

**UNIVERSIDAD DE COSTA RICA**

**FACULTAD DE DERECHO**

**“Derecho de Receso: Apuntes sobre sus limitaciones y propuesta  
para un nuevo marco jurídico comercial”**

Tesis para optar por el grado de Licenciatura en Derecho

**MARIANO BATALLA GARRIDO**

**ESTEBAN GONZÁLEZ ROESCH**

2008

## ÍNDICE GENERAL

<b>INTRODUCCIÓN .....</b>	<b>1</b>
<b>TÍTULO PRIMERO: DERECHO DE RECESO EN LAS SOCIEDADES DE CAPITAL .....</b>	<b>10</b>
<b>Capítulo Primero: Generalidades del derecho de receso.....</b>	<b>10</b>
<b>Sección I: Concepto del derecho de receso.....</b>	<b>10</b>
a) Antecedentes Históricos .....	10
b) Definición.....	14
c) Fundamento.....	26
a) Naturaleza Jurídica.....	37
<b>Capítulo Segundo: Derecho de receso como derecho del socio .....</b>	<b>69</b>
<b>Sección I: Condición de socio como situación jurídica compleja.....</b>	<b>69</b>
a) Contenido de la participación social .....	72
b) Clasificación de los derechos de los socios.....	73
<b>Sección II: Derecho de receso dentro de los derechos de los socios .....</b>	<b>78</b>
a) Relación de derechos entre la sociedad y sus socios.....	78
b) Contenido patrimonial del derecho de receso .....	80
<b>TÍTULO SEGUNDO: REGULACIÓN, ANÁLISIS Y CRÍTICA DEL DERECHO DE RECESO.....</b>	<b>83</b>
<b>Capítulo Primero: Derecho de receso en el ordenamiento jurídico costarricense ..</b>	<b>83</b>
<b>Sección I: Antecedentes del derecho de receso.....</b>	<b>83</b>
a) Precario desarrollo del derecho de receso .....	84
b) Referencias a figuras análogas al receso .....	85

<b>Sección II: Regulación normativa del derecho de receso.....</b>	<b>87</b>
a) Aplicabilidad en las sociedades de responsabilidad limitada.....	88
b) Precario desarrollo del receso en la jurisprudencia.....	90
<b>Sección III: Supuestos de aplicación del derecho de receso .....</b>	<b>94</b>
a) Prórroga del plazo social .....	96
b) Traslado del domicilio social al extranjero .....	99
c) Transformación.....	102
d) Fusión.....	104
e) No repartición de utilidades .....	108
f) Cambio de giro .....	111
<b>Sección IV: Procedimiento de ejercicio del derecho de receso .....</b>	<b>117</b>
a) Declaración de receso.....	118
b) Plazo.....	119
c) Depósito de participaciones sociales.....	120
d) Estimación y reembolso .....	121
e) Limitación, entorpecimiento o supresión del derecho de receso .....	122
<b>Capítulo Segundo: Derecho de receso en el derecho comparado.....</b>	<b>123</b>
<b>Sección I: Regulación normativa en Italia .....</b>	<b>125</b>
a) Supuestos de aplicación .....	126
b) Legitimación .....	129
c) Procedimiento general.....	129
d) Casos particulares .....	132

<b>Sección II: Regulación normativa en Argentina.....</b>	<b>133</b>
a) Transformación.....	136
b) Fusión.....	140
c) Escisión .....	142
d) Prórroga de la sociedad .....	144
e) Reconducción de la sociedad .....	146
f) Transferencia del domicilio al extranjero .....	148
g) Cambio fundamental del objeto .....	149
h) Reintegración del capital.....	150
i) Resoluciones que incrementen las obligaciones sociales o la responsabilidad .. de los socios .....	152
j) Aumento de capital.....	153
<b>Sección III: Regulación normativa en Honduras .....</b>	<b>155</b>
a) Efectos del ejercicio del receso .....	155
b) Supuestos de aplicación .....	157
c) Casos particulares.....	158
<b>Sección IV: Regulación normativa en México .....</b>	<b>161</b>
a) Supuestos de aplicación .....	162
b) Legitimación .....	163
c) Efectos del receso.....	164
<b>Sección V: Referencia al concepto de “Appraisal Rights” en Estados Unidos</b>	<b>165</b>
a) Generalidades .....	165
b) Procedimiento y casos especiales .....	166

<b>Capítulo Tercero: Propuesta de un nuevo marco jurídico para la tutela efectiva del derecho de receso en Costa Rica .....</b>	<b>167</b>
<b>Sección I: Análisis crítico al ordenamiento jurídico costarricense actual relativo al derecho de receso.....</b>	<b>169</b>
a) Sociedades en las que aplica el derecho de receso.....	171
b) Titularidad para el ejercicio del receso .....	172
c) Supuestos que habilitan el ejercicio del receso .....	177
d) Procedimiento para su ejercicio .....	191
e) Estimación y reembolso efectivo de la participación social.....	197
f) Limitación, exclusión y ampliación del derecho de receso .....	204
g) Acciones contra la negativa de receso.....	207
<b>Sección II: Propuesta de lineamientos para una adecuada tutela del derecho de receso .....</b>	<b>209</b>
a) Situaciones fácticas .....	210
b) Normas de procedimiento .....	220
c) Litigio .....	229
<b>CONCLUSIONES GENERALES.....</b>	<b>234</b>
<b>BIBLIOGRAFÍA .....</b>	<b>241</b>

## RESUMEN

BATALLA GARRIDO Mariano; GONZÁLEZ ROESCH Esteban. (2008). **“Derecho de Receso: Apuntes sobre sus limitaciones y propuesta para un nuevo marco jurídico comercial”**. Tesis para optar por el grado de Licenciado en Derecho. Facultad de Derecho, Universidad de Costa Rica. San José, Costa Rica.

**Director:** Dr. Gastón Certad Maroto.

### **Lista de Palabras Clave:**

Receso. Retiro. Sociedades de capital. Socios. Derechos de socios minoritarios. Modificación de estatutos. Bases esenciales. Objeto social. Giro comercial. Estimación de participaciones sociales. Reembolso de participaciones sociales. Extinción de la calidad de socio.

La regulación normativa comercial en Costa Rica presenta limitaciones en cuanto a la efectiva tutela del derecho de receso. En este sentido, dicha regulación establecida en el artículo 32 bis del Código de Comercio, es insuficiente para crear las condiciones intelectuales y materiales necesarias para poder ejercerlo óptimamente.

Lo anterior se concluye del estudio de la doctrina y jurisprudencia nacional como internacional, en donde diversos autores han planteado distintas aproximaciones a este derecho.

Este trabajo de investigación hace una reseña de lo que se ha entendido por derecho de receso desde sus orígenes en el derecho europeo del siglo XVIII, hasta su concepción en Costa Rica a partir de la reforma al Código de Comercio en virtud de la entrada en vigencia de la Ley Reguladora del Mercado de Valores de 1990. Toma como punto de partida la regulación normativa vigente y a partir de ahí, comienza a analizar las diferentes limitaciones con base en legislación, doctrina y jurisprudencia del derecho comparado.

Dicho estudio pretende aportar conceptos claves y novedosas perspectivas en cuanto a la figura del receso para aclarar las inconsistencias que existen en la legislación actual, respecto de su regulación.

## INTRODUCCIÓN

Las sociedades de capital son un instrumento de generación de riqueza a partir de una realidad económica y legal definida. Mediante esta ficción jurídica, nace un instituto al cual se le atribuye personalidad jurídica y comienza, desde este momento, a ser sujeto de derechos y obligaciones.

A partir de necesidades mercantiles, sujetos particulares deciden voluntariamente asociarse con otros con el fin de desarrollar una actividad lucrativa con un objeto definido. Esta asociación busca facilitar la operación y consecución de fines comunes, así como distribuir riesgos entre los inversionistas. Además, esta figura permite abstraer un capital independiente del de cada socio, permitiendo una limitación a la responsabilidad personal.

Dicha asociación se caracteriza usualmente por ser plurisubjetiva y en muchos casos, dispar en cuanto al aporte económico de cada uno de los socios que conforman el capital social. Esta participación societaria viene a reflejarse en la Asamblea de Socios, que como órgano máximo de la compañía, se rige por principios democráticos de mayoría; lo cual implica en muchos casos, la existencia de socios mayoritarios y minoritarios.



Como consecuencia de estos principios, surgen institutos jurídicos de tutela de derechos de socios minoritarios, que vienen a poner un contrapeso a los eventuales intereses de la mayoría evitando actos lesivos en perjuicio de los primeros.

Uno de ellos, el derecho de receso, es tutelado en Costa Rica en el artículo 32 bis del Código de Comercio, a partir de la reforma que estableció la ley 7201 del 10 de octubre de 1990.

La presente investigación analiza y compara el receso dentro del sistema jurídico costarricense, con la regulación que otros ordenamientos hacen de este instituto, así como la evolución general del derecho de receso históricamente. Esto surge en virtud del precario desarrollo de este derecho en Costa Rica, tanto a nivel normativo como jurisprudencial, así como de la necesidad de una evolución normativa considerable con el fin de ajustarse a las exigencias de la práctica comercial.

Además, consideramos que la regulación de este derecho es incompleta, poco clara y en algunos casos, confusa; permitiendo interpretaciones diversas que podrían perjudicar a los posibles socios recedentes.

La actual desprotección y poco alcance que presenta la norma citada, nos motivó a realizar la presente investigación; pues consideremos necesario profundizar en el tema para

identificar los defectos y virtudes de este derecho y proponer lineamientos fundamentales para una adecuada regulación.

Asimismo, por el precario desarrollo del receso en la doctrina costarricense y como ejercicio académico, nos vimos obligados a plantear y resolver casos como: a) un posible derecho de receso parcial, en el cual un socio disidente solicite el reembolso de una parte de su participación social y no de la totalidad; b) si su aplicación lo es únicamente para las sociedades anónimas o si incluye otras sociedades de capital; c) el momento en que se disuelve la relación socio recedente-compañía; d) la posibilidad de aplicación del receso en el caso de socios ausentes y abstenidos, y no únicamente disidentes; e) el traspaso de la participación social posterior al ejercicio del derecho de receso. Todo esto con el fin de lograr una mayor seguridad jurídica, así como una tutela real y efectiva de los derechos de los socios en condición de minoría.

Todo lo anterior nos condujo a plantearnos el siguiente objetivo general y fundamental: *proponer un marco jurídico en donde se regule adecuadamente el derecho de receso como mecanismo de tutela de socios en condición de minoría de sociedades anónimas y de responsabilidad limitada.*

Concretamente, en cuanto a los objetivos específicos, esta investigación pretende:

- *Exponer los antecedentes del surgimiento del derecho de receso.*
  
- *Definir el concepto de derecho de receso.*
  
- *Identificar la naturaleza jurídica del derecho de receso.*
  
- *Analizar el estado de la regulación existente en el ordenamiento jurídico costarricense respecto del derecho de receso.*
  
- *Exponer la aplicación práctica de este derecho.*
  
- *Estudiar legislación y doctrina del Derecho Comparado, con la finalidad de extraer elementos útiles y contrastarlos con la actual regulación y aplicación en Costa Rica.*
  
- *Analizar la problemática actual respecto de las particularidades del derecho de receso en Costa Rica.*
  
- *Definir el impacto que puede provocar una inadecuada regulación del derecho de receso.*

- *Plantear lineamientos para una adecuada tutela del derecho de receso en Costa Rica.*

Con base en los objetivos señalados, proponemos la siguiente hipótesis de trabajo:

*La corriente legislativa vigente en Costa Rica ha regulado, dentro de las sociedades mercantiles, las diversas relaciones entre socios. En cuanto a los socios en condición de minoría, el ordenamiento jurídico les ha conferido, a partir de la reforma de 1990 al Código de Comercio, la posibilidad de retirarse de la sociedad exigiendo el reembolso del valor de sus aportes; esto como situación excepcional y a través del derecho de receso. No obstante lo anterior, la regulación del derecho de receso en Costa Rica, como mecanismo de tutela de los socios en condición de minoría en las sociedades de capital, es insuficiente y poco precisa respecto de la evolución y realidad de la práctica comercial en el país y por tanto, debe plantearse un renovado marco jurídico.*

La metodología utilizada en el presente trabajo de investigación radica en el análisis doctrinario de autores de renombre a nivel nacional e internacional sobre los temas estudiados, principalmente de Italia y Argentina; para lo cual se utilizaron los métodos inductivo y deductivo. Asimismo, otro método empleado consistió en el análisis comparativo, basado en un estudio entre la regulación en Costa Rica y en otros países para el derecho de receso. Esto se llevó a cabo con el fin de verificar las diferencias y similitudes

con nuestra legislación, así como para determinar si estas legislaciones contemplan supuestos vanguardistas que se puedan aplicar en nuestro país.

En este sentido, la estructura de este trabajo se resume de la siguiente manera:

El Título Primero, denominado “*Derecho de receso en las sociedades de capital*”, se compone de dos capítulos: El Capítulo Primero se refiere a las generalidades del derecho de receso, el cual está dividido en tres secciones: la primera de ellas incluye los antecedentes históricos, definición y fundamento; la segunda sección delimita la naturaleza jurídica y características de la figura jurídica objeto de estudio de esta investigación; y la tercera sección esboza los presupuestos generales para el ejercicio del receso en lo que respecta a requisitos, titularidad y plazos. El Capítulo Segundo desarrolla el derecho de receso como derecho del socio y contiene dos secciones: la Sección Primera hace referencia a la condición de socio como situación jurídica compleja, delimitando el contenido de la participación o cuota social y la clasificación general de los derechos del socio; la segunda, se enfoca hacia la ubicación del receso dentro de los derechos de los socios, la multiplicidad de derechos a partir de las relaciones jurídicas existentes entre la sociedad y sus socios y una referencia sobre el contenido patrimonial del derecho de receso.

El Título Segundo, denominado “*Regulación, análisis y crítica del derecho de receso*”, contiene tres capítulos: El Capítulo Primero desarrolla un exhaustivo análisis sobre

la figura del receso, dentro del ordenamiento jurídico costarricense, y se compone de cuatro secciones que por su orden hacen referencia a los antecedentes del receso en el país, la regulación normativa existente en la actualidad, los supuestos de aplicación del derecho, y el procedimiento para su ejercicio. El Capítulo Segundo contiene un análisis de derecho comparado y se divide en cinco secciones que corresponden a los ordenamientos de Italia, Argentina, Honduras, México y finalmente, una referencia en relación con el concepto de “Appraisal Rights” en el *Common Law* de Estados Unidos. El Capítulo Tercero plantea y se titula “Propuesta de un nuevo marco jurídico para la tutela efectiva del derecho de receso en Costa Rica”, y está integrado por dos secciones: la primera se concentra en un profundo análisis crítico del artículo 32 bis del Código de Comercio, y la segunda plantea una propuesta de lineamientos para un adecuado marco jurídico del derecho de receso, respecto de situaciones fácticas, normas de procedimiento y casos en donde exista contención dentro de su ejercicio.

Se finaliza este trabajo con las conclusiones generales.

El interés por este tema surge en Costa Rica con la reforma al Código de Comercio, a partir de la entrada en vigencia de la Ley Reguladora del Mercado de Valores en 1990, pues previo a esta reforma, este Código era omiso en cuanto a la figura del derecho de receso. Con la mencionada reforma, nuestro Código de Comercio incluye el

derecho de receso en su artículo 32 bis, ubicándolo dentro de las disposiciones generales de las sociedades.

En este marco, se considera que el ciclo de vida de una sociedad y las situaciones que prevalecían en el momento de su formación pueden haberse alterado considerablemente; por lo tanto, ésta debe modificar su pacto social, lo cual implicaría una modificación a su estructura, procurando una efectiva conservación. Sin embargo, este tipo de cambios plantea graves problemas, ya que pueden alterar el equilibrio interno de las relaciones entre socios, los derechos de éstos o las mismas bases esenciales del negocio jurídico societario.

El legislador ha sido consciente de la gravedad implícita en dichas modificaciones, por lo cual ha establecido rígidos procedimientos que deben observarse junto a un cúmulo de garantías en favor de la sociedad, de los socios, e incluso de terceros acreedores, como lo sería el caso de una disminución de capital; los cuales pueden directa o indirectamente ser perjudicados por la reforma al contrato social. Sin embargo, por política legislativa se le ha permitido al socio, en ciertos supuestos excepcionales, retirarse de la sociedad con el reembolso de su participación social.

La presente investigación analiza el régimen legal de esta figura en lo que respecta a las sociedades anónimas y de responsabilidad limitada; el desarrollo del receso en otros

ordenamientos, su aplicación práctica y formula propuestas adicionales de regulación de este derecho. Lo anterior se debe considerar dentro de la realidad económica actual en Costa Rica y conforme con las exigencias de la práctica comercial actual.

Las diferencias doctrinarias en cuanto al retiro voluntario del socio y el derecho de receso, permiten una discusión jurídica sustanciosa sobre el tema. Sin embargo, en Costa Rica, este debate nunca se ha desarrollado de manera significativa, motivo que nos impulsó a realizar una amplia investigación con el fin de dilucidar las inquietudes suscitadas por los diferentes operadores del derecho.



# **TÍTULO PRIMERO: DERECHO DE RECESO EN LAS SOCIEDADES DE CAPITAL**

## **CAPÍTULO PRIMERO: GENERALIDADES DEL DERECHO DE RECESO**

### **SECCIÓN I: CONCEPTO DEL DERECHO DE RECESO**

#### **a) Antecedentes Históricos**

El origen del derecho de receso data del siglo antepasado y se ubica en el Derecho Comparado, específicamente en la Europa Occidental del siglo XVIII.

En Francia y Alemania, existía un debate en doctrina sobre si era posible modificar los estatutos del acto constitutivo de una sociedad, o si eran inmutables. En un principio, privó la idea de la inmutabilidad de los estatutos sociales; sin embargo, y como consecuencia de críticas en contra de este pensamiento, se proclama el poder de la asamblea de socios para acordar modificaciones estatutarias, salvo pacto expreso en contrario<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> VILLEGAS Carlos Gilberto. (1997). Sociedades Comerciales, Rubinzal-Culzoni Editores, Tomo II, Buenos Aires, Argentina, página 534.

Ante estas dos teorías surgió una teoría intermedia que estableció el poder de las asambleas de modificar el estatuto en aspectos no esenciales, si el pacto social no lo prohibía. Paralelamente surgió la teoría de los derechos individuales de los accionistas la cual buscaba conciliar los intereses sociales de modificación de estatutos -mecanismo de satisfacción de necesidades societarias-, con los intereses y derechos individuales de los accionistas.

Así fue como se incorporó el derecho de receso, tanto en el Código de Comercio alemán de 1861 como en la legislación francesa de sociedades anónimas de 1867, estableciéndose como una posibilidad siempre que hubiera una cláusula expresa que lo incorporara en el estatuto<sup>2</sup>.

Posteriormente, el Código de Comercio Italiano de 1882 establece este instituto en su artículo 158; con la promulgación de esta ley, se deja de lado la inmutabilidad de los estatutos y se admite su modificación como derecho propio de los socios y de su poder de dirección sobre la sociedad.

Paralelamente, el derecho de receso se constituye como una excepción al principio general, donde establece que las resoluciones tomadas en asamblea de socios son vinculantes para todos los socios, independientemente de si éstos se encuentran ausentes o

---

<sup>2</sup> GAGLIARDO Mariano. (1990). Sociedades Anónimas. Editorial Abeledo-Perrot, Buenos Aires, Argentina, página 429.

no estén de acuerdo con la resolución tomada. De hecho, la Relación ministerial que acompañó la proclamación del Código Civil italiano de 1942, estableció como justo mantener el derecho de receso por considerársele un instrumento vital para tutela del socio disidente<sup>3</sup>; aún reconociendo justa la tendencia de limitar los casos de su ejercicio. Se consideró justo que los socios disidentes de acuerdos sobre el cambio del objeto o del tipo de sociedad y el traslado de la sede al extranjero, se separaran de la sociedad, obteniendo el reembolso de su participación social.

En otro orden de ideas, es conveniente destacar que parte de la doctrina civilista resalta el paralelismo de la figura del receso, con el instituto de la rescisión. SALEME MURAD<sup>4</sup> establece el origen civil del receso y propone al instituto de la rescisión como su antecedente mediato, definiéndolo como la facultad de rescindir de todo contratante; de resolver el vínculo contractual y desligarse del compromiso asumido, siempre dentro de causas y consecuencias fijadas por el ordenamiento jurídico.

Sin embargo, entendemos que la rescisión implica una desproporción originaria en el negocio jurídico que lesiona o perjudica a una de las partes, mientras que la resolución

---

<sup>3</sup> VILLEGAS Carlos Gilberto. op. cit., página 534.

<sup>4</sup> SALEME MURAD Marcelo. (2005). Soluciones a problemas puntuales de Derecho Societario. Editorial Jurídica Nova Tesis, Rosario, Argentina, página 15.

se refiere a hechos sobrevinientes que inciden sobre la funcionalidad negocial<sup>5</sup>. En este sentido, consideramos que la resolución por desaparición de la base del negocio jurídico es el instituto que podríamos asimilar más al receso, y no así la rescisión.

La base del negocio jurídico en su aspecto objetivo, incluye todo lo que posibilita que éste siga su transcurso normal. Dicha base desaparece en dos casos: a) cuando la relación de equivalencia de las prestaciones se rompe de manera que ya no puede hablarse de contraprestación o; b) cuando la finalidad común y objetiva del contrato haya resultado definitivamente inalcanzable, aún cuando la prestación sea posible<sup>6</sup>. Por su parte, la base subjetiva del negocio desaparece cuando las circunstancias positivamente esperadas por ambas partes no llegan a existir o se extinguen, si lo esperado era su persistencia. Cuando alguna de las bases del negocio desaparece, se puede pedir la resolución del contrato<sup>7</sup>.

En legislaciones societarias más recientes, como el mencionado Código Civil italiano y en general en el derecho contractual europeo<sup>8</sup>, se incorpora expresamente este

---

<sup>5</sup> PÉREZ VARGAS Víctor. (1994). Derecho Privado. Litografía e Imprenta LIL, S.A., San José, Costa Rica, página 316.

<sup>6</sup> DÍEZ PICASSO Luis, citado por GÓMEZ MASÍS Marcela. Nulidad, Resolución, Rescisión y Ejecución coactiva de los Contratos de Bolsa. Tesis de Graduación para optar por el grado de Licenciatura en Derecho, Facultad de Derecho, Universidad de Costa Rica, página 156.

<sup>7</sup> GÓMEZ MASÍS Marcela. op. cit., páginas 155-156.

<sup>8</sup> SALEME MURAD Marcelo. op. cit., página 16.

derecho como derecho de receso. A partir de esta incorporación, el receso se adapta a la legislación comercial actual.

En síntesis, con el derecho de receso se ha intentado armonizar el interés social mayoritario de modificar los estatutos, dependiendo de las necesidades circunstanciales, y el interés individual del socio en condición de minoría.

## **b) Definición**

Como punto de partida de este trabajo de investigación, consideramos necesario desarrollar una definición clara sobre el derecho de receso. Para ello, procederemos con un análisis de los conceptos aportados por la doctrina jurídica.

### *i) Contenido del derecho y legitimación*

Como primera aproximación, en sentido amplio, podemos establecer que el derecho de receso es “un acto voluntario en que una parte sujeta a una relación jurídica, y por lo tanto a determinadas obligaciones, declara querer retirarse de la relación y liberarse,

con eficacia vinculante, de las obligaciones que lo asocian con el otro sujeto de la relación.”<sup>9</sup>

De esta definición, podemos extraer que es un derecho de carácter subjetivo reconocido por ley o por contrato, donde la norma establece condiciones especiales de tutela. Además, podemos establecer, que según esta definición, es un acto unilateral facultativo, ya que el socio recedente puede o no ejercerlo y su destinatario no tiene oportunidad de oponerse, si se verifican los presupuestos de su ejercicio.

Sin embargo, no toda la doctrina comparte la teoría de que el derecho de receso sea un acto unilateral como lo propone esta primera acepción. En este sentido, SALEME MURAD, define el receso como “el acto jurídico bilateral celebrado entre el Socio y la Sociedad, por el cual el Socio rescinde el vínculo contractual que lo une a la sociedad, y ésta lo acepta, en los casos en que la ley o el contrato social a ella adecuado lo estipulan y en las condiciones que éstos fijen, dejando subsistente el contrato de sociedad y el ente nacido de él, (...) con algunas salvedades.”<sup>10</sup>

---

<sup>9</sup> NOVISSIMO DIGESTO ITALIANO, (1968). Tomo XIV. Torino, Editrice Torinese, Italia. Página 1027: “...l’atto volontario con cui parte, soggetto di un rapporto giuridico e per questo tenuta a determinati obblighi, dichiara di volver ritirarsi dal rapporto e liberarsi dai relativi obblighi con efficacia vincolante l’altro soggetto del rapporto.” (La traducción es nuestra).

<sup>10</sup> SALEME MURAD Marcelo. op. cit., página 22.

Este autor exige el requisito de la aceptación por parte de la sociedad para que opere el derecho de receso, situación que resulta cuestionable ya que no debería existir ninguna otra condición para el ejercicio de este derecho por el socio más que lo estipulado en la ley o el contrato social. La anterior condición parecería desproveer de aplicación práctica la figura.

*ii) Aplicabilidad en las sociedades de capital*

Desde la perspectiva del Derecho Societario, en lo que respecta a las sociedades de capital -específicamente en las Sociedades Anónimas y en las de Responsabilidad Limitada- DE GREGORIO define de manera general el derecho de receso como “el derecho de abandonar el carácter de accionista y de obtener una liquidación anticipada de su cuota de participación en el patrimonio social”<sup>11</sup>.

En este mismo sentido, VELAZCO ALONSO establece que el “derecho de separación es la facultad legal o pactada del accionista de separarse de la sociedad y obtener el reintegro de su parte en el haber social o la devolución de la cosa aportada”<sup>12</sup>

---

<sup>11</sup> DE GREGORIO Andrés, citado por JIMÉNEZ MORÚA Rosa María y QUESADA BIANCHINI Mario. (1990). El derecho de suscripción preferente y el derecho de receso en las sociedades de capital. Tesis de Graduación para optar por el grado de Licenciatura en Derecho, Facultad de Derecho, Universidad de Costa Rica, página 232.

<sup>12</sup> VELAZCO ALONSO Angel, citado por GAGLIARDO Mariano. op. cit., página 432.

En las dos definiciones anteriores no sólo se reafirma el carácter facultativo de la figura y su conceptualización como derecho y acto unilateral, sino que también establece como su efecto típico un reintegro de la participación social correspondiente al recedente.

ARGERI<sup>13</sup> agrega, que como presupuesto al ejercicio de esta facultad se requiere la aprobación en asamblea de un acto que modifique esencialmente la sociedad, agravando así las obligaciones asumidas en el contrato social.

Para BARRERA GRAF, “el derecho de retiro del socio corresponde a todos los socios, cualquiera que sea el tipo y la naturaleza de la sociedad de la que forme parte. Opera, en los casos que enumera la ley respectiva o que el pacto prevea en adición a las causas legales.”<sup>14</sup>

Coincidimos con este autor en cuanto a su propuesta de derecho de receso, ya no únicamente en las sociedades anónimas sino también en otros tipos sociales, incluida la sociedad de responsabilidad limitada. Adicionalmente, consideramos que sería importante

---

<sup>13</sup> ARGERRI Saúl, citado por JIMÉNEZ MORÚA Rosa María y QUESADA BIANCHINI Mario. op. cit., página 232.

<sup>14</sup> BARRERA GRAF Jorge. (1997). Instituciones de Derecho Mercantil. Editorial Porrúa, Buenos Aires, Argentina, página 649.



analizar posteriormente la conveniencia o no, de agregar por vía estatutaria, supuestos adicionales que habiliten el ejercicio de este derecho<sup>15</sup>.

*iii) Condiciones de la situación del socio en relación con el acuerdo que motiva su ejercicio*

Paralelamente, existe una discusión doctrinaria sobre la condición que debe acreditar el socio para ejercitar el derecho de receso. CASTILLO se inclina por estimar que este derecho corresponde a accionistas disconformes con una resolución de la asamblea de socios, que pueden por ese medio recibir el valor de sus acciones proporcional al capital social establecido en el último balance<sup>16</sup>.

Una definición que apoya la tesis anterior es esbozada por ODRIOZOLA<sup>17</sup>, quien se inclina por establecer que son los socios disconformes de una sociedad los que pueden ejercer este derecho, pero solamente en los casos que determine taxativamente la ley.

Estos últimos dos autores no terminan de definir su concepto de socios disconformes, pudiendo interpretarse que abarca a socios disidentes, ausentes y abstenidos.

---

<sup>15</sup> En este sentido ver CABANELLAS DE LAS CUEVAS Guillermo. (1991). Derecho Societario: Los socios: derechos, obligaciones y responsabilidades. Editorial Heliasta, México D.F. México, página 166.

<sup>16</sup> CASTILLO Enrique José, citado por JIMÉNEZ MORÚA Rosa María y QUESADA BIANCHINI Mario. op. cit., página 232.

<sup>17</sup> ODRIOZOLA Claudio, citado por Ibid., página 233.

Esta situación de disconformidad mencionada anteriormente, es especificada por ZUNINO y ESCUTI, determinando que serán los socios disidentes y ausentes de un acuerdo de asamblea los que podrán ejercer tal derecho<sup>18</sup>.

Las anteriores definiciones excluyen a los socios que se abstuvieron de votar del posible ejercicio de este derecho; sin embargo, ALEGRÍA<sup>19</sup> extiende los supuestos de aplicación y define este derecho como “la facultad conferida por la ley a los accionistas disidentes, ausentes, o abstenidos al tratarse ciertos asuntos de importancia trascendentes para la sociedad, de separarse de ella mediante su simple declaración unilateral de voluntad en términos perentorios, recibiendo su participación social íntegra de conformidad con el último balance societario aprobado.”<sup>20</sup>

Sin embargo, otra parte de la doctrina no discrimina la condición del socio que puede ejercer el derecho, dejando abierta la posibilidad a todo tipo y condición, en cualquier tipo de sociedad. En este sentido, NISSEN establece que es “el derecho que le

---

<sup>18</sup> ESCUTI define el derecho de receso como “un derecho intangible que tienen los accionistas ausentes o disidentes cuando la asamblea de la sociedad ha decidido una modificación estatutaria, de fundamental importancia” mientras que ZUNINO expone que es “la facultad de renunciar, con reembolso del valor de sus acciones, que asiste a los accionistas disidentes o ausentes ante determinadas resoluciones de las mayorías”. Citados por CABANELLAS DE LAS CUEVAS Guillermo. op. cit., página 167.

<sup>19</sup> Interesa destacar que este autor incluye en su definición todos los supuestos en los que un socio podría ejercer este derecho, situación única dentro de la doctrina analizada para esta investigación.

<sup>20</sup> ALEGRÍA Efraín, citado por JIMÉNEZ MORÚA Rosa María y QUESADA BIANCHINI Mario. op. cit., página 232.

asiste a todo socio o accionista de retirarse de la sociedad cuando por decisión del órgano de gobierno (reunión de socios o asamblea de accionistas) se resuelve modificar de manera sustancial el contrato social o estatuto, encontrándose aquél, luego de ese acontecimiento, con una sociedad diferente a aquélla en la cual resolvió oportunamente integrarse”<sup>21</sup>.

*iv) Oportunidad de su ejercicio*

Por último, es menester destacar la referencia de ciertos autores al plazo perentorio que normalmente tiene el socio para ejercer su derecho y a la posibilidad de que la sociedad recedida revoque el acuerdo que sirvió de fundamento para ejercer el derecho de receso. Dentro de esta línea, DASSO estipula que el derecho de receso está “sujeto a condición resolutoria para requerir en plazo perentorio la extinción del vínculo de la sociedad en casos de decisión asamblearia y de otras hipótesis expresamente previstas por la ley, o de previsión estatutaria, exigiendo el reembolso del valor de sus acciones”<sup>22</sup>. En este mismo sentido, JIMÉNEZ y QUESADA proponen que “es un poder otorgado por la ley al socio para separarse de la sociedad, dentro de un plazo determinado y en los casos taxativamente previstos, cuya consecuencia es obtener el reembolso de su participación, de acuerdo al valor real del título, a partir del momento de producirse la declaración de receso.”<sup>23</sup>

---

<sup>21</sup> NISSEN Ricardo, citado por SALEME MURAD Marcelo. op. cit., página 26. En este mismo sentido, la definición de BARRERA GRAF anteriormente citada.

<sup>22</sup> DASSO Ariel, citado por Ibid., página 24.

<sup>23</sup> JIMÉNEZ MORÚA Rosa María y QUESADA BIANCHINI Mario. op. cit., página 234.

GAGLIARDO<sup>24</sup> por su parte, establece que el derecho de receso es ejercitable en diversos supuestos, frente a decisiones asamblearias, sujeto a la condición de que la asamblea no revoque esta decisión en un lapso determinado. La sujeción de este derecho a condición suspensiva y la existencia de un plazo de caducidad para su ejercicio serán analizadas posteriormente.

*v) Concepto general*

Consideramos necesario, para continuar el análisis de esta investigación, establecer una definición propia de la figura:

*“Derecho de todo socio de retirarse de la sociedad, cuando esté en condición de disidente o abstenido en acuerdos asamblearios establecidos taxativamente por ley, que modifiquen de manera sustancial el pacto, o los perjudicados por otros supuestos definidos legalmente, que transformen esencialmente la empresa; con el fin de recibir el reembolso del valor real de su participación social, según los mecanismos de valuación establecidos por ley y las normas y principios de la práctica financiera y empresarial; extinguiendo el vínculo contractual que lo une con la sociedad.”*

Detallamos a continuación cada uno de los elementos de este concepto.

---

<sup>24</sup> GAGLIARDO Mariano. op. cit., página 433.

Decimos que es un derecho, porque subyace de la condición subjetiva del socio, facultándolo a ejercerlo cuando se configuren los presupuestos que lo habilitan. Vale aclarar, que el recesso es un derecho potestativo del socio, el cual a pesar de haberse configurado las causales, podría no ejercer. Esto en relación con el principio de autonomía de la voluntad.

Por otra parte, consideramos necesario recalcar que el ejercicio del derecho se traduce en un acto jurídico unilateral, como la mayoría de la doctrina así lo ha establecido; no siendo necesaria la aceptación de la sociedad para que se perfeccione<sup>25</sup>.

Consideramos que este derecho le corresponde a todo socio, ya que esta condición lleva implícita la titularidad de todo derecho que se le confiera, aunque no siempre esté legitimado para ejercitarlo.

Por otra parte, entendemos que el ejercicio de este derecho no debe ser potestad única del socio que votó en contra de un acuerdo social susceptible de recesso, sino que deberá abarcar también a los socios, que por cualquier razón se abstuvieron de votar; no así a los socios que no asistieron a la asamblea. Por ser un punto crítico de nuestra

---

<sup>25</sup> En este sentido ver entre otros GAGLIARDO Mariano. op. cit., página 433 y HALPERÍN Isaac en JIMÉNEZ MORÚA Rosa María y QUESADA BIANCHINI Mario. op. cit. página 260. En sentido contrario ver SALEME MURAD Marcelo. op. cit., página 22.

investigación, consideramos necesario ampliar este razonamiento en nuestro análisis crítico.

Adicionalmente SALEME, al comparar la condición de socio facultado a ejercer este derecho en la sociedad anónima y en la de responsabilidad limitada expone “que nada justificaría un trato discriminatorio para con los socios de aquéllas”<sup>26</sup>, haciendo alusión a que ninguno de los dos tipos de sociedades debe tener una distinción entre las condiciones de los socios aptos para receder.

Consideramos que el derecho de receso no sólo está incluido en los derechos de los accionistas de una sociedad anónima, como se desprendería de una interpretación restrictiva de la redacción del artículo 32 bis del Código de Comercio, sino que es extensivo a todos los tipos sociales, incluyendo sociedades personales y a la sociedad de responsabilidad limitada, situación que será analizada más adelante. Esto se fundamenta en parte de la doctrina citada anteriormente<sup>27</sup> y por considerar que tal restricción sería discriminatoria y sin sentido.

Los supuestos de ejercicio del derecho de receso deberán traducirse en causales explícitas y taxativas incluidas en la ley. Desde el punto de vista de política legislativa, el

---

<sup>26</sup> SALEME MURAD Marcelo. op. cit., página 32.

<sup>27</sup> CABANELLAS DE LAS CUEVAS Guillermo. op. cit., página 172.

ordenamiento jurídico debe tutelar adecuadamente los intereses de todos los socios y a la vez, facilitar mecanismos de protección y defensa a aquellos que se les coloque en una posición donde deban soportar una modificación sustancial en el pacto social o relativa al negocio jurídico, a pesar de no quererla, siempre que cumplan los requisitos legales.

Sin embargo, por su propia voluntad, las partes contratantes podrán acordar ampliar de cualquier forma las causales existentes o bien agregar otras, permitiéndole al socio retirarse con el respectivo reembolso de su participación, sin que se configure el derecho de receso propiamente<sup>28</sup>.

Es de vital importancia poner énfasis en que los supuestos que den lugar al receso, deben tutelar los momentos en los cuales se presente una alteración fundamental en la base del negocio jurídico societario pactado, lo cual provoca que ciertos socios tengan la posibilidad de retirarse de la sociedad con el respectivo reembolso de su participación social<sup>29</sup>.

---

<sup>28</sup> Esta figura es conocida como el retiro voluntario del socio. CABANELLAS DE LAS CUEVAS lo expone como la posibilidad que tiene el socio de retirarse de la sociedad por disposición contractual, ya sea de forma irrestricta o porque se da una condición que autoriza su ejercicio. Esta situación jurídica se distingue del receso en tanto amplía las causales libremente, facultando a los acreedores societarios a oponerse a dicho retiro; produciendo un desmejoramiento en la garantía de éstos por no ser los socios responsables solidariamente. CABANELLAS DE LAS CUEVAS considera que admitir el retiro voluntario sin oposición de acreedores sería abrir la posibilidad de reducir libremente la garantía de las deudas societarias, puesto que todo el patrimonio neto de la sociedad podría así ser retirado por los socios en cualquier momento. *Ibid.*, página 173.

<sup>29</sup> Esto está directamente relacionado con el fundamento analizado a profundidad posteriormente.

Un efecto fundamental del ejercicio del derecho de receso es el reembolso de la participación social al socio recedente, el cual consideramos debe corresponder al valor real y actual de su participación social. Esto, entendido como el porcentaje que represente dicha participación dentro del patrimonio -en sentido amplio- de la sociedad.

Hemos incluido en nuestra definición una referencia a los mecanismos de valuación que deberían utilizarse para cuantificar el valor real de la participación dicha y consecuentemente reembolsar al socio recedente el precio justo. Para ello, la ley debe establecer lineamientos básicos, haciendo alusión expresa a que su cálculo debe ser lo más equitativo posible, remitiendo a las normas y principios de la práctica financiera y empresarial. Este planteamiento surge a raíz de nuestra preocupación porque diversas legislaciones -incluida la costarricense- establecen el cálculo del reembolso únicamente a partir de una estimación pericial del patrimonio o bien, a partir del último balance aprobado<sup>30</sup>. Según nuestro criterio, estos planteamientos pueden servir de base para la estimación final del valor real de la participación social, que debe considerarse como un mínimo -piso- y que deberá complementarse con los principios y mecanismos de valoración financiera y empresarial.

Como último elemento de nuestra definición, debemos hacer referencia a que el ejercicio del derecho de receso, implica como uno de sus efectos, la extinción del vínculo

---

<sup>30</sup> En este sentido nos remitimos a las definiciones de CASTILLO y ALEGRÍA anteriormente expuestas.



contractual existente entre el socio recedente y la sociedad; dejando subsistente el contrato de sociedad y el ente nacido de él y vigente la relación jurídica entre la sociedad y los demás socios.

### **c) Fundamento**

Como punto de partida, es necesario señalar que existe una asimetría entre la posibilidad que tiene el socio de ingresar a la sociedad y la de retirarse. De manera libre y voluntaria, esta persona decide formar parte de una sociedad; sin embargo, una vez que ingresa, adquiere el estado de socio, lo cual acarrea un conjunto de derechos y obligaciones determinados. Esto significa que su retiro no podrá ser justificado por mera voluntad y que su aporte al capital social no podrá ser fácilmente desligado del conjunto de activos sociales, que en principio ingresan por un lapso determinado; el plazo social.

Es menester tener presente que el nacimiento de una sociedad a la vida jurídica, implica una separación de este nuevo ente de los individuos que la constituyeron. La suma de voluntades de los partícipes del contrato social genera una realidad jurídica distinta de la propia personalidad y patrimonio de cada uno de ellos; la sociedad tiene sus propios bienes e intereses, los cuales podrían o no, coincidir con la de sus socios considerados individualmente. La doctrina se refiere a que ha nacido un ente de imputación

diferenciada<sup>31</sup>.

Entendemos que el fundamento del derecho de receso parte de dos principios que esboza la doctrina italiana: a) que no se viole el principio de la obligatoriedad del vínculo nacido del negocio jurídico sancionado por ley y b) que se tutelen los derechos de las partes y de eventuales terceros involucrados<sup>32</sup>.

Por otra parte, es fundamental indicar, que el derecho de receso no puede ser dejado a la voluntad del socio; SALEME MURAD<sup>33</sup> afirma que el receso ejercido libremente, sin fundamento en disposiciones legales o societarias, atenta contra el contrato social y la subsistencia de la empresa, la cual es considerada bien jurídico tutelable. Este pensamiento es apoyado por parte de la doctrina italiana<sup>34</sup>, la cual sostiene que la pertenencia a la sociedad crea una relación de duración y no puede resolverse arbitrariamente y sin penalidad alguna.

Consideramos que lo primordial aquí consiste en procurar mantener estable el vínculo que une al socio con el ente social, pues de él depende el equilibrio y desarrollo, tanto de la sociedad como de la empresa, ya que este mismo conjunto de voluntades

---

<sup>31</sup> SALEME MURAD Marcelo. op. cit., página 22.

<sup>32</sup> NOVISSIMO DIGESTO ITALIANO, op. cit., página 1030.

<sup>33</sup> SALEME MURAD Marcelo. op. cit., página 19

<sup>34</sup> MESSINEO Francesco, citado por Ibid. página 19.

conforma el interés social, el cual debe tomarse en cuenta al considerar la posibilidad de ejercitar el receso.

A partir de lo anterior, podríamos afirmar que el fundamento del derecho de receso reside en que las relaciones sociales siempre conducen a una satisfacción de intereses privados y que, si esta relación no busca estos fines que dieron origen a su nacimiento, o lo hace de manera gravosa para los intereses originales de los socios, surge para éstos, en determinados casos, el derecho de receso.

Entendiendo también que existe una paridad entre partes en las relaciones privadas, podemos afirmar, que cualquier cambio en la relación jurídica societaria deberá provenir de la ley o bien, de la misma voluntad que creó dicho vínculo. Evidentemente, la mayor dificultad para fundamentar el derecho de receso está en que el ejercicio del retiro incide directamente sobre la relación jurídica existente que produjo, produce y producirá efectos.

Tomando en cuenta lo anterior, debemos afirmar que las decisiones societarias se rigen por la regla de mayoría; la excepción es exigir unanimidad en los acuerdos<sup>35</sup>. Desde

---

<sup>35</sup> En principio, exigir unanimidad sería ilegal ya que violenta el fundamento propio de la sociedad; esto implicaría que todo socio tenga un derecho de veto. Sin embargo, la excepción a esta regla en las sociedades de responsabilidad limitada podemos encontrarla en el artículo 97 del Código de Comercio que exige unanimidad de votos de la totalidad del capital social para el cambio de objeto y modificación a la escritura social que imponga mayor responsabilidad a los socios.

luego, esta situación permite que haya algún o algunos socios disidentes de los acuerdos que tome la mayoría. Coincidimos con HALPERÍN<sup>36</sup> en el sentido de que el receso ha sido incorporado para permitir a la sociedad continuar con su vida normal, sin trabar con la exigencia de la unanimidad el éxito de su desarrollo, por la imposibilidad de modificar sustancialmente el contrato social.

Ahora bien; la incorporación de este derecho a la legislación societaria se enfrenta a una limitación de naturaleza contractual. Las partes que suscriben un contrato de sociedad, adquieren una expectativa de que todo socio participará del destino de los negocios sociales para lo cual nació a la vida jurídica. Por otra parte, el patrimonio de la sociedad, como personalidad jurídica independiente, es garantía común de acreedores; y por ello, la ley tiende a restringir la disminución del patrimonio social, que lleva el retiro del socio, posibilitándolo únicamente en supuestos excepcionales contenidos en la ley.

Consideramos que el anterior análisis es imprescindible para efectos de fundamentar el receso, pues su nacimiento a la vida jurídica debe tomar en cuenta la armonización de los intereses convergentes a los cuales nos hemos referido; siempre buscando en la medida de lo posible, no perjudicar a los acreedores con el ejercicio de este derecho.

---

<sup>36</sup> HALPERÍN Isaac, citado por Ibid., página 25.

Complementariamente, es importante mencionar que parte de la doctrina afirma que el receso nace para garantizar una protección recíproca de los intereses del grupo de control y de las minorías, armonizándolo con el interés social y el de terceros<sup>37</sup>. Para la jurisprudencia argentina, el derecho de receso además cumple una función social, referida a un equilibrio de los intereses en juego, tutelando el interés del socio frente a las decisiones de la mayoría; por lo tanto, incluso se le ha considerado una institución de orden público<sup>38</sup>.

Esta confluencia de intereses ha suscitado cuestionamientos sobre la conveniencia de establecer mayorías agravadas por ley para la votación de ciertos asuntos sociales. Consideramos que dicha situación resultaría imprudente, cuando dificulte de manera crítica el funcionamiento de la sociedad, lesionando el interés social en perjuicio tanto de las posibles mayorías como de las minorías. Para LEÓN GÓMEZ, esta es una de las razones por las cuales gran parte de las legislaciones regula el receso como una protección del grupo de control en la obtención del fin social y el derecho del socio disconforme -en condición de minoría- de recuperar su inversión.<sup>39</sup>

---

<sup>37</sup> FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ Adrián y HERNÁNDEZ MOREIRA Alexis. (1994). El accionista minoritario (concepto, problemas, protecciones). Tesis de Graduación para optar por el grado de Licenciatura en Derecho, Facultad de Derecho, Universidad de Costa Rica, página 250.

<sup>38</sup> En este sentido ver SALEME MURAD Marcelo. op. cit., página 27.

<sup>39</sup> LEÓN GÓMEZ Adolfo José, citado por FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ Adrián y HERNÁNDEZ MOREIRA Alexis. op. cit., página 252.

Por otra parte, las sociedades operan bajo mecanismos democráticos matizados por distintos requisitos de mayoría y quórum para decidir sobre modificaciones sustanciales. CABANELLAS DE LAS CUEVAS concluye, que es una cuestión de política legislativa que en supuestos taxativos y de fundamental trascendencia se tutele la posibilidad de que ciertos socios puedan retirarse de la sociedad con reembolso de su participación social<sup>40</sup>. Compartimos esta posición, ya que no encontramos un criterio científico que permita determinar, con exactitud, cuándo debe prevalecer el interés privado del recedente sobre el del órgano deliberativo de la sociedad y el de sus acreedores.

Como se mencionó, parte del fundamento de este derecho recae en la protección de socios en condición de minoría; pero más importante aún, ubica su razón de ser en la alteración de las bases esenciales del negocio jurídico, lo cual permite que ciertos socios puedan ejercerlo sin necesariamente estar en una situación de minoría<sup>41</sup>.

En relación con los efectos frente a terceros, existe una divergencia doctrinaria importante: por una parte, ZUNINO sostiene que una premisa básica del recesso está en que los acreedores no pueden oponerse al derecho ni a su ejercicio, aunque la disminución patrimonial requiera reducir el capital social, ya que esto tornaría imposible su

---

<sup>40</sup> CABANELLAS DE LAS CUEVAS Guillermo. op cit., página 168.

<sup>41</sup> Evidentemente este caso aplicaría únicamente si consideramos a los socios ausentes como sujetos que pueden ejercer el recesso; situación que como mencionamos en líneas anteriores, no compartimos. Esto en el caso que uno o varios socios, a pesar de tener mayoría en el capital de la sociedad, se verán vinculados por una decisión de asamblea de la cual no participaron.

funcionamiento. Por otro lado, DASSO y HALPERÍN apuntan a que el receso origina la posibilidad de oposición de los acreedores, específicamente en los casos en que implica reducción del capital social<sup>42</sup>.

A partir de lo anterior podemos afirmar, que la política legislativa reflejada por los ordenamientos jurídicos modernos pretende tutelar, mediante el receso, el interés económico de los socios, en mayoría de ocasiones en condición de minoría, frente a los actos potencialmente abusivos de determinadas mayorías. Ahora bien, qué motivos se han expuesto para legislar en este sentido, será el tema que nos ocupa a continuación.

Este análisis debe realizarse desde una perspectiva de derecho comercial, específicamente societario. El fenómeno asociativo, que consiste en la posibilidad legal de abstraer un determinado patrimonio dentro de una ficción jurídica o ente ideal, dotado de personalidad jurídica propia, sociedad, revolucionó en su momento la práctica mercantil; sin embargo, esto implica una convergencia de intereses, que como se dijo, merecen tutela jurídica. Por una parte se encuentran los intereses individuales de los socios que la conforman; por otra parte, el interés de la persona jurídica nacida del contrato social, la cual tiene un patrimonio propio que debe ser protegido y por último, los de acreedores sociales. Consecuentemente, la incorporación del derecho de receso en el ordenamiento jurídico debe armonizar el interés organizacional, el del socio recedente y el de los otros socios; por

---

<sup>42</sup> Ibid., nota 64, página 170.

ello, la ley debe enumerar, a nuestro criterio taxativamente, los casos en que procede<sup>43</sup>.

Coincidimos con GARO en cuanto establece que la razón de ser de este derecho radica en “conciliar la situación del accionista con la que se le crea a la sociedad cuando ésta se ve precisada a modificar sus estatutos, actuando como una compensación del accionista frente al derecho de la sociedad de modificar el contrato original, actuando como freno y remedio del poder ilimitado de las asambleas”<sup>44</sup>.

El fundamento reconocido por distintas legislaciones es la alteración profunda del estado del socio; es decir, el conjunto de derechos, obligaciones y responsabilidades que tenía el socio con anterioridad al acto modificatorio. Su fin primordial consiste en evitar que el abuso del poder de las mayorías, perjudique a los socios en condición de minoría, imponiéndoles modificaciones estatutarias que lesionen sus derechos o situaciones jurídicas consolidadas, consideradas en muchos casos expectativas o intereses legítimos.

Lo anterior se sostiene en la teoría de las bases esenciales, la cual parte del supuesto que el socio fundador, o bien el que con posterioridad se incorpora a una sociedad, lo hace sobre la base de las disposiciones estatutarias que la regulan; aludiendo a que de haber tenido conocimiento previo de modificaciones sustanciales futuras, se hubiera

---

<sup>43</sup> SALEME MURAD Marcelo. op. cit., página 22.

<sup>44</sup> GARO Francisco, citado por JIMÉNEZ MORÚA Rosa María y QUESADA BIANCHINI Mario. op. cit., página 241.



abstenido de participar. Esta teoría es insuficiente, pues la constante dinámica de la práctica comercial hace necesario, en reiteradas ocasiones, que se modifique el contrato social de manera que se adapte a las nuevas circunstancias suscitadas. Sin embargo, está claro que si existe una modificación sustancial en la que un determinado socio no está de acuerdo, y si todos los requisitos legales se han cumplido, éste podrá ejercer su derecho de receso.

Desde luego, esta teoría se complementa con la posición donde se establece que el derecho de receso existe para proteger los intereses jurídicamente relevantes dentro de la sociedad, de minorías o grupos controladores.

La ley prevé mecanismos de tutela para el caso de modificaciones del pacto social, estableciendo diversos regímenes de mayoría y quórum para este tipo de acuerdos. No obstante lo anterior, el receso busca, en parte, tutelar al socio en condición de minoría frente a decisiones de fundamental trascendencia, posibilitando en supuestos restrictivos, su retiro de la sociedad con reembolso de su participación. MARTORELL en este sentido señala sobre el receso que “...la tésis de la figura es solucionar la aparente contradicción entre los conceptos de sociedad, contrato y modificación estatutaria, mediante la existencia de un *derecho bilateral de libertad*, que tutela tanto a la sociedad como al accionista, permitiéndole al ente modificar sus estatutos, y al accionista, separarse de la sociedad si no está de acuerdo con las reformas efectuadas.”<sup>45</sup>

---

<sup>45</sup> MARTORELL Ernesto, citado por FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ Adrián y HERNÁNDEZ MOREIRA Alexis. op. cit., página 251.

CABANELLAS DE LAS CUEVAS afirma, que las sociedades de capital conllevan para su funcionamiento, la atribución de facultades amplias a los socios para modificar el pacto social; esto implica modificar bases esenciales a partir de las cuales los socios se han integrado a la sociedad. Dicha facultad permite restricción, pero vendría a entorpecer la adecuación de la sociedad a las circunstancias que se presenten a lo largo de su existencia, y que requieran de adaptación<sup>46</sup>. Este autor critica la teoría de las bases esenciales, al considerar que el ingreso a una sociedad implica de manera expresa o implícita, la posibilidad de modificaciones estatutarias; el socio se somete a una estructura jurídica compleja, la cual incluye la posibilidad de que el contrato social sea modificado durante el término de existencia de la sociedad.

Continúa manifestando este autor, que si bien los actos de los órganos en los que se toman decisiones por mayoría no son actos contractuales, el socio igualmente queda vinculado por esos actos, pues aceptó contractualmente someterse a un régimen de mayorías<sup>47</sup>.

A manera de síntesis, podemos afirmar que el fundamento del derecho de receso reside en lograr conciliar el interés de los socios que desean modificar sustancialmente el pacto social con los que de alguna manera, están en desacuerdo con esto; incluso, se podría

---

<sup>46</sup> CABANELLAS DE LAS CUEVAS Guillermo. op cit., página 167

<sup>47</sup> Ibid., nota 63, página 169.

ver como la conciliación de intereses de socios controladores con el de los socios en condición de minoría.

El derecho de receso debe desarrollarse sobre la base del principio de preservación o conservación de la empresa, pues en la medida de lo posible debe tutelarse el interés social. Asimismo, se debe dejar claro que en este caso, por cuestión de política legislativa, se ha decidido anteponer el derecho del socio recedente, frente al del órgano deliberativo de la sociedad y sus acreedores.

En virtud de lo anterior, consideramos que esta figura debería ser restrictiva, en cuanto a su interpretación y regulación.

Finalmente, vale la pena rescatar que contrario a nuestro pensamiento y al de la mayoría de la doctrina, algunos autores desaprueban y critican la figura del receso: uno de ellos es RIVAROLA, para quien el receso es un derecho poco convincente y carente de lógica, que facilita el obstruccionismo en manos de las minorías<sup>48</sup>. No compartimos este pensamiento, pues como afirmamos anteriormente, este derecho viene a equilibrar los intereses encontrados dentro del contrato social y el ente nacido de él.

---

<sup>48</sup> SALEME MURAD Marcelo. op. cit., página 23.

## SECCIÓN II: NATURALEZA JURÍDICA Y CARACTERÍSTICAS DEL DERECHO DE RECESO

### a) Naturaleza Jurídica

La doctrina no es consensuada en cuanto a la naturaleza jurídica del derecho de receso. Una parte defiende que esta figura tiene un origen legal, mientras que otra parte ubica su naturaleza jurídica a nivel contractual. Sin embargo, existe una tendencia que podríamos considerar ecléctica, la cual compartimos por considerar coherente y fundamentada. Esta tendencia considera que el derecho de receso contiene una naturaleza jurídica dual<sup>49</sup>, pues confluyen ambos caracteres: el legal y el contractual.

En primera instancia, es legal pues este derecho se deriva de la ley y es inderogable para las partes que suscriben o forman parte del contrato societario<sup>50</sup>. La ley viene a instituir y a definir la aplicación de esta figura en favor del socio que se encuentre en una posición de disidencia o disconformidad, frente a una decisión del órgano decisorio de la sociedad ajustada a supuestos taxativos en la ley. Esto le da la posibilidad<sup>51</sup> al socio de

---

<sup>49</sup> En este sentido ver CABANELLAS DE LAS CUEVAS Guillermo. op cit., página 171; BARRERA GRAF Jorge. op cit., página 650; y SALEME MURAD Marcelo. op. cit., página 19. Estos autores se centran más en la condición de minoría que normalmente presenta el socio recedente.

<sup>50</sup> CABANELLAS DE LAS CUEVAS Guillermo. op cit., página 171.

<sup>51</sup> Recordemos que el ejercicio del derecho de receso es voluntario o facultativo. Lo anterior significa que una vez operada la causal, el socio que cumpla con los presupuestos para ejercerlo puede decidir hacerlo o no.

recibir una contraprestación equivalente al valor de su participación y extinguiendo con ello el vínculo que lo une a la sociedad.

Por otra parte, este instituto jurídico es contractual, pues deriva mediata o inmediatamente de un acto contractual<sup>52</sup>, como lo es incorporarse a una sociedad con los deberes y derechos que esto implique. El recesso se convierte en un componente del estado del socio, entendido como el conjunto de derechos, facultades y obligaciones del socio; un estado o situación jurídica compleja. En este sentido, SALEME MURAD agrega que el recesso no sólo es un derecho integrante del estado del socio, sino que es un acto jurídico, entendido como un acto voluntario lícito, que tiene por fin inmediato establecer entre las personas relaciones jurídicas, crear, modificar, transferir, conservar o aniquilar derechos<sup>53</sup>. Diferimos de la opinión de SALEME MURAD, en el sentido que consideramos que el derecho de recesso es eficaz a través de un acto jurídico como el que indica y no un acto jurídico en sí mismo.

Adicionalmente, la naturaleza jurídica contractual de esta figura se denota en la posibilidad que existe, para algunos autores<sup>54</sup>, de proveer causales adicionales en que pueda operar el derecho por vía estatutaria, o bien incorporándolo como nuevo derecho al pacto

---

<sup>52</sup> CABANELLAS DE LAS CUEVAS Guillermo. op. cit., página 171.

<sup>53</sup> SALEME MURAD Marcelo. op. cit., página 16.

<sup>54</sup> BARRERA GRAF Jorge. op cit., página 649.

social si no encuentra sustento en el ordenamiento jurídico respectivo; lo cual proviene del principio de la autonomía de la voluntad que rige el derecho privado.

Debemos recordar que el receso viene a solucionar o armonizar el conflicto de dos grupos de interés<sup>55</sup>: los órganos decisorios de la sociedad y los socios disconformes con determinado acuerdo; desde luego, reconociendo el propio interés de la sociedad. Por lo tanto, por política legislativa, el ordenamiento ha inclinado la balanza hacia el interés de los socios individualmente; esto implica para algunos autores, que el receso no puede incorporarse o ampliarse por vía estatutaria, abogando por una interpretación y regulación restrictiva<sup>56</sup>. Otros autores como CÁMARA, HALPERÍN y ZUNINO, entienden que los estatutos pueden ampliar las causales de receso; pero establecen variantes en cuanto a la posibilidad o no de oposición a su ejercicio por parte de los acreedores, situación que no corresponde analizar en este apartado.

## **b) Orden público**

Previo a realizar un análisis respecto de si el derecho de receso es de orden público, es necesario referirnos a este concepto. El derecho positivo en general, contiene leyes y preceptos que se han considerado de orden público; es decir, que son indisponibles

---

<sup>55</sup> En cuanto a los acreedores el efecto es indirecto, pues se relaciona con la disminución del patrimonio que podría surgir por el ejercicio del receso más que por el derecho mismo.

<sup>56</sup> CABANELLAS DE LAS CUEVAS Guillermo. op cit., página 171.

para las partes<sup>57</sup>. La doctrina está dividida en cuanto a la conceptualización que se la ha dado, y es que algunos lo consideran una expresión no jurídica que debe desaparecer, mientras otros<sup>58</sup>, lo identifican con las normas imperativas e inderogables por autonomía de la voluntad de las partes.

De manera general, el orden público societario puede definirse como un conjunto de principios superiores, esenciales para la subsistencia de la sociedad, de los cuales se deriva una característica que fundamenta la especial fuerza y protección de algunas disposiciones, que serían inderogables para las partes de una sociedad<sup>59</sup>. No obstante, dichas normas están sujetas al control jurisdiccional; esto implica que no necesariamente son inmutables e inflexibles, sino que se sujetan a la interpretación que de esas disponga el aparato judicial.

Otra definición general menciona al orden público como el conjunto de valoraciones políticas, económicas, técnicas, morales y religiosas que se consideran justas

---

<sup>57</sup> Artículo 129 de la Constitución Política. “Las leyes son obligatorias y surten efectos desde el día que ellas designen; a falta de este requisito, diez días después de su publicación en el Diario Oficial. Nadie puede alegar ignorancia de la ley, salvo en los casos que la misma autorice. No tiene eficacia la renuncia de las leyes en general, ni la especial de las de interés público. Los actos y convenios contra las leyes prohibitivas serán nulos, si las mismas leyes no disponen otra cosa. La ley no queda abrogada ni derogada sino por otra posterior; contra su observancia no podrá alegarse desuso, costumbre ni práctica en contrario. Por vía de referéndum, el pueblo podrá abrogarla o derogarla, de conformidad con el artículo 105 de esta Constitución.”

<sup>58</sup> ALSINA ATIENZA Dalmiro, citado por GAGLIARDO Mariano. op. cit., página 434.

<sup>59</sup> Ibid., página 434.

por una comunidad estatal, y estrechamente ligadas a la existencia y subsistencia de esa comunidad tal como lo reclama la cosmovisión en ella vigente<sup>60</sup>. Creemos importante resaltar el elemento de cosmovisión vigente, ya que el dinamismo del ordenamiento jurídico depende del contexto y situación social, económica y política particular de cada Estado. Esto significa que los intereses tutelados pueden variar y ciertas normas consideradas imperativas e inderogables por voluntad de partes podrían dejar de serlo. GAGLIARDO se refiere a esto como la mutabilidad del concepto de orden público a través de épocas<sup>61</sup>.

A partir de lo anterior podríamos concluir, que una norma no es de orden público por sí sola, sino que lo será siempre que en ésta se haya afectado o esté en juego el interés que merece tutela, la moral o las buenas costumbres; lo que la reviste de dicho carácter. Por lo general, una norma es considerada de orden público si su inobservancia contraría la moral o las buenas costumbres; nociones vagas e imprecisas pues se puede considerar que lo abarcan todo<sup>62</sup>. Nuestro Código Civil hace referencia al orden público en el artículo 18<sup>63</sup> y la jurisprudencia ha establecido que los supuestos legales de una norma de orden público no pueden estar limitados en el pacto social, aunque sí sería posible aumentarlos.

---

<sup>60</sup> LINARES, Juan Francisco, citado por GAGLIARDO Mariano. op. cit., página 435.

<sup>61</sup> GAGLIARDO Mariano. op. cit., página 436.

<sup>62</sup> Ibid., página 436.

<sup>63</sup> “Artículo 18 - La exclusión voluntaria de la ley aplicable y la renuncia a los derechos en ella reconocidos, sólo serán válidas cuando no contraríen el interés o el orden público ni perjudiquen a terceros.”



Ciertamente todas las leyes son obligatorias; sin embargo, en el ámbito del derecho privado, no todas las normas son imperativas y muchas son derogables por voluntad de los particulares. Las normas que restringen la aplicabilidad del principio de la autonomía de la voluntad podemos referirlas como de orden público. Esta restricción está dada por la misma ley, que expresamente sujeta la norma a la no supresión, restricción o derogación, así como por vía jurisprudencial, sentando precedentes que muchas veces se traducen en reformas legales<sup>64</sup>.

Volviendo al análisis de la normativa del derecho de receso como de orden público, compartimos la opinión de GARO, en tanto la cuestión de decidir si el derecho de receso es de orden público o no, reviste una importancia práctica indiscutible y es de gran trascendencia, ya que este punto es necesario para establecer las bases reales de vigencia de la institución estudiada<sup>65</sup>.

GAGLIARDO se refiere al derecho de receso como una institución de carácter imperativo; cuestión que apoya una amplia parte de la doctrina<sup>66</sup>. VIVANTE<sup>67</sup>, por su lado,

---

<sup>64</sup> GAGLIARDO Mariano. op. cit., página 437.

<sup>65</sup> GARO Francisco, citado por JIMÉNEZ MORÚA Rosa María y QUESADA BIANCHINI Mario. op. cit., página 248.

<sup>66</sup> Ibid., página 442. Esta noción es compartida por autores como GARO, HALPERÍN, DEPALMA, ZAVALA RODRÍGUEZ, MAZZONE, VÍTOLO, ODRIOZOLA, RIVAROLA entre otros.

<sup>67</sup> VIVANTE Cesare, citado por GAGLIARDO Mariano. op. cit., página 442.

sostuvo que el derecho de receso es de orden público, por lo que no se puede privar a los socios de éste, ni por estatuto ni por asamblea y su derogatoria implicaría el compromiso por parte del socio, de aceptar el estatuto con obligaciones que no ha previsto, o sea, indeterminadas, en contra de lo dispuesto en el Código Civil italiano<sup>68</sup>.

ARIAS SÁNCHEZ comparte este criterio estableciendo, que en efecto es un derecho de cuya naturaleza nace su carácter inmodificable e irrenunciable. Además, expone que es un derecho frente al cual es impotente la Asamblea General, y que protege al socio frente a la sociedad misma, otorgándole la puerta de escape cuando se encuentra ante una imposición perjudicial de la voluntad mayoritaria. Finalmente argumenta, que si se permitiera la renuncia de este derecho, los accionistas quedarían obligados de un modo indeterminado e imprevisible<sup>69</sup>.

Concluimos entonces, que el receso es una figura de orden público, lo cual significa que debe ser entendida como un derecho imperativo, que no admite restricción, supresión ni derogatoria por vía estatutaria ni por acuerdo de asamblea. Sin embargo, el carácter imperativo de la figura viene dado por ley, por una decisión de política legislativa y

---

<sup>68</sup> En este sentido, el Código Civil costarricense en su artículo 630 establece la ineficacia de las obligaciones cuyo objeto no esté determinado o bien no pueda determinarse.

<sup>69</sup> ARIAS SÁNCHEZ Rodrigo. (1970). La protección de las minorías en la sociedad anónima. Tesis de Graduación para optar por el grado de Licenciatura en Derecho, Facultad de Derecho, Universidad de Costa Rica. página 47.

no porque interese al orden público desde el punto de vista colectivo<sup>70</sup>, pues eventualmente interesaría al orden público preservar la sociedad en miras al interés general, antes que el interés particular del socio; lo cual parece incongruente con el receso. Así las cosas, en el análisis de la figura del receso, el orden público nos parece un concepto poco claro para explicar que en efecto, es un derecho imperativo; en este caso, un privilegio dado por ley.

### **c) Irrenunciabilidad**

La mayoría de la doctrina, que compartimos, clasifica al receso como derecho imperativo; sin embargo, no es tan coincidente en cuanto a la posibilidad de renuncia.

Algunos autores consideran que el receso es irrenunciable por considerarlo de orden público<sup>71</sup>, mientras que otros consideran que admite renuncia previa<sup>72</sup>, ya que tutela intereses privados; se hace la salvedad en cuanto a modificaciones estatutarias que signifiquen obligaciones nuevas para los socios.

Esta misma parte de la doctrina considera que se trata de un derecho renunciabile, considerando que la minoría sólo debe ser protegida frente a la mayoría cuando ésta abusa

---

<sup>70</sup> El orden público también puede estar enfocado en la preservación de ciertos intereses individuales frente a una colectividad o a otros intereses individuales. Ejemplo de esto es el contrato individual de trabajo.

<sup>71</sup> MORENO DUBOIS Eduardo, citado por GAGLIARDO Mariano. op. cit., página 442.

<sup>72</sup> NAVARRINI Umberto, citado por Ibid., página 443.

de su poder; no cuando usa lícitamente de él, entendiendo que el receso puede frustrar, de hecho, la efectividad práctica de un acuerdo perfectamente congruente con el interés social<sup>73</sup>. Este sector de la doctrina se inclina por determinar que no hallándose este derecho reconocido en una disposición imperativa de orden público, los socios en el acto constitutivo de la sociedad, podrán renunciar sin afectar ningún principio fundamental.

En otro extremo están los que pregonan que el receso no es renunciable en cualquier caso <sup>74</sup>, en virtud de estar establecido en favor de intereses particulares del socio, en contra de la mayoría. Se refieren a una renuncia previa del socio, ya que por ser un derecho facultativo, una vez operada la causal que da lugar a su ejercicio, el socio recedente puede decidir ejercerlo o no. Este punto ha sido analizado en Costa Rica al afirmarse que es un derecho renunciable a priori, pues con él no se protegen intereses que estén fuera de la disponibilidad del titular, ya que es de índole subjetiva y no fundamental<sup>75</sup>.

Somos del criterio que es contrario al fundamento y naturaleza de este derecho permitir una renuncia previa. Esto, debido a que a partir de presiones de grupos controladores, los socios en condición de minoría podrían verse obligados a renunciar a este derecho en ciertos supuestos; ya sea al momento de la constitución de la sociedad o durante

---

<sup>73</sup> DE LA CÁMARA ALVAREZ Manuel, citado por Ibid., página. 249

<sup>74</sup> ZALDÍVAR Enrique, citado por GAGLIARDO Mariano. op. cit., página 443

<sup>75</sup> Salvo el caso de transformación de una sociedad anónima en nombre colectivo. En este sentido ver FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ Adrián y HERNÁNDEZ MOREIRA Alexis. op. cit., página. 253.

su vigencia. Ahora bien, una vez operada la causal que da lugar al receso, el socio recedente puede optar por ejercerlo o no; si no lo ejerce dentro del plazo perentorio establecido por ley, consideramos que existe una renuncia que puede ser expresa o tácita.

#### **d) Características**

Sintetizando las distintas opiniones esbozadas anteriormente en cuanto a la naturaleza jurídica, el llamado orden público y la posibilidad de renuncia, nos corresponde ahora exponer las características generales que destacan en el instituto del derecho de receso. A la luz de la doctrina analizada y mencionada en el transcurso de este análisis, compartimos parcialmente los rasgos que expone GAGLIARDO<sup>76</sup>; por lo tanto, basados en este autor, a continuación exponemos las características que consideramos debe o debería

---

<sup>76</sup> GAGLIARDO Mariano.. op. cit. página 447.

contener la figura, así como una breve comparación con las disposiciones legales vigentes en Costa Rica <sup>77</sup>:

- i. Es un derecho individual del socio, cuyo efecto es la extinción del vínculo que lo une con la sociedad. A pesar de que no se indica expresamente en el articulado correspondiente, entendemos que el hecho de retirarse de una sociedad de capital y la consecuente obtención de un reembolso, implica la disolución del vínculo jurídico entre el socio recedente y la sociedad.
  
- ii. Tiene un carácter condicional; es decir, el ejercicio del derecho tiene una vigencia condicionada a la no revocación de la decisión asamblearia que lo

---

<sup>77</sup> La única disposición legal vigente en Costa Rica que regula el derecho de receso en sociedades mercantiles está fijada en el artículo 32 bis del Código de Comercio:

“Artículo 32 bis - Los socios disidentes de los acuerdos de prórroga del plazo social, traslado del domicilio social al extranjero y transformación y fusión que generan un aumento de su responsabilidad, tienen derecho a retirarse de la sociedad y a obtener el reembolso de sus acciones, según el precio promedio del último trimestre, si se cotizan en bolsa, o proporcionalmente al patrimonio social resultante de una estimación pericial.

La declaración de retiro debe ser comunicada a la sociedad por carta certificada o por otro medio de fácil comprobación, por los socios que intervinieron en la asamblea, dentro de los 5 días siguientes a la inscripción del acuerdo en el Registro Mercantil.

Puede también ejercer el derecho de receso el socio que compruebe:

- a) Que la sociedad, a pesar de tener utilidades durante dos periodos consecutivos, no repartió en efectivo cuando menos de diez por ciento (10%) en dividendos en cada periodo.
- b) Que ha cambiado el giro de su actividad de modo que le cause perjuicio. En estos casos, la acción caduca en un año después de haberse producido la causal.

Para efectos del ejercicio del derecho de receso, las acciones del recedente deben ser depositadas en una entidad financiera o bancaria, o en una central para el depósito de valores, desde la notificación establecida en el párrafo segundo de este artículo.

El valor de sus acciones le será reembolsado al recedente en un plazo máximo de sesenta días, contados a partir de la notificación a la sociedad, en dinero en efectivo.

Es nulo cualquier pacto que tienda a entorpecer, limitar o excluir, el derecho de receso.”

origina. Esta característica no está contemplada explícitamente dentro del ordenamiento jurídico costarricense; sin embargo, por estar organizada dentro de los principios del Derecho Privado, consideramos que la sociedad, en cualquier momento, puede revocar una decisión que autorice el receso, entendiendo que será eficaz en cuanto a los socios facultados para receder, siempre que no se haya materializado su ejercicio con anterioridad<sup>78</sup>.

iii. Está sujeto a plazo de caducidad; es decir, si no se ejerce en el plazo perentorio establecido por ley, se pierde. Esta característica está incorporada en el artículo 32 bis<sup>79</sup>.

iv. Es de índole imperativo; por lo tanto es irrenunciable a priori. Esto se sustenta en el último párrafo del mencionado artículo, al establecer como nulo cualquier pacto que tienda a entorpecer, limitar o excluir el derecho de receder<sup>80</sup>.

---

<sup>78</sup> El artículo 32 bis del Código de Comercio no otorga expresamente un plazo a la sociedad para revocar el acuerdo que autoriza el receso, situación que consideraremos para nuestro análisis crítico.

<sup>79</sup> El artículo 32 bis, párrafo segundo regula esta situación para los casos de prórroga del plazo social, traslado del domicilio social extranjero y fusión y transformación que generen un aumento de su responsabilidad: “La declaración de retiro debe ser comunicada a la sociedad por carta certificada o por otro medio de fácil comprobación, por los socios que intervinieron en la asamblea, dentro de los cinco días siguientes a la inscripción del acuerdo en el Registro Mercantil”. Asimismo, para los casos de no reparto de utilidades y cambio de giro, la acción caduca un año después de haberse producido la causal.

<sup>80</sup> El artículo 32 bis indica en lo que interesa: “Es nulo cualquier pacto que tienda a entorpecer, limitar o excluir, el derecho de receso.”

- v. Su fuente es la ley. El estatuto puede regular aspectos en beneficio del socio recedente, pero no ampliar las causales de su ejercicio, las cuales son taxativas. En Costa Rica, su regulación se circunscribe al artículo 32 bis del Código de Comercio y su regulación la entendemos de manera taxativa, por ser una figura excepcional autorizada por ley.
- vi. Es de interpretación restrictiva y de carácter excepcional, lo cual no permite la aplicación analógica de los supuestos de receso, por ser un derecho de excepción. Esta característica no es aplicable en Costa Rica, ya que únicamente existe un artículo que regula la figura para todas las sociedades mercantiles.
- vii. Es de naturaleza indivisible, ya que nadie puede ir válidamente contra sus propios actos. De manera general, entendemos que la ley costarricense así lo entiende, por tomar en cuenta la teoría de los actos propios.
- viii. Es un privilegio que conduce a una conciliación de intereses entre el socio y la sociedad.
- ix. Ampara a los socios disidentes y abstenidos; es decir, a todos los socios presentes en la asamblea, que no hayan votado favorablemente en la decisión



asamblearia. El artículo 32 bis explícitamente indica, que únicamente podrá ser ejercido el receso por los socios disidentes o bien por aquellos que comprueben la materialización de los supuestos, según lo indicado en la ley<sup>81</sup>.

- x. Es un derecho ejercido unilateralmente y por tanto, facultativo. Al no haber apreciación explícita al contrario, consideramos que es así en Costa Rica.
  
- xi. Confiere un derecho de crédito al socio recedente, cuando surta efectos ante la sociedad. Expresamente, el artículo 32 bis indica que el valor de las participaciones sociales del recedente le será reembolsado en un plazo máximo de sesenta días, a partir de la notificación a la sociedad y en dinero efectivo<sup>82</sup>.

---

<sup>81</sup> “Artículo 32 bis - Los socios disidentes de los acuerdos de prórroga del plazo social, traslado del domicilio social al extranjero y transformación y fusión que generan un aumento de su responsabilidad, tienen derecho a retirarse de la sociedad...”

[...]

“Puede también ejercer el derecho de receso el socio que compruebe:

- a) Que la sociedad, a pesar de tener utilidades durante dos periodos consecutivos, no repartió en efectivo cuando menos de diez por ciento (10%) en dividendos en cada periodo.
- b) Que ha cambiado el giro de su actividad de modo que le cause perjuicio. En estos casos, la acción caduca en un año después de haberse producido la causal.”

<sup>82</sup> “Artículo 32 bis - [...] El valor de sus acciones le será reembolsado al recedente en un plazo máximo de sesenta días, contados a partir de la notificación a la sociedad, en dinero en efectivo.”

- xii. Nace a partir de modificaciones sustanciales al pacto o en la empresa, estipuladas en la ley, que implican una alteración sustancial de ciertas situaciones originadas en el momento de la constitución de la sociedad. Dichas situaciones están detalladas en la ley costarricense, que incluye además un supuesto adicional que no refiere a ninguna modificación sustancial, sino que tiene relación con la no repartición de utilidades<sup>83</sup>.
  
- xiii. Se trata de una renuncia a título oneroso; esto implica que una vez ejercido el derecho, no podrá retractarse posteriormente, salvo pacto expreso entre el recedente y la sociedad. Esto no está contemplado dentro del ordenamiento jurídico en Costa Rica.

### **SECCIÓN III: PRESUPUESTOS GENERALES PARA EJERCER EL DERECHO DE RECESO**

#### **a) Requisitos**

##### *i. Calidad de socio en el momento de tomarse el acuerdo que lo motiva*

Es imprescindible ostentar la calidad de socio en el momento cuando se dicta la resolución que da lugar al ejercicio del derecho de receso. El socio que acredite así su

---

<sup>83</sup> Cfr. *cit.* 81.

condición, de conformidad con lo estipulado en el ordenamiento jurídico y que lo sea en el momento del acto que da lugar al ejercicio del receso, podrá válidamente ejercerlo. Creemos que sería un contrasentido considerar como posible legitimado a receder, al socio que adquirió dicha calidad con posterioridad al acuerdo<sup>84</sup>.

Es importante resaltar, que para demostrar la calidad de socio en la sociedad anónima, éste deberá presentar su inscripción como socio en el Registro de Accionistas y exhibir los títulos correspondientes que lo acrediten como tal. Lo anterior se conoce como el principio de la doble intestación<sup>85</sup>. En el caso de la sociedad de responsabilidad limitada, bastará con la presentación de su inscripción en el Registro de Cuotistas<sup>86</sup>.

*ii. Acuerdo válido de asamblea*

El acuerdo de mayoría que habilita al recedente, deberá ser válidamente emitido por el órgano respectivo dentro de una asamblea convocada conforme lo establecen las disposiciones legales y estatutarias respectivas. Esto implica, que tanto la asamblea como la decisión, deben establecerse según los requisitos y formalidades de ley; es decir, que la resolución esté conforme con el derecho, sea válida y eficaz.

---

<sup>84</sup> En este sentido ver JIMÉNEZ MORÚA Rosa María y QUESADA BIANCHINI Mario. op. cit., página 256.

<sup>85</sup> Vigente en Costa Rica según los artículos 120 y 140 del Código de Comercio.

<sup>86</sup> En este sentido ver el artículo 78 del Código de Comercio.

Para HALPERÍN<sup>87</sup> la resolución de asamblea válida equivale al primer requisito para el ejercicio de la figura del receso. Coincidimos con este autor, en tanto consideramos este presupuesto como el detonante para el efectivo ejercicio de este derecho.

Evidentemente, dicho acuerdo deberá implicar alguno de los supuestos de derecho de receso permitidos en el ordenamiento respectivo. Nótese que nuestra legislación actual incluye como causal de receso, el cambio de giro comercial que ocasione perjuicio al socio, situación distinta al cambio de objeto. Esto significa que podría no ser necesaria la existencia de un acuerdo de asamblea para que se produzca la causal del derecho de receso; pero el socio tendrá la carga de comprobar este cambio y el perjuicio que éste le cause.

*iii. Comunicación de la declaración de receso a la sociedad*

El derecho de receso implica, según nuestro criterio, una manifestación unilateral de la voluntad del recedente hacia la sociedad. Esta comunicación deberá realizarse a través de un medio fidedigno y de fácil comprobación que contenga una manifestación inequívoca de esta voluntad.

Esta comunicación, de acuerdo con nuestra legislación actual, deberá llevarse a cabo por medio de carta certificada o de cualquier otro medio de fácil comprobación. Parte

---

<sup>87</sup> HALPERÍN Isaac, citado por Ibid., página 257.

de la doctrina específica que deberá existir una constancia escrita, ya sea carta, documento, telegrama, acta notarial u otro, que dé fe de la recepción de la comunicación por la sociedad y de la fecha<sup>88</sup>. Esto, con el fin de poder determinar con certeza si la manifestación o la notificación, según el caso concreto, se realizó en tiempo. GAGLIARDO añade que esta constancia escrita resulta la forma eficaz de manifestarse frente a la sociedad<sup>89</sup>.

Otro sector de la doctrina también menciona que la separación deberá resultar de un acto escrito; a lo cual añade que no podría admitirse, en caso de una manifestación verbal, el ofrecimiento de testigos para comprobar su voluntad<sup>90</sup>.

Paralelamente, SALEME expone que el recedente deberá notificar a la sociedad de manera fehaciente su voluntad de receder. Asimismo, esta voluntad deberá manifestarse inequívocamente y no en términos potenciales<sup>91</sup>.

La doctrina también ha analizado el momento y el órgano ante el cual se deberá formular dicha comunicación a la sociedad. SALEME continúa exponiendo, que debe darse

---

<sup>88</sup> SALEME MURAD Marcelo. op. cit., página 34.

<sup>89</sup> GAGLIARDO Mariano. op. cit., página 458.

<sup>90</sup> DE GREGORIO Andrés, citado por JIMÉNEZ MORÚA Rosa María y QUESADA BIANCHINI Mario. op. cit., página 257.

<sup>91</sup> SALEME MURAD Marcelo. op. cit., páginas 33-34.

una distinción entre la manifestación de receder realizada en el momento de la asamblea y la que se presente con posterioridad a la clausura de la asamblea que dio lugar a receso.

En el primer caso, este autor<sup>92</sup> indica que bastaría con que se haga constar en el acta respectiva para que surta efectos en el caso del socio disidente del acuerdo asambleario. GAGLIARDO, por su parte, explica que los socios presentes en la asamblea podrán manifestarse en el mismo acto; esto basta para certificar ante la entidad o su representante, el derecho conferido<sup>93</sup>. En el caso de una manifestación de receso como la mencionada anteriormente, la comunicación a la que nos referimos deberá formularse ante la Asamblea de Socios.

En el segundo caso, SALEME expone, que si el socio estuvo ausente, se abstuvo o fue disidente y no manifestó su voluntad en el momento de la asamblea, la comunicación deberá dirigirse al órgano de representación de la sociedad dentro del plazo respectivo<sup>94</sup>.

HALPERÍN ha mencionado, que la declaración de receso deberá presentarse ante el Presidente del directorio como órgano de representación<sup>95</sup>, aunque no exige forma

---

<sup>92</sup> Ibid., páginas 33-34.

<sup>93</sup> GAGLIARDO Mariano. op. cit., página 458.

<sup>94</sup> SALEME MURAD Marcelo. op. cit., página 34.

<sup>95</sup> Lo cual también alude PENNACCA al referir la declaración de receso al que legalmente represente a la sociedad. Ibid., página 258.

solemne. Por lo tanto, puede ser postal, notarial o telegráfica. Afirma, eso sí, que deben tenerse en cuenta, las dificultades probatorias que permitan comprobar su existencia y el momento cuando se efectuó. Estos desafíos los que finalmente determinan el medio que debe elegir el socio, para lograr una comunicación efectiva y de fácil comprobación<sup>96</sup>.

En virtud de la naturaleza y efectos que conlleva esta figura, consideramos necesaria la exigencia de formalidades dentro del procedimiento por seguir para el ejercicio del derecho de receso. En este sentido, coincidimos con la necesidad de una comunicación escrita de fácil comprobación, donde conste tanto la efectiva comunicación a la sociedad como su fecha. Nuestra opinión es que la comunicación oral no debe ser admitida, salvo que se realice en la asamblea que habilita el receso, siempre y cuando se haga constar por escrito en el acta respectiva; con esto, se excluye una declaratoria verbal apoyada por testigos.

La decisión de ejercer el derecho de receso requiere una declaración expresa y material; significa que no debe ser una mera enunciación, sino la manifestación inequívoca de un acto declarativo que ciertamente demuestre la voluntad del socio.

En este mismo sentido, compartimos con ciertos matices, la tesis que comprende la posibilidad de realizar la comunicación durante o después de concluida la asamblea que dio

---

<sup>96</sup> HALPERÍN Isaac, citado por JIMÉNEZ MORÚA Rosa María y QUESADA BIANCHINI Mario. op. cit., página 258.

lugar a receso. Para el caso de ejercitar el derecho durante la asamblea, consideramos que debe dársele la posibilidad de manifestar su voluntad de receder, tanto al socio disidente como al abstenido; situación que pareciera incluir la posición de GAGLIARDO y no la de SALEME. Esto, por cuanto nos parece poco práctica una distinción entre socios asistentes a la asamblea específica y que pueden ejercer efectivamente el receso.

Por otra parte, si el receso se pretende ejercitar con posterioridad, debemos especificar que lo podrán hacer tanto disidentes como abstenidos; y que dicha comunicación deberá realizarse ante el órgano de representación, notificando preferiblemente al Presidente de manera personal, preferiblemente en el domicilio social de la compañía.<sup>97</sup>

*iv. No requiere aceptación de la sociedad*

La doctrina mayoritaria se ha inclinado por considerar que la declaratoria del receso se traduce en un acto meramente unilateral y voluntario que no requiere ser aprobado ni aceptado por la sociedad para surtir efectos<sup>98</sup>.

---

<sup>97</sup> En este sentido, SALEME MURAD expone que la notificación debe cursarse al órgano de representación de la sociedad, sin excepciones, al domicilio de la sede social, so pena de nulidad.

<sup>98</sup> En este sentido ver lo expuesto por HALPERÍN Isaac en JIMÉNEZ MORÚA Rosa María y QUESADA BIANCHINI Mario. op. cit., página 260.



Aunado a esto, DASSO<sup>99</sup> indica que el receso es exclusivamente unilateral y que la sociedad interviene únicamente en el momento que toma conocimiento y a esos exclusivos fines.

Por otra parte, SALEME MURAD propone, como expusimos anteriormente, que el receso es un acto jurídico bilateral. Esta bilateralidad propuesta implica que la comunicación realizada por el recedente debe ser aceptada por la sociedad notificada para que se perfeccione y opere la separación del recedente<sup>100</sup>.

La aceptación, continúa SALEME MURAD, requiere un acto del órgano de gobierno de la sociedad con expresa inclusión en el orden del día y de una resolución por mayoría, en la cual no participa el recedente por tener interés directo.

Como se dijo en líneas anteriores, somos del criterio que el ejercicio de este derecho es un acto unilateral del socio que tenga la potestad y la titularidad -como se verá a continuación- para realizarlo; todo esto, de conformidad con los supuestos establecidos por ley.

---

<sup>99</sup> DASSO Ariel, citado por SALEME MURAD Marcelo. op. cit., página 25.

<sup>100</sup> Ibid., páginas 34-35.

## **b) Titularidad**

La generalidad de la doctrina ha disputado la cuestión de la titularidad del derecho de receso; por lo tanto corresponde a continuación definir algunas posturas doctrinarias al respecto. En aras de una mejor exposición, consideramos necesario analizar separadamente las diferentes posturas ideológicas, descritas a continuación:

### *i. Socios disidentes*

Contrario a la mayoría de la doctrina y ordenamientos, el artículo 32 bis de nuestro Código de Comercio, legitima únicamente a los socios disidentes, para hacer efectivo su derecho de receso en los supuestos ahí contenidos. Como se expuso anteriormente, no compartimos este criterio por considerarlo restrictivo y discriminatorio con respecto de los socios abstenidos.

### *ii. Socios disidentes y ausentes*

La mayoría de la doctrina y legislación considera que quienes pueden ejercer el derecho de receso son los disidentes y ausentes. En este sentido, PENNACCA indica que la abstención en una decisión de asamblea, implica un asentimiento a la resolución de la mayoría y que por lo tanto, se deben dejar como titulares a los disidentes y a los socios que

no pudieron participar de la asamblea<sup>101</sup>. Este mismo pensamiento es apoyado por autores como SOPRANO, CASTILLO<sup>102</sup> y VELASCO ALONSO<sup>103</sup> que indican irrevocablemente que la abstención es igual a apoyar a la mayoría.

A pesar de ser la doctrina en la que se sostiene la mayoría de ordenamientos, consideramos que los socios abstenidos no necesariamente están de acuerdo con el criterio de la mayoría y que justamente por esto, decidieron no votar ni afirmativa ni negativamente, como se verá a continuación.

*iii. Socios disidentes, ausentes y abstenidos*

No obstante lo anterior, cierta doctrina considera que la titularidad del ejercicio del receso debe comprender tanto a socios disidentes y ausentes, como a los abstenidos.

SALEME MURAD<sup>104</sup> considera que son el socio contrario, el que se abstuvo, o el ausente, los que pueden optar por poner en marcha el mecanismo y ejercer el derecho de retirarse de la sociedad. Asimismo, considera que la previsión legal debe ser ampliada en

---

<sup>101</sup> PENNACCA Carlos, citado por JIMÉNEZ MORÚA Rosa María y QUESADA BIANCHINI Mario. op. cit., página 261.

<sup>102</sup> SOPRANO Antonio y CASTILLO Ramón, citados por Ibid., página 261.

<sup>103</sup> VELASCO ALONSO Angel, citado por Ibid., página 262-263.

<sup>104</sup> SALEME MURAD Marcelo. op. cit., páginas 32-33.

virtud de una falta de justificación de una limitante en cuanto a los titulares que se torna discriminatoria.

Por su parte HALPERÍN<sup>105</sup> menciona que la abstención funciona como un voto contra la reforma, ya que no contribuye a lograr las mayorías necesarias para la aprobación de resoluciones de asamblea, con lo que asimila al socio que se abstiene con el disidente.

Además, GARO sostiene que el concepto de disidentes tiene un sentido amplio, que incluye una disidencia tácita por el hecho de no otorgar el voto, pudiendo receder aún quienes no asistieron a la asamblea y los presentes que se abstuvieron de votar<sup>106</sup>.

Una concepción interesante es la que formula VIVANTE al considerar que si la ley asimila a los ausentes con los disidentes por no manifestarse ni a favor ni en contra, pareciera justo considerar a los socios abstenidos también como disidentes puesto que ellos tampoco contribuyeron a formar mayoría ni votaron expresamente en contra<sup>107</sup>.

---

<sup>105</sup> HALPERÍN Isaac, citado por JIMÉNEZ MORÚA Rosa María y QUESADA BIANCHINI Mario. op. cit., página 264.

<sup>106</sup> GARO Francisco, citado por GAGLIARDO Mariano.. op. cit., página 456.

<sup>107</sup> VIVANTE Cesare, citado por JIMÉNEZ MORÚA Rosa María y QUESADA BIANCHINI Mario. op. cit., páginas 264-265.

En este sentido, coincide con este pensamiento ARIAS SÁNCHEZ<sup>108</sup>, para quien el ordenamiento jurídico en Costa Rica debe adoptar un criterio amplio y permitir que sea titular tanto el socio que asiste a la asamblea y vota en contra, como el que se abstiene o no asiste del todo.

No concordamos con esta posición, pues consideramos que si bien el derecho de receso debe ser restrictivo en cuanto a las causales que habiliten su ejercicio; una vez verificada una causal, la legitimación debe corresponder a cualquier socio que se considere afectado por el acuerdo de la asamblea, siempre que haya asistido a ésta; sea este disidente o abstenido.

*iv. Socios disidentes y abstenidos*

No hemos encontrado regulación en derecho comparado que únicamente otorgue la posibilidad de ejercer el receso a los socios disidentes y abstenidos. Sin embargo, como en líneas anteriores lo mencionamos, somos del criterio que es únicamente a estos dos tipos de socios, quienes se les debe otorgar esta potestad.

Consideramos que el socio ausente no merece ser cobijado por este ejercicio, ya que de haberse tomado todas las previsiones, no existe razón alguna por la cual se justifique su

---

<sup>108</sup> ARIAS SÁNCHEZ Rodrigo. op. cit., página 51.

ausencia, o la de un apoderado, a asambleas donde se tomen acuerdos que modifiquen sustancialmente el pacto; más aún si era de tanto interés. En cuanto a los abstenidos, nos remitimos a lo anteriormente estipulado por la mayoría de la doctrina y a nuestro análisis final.

### **c) Plazo y caducidad**

El instituto del derecho de receso normalmente está sujeto a dos plazos de caducidad. El primero de ellos se refiere al plazo que tiene el socio disconforme con la decisión de asamblea que lo habilita para ejercer el receso y comunicarlo a la sociedad; el segundo, corresponde al plazo que tiene la sociedad para revocar el acuerdo que otorgue a los socios la posibilidad de ejercer el receso.

Nuestra legislación únicamente incluye el primero de estos plazos; otorgando cinco días al socio disidente para comunicar a la sociedad su voluntad de receder. Este plazo se computa, en general, a partir de la inscripción del acuerdo en el Registro Mercantil. En las causales de no reparto de utilidades y cambio de giro de actividad que perjudique al socio, la ley otorga un plazo de un año, contado a partir de producida la causal para su ejercicio.

Transcurridos los plazos anteriores, sin que el socio legitimado ejerza el derecho de receso y lo comunique a la sociedad siguiendo las formalidades de ley, la acción caduca.

SALEME MURAD<sup>109</sup> indica que el socio tiene un plazo útil dentro del cual debe exteriorizar su voluntad de receder. De igual forma, este autor menciona que el pacto social podría ampliar este plazo, pero nunca disminuirlo por existir una prohibición legal expresa.

En otras legislaciones, como la argentina<sup>110</sup>, a partir del acuerdo social se otorga un plazo de quince días a los socios disconformes para ejercer el derecho. De igual forma, distintos ordenamientos<sup>111</sup> como el italiano, peruano y español, establecen plazos diversos para ejercer este derecho con ciertas modalidades; estos varían dependiendo de la situación del socio que lo ejerza (disidente o ausente), y la causal o tipo de modificación que lo habilita. De esta manera, el cómputo y la extensión de los plazos para determinar la eficacia del ejercicio del derecho de receso, varían según la política legislativa de cada país en su momento.

Es menester analizar si este plazo anteriormente mencionado, gira en torno a que el recedente manifieste o exprese su voluntad o bien, si es para que la sociedad la conozca o la reciba. Pareciera que lo más conveniente sería que la sociedad conozca, dentro del plazo estipulado, con el fin de evitar posibles nulidades o una falta de derecho por parte del recedente.

---

<sup>109</sup> SALEME MURAD Marcelo. op. cit., páginas 41.

<sup>110</sup> Ibid., página 27.

<sup>111</sup> JIMÉNEZ MORÚA Rosa María y QUESADA BIANCHINI Mario. op. cit., página 269.

Sin embargo, dada la naturaleza de la figura y lo breve de la generalidad de los plazos, podría considerarse en ciertos supuestos, que la manifestación inequívoca por parte del recedente sería suficiente para que la acción no caduque<sup>112</sup>. Desde luego, esto depende del medio que utilice el recedente para hacer su manifestación ya que, en el caso de situaciones en las cuales la comunicación y la recepción del mensaje son prácticamente simultáneas, como una actuación notarial, la recepción de la comunicación debería darse dentro del plazo que estipule la ley. Finalmente, en el caso de comunicaciones que se prolonguen en el tiempo, caso del correo certificado, pareciera que parte de la doctrina<sup>113</sup> se inclina por considerar que el plazo es en favor del recedente y basta que la comunicación se hubiere enviado dentro del plazo, para que surta efectos el receso sin importar el momento cuando la sociedad la reciba.

En este sentido, consideramos que la declaración de receso tiene un carácter recepticio; por lo tanto surte efectos en el momento de su recepción por parte de la sociedad. Sin perjuicio de lo anterior, en ciertos casos como el del correo certificado, la manifestación se considerará realizada en tiempo, si fue emitida dentro del plazo otorgado por la ley o los estatutos.

---

<sup>112</sup> En este sentido ver SALEME MURAD Marcelo. op. cit., página 42.

<sup>113</sup> Ibid., página 42.



En este mismo orden de ideas, la doctrina se ha debatido sobre la posibilidad de suspender el plazo de caducidad para el ejercicio del receso en virtud de una impugnación del acuerdo de asamblea que lo habilita. La jurisprudencia argentina más renombrada<sup>114</sup> niega la posibilidad de que la acción de nulidad pueda suspender el plazo, ya que ésta no es una acción que pretenda tutelar el interés de un socio determinado. Consecuentemente, si la reunión de socios se declara válida, podría haberse perdido la oportunidad de receder, con lo cual SALEME<sup>115</sup> propone como remedio legítimo solicitar la nulidad y receso en subsidio para el caso que quede firme la decisión impugnada.

Esta tesis es compartida por CÁMARA y reafirmada por GAGLIARDO, quienes exponen que puede ejercerse el receso en forma subsidiaria, en el caso que no prospere la impugnación de la asamblea de socios. Esto pareciera lógico, ya que si la acción principal prospera, el receso carecerá de causa<sup>116</sup>. Ahora bien, lo anterior no significa que el ejercicio de este derecho pueda interponerse fuera del plazo de ley, sino que el socio recedente deberá oponer su derecho dentro del término prescrito por ley, aunque la acción de nulidad de la asamblea se presente con posterioridad.

---

<sup>114</sup> Tacchi, Carlos c. Peters Hnos s./ordinario, CNCom, Sala D 08/07/92, (RJCCOM, 1992-474) citada por Ibid., página 43.

<sup>115</sup> Ibid., página 43.

<sup>116</sup> GAGLIARDO Mariano. op. cit., página 458.

De esta manera, es evidente que esta situación no podría plantearse a la inversa, ejerciendo el derecho de receso y en subsidio solicitar la nulidad del acuerdo asambleario. Esto implicaría una incompatibilidad de pretensiones y un subsecuente carecimiento de causa sobre lo solicitado. SALEME<sup>117</sup> alega que esto podría constituir un venir contra los propios actos, a lo que la jurisprudencia argentina agrega, que además choca la buena fe comercial y, a todo sentimiento de justicia, la pretensión de obtener una ventaja fundada en argumentos que -aunque no desde el perfil cronológico, pero sí lógico- reposan en una base antinómica o que peca de autocontradicción en sus términos<sup>118</sup>.

El segundo plazo al que hicimos referencia anteriormente, es el que podría tener la sociedad para revocar el acuerdo que otorgue a los socios la posibilidad de ejercer el receso, haciendo caducar su ejercicio. Como se mencionó, el ordenamiento costarricense no contempla este supuesto.

Dicha posibilidad se encuentra comprendida en legislación comparada, sujetando a condición resolutoria el ejercicio del derecho de receso. Esto significa que la sociedad podrá, en el plazo perentorio dispuesto por ley, revocar el acuerdo de asamblea que motivó el receso, sin mayores consecuencias. GAGLIARDO afirma, que si la decisión que motiva

---

<sup>117</sup> SALEME MURAD Marcelo. op. cit., página 44.

<sup>118</sup> Rydams de Meuser, Alicia y otro c. Comercial Belga Argentina S.A., L.L, 1984-B citada por SALEME MURAD (Marcelo) op. cit., página 44.

el derecho de receso es revocada por asamblea extraordinaria, se presenta la caducidad de la prerrogativa del socio; esto es, no habría causal para ejercer el receso<sup>119</sup>.

El mencionado autor advierte, que el plazo de revocatoria y por consiguiente, el de la caducidad, serán fijados por el ordenamiento jurídico. Consideramos que estos plazos no deben ser muy extensos ya que la situación jurídica de incertidumbre del socio recedente debe de aclararse pronto. En Argentina por ejemplo, se otorga en las sociedades anónimas un plazo de setenta y cinco días a partir de la clausura de la asamblea; y este plazo puede ser estatutariamente disminuido y no ampliado, por ir este último supuesto en contra del socio recedente<sup>120</sup>.

Consideramos que este plazo, el cual tiene la sociedad para revocar la decisión que da origen a receso, se presenta como una oportunidad para que la sociedad pueda revisar la decisión y decidir qué es lo más conveniente para el interés social, en virtud de una potencial disminución del patrimonio derivada del interés particular del recedente.

Como se analizará posteriormente, creemos conveniente que la legislación costarricense incorpore esta posibilidad dentro de la regulación del derecho de receso y no se deje al arbitrio de las partes o de la jurisprudencia los efectos que pudiera presentar una

---

<sup>119</sup> GAGLIARDO Mariano. op. cit., página 459.

<sup>120</sup> Ibid., página 37.

revocación posterior al ejercicio del derecho. Consideramos que en el estado actual de la legislación, una vez ejercido el derecho, surte todos sus efectos, inhabilitando a la asamblea para que revoque la decisión que lo originó, con el fin de dejarlo sin causa.

## **CAPÍTULO SEGUNDO: DERECHO DE RECESO COMO DERECHO DEL SOCIO**

### **SECCIÓN I: CONDICIÓN DE SOCIO COMO SITUACIÓN JURÍDICA COMPLEJA**

Es evidente que el origen de una sociedad de capital, en cuanto a su organización y personalidad jurídica independiente, deviene de un contrato social cuyos elementos y contenido mínimo están determinados por ley<sup>121</sup>. La suscripción y por lo tanto, participación dentro de un contrato societario, hace que cada una de las partes contratantes se convierta en socio de la otra.

Los socios son necesarios, no para servir de substrato al ente jurídico societario, sino porque la organización requiere socios para la conformación de las estructuras sociales y para que el interés societario adquiera sentido y contenido concreto<sup>122</sup>. Esto significa, que la figura del socio es fundamental para la formación de la sociedad.

---

<sup>121</sup> En este sentido remitirse al artículo 18 y siguientes de nuestro Código de Comercio.

<sup>122</sup> CABANELLAS DE LAS CUEVAS Guillermo. op. cit., páginas 13-14.

Esta posición, situación o estado jurídico, implica una serie de características y particularidades, que de manera general se pretenden analizar en este capítulo. El concepto de estado o condición del socio, para describir la posición jurídica de éste durante la existencia de la sociedad, es aceptada por la doctrina societaria contemporánea<sup>123</sup>.

Es importante tener presente, que para el nacimiento de las relaciones jurídicas que componen el estado de socio, evidentemente es necesario serlo. Esta condición puede ser adquirida en varios supuestos: participación en el acto constitutivo, adquisición a posteriori de participaciones societarias, por suscripción de acciones de nueva emisión<sup>124</sup> o bien, por resolución judicial. Recordemos que las participaciones sociales son unidades cuantificadas mediante las que se representa el estado jurídico derivado de la condición de socio<sup>125</sup>.

Respecto de estos derechos inmersos en la participación social, la clasificación tradicional oponía los derechos reales a los derechos de crédito<sup>126</sup>; es decir, los veía como derechos sobre un cosa incorporal o bien, sobre la cosa corporal; el título.

---

<sup>123</sup> Ibid., página 15. También apoyada por autores como E. ZALDÍVAR, G.R. COLOMBRES, J.M. FARINA, ASCARELLI y HALPERÍN. En este sentido ver BRUNETTI, Antonio. (2002). Sociedades Mercantiles: Aspectos generales de la sociedad. Editorial Jurídica Universitaria, San José, Costa Rica, página 121-122.

<sup>124</sup> BRUNETTI Antonio. op. cit., página 124.

<sup>125</sup> CABANELLAS DE LAS CUEVAS Guillermo. op. cit., página 26.

<sup>126</sup> FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ Adrián y HERNÁNDEZ MOREIRA Alexis. op. cit., páginas 30-31.

Para BRUNETTI, el socio no es un comunero ni copropietario de los bienes sociales y tampoco puede decirse que la posición jurídica del socio sea la de un acreedor; sino que existe una serie de facultades y derechos reconocidos al socio, que difícilmente pueden encajar en el esquema del derecho de obligaciones<sup>127</sup>.

El fundamento de la calidad del socio reside en su participación social, sea esta representada por la acción o la cuota, según el tipo societario. Tanto es así que al socio se le denomina accionista, si pertenece a la Sociedad Anónima y cuotista, en relación con la Sociedad de Responsabilidad Limitada.

Considerando la complejidad de las relaciones jurídicas en la situación de socio, se reconoce que la participación social no incorpora ni un derecho real ni uno de crédito, sino situaciones jurídicas que abarcan derechos de especial naturaleza, intereses legítimos, expectativas, potestades, cargas así como especiales obligaciones.

De esta manera, la calidad de socio se descompone en un conjunto de derechos y obligaciones concretas; no por ello estáticos, que juntos componen la situación jurídica de socio o estado jurídico del socio, que es a su vez, compleja por las mismas características que presenta.

---

<sup>127</sup> BRUNETTI Antonio. op. cit., página 121.

### **a) Contenido de la participación social**

La participación social, definida instrumentalmente como estado o condición de socio, se refiere a situaciones jurídicas complejas que incorporan el conjunto de derechos, obligaciones y otras responsabilidades que devienen de la condición de socio; componiéndose éste de relaciones jurídicas con la sociedad, con los otros socios y con terceros<sup>128</sup>. En este mismo sentido, ZALDÍVAR afirma que por estatus debe entenderse una situación jurídica determinada por la naturaleza del vínculo, que crea un complejo de deberes, derechos, atribuciones y poderes, del socio de la sociedad, frente a ésta y respecto a terceros<sup>129</sup>.

Por su parte, BRUNETTI<sup>130</sup> expone, que en virtud de que la relación entre el socio y la sociedad es generalmente de duración, pareciera más eficaz mantener el concepto condición de socio como el más apropiado para indicar el conjunto de deberes y derechos, funciones y facultades correspondientes al socio, respecto de la sociedad.

El ser socio presupone un dinamismo constante respecto de los derechos, obligaciones y responsabilidades que esta posición conlleva; esto significa que bajo

---

<sup>128</sup> CABANELLAS DE LAS CUEVAS Guillermo. op. cit., página 15.

<sup>129</sup> ZALDÍVAR Eduardo, citado por Ibid., página 15.

<sup>130</sup> BRUNETTI Antonio. op. cit., página 121.

determinadas circunstancias pueden nacer o extinguirse nuevos derechos y obligaciones. También nos reafirma la complejidad del estado de socio, dejando de manifiesto ciertas de sus particularidades.

Normalmente, un conjunto de relaciones jurídicas con distintas partes no puede ser transmitido en forma global sin el consentimiento de éstas; por lo menos si esto implica un desprendimiento de obligaciones. Sin embargo, la doctrina mayoritaria afirma que cuando se transfieren participaciones sociales, se transmiten conjuntamente los derechos, obligaciones y responsabilidades correspondientes al estado de socio, sin necesidad de cumplir otros requisitos distintos a los de transmisión de participaciones conforme con el tipo societario correspondiente, configurando esto mismo la real complejidad de la condición de socio<sup>131</sup>.

#### **b) Clasificación de los derechos de los socios**

Como se mencionó, la condición de socio implica una pluralidad de derechos de muy distinto género. Es importante recordar que todo derecho, incluidos los de los socios, supone una obligación correlativa. Dicho así, los derechos de los socios son el correlato de obligaciones de la sociedad o de los restantes socios.

---

<sup>131</sup> CABANELLAS DE LAS CUEVAS Guillermo. op. cit., página 16.



Ahora bien, nos corresponde analizar brevemente la clasificación de los derechos del socio, como instrumento para entender la colectividad de derechos inmersos dentro de la participación social. Existen variadas clasificaciones dentro de la doctrina actual; sin embargo, nos limitaremos a mencionar las que a nuestro criterio son más importantes.

Una primera clasificación divide los derechos en función de su origen<sup>132</sup>. Los derivados de la naturaleza de la sociedad considerados indisponibles e irrenunciables, aunque libremente ejercitables por el socio; los concedidos por la ley, indisponibles pero renunciables; los estatutarios que son concedidos por la Asamblea y renunciables y disponibles. Por último, los derivados de pactos entre la sociedad y el socio o entre los socios.

BRUNETTI<sup>133</sup> por su parte, realiza diversas clasificaciones, entre las cuales nos interesan para efectos de receso, las siguientes: derechos modificables por la mayoría y derechos no susceptibles de tales modificaciones; derechos insuprimibles y derechos que no presentan esa condición. El receso se encuentra comprendido dentro de los derechos no susceptibles de modificación mayoritaria e insuprimibles; esto, por ser un derecho imperativo, insuprimible e irrenunciable, ex ante, por disposición legal.

---

<sup>132</sup> BARRERA GRAF Jorge. op. cit., página 320.

<sup>133</sup> BRUNETTI Antonio. op. cit., página 122.

En este mismo sentido FÁBREGA POLLERI<sup>134</sup> se refiere a una clasificación de derechos donde se distinguen los políticos o de participación social, de los económicos; y los de ejercicio colectivo con los de ejercicio individual; se establece que ciertos derechos podrían pertenecer a más de una categoría.

Como se dijo, existe gran cantidad de clasificaciones<sup>135</sup> que en este estudio, no corresponde profundizar. Por ello, nos concentraremos en la clasificación considerada tradicional que la doctrina divide en derechos patrimoniales y derechos políticos o parapáticos<sup>136</sup>.

A manera general, la doctrina diferencia unos de otros, con base en el contenido económico inmediato de los patrimoniales y el contenido económico mediato o instrumental de los políticos. Estos últimos, no tienen en sí mismos un contenido o valor

---

<sup>134</sup> FÁBREGA POLLERI Juan Pablo, (2005). Los derechos de los accionistas y la situación de los minoritarios en las sociedades anónimas panameñas. Editorial Molino y Mulino, Ciudad de Panamá, Panamá, página 78.

<sup>135</sup> Ver en JIMÉNEZ MORÚA Rosa María y QUESADA BIANCHINI Mario. op. cit., página 68-73, otras clasificaciones como la de GARRIGUEZ que adopta tres subdivisiones principales: según el contenido (derechos patrimoniales o administrativos), según la forma de su ejercicio (ejercido aisladamente o de manera colectiva) y por su revocabilidad (sean derechos generales o individuales) o la de RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ que incluye derechos patrimoniales y de consecución con posteriores divisiones entre principales y accesorios y administrativos y de vigilancia.

<sup>136</sup> CABANELLAS DE LAS CUEVAS Guillermo. op. cit., página 78.

económico, pero permiten proteger o hacer efectivos derechos que sí tienen ese contenido<sup>137</sup>.

Otros autores definen los derechos políticos como aquellos cuyo ejercicio tiene un impacto en el funcionamiento de la sociedad y en la toma de decisiones, como en la participación en asamblea y el ejercicio del voto. Por otra parte, los derechos de contenido económico serían los que le representan un beneficio patrimonial al socio, como son recibir dividendos y participar en la liquidación del patrimonio social como resultado de su disolución<sup>138</sup>.

Los derechos patrimoniales normalmente se traducen a dos: el derecho a participar de los beneficios de la sociedad (recibir dividendos, utilidades), y el derecho de participación en el producto de la liquidación del ente societario. Por otra parte, son considerados derechos políticos o para-políticos, el derecho del socio a votar en las asambleas de socios u órganos de gobierno, derecho a la información y derecho a controlar la actuación de los administradores, entre otros<sup>139</sup>.

---

<sup>137</sup> Ibid., página 78.

<sup>138</sup> FÁBREGA POLLERI Juan Pablo. op. cit., páginas 78-79.

<sup>139</sup> CABANELLAS DE LAS CUEVAS Guillermo. op. cit., páginas 78-79.

Sin perjuicio de lo anterior, CABANELLAS DE LAS CUEVAS<sup>140</sup> considera que desde el punto de vista de la clasificación general de los derechos y no propiamente de los socios, todos los derechos de los socios son patrimoniales. Lo anterior, por cuanto son derechos destinados a proteger la esfera económica de la persona, y no inciden en aspectos extraeconómicos como los derechos derivados de las relaciones de familia o de la condición de ciudadano. Considera que esta confusión ha fomentado que parte de la doctrina propugne la indisponibilidad de los derechos políticos, lo que considera errado.

A nuestro criterio, las clasificaciones de los derechos de los socios son importantes y necesarias, en el tanto se consideren como aproximaciones doctrinarias que sirven de herramienta para lograr comprender el amplio espectro de facultades dentro de la participación social; es decir, con meros fines académicos. Sin embargo, consideramos que se debe tener en cuenta el interés último que debe predominar en el espíritu societario; el fin de lucro.

Por esta razón, consideramos al igual que CABANELLAS DE LAS CUEVAS, que todos los derechos de los socios son de corte patrimonial. Si bien existen y seguirán existiendo múltiples sectores de la doctrina que lo censuren, la realidad de las cosas radica en que los derechos del socio son mecanismos que ejerce para poder lograr, inmediata o mediatamente, su lucro dentro del bienestar social.

---

<sup>140</sup> Ibid., página 79.

De esta manera, consideramos que esta debe ser la clasificación general de los derechos de los socios sin menospreciar ni contradecir otras específicas que permiten profundizar en el análisis jurídico.

## **SECCIÓN II: DERECHO DE RECESO DENTRO DE LOS DERECHOS DE LOS SOCIOS**

Es necesario ubicar al derecho de receso dentro de la clasificación tradicional de los derechos de los socios para analizar su disponibilidad.

### **a) Relación de derechos entre la sociedad y sus socios**

Al estudiar las sociedades de capital, encontramos dos tipos de normas diferenciadas; las que regulan las relaciones de los socios entre ellos o con la sociedad y aquellas que regulan las relaciones de la sociedad con terceros<sup>141</sup>.

Las razones por las cuales la organización de estas sociedades viene presidida por la ley de la mayoría, no se refieren solamente a consideraciones prácticas fundadas en la imposibilidad material de obtener un consentimiento unánime por parte de un gran número de socios, en caso que exista. Una sociedad se constituye en el interés común de los socios,

---

<sup>141</sup> JIMÉNEZ MORÚA Rosa María y QUESADA BIANCHINI Mario. op. cit., página 75.

el cual no puede quedar supeditado a los criterios de un pequeño grupo disidente, que incluso, puede ser el de un solo socio.

A pesar de lo mencionado anteriormente, frente a las facultades y poderes que disponen los socios en condición de mayoría y con el fin de orientar debidamente los negocios de la sociedad, debe establecerse un equilibrio referido a las garantías y seguridades que deben alcanzar a los socios en condición de minoría<sup>142</sup>.

Este principio de equidad implica evitar toda posibilidad que los socios en capacidad de decidir la voluntad social, en virtud de disponer de mayor número de votos, puedan abusar de sus derechos y de su posición privilegiada en perjuicio de los demás. Lo importante es amparar los derechos legítimos de las personas socias en condición de minoría, sin que esto signifique obstaculizar la voluntad mayoritaria. Desde luego, quienes han invertido mayor capital en una sociedad, no deben ajustar necesariamente sus decisiones a los intereses de la minoría.

Ahora bien, como contrapeso de este concepto, la protección de las minorías no tiene como objeto limitar a favor de éstas los poderes de la mayoría sino, en impedir a los socios en condición de mayoría hacer uso de sus facultades en forma abusiva. Desde luego, el derecho de receso viene a formar parte de estos derechos de socios en condición de

---

<sup>142</sup> Ibid., página 76.

minoría; sin embargo, es menester aclarar su ubicación en relación con la generalidad de los derechos de los socios, sin importar su condición.

### **b) Contenido patrimonial del derecho de receso**

Partiendo de que el fin de las sociedades de capital es la obtención de beneficios o el lucro; los derechos de los socios, sean considerados patrimoniales, políticos, o de cualquier otra manera, siempre tienden a la consecución de dichos fines. Como se mencionó, CABANELLAS DE LAS CUEVAS<sup>143</sup> afirma que todos son en realidad derechos patrimoniales, y como tales, podrían ser en principio cedidos o renunciados. Por ello, de existir restricciones a la disponibilidad de este derecho, deben darse por ley o por medio de disposiciones contenidas en el contrato social.

Como bien lo mencionamos, compartimos la posición del referido autor en el sentido, que de manera general, todos los derechos de los socios tienen contenido patrimonial, ya sea directa o indirectamente. Además, dentro de la categoría propuesta por BRUNETTI que divide los derechos en individuales y sociales, el derecho de receso es considerado un derecho individual por cumplir dos características: estar contenido en la ordenación jurídica de la sociedad y el hecho de que los órganos de la sociedad no puedan

---

<sup>143</sup> Ibid., página 82.

suprimirlo<sup>144</sup>. Por ello, consideramos que el receso es un derecho individual dentro de la situación jurídica del socio, de carácter patrimonial e indisponible. Incluso, la ley costarricense indica que es nulo cualquier pacto que tienda a entorpecer, limitar o excluirlo.

No obstante lo anterior, el carácter indisponible de este derecho está estrictamente relacionado con su irrenunciabilidad. Esto es, que será únicamente cuando opera la causal, que el ejercicio del receso se puede renunciar expresa o tácitamente. Por otra parte, el socio recedente podría optar por ejercerlo dentro del plazo y ceder los beneficios patrimoniales que de éste se deriven a un tercero, ya que esos efectos son exclusivos de su potestad. Como desarrollamos en el capítulo precedente, uno de los presupuestos para el ejercicio del receso es el carácter de socio contemporáneo al acto y la posterior comunicación a la sociedad dentro del plazo estipulado.

CABANELLAS DE LAS CUEVAS apunta, que el fundamento del régimen del derecho de receso se ve afectado por el hecho de que la ley limita el derecho o lo excluye y que de esta manera, únicamente es posible renunciar con posterioridad a que haya nacido en virtud de una causal determinada y sólo con respecto de ese caso específico<sup>145</sup>.

---

<sup>144</sup> BRUNETTI Antonio. Sociedades Mercantiles: Sociedad Anónima. Editorial Jurídica Universitaria, San José, Costa Rica, 2002, página 451.

<sup>145</sup> CABANELLAS DE LAS CUEVAS Guillermo. op. cit., página 168.



Por otra parte es importante indicar, que el derecho de receso tiene un contenido, a nuestro criterio, netamente económico aunque tenga efectos directos de corte político. Además, en general, la ley no indica razón alguna que deba impedir su renuncia, siendo que en general los ordenamientos jurídicos dejan con libertad de contratación, materias que tocan intereses económicos aún más básicos y que no implican ninguna negociación. Esto último, previamente analizado como una cuestión de mera política legislativa.

El derecho de receso no es renunciable sino hasta que se configure la causal, ya que, como se vio, el recedente siempre será el que tenga la condición de socio en dicho momento. De manera potestativa, el recedente podrá ceder o traspasar los derechos que le correspondan de su ejercicio sin que la sociedad, otros socios o terceros, puedan oponerse. Esto en virtud de la autonomía de la voluntad con respecto de este potencial derecho de crédito.

## **TÍTULO SEGUNDO: REGULACIÓN, ANÁLISIS Y CRÍTICA DEL DERECHO DE RECESO**

### **CAPÍTULO PRIMERO: DERECHO DE RECESO EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO COSTARRICENSE**

#### **SECCIÓN I: ANTECEDENTES DEL DERECHO DE RECESO**

La corriente legislativa vigente en Costa Rica ha regulado dentro de las sociedades mercantiles, las diversas relaciones entre socios. En el ciclo de vida de una sociedad, las situaciones que prevalecían en el momento de su formación pueden haberse alterado considerablemente. Esto implica, que la sociedad debe modificar su pacto social e incluso su estructura, en aras de una efectiva conservación y progreso.

Sin embargo, este tipo de modificaciones plantea graves problemas que pueden alterar el equilibrio interno de las relaciones entre socios, los derechos de éstos o las mismas bases de la sociedad. Así las cosas, el legislador ha sido consciente de la gravedad implícita en dichas modificaciones -como sería el caso de una disminución de capital<sup>146</sup>-;

---

<sup>146</sup> En este sentido ver el artículo 31 del Código de Comercio que en lo que interesa dice: “...La disminución de capital no afectará a terceros sino después de tres meses de publicada por tercera vez en el diario oficial La Gaceta. Durante ese término, cualquier acreedor de la compañía podrá oponerse a la disminución de capital, si prueba que le cause perjuicio...”.

por lo tanto ha establecido rígidos procedimientos que deben observarse junto a un cúmulo de garantías en favor de la sociedad, de los socios e incluso de terceros acreedores. Todos los cuales pueden directa o indirectamente ser perjudicados por la reforma al contrato social.

#### **a) Precario desarrollo del derecho de receso**

En Costa Rica existe una asimetría en el desarrollo del derecho de receso, en comparación con legislaciones europeas o incluso suramericanas. A pesar de que el Código de Comercio hondureño utilizado como base y referencia por nuestros legisladores sí contenía norma expresa que regulara el instituto del receso<sup>147</sup>, nuestra Ley No. 3284 del 24 de abril de 1964 no incluyó estipulación expresa al respecto. Pareciera que los legisladores de la época no consideraron necesario regular la figura, de acuerdo con el contexto y las necesidades en ese momento, o simplemente, no entendían el instituto y su trascendencia.

No es sino hasta la promulgación de la Ley Reguladora del Mercado de Valores número 7201 del 10 de octubre de 1990, que el ordenamiento jurídico le confiere a los socios, la posibilidad de retirarse de la sociedad exigiendo el reembolso del valor de sus aportes. Esto como situación excepcional y a través del derecho de receso.

---

<sup>147</sup> En este sentido ver los artículos 315 a 324 del Código de Comercio de Honduras. Sistema de Información Consultiva de la República de Honduras (2002). [http://www.sic.gob.hn/transparencia/documentos/Leyes/Codigo\\_del\\_Comercio.pdf](http://www.sic.gob.hn/transparencia/documentos/Leyes/Codigo_del_Comercio.pdf). [Consulta: 10 de septiembre del 2008].

Como ya se mencionó, previo a la reforma referida al Código de Comercio, éste era omiso en cuanto a la figura del derecho de receso. Sin embargo, ya en ese momento algunos artículos ofrecían cierta referencia a éste, como lo veremos a continuación.

#### **b) Referencias a figuras análogas al receso**

En primera instancia, es interesante el caso del artículo 116 del Código de Comercio, mediante el cual se regula la situación de los suscriptores disidentes de una sociedad anónima por suscripción pública, en el perfeccionamiento del contrato social. En éste se incluye la posibilidad de retirar los aportes cuando en la Asamblea General Constitutiva se decida modificar el proyecto de escritura, de acuerdo con el Programa<sup>148</sup>.

Asimismo, el artículo 175 de esta misma ley establece la obligatoriedad para todo socio, incluso ausente o disidente, de acatar toda resolución legalmente adoptada por asamblea de accionistas. Sin embargo, este artículo deja a salvo los derechos de oposición que señale o llegue a señalar este Código<sup>149</sup>.

Por otra parte, en el capítulo referido a la disolución de las sociedades en general de este Código, el artículo 204 establece, que salvo pacto expreso en contrario, el retiro de

---

<sup>148</sup> Ibid., Artículo 116.

<sup>149</sup> Ibid., Artículo 175.

un socio colectivo o comanditado no es causa de disolución. En este mismo sentido, el artículo 205 posibilita la inclusión del retiro de uno de los socios como causa de disolución en las sociedades de responsabilidad limitada<sup>150</sup>. Adicionalmente, el artículo 223 de este mismo cuerpo normativo faculta a retirarse de la sociedad, al socio colectivo o comanditado que esté en desacuerdo con la fusión<sup>151</sup>.

Por último, la legislación civil también es de interés analizarla, por ser ley supletoria del Código de Comercio<sup>152</sup>, ya que, en el artículo 1205 incisos 3 y 4 del Código Civil, se prohíbe que los socios puedan renunciar a la sociedad, aunque haya justa causa agregando que cualquiera de los socios podrá retirar lo que tenga en la sociedad, cuando lo tuviere a bien<sup>153</sup>.

Aunque el derecho de receso no implique una renuncia, podría interpretarse así bajo el supuesto del inciso tercero anterior; desde luego, al existir norma expresa que regula la figura, esto deja de ser una posibilidad. Respecto del inciso cuarto, pareciera que la norma supletoria prohibiría el retiro voluntario del socio a su completa discrecionalidad,

---

<sup>150</sup> Ibid. Artículos 204 y 205.

<sup>151</sup> Ibid. Artículo 223.

<sup>152</sup> En este sentido ver el artículo 2 del Código de Comercio.

<sup>153</sup> Código Civil. Artículo 1205 incisos 3 y 4.

llevándose lo que tenga en la sociedad, aún cuando esta posibilidad se haya acordado por estatutos.

Sin embargo, ninguno de los anteriores artículos se refiere específicamente a la figura del receso; además su regulación es superflua y carece incluso, de procedimiento. Estos artículos, si bien se podría considerar que hacen mención a un posible derecho de retiro, lo cierto es que ninguno autoriza la existencia del receso como tal, ni lo regula de una manera adecuada.

Antes de la incorporación del artículo 32 bis al Código de Comercio, consideramos que no hubiera cabido una interpretación extensiva de los preceptos legales de ese momento ni los anteriormente mencionados, para dar paso al derecho de receso y sus mencionados efectos.

Así las cosas, con la reforma del año 1990, nuestro Código de Comercio incluye el derecho de receso en su artículo 32 bis, ubicándolo dentro de las disposiciones generales de la sociedades, aunque con ciertas particularidades que merecen ser analizadas a continuación.

## **SECCIÓN II: REGULACIÓN NORMATIVA DEL DERECHO DE RECESO**

Como se mencionó anteriormente, el instituto del derecho de receso se encuentra regulado únicamente dentro de las disposiciones generales de las sociedades, en el artículo 32 bis del Código de Comercio<sup>154</sup>; por tanto, pareciera evidente que el derecho asiste a socios de cualquier tipo societario. Sin embargo, cabe destacar que en dicha norma se utiliza la palabra “acciones”, con lo cual podría pensarse que esta figura fue pensada más para las sociedades anónimas, que para otros tipos societarios. Esto, posiblemente porque nuestro legislador haya incurrido en esta imprecisión técnica por descuido y falta de técnica legislativa o bien, porque consideró que era en las sociedades anónimas donde posiblemente tuviera más utilidad.

#### **a) Aplicabilidad en las sociedades de responsabilidad limitada**

---

<sup>154</sup> “Artículo 32 bis - Los socios disidentes de los acuerdos de prórroga del plazo social, traslado del domicilio social al extranjero y transformación y fusión que generan un aumento de su responsabilidad, tienen derecho a retirarse de la sociedad y a obtener el reembolso de sus acciones, según el precio promedio del último trimestre, si se cotizan en bolsa, o proporcionalmente al patrimonio social resultante de una estimación pericial.

La declaración de retiro debe ser comunicada a la sociedad por carta certificada o por otro medio de fácil comprobación, por los socios que intervinieron en la asamblea, dentro de los 5 días siguientes a la inscripción del acuerdo en el Registro Mercantil.

Puede también ejercer el derecho de receso el socio que compruebe:

- a) Que la sociedad, a pesar de tener utilidades durante dos periodos consecutivos, no repartió en efectivo cuando menos de diez por ciento (10%) en dividendos en cada periodo.
- b) Que ha cambiado el giro de su actividad de modo que le cause perjuicio. En estos casos, la acción caduca en un año después de haberse producido la causal.

Para efectos del ejercicio del derecho de receso, las acciones del recedente deben ser depositadas en una entidad financiera o bancaria, o en una central para el depósito de valores, desde la notificación establecida en el párrafo segundo de este artículo.

El valor de sus acciones le será reembolsado al recedente en un plazo máximo de sesenta días, contados a partir de la notificación a la sociedad, en dinero en efectivo.

Es nulo cualquier pacto que tienda a entorpecer, limitar o excluir el derecho de receso.”

Uno de los puntos que todavía no ha sido resuelto en nuestro país, está en si el derecho de receso aplica para los cuotistas de una sociedad de responsabilidad limitada. Sobre este supuesto, es importante mencionar que la legislación italiana sí lo autoriza, pero únicamente para los casos donde existe un cambio de objeto de la sociedad, en el tipo de sociedad o bien cuando se presenta un cambio en la sede social al extranjero. Para BRUNETTI<sup>155</sup>, estas disposiciones deben considerarse bajo ciertos matices, como en el caso de la fusión; que aunque no permite el ejercicio del derecho de receso -de conformidad con el artículo 2437 del Código Civil italiano- implícitamente sería aceptado, si la fusión conlleva cualquiera de los anteriores supuestos mencionados.

Por otra parte, como ya se comentó, el artículo otorga el ejercicio del derecho de receso sólo a los socios disidentes que intervienen en la asamblea y no a los ausentes que no intervinieron o los que se abstuvieron de votar.

Analizando el expediente legislativo número 10.419, correspondiente al proyecto de Ley Reguladora del Mercado de Valores, constatamos que nuestros legisladores no discutieron lo correspondiente a los artículos que se iban a adicionar a la legislación nacional, para complementar las modificaciones propuestas por el proyecto. En general, la discusión sobre este proyecto de ley se centró en las modificaciones legales e implicaciones

---

<sup>155</sup> BRUNETTI Antonio. (2002). Sociedades Mercantiles: Sociedades de Responsabilidad Limitada y Cooperativa, y Mutualidades de Seguros. Editorial Jurídica Universitaria, San José, Costa Rica, páginas 792-795.



financieras de lo propuesto en el proyecto. Con la aprobación del proyecto de ley, el artículo 32 bis se incorporó al Código de Comercio con el texto propuesto en el referido proyecto, idéntico al que actualmente rige nuestro ordenamiento. Esto claramente confirma el poco interés o conocimiento de la figura, por parte del Congreso en ese momento.

### **b) Precario desarrollo del receso en la jurisprudencia**

En Costa Rica, podríamos definir en sentido amplio esta figura como el derecho que otorga la ley a los socios para retirarse de la sociedad, como consecuencia de una disconformidad con una resolución o modificación de los estatutos de la compañía, obteniendo el reembolso de sus participaciones sociales.

El artículo 32 bis, establece una serie de supuestos de aplicación de este derecho, los cuales se han considerado *numerus clausus*; sin embargo, esta cuestión doctrinaria no ha sido suficientemente discutida en Costa Rica; por lo tanto procederemos más adelante en este estudio, para analizar si es posible extender estos supuestos en el pacto social, partiendo del principio de autonomía de la voluntad.

El aparentemente escaso ejercicio del derecho de receso en nuestro país se ve reflejado en la falta de verdadera jurisprudencia en nuestros tribunales. A partir del estudio realizado en las dependencias de la Corte Suprema de Justicia, concluimos que no existe

jurisprudencia sobre este derecho. No obstante lo anterior, identificamos ciertas resoluciones que de alguna manera se relacionan con la figura que merecen ser mencionadas a continuación.

La resolución de la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia de las diez horas treinta minutos del veinte de octubre del dos mil seis, es la única sentencia que tiene relación directa con el derecho de receso<sup>156</sup>.

En esta resolución, se resolvió recurso de casación por el fondo en un caso de no repartición de dividendos en una sociedad. El actor solicitó el reembolso de sus acciones por haber probado que la sociedad no repartió en efectivo, por lo menos el diez por ciento en dividendos, a pesar de obtener utilidades durante dos períodos consecutivos.

La Sala declara sin lugar el recurso por considerar caduco el derecho; esto en virtud de que la decisión de no repartir las utilidades en los períodos mencionados en los hechos, fue tomada en asamblea de accionistas del 10 de octubre de 1994 y que la acción judicial de receso, fue presentada el 19 de junio de 1996. Esto significa que el plazo de caducidad de un año con que cuenta el socio recedente según el artículo 32 bis, se cumplió antes de haber ejercido la acción.

---

<sup>156</sup> Sentencia de la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia N° 805-F-2006 de las 10:30 horas del 20 de octubre de 2006.

A pesar de lo escueto, esta resolución contiene algunos aspectos importantes de mencionar, como la definición de la figura de receso. La Sala define el receso como “la facultad individual de los socios para separarse de la sociedad, con el correspondiente reembolso de sus participaciones sociales, cuando ésta por medio de sus órganos competentes adopta una decisión que constituye uno de los supuestos taxativamente contemplados por la ley para el ejercicio de esa facultad”<sup>157</sup>.

Agrega la Sala que “se trata de un recurso técnico, típico del derecho societario, dirigido a la tutela de los intereses de las minorías ante modificaciones sustanciales de ciertos elementos fundamentales de la sociedad, que permite al socio discrepante retirarse de la sociedad y no sujetarse así a las nuevas disposiciones derivadas de las modificaciones decididas e impuestas por la mayoría, las cuales constituyen una alteración profunda de su status anterior al acto modificadorio” y que “es un punto de conciliación en el enfrentamiento de intereses corporativos y personales”<sup>158</sup>.

Si bien la resolución no entra en un estudio exhaustivo de la figura, lo esgrimido guarda relación con las bases fundamentales del receso anteriormente expuestas.

---

<sup>157</sup> Ibid., página 20.

<sup>158</sup> Ibid., página 21.

Por otro lado, la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, mediante voto número 3522-93 de las dieciséis horas treinta y nueve minutos del veintiuno de julio de mil novecientos noventa y tres, referido a un recurso de amparo contra la Compañía Nacional de Fuerza y Luz S.A., resuelve que la materia referida al derecho de receso, no es objeto de control constitucional, sino un aspecto de mera legalidad<sup>159</sup>.

En el caso específico, la Sala advierte a las partes, que el conflicto debe ser debatido en la vía ordinaria correspondiente; sea esta la civil. Asimismo agrega que “El funcionamiento de la Compañía, [...] estará sujeta a su marco jurídico y dentro del mismo, a las normas esenciales que protejan los derechos y obligaciones de los socios, de tal forma que las violaciones que pudieran perjudicar a éstos, podrán ser reclamadas por las vías ordinarias [...] y no corresponde a la Sala, definir cuándo y cómo se deben repartir las utilidades, ni cuándo y cómo se debe aplicar el derecho de receso, puesto que todo ello es materia que le está vedada conocer.”<sup>160</sup>

Esta jurisprudencia nos conduce a cuestionarnos la necesidad de un procedimiento más expedito para el ejercicio del derecho de receso en los casos en que la sociedad se oponga a reconocerlo. No parece razonable someter al socio recedente a un proceso

---

<sup>159</sup> Voto número 3522-93 de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, de las 16:39 horas del 21 de julio de 1993.

<sup>160</sup> Ibid., página 8.

ordinario, que podría extenderse más de diez años para lograr el reembolso de su participación.

Consideramos que el derecho de receso en Costa Rica ha presentado un precario - sino inexistente- desarrollo, tanto en el nivel normativo como jurisprudencial, haciéndose evidente la necesidad de una evolución normativa considerable, para ajustarse a las exigencias de la práctica comercial. Por otra parte, lamentamos que los jueces no hayan querido aprovechar las oportunidades para referirse a la figura del receso, sino que se distraen de su labor creadora de jurisprudencia para únicamente declararse incompetentes o analizar muy superficialmente tan interesante instituto.

### **SECCIÓN III: SUPUESTOS DE APLICACIÓN DEL DERECHO DE RECESO**

Toda modificación que pueda alterar el equilibrio interno de las relaciones societarias, plantea graves problemas; especialmente si tiene relación con los derechos de los socios, las bases de la sociedad o afecta a terceros. Consecuentemente, tales modificaciones conducen a rígidos procedimientos que deben observarse, junto a un cúmulo de garantías en favor de la sociedad, los socios e incluso terceros; todos los cuales, pueden directa o indirectamente ser perjudicados por la reforma al contrato social.

El principio de que las decisiones de la Asamblea tomadas de acuerdo con la ley y con el pacto social obligan a todos los socios, incluso a los que no intervinieron o fueron de contraria opinión, tiene sus excepciones en casos particularmente graves; estos son, en donde la estructura de la sociedad resulta profundamente alterada. Los casos excepcionales, que están normalmente indicados taxativamente en la ley, son los que generalmente permiten el ejercicio del derecho de receso<sup>161</sup>.

Como hemos mencionado en diversas ocasiones a través de esta investigación, el derecho de receso, si bien es inherente a la condición de socio, exige para su ejercicio diversos presupuestos que analizamos en líneas anteriores.

La doctrina no es conforme en cuanto a cuáles deben ser los supuestos del ejercicio del derecho en cuestión. Esto, debido a que algunas veces se prefiere limitarlo a casos muy específicos de modificación del pacto social, y otras veces, se permiten causas que no entrañan una modificación, pero que sí limita un derecho fundamental en la sociedad.

Además de esos presupuestos, es necesario definir en qué casos es ejercitable el derecho; esto es, en qué decisiones societarias es donde como socio, se obtiene la

---

<sup>161</sup> Como se verá posteriormente, en Costa Rica aplica supuestos que no están relacionados necesariamente con acuerdos de asamblea o de junta directiva como el cambio de giro en la actividad de la empresa y el supuesto de no repartición de utilidades.

autorización legal para poder ejercer el derecho. Consideramos también importante consignar doctrina que aborde dichos supuestos e incluso posiciones contrapuestas que servirán de análisis para nuestra crítica y propuesta normativa.

Así las cosas, procederemos a analizar los casos en donde de conformidad con el artículo 32 bis, se faculta al socio disidente a ejercer su derecho de receso.

#### **a) Prórroga del plazo social**

Al igual que todo socio tiene el derecho de fijar el monto del capital que desea invertir y determinar el objeto social al cual se va a dedicar la sociedad; asimismo lo asiste el derecho de fijar en el contrato, el lapso que está dispuesto a ser socio; razón por la cual la legislación comercial establece como requisito esencial del pacto social fijar la duración de la sociedad<sup>162</sup>.

Prorrogar la duración de la sociedad puede ser la solución idónea tanto para los intereses sociales como para la economía nacional, en caso de ser una sociedad con un impacto financiero importante. Podríamos pensar en una situación, donde al llegar al vencimiento del plazo, la sociedad esté en un momento de auge económico y de fuerte proyección. De esta manera, la mayoría de socios decide prorrogar el plazo, extendiendo el

---

<sup>162</sup> Código de Comercio, Artículo 18 inciso 7.

vínculo social; en tal caso, esta voluntad no puede ser detenida por una oposición a dicha prórroga.

De ahí, que si en Asamblea se resuelve prorrogar el plazo fijado en la escritura social, los socios disidentes de dicho acuerdo podrán ejercer su derecho de receder, por verse perjudicado el derecho de percibir su participación en la liquidación societaria.

A pesar de que podrían presentarse perjuicios internos y externos a la sociedad si no se prorroga el plazo, -cuestiones tributarias, situación de desempleados, falta de dividendos-, el ejercicio del receso no puede estar supeditado a demostrar que la sociedad no se verá perjudicada, ya que las causales de este instituto operan de pleno derecho<sup>163</sup>.

La doctrina se encuentra dividida en cuanto a la conveniencia de esta causal de receso. Por un lado, DASSO<sup>164</sup> considera que la causal aparece con entidad y relevancia suficiente para justificar el ejercicio del derecho de receso por el socio disconforme. La continuación más allá del término previsto en el estatuto y consecuentemente decidido por el socio, significa privarlo de una expectativa a plazo cierto en cuanto a la recepción de su cuota de liquidación y del derecho de retirarse de la sociedad por disolución, con la consecuente liberación de los derechos y obligaciones, que el estado de socio comporta.

---

<sup>163</sup> GAGLIARDO Mariano. op. cit., página 490.

<sup>164</sup> DASSO Ariel, citado por CABANELLAS DE LAS CUEVAS Guillermo. op. cit., página 213.



Por otra parte, autores como CÁMARA<sup>165</sup> se muestran contrarios a esta causal, ya que la consideran contraria al interés económico en la subsistencia de la empresa. Se critica esta causal, por cuanto la persona que no quiere seguir en relación de socio con una determinada sociedad, que ha decidido continuar con su actividad, bien puede vender sus acciones o participación social, y salirse de ésta.

La modificación o prórroga puede causar un perjuicio a los socios que tenían calculados sus intereses en relación con el plazo de duración de la sociedad. Esta modificación que interfiere con sus intereses, los cuales justifican la decisión de asociarse, implica la posibilidad de ejercer el derecho de receso.

Consideramos que esta causal opera como una importantísima defensa de los derechos de los socios en condición de minoría, sobre todo en las sociedades que no participan de cotización bursátil. Los derechos patrimoniales fundamentales de los socios son el derecho al dividendo y el derecho sobre la cuota de liquidación; ciertamente podríamos considerar que el derecho al dividendo se ve frustrado mediante este tipo de decisiones de mayoría, aunque exista ganancias. Como mencionamos, toda esta expectativa podría verse frustrada si la liquidación es también postergada indefinidamente, a través de sucesivas prórrogas de la sociedad.

---

<sup>165</sup> CÁMARA Héctor, citado por Ibid., página 214.

En Costa Rica, la práctica comercial común establece plazos contractuales prolongados -frecuentemente noventa y nueve años- los cuales reducen en gran medida la posibilidad con que cuentan los socios de acceder directamente a su parte en el patrimonio social. Naturalmente, esta posibilidad perdería todo significado si fuera posible postergar sucesivamente la liquidación de la sociedad, como sería el caso de acordar plazos perpetuos.

### **b) Traslado del domicilio social al extranjero**

Podemos decir que el domicilio es una relación o vínculo de derecho entre una persona y lugar determinado. Esto se debe fundamentalmente a un elemento de hecho consistente en tener, en ese espacio, el lugar principal de su residencia y de sus negocios, traduciendo sobre el sujeto un estado jurídico de domicilio.

Esta causal se relaciona principalmente con el problema de la nacionalidad de la sociedad. Existen dos criterios para establecer la nacionalidad de una sociedad, de acuerdo con el lugar donde se constituyó, o de acuerdo con su domicilio. En nuestro país se siguió la primera, la teoría de la constitución<sup>166</sup>.

---

<sup>166</sup> Las sociedades constituidas bajo el ordenamiento costarricense sí podrán modificar su domicilio social al extranjero, según lo determinado por el artículo 145 del Código de Comercio. “Podrán establecerse en la escritura social restricciones totales o parciales al derecho de voto de los títulos o acciones no comunes, pero en ningún caso se les privará de ese derecho en las asambleas extraordinarias que se reúnan para modificar la duración, o la finalidad de la sociedad, para acordar su fusión con otra o para establecer el domicilio social fuera del territorio de la República.”

Esto significa, que si una sociedad se constituyó en el extranjero y trasladó su domicilio a Costa Rica, el Derecho costarricense no le será aplicable para los efectos del derecho de receso, pues la corriente doctrinaria seguida por nuestro ordenamiento alude a que los socios forman parte de la sociedad, con base en las reglas que la regían antes del cambio de domicilio, que desde luego, no eran costarricenses<sup>167</sup>.

La transferencia del domicilio al extranjero constituye una alteración fundamental de la situación jurídica de la sociedad, particularmente en relación con la variación de la ley aplicable. El fundamento de este supuesto significa, que una vez trasladado el domicilio de la sociedad, se le aplicarán las leyes del lugar del nuevo domicilio, salvo que esté estipulado de otra manera en el ordenamiento jurídico del país del nuevo domicilio<sup>168</sup>. Como vimos, por lo menos en Costa Rica, el socio de una compañía extranjera que decida domiciliarse en el territorio nacional, no verá afectada su responsabilidad ni se verá perjudicado por un cambio de legislación, en lo que respecta al pacto social.

Adicionalmente al cambio de ley que regiría la sociedad, el fundamento reside también en el perjuicio que se ocasionaría a los socios que no pudieran trasladarse de un

---

<sup>167</sup> En este sentido ver el artículo 229 del Código de Comercio que indica “Las sociedades extranjeras que transfieran su sede social a la República, continuarán rigiéndose por las leyes del país donde fueron creadas en lo que respecta a su pacto social, pero quedarán sujetas a las leyes de orden público de Costa Rica y obligadas a pagar el Impuesto sobre la Renta únicamente sobre aquellos negocios realizados dentro del territorio de la República. Los negocios situados, desarrollados y que tengan efecto en el extranjero, estarán exentos de dicho impuesto.”

<sup>168</sup> CABANELLAS DE LAS CUEVAS Guillermo. op. cit., página 224.

lugar a otro con la facilidad que lo podría hacer un grupo de socios de poder; además de una inversión adicional que se requiera realizar para poder tener acceso a documentos, instalaciones y hasta para asistir a Asambleas. Más aún, el socio ve sometido su capital al poder de un Estado distinto del que había sido acordado<sup>169</sup>.

Consideramos que este supuesto se basa primero en el cambio de ley que rige a la sociedad y los posibles perjuicios que eso implicaría para el socio así como en la equidad. Esto último, ya que si un socio para poder ejercer el control, participar de la administración, ejercer el voto y realizar la inspección de los libros, se debe estar trasladando al extranjero y si no posee el poder económico o el tiempo necesario para hacerlo, estaría entrando en una situación desventajosa para sus propios intereses y hasta para los de la sociedad. Sin perjuicio de lo anterior, en Costa Rica, el artículo 162 del Código de Comercio<sup>170</sup> autoriza a que las asambleas puedan celebrarse dentro o fuera del país, en el lugar que determine la escritura social.

Desde luego, para que sea aplicable el derecho de receso por esta causal, será necesario que exista una decisión formal de la Asamblea en este sentido. Es decir, no basta con actos que por el traslado de actividades o sede social en el extranjero tengan efectos sobre la ley aplicable a la sociedad.

---

<sup>169</sup> DONADIO Guiseppa, citado por BRUNETTI Antonio. op. cit., página 795.

<sup>170</sup> “Artículo 162. Las asambleas podrán celebrarse dentro o fuera del país, en el lugar que determine la escritura social y en su defecto en el domicilio de la sociedad.”

Consideramos que existe una escasa aplicación práctica de esta causal, ya que la práctica mercantil generalizada se ha basado más en la creación de sucursales y franquicias para tener presencia en el extranjero; creación que no implica traslado del domicilio social y no da lugar al ejercicio del derecho de receso.

### **c) Transformación**

La transformación es un mecanismo jurídico mediante el cual una sociedad de un tipo o clase, adopta o se convierte en otra forma societaria o asociativa permitida por la ley. Su realización no requiere la presencia o participación de ninguna otra sociedad o asociación. DE SOLA CAÑIZARES se refiere a esta figura jurídica como un cambio de forma social, el cual consiste en la conversión de un tipo determinado de sociedad en otro<sup>171</sup>.

Según se desprende del artículo 225 del Código de Comercio<sup>172</sup>, las sociedades de capital pueden transformarse en una sociedad de otra especie, mediante la reforma de su

---

<sup>171</sup> DE SOLA CAÑIZARES Felipe, citado por JIMÉNEZ MORÚA Rosa María y QUESADA BIANCHINI Mario. op. cit., página 296.

<sup>172</sup> “Artículo 225 - Cualquier sociedad civil o comercial, podrá transformarse en una sociedad de otra especie mediante la reforma de su escritura social, para que cumpla todos los requisitos que la ley señala para el nuevo tipo de sociedad en que va a transformarse. La transformación no eximirá a los socios de las responsabilidades inherentes a las operaciones efectuadas con anterioridad a ella, que se mantendrán en la misma forma que contempla la ley para los casos de liquidación. El nombre o razón social deberá adecuarse de manera que cumpla con los requisitos legales respectivos.

El activo y el pasivo continuarán asumidos por la compañía y podrá seguirse la misma contabilidad, con sólo que el Departamento de Legalización de Libros de la Tributación Directa, consigne en los libros la transformación producida.”

escritura social, adaptándose a los requisitos que la ley establece para el nuevo tipo al cual va transformarse. Lo anterior significa, que una sociedad anónima puede transformarse en una de responsabilidad limitada y viceversa, así como cualquiera de ellas podría eventualmente transformarse en una sociedad de personas.

La transformación del tipo societario no exime a los socios de las responsabilidades inherentes a las operaciones efectuadas con anterioridad, pues el activo y el pasivo son asumidos por la “nueva” compañía producto de la transformación. Sin embargo, sí podría aumentar su responsabilidad frente a terceros relacionados con la sociedad, como sería el caso de pasar de tener una responsabilidad limitada con respecto de sus aportes a una responsabilidad solidaria e ilimitada.

En Costa Rica, el supuesto de transformación es causal de receso, siempre y cuando genere un aumento en la responsabilidad del socio. A partir de lo anterior, con respecto de las sociedades de capital, dicho supuesto es sólo posible en las sociedades anónimas, pues este tipo de decisión podría adoptarse por mayoría absoluta en Asamblea Extraordinaria. En el caso de la sociedad de responsabilidad limitada, la modificación a la escritura social que imponga mayor responsabilidad a los socios requiere, para ser acordada, unanimidad de

votos y en asamblea en la cual esté representada la totalidad del capital social<sup>173</sup>. Cuando se exige unanimidad de votos, obviamente no hay lugar para disidencias ni, por lo tanto, para la posibilidad de ejercer el derecho de receso<sup>174</sup>.

A través del artículo 32 bis, el legislador autoriza el receso para los socios en condición de minoría, que aunque sean disidentes de dicho acuerdo, de otra manera se verían obligados a someterse a una modificación sustancial en cuanto al pacto societario o al negocio jurídico. Consideramos que solamente sería posible ejercer válidamente el receso en el caso de la sociedad anónima que se transforma en una sociedad en nombre colectivo, civil, o bien en comandita, -únicamente para el caso del socio comanditado-, ya que la responsabilidad de los socios aumentaría.

#### **d) Fusión**

La fusión es un mecanismo jurídico que permite la unión de dos o más sociedades para formar una sola, implicando consecuentemente la sucesión de un patrimonio en otro. En este sentido, DE GREGORIO define esta figura como un negocio corporativo, en virtud del cual opera la sucesión universal de una sociedad en el patrimonio de otra, o de varias

---

<sup>173</sup> Código de Comercio: “Artículo 97 - El cambio de objeto de la sociedad y la modificación a la escritura social que imponga mayor responsabilidad a los socios, sólo podrá acordarse por unanimidad de votos y en reunión en que esté representada la totalidad del capital social. Para cualquier otra modificación de la escritura se requerirá el voto favorable de las tres cuartas partes del capital social.”

<sup>174</sup> CABANELLAS DE LAS CUEVAS Guillermo. op. cit., página 177.

otras sociedades que se extinguen, con la atribución normal, pero no esencial de cuotas o acciones del ente sucesor a los socios de las compañías que se extinguen<sup>175</sup>.

Por lo general la doctrina se refiere a dos tipos: a) fusión simple o propiamente dicha: cuando las sociedades se concentran y surge una sociedad totalmente nueva y distinta de la que formaron y; b) fusión por absorción: cuando la sociedad que se crea es una prevaleciente de las que participa en la fusión y que absorbe a la otra. La fusión implica una alteración sustancial del patrimonio societario y de la estructura de socios, órganos, y reglas de la sociedad, tanto para la sociedad incorporante, como para la incorporada<sup>176</sup>.

El Código de Comercio en su artículo 220 permite la fusión de sociedades, estableciendo una definición legal y contemplando los dos tipos referidos con anterioridad<sup>177</sup>. En estos casos, la misma ley estipula que los derechos y obligaciones de las sociedades constituyentes serán asumidos de pleno derecho por la nueva sociedad o por la

---

<sup>175</sup> DE GREGORIO Andrés, citado por JIMÉNEZ MORÚA Rosa María y QUESADA BIANCHINI Mario. op. cit., página 290.

<sup>176</sup> CABANELLAS DE LAS CUEVAS Guillermo. op. cit., página 200.

<sup>177</sup> “Artículo 220 - Hay fusión de sociedades cuando dos o más de ellas se integran para formar una sola. Las sociedades constituyentes cesarán en el ejercicio de su personalidad jurídica individual cuando de la fusión de las mismas resulte una nueva. Si la fusión se produce por absorción, deberá modificarse la escritura social de la sociedad prevaleciente, si fuere del caso.”



que prevalezca; manteniendo incólume la responsabilidad de los socios, directores y funcionarios, así como los derechos y acciones que existieren contra ellos<sup>178</sup>.

Es importante tener presente, que las sociedades constituyentes de una fusión podrían converger en una nueva de distinto tipo o bien, éstas ser distintas, lo cual implica una transformación forzada a la especie societaria prevaleciente. Al respecto, DE LA CÁMARA ÁLVAREZ<sup>179</sup> acota que la fusión puede llevar además, un cambio en la forma social si la sociedad absorbente o la nueva sociedad que se constituye, es de otra especie que la que se extingue; para este autor se trata de un supuesto insólito.

Así las cosas, podría darse un caso en donde la fusión prácticamente no signifique modificaciones sustanciales para los socios, pasando a formar parte de un nuevo ente con regulaciones y estatutos similares; con objeto, domicilio y plazo social incluso idéntico o muy parecido. Además, la fusión podría otorgar mayores beneficios para los socios en condición de minoría, los cuales saldrían favorecidos con un órgano de administración

---

<sup>178</sup> Código de Comercio: “Artículo 224 - Los derechos y obligaciones de las sociedades constituyentes serán asumidos de pleno derecho por la nueva sociedad o por la que prevalezca. Ni la responsabilidad de los socios, directores y funcionarios, ni los derechos y acciones contra ellos, serán afectados por la fusión. En los procedimientos judiciales o administrativos en que hubiere sido parte cualquiera de las sociedades constituyentes, lo seguirá siendo, la nueva sociedad o la que prevalezca.”

<sup>179</sup> DE LA CÁMARA ÁLVAREZ Manuel, citado por FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ Adrián y HERNÁNDEZ MOREIRA Alexis. op. cit., página 268.

altamente calificado y que incremente el rendimiento y capacidad financiera de la sociedad<sup>180</sup>.

Lo anterior no se contrapone al supuesto contemplado en nuestra legislación, pues al igual que el caso de la transformación, la fusión es causal de receso, siempre y cuando genere un aumento en la responsabilidad del socio. Consecuentemente, es válido el mismo argumento utilizado para el caso de transformación en el sentido de que es sólo posible en las sociedades anónimas, pues para el caso de la sociedad de responsabilidad limitada aplica el previamente citado artículo 97 del Código de Comercio; para acordar la fusión es necesaria la unanimidad de votos y que esté representada la totalidad del capital social.

En síntesis, el marco regulatorio del receso contempla el acuerdo de fusión como causal para los socios disidentes y siempre que como consecuencia de ello, se les genere mayor responsabilidad.

Es importante resaltar, que una fusión podría implicar otra causal o supuesto de receso, como podría ser: cambio de giro comercial, traslado de domicilio al extranjero, transformación y prórroga del plazo social. Por lo anterior, en muchas ocasiones la fusión genera aumento de responsabilidad y el legislador acertadamente la incluye como uno de los supuestos para el ejercicio del derecho de receso.

---

<sup>180</sup> ARIAS SANCHEZ Rodrigo. op. cit., página 20.

En este sentido, OZORES<sup>181</sup> haciendo referencia a la fusión propiamente dicha, indica que con esta figura surge una nueva sociedad con distinto capital, denominación y duración que las sociedades anteriores e incluso, algunas veces con un objeto diferente. Agrega que la posición de los socios dentro de la nueva sociedad conlleva cambios sustanciales; por lo tanto no debe impedirse la separación de aquellos que rehúsen formar parte de la nueva compañía. Igualmente, MARTORELL señala que al absorberse los pasivos, podría generarse una situación de desequilibrio patrimonial, que sus integrantes o socios, no tendrían por qué aceptar<sup>182</sup>.

Así las cosas, será en cada caso en particular, que se determinará la facultad de los socios de separarse de la sociedad, ante un eventual acuerdo de fusión. El aumento de responsabilidad de los socios recedentes es clave en este supuesto legal.

#### **e) No repartición de utilidades**

El contrato de sociedad tiene como finalidad y causa el reparto de las utilidades entre los socios; por tanto, se entiende que se permitirá al socio receder cuando deseando recibir su parte en las utilidades, se encuentre frente a una mayoría de la asamblea que determine no repartirlas. Es importante tener presente, que cuando los socios aprueban un

---

<sup>181</sup> OZORES Renato, citado por FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ Adrián y HERNÁNDEZ MOREIRA Alexis. op. cit., página 268.

<sup>182</sup> MARTORELL Ernesto, citado por Ibid., página 269.

balance en el cual se determina un superávit en el año fiscal, la Asamblea es el órgano con poder de decisión sobre la administración y manejo de éste.

Resulta necesario aclarar que el derecho al dividendo representa un derecho potencial de participación en las futuras ganancias de la sociedad, y como tal, está sujeto a una condición suspensiva que se traduce en la existencia de ganancias y a un eventual acuerdo de repartición. Este derecho es distinto del denominado crédito de dividendo, el cual consiste en un derecho actual y efectivo, que nace con la declaratoria de repartición de utilidades por parte de la asamblea<sup>183</sup>.

El supuesto de no repartición de utilidades opera cuando hay una contraposición de los intereses de los socios, donde los primeros desean la repartición de las utilidades y los segundos, que son mayoría, desean la reinversión o simplemente la retención. En el caso de que se decida alguno de los casos anteriores, el socio perjudicado tiene derecho, a separarse.

---

<sup>183</sup> BRUNETTI Antonio, citado por JIMÉNEZ MORÚA Rosa María y QUESADA BIANCHINI Mario. op. cit., página 304. En este sentido, en relación a las sociedades anónimas, el artículo 143 de nuestro Código de Comercio en lo que interesa establece: "... Si una vez hecha esa reserva, y las previstas en la escritura social, la asamblea acordare distribuir utilidades, los accionistas adquirirán, frente a la sociedad, un derecho para el cobro de los dividendos que les correspondan. Si el pago hubiere sido acordado en dinero efectivo, podrá cobrarse a su vencimiento en la vía ejecutiva. Servirá de título ejecutivo la certificación del respectivo acuerdo. Acordada la distribución de dividendos, la sociedad deberá pagarlos dentro de los tres meses siguientes a la clausura de la asamblea."

Por medio del inciso a) del analizado artículo 32 bis, se incorpora otra causal que habilita el ejercicio del receso. Ésta consiste en que la sociedad, a pesar de obtener utilidades durante dos periodos consecutivos, no reparta en efectivo por lo menos el diez por ciento (10%) en dividendos, en cada período. Es importante enfatizar, que para el efectivo ejercicio del derecho en cuanto a esta causal, el socio debe comprobarlo.

Si bien el derecho a recibir dividendos está directamente relacionado con el fin de lucro que por su naturaleza persiguen las sociedades mercantiles, autores como OZORES<sup>184</sup> señalan que algunas sociedades nacen a la vida jurídica para llevar a cabo ciertos negocios que requieren fuertes y significativas inversiones iniciales y que por ende, se deben considerar como casos especiales. De esta forma, demandan un período de operación inicial prolongado, durante el cual la sociedad no puede registrar utilidades de ninguna clase, y de generarlas, el giro normal para el cual se constituyó la empresa, hace necesaria su reinversión.

Es menester mencionar, que esta causal no necesariamente tiene relación con un acuerdo en asamblea, ya que perfectamente la asamblea, a pesar de tener utilidades, puede decidir no repartirlas sin tomar acuerdo alguno. En estos casos, lo importante radica en que el socio compruebe por medio de los documentos respectivos, como estados de resultados y balances de situación, que se ha producido la causal.

---

<sup>184</sup> OZORES Renato citado por FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ Adrián y HERNÁNDEZ MOREIRA Alexis. op. cit., página 273.

Consideramos que lo que pretende proteger y evitar el supuesto analizado en este punto consiste en que los grupos controladores de sociedades, que dentro de su giro normal generan utilidades significativas, decidan no repartirlas del todo o bien, una parte insignificante, en perjuicio de un grupo en condición de minoría. En ocasiones, es posible y hasta necesario reinvertir utilidades generadas en un período fiscal; sin embargo, la ley busca imponer una limitación, tanto en el monto como en el tiempo, permitiendo el receso luego de dos años consecutivos sin que se reparta por lo menos un diez por ciento de dividendos, para cada año.

#### **f) Cambio de giro**

En la mayor parte de legislaciones que regulan el derecho de receso, el cambio de giro en una sociedad no se configura en causal. Sin embargo, estas legislaciones sí regulan el cambio en el objeto social como causal, por cuanto esta cláusula es, en muchos casos, restrictiva y define a su vez el giro comercial de la empresa. Es decir, si una sociedad que se dedica a la distribución de bienes comestibles quiere prestar servicios de asesoría legal, deberá llevar a cabo una modificación estatutaria en la cláusula del objeto social para poder lograrlo y los socios que no estén de acuerdo con esto, según el caso, podrán ejercer el derecho de receso.

El objeto social se puede definir como la actividad económica por la cual se constituyó. Entendemos que con posterioridad al nacimiento de ésta, puede ocurrir que por diversas razones, y especialmente por la coyuntura económica, sea necesario sustituir íntegramente el objeto por otro distinto, ampliar o reducir parcialmente las actividades económicas que lo integran o incluso, ampliar cuantitativa, cualitativa o geográficamente, las operaciones por medio de las cuales se explotan las actividades que integran el objeto social<sup>185</sup>.

El objeto de la sociedad u objeto social, es jurídicamente diferente al objeto del contrato social; entendido este último como el conjunto de obligaciones que se generan entre los socios y la sociedad. SALVAT<sup>186</sup> establece, que el objeto de la sociedad está constituido por las operaciones que debe realizar; lo cual no debe ser confundido con el fin de aquella ni con el conjunto de los aportes. Sobre el objeto de la sociedad mercantil HALPERÍN establece, que está constituido por los actos o categorías de actos que por el contrato constitutivo podrá realizar la sociedad, para lograr su fin, mediante su ejercicio o actividad<sup>187</sup>.

---

<sup>185</sup> BROSETA PONT, Manuel. (1994). Manual de Derecho Mercantil. Editorial Tecnos, S.A., décima edición, Madrid, España, página 189.

<sup>186</sup> SALVAT Raymundo, citado por GAGLIARDO Mariano. op. cit., página 528.

<sup>187</sup> HALPERÍN Isaac, citado por ARAMOUNI Alberto. (1998). El objeto en las sociedades comerciales. Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, segunda edición actualizada y ampliada, Buenos Aires, Argentina, página 11.

La importancia de establecer el derecho de receso en este supuesto, radica en que el socio, a partir del objeto, decide incorporarse a una sociedad, y el cambio de éste, implica, a nuestro juicio, la modificación más fundamental del acto constitutivo. Sería injusto mantener a un socio dentro de una sociedad que tenga un objeto, el cual no está conforme con sus intereses. Creemos que una reforma al objeto social, es el cambio más crítico que se le pueda practicar al contrato, pues el objeto es el que en forma decisiva incide en el socio, para constituir o ingresar en una sociedad y no en otra.

La persona que entra en sociedad lo hace teniendo en cuenta el tipo de actividad económica a la cual se va a dedicar o se dedica la sociedad, así como los riesgos y las posibilidades de lucro y remuneración periódica que represente. En otras legislaciones como la italiana, se considera que, para poder ejercer el receso, el cambio del objeto debe ser total; uno por otro, ya que se puede caer en el error de creer que se está ante un cambio del objeto, cuando en realidad es una ampliación o restricción<sup>188</sup>. Por otra parte, en legislaciones como la argentina, el cambio en el objeto debe ser fundamental; es decir, una alteración sustancial en el ámbito dentro del cual se ha de desarrollar las actividades de la sociedad, respecto del anterior oportunamente acordado en el contrato social<sup>189</sup>.

---

<sup>188</sup> BRUNETTI Antonio. op. cit., página 793.

<sup>189</sup> CABANELLAS DE LAS CUEVAS Guillermo. op. cit., página 226.



En Costa Rica, la causal está relacionada con el giro comercial y no con la modificación del objeto social como en otras legislaciones. Podemos definir el giro comercial como el conjunto de actividades y operaciones habituales de una sociedad que participa en el intercambio de bienes y servicios en un mercado organizado.

MORA explica el giro comercial como actividad económica, definiéndolo como la realización de una serie coordinada y organizada de actos, que en conjunto se refieren a un fenómeno económico, representado por la producción de bienes o servicios y, en consecuencia, estos bienes y servicios deben generar una significación económica<sup>190</sup>. Por otra parte, HALPERÍN distingue el objeto social del giro comercial, al precisar que el objeto está determinado por la categoría o categorías de actos, para cuyo ejercicio se constituyó la sociedad. El giro, en cambio, es el ejercicio efectivo de actos por la sociedad en funcionamiento. En esa actividad, cuando los representantes exceden notoriamente el objeto social, no obligan a la sociedad<sup>191</sup>.

Es importante aclarar, que para este caso, así como para el anteriormente mencionado de la no repartición de utilidades, basta con comprobar que hubo un cambio de giro, sin importar si hubo o no, acuerdo asambleario al respecto.

---

<sup>190</sup> MORA Fernando. (1991). Introducción al estudio del Derecho Comercial: Teoría de la empresa en el derecho comercial costarricense". San José, Costa Rica, Editorial Juritexto, segunda edición, página 150.

<sup>191</sup> HALPERÍN Isaac, citado por ARAMOUNI Alberto. op. cit., página 12.

Efectivamente, el giro comercial de una empresa puede ser modificado, ya sea por acuerdo de asamblea, de junta directiva, por acuerdos parasociales o simplemente de manera progresiva y sigilosa. Así las cosas, es menester aclarar que la dificultad se presenta primero en determinar el momento cuando el giro comercial de la empresa cambió, ya que perfectamente podría hacerse de manera discreta y paulatina.

Otra dificultad reside en demostrar que en efecto, este nuevo giro le genera al socio un perjuicio o si más bien ese perjuicio implica cualquier tipo de daño, de sumas dejadas por recibir o bien, si es algo que debe necesariamente probarse.

Aparentemente, este perjuicio debe ser económico por ser la sociedad una herramienta mercantil que fomenta el lucro. Sin embargo, analizaremos posteriormente si se puede considerar, en determinados casos, un perjuicio moral como detonante para justificar su derecho de retirarse de la sociedad y obtener el reembolso de su participación social.

A pesar de esto, no conocemos de doctrina nacional que establezca si se trata de un cambio o modificación solamente, o si incluye limitaciones o exclusiones, extensiones o supresiones de partes importantes de ese giro, lo que nos lleva a problemas de interpretación.

Somos del criterio que cualquier cambio en el giro principal de la actividad -ya sea limitación, adición, disminución, ampliación, cambio cualitativo o geográfico-, si le genera una gravosa posición al socio disidente, en la cual él no habría aceptado entrar en sociedad si desde el origen hubiese sido así, éste podrá ejercer el receso conforme con el procedimiento dictaminado por la ley actual. Así las cosas, consideramos que la cláusula del objeto debe ser interpretada en estricto sentido y no de manera formal, para así evitar posibles perjuicios.

En este sentido, el legislador ha debido asumir una posición intermedia entre prohibir modificaciones al objeto del contrato social, o por el contrario, si las permite y el socio se tiene que ajustar a la decisión de la mayoría. Con esta posición, el socio puede receder cuando la modificación sea sustancial. En nuestro medio, el artículo 32 bis del Código de Comercio, como dijimos, supedita el cambio de giro comercial -y no objeto social- al hecho que cause perjuicio al socio.

Por otra parte, en Costa Rica la cláusula del objeto es considerada abierta y de una gran multiplicidad de actividades comerciales. La práctica societaria moderna de nuestro país, incluye dentro del objeto social prácticamente todas las formas posibles de comercio con la finalidad de ahorrarse modificaciones posteriores.

La gran dificultad que presenta nuestro sistema para los operadores jurídicos en lo que respecta al objeto de las sociedades mercantiles, está en que en la práctica, las partes, bajo amplios parámetros definen las actividades que realizará la sociedad. Esto nos obliga a pensar en una especie de “capacidad genérica” para realizar cualquier actividad y no define exacta y realmente el ámbito de acción que la sociedad desarrollará, por voluntad de los socios.

Consideramos que la regulación que hace el artículo 32 bis del supuesto de cambio de giro es acertada, ya que sería prácticamente inutilizable el derecho de receso si el supuesto considerara el cambio de objeto social, ya que en muy pocas ocasiones la práctica societaria conoce una modificación de este tipo.

Sin lugar a dudas, consideramos que la problemática que surge en este caso, radica en precisar en qué momento existe cambio de giro en la actividad empresarial.

#### **SECCIÓN IV: PROCEDIMIENTO DE EJERCICIO DEL DERECHO DE RECESO**

En nuestra legislación, el procedimiento para ejercer el derecho de receso es escueto y se presta para múltiples interpretaciones e interrogantes, ya que no define con

exactitud los pasos a seguir por el socio recedente ni por la sociedad recedida, una vez configurada alguna de las causales<sup>192</sup>.

#### **a) Declaración de receso**

En primer lugar, el socio disidente debe comunicar a la sociedad su decisión de retirarse, ya sea por carta certificada u otro medio de fácil comprobación; lo anterior, con el fin de que la sociedad tenga certeza del efectivo ejercicio y adicionalmente, para preconstituir prueba en caso de acudir a la vía judicial. Como analizamos anteriormente, esta declaración es unilateral y en ella debe verse reflejada inequívocamente, la voluntad de receder. Es importante recordar que esta comunicación reviste un carácter recepticio, lo cual significa que no requiere aceptación de la sociedad para surtir plenos efectos. Sin embargo, en cuanto a los otros medios de fácil comprobación, reiteramos que la legislación actual es propensa a arbitrariedades o conflictos en materia probatoria.

Adicionalmente, se omitió estipular a qué órgano o personero de la sociedad debe dirigirse la comunicación. Consideramos, como anteriormente se expuso, que puede comunicarse directamente a la asamblea, en caso de ejercerse en ese momento, o bien por medio del órgano de representación; presidente en las sociedades anónimas y gerente, en las sociedades de responsabilidad limitada.

---

<sup>192</sup> En lo que respecta, nos remitimos a lo anteriormente analizado sobre los presupuestos para ejercer el derecho de receso esgrimidos en el Capítulo Primero, Sección Tercera.

## **b) Plazo**

El plazo otorgado por la ley actual para su ejercicio, en lo que respecta a las causales de traslado de domicilio, prórroga del plazo, transformación y fusión, es de cinco días a partir de la inscripción del acuerdo en el Registro de Personas Jurídicas. Consideramos que este plazo debería comenzar a correr a partir de la clausura de la asamblea; de lo contrario, existiría una incertidumbre respecto del momento cuando comienza a correr el plazo que se tiene para ejercer el receso. De esta manera, el recedente tendría que verificar constantemente en Registro si se realizó la inscripción del acuerdo para así poder ejercer su derecho; carga que consideramos innecesaria e irracional.

En cuanto a la inscripción del acuerdo, no es evidente que sea una inscripción definitiva, ya que podríamos estar frente a una inscripción provisional o anotación del acuerdo en el Registro<sup>193</sup>. Ahora bien, la normativa vigente no aclara el procedimiento por seguir, en caso de que se tome el acuerdo y no se presente al Registro o bien, esté anotado como defectuoso y la sociedad no tenga la voluntad de subsanar el defecto.

---

<sup>193</sup> De conformidad con el artículo 19 del Código de Comercio, pareciera que el término se refiere a la inscripción definitiva, estableciendo que “La constitución de la sociedad, sus modificaciones, disolución, fusión y cualesquiera otros actos que en alguna forma modifiquen su estructura, deberán ser necesariamente consignados en escritura pública, publicados en extracto en el periódico oficial e inscritos en el Registro Mercantil”

En cuanto a los supuestos de no repartición de utilidades y cambio de giro comercial, causales que no llevan aparejadas una inscripción registral, el ordenamiento otorga un plazo de caducidad de un año a partir del momento de producida la causal. Consideramos que el término perentorio de un año para ejercer la acción, se refiere a la acción procesal, lo cual implica que el socio recedente no sólo debe comunicar su voluntad de receder a la sociedad en dicho término, sino también acudir a la vía jurisdiccional, de ser necesario<sup>194</sup>.

### **c) Depósito de participaciones sociales**

El artículo analizado, exige para el ejercicio del receso el depósito de acciones en una entidad financiera o bancaria o bien en una central para el depósito de valores. Este depósito debe efectuarse a partir de la declaración de receso; es decir, con anterioridad a la comunicación a la sociedad y es conveniente adjuntar copia de la constancia de depósito para la sociedad.

Consideramos que en este párrafo es acertada la mención únicamente a acciones, puesto que esto le asegura a la sociedad que el socio no ejercerá los derechos inherentes al título accionario, ni se transmitirán a terceros durante el trámite de receso.

---

<sup>194</sup> En este sentido, ver sentencia de la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia N° 805-F-2006 de las 10:30 horas del 20 de octubre de 2006.

Sin embargo, en el caso de las sociedades de responsabilidad limitada, no es requisito indispensable la emisión de títulos de cuotas y en caso de emitirse, no constituyen título válido para efectos de transmisión sino únicamente de información. En este caso, consideramos prudente que con el ejercicio del derecho, se anote en el registro de cuotistas un asiento marginal en el cual se indique que la participación del socio recedente está en trámite de receso.

#### **d) Estimación y reembolso**

El reembolso de su participación social es el fin último del socio recedente y éste debe ser realizado por la sociedad, en dinero efectivo y en un plazo máximo de 60 días a partir de la notificación a la sociedad. Es importante mencionar, que para materializar dicho reembolso, la sociedad podrá buscar un comprador o inversionista para esa participación, realizar una recompra, o disponer de capital social y reservas; esto último traducándose a una disminución del capital social<sup>195</sup>.

El valor de su participación social será calculado de distinta forma si la sociedad se cotiza o no en bolsa; si se cotiza será a partir del precio promedio del último trimestre; de lo contrario, la estimación del reembolso se determinará en proporción al patrimonio social

---

<sup>195</sup> HAYDEN William, citado por FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ Adrián y HERNÁNDEZ MOREIRA Alexis. op. cit., página 255.



que resulte de un peritaje. Sin embargo, la norma es omisa al indicar quién debe ofrecer y costear el peritaje y cuál sería la vía adecuada para impugnarlo.

#### **e) Limitación, entorpecimiento o supresión del derecho de receso**

El último párrafo del artículo 32 bis es claro en indicar que es nulo cualquier pacto que tienda a entorpecer, limitar o excluir el derecho de receso. Esto significa, que no podrá incluirse cláusula alguna en el pacto social o en acuerdos parasociales, que de manera total o parcial atenten contra el derecho de receso.

Esto también se refleja, si la sociedad contesta negativamente o guarda silencio respecto del receso una vez ejercido. El socio recedente no tendrá más acción contra ésta, que presentar un proceso ordinario o un abreviado<sup>196</sup> para hacer valer sus derechos. No pareciera justo que la sociedad pueda desconocerle el derecho al recedente y que esto provoque que deba acudir a la vía judicial, incurriendo en gastos adicionales y que su pago se haga efectivo en un lapso mayor.

Consideramos que es necesario definir un procedimiento específico para el caso de receso que finiquite la situación del recedente de manera expedita y que defina con certeza,

---

<sup>196</sup> En este sentido se podría considerar la presentación de una demanda abreviada de conformidad con el artículo 420 inciso 11 del Código Procesal Civil. En los casos de menor cuantía, aplicaría el artículo 421 de la misma ley que indica que todo trámite que no tenga un procedimiento estará sometido a dicho proceso.

el sistema de valoración óptimo para reembolsar de forma real, la participación del socio. Lo anterior será objeto de análisis en el último capítulo.

## **CAPÍTULO SEGUNDO: DERECHO DE RECESO EN EL DERECHO COMPARADO**

En materia de receso, la legislación, doctrina y jurisprudencia costarricense son escasas e insuficientes ante la práctica mercantil actual. En virtud de lo anterior, es necesario examinar otros ordenamientos, casos y doctrina para poder diseñar una propuesta clara y alternativa a la legislación vigente.

En tal sentido, esta investigación debe presentar las diversas reglamentaciones y conceptualizaciones de esta figura en ordenamientos jurídicos en los niveles latinoamericano, europeo y hacer una breve mención en lo que respecta a la regulación del receso en Estados Unidos, así como esbozar claramente las diversas corrientes a través de las cuales se ha regulado el procedimiento de ejercicio del derecho de receso.

Hemos decidido analizar las legislaciones de Italia por ser fuente primigenia de la figura del receso así como por considerarla inspiración mediata de nuestras normas de orden mercantil. Aunado a esto, las legislaciones de Honduras y México son fuente directa de nuestro Código de Comercio; por lo tanto consideramos vital comparar nuestras regulaciones con las que en su momento fueron marco de referencia.

Por último, seleccionamos la legislación argentina por ser la regulación mercantil latinoamericana más desarrollada en el tema, así como por fungir como una herramienta interesante de análisis en virtud de su amplitud normativa como doctrinaria. Finalmente, consideramos importante relacionar el tema con su posible regulación en el “*common law*” a través de figuras análogas en el ordenamiento estadounidense.

Este análisis comparativo tomará como punto de partida la legislación costarricense; a partir de los supuestos de aplicación y procedimiento se contrastará lo más destacado de cada legislación en materia de sociedades de capital, ámbito al que nos limitaremos por razones de enfoque.

Como ya se mencionó, la inclusión del receso dentro de un ordenamiento jurídico determinado, así como su regulación normativa es una cuestión de política legislativa a la cual no cabe dar una explicación racional; esta decisión responde más bien a la tendencia general de la legislación societaria de favorecer el interés individual de unos socios frente a los acuerdos del órgano de deliberación societario y de manera indirecta, frente a los derechos de los acreedores.

## SECCIÓN I: REGULACIÓN NORMATIVA EN ITALIA

El caso de Italia presenta una regulación bastante similar a la de Costa Rica. El artículo 2437 del Código Civil italiano<sup>197</sup> contenido dentro del Capítulo Quinto, referente a las sociedades por acciones<sup>198</sup>, y por remisión del artículo 2494, también referido a las sociedades de responsabilidad limitada establece:

*“Los socios disidentes de los acuerdos que se refieran al cambio de objeto o de tipo de la sociedad, o el traslado de la sede social al extranjero, tienen derecho a separarse de la sociedad y obtener el reembolso de sus acciones, según el precio medio del último semestre, si éstas son cotizadas en bolsa o, en caso contrario, en proporción al patrimonio social resultante del balance aprobado en debida forma, correspondiente al último ejercicio.*

*La declaración de receso ha de comunicarse con carta certificada, bajo pena de caducidad, por los socios que hayan intervenido en la asamblea, dentro de los tres días siguientes a la clausura de ésta y por los socios que no hayan intervenido en ella, dentro de los quince días siguientes a la fecha de la inscripción del acuerdo en el registro de empresas.*

---

<sup>197</sup> BRUNETTI Antonio. op. cit., página 456.

<sup>198</sup> En cuanto a las sociedades de personas remitirse al artículo 2285 del Código Civil italiano, contenido dentro del Capítulo de la Sociedad Simple.

*Es nulo todo pacto que excluya el derecho de receso o haga más difícil su ejercicio.”*

#### **a) Supuestos de aplicación**

Actualmente en Italia, el receso está limitado a tres supuestos: a) cambio de objeto, b) cambio de tipo de sociedad, y c) traslado de la sede social al extranjero.

En cuanto al cambio de objeto, la doctrina<sup>199</sup> se refiere a una sustitución cualitativa de una actividad industrial o comercial originalmente pactada por otra distinta; y no así de una extensión o restricción que implique variaciones cuantitativas. Cabe destacar, que ciertos autores<sup>200</sup> asimilan la concentración de hacienda o del activo a otra sociedad como cambio de objeto, pues implica la transformación de la sociedad industrial o comercial, en financiera o *holding*.

La posición de SCIALOJA y DONADIO en cuanto al supuesto de cambio de objeto como causal de receso, pareciera implicar siempre un cambio de giro comercial, pues exige un cambio sustancial en éste, para que proceda. Sin embargo, no requiere que cause un perjuicio al socio, como sí lo exige nuestra legislación; sino que podría darse

---

<sup>199</sup> SCIALOJA Vittorio, citado por BRUNETTI Antonio. op. cit., página 794.

<sup>200</sup> DONADIO Giuseppe, citado por Ibid., página 794.

simplemente por una modificación en la actividad comercial originalmente acordada por los socios. A esto nos referimos anteriormente como una alteración en las bases esenciales de la sociedad o del negocio jurídico.

En relación con el cambio de tipo de sociedad, nótese que la regulación actual permite el receso para el caso de la transformación de un tipo a otro del mismo grupo así, como entre tipos de grupos distintos. Esto significa que la causal aplica tanto para sociedades de capital como para las personales; admitido expresamente para las sociedades por acciones y de responsabilidad limitada en el artículo 2437 del Código Civil italiano, e implícitamente para las sociedades simples y personales en el artículo 2285 del mismo cuerpo normativo<sup>201</sup>. En contraposición con la regulación costarricense, para el caso de transformación no se exige que ésta genere un aumento en la responsabilidad del socio.

Finalmente, para DONADIO, la transferencia de la sede social al extranjero posibilita el receso por cuanto el socio ve cambiada la ley que rige su sociedad y ve su capital sometido al poder de un Estado distinto del que había acordado siendo socio<sup>202</sup>.

---

<sup>201</sup> BRUNETTI Antonio. *op. cit.*, página 571.

<sup>202</sup> DONADIO Giuseppe, citado por *Ibid.*, página 795. Resulta poco claro si DONADIO se refiere a la totalidad de las leyes aplicables para la sociedad o si más bien se refiere únicamente a los sistemas de control fiscal. Esto también en virtud de lo que establece los artículos 12 y 13 del Código Civil italiano que refieren al lugar de constitución de la sociedad como factor determinante de su nacionalidad.

Por otro lado, para el caso de la fusión de sociedades anónimas y de responsabilidad limitada, no existe derecho de receso<sup>203</sup>, salvo que tal figura implique un cambio en el objeto de la sociedad, cambio de tipo social, o bien, el traslado de la sede social al extranjero.

BRUNETTI<sup>204</sup> es de la tesis que los casos donde se habilita el ejercicio del derecho de receso son taxativos; no se puede admitir que en el acto constitutivo o mediante posterior acuerdo, se añadan otros o se eliminen los establecidos por ley. No obstante lo anterior, considera que la prórroga de la duración de la sociedad más allá del plazo convenido, crea un nuevo estado de cosas que afecta las previsiones económicas de los fundadores y los compromete a una situación distinta de la pactada. Por lo tanto, el acuerdo de prórroga no previsto en el acto constitutivo, crea una nueva sociedad y debería requerir unanimidad de votos; por lo tanto, los socios disconformes podrían optar por el receso si se contempla tal posibilidad en el acto constitutivo<sup>205</sup>.

---

<sup>203</sup> Ibid., página 584.

<sup>204</sup> Ibid., página 793.

<sup>205</sup> Ibid., páginas 795-796. Adicionalmente este autor fundamenta lo expuesto en la exigencia legal de definir un plazo en el pacto social, lo que es jurídicamente relevante puesto que el transcurso de éste es causal de disolución de la sociedad.

## **b) Legitimación**

Con respecto de la legitimación, el artículo en cuestión se refiere en primer lugar a los socios disidentes. Sin embargo, en su segundo párrafo incluye a los socios que no hayan intervenido en la asamblea, lo que nos permite concluir, que también es un derecho otorgado a los socios ausentes que estén disconformes con los acuerdos tomados, y no así a los abstenidos.

Sin embargo, BRUNETTI<sup>206</sup> considera que el término disidentes se refiere a que no están vinculados por una adhesión al acuerdo; por lo tanto el receso puede ser ejercido incluso por los que se han abstenido. Esta posición es cuestionable, puesto que al ser el receso una situación excepcional, la ley especifica quiénes tienen la posibilidad de ejercitarlo, y al referirse a los socios disidentes restrictivamente, pareciera hacer referencia únicamente a los socios que hayan votado en contra del acuerdo.

## **c) Procedimiento general**

---

<sup>206</sup> Ibid., página 512.



Según lo visto hasta el momento, pareciera posible comunicar la declaración de receso exclusivamente a través de carta certificada. Bajo pena de caducidad, dicha comunicación debe ser realizada por los socios participantes del acuerdo social, dentro de los tres días siguientes a la clausura de la asamblea, y por los que no participaron en un lapso de quince días a partir de la fecha de la inscripción del acuerdo en el registro de las empresas. Se trata así de una declaración unilateral que produce efectos desde el momento en que llega a conocimiento del destinatario.

Por su parte, BRUNETTI<sup>207</sup> considera que no quedan excluidas aquellas formas diversas de la carta certificada que den una seguridad de notificación al destinatario. Tal y como hicimos referencia con anterioridad, la comunicación es una formalidad probatoria que impone la carga de la prueba al socio recedente; consecuentemente, la solemnidad no es fundamental para que se tenga por configurado el derecho.

Una vez recibida la comunicación, la sociedad debe proceder con el reembolso del valor de las acciones de los recedentes según el precio medio del último semestre, si se cotizan en bolsa; o de lo contrario, en proporción al patrimonio social resultante del balance regularmente aprobado en el último ejercicio. Para el caso de las sociedades de responsabilidad limitada, el valor de la cuota se deducirá del último balance de ejercicio

---

<sup>207</sup> Ibid., página 792.

aprobado<sup>208</sup>. Es importante destacar, que la legislación italiana es omisa en cuanto al tiempo que se le otorga a la sociedad para realizar el reembolso.

BRUNETTI agrega que el recedente deberá legitimarse dando prueba de que era socio en el momento cuando el acuerdo fue tomado, y que poseía aquella participación social por la cual solicita reembolso<sup>209</sup>. Ahora bien, si el receso se comunica en el momento de clausura de la asamblea, el ejercicio del derecho se hace efectivo cuando la reforma votada haya pasado a ser definitiva, siguiendo las formas de publicidad establecidas por ley. De esta manera, si la sociedad anuló o revocó sus propios acuerdos, la declaración de receso perderá todo valor<sup>210</sup>.

Por otra parte, GORLA<sup>211</sup> considera que es necesario publicar la declaración de receso cuando sea debidamente comunicada y la modificación estatutaria haya pasado a ser definitiva con su publicación. Lo anterior, por cuanto su ejercicio conlleva una modificación del contrato social y por consiguiente, una reducción del capital social; aún cuando no se derive de un acuerdo de socios.

---

<sup>208</sup> Ibid., página 793.

<sup>209</sup> Ibid., página 512.

<sup>210</sup> VIGHI Francisco, citado por Ibid., página 513.

<sup>211</sup> GORLA Gino, citado por Ibid., página 513.

Compartimos parcialmente este pensamiento, pues el receso no necesariamente implica una reducción del capital social. Recordemos que es posible que la sociedad recompre la participación social, consiga un nuevo inversionista que la adquiera o bien, un socio decida aumentar su participación adquiriéndola. En este sentido, BRUNETTI afirma que el reembolso del valor de la participación social implica una correlativa disminución del capital social; consecuentemente, si la sociedad no logra colocarla, nos encontramos frente a un caso obligado de reducción de capital<sup>212</sup>. Esta reducción opera tanto para las sociedades anónimas como para la de responsabilidad limitada.

#### **d) Casos particulares**

En el ordenamiento jurídico italiano, para ciertas situaciones patrimoniales como la disminución del capital social por pérdidas que representen más de un tercio, casos de liquidación, fusión y otros, es necesario que los administradores presenten un balance extraordinario a la asamblea. Anteriormente, este requisito también era necesario para los casos de receso; sin embargo, el actual Código Civil italiano en su artículo 2437, excluyó tal necesidad, estableciendo que la cuantía de la cuota del socio recedente se calcula tomando como base el precio promedio del último semestre, si las participaciones están calculadas en bolsa, o en proporción al patrimonio social resultante del balance

---

<sup>212</sup> BRUNETTI Antonio. op. cit., página 528.

correspondiente al último ejercicio<sup>213</sup>. Por otra parte, para el caso de sociedades abiertas, resulta sencillo liquidar la cuota del socio recedente revisando las listas y precios publicados en la bolsa, y obtener un precio promedio de mercado.

Con respecto del segundo supuesto, -el de las sociedades cerradas-, VIVANTE<sup>214</sup> señala que es necesario determinar el activo social (capital social, las reservas y los beneficios retenidos) y restarle las pérdidas que hayan sido anotadas en el activo. Posteriormente, el total deberá dividirse entre el número total de acciones.

Aunque la propuesta de VIVANTE sea coherente con lo dispuesto por la ley italiana, no compartimos la forma o procedimiento para determinar el valor de la participación social en el caso de sociedades cerradas. No existe referencia a los bienes intangibles que pudieran existir, ni al valor real de la participación, sino que se reduce al valor en libros y de acuerdo con las definiciones contables de patrimonio.

## **SECCIÓN II: REGULACIÓN NORMATIVA EN ARGENTINA**

---

<sup>213</sup> Ibid., página 477.

<sup>214</sup> VIVANTE Cesare, citado por Ibid., página 513. En este sentido, discrepamos de la definición de activo propuesta por VIVANTE pues contablemente el patrimonio lo conforma los activos fijos y circulantes, menos los pasivos.

En el caso de Argentina, el derecho de receso se encuentra expresamente previsto por la Ley de Sociedades Comerciales (LSC), ley número 19.550 para las sociedades anónimas y de responsabilidad limitada, y en cuanto a ciertas circunstancias específicas como transformación, fusión y escisión, se aplica en la generalidad de los tipos societarios regidos por esta ley<sup>215</sup>.

Adicionalmente, para los casos de las sociedades de personas, -sociedades colectivas, en comandita simple y de capital e industria- la misma ley prevé expresamente ciertos casos específicos de receso, como el de socios disconformes con la remoción del administrador cuyo nombramiento fue condición expresa de la constitución de la sociedad<sup>216</sup>.

Esta misma ley regula la ampliación y limitación del derecho de receso. Respecto de la limitación, el origen legal del receso hace necesario en este ordenamiento jurídico, una cláusula contractual para limitarlo o hacerlo desaparecer; sin embargo, la LSC sí indica expresamente que “es nula toda disposición que excluya el derecho de receso o agrave las condiciones de su ejercicio”<sup>217</sup>. Sin embargo, la doctrina argentina en general, está de

---

<sup>215</sup> Artículos 78, 85, 88, 160 y 245 de la Ley de Sociedades Mercantiles (LSC), ley número 19.550. Centro de Investigación de Derecho Comercial. (2006). <http://www.derecho-comercial.com/files/L19550.pdf>. [Consulta: 1 de septiembre del 2008]

<sup>216</sup> Ibid. Artículos 129, 136 y 145.

<sup>217</sup> Ibid. Artículo 245.

acuerdo con que el derecho de receso es inaplicable, si una modificación del contrato social que normalmente daría lugar a receso, se encuentra ya expresamente prevista en el propio contrato social<sup>218</sup>.

En cuanto a la posibilidad de renuncia del derecho de receso, la doctrina ha expresado su anuencia, una vez nacida la posibilidad de ejercer el derecho en relación con un caso concreto<sup>219</sup>. En este sentido, el régimen argentino crea una atribución para los socios disidentes que pueden o no, ejercer su derecho, ésta obligación no se da en caso de determinadas circunstancias. De esta manera, se configura el receso como un derecho de ejercicio unilateral en el ordenamiento jurídico argentino, y es indiferente que la sociedad dé o no su conformidad al respecto<sup>220</sup>.

Como se indicó, el artículo 245 de la LSC, no sólo prohíbe la exclusión del receso sino también las disposiciones que agraven su ejercicio; como por ejemplo, las que reducen las causales de receso<sup>221</sup>, las que restringen los derechos que la ley reconoce a los socios recedentes en casos como en cuanto al valor que les debe ser reintegrado<sup>222</sup>, las que fijan

---

<sup>218</sup> En este sentido ver argumentos de HALPERÍN, DASSO y ZUNINO en CABANELLAS DE LAS CUEVAS Guillermo. op. cit., página 173.

<sup>219</sup> ZUNINO Jorge, citado por Ibid., página 175.

<sup>220</sup> Ibid., página 176.

<sup>221</sup> HALPERÍN Isaac, citado por GAGLIARDO Mariano. op. cit., página 484.

<sup>222</sup> ZUNINO Jorge, citado por Ibid., página 484.

plazos de caducidad más breves que los legales para el ejercicio de este derecho o bien las que impongan condiciones no exigidas por la ley para su ejercicio<sup>223</sup>.

Por otra parte, es importante mencionar que en el Derecho argentino, las causales de receso surgen expresamente de la ley; sin embargo, cuando el pacto social prevea otros motivos que autoricen el retiro voluntario del socio -recedente o no- nos encontramos ante una situación normada dentro del retiro voluntario y no del receso<sup>224</sup>. En este mismo orden de ideas, es menester analizar las causales de receso aplicables en dicho ordenamiento, a continuación.

#### **a) Transformación**

El artículo 78 de la LSC dispone, para los casos de transformación de la sociedad en los que no se exija la unanimidad, que los socios que han votado en contra y los ausentes, tengan derecho de receso<sup>225</sup>. Para el caso de las sociedades de capital, el receso se ejerce en los plazos previstos en el artículo 245 de la misma ley, sea para los socios presentes que votaron en contra de la decisión dentro del quinto día y por los ausentes

---

<sup>223</sup> HALPERÍN Isaac, citado por Ibid., página 484.

<sup>224</sup> En este sentido ver el artículo 89 de la Ley de Sociedades Comerciales.

<sup>225</sup> “Artículo 78 - En los supuestos en que no se exija unanimidad, los socios que han votado en contra y los ausentes tienen derecho de receso, sin que éste afecte su responsabilidad hacia los terceros por las obligaciones contraídas hasta que la transformación se inscriba en el Registro Público de Comercio...”

que acrediten la calidad de socios al tiempo de la asamblea, dentro de los quince días de su clausura, salvo que para el último caso, el pacto social fije un plazo distinto, que si bien puede ser extendido, no podrá acortarse<sup>226</sup>.

En cuanto a este supuesto, se otorga la posibilidad sin importar si hay o no, un aumento de su responsabilidad. Según DASSO, esto sucede porque este supuesto no se basa en la limitación o ampliación de la responsabilidad del socio, sino en la sustancial modificación de la estructura jurídica de la sociedad y por lo tanto, de los derechos de sus socios que resulta necesariamente del cambio de tipo social adoptado<sup>227</sup>.

El derecho de receso en este supuesto corresponde tanto a quienes hayan votado en contra de la transformación como a quienes estuvieron ausentes<sup>228</sup>. Aquí es interesante anotar que el legislador argentino interpreta la ausencia, pero no la abstención como oposición; lo cual nos hace pensar, que puede ser debido a que la abstención contribuye al quórum mientras que la ausencia no.

Según CÁMARA, el receso se considerará ejercido cuando llega a conocimiento de la sociedad, a través de sus representantes orgánicos o convencionales<sup>229</sup>; mientras

---

<sup>226</sup> Artículo 245 de la Ley de Sociedades Comerciales.

<sup>227</sup> DASSO Ariel, citado por CABANELLAS DE LAS CUEVAS Guillermo. op. cit., página 177.

<sup>228</sup> En este sentido ver artículo 78 de la LSC.

<sup>229</sup> CÁMARA Héctor, citado por CABANELLAS DE LAS CUEVAS Guillermo. op. cit., página 183.



que curiosamente, la ley no exige ningún medio específico para hacer llegar la comunicación del ejercicio del receso a la sociedad. En este sentido, DASSO afirma que bien podrá ser de manera postal, telegráfica, notarial o inclusive verbal y el socio debe atenerse a las dificultades probatorias que pueda afrontar en caso de cuestionarse<sup>230</sup>.

Por otra parte, en los casos de transformación, es importante diferenciar entre el ejercicio y la eficacia del receso. El primero tiene lugar mediante la simple comunicación de la intención de receder por parte del socio, mientras que la eficacia -momento en que surte plenos efectos y el recedente adquiere la calidad de acreedor de la sociedad- ocurre cuando la resolución queda firme con la debida inscripción<sup>231</sup>.

En dicha normativa, conforme con el artículo 80, el acuerdo de transformación puede ser dejado sin efecto hasta antes de su inscripción, para lo cual es necesario el acuerdo unánime de socios, salvo pacto en contrario y lo establecido para ciertos tipos societarios<sup>232</sup>. Desde luego, que si el acuerdo se revoca, no habrá causal de receso y por ende, quedará sin efecto.

---

<sup>230</sup> DASSO Ariel, citado por Ibid., página 183.

<sup>231</sup> En cuanto a la diferenciación de ejercicio y efectivización ver ZUNINO (Jorge), citado por Ibid., página 184.

<sup>232</sup> “Artículo 80 - El acuerdo social de transformación puede ser dejado sin efecto mientras ésta no se haya inscripto. Si medió publicación, debe procederse conforme a lo establecido en el segundo párrafo del artículo 81. Se requiere acuerdo unánime de los socios, salvo pacto en contrario y lo dispuesto para algunos tipos societarios.”

En cuanto al reembolso, el párrafo quinto del artículo 245 de la LSC indica que la sociedad deberá pagarle al recedente dentro del año de clausura de la asamblea que originó el receso<sup>233</sup>.

De similar forma que lo establecido en el artículo 455 del Código Civil de Costa Rica, el artículo 12 de la LSC indica, que para efectos de terceros, la transformación no podrá ser opuesta sino hasta que se inscriba. Por lo tanto, todos los socios -salvo el recedente<sup>234</sup>- asumen la responsabilidad que le correspondería al recedente desde el momento de su ejercicio hasta que se inscriba dicho acuerdo y el receso sea efectivo<sup>235</sup>.

Finalmente, en cuanto a los derechos crediticios del recedente, en el momento de estar inscrito el acuerdo de transformación, el socio deja de serlo y se torna acreedor de la sociedad, por el importe de su parte social determinada conforme con el balance de transformación<sup>236</sup>.

---

<sup>233</sup> “Las acciones se reembolsarán por el valor resultante del último balance realizado o que deba realizarse en cumplimiento de normas legales o reglamentarias. Su importe deberá ser pagado dentro del año de la clausura de la asamblea que originó el receso, salvo los casos de retiro voluntario, desistimiento o denegatoria de la oferta pública o cotización o de continuación de la sociedad...”

<sup>234</sup> En este sentido, el artículo 78 de la LSC indica que “...La sociedad, los socios con responsabilidad ilimitada y los administradores garantizan solidaria e ilimitadamente a los socios recedentes por las obligaciones sociales contraídas desde el ejercicio del receso hasta su inscripción.”

<sup>235</sup> “Artículo 12 - Las modificaciones no inscriptas regularmente obligan a los socios otorgantes. Son inoponibles a los terceros, no obstante, estos pueden alegarlas contra la sociedad y los socios, salvo en las sociedades por acciones y en las sociedades de responsabilidad limitada.

<sup>236</sup> Artículo 78 de la LSC.

## **b) Fusión**

El artículo 85 de la LSC extiende a los casos de fusión la aplicación del artículo 78 mencionado<sup>237</sup>. Adicionalmente, el artículo 245, 160 así como el 78 y el 85 de la misma normativa, únicamente reconocen este derecho a los socios disconformes o ausentes del acuerdo de fusión, excluyendo a los socios de la sociedad incorporante en la fusión<sup>238</sup>.

Según DASSO, la acreditación del derecho de receso en cuanto a las fusiones, está relacionada con la alteración sustancial que la fusión implica en la estructura financiera y legal de la sociedad, así como en el patrimonio<sup>239</sup>. En este sentido, no vemos la lógica detrás de limitar la posibilidad de receso únicamente a los socios de la compañía incorporada, ya que dicha alteración aplica también a la sociedad incorporante.

En lo que interesa, el derecho de receso existe para los socios de las sociedades anónimas y de responsabilidad limitada, en todos los casos de fusión con constitución de nueva sociedad y respecto de los socios de la sociedad absorbida, cuando sea el caso de

---

<sup>237</sup> “Artículo 85 - En cuanto a receso y preferencias se aplica lo dispuesto por los artículos 78 y 79.”

<sup>238</sup> “Artículo 245 - Los accionistas disconformes con las modificaciones incluidas en el último párrafo del artículo anterior, salvo en el caso de disolución anticipada y en el de los accionistas de la sociedad incorporante en fusión y en la escisión, pueden separarse de la sociedad con reembolso del valor de sus acciones...”

<sup>239</sup> DASSO Ariel, citado por CABANELLAS DE LAS CUEVAS Guillermo. op. cit., página 200.

fusión por absorción<sup>240</sup>. Además, de conformidad con el artículo 245, párrafo segundo de la LSC, en las compañías que hacen oferta pública de sus acciones, no puede ejercerse derecho de receso en caso de fusión, si las acciones que deben recibir en su consecuencia estuviesen admitidas a la oferta pública o para la cotización, según el caso. Únicamente podrán ejercer el derecho de receso, si la inscripción bajo dichos regímenes es desistida o denegada.

Adicionalmente, la fusión da derecho de receso en cualquiera de los casos mencionados, cuando dos o más sociedades se disuelven sin liquidarse para constituir una nueva o cuando una sociedad ya existente incorpora a otra que se disuelve sin liquidarse<sup>241</sup>. Curiosamente, no nace el derecho de receso en los casos que no sean formalmente fusiones, aunque tengan efectos similares<sup>242</sup>.

En general, el receso debe de ejercerse dentro de los quince días del acto que generó la fusión<sup>243</sup>. En caso de declararse nula la fusión o bien, cuando el acuerdo de

---

<sup>240</sup> En este sentido ver el artículo 82 de la LSC.

<sup>241</sup> Artículo 82 párrafo primero de la LSC.

<sup>242</sup> CABANELLAS DE LAS CUEVAS Guillermo. op. cit., página 202. Caso de una sociedad que adquiere la totalidad del paquete accionario correspondiente al capital de otra.

<sup>243</sup> Ver artículos 78 y 85 de la LSC.

ésta sea revocado, el receso perderá así su sustento y por tanto, se deberán retrotraer todos los efectos a la situación antes del acto anulado o revocado<sup>244</sup>.

Al igual que en el caso de la transformación, los administradores de la sociedad y, en caso de que existan, los socios con responsabilidad ilimitada responderán solidaria e ilimitadamente por las obligaciones que contraiga la sociedad, desde el ejercicio del receso hasta su debida inscripción<sup>245</sup>.

Finalmente, es importante mencionar que respecto del recedente, una vez perfeccionado el receso, aplicarán todas las reglas anteriormente descritas en relación con la transformación<sup>246</sup>

### **c) Escisión**

En la legislación argentina, la escisión se refiere a la situación en la cual una sociedad, sin disolverse, destina parte de su patrimonio para fusionarse con sociedades existentes o para participar con ellas en la creación de una nueva sociedad; cuando sin disolverse destina parte de su patrimonio para constituir una o varias sociedades nuevas,

---

<sup>244</sup> CÁMARA Héctor, citado por CABANELLAS DE LAS CUEVAS Guillermo. op. cit., página 203.

<sup>245</sup> Artículos 78 y 85 de la LSC.

<sup>246</sup> ZUNINO Jorge, citado por CABANELLAS DE LAS CUEVAS, op. cit., página 206.

o bien, cuando se disuelve sin liquidarse para constituir con la totalidad de su patrimonio, nuevas sociedades<sup>247</sup>.

Esta causal de receso, inexistente en la legislación costarricense, se rige por el artículo 88 inciso primero de la LSC, que remite al artículo 78 de la misma ley que regula el receso en materia de transformación. Además, el artículo 245 lo prevé para casos de escisión en una sociedad anónima y el artículo 160, en las sociedades de responsabilidad limitada.

Interesantemente, el receso queda excluido en los supuestos de sociedades anónimas que coticen en bolsa<sup>248</sup>, ya que el accionista fácilmente puede salirse de la sociedad vendiendo sus acciones en el mercado. Esto, claro está, siempre que todas las acciones que se reciban como consecuencia del acuerdo de escisión, estén sujetas al régimen anteriormente mencionado<sup>249</sup>.

Para el supuesto de la escisión, el receso corresponderá a los socios que votaron en contra y a los ausentes; en ambos casos, debe ser ejercido dentro de los quince días del acto que decidió la escisión<sup>250</sup>.

---

<sup>247</sup> Artículo 88 de la LSC.

<sup>248</sup> Ver artículo 245, segundo párrafo de la LSC.

<sup>249</sup> Ibid., tercer párrafo de la LSC.

<sup>250</sup> Ver artículos 78 y 88 inciso primero de la LSC.

De igual forma que en supuestos anteriores, si la escisión es anulada, el receso pierde su fundamento y se retrotraen los efectos en el momento y situación anteriores a la decisión anulada<sup>251</sup>. Además, los socios con responsabilidad ilimitada y los administradores de la sociedad garantizan solidaria e ilimitadamente a los socios recedentes, desde el ejercicio hasta la inscripción del acuerdo de escisión<sup>252</sup>.

Es menester aclarar aquí, que una vez perfeccionado el derecho de receso, el socio se convierte, como en todos los casos, en acreedor por un monto que refleje su participación social. Sin embargo, se plantea el problema de determinar quién es el deudor de dicha obligación; a esto debemos aclarar, que el receso se produce una vez emitida la resolución que lo cause lo cual implica que ya se ha determinado, según CABANELLAS DE LAS CUEVAS, el patrimonio destinado a las sociedades escisionarias, interpretando así que será únicamente la sociedad escidente, la que se verá obligada a reembolsarle a los recedentes. Naturalmente, esto plantea el problema de que dicha sociedad quede con un patrimonio insuficiente para atender estas obligaciones<sup>253</sup>.

#### **d) Prórroga de la sociedad**

---

<sup>251</sup> Ibid.

<sup>252</sup> Ver artículo 78 de la LSC.

<sup>253</sup> CABANELLAS DE LAS CUEVAS Guillermo. op. cit., página 211.

Regulada en la misma Ley de Sociedades Comerciales, dicho supuesto aplica tanto para las sociedades anónimas<sup>254</sup> como para las de responsabilidad limitada<sup>255</sup>, excepto las que hacen oferta pública o tiene cotización bursátil<sup>256</sup>, por idénticas razones que las mencionadas anteriormente.

A diferencia de Costa Rica, este supuesto se aplicará para socios disidentes y para ausentes, que deberán ejercer sus derechos dentro de los cinco y quince días de la clausura de la asamblea que dio origen al ejercicio del derecho, respectivamente<sup>257</sup>. De igual forma, está sujeto a un término de caducidad de sesenta días dentro de los cuales podrá la asamblea revocar la resolución que lo origina<sup>258</sup>, situación que no existe en nuestro ordenamiento jurídico actual y que retrotraería efectos y derechos patrimoniales en el momento de notificado el receso<sup>259</sup>.

En cuanto a las demás situaciones, nos remitimos a lo estipulado en el apartado sobre transformación.

---

<sup>254</sup> Artículo 245.

<sup>255</sup> Artículo 316.

<sup>256</sup> Ver artículo 244, párrafo cuarto de la LSC.

<sup>257</sup> Ver artículo 245 de la LSC.

<sup>258</sup> Ver artículo 245, párrafo cuarto de la LSC.

<sup>259</sup> Ibid.



### **e) Reconducción de la sociedad**

En Argentina, la reconducción -también llamada ocasionalmente reactivación- es el instituto mediante el cual los socios pueden revocar el acuerdo de disolución previamente establecido<sup>260</sup>. Esto, según CÁMARA, se debe a que en el período de liquidación, la sociedad mantiene la personalidad ideal, pues no desaparece con la disolución sino que se prepara para su extinción y además, porque los socios reunidos pueden adoptar la decisión de revocar la causa generadora de la disolución prosiguiendo la actividad comercial<sup>261</sup>. De esta manera, podemos decir que la reconducción es un mecanismo legal para dejar sin efecto la disolución de la sociedad<sup>262</sup>.

Regulado para las sociedades anónimas y las de responsabilidad limitada<sup>263</sup>, el receso se dará lógicamente antes de la inscripción del nombramiento de liquidador. Sin embargo, una vez efectuada dicha inscripción, todo acuerdo de reconducción deberá ser por unanimidad<sup>264</sup>. Esto se debe a que la reconducción implica una alteración fundamental en los presupuestos básicos del funcionamiento de la sociedad, que

---

<sup>260</sup> GAGLIARDO Mariano. op. cit., página 503.

<sup>261</sup> CÁMARA Héctor, citado por Ibid. página 502.

<sup>262</sup> CABANELLAS DE LAS CUEVAS Guillermo. op. cit., página 220.

<sup>263</sup> Ver artículos 244, último párrafo y 245 de la LSC.

<sup>264</sup> Artículo 95 de la LSC.

impediría a los socios ejercer los derechos que le corresponderían en la liquidación de la sociedad.

Por otra parte, es preciso mencionar que el supuesto de reconducción no aplica para las sociedades que coticen en bolsa o hagan oferta pública de sus acciones<sup>265</sup>. Tampoco aplica en los supuestos en donde se dé una reconducción tácita, ya que haría falta una resolución determinada, que permita identificar a socios disidentes o ausentes, los cuales tienen las acciones del caso para llevar adelante la liquidación de la sociedad ya disuelta<sup>266</sup>.

De la misma manera que en los casos de prórroga, el derecho de receso corresponde aquí a los socios que votaron en contra de la reconducción -quienes deben ejercer su derecho dentro de los cinco días siguientes a la clausura de la asamblea- y a los ausentes que logren acreditar su condición de socio, en el momento de la asamblea dentro de los quince días de tal clausura<sup>267</sup>.

Adicionalmente, el artículo 245, párrafo cuarto de esa misma ley regula el plazo de caducidad de la sociedad para revocar el acuerdo que originó el receso. Naturalmente,

---

<sup>265</sup> Artículo 244 de la LSC.

<sup>266</sup> CABANELLAS DE LAS CUEVAS Guillermo. op. cit., página 221.

<sup>267</sup> Artículo 245, párrafo tercero de la LSC.

revocándose la reconducción, la sociedad retorna a un estado de disolución, donde sus órganos deben proceder con la liquidación.

En cuanto a la determinación del valor de las acciones, la ley remite a lo ya analizado en relación con los casos de prórroga<sup>268</sup>; y en cuanto a la eficacia de su pago, nos remitimos a lo previamente analizado para los casos de transformación.

#### **f) Transferencia del domicilio al extranjero**

Tanto para las sociedades anónimas como para las de responsabilidad limitada<sup>269</sup>, la transferencia del domicilio al extranjero, constituye una causal de receso en virtud de lo estipulado en el artículo 244, último párrafo y el artículo 245, primer párrafo.

De igual forma que se regula en nuestro país, una vez que la sociedad constituida en un país se traslade al exterior, le seguirán aplicando las mismas leyes originarias, salvo lo estipulado expresamente en el ordenamiento jurídico del país del nuevo domicilio<sup>270</sup>. Por otra parte, es importante mencionar que la creación de sucursales o

---

<sup>268</sup> En este sentido ver el artículo 109 de la LSC.

<sup>269</sup> Artículo 160, cuarto párrafo de la LSC.

<sup>270</sup> CABANELLAS DE LAS CUEVAS Guillermo. op. cit., página 224.

franquicias en el extranjero no implica traslado de domicilio y no da lugar al ejercicio del derecho de receso<sup>271</sup>.

Para el supuesto analizado, el derecho de receso se debe ejercer dentro de los plazos articulados por el numeral 245, párrafo tercero de la LSC. De igual forma, la sociedad tendrá un plazo perentorio de sesenta días para revocar el acuerdo de traslado, en cuyo caso se retrotraen todos los efectos y se readquieren los derechos en el momento cuando notificaron el receso, sin perjuicio de la responsabilidad de los socios mayoritarios ya analizada en anteriores supuestos<sup>272</sup>.

En cuanto a las reglas para determinar el valor de las participaciones sociales, aplica lo referido para los casos de prórroga del plazo social<sup>273</sup>.

#### **g) Cambio fundamental del objeto**

Contenido en los artículos 160, 244 y 245 de la LSC, este supuesto aplica también para todas las sociedades de capital.

---

<sup>271</sup> GAGLIARDO Mariano. op. cit., página 521.

<sup>272</sup> Ver artículos 78 y 85 de la LSC.

<sup>273</sup> Artículo 109 de la LSC.

A diferencia de nuestro ordenamiento, la causal aquí estudiada implica un cambio en el objeto social, a partir de una decisión de asamblea y no un cambio de giro comercial que podría suscitarse sin requerir de un acuerdo de este tipo. Además, el cambio no necesariamente debe implicar un perjuicio para el socio, aunque sí debe ser fundamental<sup>274</sup>.

En materia de legitimación y plazos para el ejercicio del receso, así como el plazo de caducidad que tiene la sociedad para revocar el acuerdo, aplica lo anteriormente estipulado por el artículo 245 de la LSC.

#### **h) Reintegración del capital**

Esta causal, inexistente en nuestro país, implica el reintegro parcial o total del capital y se regula expresamente en los artículos 244 y 245 de la LSC para las sociedades anónimas, pero no para las de responsabilidad limitada.

---

<sup>274</sup> En este sentido, autores como ESCUTI, ZUNINO, HALPERÍN, GAGLIARDO y CABANELLAS DE LAS CUEVAS han estipulado diversas posiciones doctrinarias que convergen en que será esencial o fundamental el cambio cuando el socio, actuando como buen hombre de negocios hubiera evaluado de manera diferente su ingreso a la sociedad de tener el nuevo objeto en lugar del original. Por otra parte, puede ser fundamental la ampliación, reducción o sustitución del objeto pero no se considerará así si es geográfica, cuantitativa o técnica. Finalmente, la modificación en la actividad societaria, es decir, en el giro comercial, no se considerará como causal de receso. CABANELLAS DE LAS CUEVAS Guillermo. op. cit., páginas 227-231.

De acuerdo con la doctrina más especializada, esta causal plantea graves dificultades respecto de su aplicación debido a que no hay claridad sobre el concepto de reintegro de capital en la legislación argentina<sup>275</sup>.

ESCUTI define el reintegro de capital como una operación que tiende a sanear el patrimonio social que está afectado por pérdidas y cuya función radica en restablecer la integridad del capital social, incorporando nuevos elementos patrimoniales al activo, sin gravar paralelamente, el pasivo. Es el acto mediante el cual los socios realizan aportes a prorrata al capital social, sin recibir a cambio nuevas acciones<sup>276</sup>. GAGLIARDO argumenta que es una solución legal con función financiero-económica para superar una crisis en beneficio de la conservación de la sociedad, que de no realizarse, conduce a su disolución<sup>277</sup>.

Sin embargo, CABANELLAS DE LAS CUEVAS expone, que no es claro por qué se admitiría en este caso el recesso si no es admisible que se obligue a los socios a efectuar nuevos aportes; máxime, si no implica recibir más o nuevas acciones<sup>278</sup>. Vemos cómo, en estos casos, los socios disidentes -sea por oponerse o bien, por no consentir- no

---

<sup>275</sup> En este sentido ver comentarios de GAGLIARDO Mariano. op. cit., página 545-551 y CABANELLAS DE LAS CUEVAS Guillermo. op. cit., páginas 233-234.

<sup>276</sup> ESCUTI Ignacio, citado por CABANELLAS DE LAS CUEVAS Guillermo. op. cit., página 233.

<sup>277</sup> GAGLIARDO Mariano. op. cit., página 552.

<sup>278</sup> CABANELLAS DE LAS CUEVAS Guillermo. op. cit., página 234.

se ven sujetos a la obligación de participar en el reintegro<sup>279</sup> y no sufren una erosión en sus derechos sino que se benefician por el acto decidido por la mayoría. Sin embargo, CABANELLAS DE LAS CUEVAS argumenta que podría entenderse que la LSC otorga el derecho de receso por partir de la base que la reintegración del capital obliga inclusive a los disidentes<sup>280</sup>.

En materia de legitimación y plazos para el ejercicio del receso, así como el plazo de caducidad que tiene la sociedad para revocar el acuerdo, aplica lo anteriormente estipulado por el artículo 245 de la LSC.

**i) Resoluciones que incrementen las obligaciones sociales o la responsabilidad de los socios**

Esta causal está prevista en el artículo 160 de la LSC en relación únicamente con las sociedades de responsabilidad limitada y se refiere, según HALPERÍN a los supuestos en que se declare un aumento de capital, se decida la reintegración del capital y cuando se decida la reintegración de cuotas suplementarias de capital<sup>281</sup>.

---

<sup>279</sup> Artículos 50 y 205 de la LSC.

<sup>280</sup> CABANELLAS DE LAS CUEVAS Guillermo. op. cit., página 235.

<sup>281</sup> HALPERÍN Isaac, citado por Ibid., página 239-242.

Esta causal únicamente la podrán alegar los socios que votaron en contra de los acuerdos que incrementen las obligaciones o responsabilidad de los socios<sup>282</sup> y el cómputo del valor de las participaciones del socio recedente, se hará de conformidad con las reglas expuestas en el caso de prórroga.

Finalmente, en cuanto a la legitimación y plazos para el ejercicio del receso, así como el plazo de caducidad que tiene la sociedad para revocar el acuerdo, aplica lo anteriormente estipulado por el artículo 245 de la LSC, en conjunción con el artículo 160 de la misma ley.

#### **j) Aumento de capital**

La ley contempla este supuesto para el caso de las sociedades anónimas, siempre que se trate de aumentos de capital que impliquen desembolso para los socios y que sean en asamblea extraordinaria<sup>283</sup>.

Esta causal constituye uno de los elementos más importantes para la protección de las minorías, ya que es una de las prácticas más comunes para frustrar los derechos de

---

<sup>282</sup> Artículos 160 y 245 de la LSC.

<sup>283</sup> Artículo 245 de la LSC. Doctrinarios como GAGLIARDO, ESCUTI, ZUNINO y CABANELLAS DE LAS CUEVAS, no se explican la razón de esta limitante y encuentran difícil su interpretación. CABANELLAS DE LAS CUEVAS Guillermo. op. cit., página 250.



los socios en condición de minoría. Principalmente, esto está relacionado con que difícilmente estos socios puedan ser suscriptores de aumentos sucesivos debido a su situación financiera o económica; esto provoca que pierdan progresivamente su participación en el capital de la sociedad<sup>284</sup>.

En materia de legitimación y plazos para el ejercicio del derecho por esta causal, se aplican las reglas generales del tercer párrafo del artículo 245 de la LSC. Además, el receso y las acciones que deriven de éste, caducan si la decisión del aumento de capital es revocada por la asamblea celebrada dentro de los sesenta días de expirado el plazo para su ejercicio por los ausentes<sup>285</sup>. En tal caso, los socios cuyo receso quede sin efecto volverán a adquirir sus derechos como tales, retrotrayéndolos en el momento cuando notificaron el receso, sin perjuicio de la responsabilidad de los socios mayoritarios, ya analizada anteriormente<sup>286</sup>.

Finalmente, en relación con los aspectos de la determinación del valor a ser reembolsado al socio recedente, nos remitimos nuevamente a lo visto en los casos de transformación.

---

<sup>284</sup> CABANELLAS DE LAS CUEVAS Guillermo. op. cit., página 248.

<sup>285</sup> Artículo 245, cuarto párrafo de la LSC.

<sup>286</sup> Artículo 78 y 85 de la LSC.

### **SECCIÓN III: REGULACIÓN NORMATIVA EN HONDURAS**

En primer lugar debemos indicar que el Código de Comercio de Honduras - principal legislación en la que se basó nuestro legislador para redactar el Código de Comercio- está ampliamente inspirado en la Ley General de Sociedades Mercantiles de México, que a su vez está inspirada en la regulación normativa societaria del Derecho Italiano.

El derecho de receso está expresamente autorizado en el Código de Comercio en el artículo 192<sup>287</sup> y aplica tanto para los socios de sociedades anónimas<sup>288</sup> como de responsabilidad limitada<sup>289</sup>.

#### **a) Efectos del ejercicio del receso**

Primero, es importante mencionar que en este ordenamiento jurídico, la exclusión o retiro de un socio no es causa de disolución total; salvo que ello se hubiere pactado de

---

<sup>287</sup> “Artículo 192 - Las resoluciones legalmente adoptadas por las asambleas de accionistas son obligatorias aun para los ausentes o disidentes, salvo los derechos de oposición y retiro en los casos que señala la ley.” Sistema de Información Consultiva de la República de Honduras (2002). [http://www.sic.gob.hn/transparencia/documentos/Leyes/Codigo\\_del\\_Comercio.pdf](http://www.sic.gob.hn/transparencia/documentos/Leyes/Codigo_del_Comercio.pdf). [Consulta: 10 de septiembre del 2008].

<sup>288</sup> Artículo 317 del Código de Comercio.

<sup>289</sup> Artículo 315, *Ibid*.

un modo expreso<sup>290</sup>. Además, en dicha legislación, la sociedad de capital -anónima o de responsabilidad limitada- podrá retener la parte de capital y utilidades que le correspondan al recedente, hasta concluir las operaciones pendientes al tiempo de la exclusión o separación; momento en que deberá hacerse la liquidación del haber social correspondiente<sup>291</sup>.

Por otra parte, el socio que ejerza el derecho de receso, será responsable frente a terceros por todas las operaciones pendientes en el momento de la separación o exclusión<sup>292</sup>. En cuanto a las sociedades de capital variable, no podrá ejercitarse el derecho de separación cuando tenga como consecuencia reducir a menos del mínimo el capital social<sup>293</sup>. Finalmente, en casos de fusión de cualquier tipo de sociedad, el socio que no esté de acuerdo, podrá ejercer el derecho de receso<sup>294</sup>.

---

<sup>290</sup> Artículo 324, Ibid.

<sup>291</sup> Ver Artículo 319 que en lo que interesa indica “El plazo de retención no podrá ser superior a tres años; pero si el socio excluido es sustituido por otro, se hará inmediatamente la liquidación y pago de su cuota. Las cantidades retenidas devengarán intereses.

<sup>292</sup> Artículo 318, Ibid.

<sup>293</sup> Artículos 307 y 303. En los casos de sociedades de responsabilidad limitada ver artículo 70 y para los casos de la sociedad anónima, el artículo 92.

<sup>294</sup> El artículo 344 regula escuetamente este supuesto mencionando que “ El socio que no esta de acuerdo en la fusión puede retirarse.”

## **b) Supuestos de aplicación**

En el caso de las sociedades anónimas, los socios podrán obtener su separación y reembolso de sus acciones si la sociedad, a pesar de tener utilidades que lo permitan, acuerda no repartir un dividendo igual, cuando menos, al interés legal del dinero<sup>295</sup>. Este supuesto es considerablemente similar al estipulado en nuestro artículo 32 bis<sup>296</sup>.

Adicionalmente, el artículo 317 del mismo Código, regula el receso en los casos que la sociedad cambie su finalidad, prorrogue su duración, traslade su domicilio a país extranjero, se transforme o fusione. Como se puede constatar, estas disposiciones son casi idénticas a las plasmadas por el ordenamiento jurídico costarricense, con excepción del cambio de finalidad<sup>297</sup> el cual indica la legislación hondureña frente a la comprobación del cambio de giro de la sociedad que debe hacer el socio recedente en Costa Rica.

Según este mismo artículo, el derecho de receso corresponde únicamente a los socios que voten en contra de la resolución que habilite el receso, y se debe ejercer

---

<sup>295</sup> Ibid.

<sup>296</sup> Nuestra regulación establece el supuesto de receso cuando la sociedad, a pesar de tener utilidades por dos períodos consecutivos no reparta un dividendo de al menos 10%. Adicionalmente, el ordenamiento jurídico costarricense detalla que esta situación debe ser comprobada por el socio.

<sup>297</sup> Considerado como cambio de objeto para BARRERA GRAF. BARRERA GRAF Jorge. op. cit., página 650.

dentro de los quince días siguientes a la fecha en que se haya celebrado la asamblea que tomó el acuerdo correspondiente<sup>298</sup>.

Por otra parte, la sociedad puede vender las acciones del socio recedente, siempre que obtenga un precio igual a la cantidad que desembolsó para liquidar la parte proporcional correspondiente. Además, si en el plazo de un mes no se ha logrado la venta, la sociedad debe reducir el capital en el monto correspondiente<sup>299</sup>.

### **c) Casos particulares**

En cuanto a las sociedades de responsabilidad limitada, el derecho de receso está regulado de igual manera que en las sociedades anónimas, para cuando la sociedad, a pesar de tener utilidades que lo permitan, acuerda no repartir un dividendo igual, cuando menos, al interés legal del dinero<sup>300</sup>.

Además, el receso aplica para los supuestos de modificación de la escritura social, nombramiento como administrador de una persona extraña a la sociedad, no exclusión

---

<sup>298</sup> Artículo 317, párrafo segundo.

<sup>299</sup> Ibid. párrafo tercero.

<sup>300</sup> Ibid.

del socio culpable, en los casos previstos en el artículo 312<sup>301</sup> a pesar de ser requerida la sociedad para ello y por la simple manifestación de voluntad del socio, si la sociedad se ha constituido por tiempo indefinido o sea de capital variable<sup>302</sup>.

Nos parece que la legislación hondureña es especialmente extensa en cuanto a los supuestos de ejercicio del receso para esta sociedad de capital<sup>303</sup>. Más aún, consideramos que estos supuestos son significativamente amplios, particularmente comparándolos con los de la sociedad anónima y otros regulados en ordenamientos previamente analizados. Además, en cuanto a la posibilidad de ejercer el derecho de receso por modificación de la escritura social, consideramos que este supuesto restringiría la evolución normal de cualquier sociedad de este tipo o bien, haría que el ejercicio de este derecho sea una

---

<sup>301</sup> “Artículo 312 - Las sociedades colectivas, las comanditas simples, las cooperativas y las de responsabilidad limitada, pueden excluir a uno o más socios en cualquiera de los siguientes casos:

I.- Si usaren de la firma o del patrimonio social para negocios por cuenta propia;

II.- Si infringieren sus obligaciones estatutarias o legales;

III.- Si cometieren actos fraudulentos o dolosos contra la sociedad;

IV.- Por la pérdida de las condiciones de capacidad o calidades necesarias, según los estatutos o leyes especiales.

Estas causas de exclusión son también aplicables a los socios comanditados en la sociedad en comandita por acciones.”

<sup>302</sup> Artículo 315.

<sup>303</sup> Resalta como detalle importante de aclarar que el derecho de receso en las sociedades de responsabilidad limitada está regulado en conjunto con las sociedades en nombre colectiva y en comandita simple -sociedades personales- y no con la sociedad anónima; situación que consideramos más natural.

cuestión cotidiana, haciendo que ciertos recedentes constituyan nuevas sociedades con objetos muy similares<sup>304</sup>.

Para este tipo de sociedad, el receso sólo puede ser ejercido por los socios que hubieren votado en contra de las decisiones a que se refieren las secciones I a III, o que hubieren hecho el requerimiento mencionado en la fracción IV<sup>305</sup> del artículo 315<sup>306</sup>. Además, no surtirá efectos frente a terceros, sino desde la fecha de su inscripción en el Registro Público de Comercio<sup>307</sup>.

---

<sup>304</sup> En este sentido, “Artículo 326 - En las sociedades de responsabilidad limitada, es válida la cláusula que establezca la disolución total de sociedad por muerte, exclusión o retiro de uno de los socios; sin embargo, la sociedad puede subsistir si lo acuerdan unánimemente los demás.”

<sup>305</sup> Artículo 316.

<sup>306</sup> “Artículo 315 - En la sociedad en nombre colectivo, en la sociedad en comandita simple, y en la de responsabilidad limitada, los socios pueden obtener su retiro en los siguientes casos:

I.- Si la sociedad, a pesar de tener utilidades que lo permitan, acuerda no repartir un dividendo igual, cuando menos, al interés legal del dinero;

II.- Modificación de la escritura social;

III.- Nombramiento como administrador de una persona extraña a la sociedad;

IV.- No exclusión del socio culpable, en los casos previstos en el artículo 312 a pesar de ser requerida la sociedad para ello; y,

V.- Por la simple manifestación de voluntad del socio, si la sociedad se ha constituido por tiempo indefinido o fuere de capital Variable.

<sup>307</sup> Artículo 321.

Interpretamos que la legislación hondureña refiere a que el receso será oponible frente a los socios -sean recedentes o no- desde el momento en que se ejerce, y la única excepción es el caso de terceros.

Por otra parte, en la legislación hondureña existe regulación expresa para cuando un accionista que no hubiere concurrido a la asamblea, que apruebe la capitalización de utilidades o que hubiere votado en contra, pueda exigir que se le entregue en efectivo su parte en dichas utilidades<sup>308</sup>. Si bien no podría considerarse un derecho de receso propiamente, consideramos que esta regulación conlleva interesantes características del instituto estudiado, que no están reguladas en el ordenamiento costarricense y que, a nuestro criterio, merecerían un estudio posterior avanzado.

#### **SECCIÓN IV: REGULACIÓN NORMATIVA EN MÉXICO**

En los Estados Unidos Mexicanos, la regulación en materia de receso se encuentra contemplada dentro de la Ley General de Sociedades Mercantiles de 1934 (LGSM)<sup>309</sup> y sus reformas. Al igual que en la mayoría de legislaciones en materia societaria, en México los

---

<sup>308</sup> Artículo 248.

<sup>309</sup> Sistema de Normas Jurídicas de México. (2007). [http://www.ordenjuridico.gob.mx/Federal/PL/CU/Leyes/04081934\(1\).pdf](http://www.ordenjuridico.gob.mx/Federal/PL/CU/Leyes/04081934(1).pdf). [Consulta: 12 de septiembre del 2008].



acuerdos del órgano social deliberativo legalmente adoptados son obligatorios para todos los socios, salvo los casos que permiten derecho de oposición de conformidad con la ley<sup>310</sup>.

### **a) Supuestos de aplicación**

Este derecho es concedido en las sociedades anónimas para tres supuestos únicamente: a) cambio de objeto de la sociedad; b) cambio de nacionalidad de la sociedad, y; c) transformación de la sociedad. Lo anterior, por disposición legal contenida en el artículo 206<sup>311</sup>, en relación con el artículo 182<sup>312</sup> de la LGSM.

Para BARRERA GRAF, es posible ampliar los supuestos que habilitan el ejercicio del derecho de receso por previsión expresa en los estatutos, como podría ser el caso del

---

<sup>310</sup> “Artículo 200.- Las resoluciones legalmente adoptadas por las Asambleas de Accionistas son obligatorias aun para los ausentes o disidentes, salvo el derecho de oposición en los términos de esta Ley.”

<sup>311</sup> “Artículo 206.- Cuando la Asamblea General de Accionistas adopte resoluciones sobre los asuntos comprendidos en las fracciones IV, V y VI del artículo 182, cualquier accionista que haya votado en contra tendrá derecho a separarse de la sociedad y obtener el reembolso de sus acciones, en proporción al activo social, según el último balance aprobado siempre que lo solicite dentro de los quince días siguientes a la clausura de la asamblea.”

<sup>312</sup> “Artículo 182.- Son asambleas extraordinarias, las que se reúnan para tratar cualquiera de los siguientes asuntos:... IV.- Cambio de objeto de la sociedad; V.- Cambio de nacionalidad de la sociedad; VI.- Transformación de la sociedad...”

acuerdo de fusión<sup>313</sup>. De igual forma, aunque el supuesto de fusión no se encuentre incorporado dentro de los estatutos, el autor elabora la tesis de que procede el receso, si éste implica cambio de objeto, cambio de nacionalidad o domicilio de las sociedades fusionadas<sup>314</sup>. Adicionalmente, considera que este derecho también opera en los casos donde por vía legal o estatutaria, se establezca un plazo social de duración indefinida<sup>315</sup>.

### **b) Legitimación**

De conformidad con el mencionado artículo 206, los legitimados para ejercer el receso y separarse de la sociedad son los que hayan votado en contra –disidentes-; con ello se obtiene el reembolso de sus acciones, en proporción con el activo social, según el último balance aprobado. En el momento de la liquidación, para calcular la cuota proporcional por reembolsar, es necesario deducir del activo social las deudas sociales<sup>316</sup>.

Por otra parte, este derecho implica una acción individual de separación, y su ejercicio es voluntario o facultativo y debe ejercerse dentro del plazo de quince días contados desde el día siguiente a la clausura de la asamblea<sup>317</sup>.

---

<sup>313</sup> BARRERA GRAF Jorge. op. cit., página 358.

<sup>314</sup> Ibid., página 699.

<sup>315</sup> Ibid., páginas 649-650.

<sup>316</sup> Ibid., página 359.

<sup>317</sup> Ibid., página 650.

Con respecto de la sociedad de responsabilidad limitada, por analogía<sup>318</sup> con la sociedad anónima, es posible ejercer el receso en los tres casos anteriormente citados. Sin embargo, la ley adiciona por remisión<sup>319</sup>, dos supuestos adicionales para este tipo social: el primero de ellos, cuando el administrador nombrado sea una persona extraña a la sociedad<sup>320</sup> y el segundo supuesto, cuando se acuerde delegar el cargo del administrador en persona extraña a la sociedad<sup>321</sup>.

### **c) Efectos del receso**

Es importante mencionar que el socio que decida separarse de la sociedad será responsable frente a terceros por todas las operaciones pendientes en el momento de su ejercicio, aún cuando exista pacto en contrario<sup>322</sup>.

---

<sup>318</sup> En este sentido ver Ibid., página 378.

<sup>319</sup> “Artículo 86.- Son aplicables a las sociedades de responsabilidad limitada las disposiciones de los artículos 27, 29, 30, 38, 42, 43, 44, 48 y 50, fracciones I, II, III y IV.”

<sup>320</sup> “Artículo 38.- Todo socio tendrá derecho a separarse, cuando en contra de su voto, el nombramiento de algún administrador recayere en persona extraña a la sociedad.”

<sup>321</sup> “Artículo 42.- El administrador podrá, bajo su responsabilidad, dar poderes para la gestión de ciertos y determinados negocios sociales, pero para delegar su encargo necesitará el acuerdo de la mayoría de los socios, teniendo los de la minoría el derecho de retirarse cuando la delegación recayere en persona extraña a la sociedad.”

<sup>322</sup> En este sentido. “Artículo 14.- El socio que se separe o fuere excluido de una sociedad, quedará responsable para con los terceros, de todas las operaciones pendientes en el momento de la separación o exclusión. El pacto en contrario no producirá efecto en perjuicio de terceros.”

Por su parte, el artículo 15 de la LGSM<sup>323</sup> permite a la sociedad retener la parte de capital y utilidades del socio recedente, hasta concluir las operaciones pendientes al tiempo de su separación. Consecuentemente, la liquidación del haber social correspondiente se da hasta finiquitadas estas operaciones.

## **SECCIÓN V: REFERENCIA AL CONCEPTO DE “APPRAISAL RIGHTS” EN ESTADOS UNIDOS**

Consideramos importante incluir dentro de nuestra investigación, una breve referencia al tratamiento de esta figura en el derecho anglosajón. Nuestra investigación concluyó que por lo menos en Estados Unidos de América<sup>324</sup>, existe una figura similar denominada “*Appraisal Remedy*” o “*Appraisal Rights*”, que significa literalmente en español “*Remedio de Avalúo*” o “*Derecho de Avalúo*”.

### **a) Generalidades**

---

<sup>323</sup> “Artículo 15.- En los casos de exclusión o separación de un socio, excepto en las sociedades de capital variable, la sociedad podrá retener la parte de capital y utilidades de aquél hasta concluir las operaciones pendientes al tiempo de la exclusión o separación, debiendo hacerse hasta entonces la liquidación del haber social que le corresponda.”

<sup>324</sup> NEW YORK UNIVERSITY SCHOOL OF LAW, (1996). Fundamentals of American Law. Editorial Universidad de Oxford, Estados Unidos de América, página 362.

Esta figura, la cual podemos asimilar al derecho de receso, existe en ciertos estados de Estados Unidos, y se regula para modificaciones al pacto constitutivo que impliquen una venta sustancial de los activos en un giro anormal del negocio y en la mayoría de estados, para los socios disidentes de un acuerdo de fusión<sup>325</sup>.

#### **b) Procedimiento y casos especiales**

En cuanto al procedimiento, se requiere que el socio disidente vote en contra de la transacción, comunique su disidencia a la sociedad y espere una oferta en efectivo por un valor justo de sus acciones. Si el socio está de acuerdo con la oferta, la compañía adquiere sus acciones por el precio de la oferta; si existe desacuerdo, procede un litigio para decidir el valor de las acciones<sup>326</sup>.

Este último supuesto, el cual es muy común, resulta extenso y costoso. En la mayoría de jurisdicciones, durante el litigio, el socio disidente retiene sus acciones y no

---

<sup>325</sup> Ibid., página 362.

<sup>326</sup> Ibid., páginas 362-363

recibe pago alguno. Las costas del proceso, con algunas excepciones<sup>327</sup>, son asumidas por partes iguales.

Actualmente existen regulaciones<sup>328</sup> que intentan simplificar el procedimiento nada fácil de valoración de la participación social, exigiendo a la compañía que proceda de manera oportuna con el pago que estime justo en favor del disidente, aportando información financiera y fundamentando las bases de su valuación. Por supuesto, el socio recedente no se encuentra vinculado a tal decisión; por lo tanto, igualmente tiene la posibilidad de acudir a un litigio para definir el valor real de su participación<sup>329</sup>.

### **CAPÍTULO TERCERO: PROPUESTA DE UN NUEVO MARCO JURÍDICO PARA LA TUTELA EFECTIVA DEL DERECHO DE RECESO EN COSTA RICA**

Una vez realizada la conceptualización y el estudio exhaustivo del receso en capítulos anteriores, proponemos un análisis crítico de la regulación normativa correspondiente en el Código de Comercio vigente. Posteriormente se analizarán las situaciones de mayor trascendencia, que a nuestro criterio, merecen tutela jurídica para

---

<sup>327</sup> En algunas ocasiones, la Corte puede condenar al socio disidente a asumir todas las costas del proceso. Este supuesto aplica cuando el socio haya actuado arbitrariamente, o de mala fe solicitando un pago adicional.

<sup>328</sup> Una de ellas el “*Revised Model Business Corporation Act*”.

<sup>329</sup> NEW YORK UNIVERSITY SCHOOL OF LAW, op. cit., página 363.

lograr sentar las bases de una regulación comprensiva del estudiado derecho de receso en Costa Rica.

Finalmente, procederemos con una propuesta de lineamientos necesaria para sentar las bases de una adecuada tutela de esta figura jurídica, que en nuestro país pareciera insuficiente y muchas veces hasta confusa.

## **SECCIÓN I: ANÁLISIS CRÍTICO AL ORDENAMIENTO JURÍDICO COSTARRICENSE ACTUAL RELATIVO AL DERECHO DE RECESO**

Ahora corresponde realizar un análisis crítico y sustancioso del artículo 32 bis del Código de Comercio; numeral que como se mencionó en reiteradas ocasiones, es la única norma jurídica que actualmente regula el receso en Costa Rica. Para facilitar la comprensión del referido análisis, nos permitimos transcribir el artículo a continuación:

*“Artículo 32 bis - Los socios disidentes de los acuerdos de prórroga del plazo social, traslado del domicilio social al extranjero y transformación y fusión que generan un aumento de su responsabilidad, tienen derecho a retirarse de la sociedad y a obtener el reembolso de sus acciones, según el precio promedio del último trimestre, si se cotizan en bolsa, o proporcionalmente al patrimonio social resultante de una estimación pericial.*

*La declaración de retiro debe ser comunicada a la sociedad por carta certificada o por otro medio de fácil comprobación, por los socios que intervinieron en la asamblea, dentro de los 5 días siguientes a la inscripción del acuerdo en el Registro Mercantil.*



*Puede también ejercer el derecho de receso el socio que compruebe:*

*a) Que la sociedad, a pesar de tener utilidades durante dos periodos consecutivos, no repartió en efectivo cuando menos el diez por ciento (10%) en dividendos en cada periodo.*

*b) Que ha cambiado el giro de su actividad de modo que le cause perjuicio. En estos casos, la acción caduca un año después de haberse producido la causal.*

*Para efectos del ejercicio del derecho de receso, las acciones del recedente deben ser depositadas en una entidad financiera o bancaria, o en una central para el depósito de valores, desde la notificación establecida en el párrafo segundo de este artículo.*

*El valor de sus acciones le será reembolsado al recedente en un plazo máximo de sesenta días, contados a partir de la notificación a la sociedad, en dinero en efectivo.*

*Es nulo cualquier pacto que tienda a entorpecer, limitar o excluir el derecho de receso.”*

### **a) Sociedades en las que aplica el derecho de receso**

Como en líneas atrás se mencionó<sup>330</sup>, por su ubicación dentro del Código, la figura del receso aplicaría para todas las sociedades mercantiles. Sin embargo, su redacción tiende a confundir su ámbito de aplicación, al utilizar el término acciones y no participaciones sociales.

A pesar de considerar que es un error formal, el artículo hace alusión a procedimientos como el depósito de acciones en una entidad financiera, bancaria o en una central de valores, que carecería de sentido en sociedades donde las participaciones sociales no son consideradas título valor, como en la sociedad de responsabilidad limitada donde la participación del socio es representada por una o varias cuotas, dentro del capital social<sup>331</sup>.

Por esto, creemos que la redacción del artículo debería ser genérica en cuanto a las participaciones sociales e incluir procedimientos de comprobación de la voluntad del recedente de extinguir su vínculo con la sociedad, que comprendan todos los tipos sociales. Lo anterior, en virtud de ser el receso, un derecho inherente a la calidad de socio<sup>332</sup>.

---

<sup>330</sup> Cfr. Título Segundo, Capítulo Primero, Sección Segunda.

<sup>331</sup> En este sentido, el artículo 78 del Código de Comercio establece que: “*El capital social estará representado por cuotas nominativas, que sólo serán transmisibles mediante las formalidades señaladas en este Código y nunca por endoso. Los certificados representativos de dichas cuotas se emitirán cuando los interesados lo soliciten y en ellos se hará constar que no son transmisibles por endoso. [...]*”

<sup>332</sup> Cfr. Título Primero, Capítulo Segundo, Sección Primera.

## **b) Titularidad para el ejercicio del receso**

En Costa Rica, el socio legitimado para ejercer el receso en sus diversos supuestos es el disidente de un acuerdo asambleario, o bien, el que compruebe cualquiera de las dos causales adicionales incluidas en los incisos a) y b) del artículo 32 bis<sup>333</sup>. Desde luego, consideramos lógico que se le otorgue dicha potestad a todo socio que manifiesta expresamente su discrepancia en la forma de un voto contrario al de la mayoría.

En el primer caso, resulta peculiar la restricción a los socios disidentes, excluyendo totalmente a los socios abstenidos y ausentes, que sí están legitimados para ejercer el receso en legislaciones comparadas<sup>334</sup>.

En cuanto al caso del inciso a), a pesar de que no está claro quién es el que estaría legitimado para ejercer el receso, entendemos que podrá ejercer el receso todo socio, que aunque haya o no aprobado los estados que declararon las utilidades de la sociedad, no votó en favor del acuerdo de no repartición en efectivo de por lo menos el diez por ciento de los dividendos en ambos períodos.

---

<sup>333</sup> Cfr. Título Primero, Capítulo Primero, Sección Tercera.

<sup>334</sup> Cfr. Título Segundo, Capítulo Segundo, Sección Primera y Segunda.

Esto implica que el socio recedente puede haber sido disidente de dicho acuerdo e incluso, pudo haberse abstenido y hasta ausentado de ambas asambleas en los dos períodos, ya que basta comprobar dicha situación para que el receso opere de pleno derecho.

Desde luego, el socio que haya votado en favor de la no repartición de dividendos no podría estar legitimado para ejercer este derecho, por la imposibilidad de ir contra sus propios actos<sup>335</sup>.

Podemos concluir que la única legitimación que precisa el socio que desee receder bajo este supuesto radica en haber sido socio en ambos períodos<sup>336</sup> y bajo la circunstancia de no haber votado en favor de la mencionada decisión, en ninguna de las asambleas.

Por otro lado, respecto del inciso b), la titularidad del ejercicio del receso opera de manera similar al inciso anterior. Al no requerir obligatoriamente una decisión del órgano competente para cambiar el giro negocial, de haber existido, podrá ejercer el receso todo aquel que no se manifestó en favor de éste, siempre que demuestre que le haya causado un perjuicio. Caso contrario, podrá ejercer el derecho cualquier socio que logre efectivamente

---

<sup>335</sup> Cfr. Título Primero, Capítulo Primero, Sección Segunda, en cuanto a las características del derecho de receso.

<sup>336</sup> Cfr. Título Primero, Capítulo Segundo, Sección Segunda, en cuanto al contenido patrimonial del derecho de receso.

probar, dentro del año de producida la causal, la modificación del giro social, siempre que haya sido socio en el momento de haberse modificado.

Reiteramos nuestra posición en cuanto a la necesidad de incluir a los socios abstenidos y excluir a los ausentes dentro de los que pueden ejercer el receso, en las circunstancias determinadas por la ley.

Por otra parte, consideramos que el socio que se abstiene, en ningún momento asiente con la resolución de la mayoría<sup>337</sup> sino que más bien, como lo mencionaba HALPERÍN, la abstención funciona como un voto contra la reforma, ya que no contribuye a lograr las mayorías necesarias para aprobar las resoluciones de asamblea<sup>338</sup>.

Para nosotros, al abstenido se le debe otorgar la potestad de ejercer el derecho de receso, en virtud de la dificultad que implica tomar una decisión inmediata en cuanto a modificaciones sustanciales al pacto.

Si bien algunos socios podrán tener realidades y capacidades que les permitan decidir votar en contra de un acuerdo que modifique sustancialmente el pacto, en el

---

<sup>337</sup> En sentido contrario se manifiestan PENNACCA, SOPRANO, CASTILLO y VELASCO ALONSO que indican irrevocablemente que la abstención es igual a apoyar a la mayoría. Cfr. *cit.* 101-103.

<sup>338</sup> Cfr. *cit.* 105. En este mismo sentido, ver lo citado sobre VIVANTE *cit.* 107.

momento de la asamblea, entendemos que el socio que se abstuvo de votar no termina de salir de la duda en cuanto a su continuidad en el negocio, en estas nuevas condiciones.

Esto no significa, a nuestro criterio, que el socio abstenido busque aprovecharse de una situación en donde puede obtener el reembolso anticipado de su parte correspondiente, sino que se encuentra en una situación de incertidumbre razonable en cuanto a las implicaciones de mantener su vínculo social. Por esto, consideramos razonable que dichos socios puedan meditar aún más su decisión y así poder optar por ejercer este derecho o no, dentro de un plazo definido.

Decidimos excluir de nuestra definición a los socios ausentes de la asamblea, ya que consideramos que el derecho debe ejercerlo el socio que se interesó e hizo todo lo posible por informarse de los temas por tratar, así como para asistir a la asamblea.

Por considerar la figura del receso como un privilegio y una situación excepcional dentro de los derechos de los socios, no creemos que se deba otorgar este beneficio a socios que, a pesar de haber sido convocados, no mostraron el suficiente interés por asistir y formar parte de decisiones tan trascendentales, como las que modifiquen sustancialmente el pacto; incluso por ley, tienen la posibilidad de asistir mediante apoderado<sup>339</sup>.

---

<sup>339</sup> Supuesto autorizado por ley para las sociedades de responsabilidad limitada en el artículo 98, y para las sociedades anónimas en el artículo 146; ambos del Código de Comercio.

Contrario a lo considerado por SALEME MURAD<sup>340</sup>, no podemos interpretar esta restricción como una limitante discriminatoria, ya que todos los socios se encuentran en igualdad de condiciones para asistir a la asamblea y hacer valer sus derechos en la toma de decisiones.

Más aún, la exclusión del socio ausente evita un posible abuso de este derecho, en casos como el de un socio mayoritario, que no habiendo participado de la asamblea, decida ejercer el receso y exigir el reembolso de su participación dejando a la sociedad desprovista de una parte importante de su patrimonio. Lo anterior incluso podría utilizarse como una posible estrategia en fraude de acreedores, pues la naturaleza del receso como tal, no contempla la posibilidad de oposición por parte de acreedores societarios.

La exclusión de los socios ausentes, imposibilita el hecho de que se pueda convocar a asamblea para decidir sobre un tema sustancial del pacto que sea causal de receso, que ciertos socios no asistan y que posteriormente, según la decisión tomada en asamblea, puedan ejercer su derecho de receso, valiéndose de su condición de ausente. Una falta a los deberes sociales, como sería no asistir a una asamblea, se estaría premiando con la posibilidad de salirse de la sociedad y obtener su respectiva parte del patrimonio sin mayor contención.

---

<sup>340</sup> Cfr. *cit.* 104.

Evidentemente, el receso va aparejado con el fundamento de este derecho en cuanto a la protección de socios en condición de minoría; cualquier socio que tenga la capacidad de convocar a una asamblea, con el fin de que se tome una decisión que le facilite su salida de la sociedad, estaría abusando de la figura del receso.

En síntesis, somos del criterio que el receso debe comprender únicamente a los socios disidentes y abstenidos, pues tienen la misma potestad de determinar si desean continuar o no en ese negocio jurídico, ya que se manifestaron en contra, o por lo menos expresaron su incertidumbre en cuanto al acuerdo tomado, participando activamente en la toma de una decisión que afecta las bases esenciales del contrato societario.

### **c) Supuestos que habilitan el ejercicio del receso**

Como expusimos con anterioridad, la regulación actual contempla seis supuestos que permiten el ejercicio del receso. Nos enfocaremos, en este apartado, a analizar si las causales del Código actual corresponden a modificaciones sustanciales al pacto social o si por el contrario, no deberían estar cobijadas por una figura de aplicación excepcional como el receso.



*i) Prórroga del plazo social*

En cuanto a los requisitos de constitución de una sociedad, el Código de Comercio en su artículo 18, exige especificar la duración del vínculo societario así como sus posibles prórrogas<sup>341</sup>. Consecuentemente, no existen sociedades mercantiles de plazo indefinido en Costa Rica, lo cual genera que los interesados en constituirse en sociedad, deban fijar el lapso en que están dispuestos a mantenerse asociados.

Este derecho de decidir el tiempo por el cual se es socio, es esencial y decisivo en el momento de constituirse como socio. Por esta razón, consideramos que cualquier modificación o prórroga al plazo, podría potencialmente causar un perjuicio a socios que estaban interesados únicamente en asociarse en relación con el plazo original de duración. De esta forma, si dicha modificación se contrapone con los intereses de un socio, éste tendrá derecho a receder.

Como se mencionó anteriormente<sup>342</sup>, el receso viene en este caso a defender la expectativa del socio de obtener en el tiempo determinado, el correspondiente dividiendo y su parte sobre la cuota de liquidación. Esta situación comprendería, desde luego, una grave

---

<sup>341</sup> Código de Comercio. Artículo 18 inciso 7.

<sup>342</sup> Cfr. Título Segundo, Capítulo Primero, Sección Tercera.

modificación a lo que previamente se tenía establecido<sup>343</sup>, lo cual implicaría, que bajo las nuevas circunstancias, no hubiera ingresado a la sociedad.

*ii) Traslado del domicilio social al extranjero*

Las sociedades organizadas bajo la legislación costarricense, que quieran trasladar su domicilio social al extranjero, deberán aceptar que podrán verse sometidas al ordenamiento jurídico del país del nuevo domicilio<sup>344</sup>; esto implicaría, incluso, la posibilidad de verse regidas por normas contrarias a las que se pactaron en un inicio. En caso de litigio, compartimos la posición de CABANELLAS DE LAS CUEVAS en cuanto a que dependerá del tribunal que se declare competente respecto de éste, que aplicará las normas que el Derecho Internacional Privado declare viables para el caso<sup>345</sup>. Recordemos que en esta situación, el socio ve sometida su inversión a un Estado distinto del que había acordado<sup>346</sup>.

Si bien argumentamos que existe una escasa aplicación práctica de esta causal, creemos de mucha importancia su regulación, en virtud de la evidente alteración a la situación jurídica de la sociedad. Si varía la ley aplicable, entendemos que se efectuó una

---

<sup>343</sup> En este mismo sentido ver lo comentado por DASSO. Cfr. *cit.* 162.

<sup>344</sup> Cfr. *cit.* 166.

<sup>345</sup> CABANELLAS DE LAS CUEVAS Guillermo. op. cit., página 225.

<sup>346</sup> Cfr. *cit.* 167.

modificación trascendental y se está ante una nueva realidad en la cual, el que esté en desacuerdo, podrá ejercer su derecho de receso.

En un cambio de domicilio al extranjero algunos socios podrían receder argumentando que les ocasionaría un perjuicio trasladarse al extranjero para atender sus obligaciones sociales, a pesar de que este supuesto no requiere mayor justificación. Creemos evidente que toda persona, que por haberse modificado el domicilio social no pueda ejercer el control societario dentro de los límites en los que pactó, se ve afectada por una modificación sustancial al pacto y por ende, podrá receder.

### *iii) Transformación*

El siguiente supuesto enmarcado dentro del artículo 32 bis que habilita el ejercicio de receso es la transformación, la cual implica la conversión de un tipo determinado de sociedad en otro<sup>347</sup>. Nótese, que tanto para esta causal como para la fusión, el socio debe ver aumentada su responsabilidad.

Entendemos que el aumento de responsabilidad referido es por parte del socio frente a terceros ajenos a la sociedad, pues carece de sentido permitir el receso por cualquier modificación sufrida en el pacto que le genere mayores obligaciones a lo interno

---

<sup>347</sup> Cfr. *cit.* 169.

de la sociedad. El receso, al ser una figura excepcional, no podemos permitir que se abuse de la causal de transformación para incluir acuerdos que la sociedad, en su normalidad, podría tomar sin derecho a receso.

Como se mencionó en líneas anteriores, el artículo 225 del Código de Comercio expresamente permite la transformación de las sociedades de capital de un tipo a otro, siempre y cuando se reforme su escritura social y se cumpla con los requisitos legales.

Somos del criterio que el supuesto de transformación se encuentra bien ubicado dentro de las causales de receso, siempre y cuando genere un aumento de responsabilidad en el socio recedente<sup>348</sup>. Bajo estas circunstancias, el socio recedente podría retirarse de la sociedad, exigiendo el reembolso del valor de su participación, pues no tiene por qué verse vinculado a una modificación sustancial al pacto, que genere un aumento en su responsabilidad, de modo que sea distinta de la que aceptó en el momento de vincularse al contrato societario<sup>349</sup>.

---

<sup>348</sup> Por supuesto que el receso podría ejercerse si el acuerdo de transformación conlleva cualquiera de las otras causales contempladas dentro del artículo 32 bis.

<sup>349</sup> Cfr. Título Segundo, Capítulo Primero, Sección Tercera. Recordemos que la transformación del tipo societario podría aumentar la responsabilidad del socio frente a terceros relacionados con la sociedad, como sería el caso de pasar de tener una responsabilidad limitada con respecto a sus aportes a una responsabilidad solidaria e ilimitada. Esto es así para las transformaciones de sociedades de capital en sociedades de personas, lo cual resulta atípico en la práctica mercantil actual.

En Costa Rica, este supuesto carece de aplicación práctica, pues sólo es aplicable a la sociedad anónima que se transforme en una sociedad en comandita, en nombre colectivo o en una sociedad civil. Consideramos que el aumento en la responsabilidad del socio, únicamente la podemos encontrar en los casos anteriores<sup>350</sup>.

#### *iv) Fusión*

Al igual que el caso anterior, el artículo 32 bis faculta al socio disidente a receder cuando se tome un acuerdo de fusión que genere aumento en su responsabilidad. El referido numeral no hace alusión al tipo de fusión; por lo tanto, consideramos que aplica tanto para la fusión simple o propiamente dicha, como para la fusión por absorción<sup>351</sup>. En este sentido, el artículo 220 del Código de Comercio contempla los dos tipos referidos con anterioridad.

En este caso, el aumento de responsabilidad por parte del socio también debe entenderse frente a terceros ajenos a la sociedad, pues como se dijo anteriormente, carece de sentido permitir el receso por cualquier modificación sufrida en el pacto que le genere mayores obligaciones a lo interno de la sociedad. La excepcionalidad de la figura del

---

<sup>350</sup> Cfr. *cit.* 171 y 172. Recordemos que en el caso de la sociedad de responsabilidad limitada, la modificación a la escritura social que imponga mayor responsabilidad a los socios requiere, para ser acordada, unanimidad de votos y en asamblea en la cual esté representada la totalidad del capital social. El requisito de unanimidad imposibilita el ejercicio de receso.

<sup>351</sup> Cfr. Título Segundo, Capítulo Primero, Sección Tercera. En lo que respecta a la fusión.

receso, nos obliga a evitar un abuso de la causal de fusión, para incluir acuerdos que la sociedad en su normalidad podría tomar sin derecho a receso.

Coincidimos con CABANELLAS DE LAS CUEVAS<sup>352</sup> en que la fusión implica una alteración sustancial del patrimonio societario y de la estructura de socios, órganos, y reglas de la sociedad. Asimismo, ésta podría implicar una transformación al tipo de la sociedad prevaleciente o bien, significar también una modificación en el plazo social, traslado del domicilio al extranjero, así como un cambio en su giro comercial. Estimamos que si el acuerdo de fusión conlleva cualquiera de las situaciones anteriores, posibilita al socio disconforme a ejercer el receso.

Consecuentemente, es acertada la inclusión de este supuesto en nuestra legislación, siempre y cuando genere un aumento en la responsabilidad del socio recedente para terceros o bien, importe otra de las causales de receso.

Tal y como hicimos referencia para el caso de la transformación, en lo que respecta al aumento de responsabilidad frente a terceros, esta regulación carece de aplicación

---

<sup>352</sup> Cfr. *cit.* 174.

práctica, pues solamente interesa a las sociedades anónimas<sup>353</sup> que se fusionaran con una sociedad de personas y prevalece esta última. En este caso, la responsabilidad del socio pasaría de ser limitada a su aporte a una responsabilidad ilimitada y solidaria.

*v) No repartición de utilidades*

El supuesto de no repartición de utilidades opera cuando hay una contraposición de los intereses de los socios; mientras unos desean la repartición, la mayoría apoya la reinversión o simplemente la retención.

En el caso que nos ocupa, el socio podrá receder siempre que la sociedad, a pesar de tener utilidades durante dos períodos consecutivos, no reparta en efectivo por lo menos el diez por ciento (10%) en dividendos, en cada período.

Somos del criterio, que toda causal de receso, por su intención y carácter excepcional, debe ser efecto de una modificación sustancial al pacto social o al negocio jurídico, así como una herramienta de protección para socios en condición de minoría.

---

<sup>353</sup> Recordemos que para tomar un acuerdo de fusión en las sociedades de responsabilidad limitada que genere un aumento de responsabilidad, se requiere la presencia de la totalidad del capital social y unanimidad de votos. En este sentido el artículo 97 del Código de Comercio estipula: “Artículo 97 - El cambio de objeto de la sociedad y la modificación a la escritura social que imponga mayor responsabilidad a los socios, sólo podrá acordarse por unanimidad de votos y en reunión en que esté representada la totalidad del capital social. Para cualquier otra modificación de la escritura se requerirá el voto favorable de las tres cuartas partes del capital social.”

Es evidente que esta causal no corresponde a lo anterior, sino que más bien opera estrictamente en el ámbito de la protección a los socios en condición de minoría. Por esto, estimamos que esta causal no merece la tutela estricta de la figura del receso.

En primera instancia, porque si bien una decisión de este tipo está posponiendo el derecho de los socios a su parte en las ganancias de la sociedad, éste no puede esperar que en todo momento existan utilidades que se vayan a repartir efectivamente. Creemos, al igual que OZORES<sup>354</sup>, que vivimos en una realidad comercial donde existen sociedades que precisan de importantes inversiones iniciales para llevar a cabo sus negocios y que por ende, requieren un período de operación inicial prolongado durante el cual la sociedad no puede registrar utilidades, y que de generarlas, el giro normal para el cual se constituyó, hace necesaria su reinversión. Estamos seguros de que en muchas de las realidades de sociedades costarricenses una repartición de por lo menos el 10% de utilidades en cada período, sería contraproducente para los intereses y proyectos sociales a mediano o largo plazo. Evidentemente, no tendría sentido abrirle la posibilidad a los socios para que ejerzan el receso, porque la sociedad tiene planificado potenciar sus réditos a través de una reinversión de utilidades.

---

<sup>354</sup> Cfr. *cit.* 182.



Creemos que la ley impone una limitación arbitraria, que no se ajusta a la realidad de ciertas sociedades organizadas en torno a negocios que requieren inversiones prolongadas y que por ende, no merece de tutela en cuanto a la figura del receso.

Consecuentemente, recomendamos que la preocupación porque los socios puedan obtener dividendos según sus expectativas, se regule a través de adecuadas cláusulas en el pacto social<sup>355</sup> así como en acuerdos parasociales que pueden detallar montos, tiempo y circunstancias que se adecuen a la realidad individual de los socios y de la sociedad.

Si bien entendemos lo que pretende proteger y evitar esta disposición, también creemos que es más importante que los socios analicen adecuadamente el plazo por el cual se están comprometiendo y el detalle de las cláusulas pertinentes a la declaración y distribución de dividendos antes de invertir en un negocio que presenta intenciones disímiles con las suyas. Incluso, ya que en la realidad costarricense, se establecen plazos que en muchos casos, superan la expectativa de vida de los socios.

*vi) Cambio de giro*

---

<sup>355</sup> El artículo 18 del Código de Comercio en su inciso 14 indica: “La escritura constitutiva de toda sociedad mercantil deberá contener: [...] 14) Modo de elaborar los balances y de distribuir las utilidades o pérdidas entre los socios.”

Como última causal que posibilita el ejercicio del derecho de receso se encuentra el cambio de giro comercial que cause un perjuicio al socio recedente.

Como mencionamos en líneas anteriores, en Costa Rica la costumbre mercantil incorpora objetos sociales muy abiertos y generales<sup>356</sup>, lo cual permite, que prácticamente cualquier actividad comercial pueda desarrollarse sin contradecir el objeto social. Esto significa que la sociedad podría cambiar su giro comercial sin necesidad de modificar su objeto, ya que podría resultar de políticas tomadas por el órgano de administración, aunque ciertamente también de una resolución tomada en asamblea de socios.

Creemos que la idea del objeto social es restringir, identificar y definir el giro comercial de la empresa, pues se supone que la sociedad mercantil nace para una actividad comercial o empresarial definida. Sin embargo, en vista de la realidad comercial actual, el legislador decide incluir el cambio de giro como causal de receso y no así la modificación del objeto. Asimismo, correctamente estipula un plazo de caducidad calculado al momento de producida la causal para su ejercicio y no desde un posible acuerdo de cambio de giro que no necesariamente existe.

---

<sup>356</sup> Esto autorizado por el artículo 18, inciso 5) del Código de Comercio, el cual exige la inclusión del objeto que persigue la sociedad en el pacto social; pero no así que éste sea delimitado o exacto.

Entendiendo el giro comercial como el conjunto de actividades y operaciones habituales de una sociedad en un mercado organizado<sup>357</sup>, consideramos que una modificación de este tipo implica la posibilidad de contar con socios que no quieran continuar dentro del negocio y que consideran que esto no fue lo que ellos contrataron inicialmente. Sería injusto mantener a un socio dentro de una sociedad que tenga un giro comercial que no está conforme con sus intereses.

Si bien la sociedad puede requerir un cambio de giro por múltiples razones, esto afecta las bases fundamentales del negocio jurídico que creó la sociedad y por tanto, creemos coherente habilitar el ejercicio del receso para el socio que vea perjudicados sus intereses por una modificación de este tipo, que de ser previsible lo hubiera inhibido de contratar. Ahora bien, al igual que la causal anteriormente mencionada, para optar por el receso basta con comprobar que hubo un cambio de giro que le cause perjuicio, sin importar si hubo o no, acuerdo asambleario al respecto.

Efectivamente, el giro comercial de una empresa puede ser modificado a través de acuerdos o sin necesidad de éstos; hecho que le presenta ciertas dificultades al socio que desee receder en cuanto al plazo de caducidad de un año después de haberse producido la causal.

---

<sup>357</sup> Cfr. Título Primero, Capítulo Primero, Sección Segunda.

En primera instancia porque puede resultar difícil estimar precisamente cuándo es que el negocio cambia su giro comercial. Por ejemplo, un socio de una fábrica de zapatos de mujer, podría no determinar un potencial cambio de giro cuando la empresa decide comprar una máquina para confeccionar etiquetas para zapatos; pero sí en el momento de dejar de fabricar zapatos y dedicarse exclusivamente a ofrecer etiquetas. En este caso, resultaría complejo determinar si el cambio de giro se realizó o comenzó a gestarse en el momento de la compra de la máquina para elaborar etiquetas, en el momento de obtener la primera etiqueta o cuando se dejó de producir zapatos. Resultaría interesante incluso, argumentar que en este ejemplo el cambio de giro se produjo cuando la empresa dejó de confeccionar etiquetas con la intención de ponérselas a los zapatos que producía.

En todo caso, la letra de la ley no está clara en cuando a si el plazo de caducidad comienza a partir del cambio de giro, o a partir del momento cuando ese cambio le cause un perjuicio a algún socio. A nuestro juicio, este plazo correrá a partir del cambio de giro propiamente, debiendo el recedente argumentar cuál es el perjuicio. De lo contrario, esto permitiría que una empresa cambie su giro comercial hoy y que el socio se pueda quedar esperando durante años, hasta el momento cuando el negocio no esté funcionando y argumente que le causa un perjuicio continuar en sociedad. No pareciera justo entonces, que se permita ejercer el receso porque el socio tomó un riesgo y cuando los resultados negativos son inminentes, éste pueda salirse de la sociedad a través del receso.

En este caso, interpretamos que el socio aceptó tácitamente el cambio si después del año de cumplido no ejerció el recesso. En todo caso, será el juez el que estimará si el cambio de giro fue evidente y manifiesto y lo relacionará con si el socio está o no dentro del plazo de un año después de producida la causal.

Por otra parte, el recedente deberá ejercer su derecho únicamente cuando este cambio de giro le cause un perjuicio<sup>358</sup>. Si bien en un inicio se podría justificar que el perjuicio deberá ser económico por ser la sociedad una ficción jurídica que fomenta el lucro, creemos importante profundizar en lo que interpretamos que el legislador procuraba con esta disposición.

Entendemos que lo que debe probar el socio recedente en este supuesto, es que el cambio en el giro comercial de la empresa le causa un perjuicio de cualquier tipo, que razonablemente, no lo hubiera hecho contratar en primera instancia. Esto significa que el socio deberá comprobar, que actuando como buen hombre de negocios, hubiera evaluado distintamente su ingreso a la sociedad, de tener un giro diferente al original.

Este razonamiento por parte del socio deberá estar fundamentado; sin embargo, creemos que no deberá ser restringido únicamente al ámbito económico de rentabilidad o

---

<sup>358</sup> En otras legislaciones como la argentina, el cambio de objeto -asimilado aquí al giro- no implica probar que le cause un perjuicio, sino basta con la simple comprobación de la modificación respectiva.

inherente a su calidad de socio, sino que podrá incluir elementos de riesgo, pericia, moralidad, ética o expectativa, en cuanto a su inversión.

Ciertamente es aceptable que un socio decida receder, ya que su expectativa de retorno en cuanto a su inversión inicial ha sido modificada por este cambio. También consideramos lógico que el recedente argumente su decisión en que el nuevo giro le implicaría un mayor riesgo que no está dispuesto a tomar; o bien, que por una cuestión moral, ética o de imagen propia, estima que su dinero no puede estar en el nuevo o transformado negocio. Ejemplo de esto puede ser un socio de una fábrica de chocolates, que ahora produce cigarrillos o un socio de una inmobiliaria que ahora maneja un casino. Desde luego que la estimación del perjuicio deberá ser, como dijimos, razonable y por tanto, adecuadamente demostrada por el socio recedente.

De igual forma, consideramos que el cambio de giro deberá ser interpretado como cualquier limitación, disminución, ampliación, cambio cualitativo, geográfico o de cualquier otra naturaleza, siempre que el socio lo estime fundamental, y que lo obliga a estar en una sociedad en la cual él no hubiera entrado, si desde el inicio hubiera sido concebida de esta manera. Esto excluye interpretar, al contrario de la legislación italiana, que la modificación deberá ser total.

#### **d) Procedimiento para su ejercicio**

El artículo 32 bis es escueto y vulnerable a interpretaciones en cuanto al procedimiento que debe de cumplir el recedente frente a la sociedad, una vez configurada la causal. A continuación exponemos la crítica al procedimiento actual.

*i) Declaración de receso*

Según el artículo, en lo que respecta a los primeros supuestos de receso, el socio disidente debe comunicar a la sociedad su decisión de retirarse, ya sea por carta certificada u otro medio de fácil comprobación. En cuanto a los otros dos supuestos de los incisos a) y b) no se contempla ningún procedimiento para la declaración de receso. En virtud del carácter recepticio que contiene la declaración de receso por parte del socio, la regulación en cuanto a dicha comunicación debe ser aclarada.

En primer lugar, sugerimos que los métodos de comunicación sean homogéneos entre los supuestos y que siempre exista una constancia escrita, donde sea evidente la manifestación y el deseo de receder por parte del socio.

En caso de que dicha comunicación se efectúe durante la Asamblea de Socios, bastaría con que se haga constar en el acta la decisión del socio recedente. De lo contrario, la comunicación deberá presentarse por escrito por cualquier medio que dé fe de la fecha de

la comunicación así como de la recepción de la comunicación por parte de la sociedad; por ejemplo, carta certificada, acta notarial, telegrama o incluso, correo electrónico.

Adicionalmente, estimamos crucial definir que la comunicación a la sociedad deberá hacerse directamente ante la asamblea en caso de ejercerse en ese momento o bien, por medio del órgano de representación de la sociedad.

*ii) Plazo de caducidad*

El plazo otorgado por la ley actual para el ejercicio del recesso en cuanto a los primeros supuestos, es de cinco días a partir de la inscripción del acuerdo en el Registro de Personas Jurídicas; mientras, para los últimos dos supuestos, caducará el derecho si no se ejerce dentro del año de producida la causal.

En cuanto a que el plazo corra a partir de la inscripción del acuerdo, si bien entendemos esta inscripción como definitiva, podríamos encontrarnos frente al supuesto en que la asamblea tome el acuerdo y no se presente al Registro o bien, esté anotado como defectuoso y la sociedad no tenga la voluntad de subsanar el defecto. En estos casos, basándonos en el artículo 455 del Código Civil como norma supletoria<sup>359</sup>, consideramos

---

<sup>359</sup> En lo que respecta, el artículo establece que “Los títulos sujetos a inscripción que no estén inscritos no perjudican a tercero, sino desde la fecha de su presentación al Registro. Se concederá como tercero aquél que no ha sido parte en el acto o contrato a que se refiere la inscripción.”



que el acuerdo que posibilitó el ejercicio de este derecho surte plenos efectos para los socios desde la clausura de la asamblea y no así, frente a terceros. De esta manera, consideramos que con la expresa solicitud a la sociedad por parte del recedente y la potencial negativa u omisión de la sociedad, el acuerdo que posibilitó el ejercicio de este derecho surtiría plenos efectos, para los socios que deseen optar por receder.

Respecto del primer plazo, consideramos peligroso que no comience a partir de que se configure la causal de receso. Creemos importante que el socio tenga la oportunidad de receder desde ese momento y por un tiempo definido, de forma que la apertura del plazo para ejercer el derecho no esté sometido a ninguna decisión por parte de la sociedad.

En el esquema legal actual, independientemente de si consideramos que la inscripción de la que habla el artículo es provisional o definitiva, al socio se le impone la carga de verificar y presionar a la sociedad para que realice la protocolización de la asamblea en la que se tomó cierta decisión que originó el receso y la presente ante el Registro Nacional. Evidentemente, esto se puede prestar para situaciones donde la sociedad intente burlar al socio y su derecho de receso haciendo todo lo posible para que no se inscriba el acuerdo y el plazo no comience a correr.

En cuanto a los últimos dos supuestos, somos del criterio que el término perentorio de un año para ejercer la acción, se refiere a la acción procesal, lo cual significa que el socio

recedente no sólo debe comunicar su voluntad de receder a la sociedad, sino que de ser necesario, también acudir a la vía jurisdiccional en ese término<sup>360</sup>.

*iii) Sujeción a condición resolutoria y retracto del derecho de receso*

La regulación normativa de receso no contempla la posibilidad de revocación del acuerdo asambleario que lo provocó ni regula la situación en donde el socio decida retractarse de su decisión. Esto significa que no está claro qué sucedería en caso de que un socio ejerza el receso y que posteriormente la sociedad revoque el acuerdo que lo originó o bien, que él mismo decida que ya no quiere receder.

En cuanto al primer caso, pareciera que el derecho carecería de causa; sin embargo, podríamos argumentar que el socio tiene contra la sociedad, una acción de responsabilidad así sujeta a daños y perjuicios por haber revocado el acuerdo luego de estar ejercido el receso.

Por otra parte y como lo mencionaba GAGLIARDO<sup>361</sup>, el receso implica una renuncia a título oneroso y supone que el socio ha sufrido una grave afectación al negocio jurídico pactado con la sociedad. Por esto, no consideramos viable que el socio pueda

---

<sup>360</sup> Cfr. En este sentido, ver sentencia de la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia N° 805-F-2006 de las 10:30 horas del 20 de octubre de 2006.

<sup>361</sup> Cfr. *cit.* 76.

retractarse de su decisión de ejercer el receso, salvo que haya pacto expreso entre la sociedad y el recedente al respecto.

De cualquier forma, consideramos vital que la legislación costarricense prevea la situación relativa a la condición resolutoria, estableciendo un lapso para que la sociedad pueda revocar el acuerdo. Creemos que este plazo puede comenzar desde el momento cuando se toma el acuerdo, hasta después de transcurrido el plazo que tienen los socios de ejercer el receso. Esto, por cuanto es importante también que la sociedad estime si es pertinente mantener el acuerdo en firme si por otra parte tiene la situación de socios recedentes.

Creemos que el ejercicio del derecho de receso debe de estar sujeto a una condición resolutoria<sup>362</sup> que se refiera a la revocación del acuerdo asambleario respectivo, sin que el recedente pueda retractarse, salvo pacto con la sociedad. Únicamente de esta manera se podrá proteger los derechos de la sociedad así como de todos los socios en cuanto a la toma de decisiones referidas a receso.

*iv) Depósito de participaciones sociales*

---

<sup>362</sup> En este mismo sentido, ver lo estipulado por DASSO, *cit.* 22.

El depósito de participaciones sociales a las que hace alusión el artículo 32 bis está justificado con la importancia de verificar que el socio ha decidido perder dicha calidad respecto de la sociedad. Al depositar las acciones en una entidad de las definidas en el artículo, la sociedad anónima se asegura que el recedente no podrá ejercer los derechos que le confiere la acción como título valor y como participación societaria.

Sin embargo, el depósito de otro tipo de participaciones sociales como cuotas resulta inútil e innecesario, ya que de todas maneras un “título” de cuota no tiene valor alguno respecto de la sociedad y el recedente podría aún ejercer todos los derechos de un socio.

Por ende, recomendamos que para las sociedades de responsabilidad limitada se requiera la anotación de un asiento marginal en el registro de cuotistas donde indique que dicha participación del recedente está en trámite de receso. Para el caso de las sociedades anónimas, consideramos necesario que el depósito se lleve a cabo de manera inmediata al ejercicio del derecho.

#### **e) Estimación y reembolso efectivo de la participación social**

Como lo mencionamos anteriormente, el reembolso de su participación social es el fin último del socio recedente y por ende, debe regularse justamente tanto la estimación de su participación como el plazo y la forma del reembolso.

*i) Mecanismos de valuación*

En la regulación actual, el valor de su participación social será calculado de distinta forma, si la sociedad se cotiza o no en bolsa. Si ese es el caso, el monto será determinado por el precio promedio de la acción en el último trimestre; de lo contrario, la estimación del reembolso se determinará en proporción al patrimonio social que resulte de un peritaje.

Respecto de las sociedades que cotizan en bolsa<sup>363</sup>, consideramos coherente la regulación actual del Código en cuanto a la estimación promedio según el precio registrado en los últimos tres meses. A diferencia de un posible valor en libros, las sociedades que cotizan en bolsa ven reflejado el valor de sus acciones según la oferta y demanda del mercado.

---

<sup>363</sup> Por su naturaleza son únicamente las sociedades anónimas.

Las sociedades que no cotizan en bolsa son la extensa mayoría en Costa Rica y corresponden a multiplicidad de realidades negociales que merecen una adecuada regulación en cuanto a la valoración de sus participaciones sociales.

En primera instancia, debemos manifestar que una estimación hecha a partir del patrimonio de la sociedad puede resultar en un monto desfasado e incluso, perjudicial para el recedente. Si entendemos una estimación a partir del patrimonio como la común fórmula matemática de “activos - pasivos = patrimonio”, estaríamos suponiendo que el valor de la sociedad y de sus participaciones sociales está únicamente relacionada con sus pertenencias físicas, créditos y deudas, lo cual evidentemente no es así para todas las sociedades.

Por ejemplo, una sociedad se dedica al desarrollo y venta de programas informáticos (*software*) para compañías industriales a través de una página de Internet donde las compañías descargan el programa y lo instalan. Las participaciones sociales de una sociedad de este tipo pueden tener un alto valor, no por sus activos -ya que puede estar limitado a mobiliario de oficina- sino por el desarrollo de *software* y el *know-how* que tienen sobre el entorno negocial en donde se desempeñan; a lo cual podríamos referirnos como activos intangibles. Estos valores podrían no tomarse en cuenta, si entendemos que la valoración de las participaciones está únicamente basada en el patrimonio, según la definición contable anteriormente mencionada. Ciertamente, en este caso el cálculo que se

haga del valor de la participación social con base en el patrimonio, sería considerablemente más bajo.

Este ejemplo sirve para ilustrar la necesidad de determinar mecanismos de valuación que tengan relación ya no únicamente con los valores en libros en sus registros contables, sino tomando en cuenta el negocio al que se dedica la sociedad, así como principios de valoración financiera de empresas.

Pretendemos sugerir aquí que la valoración de las participaciones sociales en sociedades que no coticen en bolsa, se lleve a cabo de una manera más inclusiva y real, reflejando el precio justo de la participación social. Para esto, consideramos necesario indicar en la ley, que el cálculo se deberá hacer a partir de la estimación del patrimonio contable de la sociedad (capital social, reservas, utilidades (o pérdidas), activos fijos, intangibles, pasivos), así como del último balance aprobado y complementar dichos cálculos, tomando en consideración el valor de mercado de la participación social, así como las normas y principios de valuación de compañías en la práctica financiera y empresarial. Será únicamente de esta manera como se logrará otorgar, a nuestro criterio, un precio justo al recedente.

Estimamos que tanto la sociedad como el recedente deben procurar acordar un precio según sus cálculos y así evitar un eventual litigio. Si ambas partes logran negociar el reembolso, se evitarán mayores contratiempos y gastos innecesarios.

Sin embargo, en caso de acudir a la vía judicial, creemos que la mejor solución es que la estimación la realice un perito experto en valoración de participaciones sociales que tenga en cuenta los mecanismos de valuación anteriormente descritos. Sin perjuicio de lo anterior y a pesar de la poca claridad que ofrece la letra de la ley en cuanto a quién debe pagar el peritaje y si es o no impugnabile, creemos que las partes pueden ofrecer sus propios peritos, así como acordar de manera conjunta el pago de un tercero experto en la materia, impugnar y aclarar lo necesario, con el fin de que el juez tenga el mejor sustento para su decisión.

Adicionalmente, es menester indicar que la ley no determina en qué momento se debe calcular el valor de las participaciones sociales. Creemos necesario que la valoración se confeccione al momento real y actual de la declaración de receso por parte del socio, ya que es el momento cuando el socio decidió retirarse y su expectativa corresponde a lo que legítimamente se le debe en ese momento. Desde luego, esta situación plantea diversos desafíos ya que el cálculo siempre se hará con posterioridad al momento en que se ejerció el derecho.



*ii) Plazo y forma del reembolso*

Según el artículo vigente, la sociedad tendrá a partir de la notificación, un plazo máximo de 60 días calendario para entregarle al recedente su parte en dinero efectivo. Consideramos que este plazo podrá mantenerse así de común acuerdo; sin embargo, proponemos que este plazo no sea mayor a un año contado a partir de la clausura de la asamblea que dio origen al receso. Lo anterior con el fin de que la sociedad cuente con un tiempo razonable para reembolsar su participación al socio, sin perjudicar su estabilidad económica.

En caso de que el socio recedente no pueda recibir su participación social anteriormente definida en el tiempo estipulado por ley o el acordado entre las partes, ya sea porque no hay acuerdo, porque la sociedad decide no entregársela, por litigio o bien, por situaciones externas a la sociedad, caso fortuito o fuerza mayor, consideramos que el monto deberá indexarse al momento del efectivo pago y no podrá ser nunca menor al monto que se definió en un primer momento. Esto, por cuanto no cabría aquí que al socio recedente se le aumente el monto por pagar porque a través de los años la sociedad recedida logró aumentar su valor, aunque sí nos parece válido reclamar daños y perjuicios. Sin embargo, tampoco cabe la posibilidad de que en caso que la sociedad pierda dinero o incluso, llegue a la quiebra se le perjudique, ya que el vínculo entre la sociedad y el recedente terminó anticipadamente desde el momento en que notificó a la sociedad del ejercicio del derecho.

En cuanto a la forma del reembolso, la ley estipula que deberá hacerse en dinero efectivo. Sin embargo, consideramos que en caso de existir un acuerdo entre partes y siempre que el funcionamiento de la sociedad no se vea perjudicado ni sea un bien necesario para el giro de la empresa, podrá autorizarse el pago mediante el reintegro en especie.

La sociedad podrá efectuar el reembolso mediante la adquisición por parte de los socios interesados de la parte proporcional de dicha participación o bien, podrá llevarlo a cabo a través de un comprador o inversionista o incluso, disponer de sus reservas para cubrirlo, o disminuir el capital social. De lo contrario y si no fuera suficiente, la sociedad deberá disolverse y liquidarse<sup>364</sup>.

Sin lugar a dudas, la estimación y reembolso efectivo de la participación social constituye uno de los temas más complejos en cuanto a la figura del receso. Por ello, es necesario realizar profundas modificaciones al ordenamiento jurídico que procuren proteger de mejor manera, el derecho de reembolso del socio.

Por otra parte, también consideramos de vital importancia capacitar a los peritos del Poder Judicial, así como a los jueces para que con mayor precisión, puedan estimar y decidir el valor real de las participaciones sociales, asignatura aún pendiente en Costa Rica.

---

<sup>364</sup> CERTAD MAROTO Gastón. (2007). Necesidad de un nuevo modelo de SRL. Revista Ivstitia. Año 21. No. 251-252. San José, Costa Rica. página 14.

#### **f) Limitación, exclusión y ampliación del derecho de receso**

El último párrafo del artículo 32 bis indica que es nulo cualquier pacto que tienda a entorpecer, limitar o excluir el derecho de receso. Si bien esto protege el derecho como tal, no queda claro si se podría incluir dentro de esta nulidad la eventual decisión de la sociedad de no reconocerle el legítimo derecho al recedente. Más aún, no se indica si es posible o no ampliar las causales de receso o sus efectos en el pacto social.

##### *i) Limitación y exclusión*

Somos del criterio, que una vez configurada una causal de receso, sus consecuencias deben ser amplias para todo aquel que decida receder. Esto significa, que la sociedad no puede ni siquiera limitar, excluir o entorpecer el procedimiento de reembolso efectivo de la participación correspondiente al socio. Así, consideramos que la legislación vigente debe incluir la nulidad de cualquier acto que agrave las condiciones del ejercicio del derecho y ya no únicamente lo referido a posibles pactos.

Si bien el socio debe comunicar su deseo de receder a la sociedad, esto no implica que la sociedad debe aceptarlo<sup>365</sup>, sino que de inmediato debe verificar la causal y proceder

---

<sup>365</sup> En este sentido ver lo referido a la unilateralidad del derecho de receso en el Título Primero, Capítulo Primero, Sección Tercera.

con el respectivo reembolso de la parte correspondiente al socio. Cualquier acción u omisión que intente la sociedad será nula y deberá ser castigada por daños y perjuicios.

Si bien el socio recedente de una sociedad que decida no reembolsarle su parte deberá presentar una acción judicial para hacer valer sus derechos; esto debe reconocerse como una limitación al derecho y por tanto, deberá declararse la nulidad de dichos actos y condenar de conformidad a la sociedad.

#### *ii) Ampliación*

La posibilidad de ampliación de causales de receso en el pacto social no está explícitamente prohibida ni autorizada en la legislación vigente. Partiendo del principio de la autonomía de la voluntad, podríamos argumentar que sí sería posible aumentar las causales o sus consecuencias, en el tanto los socios estén de acuerdo.

Sin embargo, también debemos subrayar la excepcionalidad del derecho de receso y sus efectos dentro de la legislación mercantil, que favorece con el reembolso total de sus participaciones, a aquel socio que se identifique con ciertas causales. Esto implica un posible desequilibrio en las finanzas sociales a costa de ciertos individuos que no están de acuerdo con una decisión mayoritaria. Además, se debe recordar que el reembolso al socio

recedente está por encima de oposiciones de acreedores, lo cual lo torna en un instituto aún más delicado.

Por otra parte, somos del criterio que si bien las causales y los efectos del receso deben ser taxativos y ubicados en disposiciones legales, el estatuto social podrá ampliar razonablemente los plazos referidos al procedimiento de ejercicio en favor del recedente. Esto, por cuanto necesariamente debe existir cierta flexibilidad; por ejemplo, en cuanto al plazo que tiene el recedente para comunicar el receso a la sociedad, siempre que se calcule razonablemente.

Por ende, consideramos que la figura del receso no debe ser ampliada más que por una modificación legal ya que la tendencia deberá enfocarse hacia la restricción de disminuciones en el patrimonio social, por el carácter excepcional de la figura y sus graves consecuencias. De esta manera, la legislación deberá ser actualizada para indicar claramente que toda ampliación de causales de receso, será nula.

Tomando en cuenta los divergentes intereses, -sociedad, recedente, terceros-, consideramos que será una cuestión de política legislativa qué tan amplias o restrictivas serán las causales de receso; sin embargo, está claro que cualquier ampliación que no sea por la vía de modificación legal de la regulación normativa, debería ser tratada dentro de la

figura de retiro voluntario del socio<sup>366</sup>.

### **g) Acciones contra la negativa de receso**

Como lo mencionamos en líneas anteriores, existe la posibilidad de que la sociedad no reconozca el derecho de receso al socio, o bien, interfiera con la consecución final del reembolso efectivo. A pesar de la evidente falta en la que incurriría la sociedad, es menester establecer las posibles acciones judiciales que tiene el recedente, en caso de ver frustrado su derecho.

En primera instancia, consideramos que el recedente podrá optar primero por presentar un proceso ordinario contra la sociedad e incluso contra sus administradores o bien, contra socios que obstruyan su derecho, y solicitar que se declare que tiene derecho de receso contra la sociedad por el respectivo supuesto; que lo ha ejercido en tiempo y forma de conformidad con la legislación vigente; que se declare que tiene derecho a obtener una cuota del patrimonio proporcional al valor de sus participaciones en el capital social, según la estimación pericial que se realice; que se declaren intereses moratorios desde el ejercicio

---

<sup>366</sup> CABANELLAS DE LAS CUEVAS expone esta figura como la posibilidad que tiene el socio de retirarse de la sociedad por disposición contractual, ya sea de forma irrestricta o porque se da una condición que autoriza su ejercicio. Esta situación jurídica se distingue del receso en tanto amplía las causales libremente, facultando a los acreedores societarios a oponerse a dicho retiro; produciendo un desmejoramiento en la garantía de éstos por no ser los socios responsables solidariamente. El mismo autor considera que admitir el retiro voluntario sin oposición de acreedores sería abrir la posibilidad de reducir libremente la garantía de las deudas societarias, puesto que todo el patrimonio neto de la sociedad podría así ser retirado por los socios en cualquier momento. CABANELLAS DE LAS CUEVAS Guillermo. op. cit., página 173.

del receso hasta el efectivo pago; la indexación sobre los montos estipulados en sentencia así como daño moral por no haberse reconocido el receso en tiempo y forzar a mayores acciones legales para lograr el reconocimiento de los derechos correspondientes.

Adicionalmente, consideramos que podrá solicitar que se le indemnice por cualquier obstaculización relativa a la inscripción del acuerdo, al reembolso de las participaciones o bien, cualquier otra que responda por daños y perjuicios ocasionados al recedente.

Desde luego, esto implicaría, en la realidad actual, un proceso judicial largo y tedioso, que puede llevarse varios años para su resolución.

Otra posibilidad que interpretamos consiste en presentar un proceso abreviado, en virtud de lo estipulado por el Código Procesal Civil en su artículo 420, inciso 11<sup>367</sup>. Entendemos que el receso no es un acuerdo, aunque sí depende y guarda íntima conexión con éste; de tal manera, que se podría interpretar que el recedente cuenta con una vía más expedita para poder obligar a la sociedad a que le reconozca su derecho y le reembolse su participación.

---

<sup>367</sup> Dicho artículo menciona, en lo que corresponde: “Artículo 420.- Asuntos sujetos a este trámite. [...] 11) Los acuerdos tomados en asamblea de accionistas, en juntas directivas o en consejos de administración.”

Consideramos necesario recomendar a los socios, que se incluya en el pacto social una cláusula arbitral para dirimir dichas situaciones; lo cual resultaría en que el proceso y todos los efectos que conlleva el receso, sean mucho menos traumáticos para las partes.

## **SECCIÓN II: PROPUESTA DE LINEAMIENTOS PARA UNA ADECUADA TUTELA DEL DERECHO DE RECESO**

Luego del análisis hecho, es menester que se procure recurrir a soluciones concretas para los inconvenientes y desventajas que presenta la legislación actual, así como proponer ideas puntuales para una nueva regulación de tal derecho en Costa Rica.

Desde un inicio, el máximo interés por investigar esta figura residía en que nos obligaría a presentar un cambio en la legislación nacional. Este cambio que proponemos surge del deseo de ajustar la realidad jurídica societaria a la realidad negocial. A falta de más y mejor doctrina y jurisprudencia nacional relacionada con receso, procuramos en este ejercicio fomentar la idea de generar normas jurídicas más simples, claras y uniformes, que ordenen eficientemente las bases fundamentales del receso, sin atar a los operadores jurídicos ni a los empresarios y que a la vez le permitan a la doctrina y a los jueces, interpretar lo que debe ser objeto de interpretación.



Es pertinente presentar nuevamente nuestra definición de derecho de receso con el fin de relacionar nuestra propuesta normativa:

*Derecho de todo socio de retirarse de la sociedad, cuando esté en condición de disidente o abstenido, en acuerdos assemblearios u otros supuestos establecidos taxativamente por ley, que modifiquen de manera sustancial el pacto social o la empresa; con el fin de recibir el reembolso del valor real de su participación social, según los mecanismos de valuación establecidos por ley y las normas y principios de la práctica financiera y empresarial; extinguiendo el vínculo contractual que lo une con la sociedad.*

#### **a) Situaciones fácticas**

En primer lugar, analizaremos los requisitos y causales, que a nuestro juicio, deben ser objeto de receso en Costa Rica.

##### *i) Presupuestos*

Partimos del supuesto que el receso debe venir necesariamente originado de un acuerdo válido de asamblea. No obstante, en virtud de la necesidad de proteger a los socios que no estén de acuerdo con una modificación en la base del negocio jurídico, -situación que en el ordenamiento jurídico costarricense puede darse sin necesidad de un acuerdo

asambleario<sup>368</sup>-, es pertinente manifestar, que todo ejercicio del derecho de receso debe provenir principalmente de un desacuerdo con una decisión asamblearia o con una reforma trascendental en el negocio jurídico.

Además, creemos que este derecho no es divisible, ya que no podemos tolerar que un socio pueda estar en favor y en contra de un cambio esencial en la sociedad, como lo sería receder únicamente por una parte de sus participaciones. Naturalmente, entendemos que esto sería permitir que una persona pueda ir válidamente contra sus propios actos.

Por último, consideramos que la regulación costarricense debe prohibir la renuncia previa de tal derecho. En primera instancia porque este acto permitiría la creación de sociedades donde no exista el derecho de receso; por otra parte, abriría la posibilidad para que grupos controladores presionen a los posibles recedentes y los amenacen con efectuar otros mecanismos de presión si no renuncian.

Desde luego, una vez operada la causal que da lugar a receso, cada socio legitimado podrá, según su criterio, ejercerlo o no, lo cual admitiría una renuncia tácita o expresa ya no de su derecho, sino del ejercicio de éste para el caso particular.

---

<sup>368</sup> Situación que podría existir en virtud de un cambio de giro comercial.

## *ii) Titularidad*

Como se estableció en líneas atrás, creemos que todos los socios son titulares del derecho de receso y que serán únicamente los disidentes de un acuerdo social que autorice el ejercicio del receso, así como los abstenidos de dichos acuerdos que dentro del plazo para ejercer el receso así lo manifiesten a la sociedad.

Además, debido a que el ordenamiento jurídico actual permite modificaciones al negocio jurídico sin que medie resolución alguna e incluso, tolera que sociedades no funcionen como empresa, debemos autorizar también a los socios que consideren que esto les perjudica razonablemente de tal modo, que de ser ese el estado de las cosas al entrar en sociedad, no lo hubieran hecho.

Por lo tanto, consideramos que los únicos socios que podrán ejercer el receso, serán los que estén en las condiciones anteriormente mencionadas, sin que sea posible por ninguna otra circunstancia, legitimar a otros para ejercer el receso.

## *iii) Efectos*

Los efectos de ejercer el derecho de receso deben estar claros tanto para los recedentes, como para la sociedad, sus acreedores y terceros interesados. El efecto directo

más evidente está en la extinción de la calidad de socio que se hará efectiva una vez que la sociedad esté notificada de la decisión de receder por parte del socio. En ese momento es cuando el socio pierde la titularidad de la participación social y por ende, su calidad de socio.

Entre las consecuencias derivadas de dicho acto está la imposibilidad de asistir y votar en asambleas, así como de obtener dividendos; dicho de otra manera, pierde todos los derechos que comporta la calidad de socio, sin importar si son políticos, económicos o de otro tipo.

Sin perjuicio de lo anterior, es menester aclarar que la declaración de receso terminará de surtir todos sus efectos una vez que la sociedad le reembolse la parte proporcional a su participación social<sup>369</sup>.

#### *iv) Causales actuales*

Estimamos importante indicar cuáles supuestos de los que actualmente habilitan el receso consideramos necesarios para una adecuada tutela de este derecho. Estamos de acuerdo con que exista causal de receso si la asamblea acuerda la prórroga del plazo social, traslado del domicilio societario al extranjero, transformar o fusionar la sociedad de modo

---

<sup>369</sup> Desde luego, puede existir la posibilidad que el reembolso efectivo no sea inmediato, sin embargo, los efectos de la extinción de la calidad de socio serán eficaces sin importar el momento del reembolso.

que esto genere un aumento en la responsabilidad del socio<sup>370</sup> o bien, cuando el giro comercial de la empresa ha cambiado de tal manera que le cause un perjuicio al socio.

Sin embargo, y como ya se mencionó, consideramos que no debe otorgarse este privilegio en el supuesto de no repartición de utilidades, ya que no corresponde a un cambio sustancial en el pacto societario, ni en la base jurídica del negocio en que contrató.

Regular estas situaciones sería desnaturalizar la figura del receso para convertirla en un mecanismo de protección a los siempre existentes riesgos de una inversión negocial. No obstante, estamos conscientes de la importancia de contar con defensas para evitar que un cierto grupo de socios secuestren los dividendos de la sociedad; ya sea por impericia negocial o bien, para ejercer presión a otros socios con el fin vender sus participaciones. En este sentido, recomendamos fuertemente la posibilidad de regular este tipo de situaciones dentro de la figura del retiro voluntario del socio<sup>371</sup>.

---

<sup>370</sup> Aumento de responsabilidad entendido en supuestos como el caso de pasar de tener una responsabilidad limitada con respecto a sus aportes a una responsabilidad solidaria e ilimitada.

<sup>371</sup> En este sentido ver lo referido al concepto general del retiro del socio. Cfr. Título Primero, Capítulo Primero, Sección Primera.

v) *Causales nuevas*

Aunado a las causales mencionadas anteriormente, creemos en la importancia de actualizar y reforzar la figura con el fin de que proteja otras alteraciones fundamentales, ya sea en el negocio o en el pacto societario, respetando los derechos individuales de socios en condición de minoría.

La primera causal que deseamos agregar consiste en la del cambio de objeto. Si bien la regulación actual habilita el ejercicio del receso cuando exista un cambio de giro comercial que le cause un perjuicio al socio, consideramos que, por tanto, debe existir el receso en caso de que el objeto social sea modificado a través de la respectiva decisión asamblearia y siempre que le cause un perjuicio al socio.

Si bien reconocemos el poco uso que podría otorgar esta figura en la realidad actual, creemos, de igual modo, que debe regularse ya que siempre existe la posibilidad de acordar un objeto social cerrado, que de ser modificado, estaría en capacidad de causarle un perjuicio razonable a algún socio. Aunque esto incluso, pudiera incidir en un cambio de giro, consideramos que le facilitaría al socio probar dicha situación.

Por otra parte, juzgamos importante que los socios puedan receder en virtud de una escisión en la sociedad<sup>372</sup>. Como se estudió, la escisión consiste en que una sociedad destine parte de sus activos para fusionarse con sociedades existentes o bien para participar con ellas en la creación de una nueva sociedad; cuando sin disolverse destina parte de su capital para constituir una o varias sociedades nuevas, o cuando se disuelve sin liquidarse para constituir nuevas sociedades con la totalidad de sus activos<sup>373</sup>.

Si bien en Costa Rica la escisión aún carece de regulación en la ley, evidentemente, no tiene que ver únicamente con modificaciones sustanciales en el pacto social producto de un acuerdo asambleario, sino que también podría sugerir un cambio en el negocio jurídico de la empresa en virtud de dicha actividad.

Finalmente, consideramos que debe existir una causal de receso que proteja a los socios de condiciones en las cuales el patrimonio, activos o capital social de la sociedad, están siendo sub-utilizados o inutilizados de tal forma que la empresa para la cual acordaron asociarse resulte inexistente o inoperante.

---

<sup>372</sup> En este sentido ver lo referido a la escisión en el Título Primero, Capítulo Segundo, Sección Segunda.

<sup>373</sup> CABANELLAS DE LAS CUEVAS Guillermo. op. cit., página 187.

Esto implica una alteración grave al negocio que se pactó en un principio<sup>374</sup> y por lo tanto, consideramos deben protegerse aquellas situaciones donde ciertos socios crean que el patrimonio, activos o capital social están siendo “secuestrados” en todo o en parte, por socios con mayor poder.

De esta manera, estamos convencidos de que se debe incluir en la legislación la aplicación de la figura del receso en caso de acción u omisión por parte de la sociedad, sus órganos o sus socios que coadyuve a que la sociedad no opere como empresa, de modo que le cause un perjuicio al socio recedente.

La ficción jurídica llamada sociedad está destinada para fungir como herramienta para una actividad comercial determinada. Como VIVANTE, entendemos que la empresa es un conjunto organizado de elementos de capital y trabajo destinado a la producción y a la mediación de bienes o servicios para el mercado<sup>375</sup>. De esta manera, el titular de una empresa realiza en el mercado una actividad profesional, un tráfico que consiste en la repetición masiva de los actos que constituyen el objeto de su empresa, que radica en la colocación masiva en el mercado de los bienes o servicios<sup>376</sup>. Así, si una sociedad no está

---

<sup>374</sup> Primeramente en virtud de la inexistencia del negocio o de una empresa o bien en situaciones donde esta empresa no puede funcionar de manera adecuada.

<sup>375</sup> VIVANTE Cesare, citado por GAGLIARDO Mariano, op. cit., página 532.

<sup>376</sup> Ibid. página 533.



resultando en una empresa, es decir; no está generando réditos, no existe fin de lucro, o no comercia dentro de un mercado determinado, no debería de existir.

Somos del criterio que toda sociedad debe corresponder a una organización patrimonial productiva, que si a pesar de emplear trabajo y capital ajeno, está destinada a proveer exclusivamente el consumo directo o beneficio de grupos controladores, aquel socio que considere que esto le cause un perjuicio, podrá solicitar el reembolso de su participación social, a través del derecho de receso.

*vi) Generalidades de la propuesta normativa*

Habiendo presentado las situaciones y condiciones necesarias para poder ejercer el derecho de receso en nuestra propuesta normativa, debemos indicar que las causales anteriormente mencionadas deberán ser consideradas *numerus clausus*. Es decir, que por la naturaleza y efectos del derecho de receso<sup>377</sup>, no podemos permitir que estas causales se amplíen ni que en el pacto social o a través de otros acuerdos como pactos parasociales, se incluya otras causales de receso.

---

<sup>377</sup> Es importante recordar que el derecho de receso es una figura que habilita al recedente a obtener su participación social íntegra y sin oposición de acreedores ni de la sociedad y por tanto, deberá ser excepcional tanto en las causas como en las consecuencias.

Sin embargo, consideramos que la ley debe permitir que las causales de receso puedan ser ampliadas e incluso agregar nuevas, en el entendido de que operarán como causales de retiro voluntario del socio<sup>378</sup>. De igual forma, juzgamos que situaciones como la no repartición de dividendos, o bien resoluciones de asamblea que aumenten la responsabilidad de los socios podrán ser cubiertas por dicha figura.

Más aún, estimamos pertinente manifestar, que el receso de un socio en un momento determinado, no le impide obtener nuevamente dicha condición mediante la obtención de otras participaciones sociales. Es decir, que porque alguien haya ejercido el derecho de receso en un determinado momento, no le inhibe de volver a contratar con la sociedad, siempre que cumpla con todos los requisitos necesarios.

Finalmente, debemos manifestar nuestro interés no solo por proponer causales apropiadas para el ejercicio del receso, sino también por ampliar la nulidad de pactos que perjudiquen el receso del artículo 32 bis. De esta manera, consideramos que deberá incluirse en la legislación, la nulidad de cualquier pacto, acción u omisión, que tienda a limitar, excluir o agravar el derecho de receso, su ejercicio o su reembolso.

---

<sup>378</sup> Como vimos anteriormente en el Título Primero, Capítulo Primero, Sección Primera, esto implica que toda solicitud de retiro del socio podrá tener oposición de acreedores.

A nuestro criterio, hacer más explícita y amplia la causal de nulidad con respecto de este derecho, dotará a los recedentes de mayor seguridad jurídica, en caso de que la sociedad evite reconocer su derecho o reembolsarle la cuota que le corresponde.

## **b) Normas de procedimiento**

Como parte de una correcta regulación normativa, es imprescindible que la ley detalle en su totalidad, el procedimiento para el ejercicio del receso. Como se mencionó anteriormente, el procedimiento contenido en el artículo 32 bis resulta confuso, incompleto y en ciertos casos presenta problemas prácticos. A partir de lo anterior, seguidamente exponemos los lineamientos, que a nuestro criterio, deben incluirse en la regulación actual.

### *i) Declaración de receso*

Coincidimos en que la declaración de retiro debe ser comunicada a la sociedad por carta certificada o por otro medio de fácil comprobación; sin embargo, creemos necesario precisar que la comunicación debe ser siempre por escrito; ya sea en el mismo momento de la asamblea haciéndolo constar en el acta o con posterioridad, en comunicación dirigida al órgano de representación de la sociedad.

Estimamos importante que dicha comunicación sea inequívoca; significa que contenga claramente la intención del socio de receder por determinado acuerdo que no comparte y que constituye causal de receso.

Por su naturaleza y efectos, consideramos válido y necesario que el derecho de receso incluya una serie de formalidades en lo que respecta a su procedimiento. Recordemos que este derecho extingue el vínculo del socio recedente con la sociedad, importa un reembolso del valor real de su participación social y no permite la oposición de acreedores societarios.

*ii) Plazos y sujeción a condición resolutoria*

Por las razones expuestas, discrepamos con el plazo otorgado por el artículo 32 bis, así como con la forma propuesta para su cómputo.

Proponemos un plazo uniforme, para que tanto disidentes como abstenidos, puedan ejercer el receso; esta uniformidad se plantea con el fin de evitar confusiones y buscar una mayor simplificación en la redacción legal. Nos inclinamos así por definir, que para ejercer válidamente el derecho contarán con 30 días naturales desde la clausura de la

asamblea que toma el acuerdo que habilita el receso, salvo que el socio lo ejerza directamente ante la asamblea<sup>379</sup>.

Definimos este plazo de caducidad en 30 días naturales, por considerar necesario que el socio disponga de un período prudencial para tomar una decisión de esta envergadura. Es menester que el socio medite, analice las ventajas y desventajas del acuerdo tomado, calcule y delimite el perjuicio que se le podría estar ocasionando y así evite tomar una decisión apresurada. Naturalmente, transcurrido el plazo de 30 días, caduca la acción para ejercer el receso.

Para los casos de receso que no requieran un acuerdo social, consideramos que el plazo de caducidad de un año para ejercer el derecho estipulado en el artículo 32 bis es tiempo suficiente para que el socio valore el perjuicio y decida ejercer su derecho.

Por otra parte, creemos necesario permitirle a la sociedad revocar el acuerdo que origina el receso. Esto permite que la sociedad también reflexione sobre las posibles consecuencias de dicho acuerdo y de un posible receso. Así se podría evitar la salida de socios y consecuentemente de capital, que pudiera afectar el funcionamiento de la sociedad.

---

<sup>379</sup> Recordemos que la impugnación del acuerdo en razón de una posible nulidad exige que se ejerza el receso subsidiariamente y dentro del plazo. De esta forma, si la nulidad alegada se declara improcedente, el receso surte efectos plenos; mientras que, si el acuerdo se confirma como nulo y el socio solicitó receso de manera subsidiaria, continúa siendo socio retrotrayéndose los efectos al momento de comunicada su intención, con todos los derechos correspondientes.

De esta manera, la sociedad debería tener un plazo de 90 días naturales para revocar el acuerdo, contados a partir de la clausura de la asamblea que habilita el ejercicio del receso<sup>380</sup>. Dicho plazo nos parece suficiente, pues permite a la sociedad revocar el acuerdo incluso cuando ningún socio haya manifestado su intención de receder y en caso de que uno o varios socios comuniquen su declaración de receso, la sociedad tendrá 60 días adicionales al término del plazo de 30 días otorgado al socio, para analizar la conveniencia o no, de revocar el acuerdo y así convocar y celebrar la asamblea correspondiente.

Lo anterior significa, que si bien el receso surte todos sus efectos a partir de la comunicación a la sociedad<sup>381</sup>, no será sino hasta concluido el plazo de 90 días cuando el ejercicio de este derecho será plenamente eficaz y adquirirá firmeza.

De esta forma, el derecho de receso está sujeto a una condición resolutoria para que surta efectos plenos. Sin embargo, si la sociedad reconoce el derecho de manera expresa o tácita, perderá su derecho a revocar el acuerdo.

Proponemos que se exija a la sociedad que a partir de la fecha de clausura de la asamblea que tomó el acuerdo que originó el receso, cuente con 90 días naturales para revocar dicho acuerdo, o de lo contrario deberá comunicarle al recedente la fecha del

---

<sup>380</sup> Consideramos que estos plazos no admitirán ampliación alguna en virtud de la seguridad jurídica que se debe de proveer a terceros y acreedores.

<sup>381</sup> Esto incluye la extinción del vínculo entre el recedente y la sociedad.

reembolso de su participación social, la cual deberá estar comprendida dentro del plazo de un año, contado a partir de la clausura de la asamblea mencionada.

La revocatoria de la resolución que dio lugar a receso implica para el socio recedente, que se retrotraerán todos y cada uno de sus derechos económicos y políticos, volviendo a adquirir la condición de socio. Si durante el tiempo que estuvo desligado de la sociedad, se tomaron acuerdos asamblearios que supongan alguna causal de receso, el socio tendrá la potestad de ejercer este derecho y los plazos correrán a partir de la comunicación de la revocatoria.

### *iii) Depósito de acciones y anotación marginal en registro de socios*

En nuestro país, para el ejercicio del receso dentro de la sociedad anónima, es requisito que se depositen las acciones en una entidad financiera, bancaria o bien, en una central de valores. Lo anterior tiene sentido en primer lugar, porque con la comunicación a la sociedad se extingue el vínculo societario y además se evita que las acciones, cuyo valor será objeto de reembolso, circulen por su condición de título valor. Recordemos que las acciones son transmisibles por endoso.

Para el caso de las cuotas en una sociedad de responsabilidad limitada, al no existir necesariamente un título que las represente, consideramos vital incluir dentro de la

normativa la necesidad de anotar una referencia a la participación objeto de receso, al margen del asiento insertado en el Registro de Cuotistas.

De acuerdo con nuestro criterio, esta anotación deberá ser firmada por el socio recedente y por un personero de la sociedad, evitando con ello que se consignen recesos inexistentes o información falsa e incompleta.

Así las cosas, el depósito o anotación marginal referidos podrán materializarse en distintos momentos. Un primer momento sería con anterioridad a la declaración de retiro a la sociedad, situación que aplica siempre y únicamente en las sociedades anónimas<sup>382</sup>; un segundo momento sería de manera simultánea al acto de comunicación del receso en los casos de que se pueda consignar inmediatamente en el Registro de Cuotistas. Finalmente, podría ser con posterioridad al acto declarativo de receso, circunstancia que sería posible en caso de que el Registro de Cuotistas o la persona que deba firmar la anotación no esté disponible en ese momento.

---

<sup>382</sup> Pareciera lógico que previa notificación de receso, el recedente deposite sus acciones en una entidad bancaria o central de valores para que la sociedad tenga certeza de la no circulación de los títulos recedidos.



*iv) Necesidad de publicación*

Hemos estudiado cómo cierta parte de la doctrina propugna por exigir la publicación del ejercicio de receso<sup>383</sup>. Coincidimos con este pensamiento al encontrar su fundamento en el fin último que radica en evitar el desfalco o actuación fraudulenta en perjuicio de terceros, o incluso de socios que no estén informados sobre los acontecimientos sociales.

La publicación permite informar a los acreedores y otros interesados y los torna vigilantes de un reembolso justo y que refleje la realidad económica societaria<sup>384</sup>.

Consecuentemente, proponemos la incorporación dentro de nuestra normativa de receso, la necesidad de publicar por única vez y en el Diario Oficial La Gaceta dicha declaración de receso.

Esta publicación será responsabilidad del recedente, y deberá contener el nombre de la sociedad, la fecha cuando se comunicó el receso y el porcentaje de la participación social, objeto de éste. Por supuesto, deberá contener una firma responsable, sin necesidad

---

<sup>383</sup> Cfr. *cit.* 211.

<sup>384</sup> GORLA fundamenta la publicación en que el receso necesariamente conlleva una modificación del contrato societario, al implicar una reducción del capital social. Sin embargo, como se mencionó con anterioridad, el receso no siempre implica una disminución de capital, pues podría existir una recompra, la llegada de un nuevo inversionista o la adquisición de la participación por parte de otro socio.

de que ésta sea la del socio recedente, en razón del anonimato característico de las sociedades de capital.

Adicionalmente, es importante establecer un plazo prudencial entre la publicación y el reembolso efectivo, que permita a los interesados fiscalizar el procedimiento y así evitar posibles actuaciones fraudulentas. Para ello proponemos que el reembolso se efectúe en un plazo mínimo de 15 días naturales, contados a partir de la publicación.

*v) Estimación y reembolso*

Por ser la estimación de la participación social uno de los elementos de mayor conflicto entre la sociedad y el recedente, consideramos necesario no sólo regular los mecanismos de valuación sino la necesidad de que ambas partes, de mutuo acuerdo, procuren pactar el monto correspondiente.

Como lo estipulamos en la sección anterior, la valoración de la participación social se deberá llevarse a cabo partiendo del análisis del último balance aprobado, el capital social, las reservas, utilidades, activos fijos, activo circulante, pasivos y los posibles activos intangibles que figuren como activos propiedad de la sociedad. Además, se deberá considerar el valor de mercado que tengan las participaciones de dicha sociedad y

complementar estos datos con los principios y normas que regulan la valoración de compañías en la práctica comercial y financiera.

Creemos que de esta manera se evitará, que las participaciones se valoren según el monto indicado en los registros contables o bien, de conformidad con peritajes que simplemente tomen los activos de la sociedad y le resten los pasivos, que en la gran mayoría de ocasiones no reflejan el valor real de la empresa. Además, el pago deberá realizarse en dinero efectivo, salvo pacto en contrario y siempre que la compañía no vea perjudicado su giro normal, por un pago en especie.

Proponemos que dentro del plazo fijado por la sociedad para el reembolso, el recedente y la compañía acuerden el monto final de la cuota correspondiente, y una vez pactada la suma, el acuerdo constituirá título ejecutivo. Con esta normativa, intentamos buscar que ambas partes lleguen a un consenso y así evitarle al socio recedente mayores impedimentos para su efectivo retiro de la sociedad.

En todos los casos, creemos que el monto correspondiente a la participación del recedente pactado por las partes o en su defecto, el estipulado por el juez en caso de litigio, deberá ser indexado al momento del efectivo pago por parte de la sociedad. En este sentido, este monto no podrá nunca significar menor poder adquisitivo del que hubiera correspondido, si el pago hubiera sido efectuado al momento de ejercido el receso.

A nuestro criterio, si en el momento del reembolso la sociedad no puede hacerle frente al pago respectivo, los socios y administradores que hubieran limitado o agravado el ejercicio o reembolso del receso, los que hayan votado en favor del plazo otorgado para el pago y los que acordaron el monto del pago, responderán de manera solidaria e ilimitada, hasta que el reembolso se haga efectivo.

Consideramos que agravar de esta manera la responsabilidad de los involucrados en la no consecución del reembolso en el plazo indicado por la sociedad o fijado por el juez, hará que se dote al recedente de mayor seguridad jurídica y certeza del pago de su cuota correspondiente.

### **c) Litigio**

Finalmente, debemos regular las situaciones en donde la sociedad no quiera reconocer el derecho del recedente para exigir el reembolso de su participación dentro de la sociedad, obligando al socio a acudir a la vía judicial o a un arbitraje para hacer valer sus derechos.

*i) Vía judicial*

El socio recedente que se vea obligado a acudir a la vía judicial para hacer valer su derecho de receso deberá presentar juicio ordinario o abreviado, según la cuantía<sup>385</sup>.

Actualmente, al carecer de una norma especial que regule el plazo que tiene el recedente para presentar el reclamo judicial, -salvo en los casos de no repartición de utilidades y cambio de giro-, consideramos que aplicaría el plazo de prescripción de cuatro años, indicado en el artículo 984 del Código de Comercio<sup>386</sup>.

Sin embargo, estimamos pertinente regular de manera distinta aquellas causales de receso que se originen de un acuerdo de asamblea. Consideramos, que si luego del mencionado plazo de 90 días la sociedad no notifica al socio de la revocatoria del acuerdo asambleario que originó el receso o de la fecha para el reembolso efectivo, el recedente a partir de ese día, tendrá un plazo de caducidad de 30 días naturales para presentar el juicio respectivo y solicitar el peritaje que estime justamente su participación social<sup>387</sup>.

---

<sup>385</sup> En este sentido el artículo 287 del Código Procesal Civil indica: “Toda pretensión de mayor cuantía que no tenga una vía prevista en la cual pueda ser discutida y decidida, lo será en proceso ordinario.” Por otra parte, el artículo 421 de la misma ley explica: “También se tramitarán y decidirán en proceso abreviado, las pretensiones de menor cuantía que no tenga asignado un trámite especial.”

<sup>386</sup> “Artículo 984.- Salvo lo expresamente dispuesto en otros capítulos de este Código, todo derecho y su correspondiente acción prescriben en cuatro años...”

<sup>387</sup> Desde luego, este peritaje deberá igualmente someterse al mecanismo de valuación anteriormente estipulado para el caso y, como analizamos anteriormente, podrá ser impugnado.

Además, si en el plazo fijado por la sociedad para reembolsar al socio, no hubo acuerdo entre las partes, o bien la sociedad no cumple con el reembolso prometido, el recedente tendrá igualmente un plazo perentorio de 30 días naturales para presentar el juicio respectivo, contados a partir del día que la sociedad fijó para el reembolso.

Consideramos que un plazo de 30 días naturales para presentar el juicio respectivo constituye un tiempo razonable para preparar una demanda referida a receso. Además, creemos necesario establecer un plazo fijo y razonable para ejercer acciones judiciales, en virtud de la agilidad de la práctica comercial y procurando establecer certeza jurídica en un tiempo prudencial.

Por último, en las causales que no requieran un acuerdo asambleario, consideramos que la acción judicial caducará después de un año de producida la causal; este será el mismo plazo mencionado anteriormente en cuanto al ejercicio del derecho.

Como notamos en líneas anteriores, se podría interpretar que el recedente podrá presentar una demanda abreviada para dirimir asuntos de mayor cuantía, según lo estipulado en el artículo 420 inciso 11 del Código Procesal Civil<sup>388</sup>. Sin embargo, en virtud de la falta de doctrina y principalmente de jurisprudencia de los tribunales costarricenses,

---

<sup>388</sup> Adicionalmente, la redacción actual pareciera restringirlo a las sociedades anónimas.

podemos constatar que aún no ha sido objeto de discusión por parte de los principales creadores de derecho.

## *ii) Vía arbitral*

Por tratarse de materia patrimonial, otra posible vía para dirimir cualquier clase de disputa o conflicto en materia de receso es el arbitraje. Esto sería posible en dos supuestos: el primero de ellos radica en la existencia previa de una cláusula arbitral compromisoria dentro del pacto social; el segundo, implica la suscripción de un compromiso arbitral posterior, entre el socio recedente y la sociedad con el fin de dirimir el conflicto suscitado.

En cuanto al primer supuesto, la cláusula arbitral implica una renuncia expresa a la jurisdicción ordinaria, haciendo que la decisión arbitral sea vinculante para las partes<sup>389</sup>.

Con respecto del segundo supuesto, la vía arbitral sería posible incluso con posterioridad a la presentación de un proceso ordinario o abreviado, siempre y cuando no se haya dictado sentencia. Lo anterior en virtud del artículo 18 de la Ley sobre Resolución

---

<sup>389</sup> En lo que interesa, el artículo 18 de la Ley sobre Resolución Alterna de Conflictos y Promoción de la Paz Social: “Cuando las partes hayan convenido por escrito que las controversias relacionadas con su contrato o relación jurídica se sometan a arbitraje tales controversias se resolverán de conformidad con la presente ley, sin perjuicio de lo que las partes acuerden por escrito, siempre y cuando no se oponga a las disposiciones prohibitivas o imperativas de esta ley. Podrán someterse a arbitraje las controversias de orden patrimonial, presentes o futuras, pendientes o no ante los tribunales comunes, fundadas en derechos respecto de los cuales las partes tengan plena disposición y sea posible excluir la jurisdicción de los tribunales comunes.”

Alternativa de Conflictos y Promoción de la Paz Social anteriormente citado, que lo permite aún cuando existan procesos judiciales pendientes.

Como complemento al proceso arbitral, las partes podrían recurrir a un juicio pericial para la valuación de la participación social<sup>390</sup>. De esta forma se garantiza una valoración real y efectiva de la cuota recedida, pues la decisión quedaría en manos de expertos y técnicos en la materia.

Estimamos pertinente que en materia de receso, los socios consideren incluir dentro del pacto social una cláusula arbitral para dirimir posibles conflictos en virtud de la celeridad de estos procesos en comparación con el promedio de duración de un proceso ordinario o abreviado, así como por la trascendencia de los efectos del receso en materia mercantil.

---

<sup>390</sup> Es de interés el primer párrafo del artículo 530 del Código Procesal Civil que dice: “Las partes podrán someter sus diferencias derivadas de la relación jurídica que las vincula, sobre la estimación de alguna cosa, la ejecución de cualquier obra, o sobre puntos técnicos, a la decisión de peritos, quienes podrán ser prácticos o profesionales.”



## CONCLUSIONES GENERALES

La regulación del derecho de receso en el ordenamiento jurídico costarricense presenta serias limitaciones cuando se le compara con las regulaciones en otros sistemas jurídicos, dentro de las cuales identificamos: la titularidad del ejercicio reside únicamente en los disidentes o en los que comprueben un hecho determinado; la existencia de causales que no reflejan los principios del receso; y la exclusión de causales como la escisión que afectan profundamente el pacto social.

Además, el artículo 32 bis, nos confronta con una redacción orientada hacia las sociedades anónimas y un método insuficiente para valorar las participaciones sociales, que ciertamente, no facilitan el ejercicio del derecho y que se presentan en un marco caracterizado por dificultades de interpretación en virtud de una confusa redacción, así como por una heterogeneidad en la aplicabilidad de supuestos.

Finalmente, el acercamiento a un derecho de receso homogéneo con causales taxativas y amplias consecuencias que se relacionen únicamente con modificaciones en el pacto social, en la estructura negocial o en la empresa, se perfila como una respuesta acertada para el avance de esta figura en Costa Rica. Si bien esta nueva propuesta está diseñada para regular las sociedades de capital objeto de nuestro estudio, esperamos que a

futuro pueda servir como instrumento a juristas preocupados por un nuevo estudio sobre las sociedades de personas.

En el primer título se delimitaron los alcances de esta investigación; se ofreció una completa introducción sobre el nacimiento y propósito del receso. Debido a las diversas concepciones que se han esbozado en la doctrina, se intentó plantear la idea de una nueva definición como la más acertada, ante los temas que se tratan en este trabajo.

Luego se propuso familiarizar al lector con los conceptos claves de la investigación: el fundamento, sus características, así como sus requisitos y consecuencias. De esta forma se definió el problema de investigación.

El título segundo propuso evidenciar las limitaciones particulares que presenta la figura en cuanto al momento y procedimiento de ejercicio, las causales vigentes, los efectos en la sociedad y el socio recedente como la problemática de la valoración y reembolso de las participaciones sociales respectivas, no sólo en cuanto a la forma sino también en relación con el fondo, puesto que la regulación normativa del receso debe ser un sistema inteligente en donde se privilegie la efectiva protección y utilidad de dicho derecho.

Las limitaciones del receso se contraponen con la realidad económica de las sociedades en el país. Por un lado, la gran mayoría de sociedades constituidas en el país no

se destinan a ejercer el comercio sino más bien fungen como cascarones jurídicos propietarios de bienes de sus controladores. Otro número importante de sociedades, han sido destinadas a negocio entre familiares y que con el paso del tiempo, han terminado siendo manejadas por familias lejanas o bien, adquiridas por compañías extranjeras, situación excepcional dentro de las sociedades costarricenses.

Un importante número de sociedades que en un momento fueron empresas familiares, han ido transformando su realidad económica a meros tenedores de bienes de significativo valor que han dejado de operar como parte del capital hacendario de una empresa. Esto se debe principalmente a conflictos de intereses entre los herederos del negocio, así como con nuevos socios minoritarios que hayan entrado a inyectar capital a la sociedad por estar interesados en la actividad ejercida.

En Costa Rica no existe una amplia concepción de las sociedades como empresas y en múltiples ocasiones hemos conocido detalles sobre compañías que han dejado de operar como tal, dejando gran parte de sus activos sin producir ni generar ganancias para los socios. En la mayoría de casos, esto no se debe a una falta de pericia en el comercio o negocio al que se dedicaba la empresa, sino más bien a decisiones de socios mayoritarios basadas en su deseo de “madurar” sus activos, con el fin de obtener mayores ingresos a largo o mediano plazo.

Desde luego, esto provoca que socios con el interés de comerciar y participar activamente de una empresa con un limitado aporte en el capital, se vean atados ante los intereses individuales de socios con mayor poder dentro de la sociedad.

Comprobamos en esta investigación, que en virtud de lo anterior, la actual regulación del derecho de receso no está diseñada para proteger los intereses de socios en condición de minoría de la gran generalidad de sociedades inscritas en Costa Rica que procuran liberarse de la imposición de criterios como el de “maduración” de activos que desnaturalizan el propósito de la ficción jurídica llamada sociedad y que no contribuyen con la reactivación ni generación de empresas que logren impulsar la economía nacional.

En conclusión, las limitaciones expuestas traen como principal consecuencia, el pobre ejercicio de este derecho en las sociedades de capital, adicionado a un precario desarrollo doctrinario del receso. También, las limitantes que hemos señalado traen como consecuencia un inexistente criterio jurisprudencial que tienda a enmendar la redacción legislativa del artículo 32 bis, interpretando la voluntad del legislador con los principios generales del derecho de receso. El hecho de que los tribunales superiores no hayan tomado la oportunidad para crear criterios jurisprudenciales en la materia, aún cuando el caso específico podía ser resuelto sin ello, es posiblemente una de las mayores críticas de esta investigación.

El receso pretende proteger a los socios minoritarios o en condición de minoría de socios controladores que abusan de sus facultades y derechos. Por sus consecuencias únicas necesariamente debe tener relación con una acción u omisión, que altere o modifique las bases esenciales de una sociedad; esto implica, que independientemente de su condición frente a otros socios, algunos de ellos podrán ejercer el derecho y desencadenar todas sus consecuencias.

Es necesario que este nuevo planteamiento de regulación sea impulsado y sometido al conocimiento de los operadores jurídicos en materia comercial, para ser discutido y fortalecido con miras a formular uno que esté más cerca de la realidad del país.

Debemos enfatizar en la necesidad de prestar menos atención al interés por procurar que las leyes costarricenses no admitan interpretación alguna por parte de los jueces y fomentar más bien, que la regulación normativa sea estricta en lo que corresponda y deje un margen importante para el desarrollo y creación de interpretaciones que fortalezcan el derecho de receso. Limitar la interpretación a la ley ata al juez, al proceso judicial y a la justicia.

Desde luego que para esto es necesario contar con jueces y expertos mucho más capacitados y actualizados ya no únicamente en materia relacionada con el derecho sino también con las tendencias en la práctica empresarial y financiera.

Por otra parte, creemos importante discutir la posibilidad de un proceso judicial que se preocupe por favorecer la practicidad del ejercicio del receso en los casos donde la sociedad no acceda a reconocer o reembolsar al recedente su derecho. Un procedimiento más corto y sencillo que el ordinario, donde el recedente pueda acudir con la declaratoria del ejercicio del receso y la prueba correspondiente debería implicar un menor tiempo para que el juez resuelva, bastándole comprobar los presupuestos para poder dictar una resolución que se considere título ejecutivo.

Dejamos abierta la inquietud de profundizar en el estudio de la figura del retiro voluntario con oposición de acreedores o terceros interesados para los casos de abuso de las mayorías que no impliquen una reforma sustancial en las bases esenciales de la sociedad. Consideramos importante fomentar una discusión a nivel jurídico sobre el retiro voluntario, como una nueva protección a los derechos de socios minoritarios o en condición de minoría.

También debemos manifestar el interés por exponer nuestro criterio en cuanto a los casos de sociedades que no son empresas. Creemos importante fomentar a futuro mayor discusión sobre el desafío de proteger adecuadamente los derechos de los socios interesados en mantener la sociedad como empresa, frente al deseo de “secuestrar” activos sociales por parte de grupos controladores.

Una posición interesante sería considerar, que cuando una sociedad no funge como empresa, el socio afectado pueda acudir a un proceso abreviado para solicitar la división o venta de la cosa común; es decir, que se podrá considerar que existe copropiedad sobre los bienes sociales. Esto implicaría que no haya derecho de receso en estos casos, sino que la protección de sus intereses se vería cubierta por el principio de “nadie está obligado a permanecer en copropiedad”.

El derecho de receso debe establecerse como un mecanismo de tutela de intereses de socios en condición de minoría, siempre que esto implique un cambio fundamental en el pacto social o al negocio jurídico de la sociedad. La regulación del receso debe proveer mayor y mejor protección de los intereses individuales de socios, exponiendo claramente sus presupuestos, procedimiento y efectos.

El gran paso por parte de los operadores del derecho en Costa Rica será ajustar a la realidad económica y comercial de las sociedades de capital, una legislación que hasta ahora ha dado su primer y único paso. En el tanto esto sea posible y no se tema a modificar la regulación de este derecho, creemos que habrá un auge de verdaderas empresas que permitan fomentar el desarrollo de la economía nacional.

## BIBLIOGRAFÍA

### Libros en español:

1. ARAMOUNI Alberto. (1998). El objeto en las sociedades comerciales. Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, Segunda edición actualizada y ampliada. Buenos Aires, Argentina.
2. BARRERA GRAF Jorge. (1997). Instituciones de Derecho Mercantil. Editorial Porrúa, Buenos Aires, Argentina.
3. BROSETA PONT Manuel. (1994). Manual de Derecho Mercantil. Editorial Tecnos, S.A. Décima edición. Madrid, España,
4. BRUNETTI Antonio. (2002) Sociedades Mercantiles: Aspectos generales de la sociedad. Editorial Jurídica Universitaria, San José, Costa Rica.
5. BRUNETTI Antonio. (2002). Sociedades Mercantiles: Sociedad Anónima. Editorial Jurídica Universitaria, San José, Costa Rica.



6. BRUNETTI Antonio. (2002). Sociedades Mercantiles: Sociedades de Responsabilidad Limitada y Cooperativa, y Mutualidades de Seguros. Editorial Jurídica Universitaria, San José, Costa Rica.
  
7. CABANELLAS DE LAS CUEVAS Guillermo. (1991). Derecho Societario: Los socios: derechos, obligaciones y responsabilidades. Editorial Heliasta, México D.F. México.
  
8. CABANELLAS DE LAS CUEVAS Guillermo. (1991). Derecho Societario: El Contrato de Sociedad. Editorial Heliasta, México D.F. México.
  
9. CABANELLAS DE LAS CUEVAS Guillermo. (1991). Derecho Societario: Los Órganos Societarios. Editorial Heliasta, México D.F. México.
  
10. FÁBREGA POLLERI Juan Pablo. (2005). Los derechos de los accionistas y la situación de los minoritarios en las sociedades anónimas panameñas. Editorial Molino y Mulino, Ciudad de Panamá, Panamá.
  
11. GAGLIARDO Mariano. (1990). Sociedades Anónimas. Editorial Abeledo-Perrot, Buenos Aires, Argentina.

12. GIL DE MORAL Francisco. (1994). Contratos sobre acciones. Consejo General de los Colegios Oficiales de Corredores de Comercio, Editorial Civitas. Madrid, España.

13. GUTIÉRREZ FALLAS Laureano, (1988). Contrato Societario y Derechos Individuales de los Accionistas. Astrea, Buenos Aires, Argentina.

14. MORA, Fernando. (1991). Introducción al estudio del Derecho Comercial: Teoría de la empresa en el derecho comercial costarricense. Editorial Juritexto. Segunda edición. San José, Costa Rica.

15. MESSINEO Francesco. (1955). Manual de Derecho Civil y Comercial. Editorial Buena. Buenos Aires, Argentina.

16. PÉREZ VARGAS Víctor. (1994). Derecho Privado. Litografía e Imprenta LIL, S.A. San José, Costa Rica.

17. RICHARD Eduardo. (1998). El Derecho de los Accionistas, El derecho de separación. Antología de Derecho Comercial. Facultad de Derecho. Biblioteca de la Facultad de Derecho. Universidad de Costa Rica.

18. SALEME MURAD Marcelo. (2005). Soluciones a problemas puntuales de Derecho Societario. Editorial Jurídica Nova Tesis. Rosario, Argentina.
19. VERÓN Alberto Víctor. (2006). Tratado de los Conflictos Societarios. Editorial La Ley. Buenos Aires, Argentina.
20. VILLEGAS Carlos Gilberto. (1997). Sociedades Comerciales. Rubinzal-Culzoni Editores. Tomo I. Buenos Aires, Argentina.
21. VILLEGAS Carlos Gilberto. (1997). Sociedades Comerciales. Rubinzal-Culzoni Editores. Tomo II. Buenos Aires, Argentina.
22. VÍTOLO Daniel. (2006). La estructura societaria y sus conflictos. Editorial Ad-Hoc. Buenos Aires, Argentina.

**Libros en italiano:**

23. NOVISSIMO DIGESTO ITALIANO. (1968). Tomo XIV, Torino, Editrice Torinese, Italia.

**Libros en inglés:**

24. NEW YORK UNIVERSITY SCHOOL OF LAW. (1996). Fundamentals of American Law. Editorial Universidad de Oxford, Estados Unidos de América.

**Tesis:**

25. ARIAS SÁNCHEZ Rodrigo. (1970). La protección de las minorías en la sociedad anónima. Tesis de Graduación para optar por el grado de Licenciatura en Derecho, Universidad de Costa Rica, Facultad de Derecho.

26. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ Adrián y HERNÁNDEZ MOREIRA Alexis. (1994). El accionista minoritario (concepto, problemas, protecciones). Tesis de Graduación para optar por el grado de Licenciatura en Derecho, Universidad de Costa Rica, Facultad de Derecho.

27. JIMÉNEZ MORÚA Rosa María y QUESADA BIANCHINI Mario. (1990). El derecho de suscripción preferente y el derecho de receso en las sociedades de capital. Tesis de Graduación para optar por el grado de Licenciatura en Derecho, Universidad de Costa Rica, Facultad de Derecho.

28. GÓMEZ MASÍS Marcela. (1999). Nulidad, Resolución, Rescisión y Ejecución coactiva de los Contratos de Bolsa. Tesis de Graduación para optar por el grado de Licenciatura en Derecho, Universidad de Costa Rica, Facultad de Derecho.

29. GONZÁLEZ GONZÁLEZ Tatiana. (2007). Análisis de la Sociedad Anónima Nacional o Concesionaria y su problemática práctica en el ordenamiento jurídico costarricense: el caso de la Carretera San José – Caldera. Tesis de Graduación para optar por el grado de Licenciatura en Derecho, Universidad de Costa Rica, Facultad de Derecho.

**Artículos de revistas:**

30. CERTAD MAROTO Gastón. (2007). Necesidad de un nuevo modelo de SRL. Revista Ivstitia. Año 21. No. 251-252. San José, Costa Rica.

**Legislación nacional:**

31. Constitución Política de la República de Costa Rica de 1949. (2004).  
Editorial de Investigaciones Jurídicas, S.A. San José, Costa Rica.

32. Código Civil de la República de Costa Rica de 1888. (2004). Editorial de  
Investigaciones Jurídicas, S.A. San José, Costa Rica.

33. Código de Comercio de la República de Costa Rica de 1964. (2006).  
Editorial Juritexto. San José, Costa Rica.

**Jurisprudencia:**

34. Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, resolución número 805-F-2006  
de las 10:30 horas del 20 de octubre de 2006.

35. Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, voto número 3522-93 de  
las 16:39 horas del 21 de julio de 1993.

**Páginas en Internet:**

36. Sistema de Información Consultiva de la República de Honduras (2002).  
[http://www.sic.gob.hn/transparencia/documentos/Leyes/Codigo\\_del\\_Comercio.pdf](http://www.sic.gob.hn/transparencia/documentos/Leyes/Codigo_del_Comercio.pdf).  
Consultada el 10 de septiembre del 2008.

37. Centro de Investigación de Derecho Comercial. (2006). <http://www.derecho-comercial.com/files/L19550.pdf>. Consultada el 1 de septiembre del 2008.