sociales así lo aconseje, e incluso, podrá suspender totalmente el reparto de dividendos en algún ejercicio cuando las necesidades de la empresa lo exijan. Pero la sociedad no puede negarse sistemáticamente a hacer reparto alguno de las ganancias arrojadas por los balances de fin de ejercicio, porque ello iría contra la finalidad perseguida por los accionistas al constituirse en sociedad, inmovilizaría los capitales de éstos y haría ilusorio el derecho de participación en las ganancias sociales que la Ley eleva implícitamente a la más alta categoría dentro de los derechos del tenedor de las acciones”.³³

Es admisible pensar, por otra parte, que la discrepancia en los puntos de vista respecto al problema planteado, se debe a la falta de reglamentación legal correspondiente, pues las diversas legislaciones parecen dejar la solución expresa del problema, al criterio, y en consecuencia, a la discrecionalidad de los órganos societarios. Basta observar algunas opiniones, como la de URÍA³⁴ o la de HERRERA³⁵, para percatarse que los ordenamientos legales rectores de la materia, sólo permiten inferir, de algunos de sus preceptos, la posibilidad de que periódicamente se acuerde por la asamblea la distribución de beneficios entre los socios.

Ahora bien, lo que parece ser una solución correcta al problema, es que salvo el caso de una remisión expresa de los textos legales a los órganos

³⁰ *Ob. cit.*, t. II, pág. 535.

³¹ *Ob. cit.*, t. II, pág. 398.

³² *Ob. cit.*, t. II, pág. 327.

³³ URÍA en GARRIGUES-URÍA, *ob. cit.*, t. I, pág. 402.

³⁴ En GARRIGUES-URÍA, *Ibidem.*

³⁵ *Ob. cit.*, pág. 5.

sociales competentes para que éstos resuelvan discrecionalmente sobre el destino de las utilidades netas, el derecho al dividendo nace con el balance que las arroja. Por ende, su nacimiento no habrá de estar condicionado tanto a ello como a que haya necesidad de un acuerdo de la asamblea que decida su distribución entre los socios. Es obvio que se requieren las utilidades como condición para el derecho al dividendo, pues mientras no las haya, no puede hablarse de aquél. Precisamente ese es su origen, la fijación, por medio del balance, de tales utilidades, es decir, el balance que arroja utilidades es el acto que le da vida a ese derecho.

Problema distinto se presenta cuando la unanimidad de los socios prefiere renunciar a que les sean pagados sus dividendos, y opten por volverlos a invertir, para ser destinados, en todo o en parte, a otros fines, como por ejemplo la constitución de una reserva especial, gratificar a los trabajadores de la empresa, etc., pero lo que se presenta como contrario a una situación justa, es que todo un derecho, como el que se tiene al dividendo, se convierta, por voluntades ajenas, en una mera expectativa que quizá nunca deje de ser tal, aun a pesar del régimen democrático rector de las sociedades anónimas, pues esta democracia podrá imperar en cualquier otro problema, mas parece difícil que también en el presente, claro está, sin dejar de hacer la salvedad de aquellos socios minoritarios que no obstante haber votado en favor de la distribución de dividendos, desistan de cualquier actitud que persiga su pretensión original.

En resumen, puede afirmarse que el derecho al dividendo no debe estar sujeto a que la asamblea acuerde favorablemente la distribución de las utilidades entre los socios; sólo se encuentra condicionado a la existencia de éstas si el balance las determina; éste debe ser su acto creador. O lo que es igual, el derecho a que le sean pagadas por el ente las ganancias que su o sus acciones hubieren producido en determinado ejercicio social, ha de entenderse como de la naturaleza misma del *status* de socio en la sociedad anónima, sin dependencia alguna del acuerdo de una asamblea en ese sentido y dar otro destino a tales ganancias, salvo en caso de que así sea decidido por su propio titular, pero como un acto suyo de disposición. Ideal será en este supuesto, que la proposición de reinversión, por ejemplo, sea aceptada por todos los socios.³⁶

³⁶ En legislación comparada también se pueden observar soluciones encontradas. A este respecto, el C. it., en el primer párrafo de su art. 2433, es de considerarse como una manifestación palpable en el sentido de que la asamblea tiene plena libertad para decidir si son o no distribuidos los beneficios netos entre los socios. En las leyes francesa y española, no sólo no existe una disposición similar a las anteriores, sino por el contrario, pues el art. 347 de la primera ordena a la asamblea, no que delibere sobre

Parece suficiente el contenido de algunos preceptos de la LGSM, como son el 6o. fr. X, el 8o. el 23 y otros, para presumir que el socio tiene derecho a dividendos anualmente. En particular, el artículo 23 de la Ley prevé el caso de que los acreedores de los accionistas, pueden garantizar y hacer efectivos sus créditos mediante dos formas, a saber: ya sea embargando y haciendo vender en su caso, las acciones del deudor, o bien asegurando su crédito con las utilidades correspondientes al socio *de acuerdo con el balance social*, lo que implica que las utilidades del accionista deben fijarse por el balance y éste, por orden legal, ha de celebrarse anualmente.³⁷

Del precepto comentado se infiere que si los terceros pueden embargar el dividendo anual obtenido por una acción cuyo titular es su deudor, éste, por mayoría de razón, tiene derecho, también año con año, a esa porción.

Por otra parte, es conveniente recordar que el derecho al dividendo origina una relación jurídica entre el accionista, como acreedor, y la sociedad anónima como deudora, por esa relación, el primero se encuentra facultado a exigir de la segunda determinada prestación que es precisamente el monto correspondiente al dividendo respectivo. Estas razones dan al derecho al dividendo la categoría de derecho de crédito.³⁸

La situación del socio como acreedor de la sociedad por una cantidad de dinero equivalente al dividendo, ya no puede ser objeto de revocación so pretexto de futuros acuerdos de la asamblea.

el destino de los beneficios, sino determinar la parte atribuida a los socios en pago de dividendos y además, prevé la obligación de pagar dividendos en un lapso no mayor de nueve meses a partir de la clausura del ejercicio anterior, pudiendo prolongarse el plazo por decisión judicial. El ordenamiento legal español, si bien no contiene algún artículo expreso al respecto, de sus arts. 50 y 102 se infiere la obligación de los administradores de proponer cada año a la junta (asamblea), el problema de la distribución de beneficio.

³⁷ Arts. 172 y s. LGSM.

³⁸ A *derecho real* suele oponérsele *derecho personal*: sin embargo, esta denominación para la relación jurídica entre acreedor y deudor no es afortunada, por ambigua, ya que además de que como lo hacen notar RIPERT y BOULANGER (*ob. cit.*, t. I, pág. 470), con ella puede hacerse referencia a aquellos derechos cuya naturaleza no permite su transmisión como el de *uso* o *habitación* (art. 1051 del C. Civ.) y a los que se extinguen a la muerte del titular (usufructo); es factible confundirlos también con los derechos de la personalidad. (Vid. *Los Derechos de la Personalidad* de CASTÁN TOBEÑAS, Madrid, 1952). Por ello, es preferible llamarle *derecho de crédito*, a esa relación.

4. LAS ACCIONES PREFERENTES EN RELACION CON EL DERECHO AL DIVIDENDO

Desde épocas remotas³⁹ los usos comerciales encontraron la fórmula que permite a ciertas personas, aquellas cuyo verdadero interés al ser titulares de una acción es obtener un mayor provecho económico, sin importarles otro tipo de ventaja, lograr efectivamente utilidades mejores que las comunes y corrientes, mediante la suscripción de una categoría especial de acciones.

Esa práctica ha llegado hasta la actualidad y con ella dos clases de acciones en atención a los derechos que confieren *ordinarias, comunes o simples*, por una parte y *preferentes, privilegiadas o preferenciales* por la otra.

Acción ordinaria es la que confiere a su titular todos los derechos y obligaciones normales inherentes a la calidad de socio; la acción preferente, por su parte, puede considerarse como aquella que atribuye determinados derechos especiales a su titular.

Los derechos especiales incorporados a una acción preferente pueden ser de diversa índole, esto es, cabe hablar de preferencias en el dividendo y en la cuota de liquidación como derechos patrimoniales, o bien, en el voto como derecho de consecución.

En lo que al tema central del presente trabajo se refiere, DE SOLA CÁÑIZARES⁴⁰ observa cinco diversas situaciones de preferencia:

a) Derecho a percibir un dividendo con prioridad a los dividendos que perciban otras acciones (generalmente un porcentaje de su valor nominal, por ejemplo 5% ó 6%), pero teniendo en cuenta exclusivamente los beneficios de cada ejercicio sin que la parte de dividendo estipulada, que no haya podido percibir las acciones por no haber habido suficientes beneficios sean acumulados a los ejercicios siguientes.

b) Derecho a percibir un dividendo con prioridad a los dividendos de las otras acciones, pero siendo este dividendo acumulable a los ejercicios siguientes, de suerte que la parte de dividendo impagado se pagará con los beneficios de los años siguientes, con acumulación a los dividendos siguientes correspondientes a estos años.

c) Derecho a percibir, no solamente un dividendo de prioridad, sino además otro dividendo, concurriendo con las acciones ordinarias al reparto de los beneficios restantes.

³⁹ Según LEHMANN, (cit. por GARRIGUES, *ob. cit.*, t. I, vol. II, pág. 736, nota 101) las primeras acciones preferentes se emitieron en 1639.

⁴⁰ En sus comentarios y notas a la *ob. cit.*, de BRUNETTI, t. II, pág. 163.

d) Derecho a percibir un dividendo más elevado que el que perciben las acciones ordinarias.

e) Derecho a una parte determinada de los beneficios sociales”.

De lo anterior se desprende la existencia de una desproporción entre las acciones preferentes y las ordinarias, en lo que se refiere al derecho al dividendo, pero si esa preferencia, fuera lisa y llana, sin restricción alguna, daría lugar, en la mayoría de los casos, si no es que siempre, a que las decisiones sociales fueran impuestas egoístamente por los titulares de este tipo de acciones; para evitarlo, se acostumbra que al tiempo de otorgarles un derecho patrimonial privilegiado, se les restrinja, a manera de compensación, su derecho a votar en las asambleas.

En efecto, a cambio de la ventaja patrimonial que es la seguridad de obtener frutos con total independencia de las pérdidas o ganancias alcanzadas por la sociedad emisora, en algunos casos se restringe el derecho de voto, pudiendo los titulares de esas acciones, hacer uso de él únicamente para la resolución de ciertos acuerdos sociales⁴¹. Este tipo de acciones son las de *voto limitado*. En otros casos, no sólo se restringe sino que se suprime por completo el derecho a votar con la misma característica de su dividendo preferente. Estas son las acciones sin voto.⁴²

En suma, como las acciones ordinarias no garantizan una seguridad lucrativa, hay un buen número de personas, cuya finalidad es obtener beneficios de su dinero invertido en acciones, sin importarles el aspecto administrativo de una sociedad anónima, que optan por suscribir o adquirir acciones que producen un dividendo seguro, aun cuando vean restringido su derecho a votar en las asambleas.

⁴¹ Las acciones preferentes de voto limitado en nuestro medio, se encuentran reguladas por el art. 113 de la LGSM las que según el propio precepto, a cambio de las ventajas económicas que su titularidad brinda, el derecho de voto sólo se puede ejercitar para los acuerdos relacionados con la prórroga de la duración, disolución anticipada, cambio de objeto, de nacionalidad, transformación y fusión con otra sociedad (fracciones I, IV, V y VI del art. 182 del mismo ordenamiento). En la legislación comparada, la situación es la siguiente: el C. it., establece en el primer párrafo de su art. 2248 un valor igual y los mismos derechos para todas las acciones; sin embargo, en el segundo párrafo admite la creación de acciones con derechos distintos: por último, el art. 2350, faculta la emisión de acciones con derechos patrimoniales (entre ellos el dividendo) especiales, confiriéndoles el artículo siguiente su derecho a votar, sólo en casos que versen, sobre modificaciones del acto constitutivo, emisión de obligaciones y nombramientos y poderes de los liquidadores, es decir, estas acciones pueden votar en aquellos problemas en los cuales son competentes las asambleas extraordinarias para su deliberación (art. 2365); asimismo, la ley francesa en su art. 268, admite la creación de acciones de preferencia en relación con las demás.

⁴² SOLA CAÑIZARES en BRUNETTI, *ob. cit.*, t. II, pág. 166 y ss.

5. EL DERECHO AL DIVIDENDO EN CASOS ESPECIALES DE TITULARIDAD

a) Reporto; b) Fideicomiso, c) Prenda, d) Embargo, e) Usufructo.

En vista de que las acciones emitidas por sociedades anónimas son bienes desde un punto de vista jurídico y deben ser ubicadas en los casilleros clasificatorios correspondientes a los bienes muebles, fungibles y susceptibles de ser propiedad de los particulares (supra pág. 385) como tales, admiten ser objeto indirecto de una serie de actos jurídicos, entre otros, aquellos actos que respecto a un mismo bien, pueden hablarse de dos elementos personales con distintos derechos cada uno, es decir, actos jurídicos los cuales en una forma u otra, fraccionan y distribuyen los derechos inherentes a la propiedad plena entre dos sujetos, uno el propietario y otro el titular.

De acuerdo con lo anterior, se excluyen de las presentes reflexiones los actos traslativos de propiedad, como son, entre otros, la compraventa, por razones obvias, y el mutuo, ya que si bien como consecuencia del mismo, el mutuario tiene la obligación de devolver otro tanto de lo prestado y precisamente, cuando de títulos se trata, es necesario que aquéllos, materia del pago, sean de la "misma clase e idénticas condiciones"⁴³ de los prestados, se está ante una transmisión plena de dominio.

Ahora bien, existen actos en los que a pesar de una plena transmisión (como el reporto) o una disposición del propietario aunada a la adquisición de un dominio limitado por otro sujeto (fideicomiso), por sus características específicas, también merecen ser comentados conjuntamente con la prenda, el embargo y el usufructo, figuras estas últimas, respecto a las cuales con mayor nitidez puede observarse, además de un propietario, otro sujeto titular de determinados derechos, que en una situación normal le correspondería ejercitarlos al primero.

Debe advertirse lo poco oportuno del momento para detenerse a comentar detenidamente cada una de las figuras enunciadas y sirva de razón la finalidad principal de estas líneas, que consiste en señalar el destino del derecho al dividendo.

a) De la naturaleza jurídica del reporto, contrato típicamente bursátil⁴⁴, derivan dos sujetos, a saber: el reportador y el reportado, el primero adquiere del segundo, mediante cierta cantidad de dinero, uno o varios títulos de crédito y se obliga a transferir a éste, en un término fijo (que por Ley no puede ser mayor de cuarenta y cinco días), otros tantos títulos de la misma especie, por los que recibirá del reportado la misma cantidad que

⁴³ Art. 359 C. Co.

⁴⁴ CERVANTES AHUMADA, *Títulos y Operaciones de Crédito*, 5a. ed., México, 1966, pág. 228.

pagó por los recibidos originalmente, más un premio, el cual si no se hubiere convenido lo contrario, queda en su beneficio.

Del artículo 262 de la LGTOC se desprende que, salvo pacto en contrario, el derecho al dividendo, deberá de ser ejercitado por el reportador, y el dividendo será acreditado al reportado para liquidársele al término del reporto.

b) El fideicomiso puede definirse como el “negocio jurídico que se constituye mediante declaración unilateral de voluntad de un sujeto llamado fideicomitente, por virtud de la cual, éste destina ciertos bienes o derechos a un fin lícito y determinado y la ejecución de los actos que tiendan al logro de ese fin, deberán realizarse por la institución fiduciaria que se hubiere obligado contractualmente a ello”.⁴⁵

El concepto anterior no menciona un tercer elemento personal que suele pasar lista de presente en un gran número de fideicomisos: el fideicomisario, que es el beneficiario de sus fines. La falta de presencia del fideicomisario se debe a que el fin determinado al que pueden ser destinados los bienes fideicomitados, no necesariamente habrá de ser en favor de un sujeto, pues como lo hace ver CERVANTES AHUMADA⁴⁶, puede constituirse un fideicomiso para que con los productos, por ejemplo, “se levante una estatua a un prócer, se recojan perros callejeros, se realice una investigación científica, o se funde una clínica para determinada clase de enfermos”, y en estos casos, ciertamente no hay fideicomisario.

Si los bienes fideicomitados son acciones de una sociedad anónima, es al fiduciario a que compete ejercitar el derecho al dividendo, pero el destino de los frutos estará condicionado a los fines del propio fideicomiso.

c) La prenda es un contrato real accesorio por virtud del cual el deudor o un tercero, entregan (real o jurídicamente) al acreedor una cosa mueble, enajenable y determinada, para garantizar el cumplimiento de una obligación principal, concediéndole al mismo acreedor un derecho real de persecución, venta y preferencia en el pago para el caso de incumplimiento, con la obligación de devolver la cosa recibida, una vez cumplida dicha obligación.⁴⁷

Según se desprende de la definición anterior, la entrega de los bienes dados en prenda puede ser real o jurídica; en el primer caso son entregados materialmente al acreedor, y en el segundo, como lo ordena el artículo 2859

⁴⁵ DOMÍNGUEZ MARTÍNEZ, *El fideicomiso ante la teoría general del negocio jurídico*, México, 1972, pág. 186.

⁴⁶ *Ob. cit.*, pág. 311.

⁴⁷ ROJINA VILLEGAS, *ob. cit.*, t. IV, 1a. ed., pág. 457.

del C. Civ., quedan ya sea en poder de un tercero, o bien, en poder del propio deudor, si así lo convienen las partes.

Por lo que a títulos de crédito se refiere, la prenda con entrega material, queda constituida según lo establece el art. 334 de la LGTOC por la entrega del documento, si éste es el portador; por la entrega, endoso respectivo y anotación en el libro de registro correspondiente, tratándose de títulos nominativos. La entrega jurídica, por su parte, tendrá lugar mediante el depósito de los títulos, siempre y cuando éstos sean al portador, en poder de un tercero designado de común acuerdo por las partes y a disposición del acreedor.

En uno y otro casos, es decir, cuando las acciones se encuentren en poder de un tercero, o bien, en poder del acreedor prendario, éste tiene la obligación (según se deriva del artículo 338 de la LGTOC), de ejercitar todos los derechos inherentes del título; consecuentemente, a él le corresponde el ejercicio del derecho al dividendo.

Ahora bien, si el deudor cumple con la obligación principal, el dividendo le será entregado por el acreedor prendario, pero si contrariamente, se requiere la venta de las acciones aquél se aplicará al pago del crédito.

d) Nada impide que los títulos de crédito y particularmente las acciones, sean bienes objeto de embargo, para garantizar cierto crédito reclamado, ya sea en juicio ejecutivo civil o mercantil, o bien, en ejecución de sentencia, si se trata de juicio ordinario.

Trátase de una u otra vías, lo cierto es que en materia de embargo se requiere en juicio, además de las partes, de un tercer elemento personal representado por el depositario, aun a pesar de que el demandado tenga al mismo tiempo ese carácter, pues debe cumplir como tal, independientemente de su calidad de parte en el juicio.

Pues bien, el depositario designado en juicio, por el desempeño de su cargo, será quien lleve a cabo todos los actos tendientes a la efectividad y cobro del derecho al dividendo; además, como en el caso de los embargos de productos de inmuebles, deberá rendir periódicamente cuentas ante la autoridad jurisdiccional respecto de los dividendos cobrados, y por último, éstos, cuando el demandado cumpla con el pago de la cantidad reclamada, o se lleguen a rematar las acciones, de cualquier forma deberán considerarse como frutos de los títulos de que se trate.

e) El derecho que con más frecuencia suele separársele a la propiedad, es el usufructo, que puede definirse como el derecho real temporal, naturalmente vitalicio, que confiere a su titular los derechos de usar y disfrutar un bien ajeno, sin alterar su substancia.

Desde la época del derecho romano hasta los días actuales, se conocen el *Ius utendi* (derecho de usar), el *Ius abutendi* (derecho de disponer) y el

Jus fruendi (derecho de percibir los frutos), como atributos del derecho de propiedad, aforismos que por cierto, según afirmación de RIPERT y BOUTANGER⁴⁸ no son romanos, pues los antiguos usaban simplemente los sustantivos o verbos *uti, abuti* y *fruti*.

La realidad es que por el usufructo, cabe hablar de dos personas a saber: el nudo propietario, quien ve “desnudo” su derecho de propiedad sólo en cuanto puede disponer de la cosa, y el usufructuario, que tiene sobre la misma el derecho de servirse de ella y el derecho de percibir sus frutos.

Así, en ese orden de ideas, el usufructuario es quien, además de ejercitar el derecho al dividendo, a él corresponde éste último, toda vez que, como anteriormente quedó expresado (supra pág. 386), el dividendo es un fruto civil.

⁴⁸ *Ob. cit.*, t. I, pág. 378.