

## LOS DIVIDENDOS PASIVOS EN LAS SOCIEDADES ANONIMAS

Oswaldo Hundskopf Exebio

**C**UANDO HABLAMOS DE dividendos dentro de la Sociedad Anónima, es usual o común que lo hagamos en relación a las cuotas partes del beneficio económico o utilidad, alcanzada en forma real y efectiva por la sociedad al término del ejercicio económico, y que se entrega a cada socio en forma proporcional a su participación accionaria, en cada oportunidad en la que la Junta General de Accionistas acuerde distribuir dicha utilidad. Dentro de esa concepción, que es básicamente del Derecho Comercial, la noción de los así denominados dividendos, ha merecido una importante atención de la doctrina nacional y extranjera fundamentalmente en lo relacionado con el derecho de todo accionista a participar en las utilidades de una sociedad anónima, que es uno de los derechos mínimos que se derivan del status de accionista y que nuestra Ley General de Sociedades consagra en su art. 1091, inciso 1), como también, lo concerniente a la naturaleza jurídica de los dividendos, sus requisitos, y condiciones, sus criterios de clasificación según el tipo, clase o serie de acciones, los derechos y obligaciones que se generan entre la sociedad y sus accionistas, la oportunidad del pago, los balancea, los dividendos a cuenta y finalmente el caso de los dividendos ficticios y su tipificación como delito societario.

Ahora bien, constituye propósito del presente artículo referimos a los denominados por la propia Ley General de Sociedades como Dividendos Pasivos, tanto en el segundo párrafo del art. 110º como en el tercer párrafo del art. 111º, y que se refieren no a derechos crediticios de los accionistas frente a la sociedad, por utilidades ya generadas que le corresponden a los accionistas, sino todo lo contrario, a obligaciones pendientes o propiamente deudas que los accionistas tienen frente a la sociedad y que se derivan del acto de suscripción de las acciones y del pago de cuando mínimo el 25% de cada acción; a la diferencia resultante se le denomina Dividendo Pasivo, terminología que en mi opinión no solamente no es apropiada sino que además es confusa y contradictoria.

Previamente al breve análisis que haremos de los artículos anteriormente mencionados, consideramos pertinente tratar los aspectos más importantes que se derivan de los arts. 72 y 100 de la Ley, que como veremos están directamente relacionados con el tema a tratar.

### **L. SITUACION LEGAL DEL ART. 72º**

El derecho comparado nos muestra diversos sistemas en cuanto a la suscripción y desembolso del capital social.

- a) Libertad para la suscripción y desembolso del capital.
- b) Libertad para la suscripción, pero exigencia de un mínimo para el desembolso.
- c) Exigencia de porcentajes mínimos legales para la suscripción y para el desembolso.
- d) Obligatoriedad de la suscripción total del capital y del desembolso de un porcentaje mínimo.

Nosotros nos encontramos inmersos dentro del último sistema, consagrado en el art. 72º de la Ley General de Sociedades.

El citado artículo señala que para que se constituya la sociedad es necesario que tenga su capital totalmente suscrito y pagado por lo menos en una cuarta parte. Fluye de dicho texto en consecuencia un doble requisito legal, el primero de ellos, la suscripción obligatoria del íntegro del capital, la que se cumple única y exclusivamente suscribiendo el 100% de las acciones representativas del citado capital, y en segundo lugar, el pago obligatorio de cuando menos el 25% no del capital social, sino de cada acción, norma que en la actualidad se aplica a toda la constitución de sociedad mercantil.

En nuestra opinión esta doble exigencia persigue como finalidad premunir a la sociedad desde el inicio de su existencia, del sustento patrimonial que se requiere como requisito fundamental para iniciar sus operaciones. Para MONTROYA MANFREDI, Ulises (1) el doble requisito legal, con referencia al capital de la sociedad, o sea, suscripción íntegra de las acciones y pago de una cuarta parte de cada acción al menos, tiende a dotar a la sociedad de una firme base económica, y a los acreedores, de una garantía efectiva; la suscripción es la garantía del futuro patrimonio de la sociedad (2).

Siguiendo al tratadista URÍA, Rodrigo en su *Tratado de Derecho Mercantil* (3), vemos que con el cumplimiento del doble requisito legal se consolidan tanto el principio de integridad, el cual exige que la totalidad de las acciones representativas del capital social se encuentren suscritas, es decir, que tengan un titular individualizado con capacidad para obligarse y que asuma el pago del importe del valor nominal de las acciones, como el principio del Desembolso Mínimo, el cual obliga a entregar por lo menos la cuarta parte de cada acción suscrita, posibilitando que la sociedad cuente con fondos disponibles para iniciar de inmediato sus actividades, cubriéndose íntegramente éstos, cuando los accionistas concluyan con desembolsar el íntegro del valor de las acciones. Dichos principios, aunados a los principios de estabilidad, determinación y realidad, regulan y ordenan el capital social.

Es importante analizar lo que representa jurídicamente el acto mismo de la suscripción de acciones, la cual importa la declaración o promesa de entregar en favor de la sociedad el valor correspondiente, ya sea en dinero o en bienes tangibles. Es decir, desde el momento de la suscripción, cada socio queda obligado a efectivizar el importe comprometido en la oportunidad correspondiente. Como señala DIAZ VALVERDE, Luis G. (4) el capital suscrito se encuentra pues respaldado con el compromiso aportativo de los socios.

Como se ha mencionado, la suscripción íntegra del capital es un elemento esencial para constituir una sociedad, la cual tiene que nacer con un capital propio, el cual se cubre con los aportes de los socios. Integrar una acción es pagar la deuda nacida del acto de suscripción. No debe confundirse el pago con la suscripción; mientras que ésta es el compromiso resultante de la suscripción, el pago es la ejecución de la suscripción mediante la realización del aporte prometido. Para RIVAROLA, Mario el desembolso parcial es esa integración que no significa otra cosa que el cumplimiento parcial de una obligación contraída por entero.

Como el capital social está necesariamente dividido en acciones, la suscripción implica asumir todos los derechos y obligaciones que se derivan del status de accionista, debiéndose distinguir dos diferentes situaciones ligadas a si la sociedad existe o no como persona jurídica. En efecto, distinto es el caso de la suscripción de acciones dentro de un procedimiento de constitución de sociedad anónima por Suscripción Pública también llamada Constitución Sucesiva o por etapas, en el cual la sociedad como persona jurídica todavía no existe, toda vez que ella recién nacerá como consecuencia de la inscripción de la escritura pública de constitución social en el Registro Público, (art. 37 de la ley), caso en el cual la contraparte en el contrato de

suscripción no puede ser la sociedad porque ésta no existe, sino los llamados socios fundadores; distinto es el caso de la suscripción de acciones dentro de un procedimiento de Aumento de Capital por nuevos aportes, caso en el cual la sociedad ya existe como persona jurídica, siendo en consecuencia la contraparte en el contrato de suscripción.

La principal consecuencia que se deriva de la suscripción obligatoria de la totalidad de las acciones y del pago de por lo menos la cuarta parte de cada una de ellas que exige el art. 72] de la Ley, consiste en la eliminación de la opción o alternativa existentes en otras legislaciones, de emisiones de acciones destinadas a mantenerse por un tiempo en cartera para ponerlas en circulación o a disposición de los suscriptores, en el momento que más convenga desde el punto de vista económico-financiero, opción que tendría como aspecto positivo la libertad de movimiento que confiere a los administradores para la captación de nuevos recursos económicos, sin necesidad de dar cumplimiento con las formalidades exigidas por la ley, pero que de otro lado permitiría incorporar como cuenta patrimonial una cifra del capital social incrementada por la emisión de acciones en cartera que no tendrían la contrapartida de dinero fresco o bienes incorporados al activo social.

Sobre el art. 72] de la Ley queda tan sólo explicar, porqué hemos señalado en forma categórica que cuando se habla de la cuarta parte, no se refiere a un porcentaje del capital sino de cada una de las acciones. En ese sentido tiene aplicación el principio del desembolso mínimo a que hemos hecho referencia anteriormente, en función a cada acción; en otras palabras, cada acción tiene que estar pagada por lo menos en una cuarta parte, lo que no impide, claro está, que existan acciones de un determinado accionista íntegramente suscritas y pagadas. Si no fuera de esta manera, se podría sostener que se estaría dando cumplimiento a la ley si por ejemplo un accionista suscribe y paga sus acciones, que representan más del 25% del capital social, con lo cual los otros accionistas ya no estarían obligados al desembolso mínimo por sus acciones, toda vez que la cuarta parte del capital ya estaría pagada. En efecto debe entenderse en relación al desembolso mínimo, que al expresar que el capital debe estar pagado en un 25% quiere significar que todas las acciones deben estar pagadas en esa proporción, o sea, que no podría admitirse que unas estén en un porcentaje menor, aunque en conjunto representen la cuarta parte del capital suscrito. Los desembolsos tienen carácter individual de tal modo que los que se realicen con excesos no suplen el defecto de los incompletos.

En sustento de la interpretación efectuada, en el sentido de exigir un desembolso

mínimo de cada acción, podemos recurrir a los arts. 83<sup>o</sup> y 214<sup>o</sup> de la propia Ley General de Sociedades. Si bien, el art. 83<sup>o</sup> habla del pago de por lo menos un 25% del importe de las acciones que son objeto del programa de fundación de la sociedad por suscripción pública, el art. 214<sup>o</sup> al normar los aumentos de capitales establece que en el acuerdo de emisión de nuevas acciones se debe fijar las condiciones en que ha de pagarse la parte de capital que no se desembolse al suscribirlas, debiendo abonarse por lo menos el 25% del valor nominal de las acciones suscritas. Más concluyente aún es el art. 43<sup>o</sup> del Reglamento de Registro Mercantil, el cual establece que no son inscribibles las sociedades en las cuales no se hubiere pagado por lo menos la cuarta parte del capital suscrito, entendiéndose que dicha proporción mínima es por cada acción considerada individualmente.

Respecto del monto del capital, ni el Código de Comercio, ni la ley N<sup>o</sup> 16123, ni la actual Ley General de Sociedades exigen una cantidad mínima, quedando en consecuencia los socios fundadores en plena libertad para fijar su monto. Sin embargo es pertinente señalar que la cifra capital siempre constituye el primer criterio de referencia, o el primer indicador que advierten los acreedores a terceros que contratan con la sociedad y a nivel financiero o bancario es determinante para los efectos de establecer los límites crediticios.

## **II. RECLAMACION DE DIVIDENDOS PASIVOS**

Es en virtud de la aportación, a través de la asunción de acciones por parte del socio, que queda investido éste de una serie de derechos y obligaciones configurándose así su status de accionista. Entre las obligaciones que contrae el socio encontramos la obligación preceptiva, única, primordial, principal y fundamental de realizar la aportación prometida.

Para Rodrigo Uría (6) la obligación fundamental del accionista es aportar a la sociedad la porción del capital no desembolsada en la forma prevista en los Estatutos, o en su defecto por acuerdo de la Junta General. Cumpliéndose esa obligación, el accionista queda descargado de otras obligaciones individuales y sólo pesarán sobre él, aquellos deberes genéricos de carácter corporativo como el de someterse a los acuerdos de la Junta General, el de cumplir con los Estatutos, el de respetar los intereses sociales en la emisión del voto, deberes todos que pueden reputarse expresión del deber general de colaborar en la marcha de la empresa social.

El art. 100] de nuestra Ley en su primer párrafo señala que el accionista debe cubrir la parte no pagada de sus acciones en la forma prevista por el Estatuto o en su defecto por el acuerdo de la Junta General. Tenemos en consecuencia de un lado una obligación del accionista que no podrá nunca eludir, aunque se crea lesionado en sus derechos por infracción de los pactos estipulados, ni negarse a cumplirla bajo el pretexto de la nulidad de la sociedad y no podrá enervar su exigibilidad, fundándose en que el acreedor no ejecuta al mismo tiempo las otras deudas análogas a la suya (7) ni podrá oponer la defensa de incumplimiento de otros suscriptores; y de otro lado, una acreencia de la sociedad que no puede ser condonada ya que en aplicación del principio de integridad del capital social, éste tiene como razón de ser el cumplimiento de una función de garantía frente a los acreedores sociales. Es la ley de la vida de la sociedad anónima la constitución y conservación del capital y elimina las defensas o los derechos del accionista que se encaminan a la liberación de la obligación del pago de los dividendos pasivos. «La garantía de los terceros acreedores en la sociedad anónima exige la inmunidad contra las excepciones personales frente a la sociedad que puedan neutralizar, aunque sea indirectamente la obligación de los suscriptores del capital social» (8).

En virtud de la situación que el accionista tiene frente a la sociedad, derivada de la suscripción y pago de sus aportes y de los dividendos pasivos, tenemos dos diferentes posiciones. En primer lugar, la posición del accionista que cuenta con un plazo a favor fijado por el Estatuto o por la Junta General para cumplir con el pago de sus dividendos pasivos en una fecha determinada que aún no se ha vencido y que, por tanto, no pone a ese accionista en situación de «capitis diminutio» frente a los otros accionistas, toda vez que no es un socio moroso, teniendo por tanto el goce íntegro y total de todos sus derechos inherentes a su condición de accionista, entre otros el derecho a voz y voto, bajo la premisa fundamental consagrada en nuestra ley, de que cada acción da derecho a un voto; y en segundo lugar, la posición del accionista que se encuentra en situación morosa frente a la sociedad por haber vencido el plazo para el pago de los dividendos pasivos.

Es en este segundo caso en el que el socio moroso recibe como penalidad la privación de su derecho de voto conforme lo preceptúa el párrafo final del art. 100] y es en esta misma situación en el que la sociedad puede, según los casos y atendida la naturaleza de la aportación no efectuada, demandar judicialmente el cumplimiento de la obligación y los daños y perjuicios a que hubiere lugar o enajenar las acciones por cuenta y riesgo del socio moroso. Respecto de la demanda contra el accionista moroso, ésta es poco eficaz y onerosa, y en muchas ocasiones el procedimiento

judicial sería incosteable o a lo menos inconveniente (9), y en la práctica es difícil que se lleve a cabo, más aún cuando se tiene una vía más expeditiva y rápida cual es la enajenación de las acciones del socio moroso. Adviértase que en esta segunda opción no se ha consagrado el derecho de preferencia que deberían tener los otros accionistas no morosos para adquirir las acciones materia de la venta, lo cual sería conveniente en razón a que de esta manera no ingresarían terceros a la sociedad, sino que serían los propios accionistas fundadores los que suscribirían y pagarían las acciones.

También debe advertirse que en el supuesto que la venta de las acciones se realice, no se contempla en el art. 1001 el derecho de la sociedad a retener en su beneficio las cantidades ya percibidas por ella a cuenta de la acción, derecho que en forma expresa sí se considera en el caso que se anulen las acciones por falta de comprador y que como consecuencia de ello se reduzca el capital social.

Finalmente, la enajenación de las acciones, tal y como está prevista en el art. 1001, nos permite apreciar las características inherentes al concepto jurídico mismo de las acciones de la sociedad anónima, ya que éstas no son meramente títulos o documentos autónomos, con una vida propia como sí lo son los títulos a la orden. En el caso de las acciones, con prescindencia de los títulos representativos de las mismas, es decir los Certificados, se encuentran físicamente en poder de los suscriptores originales, (accionistas morosos), el art. 1001 de la Ley prevé que la enajenación se haga con duplicados de los títulos, anulándose los originales. No hay duda alguna en consecuencia que las acciones de las sociedades anónimas son mucho más que simples títulos o documentos.

### **III. LOS DIVIDENDOS PASIVOS EN LAS ACCIONES AFECTADAS EN USUFRUCTO Y PRENDA**

No corresponde en esta oportunidad comentar en detalle la problemática derivada del Usufructo y Prenda de acciones, tema que sin duda es interesante; tan sólo compete circunscribirnos a los casos de Usufructo o Prenda sobre acciones parcialmente pagadas, es decir con dividendos pasivos. Al respecto, los art. 1001 y 1111 en sus últimos párrafos se ponen en la situación de incumplimiento por parte del titular de las acciones en el pago de los dividendos pasivos confiriéndole tanto al usufructuario como al acreedor prendario el derecho de cumplir con esta obligación sin perjuicio de repetir posteriormente contra el propietario.

Con respecto a la figura del usufructo de acciones parcialmente pagadas, apreciamos que se está enfocando directamente el desembolso hacia el usufructuario, para que así pueda conservar su derecho de participar en las utilidades atribuidas a las acciones durante el período del usufructo, de tal manera que el usufructuario puede perder su usufructo sobre la acción, por el no pago por su parte de los dividendos pasivos. El pago de los dividendos pasivos es necesario en la medida en que es condición de la subsistencia o realización de su interés en mantener el usufructo. Resulta lógico concluir, a la vez que compartimos la opinión de Gil Rodríguez (10) que al usufructuario más que una obligación que la ley podría imponerle, el art. 110] le vierte una carga.

Debe advertirse sin embargo que en el caso de usufructo de acciones, la acción de repetición tan sólo podría iniciarse al término del usufructo y que en el caso de prenda de acciones, esta acción puede realizarse en cualquier momento, teniendo además el acreedor prendario el derecho de proceder a la realización de la prenda, que será un estímulo para que el accionista deudor no descuide su obligación de desembolsar los dividendos pasivos.

Es evidente que en los casos comentados de los arts. 100] y 111] se ha protegido tanto al usufructuario como al acreedor prendario, confiriéndoles el derecho de pagar los dividendos pasivos, ya que, de no existir este derecho, la sociedad, ante la falta de comprador de las acciones, procedería a la anulación de las mismas, conforme el procedimiento del art. 100], con lo cual concluiría tanto el usufructo como la prenda por la inexistencia sobreviniente de las acciones objeto del usufructo o de la prenda, según sea el caso.

### CITAS BIBLIOGRAFICAS

(1) MONTOYA MANFREDI, Ulises, «Comentarios de la Ley de Sociedades Mercantiles», Lima 1967, Imprenta de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Pág. 131.

(2) VELASCO, Alonso Angel, «La Ley de Sociedades Anónimas», Madrid 1982, Ediciones Derecho Financiero, pág. 55.

(3) URÍA, Rodrigo, «Derecho Mercantil», Undécima Edición, Madrid, Imprenta Aguirre, año 1976.



(4) DÍAZ VALVERDE, Luis Guillermo, «Derecho de Sociedades», Lima 1988, Editores e Impresiones, pág. 145.

(5) RIVAROLA, Mario, «Tratado de Derecho Comercial Argentino», Argentina, Tucumán 1940, pág. 153.

(6) URÍA, Rodrigo, *op. cit.*, pág. 136.

(7) FARINA, Juan M., «Tratado de Sociedades Comerciales», Argentina 1979, Zeus Editora Rosario, pág. 256.

(8) BRUNETTI, Antonio, «Tratado del Derecho de Sociedades», Argentina, Uteha 1960, pág. 232.

(9) MANTILLA MOLINA, Roberto, «Derecho Mercantil, Introducción y Conceptos Fundamentales», México 1983, Porrúa S.A., pág. 370.

(10) GIL RODRÍGUEZ, Jacinto, «El usufructo de acciones (Aspectos Civiles)», España, Derecho Privado, Derecho Reunidos, pág. 468.