

LA CAPITALIZACIÓN DE UTILIDADES: UNA BARRERA AL PAGO
DE DIVIDENDOS EN EFECTIVO.

THE CAPITALIZATION OF PROFITS: A BARRIER TO PAYMENT
OF DIVIDENDS IN CASH.

Actualidad Jurídica Iberoamericana, núm. 4, febrero 2016, pp. 358 - 365.

Fecha entrega: 20/09/2015
Fecha aceptación: 15/01/2016

BRIAN HADERSPOCK
Haderspock Grupo Legal
brian@haderspock-grupolegal.com

RESUMEN: En toda sociedad comercial el fin último descansa en la repartición del lucro obtenido por una explotación satisfactoria del objeto social de la empresa. Esta repartición de ganancias se denomina distribución de utilidades o dividendos, y es un derecho inherente del socio percibirlos. Sin embargo, existiría una limitación a ese derecho cuando la sociedad decide capitalizar dichas ganancias para reinvertirlos, en vez de pagar los dividendos en efectivo a los socios.

PALABRAS CLAVE: Utilidades; capitalización; dividendos; derecho de crédito.

ABSTRACT: In a commercial enterprise the ultimate goal lies in the distribution of the profit obtained by successful exploitation of the objects of the company. This profit sharing is called distribution of profits or dividends, and is a partner inherent right to perceive them. However, there would be a limitation to that right when the company determines to capitalize on these gains to reinvest instead of paying cash dividends to its shareholders.

KEY WORDS: Profits; capitalization; dividends; right credit.

SUMARIO: 1. Distribución de utilidades: el derecho del socio a percibir las.- 2. La Capitalización de las utilidades: ¿cuándo procede?- 3. La protección del socio y sus límites.- 4. Pago de dividendos en acciones liberadas.- 5. En Conclusión.

1. Debemos partir afirmando que en toda sociedad comercial el fin último descansa en la repartición del lucro obtenido por la explotación satisfactoria del objeto social de la misma. Lógicamente, al conformar una sociedad, los interesados se comprometen a cumplir a cabalidad lo acordado en el contrato social y/o contratos extra-sociales posteriores (v.gr. acuerdo de accionistas) – si las hubiera – comprometiéndose a soportar las pérdidas y a disfrutar de las ganancias acorde a su porcentaje de participación social: cuotas de capital o acciones. Aquella afirmación la encontramos, además, en el art. 125 del Código de Comercio boliviano (en adelante “C.Com.”) que señala textualmente: “Por el contrato de sociedad comercial dos o más personas se obligan a efectuar aportes para aplicarlos al logro del fin común y repartirse entre sí los beneficios o soportar las pérdidas”.

La legislación comercial (C.Com.), en su artículo 148, indica que “los derechos y obligaciones contractuales de los socios, accionistas con relación a la sociedad comienzan desde la fecha fijada en el contrato de sociedad”, esto es, desde la fecha de suscripción del documento constitutivo. A partir de ese momento rige los derechos y obligaciones de los socios y la sociedad, sin embargo, para que el contrato social surta efectos jurídicos, la sociedad deberá estar legalmente constituida de la forma mencionada en el artículo 133 del C.Com., es decir, para que la sociedad sea considerada sujeto de derechos y obligaciones es menester contar con el reconocimiento de su personalidad jurídica que es otorgada por el Registro de Comercio; a partir de ese momento los socios consolidan el status *socium* y la sociedad se vuelve persona jurídica para efectos con terceros. Claro está, y valga la aclaración, los socios fundadores son solidaria e ilimitadamente responsables por conseguir la formalización del documento contractual – contrato social o junta fundacional – a objeto de poder ejecutar el giro comercial según el objeto social consignado.

Bien, aclarado el tema del momento preciso que da nacimiento a los derechos y obligaciones de los socios, amerita direccionar el presente acápite a su objeto, cual es, “el derecho del socio a percibir dividendos”.

Es por demás de lógico afirmar que la percepción de dividendos se limita,

inicialmente, a la existencia de utilidades obtenidas en determinada gestión. La norma es clara en ese sentido al establecer en su artículo 168 (C.Com.) que “La distribución de utilidades sólo puede hacerse cuando las mismas sean efectivas y líquidas, resultantes de un balance elaborado de acuerdo con la ley y los estatutos y aprobados por los socios o el órgano social competente”.

Asimismo, la distribución de utilidades se condiciona a otras exigencias normativas sin las cuales se hace inviable la distribución *per se* de las ganancias a los socios. Por ejemplo, la constitución de reservas legales se hace obligatoria por mandato del artículo 169 del C.Com., que reza: “En las sociedades anónimas y de responsabilidad limitada se debe constituir una reserva del cinco por ciento como mínimo, de las utilidades efectivas y líquidas obtenidas, hasta alcanzar la mitad del capital pagado...”. Esta exigencia es, evidentemente, ineludible, y su inobservancia puede acarrear, por un lado, sanciones pecuniarias administrativas a la sociedad, y por otro lado, la responsabilidad solidaria e ilimitada de los socios, que son los responsables de determinar en asamblea de socios o junta de accionistas la constitución de la reserva legal. Pero además, la norma sanciona a los Directores, Administradores y Síndicos por dicho incumplimiento, señalando que “los directores, administradores y síndicos son solidariamente responsables por el incumplimiento de lo dispuesto en la primera parte del artículo anterior (refiriéndose a la reserva legal) y, en su caso, quedan obligados a entregar a la sociedad una cantidad igual a la reserva que se dejó de constituir, pudiendo estos repetir contra los socios por el importe indebidamente distribuido.” (Art. 170 - C.Com.).

Entonces, volviendo al tema inicial, cabe preguntarse en qué momento nace el derecho del socio a percibir sus dividendos. Ya vimos que la ley exige un presupuesto inicial: ganancias efectivas y líquidas. Esto se obtiene una vez realizado un Balance General que refleje la real situación de la sociedad. Una vez verificado el estado de resultados, los socios podrán determinar el tratamiento de los mismos, debiendo cumplir – *primeramente* - con la reserva legal mencionada *ab initio*, para luego determinar qué hacer con las utilidades obtenidas por la gestión en cuestión. Aquella determinación es facultativa de la Asamblea de Socios o Junta de Accionistas (en adelante “el Órgano Social” o “Máximo Organismo”), es un mandato de orden social que manda al máximo organismo de la sociedad a decidir sobre la distribución de utilidades, bajo intereses netamente sociales, o sea, que respondan a un interés legítimo y responsable en beneficio de la sociedad. En este sentido, tenemos que el órgano social puede mocionar la constitución de reservas adicionales para determinados fines que tengan que ver con el giro social de la sociedad. Todo esto implica limitaciones a la distribución de dividendos. Por consiguiente, podemos deducir que la génesis del derecho de crédito del

socio recae en la voluntad social del máximo órgano social, en otras palabras, para que el socio pueda percibir las ganancias en dividendos, es menester que aquella determinación sea aprobada *a priori* por el órgano social competente, a partir de ese momento, le nace al socio un derecho de crédito para con la sociedad. Esto significa que la sociedad se vuelve deudor del socio hasta que se pague en efectivo el porcentaje de utilidades que le corresponde. Esta afirmación la encontramos en el artículo 270 del C.Com., que dice: “La aprobación de la distribución de utilidades por la junta general de accionistas confiere al accionista un derecho de crédito para cobrar a la sociedad los dividendos que le corresponden”. Siendo un derecho crediticio, este puede ser libremente cedido, gravado, o de otra manera dispuesto por su titular. Además, cabe resaltar que una vez consolidado la distribución de dividendos a los socios, el órgano social no podrá retractarse de aquella determinación, salvo, motivos de fraude conocidos posteriormente a la elaboración del balance general.

2. El Derecho boliviano reconoce la capitalización de utilidades como un derecho facultativo del máximo organismo de la sociedad. El artículo 347 C.Com. establece: “En la capitalización de reservas y otros fondos libres, así como en el pago de dividendos con acciones liberadas y en procedimientos similares, se respetará la proporción de cada accionista”. La misma disposición continúa indicando que “Aprobada la capitalización de utilidades en junta general, ningún accionista aunque su voto hubiera sido contrario podrá exigir la entrega en dinero de la parte que le corresponda en las mismas”. Con esto vemos que la voluntad social puede sobrepasar – justificadamente – los intereses individuales de los socios, aunque esta deducción guarda confusión con el artículo 287 del mismo cuerpo legal citado al aseverar que “Las resoluciones de las juntas generales no podrán afectar los derechos de crédito de los accionistas frente a la sociedad”. No obstante, a nuestro juicio, la disposición legal en cuestión refiere a las resoluciones contrarias a ley y que causen un desmedro a los derechos del socio. Esta disposición permite proteger a los socios más vulnerables de los abusos que puedan suscitarse dentro de un esquema societario.

Entonces, volviendo a la interrogante: ¿Cuándo procede la capitalización de utilidades? Por lo dicho anteriormente, este procedimiento nace por la voluntad social del máximo organismo de la sociedad, decisión que deberá estar debidamente fundamentado en resguardo de los intereses de la sociedad, caso contrario, dicha resolución quedaría tildada de nulidad. Por lo tanto, siendo la decisión libremente consentida por el órgano social bajo fundamentos veraces, procederá legalmente la capitalización de utilidades.

Por lo general, lo que persigue la sociedad con la mencionada capitalización

es el autofinanciamiento, o sea, en vez de endeudarse externamente, se autofinancia con este procedimiento de capitalización, que, en síntesis consiste en reinvertir las ganancias líquidas - sujetas a la distribución (dividendos) entre socios – a objeto de conseguir autofinanciarse. Aquellas utilidades capitalizadas no son consolidadas a favor de los socios por lo que en ningún momento nace el derecho de crédito de éstos para cobrarlos en efectivo. No obstante, corresponde a la sociedad extender nuevas acciones o cuotas de capital en contraprestación de aquella maniobra.

Este procedimiento se resume en tres etapas: 1ª Aprobación por el Órgano Social. 2ª Aumento de capital. 3ª Emisión de nuevas acciones o cuotas de capital. Se trata de un esquema vertical imprescindible; la primera no funciona sin las otras y *viceversa*.

3. La legislación comercial fija una serie de disposiciones legales que tienden a proteger al socio contra actos malignos o resoluciones abusivas e injustas que afecten negativamente el *status socius* del individuo. Por ejemplo, el artículo 287 del C.Com. señala lo siguiente: “Será nula toda cláusula o acto que menoscabe o suprima los derechos conferidos por este Código a las minorías.” “Serán también nulos los acuerdos que supriman derechos acordados por ley a los accionistas.” Otro ejemplo podemos rescatar en el artículo 201 de la misma norma que señala en su parte: “Ningún acuerdo o disposición de la escritura de constitución puede privar a los socios de su derecho preferente a suscribir el aumento del capital social.” Estos y otros más son claros ejemplos de la protección otorgada a los socios con la sociedad. Muchos de ellos son intocables e inmodificables, es decir, son normas imperativas, sin embargo, existen algunas normativas proteccionistas que pueden verse limitados por otras. Un claro ejemplo encontramos en el primer párrafo del artículo 287 C.Com., que dice “Las resoluciones de las juntas generales no podrán afectar los derechos de crédito de los accionistas frente a la sociedad.” Esto demuestra que el derecho de crédito del socio frente a la sociedad es irrenunciable por voluntad propia y es inafectable por la voluntad social.

No obstante, existiría una limitación a la citada disposición legal, y aquella limitación recae en el interés social, es decir, cuando aquel derecho de crédito es cambiado por una emisión forzosa de nuevas acciones o cuotas de capital. Pero, como manifestamos precedentemente, esa decisión del órgano social deberá fundamentarse pulcramente, no quedando duda alguna de su necesaria adopción. Los elementos justificables deberán enfocarse en el interés legítimo de la sociedad. Bajo estas premisas, al socio no le queda más que acatar dicha determinación. “Aprobada la capitalización de utilidades en junta general, ningún accionista aunque su voto hubiera sido contrario podrá

exigir la entrega en dinero de la parte que le corresponda en las mismas.” (Art. 347 C.Com.).

4. La norma hace alusión al pago de dividendos en acciones liberadas, sin embargo, en aplicación de la analogía, también corresponde referirse al pago de dividendos en cuotas de capital tratándose de las sociedades de responsabilidad limitada, ya que, en ambos tipos societarios procede la capitalización de utilidades.

Contrariamente a su curso normal, el procedimiento de capitalización de utilidades evita el pago de dividendos o distribución de ganancias en efectivo. Como expresamos anteriormente, el nombrado procedimiento busca – entre otras cosas - autofinanciarse evitando el endeudamiento externo, para lo cual, otorga en contraprestación nuevas acciones liberadas o cuotas de capital a favor de los socios en proporción a sus porcentajes de participación en la sociedad.

Pero a todo esto, cabe preguntarse si es correcto el término “pago de dividendos en acciones”, ya que, a primera vista, los dividendos se deberán pagar en efectivo, salvo pacto en contrario del socio, así lo afirma el último párrafo del artículo 270 C.Com. “Los dividendos serán pagados en dinero, salvo que el accionista admita el pago en otros bienes.”. Esto quiere decir que el socio puede aceptar el pago del porcentaje de ganancias que le corresponde en bienes evaluables en dinero, lo que implica un derecho de crédito consolidado. En cambio, en la capitalización de utilidades no nace ese derecho crediticio ya que el mismo es omitido por la voluntad social. Lo que sucede con dicha capitalización es que la sociedad frena el derecho de crédito que le correspondería al socio por la necesaria distribución de ganancias, debiendo la sociedad en contraprestación otorgar acciones liberadas o incrementar las cuotas de capital.

En síntesis, el término empleado es poco acertado, ya que, el pago de dividendos – en sentido abstracto – significa la distribución de ganancias, y nace por una resolución emanada del máximo órgano social, lo cual implica un derecho de crédito consolidado a favor del socio, quien a su vez puede aceptar el pago en dinero efectivo o en bienes, empero, esta decisión la realiza una vez habiéndose determinado la distribución de utilidades, situación que no sucede con el pago de dividendos en acciones liberadas a consecuencia de la capitalización de utilidades, lo que guarda una confusión válida, dado que, en ningún momento se aprueba en la asamblea de socios o juntas de accionista la distribución de las ganancias, sino que se decreta capitalizar dichas ganancias a objeto de procurar el autofinanciamiento, quedando la sociedad obligada, en contraprestación, a emitir nuevas acciones

a los socios que, de no haberse determinado la capitalización, hubiesen adquirido un derecho de crédito que les permite percibir sus dividendos.

5. Luego de haber desarrollado la temática de referencia, a nuestro criterio y sano juicio, llegamos a concluir este corto artículo con las siguientes aseveraciones:

a) El socio, por su condición como tal, en el marco del *affectio societatis*, asume todos los riesgos inherentes al giro normal de la sociedad, comprometiéndose a enfrentar las inconveniencias y asumir las pérdidas en proporción a su porcentaje de participación. Asimismo, el acto jurídico que implica la suscripción de un contrato de sociedad da nacimiento de ciertos derechos propios del socio, tales como disfrutar de las ganancias obtenidas por cada gestión exitosa y el derecho de exigir la repartición de los dividendos a consecuencia de la distribución de utilidades decretadas.

b) La capitalización de utilidades procede por la voluntad social emanada del máximo organismo social de la sociedad, requisito indispensable, además, su consideración y aprobación estará sujeto a criterios de orden social, es decir, motivos claros y fundamentados que respondan al interés de la sociedad.

c) Si bien el estatus de socio implica el disfrute de las ganancias líquidas y efectivas resultante de una eficiente gestión, le corresponde al *magno* órgano social decidir el destino de las utilidades, pudiendo determinar que se aplique el procedimiento de capitalización de utilidades, lo que se traduce en la no repartición de dividendos en efectivo, para disponer de dichas ganancias a objeto de cubrir ciertas necesidades – justificadamente validas – de la sociedad, verbigracia el autofinanciamiento. En consecuencia, a efectos de cumplir a cabalidad las etapas del procedimiento, le corresponde – en contraprestación – entregar acciones a los socios, lo que se viene a denominar el pago de dividendos en acciones.

d) En consecuencia, a nuestro juicio, la capitalización de utilidades se interpreta como una “barrera” al pago de dividendos en efectivo.