

UNIVERSIDAD DE COSTA RICA

FACULTAD DE DERECHO

**DEFICIENCIAS DEL SISTEMA SOCIETARIO COSTARRICENSE: EL DERECHO DE
INFORMACIÓN DENTRO DE LAS SOCIEDADES ANÓNIMAS**

TESIS PARA OPTAR POR EL GRADO DE

LICENCIATURA EN DERECHO

DIEGO ALONSO PACHECO GUERRERO

GUSTAVO ADOLFO TELLINI MORA

2008

UNIVERSIDAD DE COSTA RICA

FACULTAD DE DERECHO

**DEFICIENCIAS DEL SISTEMA SOCIETARIO COSTARRICENSE: EL DERECHO DE
INFORMACIÓN DENTRO DE LAS SOCIEDADES ANÓNIMAS**

TESIS PARA OPTAR POR EL GRADO DE

LICENCIATURA EN DERECHO

DIEGO ALONSO PACHECO GUERRERO

GUSTAVO ADOLFO TELLINI MORA

2008

Agradecimientos

A Dios, por todas las bendiciones que me ha dado siempre.

A mis padres y a mi hermana, que me han enseñado con su ejemplo el camino a seguir, y han estado ahí siempre que lo he necesitado.

A doña Ana Lucía Espinoza, cuya guía y consejo fueron indispensables para llevar por buen rumbo este trabajo.

A los lectores, quienes también nos ayudaron para poder terminar felizmente la investigación.

A Gustavo Tellini, sin cuyo esfuerzo hubiera sido imposible concluir este trabajo con la calidad y en el tiempo que finalmente se logró.

A Yessica Araya, que me apoyó incondicionalmente y me dio el empujón final que necesitaba para terminar.

Sin su colaboración hubiera sido imposible alcanzar esta meta, por eso, a todos, muchísimas gracias,

Diego Pacheco.

Agradecimientos

Antes que nada, deseo agradecer a Dios por darme las herramientas necesarias para poder realizar este trabajo de graduación y todo lo que simboliza; que sea el inicio de una gran etapa de mi vida.

Deseo agradecer a mis padres por aconsejarme y siempre querer lo mejor para mí, sin ustedes jamás hubiera llegado aquí. Les agradezco por toda la guía que me brindan, ya que sin ella no podría ser una mejor persona cada día.

Agradezco a mí hermana por enseñarme lo que significa la perseverancia y a mí hermano lo que significa tener convicción en los ideales. Sin ustedes ningún éxito valdría la pena.

Quiero agradecerle a Diego por haber terminar esta investigación conmigo, ha sido un honor haber trabajado juntos. Asimismo, deseo expresar mi infinita gratitud a nuestra directora Doña Ana Lucía, ya que nos enseñó el rumbo y nos dio ánimos para seguir adelante. A nuestros lectores por otorgarnos su tiempo para terminar el presente trabajo.

A todos mis amigos y compañeros de trabajo por darme el apoyo necesario en esos momentos difíciles, les agradezco de corazón. A mí jefe por apoyarme siempre y motivarme para terminar la tesis; espero que el futuro nos depare muchos éxitos.

Y a todas las demás personas que me han demostrado que con un poco de perseverancia todo es posible.

Gustavo.

Tabla de Contenidos

Agradecimientos.....	i
Resumen.....	viii
Introducción.....	1
<u>Capítulo I: Origen de las Sociedades Anónimas</u>	8
Sección A: Origen de las Sociedades Anónimas	8
I. Primeras formas de la Sociedad Anónima.....	8
II. Evolución en la Edad Media.....	10
III. Evolución de la Sociedad Anónima en el Siglo XVIII (Privatización).....	11
IV. Evolución de la Sociedad Anónima en el Siglo XIX.....	13
V. Desarrollo de la moderna Sociedad Anónima.....	15
VI. La Sociedad Anónima en Costa Rica.....	16
Sección B: Conceptos Generales	17
I. Características Generales.....	17
II. Diferenciación entre Sociedad Mercantil y Empresa.....	30
III. La personalidad jurídica.....	31
IV. El principio de tipicidad y clasificación.....	35
a. Sociedad Colectiva.....	37
b. Sociedad En Comandita o Comanditaria.	39
c. Sociedad de Responsabilidad Limitada.....	40

d.	Sociedad Anónima.....	42
	<u>Capítulo II: Sociedad Anónima</u>	43
	Sección A: Consideraciones generales	43
I.	Concepto.....	43
II.	Características generales.....	48
III.	Denominación social de la sociedad anónima.....	52
IV.	Constitución de la Sociedad Anónima.....	54
	a. Constitución por fundación simultanea.....	57
	b. Constitución por suscripción pública.....	58
	1. Etapa I. Redacción.....	60
	2. Etapa II. Homologación.....	60
	3. Etapa III. Inscripción.....	60
V.	Escritura de constitución.....	61
VI.	La acción en la sociedad anónima.....	64
VII.	La responsabilidad del accionista.....	74
	Sección B: Órganos de la Sociedad Anónima	79
I.	Concepto.....	79
II.	Órgano Deliberativo o Asamblea de Socios.....	81
	a. Definición.....	81
	b. Clases de Asambleas.....	85
	c. Formalidades de las Asambleas.....	90
	d. Derechos de los accionistas en la Asamblea.....	101
	1. Derecho de voto.....	104

2.	Derecho de receso.....	105
3.	Derecho de solicitud de nulidad de acuerdos.....	109
III.	Órgano de Administración.....	116
a.	Definición.....	116
b.	Naturaleza Jurídica.....	117
c.	Estructura del Órgano de Administración.....	121
d.	Administradores.....	122
1.	Número de administradores.....	126
2.	Características del cargo de administrador.....	127
3.	Nombramiento de los administradores.....	128
e.	Consejo de Administración.....	129
f.	Actuación del Consejo de Administración.....	133
g.	Representación de la Sociedad Anónima.....	134
h.	Facultades del Presidente.....	136
i.	Responsabilidad de los administradores.....	144
IV.	Órgano de Vigilancia.....	150
a.	Definición.....	150
b.	Órgano Permanente de Vigilancia.....	152
1.	Número de fiscales.....	153
2.	Capacidad de los fiscales.....	153
3.	Atribuciones de los fiscales.....	154
4.	Responsabilidad de los fiscales.....	154
	<u>Capítulo III: DERECHO DE INFORMACIÓN</u>	156

	Sección A: Conceptos	156
I.	Características del Derecho de Información.....	156
	a. Principales características.....	156
	b. Derecho de información como derecho fundamental	177
	c. Los asuntos comprendidos en el Orden del Día como límite del Derecho de Información en sentido estricto.....	179
II.	Funciones específicas consideradas tradicionalmente por la doctrina.....	197
	a. Control sobre la administración.....	197
	b. Posibilidad de emitir voto razonado.....	204
	c. Otros.....	205
	Sección B: Manifestaciones específicas del derecho de información en la sociedad anónima	209
I.	Ejercicio del derecho de información antes de la asamblea de socios.....	209
	a. Inspección de Balance, libros y documentación social.....	209
	b. Derecho de convocatoria y orden de día.....	220
II.	Ejercicio del derecho de información durante la asamblea de socios.....	230
	a. Solicitud de informes y aclaraciones sobre los puntos contenidos en el orden del día.....	230
	b. Solicitud de aplazamiento de la votación de cualquier asunto respecto del cual los socios no se consideren suficientemente informados.....	231
	c. Secreto Societario.....	233
	Sección C: Límites del Derecho de Información	245
I.	La “protección de los intereses sociales” como principal motivo de rechazo de información solicitada.....	245
II.	Valoración de los intereses sociales por parte del presidente.....	252

III. El abuso del derecho.....	257
IV. Solicitud de Informes por accionistas que representen , por lo menos, el 20% del capital social o el porcentaje menor fijado en los estatutos.....	260
Sección D: El derecho de información en algunas situaciones particulares, y forma de hacerlo valer en caso de irrespeto.....	264
I. Situaciones especiales.....	264
a. Pignoración de acciones.....	264
b. Usufructo de acciones.....	268
c. Embargo de acciones.....	268
II. Violación del derecho de información.....	269
a. Acción de nulidad contra los acuerdos.....	269
b. Responsabilidad del administrador por violación de su deber de informar o abstenerse de hacerlo, según corresponda.....	270
Conclusión.....	277
Bibliografía.....	285

RESUMEN DEL TRABAJO FINAL DE GRADUACIÓN

Ficha Bibliográfica:

Pacheco Guerrero, Diego Alonso y Tellini Mora, Gustavo Adolfo (2008). DEFICIENCIAS DEL SISTEMA SOCIETARIO COSTARRICENSE: EL DERECHO DE INFORMACIÓN DENTRO DE LAS SOCIEDADES ANÓNIMAS. Tesis de Graduación para optar por el grado académico de Licenciatura en Derecho, Campus Rodrigo Facio: Universidad de Costa Rica.

Directora: Licda. Ana Lucía Espinoza Blanco.

Lista de Palabras Claves: DEFICIENCIAS, DERECHO DE INFORMACION, SOCIEDAD ANÓNIMA, SISTEMA SOCIETARIO, SECRETO SOCIETARIO, DERECHO DE INFORMACION EN SENTIDO ESTRICTO Y SENTIDO AMPLIO, DERECHO COMERCIAL, SOCIEDAD ANÓNIMA EN COSTA RICA, DERECHO SOCIETARIO, ÓRGANOS DE LA SOCIEDAD ANÓNIMA.

Resumen

El presente trabajo se encuentra encaminado a establecer las deficiencias que existen sobre la aplicación del derecho a la información en Costa Rica, para lo cual la exposición se divide en tres capítulos. Se inicia con un capítulo dedicado a la historia de la sociedad, así como los principios y conceptos generales de esta figura jurídica. En dicho capítulo se explica el origen de la sociedad, su evolución en el tiempo, y su desarrollo en el derecho costarricense.

Posteriormente, en el segundo capítulo, se establecen los principios y conceptos básicos de la sociedad anónima, desde su naturaleza jurídica hasta su estructura interna. Se detalla el funcionamiento como un todo de sus órganos y, posteriormente, se explica individualmente la

estructura y principios básicos de cada uno. De este modo se exponen las particularidades de los tres órganos de la sociedad anónima, a saber, el órgano de deliberación, el órgano de administración y el órgano de fiscalización. Asimismo, se hace un análisis del llamado “órgano de representación” el cual se encuentra conformado por el Presidente de la sociedad anónima, quien se destaca de todos los demás administradores por ostentar poderes limitados solamente por la ley, sin poder ser limitados por los estatutos legales de la sociedad anónima.

Dentro de este capítulo se hace alusión a los derechos que deben poseer los accionistas de la sociedad anónima, entre ellos el Derecho de Información, lo que da pie al análisis que se realiza en el capítulo tercero y último del presente trabajo.

En dicho capítulo tercero, encontrará el lector una introducción al tema del derecho de información del accionista en la sociedad anónima, los principales conceptos necesarios para una mejor comprensión del tema y las principales características de este derecho. Posteriormente, se desarrollan las manifestaciones más comunes del derecho de información, separadas de acuerdo a los diferentes momentos de la vida social.

Posteriormente el trabajo aborda 2 temas de gran importancia, en primer lugar, los límites del derecho de información, y en segundo lugar el ejercicio del derecho de información en situaciones particulares. En relación con esto último, se analizan los casos de embargo, prenda y usufructo de acciones.

Por último, se hace un análisis de las acciones posibles en caso de violación del derecho de información, tanto contra los acuerdos como contra los administradores mismos.

INTRODUCCIÓN

El filósofo chino Confucio (551 AC-478 AC) decía: “Hay que estudiar el pasado si quieres entender el futuro”. Si bien el presente trabajo final de graduación tiene por objetivo general la detección y el análisis de las principales deficiencias del Derecho de Información dentro del modelo de la sociedad anónima en Costa Rica, para ello, en un primer momento, se analizará brevemente la historia de las sociedades anónimas en general y luego la historia de las sociedades anónimas en Costa Rica.

Posteriormente, y para una mayor claridad, el lector podrá encontrar una sección donde se desarrollan los principales conceptos generales de las sociedades, así como una breve reseña de las mayores diferencias entre lo que se podría considerar una sociedad mercantil, y una empresa. Al final de esta parte general hay una clasificación de los diferentes tipos de sociedades que existen.

Así, con el gran desarrollo empresarial que se ha dado en Costa Rica, impulsado por la apertura de nuestro mercado y la firma de acuerdos comerciales, se ha dado un fenómeno sin precedentes, ya que cada vez más compañías nacionales que están siendo adquiridas por compañías extranjeras a través de la compra de la mayoría del capital accionario, lo que propicia que los accionistas nacionales de dichas compañías se conviertan en la minoría, con derechos un poco imprecisos, puesto que la aplicación de los mismos no ha sido establecida claramente por nuestra legislación.

Estos y otros fenómenos comerciales han creado un esquema de interacción complejo y diferente al previsto por nuestros legisladores a la hora de promulgar el actual Código de Comercio. Así, no obstante el carácter reaccionario del Derecho, en el sentido que las normas generalmente se

crean o promulgan después de que se identifica un nuevo dilema jurídico por la nueva realidad que vive el país, lo cierto es que, por su naturaleza, el Derecho Comercial debe responder con mucha más rapidez a los nuevos problemas que se generan en la realidad, en virtud que es una rama del derecho muy dinámica y cambiante.

Hoy en día, las más grandes empresas del mundo han optado por el modelo de la sociedad anónima como esquema organizacional, debido a que este tipo de sociedad, con el paso de los años, ha demostrado ser el medio más eficiente del empresario para organizar la empresa.

En este sentido, y teniendo como referencia el caso de Costa Rica, en el presente trabajo se dedicó parte del esfuerzo investigativo al estudio de la sociedad anónima, sus características generales y las partes que la componen. Al final de este capítulo, encontrará el lector un detallado análisis de los diferentes órganos que componen la sociedad anónima, siendo el más importante para los efectos de este trabajo el Órgano de Deliberación. Este órgano precisamente está compuesto por los accionistas, quienes poseen una serie de derechos, entre ellos uno de los más importantes es el Derecho de Información.

El de información es, en términos generales, el derecho que posee todo accionista, independientemente de la cantidad de acciones que posea, de solicitar a los administradores toda la información que considere importante para el estudio de los asuntos de la sociedad. Todo el capítulo tercero del presente trabajo final de graduación está enfocado al estudio de sus características y las funciones que tradicionalmente ha cumplido según la doctrina más reconocida, pero sobre todo al señalamiento de las principales deficiencias que consideramos tiene la tutela y el ejercicio de este derecho en nuestro país. Además, se hizo un esfuerzo investigativo por desarrollar las manifestaciones del Derecho de Información en la sociedad

anónima, antes de la Asamblea de Accionistas, durante el transcurso de la misma, y con posterioridad a esta, de modo que quedara lo más claro posible al lector las distintas formas que poseen los socios para ejercer este importante derecho. Se consideró también importante el estudio de las diferentes situaciones particulares en las que no está clara la legitimación activa del Derecho de Información. Por último, se analizaron las diferentes maneras que poseen los accionistas cuyo Derecho de Información les ha sido violentado para hacerlo valer, y para demandar la responsabilidad correspondiente.

El Derecho de Información lastimosamente es uno de los derechos con menos regulación en nuestro ordenamiento jurídico, dejando de lado muchos presupuestos que se están materializando hoy día por la nueva realidad jurídica que están viviendo las sociedades anónimas.

El presente trabajo va encaminado a demostrar dichas deficiencias del sistema jurídico en aras de proporcionar una mejor promoción y protección del derecho de la Información del accionista dentro de la Sociedad Anónima e indicar cuales herramientas jurídicas están hoy día al alcance de los accionistas para exigir el cumplimiento efectivo de sus derechos, en especial el Derecho de Información.

Esperamos que luego de la lectura del presente trabajo el lector se encuentre en la posibilidad de entender un poco mejor el Derecho de Información, el modo de ejercerlo, la importancia que tiene este derecho como garante el buen funcionamiento de las sociedades, y las principales deficiencias que tiene en nuestro medio.

Justificación del Tema

Al igual que se da con casi todos los temas en materia comercial, en el caso del sistema societario de Costa Rica nuestro legislador optó por seguir la tendencia de los comerciantes, positivizando la figura de las sociedades anónimas, y regulando todos sus aspectos importantes, entre ellos el de sus administradores, indispensables para posibilitar el funcionamiento de las mismas. Dichos personeros son quienes toman las decisiones pertinentes para el buen funcionamiento de la sociedad, satisfaciendo a la vez los deseos de los socios, pero existen situaciones especiales en las cuales la decisión del administrador no puede satisfacer a ambos sujetos. En algunos casos tomar una decisión a favor de la sociedad puede generarle un perjuicio al socio, y viceversa, y es en estos casos límite donde nuestra legislación es omisa.

El manejo interno para la toma de decisiones de una sociedad anónima está dividido en dos órganos importantes, la Junta Directiva y las Asambleas Generales de Socios. Sobre estos 2 órganos sociales existen gran cantidad de estudios, tesis, libros, etcétera, pero respecto al tema de la administración interna de las sociedades anónimas, y más concretamente en relación con el uso del derecho de información por parte de los accionistas, nos percatamos que no existen trabajos doctrinarios nacionales, actuales y específicos que enfoquen dichos temas, así como el tema de las facultades extraordinarias del presidente en la toma de decisiones, en cuanto a la entrega de información al accionista, temas que están directamente relacionados.

Así mismo, no se ha desarrollado a fondo el tema del Secreto Societario, el cual faculta al presidente a denegar información a los socios en resguardo de los propios intereses de la sociedad, lo que configura un caso donde el bienestar de la sociedad en general y del resto de los accionistas está por encima al interés del accionista que solicitó la información que le fue

denegada. Esta facultad del Presidente para denegar información al socio en procura de la sociedad no ha sido desarrollada a fondo, por lo que nosotros trataremos de formular en esta tesis un estudio más detallado del secreto societario.

Volviendo al tema del derecho de información, en Costa Rica en realidad existe muy poco escrito, existen sentencias, las cuales señalan como debe de entenderse el acceso de la información al socio, por lo general minoritario, pero no existe doctrina nacional actual que nos hable sobre este tema que cada día se ve más a menudo en los Tribunales de Justicia dada las nuevas figuras legales que hacen más complejo y difícil el acceso a la información del socio minoritario.

Por último, en el presente trabajo final de graduación se enfocan las deficiencias de la regulación costarricense para abordar los temas arriba descritos y se proponen soluciones viables para lograr un balance en la administración de las sociedades y el resguardo de los derechos de todos los socios. Además, se analiza porqué en los estatutos no se puede limitar las potestades del Presidente para controlar el manejo que dicho funcionario realiza sobre la administración, lo que no se ha estudiado a profundidad por nuestra doctrina nacional, aunque sobre el tema ya existen varios fallos judiciales que confirman lo expuesto.

Objetivo General

Analizar el uso del secreto societario y el derecho de información como mecanismos de eficiencia y transparencia, respectivamente, en el manejo interno de las sociedades anónimas, a la luz de la legislación costarricense y el derecho comparado.

Objetivos Específicos

1. Analizar el concepto de Derecho a la Información en materia societaria.
2. Examinar el papel del derecho a la información como mecanismo de protección de los accionistas en las sociedades, su regulación y aplicación en Costa Rica.
3. Desarrollar el concepto de Secreto Societario como medio para la tutela de los intereses sociales, y su aplicación en el ordenamiento jurídico costarricense.
4. Estudiar la figura del presidente como órgano social, en relación con sus facultades para disponer de la información.

Hipótesis

El manejo interno de las sociedades por parte de sus órganos deliberativos, puede influir negativamente en su funcionamiento debido a la mala aplicación de mecanismos de eficiencia y transparencia como lo son el secreto societario y el derecho a la información, respectivamente.

Metodología

Se utilizó para realizar esta investigación una metodología de tipo deductivo - comparativo. En este sentido se inician los estudios explorando los institutos puestos a examen para luego llegar a conclusiones críticas concretas.

Los insumos que se utilizaron para la presente investigación fueron básicamente la doctrina, leyes, reglamentos, tesis y artículos que tratan el tema. De la misma manera, se hizo uso de la normativa nacional e internacional, con el fin de obtener la mayor cantidad de información sobre

el tema y compararla con nuestra legislación. Asimismo, se estudiaron los fallos judiciales para establecer criterios jurisprudenciales sobre los temas tratados en el presente trabajo.

Estructuración del Trabajo

El contenido del presente trabajo consta de tres partes, las cuales van de lo más general a lo más específico del presente tema.

En el primer capítulo, y siguiendo la tradición de las tesis en materia comercial, este trabajo describe y analiza la historia de las sociedades. Posteriormente, el trabajo se avoca al estudio de los principales conceptos en la materia de sociedades anónimas.

En un segundo capítulo, la investigación profundiza el tema de la sociedad anónima, como esquema de organización de las principales empresas. En este capítulo, se estudian los diferentes órganos sociales, su importancia, y las principales particularidades de cada uno.

En el tercer capítulo, relacionado al Órgano de Deliberación, la investigación se centra el análisis del Derecho de Información, propiamente dicho. En general, en este capítulo se explican los principales conceptos relacionados con el tema, las manifestaciones específicas de este derecho en la sociedad anónima y la forma de ejercerlo en los diferentes momentos por parte de los accionistas. Posteriormente, se estudian los límites del derecho de información, y la forma de proceder en caso de irrespeto de dicho derecho.

Finaliza el trabajo con una serie de conclusiones generales y se incluye la bibliografía empleada a lo largo de la investigación.

Capítulo I: ORIGEN DE LAS SOCIEDADES ANÓNIMAS

Sección A: Origen de las Sociedades Anónimas

I. Primeras formas de la sociedad anónima

Estudiosos del Derecho afirman que las primeras figuras societarias se dieron en Italia con las asociaciones de acreedores y otros afirman que las primeras sociedades surgieron gracias a las exploraciones marítimas de las Indias Occidentales.

Diversas teorías se han escrito en cuanto al origen de las sociedades anónimas, aunque la mayoría establecen que el origen de la sociedad anónima se da gracias a dos cauces históricos: (i) el italiano, donde aparece la sociedad en las relaciones entre el Estado y sus acreedores, y (ii) el holandés, donde aparece ligada al comercio con las Indias Orientales y Occidentales de principios del siglo XVII.

En cuanto al origen Italiano se dice que existían asociaciones de acreedores que se dedicaban a prestarle a los gobiernos locales y éstos los autorizaban a cobrar los impuestos del Estado. El capital con que operaban estas asociaciones eran los fondos prestados al Gobierno, que surgía del aporte de los acreedores que componían la asociación. La asociación de la Casa de S.Giorgio en Génova fue la primera en mostrar características de la Sociedad Anónima, la responsabilidad de los acreedores estaba limitada al aporte que dieran y las ganancias se las dividían dependiendo del aporte brindado a la asociación, además dicha división de capital era transmisible.

Sobre esto, Felipe de Solá Cañizares expone:

“El verdadero origen de la sociedad por acciones en su forma actual se encuentra en las grandes sociedades coloniales de los siglos XVII y XVIII. En los países del continente

europeo, estas compañías se forman al margen del contrato clásico de sociedades. No eran en realidad sociedades, sino entidades de derecho público que se creaban mediante una concesión especial, en cada caso, del rey. Y era esa concesión la que constituía la compañía y regía su funcionamiento, sin que existieran leyes generales aplicables al conjunto de tales asociaciones.”¹

En cuanto al origen holandés se dice que la chispa que inició las sociedades anónimas se fueron las expediciones a las Indias Occidentales y Orientales que se planeaban y ejecutaban en el Siglo XVII, que eran sumamente onerosas y riesgosas como para ser financiadas por un solo comerciante o familia, por lo que, las familias y/o comerciantes se dividían el aporte para poder juntar dichas sumas de dinero para cubrir el costo de los viajes.

Sobre este tema Brunetti expone:

“Un clima especialmente apto para el desarrollo de las sociedades por acciones surge después de los descubrimientos. Con la sed del oro surgieron las empresas más audaces, no hubo fuerza individual de iniciativa que fuera suficiente, nadie era capaz de jugarse el todo por el todo, pero todos estaban dispuestos a jugarse algo. Su gran desarrollo empezó después del descubrimiento de las tierras transoceánicas. Adoptaron precisamente aquella fórmula las grandes compañías coloniales, dotadas de especiales privilegios por el Estado que no obstante no las reconocía”.²

Estos dos momentos históricos se caracterizaron por ser producto del intercambio que se estaba experimentando, donde las reglas del comercio estaban cambiando debido a las grandes

¹ De Sola Cañizares, Felipe (1963). Tratado de Derecho Comercial Comparado. Tomo III. Editorial Montaner y Simón. P. 317 y 318.

² Brunetti, Antonio (1948). Manual de Derecho de las Sociedades. Tomo VII. Milán. P.8.

inversiones que se estaban realizando gracias a los descubrimientos geográficos y tecnológicos que vivió Europa. Se necesitaba ya no de sólo un inversionista sino de varios para poder concretar los nuevos proyectos de la época.

II. Evolución en la Edad Media

En la Edad Media se manifestaron figuras societarias que poseían características de las Modernas Sociedades Anónimas, un ejemplo de esto fue el Banco de San Jorge en Italia donde se podían distinguir dos características típicas de las Sociedades Anónimas. Así, por una parte la responsabilidad de los asociados se limitaba al aporte que dieron los mismos, y además el capital obtenido se dividía por partes iguales que se podían transmitir por medio de documentos. Cabe destacar que a partir del siglo XV se empieza a extender el ánimo de lucro y una organización más compleja en estas figuras societarias.

A medida que las expediciones a las Indias se iban incrementando también se aumentaba la complejidad de las mismas, lo que ameritó crear compañías especializadas para concretar tales inversiones. Estas compañías lograron encausar las expediciones de una manera más eficiente y ordenada escogiendo personas capacitadas y especializadas para tales actividades. De esta manera se logró establecer una característica más de la moderna sociedad anónima, el fin de organización. Además, estas compañías utilizaban como medio de financiación los aportes de los asociados privados de las mismas, de esta manera lograban sacar adelante expediciones que para un solo comerciante eran imposibles de coordinar y financiar. Ejemplo exitoso de este tipo de compañías fue la Compañía Holandesa de las Indias Orientales que fue creada en 1602. En dicha compañía ya se podía distinguir la estructura corporativa características de las sociedades anónimas, incluida la denominación social, así como la responsabilidad limitada de los socios,

debido a que ésta se limitaba al aporte y no a su fortuna personal, por lo que sólo arriesgaban lo que disponían al principio de la inversión. Además, ya se podía identificar la libre condición del socio, incluida la libertad de transmitir su condición por medio de acciones a terceras personas.

Siguiendo esta forma de organización cabe destacar la Compañía inglesa de las Indias Orientales, la Compañía danesa de las Indias Orientales, la Compañía francesa de las Indias Occidentales y Orientales y la Real Compañía Guipuzcoana de Caracas, entre otras.

Estas compañías también poseían personalidad jurídica, la cual estaba íntimamente relacionada con el Estado donde operaba la compañía; además, poseían acciones, las cuales por lo general eran liquidadas para otorgar las ganancias una vez que finalizaba la expedición. Las asambleas de accionistas eran celebradas sin ninguna formalidad y no existía una Junta Directiva bien definida, por lo que a veces se realizaban injusticias en contra de los accionistas al no tener un órgano deliberativo claro. Es más, al no existir una Junta definida se creaban grupos reducidos, pero poderosos que sacaban las mayores ganancias de estas compañías mediante amenazas a los demás accionistas puesto que no existían tampoco órganos de control dentro de las compañías. Estas compañías coloniales pecaban de ser oligarquías, donde los más beneficiados eran los más fuertes, en detrimento de los socios más débiles de la compañía.

III. Evolución de la Sociedad Anónima en el Siglo XVIII (Privatización)

En el inicio de las Sociedades Anónimas, el Estado estaba íntimamente relacionado con las compañías por medio de un intervencionismo gubernamental, basado en incentivos otorgados para lograr que el capital privado fuera invertido en estas compañías dominadas por los grupos más poderosos. El inicio de las Sociedades Anónimas efectivamente se puede ubicar dentro del Derecho Público debido al intervencionismo del Estado en esta figura societaria, pero dicha

intervención fue diluyéndose a partir del Siglo XVIII. En ese siglo, se da un cambio en el funcionamiento de las Sociedades Anónimas, ya que el poder estaba en manos de un grupo reducido de personas del que formaban parte principalmente los grandes accionistas, lo cuales representaban el poder económico, lo que dejaba sin poder a los pequeños accionistas. Las compañías enfocaban más el interés en el individuo y no tanto en ser parte del Estado, por lo que se generó una tendencia de las sociedades anónimas a apartarse de la influencia estatal.³

La sociedad anónima a través del tiempo se volvió cada vez más exitosa, ya que su meta era concentrar capital, y la tendencia mundial apuntaba al desarrollo de un sistema liberal, caracterizado por la generación de riqueza privada. La búsqueda de separar cada vez más las sociedades anónimas del control estatal dio un paso enorme con la promulgación del Código de Comercio francés en el año de 1807. Este cuerpo normativo permitió a personas privadas constituir libremente una sociedad anónima, eso sí, cumpliendo los requisitos fijados por los mismos códigos. Este gran paso se dio gracias a la Revolución Francesa, y vino a abrir las puertas al capitalismo liberal, donde la sociedad ya no nacía por la voluntad de la Corona, sino por una voluntad privada, ahora supeditada al cumplimiento de varios requisitos de inscripción que se reservaba el Estado antes de ponerla en funcionamiento.

Gracias a este nuevo Código de Comercio, las compañías coloniales, caracterizadas por su vínculo con el Estado, cambiaron su manera de operar, puesto que la normativa cambió para beneficio de los sujetos de derecho privado, los cuales amoldaron la regulación de las nuevas

³ Rubio Martínez, Jesús (1964). Curso de Derecho de Sociedades Anónimas. Civitas. Madrid. P.4.

compañías para favorecerlos y eliminar el intervencionismo estatal. De esta manera, la sociedad anónima, creada por el Derecho Público, se convierte en una figura del Derecho Privado.⁴

IV. Evolución de la Sociedad Anónima en el Siglo XIX

Con el liberalismo en crecimiento y la posibilidad de crear privadamente una sociedad anónima, que cumpliera con ciertos requisitos de forma, se refuerza más la figura de la sociedad anónima en el ámbito privado. En 1867, en Francia se crea una ley que autorizaba la libre creación de una sociedad anónima sin tener que poseer previa autorización del Estado. La doctrina se refiere a esta etapa como el sistema de reglamentación de las disposiciones normativas, caracterizada porque en lugar de tener una autorización estatal, sólo debía poseer una serie de normas con el fin de asegurar un correcto funcionamiento.

Esta posibilidad de constituir una sociedad anónima libre de la previa autorización del Estado se propagó por Europa, como fue el caso de España en el año de 1869, en Bélgica en 1873, en Italia en 1882 y en Alemania en 1870.

Debido a que se creó una figura jurídica con sus propias normas y regulaciones, surgieron los vicios causados por el abuso de los socios que podían escoger en la constitución de la sociedad cuales políticas iban a ser aplicadas. La idea inicial era poder incentivar la creación de nuevas formas de organización, pero debido al afán de algunas personas de ocultar su patrimonio de los acreedores, las sociedades anónimas crearon nuevos problemas legales, que generaron vicios en esta figura, que tenía como propósito lograr la acumulación de riqueza, no el ocultamiento de las misma.

⁴ Ascarelli, Tulio (1951). Principios y Problemas de las Sociedades Anónimas. México. P.13.

Uno de los vicios más comunes que se originaron debido a esta libertad de regulación fue la emisión de acciones al portador, para ocultar el capital y evadir el pago de impuestos. Otro gran vicio fue la libertad de los aportes, lo que generaba que se inventaran éstos, o que se inflaran sin ningún control para verificar si dicho dinero de verdad existía. Además, podía suceder con mucha frecuencia que la sociedad no previera bien el control interno de los administradores, lo que generaba abusos por parte de éstos en contra de los socios, mayormente en perjuicio de las pequeñas minorías.⁵

Debido a todos estos vicios el Estado se vio forzado a regular ciertas partes de la organización de las sociedades anónimas; prohibió la emisión de acciones al portador para evitar el ocultamiento de capitales y el fraude a acreedores, además, obligó a las sociedades a darle más información a los socios para poder tener un control más efectivo sobre los administradores.

Lamentablemente, la anarquía que se generó por dejar sin una regulación estatal fuerte a las sociedades anónimas generó desconfianza en los sectores económicos, al punto que las sociedades anónimas en Europa Continental llegaron a tener una pésima reputación como figura organizativa.

Curiosamente durante esta época de desencanto de la figura de la sociedad anónima en Europa, ésta tuvo un auge importante en el Nuevo Continente, específicamente en Estados Unidos.

Así, en Estados Unidos empezaron a proliferar tantas solicitudes para constituir una sociedad anónima que los estados tuvieron que simplificar los trámites de constitución, al punto de que virtualmente se liberalizó la creación de las sociedades anónimas.

⁵ Sandoval Lopez, Ricardo (1990). Manual de Derecho Comercial. Universidad Santiago, Chile. P. 429.

Este desarrollo de las compañías estadounidenses que fueron creadas bajo el modelo de la sociedad anónima como figura jurídica diseñada para realizar una actividad capitalista liberal, logró posicionar dicho modelo como la figura por excelencia para organizar a una empresa. Así la sociedad por acciones se ha convertido en un instrumento inigualable para el desarrollo económico de los pueblos, a tal punto que se puede llegar a decir que el desarrollo económico del Occidente se fundamenta en la sociedad anónima. Ya que a fines del siglo XIX y principios del siglo XX el capitalismo moderno se desarrolló grandemente, se pudo lograr ese crecimiento de la figura de la sociedad anónima, al ser una sociedad motivada por la acumulación de capitales.⁶

Es después de esta etapa que evoluciona la sociedad anónima para convertirse en lo que es hoy.

V. Desarrollo de la moderna Sociedad Anónima

En una etapa posterior, la sociedad se caracterizó como la organización jurídica de la empresa, gracias a la evolución que sufrió a través de los siglos. Vino a convertirse en el conjunto de técnicas que organizan una parte de los aspectos especiales de la empresa en el plano jurídico. A pesar de que no es el único modelo organizativo que puede adoptar la empresa, ha resultado ser uno de las más convenientes y prácticos. Esta simbiosis de la concepción netamente económica con la noción jurídica es lo que hizo que la sociedad anónima se volviese el mejor medio para facilitar el gobierno de la empresa y organizar los derechos de las personas que han aportado o prestado precisamente el capital social.

Diferentes hechos generaron la evolución de la sociedad anónima del siglo XIX, hasta convertirse en la figura que conocemos en nuestros días; algunos ejemplos de los frutos de esta

⁶ De Sola Cañizares, Felipe (1963) Tratado de Derecho Comercial Comparado. Tomo III. Editorial Montaner y Simón.

evolución son el desarrollo de la suscripción de acciones preferentes y la creación de acciones de voto múltiple.

Ahora, es importante destacar que el Derecho, especialmente el Derecho Comercial, es de naturaleza cambiante y se amolda a las necesidades de los comerciantes, por lo que se puede decir que la sociedad anónima tal como se conoce hoy, ha tenido una maduración y cambio como ningún otro tipo de sociedad comercial, siendo que evidentemente tiene una especial importancia, porque es la herramienta a través de la cual se ha logrado cubrir las necesidades de la empresa en la actualidad.

VI. La Sociedad Anónima en Costa Rica

La evolución de la Sociedad Anónima ha sido larga, tal como se expuso en las páginas anteriores, pero fundamentalmente importa explicar cómo esta figura mercantil revolucionaria llegó al ordenamiento costarricense.

Las primeras fuentes de Derecho Comercial que experimentó nuestro país, específicamente en el caso de las sociedades mercantiles, fueron las Ordenanzas de Bilbao de 1737, en las cuales se reguló a las “Compañías de Comercio”, en su capítulo X, que hacía referencia a las sociedades generales o sociedades colectivas. Como innovación, esta normativa introdujo ciertos requisitos de publicidad, tal como la exigencia de que la constitución de las sociedades generales se hiciera ante escribano quien entregaba un testimonio al archivo del Consulado.

Posteriormente, las sociedades fueron reguladas por el Código de Comercio del 6 de junio de 1853. Este Código de Comercio fue el primero en Costa Rica, lo que solidificó el Derecho Comercial en el país, incluyendo la organización de las sociedades.

El 24 de noviembre de 1909 se promulgó la Ley de Sociedades Mercantiles, que marcó un punto importante en la historia de las sociedades anónimas en Costa Rica, ya que se logró reglamentar mucho mejor el funcionamiento e inscripción de las sociedades en nuestro país. Esta ley derogó todas las leyes del Capítulo Segundo del Código de Comercio de 1853 concernientes a las sociedades.

Más adelante, el 4 de agosto de 1961, se promulgó el Código de Comercio, el cual derogó tácitamente la Ley de Sociedades Mercantiles, puesto que en su normativa se regularon las sociedades, que incluye las sociedades anónimas. Cabe destacar que este Código es similar al actual, promulgado en 1964. Es precisamente en ese año que se derogó el Código de Comercio de 1961 para dar paso al existente. En el presente Código de Comercio las sociedades anónimas se regulan los artículos 102 al 225.

No fue hasta la segunda mitad del siglo XX que la sociedad anónima comenzó a ser utilizada ampliamente por las empresas costarricenses. Es gracias a esta figura societaria que se crean nuevos modelos empresariales en nuestro país.

Sección B: Conceptos Generales

I. Características generales

El término sociedad debe entenderse en el sentido estricto de la palabra, como un sujeto típico de derecho, y no en el sentido amplio de la misma, esto es, como una agrupación que posee un nexo común.

La sociedad se caracteriza por realizar una actividad común con una finalidad diferente a la de los socios, propia de su naturaleza, donde éstos participan en las pérdidas y las ganancias que

pueda generar dicha actividad, que es producida precisamente gracias al patrimonio social conformado por los diferentes aportes. Debe entenderse que no basta que solo se comparta un negocio entre las personas, sino que debe haber un negocio en común, exteriorizado y a nombre colectivo, entre otras cosas.

Hay elementos que comúnmente se han establecido como configuradores de las sociedades, pero que bajo el sentido estricto no logran por sí solos configurar una sociedad. Se mencionarán brevemente, esto con el fin de lograr un conocimiento más amplio de lo que realmente se entiende por sociedad en sentido estricto. Así, tradicionalmente se han establecido de modo errado como elementos diferenciadores los siguientes:

La noción de sociedad como contrato, o de participación de varias personas. Éste ya no es un elemento diferenciador de las sociedades en sentido estricto, ya que a través del tiempo se han aceptado las sociedades unipersonales, que logran romper el molde de las sociedades pluralistas. Cabe destacar que las sociedades unipersonales son comunes a través del mundo, como lo menciona Dé Soá Cañizares:

“España admite la sociedad anónima de un solo socio, y la sociedad de responsabilidad limitada unipersonal es receptada en Alemania, Suiza, Austria, Liechtenstein, siendo lícitas en el derecho inglés para las public y las private company.”⁷

El lucro. Por sí solo, éste ya no es un elemento diferenciador para definir el concepto de sociedad en sentido estricto. Esto porque en diferentes países del mundo se acepta la constitución de

⁷ Dé Solá Cañizares. Conferencia La sociedad en participación. P.14. Citado por Hugo Richard E. y Manuel Muiño O (2004). Derecho Societario. Quinta reimpresión. Buenos Aires, Argentina, Editorial Astrea. P.8.

sociedades profesionales en las cuales el lucro no es requisito indispensable, es más, las mismas corporaciones en el derecho inglés no exigen que exista lucro.

La aportación de cosas o dinero. Tampoco es requisito indispensable, ya que se puede aportar el trabajo o el esfuerzo y no dinero o bienes.

La publicidad. En este caso, si bien se trata de un elemento valioso, no es diferenciador, puesto que en otras legislaciones se acepta la personalidad jurídica de las sociedades de hecho e irregulares, las cuales efectivamente si se consideran sociedades, aunque carecen de publicidad.

Así, en realidad el elemento que mejor delimita la figura de la sociedad anónima es su organización, ya que las sociedades se caracterizan por realizar una actividad común, a nombre colectivo, con una finalidad común y con participación en las utilidades y en las pérdidas. Sobre este punto MESSINEO expone:

“Se trata de un contrato de colaboración para realizar un negocio, una actividad de cuyo resultado participarán ambas partes (fin común) en la proporción convenida (ganancias y pérdidas); pero el participado no interviene en la gestión del negocio ni concurre a la formación de una voluntad colectiva... ésta se expresa (y también se agota) en el derecho a las utilidades y en la sujeción a las pérdidas, concebida como el mero derecho de crédito y derecho frente al asociante”.⁸

En otras palabras, se crea una figura jurídica organizada en la cual conviven dos partes, los accionistas y los administradores, los cuales comparten el mismo fin, pero, tienen diferentes derechos y funciones que son determinadas por el mismo sistema organizativo.

⁸ Messineo, Fernando H. (1975). Manual de derecho civil y comercial. Bs. As. Cangallo. P.3.

Ahora, dentro de la definición de sociedad en sentido estricto se encuentran presentes los siguientes elementos:

1. El origen voluntario, ya sea por contrato, actividad o declaración unilateral de la voluntad.
2. La constitución de un patrimonio autónomo, separado del patrimonio de los fundadores de la sociedad.
3. La organización o forma de organización que se adopte, con el fin de administrar el patrimonio de la sociedad.
4. El reconocimiento de la personalidad jurídica por el ordenamiento.
5. La manifestación externa de esa unidad organizativa, realizando actividades bajo un nombre colectivo.
6. La durabilidad en el tiempo de esas actuaciones y manifestaciones de la unidad organizativa.
7. El carácter económico, de lucro que se encuentra presente, lo que la diferencia de la asociación.
8. La finalidad común que se realiza con el patrimonio autónomo.⁹

Muchos autores coinciden en que las sociedades modernas contienen los elementos arriba expuestos, entre ellos se pueden mencionar a Rodrigo Uría, el cual expone la existencia de cinco elementos primordiales en las sociedades:

1. Es una asociación voluntaria de personas, ya que nadie está obligado a asociarse, se asocian por mutuo consentimiento entre las partes, con una voluntad libre de vicios.
2. Es una asociación duradera, porque se constituye por un tiempo prolongado.

⁹ Hugo Richard E. y Manuel Muiño O (2004). Derecho Societario. Quinta reimpresión. Buenos Aires, Argentina, Editorial Astrea. P.10.

3. Es organizada, ya que se plasma una organización ajena a las partes y toma una organización nueva gracias a la voluntad social, los socios se agrupan para dirigirse a un fin uniforme, con una estructura diferente a los socios.

4. Se da una unión de personas o contrato plurilateral que depende del tipo de sociedad que se quiera constituir, las cuales pueden constituirse con personas jurídicas o físicas o ambas.

5. Se crean para la explotación de una empresa con el ánimo de los socios de obtener un beneficio económico, es decir, el reparto de las ganancias obtenidas.

En definitiva, la sociedad en sentido estricto se identifica como una figura jurídica para realizar una actividad conjunta y organizada, creando así un sujeto de derecho legalmente reconocido y protegido que puede contraer derechos y obligaciones para realizar una finalidad común en la cual media el lucro.

Es este concepto de lucro el que logra hacer más fácil de delimitación de las sociedades, es un elemento clave para distinguir las sociedades mercantiles. Como bien lo expresó la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia:

“...el fin de lucro es considerado como el último elemento de la sociedad. Consiste en la intención de los socios de obtener ganancias, por medio del ejercicio de la actividad económica respectiva en aras de lo cual hicieron sus aportes. Las utilidades derivadas de lo anterior, son repartidas según los porcentajes de participación de cada uno. El fin de lucro es, en un primer momento, objetivo: la sociedad procura desarrollar una actividad económica que le produzca un incremento de su capital. Luego, se manifiesta en su aspecto subjetivo: las ganancias obtenidas por la sociedad serán distribuidas, como utilidades o liquidación final de las cuotas de participación, entre los socios. En el Código de Comercio,

se establecen expresamente las siguientes sociedades mercantiles: en nombre colectivo, en comandita simple, de responsabilidad limitada y anónima. Además, implícitamente se reconocen, en los artículos 22 y 23, la sociedad de hecho y la irregular. En la primera, de las dos últimas mencionadas, existe un acuerdo societario no plasmado en escritura pública. No obstante, concurren, en la figura, todos los elementos propios de una sociedad. En la segunda sí existe escritura social, pero aún no se ha concluido el proceso de inscripción en el Registro Público por lo cual no ha adquirido personalidad jurídica propia. Por ello, puede afirmarse que el contrato de sociedad, está regulado, en nuestro Código Mercantil, como un acto de comercio. Asimismo, las sociedades comerciales, según lo establecido por el artículo 5 *ibídem*, son consideradas comerciantes, sin importar cuál sea su objeto o actividad. Así, una sociedad anónima dedicada a celebrar contratos inquilinarios, sigue siendo comerciante.”¹⁰

En relación al sentido estricto de la sociedad, se debe entender que éste es producto de una evolución, que ha llegado a materializar lo que conocemos como las modernas sociedades mercantiles, las cuales cumplen cada uno de los elementos arriba expuestos.

En la concepción moderna de las sociedades mercantiles debemos destacar el abandono de la noción de sociedad como contrato, ante la proliferación de figuras típicas que gozan de publicidad. Han evolucionado desde el concepto amplio de las *societas* romanas a un concepto estricto de sociedad, que destaca su externalización en relaciones de duración, con unificación de las relaciones internas y externas, con reconocimiento de personalidad y exteriorizada como negocio en nombre de la sociedad, en otras palabras, sus acciones internas organizadas se logran

¹⁰ Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia. Voto número 001 de 1997.

plasmar al exterior, en nombre propio, por medio de su personalidad jurídica, para lograr su fin común, donde destaca el ánimo de lucro.

Sobre esto se puede destacar la definición dada por la Sala Primera de la Corte de Justicia en la cual expuso:

“La sociedad mercantil es un esquema legal organizativo de capital y trabajo para la realización colectiva de una cierta actividad que puede ser la producción de bienes o servicios dirigidos a un mercado o al mero intercambio de esos bienes y servicios. Según lo disponía la Ley de Sociedades Comerciales de 1909 y lo dispone hoy el Código de Comercio, las sociedades deben ser constituidas en escritura pública que debe ser inscrita en el Registro Mercantil y publicada en extracto en el periódico oficial. Actualmente, en nuestro ordenamiento, las sociedades en nombre colectivo, de responsabilidad limitada, en comandita o anónima, constituidas en escritura pública y en observancia de las demás formalidades establecidas por el Código de Comercio, se reputan comerciales por la forma, independientemente de su finalidad y de la actividad que realizan, si han sido inscritas, en virtud de lo dispuesto por los artículos 5º párrafo c) y régimen legal a que se encuentran sometidas las sociedades no constituidas de acuerdo con las disposiciones de la legislación comercial, debe acudir al análisis de la actividad que desplieguen a fin de comprobar si la índole de la misma es comercial o no.”¹¹

La constitución de las sociedades mercantiles a veces se enfoca como un contrato entre los socios, pero dicho contrato posee diversas variantes en comparación con los contratos en general.

Entre estas variantes se pueden destacar:

¹¹ Sala Primera de la Corte de Justicia, Resolución # 50 de las 15 horas 30 minutos del 9 de septiembre de 1983

1) No se le aplica la excepción de contrato no cumplido, ya que un socio no puede escudarse en el incumplimiento de otro para no cumplir con sus obligaciones. Así, por ejemplo, si un socio incumplió su promesa de dar un aporte, ello no faculta a los otros para actuar de igual modo.

2) No se aplica la condición resolutoria tácita que establece el artículo 692 del Código Civil que permite rescindir el contrato cuando los deudores incumplen. Lo anterior sobre todo en atención a que con el contrato del pacto constitutivo nace una nueva persona jurídica. Además se busca evitar afectar a los terceros de buena fe con este tipo de medidas resolutorias.

3) Nulidad, en las sociedades cuando el contrato societario es nulo las cosas no regresan a su estado original, si no que la sociedad entra en el procedimiento de disolución. No se retrotraen los efectos, también con la finalidad de proteger a los terceros.

Esta última variación encuentra su asidero legal en el artículo 20 del Código de Comercio que recita:

“Las sociedades inscritas en el Registro Mercantil tendrán personería jurídica. Declarada la inexistencia o la nulidad del acto constitutivo, se procederá a la disolución y liquidación de la sociedad sin efecto retroactivo.”¹²

Asimismo, es necesario hacer un paréntesis y aclarar que, bajo nuestra legislación, las sociedades mercantiles antes de gozar de plena personalidad jurídica deben cumplir varios requisitos legales establecidos en nuestro Código de Comercio, ya que si no los cumplen pueden ser catalogadas como Sociedades Irregulares o Sociedades de Hecho.

¹² Código de Comercio. Artículo 20.

Estos requisitos esenciales que debe cumplir cualquier sociedad mercantil se encuentran estipulados en el siguiente articulado del Código de Comercio que expone:

“Artículo 18.-

La escritura constitutiva de toda sociedad mercantil deberá contener:

- 1) Lugar y fecha en que se celebra el contrato;
- 2) Nombre y apellidos, nacionalidad, profesión, estado civil y domicilio de las personas físicas que la constituyan;
- 3) Nombre o razón social de las personas jurídicas que intervengan en la fundación;
- 4) Clase de sociedad que se constituye;
- 5) Objeto que persigue;
- 6) Razón social o denominación;
- 7) Duración y posibles prórrogas;
- 8) Monto del capital social y forma y plazo en que deba pagarse;
- 9) Expresión del aporte de cada socio en dinero, en bienes o en otros valores. Cuando se aporten valores que no sean dinero, deberá dárseles y consignarse la estimación correspondiente. Si por culpa o dolo se fijare un avalúo superior al verdadero, los socios responderán solidariamente en favor de terceros por el exceso de valor asignado y por los daños y perjuicios que resultaren.

Igual responsabilidad cabrá a los socios por cuya culpa o dolo no se hicieren reales las aportaciones consignadas como hechas en efectivo;

10) Domicilio de la sociedad; deberá ser una dirección actual y cierta dentro del territorio costarricense, en la que podrán entregarse válidamente notificaciones. (*)

11) Forma de administración y facultades de los administradores;

12) Nombramiento de los administradores, con indicación de los que hayan de tener la representación de la sociedad con su aceptación, si fuere del caso;

13) Nombramiento de un agente residente, que cumpla con los siguientes requisitos: ser abogado, tener oficina abierta en el territorio nacional, poseer facultades suficientes para atender notificaciones judiciales y administrativas a nombre de la sociedad, cuando ninguno de sus representantes tenga su domicilio en el país.

El Registro no inscribirá ningún documento relativo a la sociedad, si en los casos en que sea necesario, el nombramiento no se encontrara vigente. (*)

14) Modo de elaborar los balances y de distribuir las utilidades o pérdidas entre los socios.

15) Estipulaciones sobre la reserva legal, cuando proceda;

16) Casos en que la sociedad haya de disolverse anticipadamente;

17) Bases para practicar la liquidación de la sociedad;

18) Modo de proceder a la elección de los liquidadores, cuando no hayan sido designados anticipadamente y facultades que se les confieren; y

19) Cualquier otra convención en que hubieren consentido los fundadores.”¹³

“Artículo 19.-

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.”¹⁴

“Artículo 20.-

Las sociedades inscritas en el Registro Mercantil tendrán personería jurídica. Declarada la inexistencia o la nulidad del acto constitutivo, se procederá a la disolución y liquidación de la sociedad sin efecto retroactivo.”¹⁵

“Artículo 22.-

Mientras no se hayan efectuado la publicación y la inscripción a que se refiere el artículo 19, las resoluciones, los pactos y los documentos sociales, no producirán efecto alguno legal en perjuicio de terceros, y los socios fundadores responderán solidariamente a dichos terceros de las obligaciones que en tales circunstancias se contrajeren por cuenta de la compañía. Cualquier socio podrá gestionar la inscripción de la escritura y si prueba su actividad en ese

¹³ Código de Comercio. Artículo 18.

¹⁴ Código de Comercio. Artículo 19.

¹⁵ Código de Comercio. Artículo 20.

sentido cesará la responsabilidad en cuanto a él, desde el momento en que inició gestiones formales para la inscripción.”¹⁶

Ahora, si no se cumple con alguno de estos requisitos legales y/o procedimientos de publicidad, entonces se considerará que lo que existe es una Sociedad de Hecho o Sociedad Irregular. En este sentido la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia se ha manifestado, afirmando lo siguiente:

“Sociedad mercantil irregular es aquella constituida en escritura pública que no ha sido inscrita en el Registro Mercantil. Mientras no se haya realizado la inscripción correspondiente el contrato de sociedad y cualquiera otro documento social, no producen ningún efecto legal en perjuicio de terceros, según lo dispuesto por el artículo 22 del Código de Comercio. Ello significa que dicho contrato social es plenamente válido y eficaz desde el momento mismo de su celebración, con respecto a los socios y terceros, en todo lo que les beneficie. En este sentido debe interpretarse lo dispuesto por el numeral 27 del Código de Comercio. Los Tribunales pueden admitir como prueba un contrato de sociedad formalizado en escritura pública, que no ha sido inscrita, si el mismo es invocado en juicio contra alguna de las partes que lo suscribieron, de acuerdo con lo establecido por el artículo 478 del Código Civil. Sociedad mercantil de hecho es aquella unidad organizativa de capital y trabajo, dirigida a un mercado, que no ha sido constituida en escritura pública ni con arreglo a las formalidades legales sobre la materia, y que ha nacido, espontáneamente, de hecho, sin que las partes hayan propuesto su nacimiento. Las partes en un momento dado se encuentran de hecho actuando en sociedad. La existencia y funcionamiento de la sociedad que el

¹⁶ Código de Comercio. Artículo 22.

artículo 24 del Código de Comercio denomina "de hecho", pueden demostrarse por todos los medios probatorios comunes, según ese mismo texto lo dispone.”¹⁷

En otras palabras, se debe entender la Sociedad de Hecho como aquella en la que no existe la escritura pública a que se refiere el artículo 19 del Código de Comercio, en la cual los socios no han hecho ningún acto formal de constitución, sino que se han limitado consensualmente a iniciar una actividad colectiva de colaboración y auxilio, con aportes económicos unipersonales, a tiempo indeterminado y con la finalidad de obtener beneficios para repartirse luego.

Para probar la existencia de una sociedad de hecho es necesario probar el elemento objetivo, representado por la existencia del fondo común, y el elemento subjetivo, representado por la *affectio societatis*, o sea, la intención de los contratantes de estrechar entre ellos un vínculo de colaboración con la finalidad de alcanzar un fin común. No es necesario que de un modo expreso se haya manifestado la voluntad de unirse en sociedad.

Por otro lado, la Sociedad Irregular es aquella donde los socios han realizado uno o varios actos tendientes a llenar las formalidades requeridas por la ley para la creación de una sociedad comercial, de cualquiera de los tipos del artículo 17 del Código de Comercio, pero no han llenado dichas formalidades, particularmente la de su inscripción, por algún motivo. Particularmente ya han realizado la escritura pública a la que se refiere el artículo 19 del Código de Comercio, pero mientras no la hayan inscrito en el registro mercantil, el contrato de sociedad y cualquier documento social no produce efecto legal en perjuicio de terceros, sólo para lo que les beneficie.

¹⁷ Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, resolución número 50 de las 15 horas 30 minutos del 9 de septiembre de 1983

Aclarado cómo debe entenderse la sociedad mercantil, sus elementos y figuras análogas sin personalidad jurídica, debe observarse que la sociedad mercantil no es lo mismo que empresa, como es muchas veces catalogada, por lo que se explicará en el siguiente punto tal diferenciación.

II. Diferenciación entre sociedad mercantil y empresa

Es claro que las sociedades mercantiles y la empresa van de la mano, creando así un vínculo tan poderoso que hace difícil la diferenciación de ambas figuras. Por lo tanto, es menester poner en claro ambos conceptos con el fin de dilucidarlos.¹⁸

Uno de los elementos más importantes que ambas figuras poseen es el elemento organizativo, pero debe quedar más que claro que en la empresa se organizan los factores de la producción, mientras que en la sociedad mercantil se organiza a la empresa en sí, el empresario quien estructura su empresa con base en la sociedad mercantil.

Es erróneo establecer que la empresa es la sociedad, ya que la sociedad es una persona jurídica mientras que la empresa no lo es. La empresa es una determinada forma de organización que, por su naturaleza, necesita de un sujeto titular que la organice y ejerza su actividad. Ese sujeto es el empresario, que puede ser una persona física o jurídica, y, como consecuencia, estrictamente hablando, es inexacto decir que la sociedad es la forma jurídica de una empresa; es más bien la forma jurídica de un empresario.

Aclarado este punto, debemos entonces realizar la definición de la personalidad jurídica de las sociedades mercantiles, como una figura de derecho autónoma a la personalidad de los socios.

¹⁸ Hugo Richard E. y Manuel Muiño O (2004). Derecho Societario. Quinta reimpresión. Buenos Aires, Argentina, Editorial Astrea. P. 20.

III. La personalidad Jurídica

La personalidad jurídica ha sido un tema muy debatido por la doctrina, es gracias a este elemento que las sociedades mercantiles, como se les conoce, pueden contraer obligaciones y ser titulares de derechos. Para una mayor claridad conceptual es mejor exponer brevemente cómo varios ordenamientos jurídicos han entendido esta noción de la personalidad jurídica.

- a) El derecho francés establece que las sociedades mercantiles poseen personalidad moral desde la fecha de su inscripción en el Registro de Comercio, reconociéndoles personalidad jurídica a todas las sociedades mercantiles.
- b) El derecho italiano establece que las personas jurídicas sólo pueden ser las sociedades por acciones. En cuanto a las sociedades de personas, se les reconoce la autonomía patrimonial.
- c) El derecho español siguió un sistema unitario en el cual reconoce la personalidad jurídica a todas las sociedades, siempre y cuando se encuentren en regla con el requisito de publicidad. Lo que significa que sin la constitución, y su debida inscripción, no poseerán personalidad jurídica. Ahora, en el caso de las sociedades irregulares, se entienden éstas como carentes de personalidad jurídica y nada más se les da el valor de una relación contractual.

El ordenamiento costarricense ha adoptado la figura unitaria del derecho español, al disponer en el artículo 20 del Código de Comercio que sólo las sociedades inscritas en el Registro Mercantil tendrán personería jurídica. Dicho esto, es necesario puntualizar qué se entiende por personalidad jurídica.

Una definición amplia de la personalidad jurídica es la que dice que persona jurídica es todo ente susceptible de adquirir derechos y contraer obligaciones, a través de su propia organización, es

decir, es un centro autogestante de derechos y obligaciones, debiendo tenerse en cuenta, para la consideración de toda la temática de la personalidad jurídica.¹⁹

La personalidad jurídica es una creación del derecho en relación a una realidad social, del mismo modo que la persona es una creación del derecho en relación a una realidad corpórea.

La personificación es un medio técnico-jurídico de simplificación de relaciones jurídicas, que el legislador dispone conforme la política legislativa que se imponga para autorizar que los particulares conciban el nacimiento de nuevos sujeto de derecho conforme autorice la legislación.²⁰

Se caracteriza por ser una noción de construcción artificial, un concepto antropomórfico creado por la ciencia del derecho, pues en definitiva, la personalidad jurídica no es más que un conjunto de obligaciones, de responsabilidades y de derechos subjetivos que engloban las normas jurídicas. Una vez hecha esta aclaración, se entiende que la capacidad de las personas jurídicas nace de la ley, al igual que en el caso de las físicas. Ergo, las sociedades comerciales como sujetos de derecho son consideradas como personas completamente diferentes y aparte de las personas que la componen. La existencia de una sociedad comercial, entendida como sujeto de derecho, presupone la existencia de individuos que han resuelto actuar colectivamente, o de bienes afectados a un fin, pero en unidad en el campo del derecho. Es gracias a la personalidad jurídica que se produce la unificación de las actividades y de las relaciones de los individuos o de los bienes que componen el esquema de la sociedad.

¹⁹ Hugo Richard E. y Manuel Muiño O (2004). Derecho Societario. Quinta reimpresión. Buenos Aires, Argentina, Editorial Astrea. P.35.

²⁰ Hugo Richard E. y Manuel Muiño O (2004). Derecho Societario. Quinta reimpresión. Buenos Aires, Argentina, Editorial Astrea. P.36.

La persona jurídica no constituye un fin en sí misma sino que, por el contrario, es un instrumento de los socios para realizar actividades sociales y exteriorizarlas con las acciones de la misma, gracias a la personalidad jurídica que posee.

Dicha personalidad jurídica le otorga potestades a la sociedad mercantil que ninguna otra figura de derecho posee, entre ellas las siguientes:

1. Le confiere la condición de sujeto de derecho, ente dotado de derechos y obligaciones con capacidad jurídica plena para adquirir y obligarse, se puede obligar tanto ante terceros como ante los socios.
2. Le atribuye autonomía patrimonial, la sociedad es titular de un patrimonio propio, distinto del de los socios, aunque inicialmente formado por las aportaciones de aquellos.
3. Conlleva la separación de responsabilidades entre los socios y la sociedad, siendo que cada una de estas partes responde del cumplimiento de sus obligaciones con su respectivo patrimonio, salvo el caso de sociedades personalistas.
4. La persona jurídica social necesita valerse de personas físicas que, desarrollando la actuación propia de la empresa que constituya su objeto, le permitan conseguir la finalidad perseguida; a esas personas físicas se les atribuye la ejecución de la voluntad social, considerada previamente en los órganos sociales. Es mediante ellos que la personalidad de la sociedad se manifiesta.

Nuestra jurisprudencia logra esbozar cómo debe entenderse este concepto. La Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia declaró:

“XI. - En el Derecho comercial también hay suficiente doctrina en torno a la personalidad jurídica. En el Derecho Romano no se encuentra una elaboración científica de un concepto para designar las especies de personas jurídicas. Cuando se referían a ellas los jurisconsultos utilizaban la expresión *personae vice fungitur*, porque en la vida jurídica ocupaban el lugar y cumplían funciones análogas a las personas físicas. Indiscriminadamente se utilizaba la expresión *universitates* para referirse a un concepto de individuos o a un conjunto de cosas. Al comenzar el siglo XIII la unión doméstica de capital y trabajo se presentó como simple comunión de hacienda, y prevaleció para siempre el carácter familiar y mancomunado de las nacientes compañías. Debido a la necesidad de unir grandes capitales, surgieron los diferentes grupos societarios. Por ello la doctrina mayoritaria, y en particular nuestra legislación, asume la teoría de la naturaleza jurídica esbozada por Savigny, que señala que la capacidad jurídica coincide con el concepto de hombre en particular, pero puede ser extendida a sujetos artificiales creados por simple ficción. Tal sujeto, según esta teoría, se llama persona jurídica, subsistiendo solamente para un objeto jurídico. En la sociedad se encuentra un nuevo sujeto de derecho, distinto del hombre particular. Por esto la persona jurídica se contrapone a la persona natural. Entiende la existencia de esta figura solo en virtud de este objeto. Esta concepción coincide con la doctrina del siglo XIII y ha tenido hasta el siglo pasado indiscutible éxito. La persona jurídica es un sujeto creado artificialmente y capaz de tener propio patrimonio. Justamente se ha observado en rigor la ausencia de la ficción porque el derecho no establece una identidad entre estas personas jurídicas y los hombres. Si no que se limita a discutir unas y otras bajo la categoría de los sujetos de derecho, y a reconocer a unas y otros la subjetividad jurídica. Hay ficción solo en el sentido del concepto jurídico. Porque éste es precisamente un producto del derecho, el

cual tiene su justificación en el campo de la realidad jurídica y no en el de la realidad no jurídica. La persona jurídica es la personificación de ciertas organizaciones para acentuar y potenciar la independencia a las cuales se les reconoce u otorga respeto de sus representantes y socios. Se consideran con capacidad jurídica y de obrar más o menos limitada y con un patrimonio separado. Dentro de las características fundamentales se encuentran las siguientes: 1) propia e independiente capacidad jurídica y de obrar. Las personas jurídicas pueden adquirir y poseer bienes de todas clases y ejercitar acciones; 2) la persona jurídica a diferencia de la física tiene una estructura artificial. Necesita valerse de personas físicas para desarrollar la actividad propia de la empresa la cual constituye su objeto y así poder alcanzar su finalidad; 3) debe tener una finalidad u objeto lícito; 4) posee autonomía patrimonial separada de cada uno de sus miembros y representantes. Aspecto manifestado fundamentalmente en la quiebra, o en el cobro de créditos. De este carácter surge como consecuencia la separación de responsabilidad entre sociedad y los socios. En materia de sociedades el artículo 20 del Código de Comercio regula la persona jurídica. Nace a partir del momento de la inscripción en el Registro Público. Concomitantemente al nacimiento de la persona jurídica adquiere capacidad de actuar.”²¹

La personalidad jurídica se encuentra presente en los diferentes tipos de sociedades mercantiles, las cuales se logran clasificar por el principio de la tipicidad.

IV. El principio de la tipicidad y clasificación

El principio de tipicidad logra crear y categorizar los diferentes tipos de sociedades, lo cual se ha realizado desde que se comenzó a utilizar las sociedades, las cuales se han calificado. Se debe

²¹ Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, voto número 128 del 16 de diciembre del 1998.

hacer la salvedad que el concepto de personalidad jurídica debe distinguirse del concepto de tipicidad. La personalidad jurídica corresponde no sólo a las sociedades, sino que también a las asociaciones, mutuales, fundaciones, etcétera. En cambio, el de tipicidad consiste en la disciplina legislativa que se le impone a las sociedades que permite diferenciar una sociedad de otra por medio de ciertos requisitos esenciales que le son propios a cada clase de sociedad.

Ahora, los tipos de sociedades son generalmente tres: el colectivo, el de responsabilidad limitada y el de sociedad por acciones. Las diferencias básicas y distintivas son la organización de las funciones, la responsabilidad de los socios y como es representado el capital.²²

En el caso concreto no es necesario mencionar todos los tipos posibles de clasificación de sociedades que existen, pero sí se deben establecer los tipos que fija nuestro ordenamiento. Según el Código de Comercio costarricense en su artículo 17 establece por imperio de ley los únicos tipos de sociedades que rigen en nuestro país al establecer:

“Es mercantil, independientemente de su finalidad:

- a) La sociedad en nombre colectivo;
- b) La sociedad en comandita simple;
- c) La sociedad de responsabilidad limitada; y
- d) La sociedad anónima.”

Los tipos de sociedades se desarrollarán brevemente con la finalidad de lograr una distinción clara entre estas:

²² Hugo Richard E. y Manuel Muiño O (2004). Derecho Societario. Quinta reimpresión. Buenos Aires, Argentina, Editorial Astrea. P.62.

a. Sociedad colectiva

Este tipo de sociedad se caracteriza por su carácter personalista, por estar fundada sobre vínculos de mutua confianza entre los asociados, los cuales se asocian para un fin común basado en los lazos que poseen entre ellos. Es una figura jurídica basada en el principio de *intuitu personae*, es decir, el elemento principal de la sociedad es la persona y no el capital. Se realza la existencia de una razón social, que es la integrada por el nombre de todos o algunos de los socios, y ofrece como característica especial, la de que todos sus miembros responden en forma subsidiaria y solidariamente con sus bienes por el resultado de la gestión social.²³ Sic.

En esta forma de asociación se juntan aspectos fundamentales que permiten caracterizarla como una sociedad personalista por excelencia, en la que tiene suma importancia la calidad de persona de los socios y sus relaciones, la cual se identifica con la razón social y donde por lo general las decisiones son unánimes dado el lazo de confianza y cercanía de los socios. Los accionistas de estas sociedades por lo general se estructuran bajo acciones que no son transmisibles sin la previa autorización de los demás accionistas, ya que se procura que dentro de la misma sociedad existan sólo socios conocidos, los cuales se distinguen por su confiabilidad y familiaridad entre los demás socios.

La sociedad colectiva tiene como rasgo principal y que le diferencia de otros tipos de sociedades como la sociedad anónima o de responsabilidad limitada, el hecho de que la responsabilidad por las deudas de la sociedad es ilimitada. Esto significa que en caso de que su propio patrimonio no sea bastante para cubrir todas las deudas, los socios deben responder con su propio patrimonio el pago de las deudas pendientes a los acreedores.

²³ Hugo Richard E. y Manuel Muiño O (2004). Derecho Societario. Quinta reimpresión. Buenos Aires, Argentina, Editorial Astrea. P.328.

La sociedad colectiva es heredera de la sociedad mercantil de la Edad Media y, como tal, una de las formas societarias mercantiles más antiguas que existen. Puede rastrearse su origen concreto en la Edad Media, a través de las relaciones que poseían los artesanos o comerciantes con sus familiares o discípulos, ya que se presentaba la necesidad de la sucesión o de la actividad en grupo, sin importar la responsabilidad, incluso sin importar la personalidad jurídica, donde el patrimonio de la sociedad era la mano de obra común entre los que participaban en ella, los socios. La mutua confianza entre los socios, caracterizada por el vínculo familiar, fue ampliada con la incorporación o integración de las sociedades con socios no parientes, pero siempre subsistió el elemento de confianza, el carácter *intuitu personae*, que limitó el acceso de los socios a este tipo de sociedades.²⁴

La doctrina comparada señala tres factores de gran importancia en este tipo de sociedad:²⁵

- A) En una sociedad de trabajo, donde los socios pueden acceder a la dirección y manejo de los asuntos sociales, situación que puede limitar el estatuto social.
- B) Es una sociedad personalista, por cuanto las condiciones personales de cada uno es la causa determinante del consentimiento para constituir este tipo social.
- C) Es una sociedad de responsabilidad ilimitada para sus socios, que responden subsidiaria y solidariamente por las obligaciones sociales.

No obstante, la ausencia de limitación de responsabilidad para sus socios ha hecho que haya ido desapareciendo en forma gradual. Actualmente la forma predominante de sociedad mercantil es

²⁴ Hugo Richard E. y Manuel Muñío O (2004). *Derecho Societario*. Quinta reimpresión. Buenos Aires, Argentina, Editorial Astrea. P.329.

²⁵ Broseta Pont, Manuel (1965). La empresa, la unificación del derecho de obligaciones y el derecho mercantil. Madrid. Tecnos. P.187.

la sociedad de responsabilidad limitada o sociedad anónima, en sus distintas variantes, quedando otras sociedades como la sociedad colectiva reducida a un papel marginal en el tráfico comercial. En nuestro país es raro encontrarse con este tipo de sociedades, dado el riesgo que poseen los socios por su responsabilidad ilimitada. Como señala el Código de Comercio en su artículo 33:

“Sociedad en nombre colectivo es aquella que existe bajo una razón social y en la que todos los socios responden de modo subsidiario pero ilimitada y solidariamente, de las obligaciones sociales”²⁶

b. Sociedad Encomandita o comanditaria

La sociedad comanditaria o sociedad en comandita, es aquella sociedad mercantil en la que existen dos tipos de socios, los socios colectivos o gestores que responden con la totalidad de su patrimonio de las actividades sociales; los cuales poseen una responsabilidad ilimitada y solidaria, y los socios comanditarios que responden únicamente con el capital aportado, por lo tanto, poseen una responsabilidad limitada a diferencia de los socios colectivos.

En otras palabras, en este tipo de sociedades coexisten dos categorías de socios, los comanditados o socios colectivos y los comanditarios, cuyos derechos y obligaciones son bien diferentes. Los primeros responden por las obligaciones sociales como los socios de las colectivas, de una forma subsidiaria, solidaria e ilimitadamente, y los socios comanditarios poseen una limitación de la responsabilidad proporcional al capital que aportaron a la sociedad o que se obligaron aportar a la misma.²⁷

²⁶ Código de Comercio. Artículo 33.

²⁷ Hugo Richard E. y Manuel Muiño O (2004). Derecho Societario. Quinta reimpresión. Buenos Aires, Argentina, Editorial Astrea. P. 341.

Este tipo de sociedad se encuentra en el medio de la sociedad intuitu personae, donde las sociedades se enfocan en la persona y las sociedades intuitu pecuniae, donde las sociedades se enfocan en el capital, en el dinero y no en la persona que la conforma.

La administración de la sociedad corresponde a los socios gestores, quienes pueden delegarla en alguno de ellos mismos o en un tercero. Además, en este tipo de sociedades se prohíbe al socio comanditario administrar la sociedad.

Asimismo se prohíbe que figure el nombre de un socio comanditario, porque sólo aporta capital. Otra característica es que el socio gestor debe reunir el consentimiento unánime de los socios para ceder sus derechos sociales.

Esta clase de sociedad nace a fines de la Edad Media, época en la cual se produjo un auge en el desarrollo de la actividad mercantil. En dicho periodo se propició y difundió el uso de la commenda, una asociación bajo la forma de contrato entre un capitalista que no se daba a conocer (generalmente un noble) y uno o más comerciantes, por la cual el primero aportaba solamente capital y limitaba su riesgo a ese aporte.

c. Sociedad de responsabilidad limitada o limitada

En doctrina se llama mixta o de tipo intermedio entre la personalista y la sociedad anónima, aunque se asemeja mucho más a las sociedades anónimas porque gira entorno de una denominación social que se conforma a través de un nombre de fantasía o por medio de palabras, sin realzar ninguna persona en especial y se basa en el capital aportado, que deriva en las cuotas de las sociedad. Esto hace que la división del capital en cuotas de igual valor y no representables en títulos negociables lo hace una de las características marca las diferencias con los otros tipos

de métodos y títulos de participación de las demás sociedades, que encuentra su fundamento entre las sociedades personalistas y las sociedades de capital divididas por acciones.

Los antecedentes de este tipo de sociedad se pueden ubicar como una solución para la mediana y pequeña empresa en contraposición con la sociedad anónima que se dio a fines del Siglo XIX, en el Derecho inglés en las *private company*, la sociedad por cuotas o de responsabilidad limitada, naciendo como persona jurídica con el beneficio de la responsabilidad limitada del socio.²⁸

El socio sólo responde por medio de sus aportaciones sin que la totalidad de su patrimonio sea prenda común de los acreedores de la sociedad. Es un tipo de sociedad en la que las participaciones sociales se denominan cuotas. Los socios limitan su responsabilidad a la efectiva integración del capital social. El representante legal y administrador se denomina gerente.

Las características tipificantes, más que la responsabilidad o la denominación social, son: la división del capital y la organización de la representación. La organización interna de este tipo de sociedades es mucho más simple que las sociedades anónimas, puesto que, en las sociedades anónimas el mínimo legal es poseer un presidente, secretario y tesorero para conformar la Junta Directiva de la sociedad. En las sociedades de responsabilidad limitada sólo se requiere que exista un gerente, el cual estará encargado del debido manejo de la sociedad y su representación legal. Esto hace las sociedades de responsabilidad limitada muy apetecidas a las personas que desean montar una micro-empresa o empresa unipersonal puesto que sólo requieren nombrar un gerente para ejercer la actividad social, en estos casos, el mismo dueño del negocio. No así para las empresas más grandes que requieren una organización interna más compleja, por lo que, optan por las sociedades anónimas.

²⁸ Rivolta, Gian Carlo (1980). *Rivista di Diritto Civile*. Padua. Italia. P. 477. Citado por Hugo Richard E. y Manuel Muiño O (2004). *Derecho Societario*. Quinta reimpresión. Buenos Aires, Argentina, Editorial Astrea. P. 360.

d. Sociedad anónima o sociedad por acciones

Es el prototipo de la sociedad capitalista, donde los socios se unen no por sus vínculos de confianza sino por sus aportes. El socio sólo arriesga su aporte, no se le persigue por deudas sociales su patrimonio personal. Considerada por muchos la sociedad mercantil por excelencia dada su gran versatilidad y dinamismo, adaptable para montar innumerables estructuras organizativas de empresas. Es el tipo social más evolucionado de todos, dada su gran difusión en el ámbito empresarial.

Las participaciones societarias se denominan acciones, son ejecutables y los socios restringen su responsabilidad al capital que suscribieron. Sus órganos necesarios son la Junta Directiva y la asamblea. La representación la ejerce el presidente de la Junta Directiva.

Este tipo de figura asociativa es la más comúnmente utilizada en nuestro país, por lo que será estudiada ampliamente a continuación. Así, para analizar deficiencias de nuestro modelo societario, es indispensable desarrollar previamente el concepto de sociedad anónima, de modo que sea más fácil el estudio de las principales falencias del sistema costarricense.

Capítulo II: SOCIEDAD ANÓNIMA

Sección A: Consideraciones Generales

I. Concepto

La sociedad anónima, figura jurídica societaria por excelencia, se originó para llenar las necesidades y lograr armonizar una situación legal que era la posibilidad de que los socios, que limitaban su responsabilidad al aporte inicial, pudieran tener intervención directa en la administración y manejar los intereses sociales ante terceras personas, sin incurrir en responsabilidad ilimitada y solidaria por los actos que se realizan en la administración de la sociedad como en la sociedad en comandita.

La sociedad como una estructura para la contribución de aportes para emplearlos en un fin común con el objeto de dividir los beneficios, fue una figura jurídica que se conoció en el Derecho Romano. La asociación de capitales para empresas arriesgadas o difíciles que exigían reunir fuertes sumas para la exploración del mar fue conocida en la Edad Media y posteriormente en la edad moderna. Ahora, ninguna de esas organizaciones muestra las características que poseen las sociedades anónimas de hoy.

La sociedad anónima viene a ser de esta manera una institución jurídica y económica completamente nueva, la cual logra direccionar la empresa moderna. Como expone RIVAROLA:

“Esta sociedad está completamente fuera del derecho común; no se podrá jamás, ateniéndose al derecho común, limitándose a la aplicación de las reglas generales sobre los contratos y obligaciones, llegar a constituirla. En efecto, según el derecho común, los

contratos producen obligaciones personales; en donde haya contrato debe haber responsabilidad personal de los contratantes, o por lo menos de alguno de ellos. Cuando se contrata, se obliga personalmente. En la sociedad anónima no hay responsabilidad personal, ni siquiera puede haberla, puesto que la sociedad está únicamente compuesta de cosas. Cuando contrata, la responsabilidad de sus obligaciones está necesariamente limitada a las cosas y valores de que se compone.”²⁹

La sociedad anónima es más que una figura del derecho comercial, la sociedad anónima representa una manifestación económica de la realización de la gran empresa, mediante la suma de varias aportaciones y pequeños esfuerzos de varias personas para generar capital y poder que de ninguna otra manera se hubiera obtenido en forma individual. Esta figura societaria nació en el momento en que el esfuerzo de un individuo unido al de otro procuraban la eficacia que ninguno de los dos aisladamente podría llegar a realizar. Es la sociedad anónima entonces el medio para reunir el gran capital, no porque sea ésta la única manera de hacerlo, sino más bien porque es la forma en que el socio no corre otro riesgo mayor que el de perder el capital inicial que aportó a la sociedad, lo que representa una ventaja desproporcionada en comparación a otras figuras societarias que logren estructurar una empresa.

La sociedad anónima viene a responder la necesidad de crear una organización que mantiene al capitalista, socio, en la administración del capital, en la que interviene periódicamente personalmente en las asambleas y continuamente por medio de los administradores que elige el socio y bajo la vigilancia de las personas que se designen para realizar esa actividad. Asimismo, elimina la responsabilidad, limitándola al monto inicial aportado por el socio y sin crear un

²⁹ Rivarola, Mario A. (1957). Sociedades anónimas. El Ateneo. P.70. Citado por Hugo Richard E. y Manuel Muiño O (2004). Derecho Societario. Quinta reimpresión. Buenos Aires, Argentina, Editorial Astrea. P. 396.

futuro peligro para el resto del patrimonio del socio que no aportó para constituir el capital social de la sociedad.

Es importante destacar que la sociedad anónima logra, acertadamente, coordinar los tres elementos económicos de la empresa que son el capital, la dirección y el trabajo. Esta figura societaria posee una estructura única que logra separar el órgano de administración de los socios capitalistas que aportan el capital social de la sociedad, de esta manera los socios cuentan con personeros ajenos, por lo general, del capital, lo que da más amplitud para escoger a los administradores por su capacidad administrativa y no por su aporte a la sociedad. En otras palabras, al no ser necesariamente socios o socios mayoritarios de la sociedad los miembros del consejo de administración, su puesto se escoge por su capacidad profesional, lo que genera una mejor productividad y organización de la sociedad. Es diferente el caso en sociedades personalistas donde los personeros son socios mayoritarios o socios, lo cual obstaculiza en ciertos casos escoger a un administrador idóneo puesto que los mismos socios son los administradores de la sociedad.³⁰

La desvinculación que se da entre los socios y los administradores no es la única que provee la sociedad anónima, existe una desvinculación mayor la cual se origina en los aportes del capital de la sociedad. Los aportes se representan por acciones que permiten que el socio recupere su valor patrimonial que pagó al inicio, transmitiéndolo a terceras personas sin que esto afecte la estructura de la sociedad, no importa la personalidad del socio, sino el aporte de capital que provea. Por lo tanto, si un socio se retira, pero transmite sus acciones a un tercero, la sociedad no sufre ningún cambio práctico puesto que el capital sigue en la sociedad, no se pierde con la ida

³⁰ Rivarola, Mario A. (1957). Sociedades anónimas. El Ateneo. P. 73.

del socio, sólo se pierde en el caso que el capital del socio disidente no se logra reponer o sustituir por la entrada de un tercero. Esta característica hace de la sociedad anónima una típica sociedad intuitu rei. Esto permite la fungibilidad de los socios, dándole vital importancia al capital que proveen a la sociedad, no así a su personalidad personal.³¹

La Sociedad Anónima por su especial característica de facilitar la concentración de capitales descansa, en los datos esenciales de su organización jurídica, que es la fácil y libre negociabilidad de las acciones y de la responsabilidad limitada de los socios al aporte inicial. Lo anterior explica porqué este tipo de sociedades logran acumular el capital, puesto que, minimizan la tarea de organización de la empresa moderna. Esto porque la posibilidad de negociar el título permite al accionista recobrar la libre disposición de su inversión cuando lo desee, y en particular si su confianza en la sociedad disminuye. La limitación de la responsabilidad da más confianza y tranquilidad al accionista, puesto que él sabe que lo único que puede perder es el aporte inicial.

Esta estructura legal logra encuadrar las nuevas tendencias económicas y le da respuesta a la tendencia capitalista que ha dominado la economía mundial. Por lo que muchas veces es llamada:

“un maravilloso instrumento del capitalismo moderno”, que sirve para la concentración de capitales para la empresa y también “la forma jurídica por excelencia para estructurar a la empresa moderna”.³²

³¹ Hugo Richard E. y Manuel Muiño O (2004). Derecho Societario. Quinta reimpresión. Buenos Aires, Argentina, Editorial Astrea. P. 398.

³² Sandoval López, Ricardo (1990). Manual de Derecho Comercial. Universidad de Santiago, Chile. P.10.

La sociedad anónima es la preferida entre todos los tipos societarios para formar sociedades de inversión, ya que permite invertir sin la necesidad de ser comerciante, por existir una división entre el accionista y la administración de la sociedad, lo que genera que la sociedad anónima se convierta en un mecanismo jurídico apto para permitir las transacciones económicas, es el instrumento jurídico creado por el capitalismo moderno para recoger el ahorro con el fin de fundar y explotar nuevas empresas.

Este tipo de sociedad constituye el instrumento jurídico más eficaz del sistema económico actual, es el tipo social más utilizado, su superioridad en relación con los demás tipos sociales es abrumadora. El comercio, la industria y la banca son explotados por las sociedades anónimas.³³ Es más, nuestro sistema bancario exige a los bancos privados constituirse por medio de sociedades anónimas, lo que demuestra fehacientemente la importancia y el rol que juega la sociedad anónima en nuestra sociedad.

El argumento arriba expuesto encuentra su asidero legal en el artículo 141 de la Ley Orgánica del Sistema Bancario Nacional que en lo pertinente expone:

“Los bancos privados deberán, necesariamente, constituirse como sociedades anónimas o como uniones o federaciones cooperativas con arreglo a las normas legales que rigen a tales entes, en cuanto no estuvieren especialmente modificadas por la presente ley.

Los bancos cooperativos funcionan conforme lo establece el Capítulo V de este Título.

Se autoriza a las asambleas de los bancos cooperativos para transformarlos en sociedades anónimas, manteniendo su carácter de banco. Todos los activos y pasivos se traspasarán a la

³³ Montes Ángel, Cristóbal (1970). Administración de la sociedad anónima. Madrid. P.13.

nueva entidad y los socios trasladarán sus aportaciones de capital a éste, en pago de sus nuevos aportes. Los traspasos serán autorizados por el Superintendente con su firma, y una vez realizados, el Registro de cooperativas inscribirá la disolución y liquidación del banco y el Registro Mercantil inscribirá la nueva entidad. A partir de ese momento y con las salvedades legales expresas, la nueva entidad dejará de tener carácter cooperativo y se regulará por lo establecido en el Código de Comercio.”³⁴

Esto es un ejemplo más de cómo la sociedad anónima se encuentra completamente inmersa en la economía de nuestro país y en general, en la economía mundial, dada su versatilidad para mover capitales y organizar los mismos.

La sociedad anónima tiene una importancia económica sin precedentes ya que facilita la acumulación de capitales por medio de la representación del aporte en un título, lo que permite a los empresarios recolectar capitales duraderos, aunque se produzca luego una transmisión de la calidad de socio a un tercero, el capital sigue estando dentro de la sociedad, por lo que se dice que la acción logra llevar a cabo la fungibilidad del socio manteniendo la aportación del socio originario y transfiriéndole los derechos de dicha aportación al nuevo socio.

II. Características Generales de las Sociedades Anónimas

Ciertas características logran definir la sociedad anónima de las cuales vale mencionar las siguientes:

- “El capital se divide en acciones.
- Los socios limitan su responsabilidad con la integración del aporte comprometido.

³⁴ Ley Orgánica del Sistema Bancario Nacional. Artículo 141.

- Los aportes de los accionistas son representados por acciones liberadas que corresponden a su valor declarado en dicho título.
- Debe organizarse la representación y administración a través de un directorio permanente.
- El gobierno de la sociedad, recibiendo las decisiones de los accionistas, se formaliza a través de un sistema de colegio denominado asamblea, con rigor formal y sustancial para adoptar las resoluciones imputables a la sociedad y obligatorias para los accionistas.
- El controlador de los accionistas sobre la administración societaria es normalmente indirecto, formalizado a través de otro órgano, que es el órgano fiscalizador.
- Actúa bajo denominación social, no pudiendo tener razón social.
- Para su constitución regular exige especiales requisitos de forma como constituirse por escritura pública, que sea homologada de conformidad con los lineamientos generales que fija el Estado antes de su publicidad e inscripción en el Registro Público, Sección Mercantil.”³⁵

La sociedad anónima posee como gran característica su manera de dividir el capital, esta división se hace por medio de acciones donde cada acción representa el monto de participación del socio en la totalidad del capital social. La ventaja de este fraccionamiento del capital es que permite la contribución de un gran número de personas en la formación del capital social, el cual es de suma importancia, ya que entre más grande sea, más movilidad y posibilidades de inversión poseerá la sociedad en contraposición a la capacidad de un socio accionista de hacer esa misma inversión por sí mismo.

³⁵ Hugo Richard E. y Manuel Muiño O (2004). Derecho Societario. Quinta reimpresión. Buenos Aires, Argentina, Editorial Astrea. P.400.

La autonomía de la sociedad anónima se logra destacar de las otras formas sociales, ya que sólo es ese capital el que responde por las obligaciones sociales y ninguna deuda puede hacerse valer más allá del patrimonio de un determinado socio. Ningún acreedor puede pretender cobrar del patrimonio personal del socio, ni tampoco embargar la acción para pagarse la deuda.

Además, las acciones aparte de acumular el capital social de la sociedad logran darle representación al socio y a su vez logran transmitir esa calidad de socio a un tercero de una manera sencilla y eficaz, lo que no se encuentra en los demás tipos sociales. Esta rápida transmisibilidad de las acciones permite la satisfacción de una exigencia del mundo de los negocios que es la necesidad de rapidez y liquidez en la circulación de bienes, lo que logra incentivar aún más montar las empresas modernas bajo este esquema societario.

La aportación del capital en la sociedad anónima es una característica muy fuerte como lo es también la limitación de la responsabilidad de los socios. Cada socio se obliga a aportar el importe de las acciones que haya suscrito, respondiendo frente a la sociedad del cumplimiento de esa obligación, pero no contrae responsabilidad personal por las deudas sociales. Los socios no responden de ninguna manera con sus bienes propios de las obligaciones que se cobran a la sociedad. Los acreedores de la sociedad no tienen acción para el cobro de sus créditos contra los socios, ni siquiera disuelta la sociedad.

Con esta característica se satisface otra necesidad de la vida económica que se desarrolla en nuestros días, el cual es el deseo de seguridad jurídica en los negocios comerciales. El fraccionamiento del capital en acciones y la limitación de la responsabilidad de los socios al monto de lo aportado permiten a la persona minimizar el riesgo de la inversión y disminuir el impacto en su patrimonio personal. Con la sociedad anónima el riesgo se divide, distribuyéndose

entre todos los accionistas, con la limitación de la suma que se aportó al inicio por cada uno. De otra manera, el desarrollo que ha caracterizado a las empresas modernas no hubiere sido posible, que la obtención de capital hubiera sido más limitada porque que si hubiera existido un riesgo mucho más alto de perder todo el patrimonio personal por un mal negocio, nunca se hubiera arriesgado las sumas de dinero que se manejan hoy.

Hasta cierto punto, es correcto afirmar que las sociedades anónimas no sólo proveen una organización ideal para la empresa moderna, sino también, logran proporcionar una paz mental al inversionista asegurándole que el patrimonio que no arriesgó en el negocio perseguido por la sociedad anónima no va a ser ejecutado por eventuales acreedores de la sociedad.

El capital en la sociedad anónima es primordial para la misma, como se ha explicado, por lo que es necesario decir, que al ser una sociedad de capital, se puede afirmar que la sociedad es una asociación de capitales, lo que significa que no interesa las condiciones personales de los socios, sino que sólo importa la participación que cada uno tenga en la formación del capital social. La personalidad del socio no repercute en la sociedad, sólo su inversión de capital en la misma, tan es así que es posible el cambio de las personalidades de los socios, sin que deba efectuarse una modificación del contrato social y sin requerir el consentimiento de los demás socios, siempre y cuando se cumpla con los requerimientos de ley y los estatutos societarios. El Código de Comercio costarricense en cuanto a este punto dice en su artículo 120:

“La acción es el título mediante el cual se acredita y transmite la calidad de socio. Las acciones comunes -también llamadas ordinarias- otorgan idénticos derechos y representan partes iguales del capital social y deberán ser nominativas. Está prohibida la emisión de

acciones sin valor. Tanto las acciones comunes como las preferentes u otros títulos patrimoniales, podrán ser emitidos en moneda nacional o extranjera.”³⁶

Haciendo una lectura del mismo se puede concluir que la calidad de socio se obtiene por la participación accionaria que posea en la sociedad y no por su calidad de persona. Dicha calidad no interesa a la sociedad sólo su aporte que lo logra acreditar como un socio más con derechos y obligaciones obtenidas gracias al capital que invierte en la sociedad.

Por lo tanto, se puede afirmar que la sociedad anónima cabe en la siguiente definición:

“Es una sociedad de naturaleza mercantil; cualquiera que sea el objeto, el capital (integrado por las aportaciones de los socios) está dividido en acciones transmisibles que atribuyen a su titular la condición de socio, el cual disfruta del beneficio de la responsabilidad limitada frente a la sociedad y no responde personalmente de las deudas sociales.”³⁷

III. Denominación social de la sociedad anónima

Las sociedades en general poseen una denominación, de lo cual la sociedad anónima no es ninguna excepción, ya que dicha tipo societario se logra identificar con una denominación en particular. En nuestro medio la sociedad anónima debe contener la expresión “sociedad anónima” o su abreviatura, esto con el fin de identificarse ante terceros y que sepan de antemano la responsabilidad limitada de sus accionistas.

El Código de Comercio de Costa Rica, en su artículo 103 expone:

³⁶ Código de Comercio. Artículo 120.

³⁷ Broseta Pont, Manuel (1977). Manual de Derecho Mercantil. Madrid. Editorial Tecnos. P.197.

“La denominación se formará libremente, pero deberá ser distinta de la de cualquier sociedad preexistente, de manera que no se preste a confusión; es propiedad exclusiva de la sociedad e irá precedida o seguida de las palabras " Sociedad Anónima " o de su abreviatura " S. A. ", y podrá expresarse en cualquier idioma, siempre que en el pacto social se haga constar su traducción al castellano.

Para que goce de la protección que da la Oficina de Marcas de Comercio, deberá inscribirse conforme lo indica el artículo 245.”³⁸

La sociedad anónima se identifica por una denominación social, la cual no puede tener una razón social ya que no existen socios con responsabilidad solidaria. El artículo 245 del Código de Comercio dispone que:

“Independientemente de la inscripción en el Registro Mercantil, las sociedades, para gozar de la protección del Registro de Marcas de Comercio, deberán inscribir su razón o nombre comercial. La razón comercial de una sociedad en nombre colectivo, a falta de apellidos de todos los socios, debe contener al menos, el de alguno de ellos con el aditamento " y Compañía ", y " Hermanos ", " e Hijos " u otro semejante. La razón social de una compañía en comandita, debe contener el apellido de uno por lo menos de los comanditados y un aditamento que indique que la sociedad es de esta clase. No podrá contener otros nombres que los de los socios ilimitadamente responsables.

Las sociedades por acciones no tendrán razón social, sino un nombre distintivo de su objeto o finalidad, o cualquier otro que los socios tengan por conveniente.

³⁸ Código de Comercio. Artículo 103.

En las sociedades de responsabilidad limitada se puede usar indistintamente razón social o denominación, pero siempre con el aditamento " Responsabilidad Limitada " u otro semejante.”³⁹

Por lo tanto, se debe entender que la sociedad anónima nunca podrá poseer una razón social. La explicación de esta restricción es que las sociedades anónimas son sociedades de capital que se originan por la acumulación de capitales para lograr un fin común y no por la calidad personal de los socios para lograr un fin común. En otras palabras, como lo importante no es quien la conforma sino el capital que se invierte en ella, no es conveniente suscribir una razón social en la cual se denote la personalidad de los socios, ya que su responsabilidad es limitada al aporte inicial que hicieron y nunca en contra de su patrimonio personal, lo que podría incurrir en un engaño ante un tercero, de buena fe realizar un negocio con una sociedad que promueva la calidad personal de un socio, pero sólo pueda responder con el aporte inicial y no con su patrimonio personal, esto puede generar una falsa credibilidad en la sociedad por parte del tercero de buena fe.

IV. Constitución de la Sociedad Anónima

El presente tipo societario nace a la vida jurídica, según la legislación costarricense, a partir de la inscripción del acta constitutiva en el Registro Mercantil (ver artículo 20 del Código de Comercio de Costa Rica), por lo que, interesa exponer cuáles son las formas y requisitos de dicha acta constitutiva para poder crear una persona jurídica nueva.

La sociedad anónima nace gracias a un complejo procedimiento que se compone de las siguientes etapas: estipulación del contrato social “acto constitutivo”, publicación de los avisos

³⁹ Código de Comercio. Artículo 245.

de ley y finalmente la inscripción de la sociedad en el Registro Mercantil. Una vez que estos tres pasos se hayan realizado se puede afirmar que nace la sociedad anónima a la vida jurídica. Ahora es importante aclarar que mientras que la sociedad no se haya inscrito en el Registro Público lo único que existe es un contrato de sociedad que generará la existencia de (i) una sociedad de hecho o (ii) una sociedad irregular, dependiendo de cuáles sean las circunstancias o requisitos que no se han cumplido para poder inscribir la sociedad.

Es necesario destacar,

“Desde el punto de vista del contrato celebrado entre los socios, se debe examinar la constitución de las sociedad pero sin olvidar que se trata de un contrato sujeto a una disciplina distinta de la de los contrato de cambios. La plurilateralidad de este contrato permite distinguir entre los vicios del contrato y los vicios de las adhesiones individuales: estas últimas solo influyen sobre todo el contrato cuando determinan la imposibilidad de la consecución del objeto social. Constituyéndose mediante el contrato una organización destinada a entrar en relaciones con terceros, con patrimonio separado, es necesario examinar cuáles de los vicios del contrato o de las adhesiones individuales se pueden sujetar a las normas del Derecho común; cuáles son sus efectos entre las partes y cuales contra los terceros y como pueden tutelarse estos últimos.”⁴⁰

Dicho esto, es importante tener en consideración la anterior advertencia de lo necesario que es que exista una oficina que logre regular la creación de las sociedades anónimas, y es ahí donde entra en juego la calificación del acta constitutiva por parte del Registro Mercantil.

⁴⁰ Ascarelli, Tulio (1951). Principios y Problemas de las Sociedades Anónimas. México. P. 57.

Ahora, bajo la regulación que existe de las sociedades anónimas se debe tener en cuenta el contrato que crea la sociedad anónima, o acta constitutiva, y su carácter de persona jurídica, como la consecuencia jurídica de dicho contrato que logra crear un individuo jurídico nuevo.

El contrato societario, o acta constitutiva no se limita a disciplinar las relaciones entre los socios, sus obligaciones y sus derechos, sino que crea una nueva persona, dotada de patrimonio e intereses propios, distintos a los patrimonios e intereses de los accionistas, confiriéndole una organización destinada a la realización de una actividad frente a terceros.

La sociedad nace por medio del contrato societario, eso sí, dicha creación no nace a la vida jurídica en forma inmediata, ya que debe primero pasar satisfactoriamente los requisitos legales chequeados por el Registro Público y además debe ser publicado en los avisos oficiales que una nueva sociedad va a nacer a la vida jurídica. Entre la creación del contrato societario y el nacimiento real de la sociedad transcurre un espacio de tiempo en el que la sociedad aún no nace, pero existe la probabilidad de su nacimiento. El contrato vincula desde el momento de la estipulación y produce varios efectos entre los que lo suscriben.

Como dice FERRARA:

“La inscripción constituye un presupuesto o conditio juris del contrato: si no se cumple la condición caduca el contrato, en caso contrario alcanza su plena eficacia”⁴¹

La sociedad anónima antes de su nacimiento necesita poseer un contrato societario donde se estipula su funcionamiento en general y su relación con los socios y terceras personas. Ahora, este contrato debe cumplir las condiciones del artículo 104 del Código de Comercio:

⁴¹ Ferrara, Francisco (1969). Empresarios y Sociedades. Madrid. P. 250.

“La formación de una sociedad anónima requerirá:

- a) Que haya dos socios como mínimo y que cada uno de ellos suscriba por lo menos una acción;
- b) Que el valor de cada una de las acciones suscritas a cubrir en efectivo, quede pagado cuando menos el veinticinco por ciento en el acto de la constitución; y
- c) Que en el acto de la constitución quede pagado íntegramente el valor de cada acción suscrita que haya de satisfacerse, en todo o en parte, con bienes distintos del numerario.”⁴²

La sociedad anónima según la legislación costarricense puede además ser constituida ya sea en forma simultánea, es decir, en un solo acto por convenio entre los fundadores, o bien en forma sucesiva, por suscripción pública de las acciones. A eso es lo que se refiere el artículo 105 del Código de Comercio:

“La sociedad anónima se constituirá en escritura pública, por fundación simultánea, o bien por suscripción pública.”⁴³

a. Constitución por fundación simultanea

Se da cuando los fundadores convienen entre ellos la constitución de la sociedad, otorgando la escritura y asumiendo, en ese mismo acto, la totalidad de las acciones en que esté dividido el capital. Los fundadores de una sociedad anónima son las personas que se reúnen, son los socios con los que nace la sociedad, pueden ser personas físicas o personas jurídicas también y su obligación es realizar todo lo necesario para lograr la exitosa inscripción de la sociedad que

⁴² Código de Comercio. Artículo 104.

⁴³ Código de Comercio. Artículo 105.

crearon en el registro respectivo para lograr que la sociedad nazca a la vida jurídica y sea reconocida y tenga efectos ante terceras personas.

b. Constitución por suscripción pública

Se realiza cuando es necesario constituir grandes sociedades anónimas que requieren un método de constitución diferente, dada la cantidad del capital social con que se van a constituir. Es por eso que nuestro Código de Comercio dejó establecido este procedimiento. Es un proceso poco común y se requiere de gran coordinación para realizar con éxito la inscripción de una sociedad de este tipo.

La suscripción pública se da cuando los promotores presentan un proyecto o plan de empresa, como programa de fundación de una sociedad por acciones, cuyo objeto y actividad deberá cumplirse a través de la obtención de un capital suficiente, a cuyo fin se recurre a la suscripción de capital por accionistas inicialmente indeterminados, quienes, con la intervención de un banco, decidirán en definitiva la constitución o no de esa sociedad por acciones. Este tipo de sociedad anónima es excepcional ya que debe cumplir con demasiados requisitos puesto que se debe de salvaguardar el ahorro público.⁴⁴

Una vez que se complete el capital social fijado en el programa, se debe llamar a convocatoria de asamblea por los promotores, para realizar lo que el artículo 116 del Código de Comercio fija:

“La asamblea general constitutiva conocerá de los siguientes asuntos:

⁴⁴ Hugo Richard E. y Manuel Muiño O (2004). Derecho Societario. Quinta reimpresión. Buenos Aires, Argentina, Editorial Astrea. P. 406.

- a) Aprobación del proyecto de escritura constitutiva, de acuerdo con el programa. En caso de que sea modificado, los suscriptores disidentes podrán retirar sus aportes;
- b) Comprobación de la existencia de los pagos previstos en el respectivo proyecto;
- c) Examen, y en su caso aprobación del avalúo de los bienes distintos del numerario que los socios se hubiesen obligado a aportar. Los suscriptores no tendrán derecho a voto con relación a sus propias aportaciones en especie;
- d) Aprobación de la participación que los fundadores se hubiesen reservado en las utilidades; y
- e) Nombramiento de los administradores, con designación de quiénes han de usar la firma social.”⁴⁵

Una vez realizada dicha asamblea y hechos los acuerdos que fija el artículo supra citado se debe protocolizar la misma y presentarlo al Registro Mercantil para su posterior homologación e inscripción de la sociedad anónima por suscripción pública. Esto según el artículo 117 del Código de Comercio:

“Aprobada por la asamblea general la constitución de la sociedad, se procederá a la protocolización del pacto social para su inscripción en el Registro Mercantil.”⁴⁶

De otra manera, la suscripción es un proceso largo que puede ser estructurado en tres etapas para un mejor entendimiento.

⁴⁵ Código de Comercio. Artículo 116.

⁴⁶ Código de Comercio. Artículo 117.

1. I ETAPA: Redacción

A. Redacción por parte de los promotores del programa: Los promotores de acuerdo a los artículos 108 y 113 son los encargados de redactar el programa que contiene el proyecto de escritura social.

B. Adhesión de los suscriptores y pago de aportes: Los suscriptores se adhieren al programa mediante la firma del programa en dos ejemplares. La suscripción se hace mediante un acto privado según los artículos 110-112 y 114 en concordancia con Art. 109.

C. Convocatoria a Asamblea constitutiva y deliberación: Suscrito el capital social y hechos los pagos correspondientes, los fundadores tiene 15 días para realizar una Asamblea general constitutiva, en cuyo caso se aplica la normativa de Asambleas Ordinarias según el artículo 115. En esta Asamblea se conocen de los asuntos a los que se refiere el artículo 116 sin poder modificar el orden del día sin el consentimiento unánime de los suscriptores, puesto que los que estén en contra pueden retirar sus aportes.

D. Estipulación del acto constitutivo en sentido estricto: Una vez aprobada la constitución de la sociedad se protocoliza el pacto social constitutivo para la inscripción del registro mercantil.

2. II ETAPA: Homologación

La homologación le corresponde al Registro Mercantil, es un control de pura legalidad.

3. III ETAPA: Inscripción

Se cumple una vez superado el trámite de homologación (se observa que no haya similitudes, que cumpla con los requisitos) se procede a la inscripción en el registro mercantil y se puede

hablar de personalidad jurídica desde ese momento. Todas las modificaciones al pacto social se deben inscribir.

Ahora, en ambos casos el contrato societario de constitución debe realizarse en escritura pública para su posterior inscripción, y no sólo eso, sino que dicha escritura pública debe cumplir con los requisitos fijados por Ley.

V. Escritura de Constitución

La escritura de constitución es un requisito legal que obliga a los fundadores a consignar en escritura pública su voluntad de crear una nueva sociedad anónima con varios requisitos, entre los cuales señalamos:

1. La identidad de los socios originarios, de forma que se han de consignar los datos de los socios, sean personas físicas o jurídicas.
2. La voluntad de los otorgantes de fundar una sociedad anónima.
3. La aportación de los socios, en los términos previstos por la ley, como de las acciones debidamente identificadas y repartidas.
4. La cuantía total, al menos aproximada de los gastos de constitución.
5. Los estatutos que han de regir el funcionamiento de la sociedad.
6. La identidad de las personas que se encarguen inicialmente de la administración y representación de la sociedad.
7. La identidad del fiscal.

8. En la escritura de constitución se podrán incluir además todos los pactos y condiciones que los socios fundadores juzguen conveniente establecer, siempre que no se opongan a las leyes ni contradigan los principios configuradores de la sociedad anónima, la mención de éstos puede hacer que la inscripción de la sociedad no se materialice .

Un requisito esencial de la escritura de constitución es el establecimiento de los estatutos sociales, los cuales van a gobernar la sociedad en su vida jurídica.

Estos estatutos, además de ser un conjunto de principios básicos de la sociedad, deben recoger todos los pactos y condiciones que los socios juzguen conveniente establecer, siempre que no se opongan a las leyes ni contradigan los principios que configuran la sociedad anónima. Las partes esenciales de los estatutos son:

1. La denominación de la sociedad con la indicación “Sociedad Anónima o su abreviatura S.A.
2. El objeto social que se hace constar mediante la determinación precisa y sumaria de las actividades que la integran. Es importante destacar que dicha actividad siempre va acompañada del ánimo de lucro y además legalmente será considerada como una actividad de comercio.
3. Duración de la sociedad; por un criterio práctico la mayoría de sociedades se fijan para durar 99 años, esto puesto que el límite registral de la duración de una sociedad son 99 años a partir de su constitución. No se puede inscribir sociedades con duración perpetua.
4. Fecha en que iniciará sus operaciones.
5. El domicilio social que tendrá dentro del territorio nacional donde se establecerá el centro de operaciones y dirección de la sociedad para fines de notificaciones, además si puede crear sucursales o no.

6. El capital social, donde se indica la parte de su valor que se invierte para su constitución, así como la forma de distribución de los mismos. El capital social es un dato necesario en la sociedad por acciones, con la particularidad de que en ésta se deben indicar la naturaleza, clases, modalidades de emisión de las acciones en que se divide el capital social que se indica en el acta constitutiva.
7. El número de acciones en que estará dividido el capital social, su clase o clases, con expresión de su valor nominal, número de acciones y contenido de derechos de cada una de las clases y si se representan por medio de títulos.
8. La estructura del órgano al que se confía la administración de la sociedad, determinando a qué administradores se confiere el poder de representación.
9. El modo de deliberar y adoptar acuerdos los órganos colegiados de la sociedad, en modo especial el Consejo de Administración y la Junta general.

Todos estos requisitos son necesarios para que la sociedad pueda ser constituida a derecho y posteriormente homologada por el Registro Mercantil. No es sino hasta que sean fijados estos elementos que el acta constitutiva estará completa y pueda poseer eficacia.

No se debe olvidar que la sociedad anónima es un tipo societario definitivamente encaminado a la obtención de capital, por lo que, conviene distinguir el rol económico del capital en la constitución de la sociedad, entendiéndolo como un conjunto de bienes y elementos valorables económicamente que se destinan a la explotación de una actividad concreta del perfil jurídico del capital de la Sociedad Anónima, entendido como cifra contable mencionada en los estatutos cuya suma coincide o debe coincidir en el momento constitutivo con el valor total de los bienes aportados o prometidos a la sociedad, y que figura como primera partida de su pasivo para

impedir que se repartan beneficios cuando realmente no existe. El patrimonio social aumenta o disminuye con gran facilidad, según cuál sea la marcha de la explotación de la Sociedad Anónima, la cifra del capital suele mantenerse invariable, se puede aumentar o disminuirse siempre que se respete un procedimiento con sus formalidades y garantías establecidas por ley.

El capital social representa jurídicamente el conjunto de las aportaciones sociales, de las acciones emitidas por la sociedad que constituyen la representación de la participación de los socios; en cambio, el patrimonio es el total de los bienes, que incluye incluyendo los activos y pasivos, de propiedad de la sociedad.

Dentro de la constitución de la sociedad debe quedar claro cómo funcionará la acción y sus derechos ya que la misma en conjunto con el capital constituyen el concepto y el elemento esencial de la Sociedad Anónima, que es la acumulación de capitales. La estrecha conexión entre la acción y la sociedad anónima se reafirma por la concepción que la acción es una parte alícuota de la sociedad, representa un porcentaje, una parte de toda la organización societaria. La acción, que es un documento representativo de la condición de socio y de una parte del capital social de la sociedad, es ideal para lograr ser transmitido de persona a persona de manera rápida y eficiente en comparación con los demás títulos representativos del capital social de los demás tipos sociales.

VI. La acción en la sociedad anónima

El fraccionamiento del capital social, como se mencionó anteriormente, debe hacerse obligatoriamente por medio de acciones, lo que es un rasgo típico de las sociedades anónimas. La acción en sí es un título que faculta a su poseedor para ejercitar derechos que le son inherentes a la acción de su propiedad y a la calidad de socio que ella otorga.

La acción es un concepto variado, puesto que es un instrumento para reunir capital con el fin de realizar por medio de la sociedad emisora una actividad económica concreta. Además, sirve a los accionistas para ejercitar los derechos sociales, se ocupa de poseer las acciones de la sociedad para ejercer los derechos societarios. También sirve para transmitir de modo rápido y fácil la participación económica de un sujeto en una sociedad; y es un medio indirecto que al representar en su valor la situación económica de la sociedad a la que pertenece, ofrece una especial atracción para los inversionistas de capital, esto se debe a que su valor nominal puede diferir en varias ocasiones al valor de mercado de la acción, puesto que su representación es más que su valor nominal, ya que representa a la sociedad en sí ante terceros. Su importancia económica es tal que se ha podido afirmar que ha ayudado a “transformar de la riqueza de inmobiliaria o mobiliaria.”⁴⁷

El titular de una acción es accionista, o sea socio de la sociedad anónima. La incorporación de la condición de socio a la acción produce dos importantes efectos:

1. La titularidad de la acción otorga o confiere la condición personal de socio, es decir, será socio quien sea el titular de una o varias acciones de la sociedad. Es necesario revisar el Código de Comercio para encontrar la fundamentación legal a este argumento:

“La acción es el título mediante el cual se acredita y transmite la calidad de socio. Las acciones comunes -también llamadas ordinarias- otorgan idénticos derechos y representan partes iguales del capital social y deberán ser nominativas. Está prohibida la emisión de acciones sin valor.

⁴⁷ Broseta Pont, Manuel (1977) Manual de Derecho Mercantil, Editorial Tecnos, Madrid. P. 215.

Tanto las acciones comunes como las preferentes u otros títulos patrimoniales, podrán ser emitidos en moneda nacional o extranjera.”⁴⁸

2. La fungibilidad de la condición de accionistas, lo cual significa que con la acción se trasmite y adquiere la condición de socio, con extraordinaria facilidad, seguridad y certeza, sin tener que obtener el consentimiento de la sociedad, el de los restantes socios, ni ser tampoco necesaria la inscripción en el Registro Mercantil. Sobre esto último se hace la salvedad que si los estatutos sociales de la sociedad establecen que se ocupa la previa aprobación del Consejo de Administración para transmitir la acción entonces se debe cumplir con dicho requisito previo a transmitir la calidad de socio a un tercero por medio de la transmisión de la acción. Esto se estipula también en el Código de Comercio que dice:

“En la escritura social podrá pactarse que la transmisión de las acciones nominativas sólo se haga con autorización del consejo de administración. Esta cláusula se hará constar en el texto de los títulos.

El titular de estas acciones que desee transmitir las, deberá comunicarlo por escrito a la administración social, la cual, dentro del plazo estipulado en la escritura social, autorizará o no el traspaso designado, en este último caso, un comprador al precio corriente de las acciones en bolsa o en defecto de éste, por el que se determine pericialmente. El silencio del consejo administrativo equivaldrá a la autorización.

La sociedad podrá negarse a inscribir el traspaso que se hubiese hecho sin estar autorizado.

⁴⁸ Código de Comercio. Artículo 120.

Cuando estos títulos sean adjudicados judicialmente, el adjudicatario deberá ponerlo en conocimiento de la sociedad, para que ésta pueda hacer uso de los derechos que este precepto le confiere; y si no lo hiciere, la sociedad podrá proceder en la forma que se establece en los párrafos anteriores.

Lo dispuesto en este artículo no será aplicable cuando se trate de sociedades cuyas acciones se encuentren inscritas en el Registro Nacional de Valores e Intermediarios, y se coticen por medio de una bolsa de valores autorizada.”⁴⁹

Sobre esto último también se debe hacer la aclaración de que las sociedades que se encuentren suscritas a la Bolsa Nacional de Valores no poseen dicha limitación en su forma de transmisión puesto que su transmisión es pública al ser sociedades abiertas al público para que sus acciones sean adquiridas a través de la Bolsa.

Otra salvedad que debe hacerse en cuanto al tema de transmisibilidad de las acciones es que si las acciones son nominativas debe registrarse en el libro de registro de accionistas quien la posee para que pueda acreditarse su condición de socio, diferente si la acción es al portador, entonces no es necesario para acreditar la condición de socio que su acción se encuentre registrada en el libro de registro de accionistas. Esto según el artículo 140 que estipula:

“La sociedad considerará como socio al inscrito como tal en los registros de accionistas, si las acciones son nominativas; y al tenedor de éstas, si son al portador.”⁵⁰

⁴⁹ Código de Comercio. Artículo 138.

⁵⁰ Código de Comercio. Artículo 140.

Además se debe tener en cuenta los artículos 687 y 688 del Código de Comercio que fijan el requerimiento legal de los títulos nominativos de ser registrados en el registro correspondiente para gozar de completa eficacia jurídica.

“Artículo 687.

Son títulos nominativos los expedidos a favor de persona determinada, cuyo nombre ha de consignarse tanto en el texto del documento como en el registro que deberá llevar al efecto el emisor.

Ningún acto u operación referente a esta clase de títulos surtirá efecto contra el emisor o contra terceros, si no se inscribe en el título y en el registro.

Son aplicables al registro del emisor, en lo pertinente, las normas de los artículos 261 y 262.”⁵¹

“Artículo 688.

Los títulos nominativos son transmisibles por endoso nominativo e inscripción en el registro del emisor.”⁵²

La acción confiere a su titular legítimo la condición de socio y atribuye los derechos reconocidos por la ley y en los estatutos. La adquisición de la condición de socio puede ser una forma originaria o derivada. El primer caso se produce por la participación del socio en la fundación de la sociedad, o en una ampliación de su capital y la suscripción por él de las acciones. El segundo proviene de la adquisición de alguna acción que se trasmite por un socio.

⁵¹ Código de Comercio. Artículo 687.

⁵² Código de Comercio. Artículo 688.

La acción constituye un conjunto de derecho del socio. El accionista tiene además de varios derecho que le proporciona la sociedad, varias potestades, por lo que es necesario revisar cuáles son las características de las acciones para así establecer cuáles son los derechos y facultades que otorgan.

1. Deben ser de igual valor y confieren iguales derechos, salvo que se estipule lo contrario en el pacto social, de tal manera que existan diferencias entre los títulos que conforman el capital social. Esto debe ser entendido en el marco legal que fijan los artículos 120 y 121 del Código de Comercio:

“Artículo 120.-

La acción es el título mediante el cual se acredita y transmite la calidad de socio. Las acciones comunes -también llamadas ordinarias- otorgan idénticos derechos y representan partes iguales del capital social y deberán ser nominativas. Está prohibida la emisión de acciones sin valor. Tanto las acciones comunes como las preferentes u otros títulos patrimoniales, podrán ser emitidos en moneda nacional o extranjera.”⁵³

“Artículo 121.-

Además de las acciones comunes, la sociedad tendrá amplia facultad para autorizar y para emitir una o más clases de acciones y títulos valores, con las designaciones, preferencias, privilegios, restricciones, limitaciones y otras modalidades que se estipulen en la escritura

⁵³ Código de Comercio. Artículo 120.

social y que podrán referirse a los beneficios, al activo social, a determinados negocios de la sociedad, a las utilidades, al voto, o a cualquier otro aspecto de la actividad social.”⁵⁴

Cabe destacar el análisis que realizó la Sala Constitucional el cual derogó la restricción de suscribir el valor de las acciones sólo en colones que se disponía en el artículo 120 supra citado.

“Ahora bien, en relación con la constitución de una sociedad anónima, puede decirse que aunque para ello se exigen ciertas formalidades (por ejemplo la del artículo 105 del Código de Comercio), continúa siendo privativa en tal fundación la autonomía de la voluntad de los particulares y de interpretación restrictiva la opción de imponer obstáculos a su manifestación. Le serían atribuibles, por tanto, al impedimento de expresar el capital social en moneda distinta del colón iguales razones que las de la sentencia citada. Ciertamente es posible acudir al recurso de cancelar con moneda extranjera lo que se ha expresado en colones, sin embargo la expresión del valor de la acción de la sociedad no es intrascendental, sino que, solo por dar un ejemplo, haciéndolo en dólares los propietarios de las acciones ganan una garantía de convertibilidad de sus títulos. Es, consecuentemente, irrazonable, contrario a los artículos 45 y 46 constitucional el sujetarlos a las exigencias de los numerales 102 y 120 del Código comercial. Lo procedente, por ende, es declarar con lugar la acción, debiendo entenderse por no puestas las restricciones sobre expresión del capital social en moneda extranjera prescritas en los artículos 102 y 120 del Código de Comercio, en su texto derogado. Es decir, que el capital social de las sociedades anónimas puede expresarse tanto en moneda nacional como extranjera, sin restricción.

⁵⁴ Código de Comercio. Artículo 121.

Esta declaratoria tiene los efectos indicados en los artículos 88, 91 y 93 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional, haciendo la aclaración de que para el caso concreto del accionante, la retroactividad del efecto apuntado tiene la consecuencia de impedir al Registro Público rechazar su solicitud de inscripción del documento en que consta la constitución de la sociedad, con base en la norma impugnada. Asimismo, en caso de que desee continuar con ese trámite, el cálculo de las sumas que debe cancelar para efectuarlo deberá hacerse sobre el valor de mercado del dólar al momento de presentarse la escritura pública al Registro. Esto último, en virtud del efecto retroactivo irrestricto que esta sentencia produce a su favor.”⁵⁵

2. Son indivisibles, por lo que, si varias personas son condueñas de una o varias acciones deben nombrar un representante para que los represente en las asambleas de accionistas. Sobre esto debemos hacer la cita del artículo 123 para entender como el legislador resolvió la copropiedad de acciones:

“Las acciones son indivisibles. Cuando haya varios propietarios de una misma acción, nombrarán un representante común y si no se pusieren de acuerdo, el nombramiento será hecho por el juez competente, por los trámites de jurisdicción voluntaria. El representante común no podrá enajenar o gravar la acción, sino de acuerdo con las disposiciones del Código Civil en materia de copropiedad. Los copropietarios responderán solidariamente a la sociedad, de las obligaciones inherentes a las acciones.”⁵⁶

⁵⁵ Sala Constitucional, voto 1188 de 1999

⁵⁶ Código de Comercio. Artículo 123.

3. Las acciones solo pueden representar el capital de la sociedad, ósea la parte alícuota que representa y no servicios prestados o que se vayan a prestar. Además las acciones deben expresarse en un monto dinerario, aun si los bienes que se aportan no es dinero, debe de estimarse el bien para fijar el monto del capital social y así dividirlo en las acciones que se emitan, para que cada acción tenga un valor nominal determinado conforme al total del capital social.

Además de las características mencionadas se deben exponer los tipos de acciones que existen para lograr un mejor entendimiento de lo expuesto a este momento.

Sobre esto, cabe decir que las acciones clasifican la calidad de socio del portador dependiendo de qué tipo de acción sea, ya que representan un conjunto de derecho y obligaciones, tales como los de percibir dividendos o intereses, de votar en las asambleas, de convocarlas, de oponerse, de realizar cargos sociales, de vigilar los manejos de la sociedad, etc, todo esto dependiendo de lo que dispongan los estatutos sociales y la división accionaria propuesta por dichos estatutos. Eso sí, de ninguna manera está autorizado de excluir a poseedores de acciones comunes de participar en las ganancias de la sociedad, el marco legal de esta última estipulación se encuentra en el artículo 122 del Código de Comercio:

“No producirán ningún efecto legal las estipulaciones que excluyan a uno o más socios tenedores de acciones comunes de la participación en las ganancias.”⁵⁷

Otro tipo de clasificación de las acciones es por la manera en que pueden ser obtenidas, es decir, nominativas o al portador.

⁵⁷ Código de Comercio. Artículo 122.

En cuanto a las acciones nominativas, ya se dijo anteriormente que deben estar emitidas o endosadas a nombre del socio y a su vez ese socio debe estar registrado en el libro del registro de accionistas como poseedor de ese título que ostenta.

En cuanto a las acciones al portador, la doctrina las define como aquellas que se transmiten por la mera entrega manual, su simple tradición, sin requerir cesión ni inscripción alguna. La posesión del título basta para ejercer sus derechos tanto frente a la sociedad como a terceros.

Ahora, la legislación costarricense limitó en forma definitiva las acciones al portador con la ley número 5901 del 20 de abril de 1976 al prohibir que el capital de las sociedades anónimas esté compuesto de acciones al portador. Después, por medio de la Ley número 6450 del 15 de julio de 1980 se pone punto final a las acciones al portador en las sociedades anónimas, ya que disponía que todas las sociedades anónimas que tuvieran acciones al portador debían convertirlas en nominativas forzosamente, para lo cual se les otorgaba un plazo de un año a partir de su vigencia.

Consecuencia de esta ley se eliminó este tipo de acciones de la legislación costarricense, de las sociedades anónimas, por lo que, de una manera técnica las sociedades anónimas en realidad no logran configurar un anonimato de los accionistas completo puesto que sólo existen acciones nominativas que consignan la identidad del dueño en el título y en el libro de registro de accionistas. Esto porque se obliga a los socios que la integran a suscribir únicamente acciones con su identidad, requisito que por naturaleza es más propio de las sociedades de personas que de las sociedades de capital, que es la naturaleza original de las sociedades anónimas. Esto hace que uno de los elementos más importantes de la sociedad anónima no se aplique en nuestro medio y

hace de las acciones de las sociedades anónimas que sean más difíciles de negociar que otras sociedades anónimas de otras legislaciones.

En definitiva, las acciones son un título valor que representa una parte alícuota del capital social y que incorpora los derechos y obligaciones de los socios, relacionados con su participación en la vida social. La característica de la acción de ser un documento que expresa el estatus de socio, proviene de que es un título valor, en otras palabras, es un título que otorga a su legítimo dueño varios derechos que emanan de dicho título y no de la personalidad del socio y le transmite la calidad de socio de la entidad a la cual pertenece esa acción.

Asimismo, entre los tipos de acciones cabe destacar dos tipos que son los más cotidianos de las sociedades anónimas, las acciones comunes que son las que confieren a sus dueños igualdad de derechos de participación en el capital social y en la participación de dividendos y las acciones preferidas, que gozan de amplia facultad para autorizar una o más clases de acciones y títulos valores con las designaciones, preferencias, privilegios, restricciones, limitaciones y otras modalidades que se estipulen en la escritura social y que pueden referirse a los beneficios, al activo social, a determinados negocios de la sociedad, a las utilidades, al voto y a cualquier otro aspecto de la actividad social.

VII. La responsabilidad del accionista

El socio se convierte parte de la sociedad anónima gracias a su posesión de una o varias acciones que a su vez componen el capital social de la sociedad y es gracias a esa inclusión que es beneficiario de derechos y dividendos otorgados por la sociedad. Aun así, ser parte de la

sociedad implica que puede ser responsable por las actuaciones de la misma, por lo que resulta necesario aclarar que tan amplia puede ser dicha responsabilidad.

Nuestra legislación establece que la responsabilidad del socio en la sociedad anónima se encuentra limitada al aporte que proporcionó para formar el capital social, por lo que las sociedades anónimas tienen tanto auge en nuestro medio, para incentivar a las personas a invertir en proyectos comerciales, pero sin arriesgar todo su patrimonio personal en el negocio. Dicha definición se respalda en el Código de Comercio que dice:

“En la sociedad anónima, el capital social estará dividido en acciones y los socios sólo se obligan al pago de sus aportaciones.”⁵⁸

Sobre esto la Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia estableció lo siguiente:

“VI.- La acción social puede ser analizada como parte del capital, como derecho y como título. En cuanto al primero, el tratadista Joaquín Garrigues señala: “La acción es, ante todo, una de las partes en que se divide el capital social de la s.a. La división del capital social en acciones es requisito de constitución de la sociedad... Y como el capital social se expresa en dinero, la acción expresa al mismo tiempo una suma de dinero y una cuota parte del capital social...” (GARRIGUES (Joaquín) Curso de Derecho Mercantil, Tomo II, Reimpresión de la séptima edición, Editorial Temis, Bogotá, 1987, pp.147-148).

La acción como derecho ha sido referida por ese autor así: “... el significado primordial de la “acción”: el socio (accionista) tiene acción, es decir, tiene un derecho contra la sociedad, fundamentalmente el derecho a participar en los beneficios. La posesión de una acción

⁵⁸ Código de Comercio. Artículo 102.

atribuye a su titular el derecho de socio de la s.a “ (Op.cit., p.149). También se puede explicar “la acción” entendida como título: “La incorporación material de la acción como parte del capital y como conjunto de derechos, a un documento, título apto para circular y transmitir estos derechos, es una exigencia inexcusable del tráfico moderno y acaso haya sido la circunstancia que más eficazmente contribuyó a la expansión de la s.a ... La función que cumplen los títulos –acciones explica que la doctrina no haya vacilado en reconocer al accionista el derecho a exigir a la sociedad el título que acredita su condición de socio y le legitima para el ejercicio de los derechos corporativos ... ” (Op. cit., pp.158-159). De ahí que encontremos en términos generales el significado de “la acción” como un valor mobiliario que representa una parte proporcional del capital social de la sociedad anónima; es decir, una parte de ese capital que se documenta en un título, incorporando los derechos del socio. En ese orden de ideas, la acción es un título de propiedad y el accionista es un socio de la sociedad (sobre el particular se pueden consultar CACHÓN BLANCO (José Enrique) Derecho del Mercado de Valores, Tomo I, Editorial Dykinson S.L, 1992, Madrid, p.157 y siguientes). A la luz de lo que viene expuesto, los numerales 102 y 120 del Código de Comercio se ocupan de la acción, el primero, entendiéndola como parte del capital social y, el segundo, como título aunque siempre representativo de aquel capital. Este último dispone: “La acción es un título mediante el cual se acredita y transmite la calidad de socio. Las acciones comunes también llamadas ordinarias otorgan idénticos derechos...”. Tal y como acertadamente lo expusieron los señores jueces sentenciadores, esa norma se refiere a los atributos que la ley le otorga al titular de una acción de una sociedad anónima, considerada ésta como un título valor.”⁵⁹

⁵⁹ Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia en su resolución número 246 del 20 de abril del 2005

Es claro entonces que la regla general en las sociedades anónimas es que la responsabilidad de los socios se limita exclusivamente a su aporte en el capital social de la sociedad. Ahora, como es bien sabido, las reglas poseen sus excepciones, lo que nos obliga a exponer las siguientes dos:

- 1.) La limitación de la responsabilidad del socio se elimina si al momento de constituir la sociedad anónima se declara que el avalúo de los bienes aportados fue mayor al valor real que se aportó, sin importar si se incurrió en ese error por culpa o dolo. Esto porque se está engañando a terceras personas a pensar que el capital social de la sociedad es mayor al verdadero. Este caso es excepcionalmente grave, ya que puede prestarse para que la sociedad se endeude ante terceros por un monto mayor al que puede soportar su capital social, lo que generaría un perjuicio para las terceras personas que prestaron el dinero.

Si este caso se materializa, los socios no tendrán la protección legal de la limitación de la responsabilidad y serán solidariamente responsables con su patrimonio personal con la sociedad para pagar a las terceras personas por los daños y perjuicios que este valor irreal del aporte cause a estas personas. Asimismo, será también aplicable esta ampliación de la responsabilidad a los socios que consignen en la constitución de la sociedad que sus aportaciones las realizaron en dinero en efectivo, pero en realidad no lo entregaron para formar en capital social de la sociedad con que podrá trabajar. Esta excepción se encuentra regulada en el artículo 18 inciso 9 del Código de Comercio:

“La escritura constitutiva de toda sociedad mercantil deberá contener:

(...)

- 9) Expresión del aporte de cada socio en dinero, en bienes o en otros valores. Cuando se aporten valores que no sean dinero, deberá dárseles y consignarse la estimación

correspondiente. Si por culpa o dolo se fijare un avalúo superior al verdadero, los socios responderán solidariamente en favor de terceros por el exceso de valor asignado y por los daños y perjuicios que resultaren.

Igual responsabilidad cabrá a los socios por cuya culpa o dolo no se hicieren reales las aportaciones consignadas como hechas en efectivo;”⁶⁰

2.) La responsabilidad del socio puede ampliarse a su propio patrimonio cuando el socio posee acciones suscritas y no pagadas, entonces se establece la posibilidad legal de accionar contra el suscriptor para exigirle judicialmente el cumplimiento, que sería una ejecución forzosa, o en su defecto, pedirle al juez que tenga las acciones no pagadas como acciones no suscritas, lo cual generaría una situación donde se puede pedir una indemnización de daños y perjuicios en contra del accionista, dando así una situación donde el socio tiene que responder con su patrimonio social y no sólo con el aporte que se obligó dentro de la sociedad. Este caso se encuentra tutelado cuando se relacionan los artículos 126 y 127 del Código de Comercio.

Relacionado con la responsabilidad de los accionistas se encuentra con una situación jurídica muy particular de la legislación costarricense. La ley protege a los accionistas que logren poseer el cien por ciento del capital social de la sociedad anónima y no los obliga a transformar la naturaleza de esta figura societario, ni tampoco los obliga a liquidar la sociedad anónima. La única restricción en cuando al accionista totalitario es que no se puede constituir una sociedad solo con la comparecencia de una persona, pero si se puede que posteriormente a la constitución se transfieran todas las acciones a favor de una sola persona.

⁶⁰ Código de Comercio. Artículo 18.

Por esta razón, se podría afirmar que la legislación de Costa Rica exime de responsabilidad al accionista que posea la totalidad del capital social y no lo obliga a tomar ninguna acción para rectificar la naturaleza real de la sociedad anónima. Esto es particular, ya que en buena teoría las sociedades se constituyen por un grupo de personas y se mantienen en la vida jurídica con un grupo de personas realizando las decisiones, pero este esquema se rompe con este caso en particular. Dicha exención que otorga la ley se encuentra en el Código de Comercio que estipula lo siguiente:

“El hecho de que todas las acciones de una sociedad anónima lleguen a pertenecer a una sola persona, no es causa de disolución de la sociedad.”⁶¹

Sección B: ÓRGANOS DE LA SOCIEDAD ANÓNIMA

I. Concepto

La sociedad anónima se compone de tres órganos, los cuales logran, cada uno a su manera, estructurar la persona jurídica llamada en este caso sociedad anónima, para que logre ser eficaz en la vida jurídica.

Se debe realizar la aclaración de que dicha estructura obedece a cambios históricos que se han efectuado en la propia sociedad anónima. Esto porque la concepción clásica consideraba dicha sociedad como un contrato que funcionaba a base de derechos y deberes recíprocos derivados del mismo. La administración estaba a cargo de mandatarios nombrados por los contratantes. Los

⁶¹ Código de Comercio. Artículo 202.

socios contratantes a su vez eran los que aportaban los bienes y creaban la persona jurídica. Además, decidían sobre la modificación del contrato y como debía ser administrado.

En las primeras legislaciones o reglamentos que se emitieron para la regulación de la sociedad anónima se omitía reglamentar la asamblea de accionistas, porque sólo era una reunión de los contratantes para decretar acuerdos sobre el contrato y designar los mandatarios. Modernamente, se considera a la sociedad anónima como un organismo, con órganos legales jerarquizados. La sociedad anónima logra darle unidad a esa estructura coordinando las acciones de todos los involucrados para lograr un ser organizado. Esa coordinación se alcanza centralizando la dirección administrativa en un órgano único y haciendo depender de él los demás órganos y funcionarios. La forma como se vinculan y coordinan entre sí los diferentes órganos y funcionarios es lo que da origen a los que se llama jerarquía.

La sociedad como ente jurídico ocupa de personas físicas para actuar y son estas quienes se encuentran autorizadas por la sociedad para actuar en nombre y representación suya, lo que se ha definido como un órgano, esa relación entre la persona jurídica y la física para lograr llevar a cabo la finalidad de la primera.

Sobre esto Antonio Brunetti dice:

“Órgano de un ente dotado de propia personalidad, son aquellas personas o aquellos grupos de personas físicas que, por disposición de la ley, están autorizados a manifestar la voluntad del ente y a desarrollar la actividad jurídica necesaria para la consecución de sus fines.”⁶²

⁶² Brunetti, Antonio (1960). Tratado del Derecho de las Sociedades. Editorial Hispano-Americano. Argentina. P. 355.

Como se adelantó anteriormente, las sociedades anónimas poseen en su estructura interna tres órganos cuya creación y existencia es obligatoria, la cual es exigida a través del Código de Comercio, que establece precisamente dicha estructura tripartita.

El primero que debe ser mencionado por su importancia y orden jerárquico es el órgano de la asamblea de socios u órgano deliberativo; dicho órgano es el ente supremo de la sociedad anónima, pudiendo decidir cualquier asunto relativo a la sociedad, inclusive su disolución. La última afirmación es consagrada por el Código de Comercio al exponer:

“Las asambleas de accionistas legalmente convocadas son el órgano supremo de la sociedad y expresan la voluntad colectiva en las materias de su competencia.

Las facultades que la ley o la escritura social no atribuyan a otro órgano de la sociedad, serán de la competencia de la asamblea.”⁶³

Seguidamente, se debe mencionar al órgano de administración llamado Consejo de Administración o Junta Directiva y, por último el órgano fiscalizador, compuesto por el Fiscal o fiscales de la sociedad anónima encargados de la vigilancia y constatación de que la sociedad sea dirigida saludablemente y sin vicios.

II. Órgano Deliberativo o Asamblea de Socios

a. Definición

La asamblea es un órgano típico y necesario, que no es permanente a diferencia del órgano de administración, impuesto por ley, en nuestra legislación por el artículo 152 y siguiente del Código de Comercio. La función de este órgano es sustituir las voluntades individuales de los

⁶³ Código de Comercio. Artículo 152.

socios y unificarlas en una sola voluntad que logra convertirse posteriormente en la voluntad de la sociedad que se convierte en una declaración para el correcto funcionamiento interno y externo de la sociedad.

La asamblea se concibe como la reunión de accionistas, organizada obligatoriamente, por lo menos una vez al año, para su correcto funcionamiento en forma de colegio, de acuerdo con la ley y el estatuto de la sociedad, a fin de tratar y resolver para el bien de la sociedad sobre los asuntos que tratará en el futuro la sociedad o para revisar las acciones y decisiones pasadas. Dicha asamblea debe ser realizada bajo el orden del día, con efectos obligatorios para la sociedad y para los accionistas.

En otras palabras, las asambleas de accionistas la forman los socios reunidos y legalmente convocados para expresar la voluntad colectiva en las materias de su competencia. Es un órgano de la estructura corporativa de la sociedad, cuya existencia es esencial puesto que es el órgano supremo de toda la estructura de las sociedades anónimas.

Ahora bien, se debe tener en cuenta una realidad jurídica en cuanto a este tema. Si bien es cierto las asambleas de socios son la figura deliberativa más sobresaliente e importante de la sociedad, hoy en día, muchos socios prefieren no ir a las asambleas y después esperar el balance de las actuaciones de la sociedad, con lo cual están renunciando a ejercer sus derechos societarios, los cuales tienen mayor importancia en la realización de las asambleas. Es por eso que BRUNETTI dice:

“Si jurídicamente su importancia (de la asamblea de accionistas) es sobresaliente, prácticamente, por cuanto no hace la referencia a la modificación de su constitución, su función es preponderantemente formal y encaminada a la necesaria observancia de la ley”⁶⁴

Es decir, se debe fijar la mirada en esta situación puesto que menosprecia el poder de las asambleas de accionistas por parte de los socios pasivos de la sociedad.

Las asambleas de accionistas forman parte de la estructura de la sociedad, en el sentido de que es un órgano de manifestación o expresión de la voluntad colectiva. Asimismo, el ser órgano supremo y estar por encima de los demás, le da varias ventajas, siendo la principal el que los demás órganos deban acatar sus decisiones.

La asamblea tiene competencia para decidir sobre todos los asuntos que se refieran a la sociedad, excepto aquellos asuntos que por ley o por los estatutos hayan sido atribuidos a otros órganos. Joaquín Rodríguez Rodríguez señala en cuanto a lo expuesto lo siguiente:

“Es el órgano central que persigue toda la vida de la sociedad anónima. Sus poderes terminan allí donde comienzan las normas de carácter imperativo o los derechos crediticios (de tercero) de los accionistas, deslindando los poderes de la corporación y allí donde termina la capacidad de obrar de la sociedad anónima, como sujeto creado para un determinado fin.”⁶⁵

La asamblea la forman los mismos socios, por lo que es un requisito esencial que todos los socios posean la misma posibilidad de asistir a la asamblea, no es requisito esencial que

⁶⁴ Brunetti, Antonio (1960). Tratado del Derecho de las Sociedades. Editorial Hispano-Americano. Argentina. P. 362.

⁶⁵ Rodríguez Rodríguez, Joaquín (1959) Curso de Derecho Mercantil, Editorial Porrúa, Mexico. P.2.

comparezca la totalidad del capital social, pero si es un requisito esencial que todos los socios tengan la posibilidad de poder asistir. Esto se garantiza a través de la debida convocatoria, porque como órgano legal que es la asamblea de socios, esta requiere que se cumplan ciertas formalidades que logran asegurar la reunión de los accionistas en la forma exigida por la ley o los estatutos, de modo que la voluntad expresada en dicha asamblea sea válida ante terceros, y se pueda externalizar.

El fundamento legal de las convocatorias se encuentra en los artículos 158, 164 y 165 del Código de Comercio:

“Artículo 158.-

La asamblea deberá ser convocada en la forma y por el funcionario u organismo que se indica en la escritura social, y a falta de disposición expresa, por aviso publicado en " La Gaceta".

Se prescindirá de la convocatoria cuando, estando reunida la totalidad de los socios, acuerden celebrar asamblea y se conformen expresamente con que se prescinda de dicho trámite, lo que se hará constar en el acta que habrán de firmar todos.”⁶⁶

“Artículo 164.-

La convocatoria para asamblea se hará con la anticipación que fije la escritura social o en su defecto quince días antes de la fecha señalada para la reunión, salvo lo dicho en los artículos 159 y 161.

⁶⁶ Código de Comercio. Artículo 158.

En este plazo no se computará el día de publicación de la convocatoria, ni el de la celebración de la Asamblea. Durante este tiempo, los libros y documentos relacionados con los fines de la asamblea estarán en las oficinas de la sociedad, a disposición de los accionistas.

Si en la escritura social se hubiere subordinado el ejercicio de los derechos de participación, al depósito de los títulos de las acciones con cierta anticipación, la convocatoria se hará con un plazo que permita a los accionistas disponer por lo menos de una semana para practicar el depósito en cuestión.”⁶⁷

“Artículo 165.-

La primera y segunda convocatorias pueden hacerse simultáneamente, para oportunidades que estarán separadas, cuando menos, por el lapso de una hora.”⁶⁸

Gracias a estos requerimientos legales se garantiza que todos los socios tengan oportunidad de conocer y asistir a la asamblea, sin importar si efectivamente asisten o no, lo que importa es la publicidad de la misma.

En definitiva, se puede afirmar que una asamblea es una reunión de socios que fueron legalmente convocados para expresar la voluntad social sobre los temas que se consideró discutir en el orden del día.

b. Clases de Asambleas

⁶⁷ Código de Comercio. Artículo 164.

⁶⁸ Código de Comercio. Artículo 165.

Las asambleas de accionistas son catalogadas por la ley según su propósito, en otras palabras las asambleas pueden poseer diferentes motivos para ser celebradas y es gracias a ese propósito en particular que se logran clasificar. Cabe destacar las siguientes categorías:

a) Asambleas Generales y Especiales.

El artículo 153 del Código de Comercio establece:

“Las asambleas de accionistas son generales y especiales. Las generales podrán estar integradas por la totalidad de los socios; las especiales, sólo por socios que tengan derechos particulares; las generales son ordinarias o extraordinarias.”⁶⁹

Las asambleas generales incluyen a todos los socios de la sociedad anónima, es decir, todos los socios son invitados a participar, y Asambleas Especiales cuando sólo los accionistas de una clase de acciones.

Las asambleas especiales logran conformarse cuando los accionistas privilegiados o de distinta clase se reúnen para discutir sobre cuestiones que los afecten solamente a ellos por ser poseedores de acciones diferentes a las de los demás accionistas. Las asambleas especiales no constituyen un órgano societario, sino una forma de manifestar la voluntad de una clase o grupo de accionistas, debiendo ser convocadas en cualquier circunstancia en que una decisión pudiera llegar a afectarlas, no siendo factible hacer una enumeración taxativa de los casos en que resulta exigible esa convocatoria. Una forma para convocar estas asambleas la logra citar Sasot:

⁶⁹ Artículo 153. Código de Comercio.

“Tienen lugar cada vez que la asamblea general adopta resoluciones que afectan los derechos de una clase de acciones, de suerte que los tenedores de éstas puedan consentir o rechazar la resolución tomada por aquélla.”⁷⁰

Ahora, sobre estas resoluciones que Sasot indica que afectan a una clase de accionistas debe entenderse que debe tratarse de un verdadero derecho el que se discute reconocido por la sociedad para esa clase de accionistas y que ese derecho que se afecta sea producto de una resolución tomada por la asamblea general.

Es necesario destacar que si bien es cierto las asambleas son únicas, en el sentido que no pueden realizarse dos asambleas al mismo tiempo, pueden llegar a coexistir la asamblea general con la especial, por ejemplo, al elegir al directorio en asambleas especiales dentro de una asamblea general, igualmente cuando se presente alterar en asamblea general lo que es de competencia de la especial. Dichos tipos de asamblea logran coexistir ya que sus sujetos son diferentes, lo que no genera conflictos puesto que los accionistas actúan con diferentes condiciones en cada tipo de asamblea. Cabe destacar que en los dos tipos de asambleas los derechos de los accionistas siguen siendo inviolables.

- b) Asambleas Ordinarias y Asambleas Extraordinarias: Este tipo de asambleas son clasificadas por ley, el artículo 155 del Código de Comercio cataloga cuando se realiza una asamblea ordinaria exponiendo los siguientes casos en que se debe celebrar una asamblea ordinaria:

“Artículo 155.-

⁷⁰ Miguel A, Sasot Betes (1978). Sociedades Anónimas. Las Asambleas. Editorial Abaco. P. 49. Citado por Hugo Richard E. y Manuel Muiño O (2004). Derecho Societario. Quinta reimpresión. Buenos Aires, Argentina, Editorial Astrea. P. 472.

Se celebrará una asamblea ordinaria por lo menos una vez al año, dentro de los tres meses siguientes a la clausura del ejercicio económico, la cual deberá ocuparse, además de los asuntos incluidos en el orden del día, de los siguientes:

- a) Discutir y aprobar o improbar el informe sobre los resultados del ejercicio anual que presenten los administradores, y tomar sobre él las medidas que juzgue oportunas;
- b) Acordar en su caso la distribución de las utilidades conforme lo disponga la escritura social;
- c) En su caso, nombrar o revocar el nombramiento de los administradores y de los funcionarios que ejerzan vigilancia; y
- d) Los demás de carácter ordinario que determine la escritura social.”⁷¹

Las asambleas extraordinarias también son reguladas por el Código de Comercio en el artículo 156, el cual establece los motivos por los cuales serán convocadas estas asambleas:

“Artículo 156.-

Son asambleas extraordinarias las que se reúnan para:

- a) Modificar el pacto social;
- b) Autorizar acciones y títulos de clases no previstos en la escritura social; y
- c) Los demás asuntos que según la ley o la escritura social sean de su conocimiento.

Estas asambleas podrán reunirse en cualquier tiempo.”⁷²

⁷¹ Código de Comercio. Artículo 155.

Cabe destacar que estos dos tipos de asambleas poseen diferentes propósitos muy marcados, ya que, las asambleas ordinarias fueron creadas por el legislador con un fin de control por parte de los mismos accionistas de la gestión anual de la sociedad. Si analizamos el artículo 155 del Código de Comercio nos encontramos con el mandato legal de realizar este tipo de asambleas por lo menos una vez al año, con el fin de conocer los estados financieros de la sociedad, en cambio, las asambleas extraordinarias no poseen un mandato legal para realizarlas obligatoriamente en un periodo de tiempo determinado y eso se debe a que se enfocan en realizar cambios en la sociedad en cualquier momento. Esto le proporciona una flexibilidad a las asambleas especiales, que no poseen las ordinarias, puesto que se pueden realizar en el momento que estime conveniente los accionistas, o al contrario, no realizarlas en absoluto, a diferencia de las asambleas ordinarias que son mandatorias por estipulación legal.

Nada impide que una asamblea pueda ser ordinaria y extraordinaria al mismo tiempo, conforme los puntos del orden del día por lo cual fue convocada. Sólo se deberá tener en cuenta el quórum y mayorías necesarias para la validez de sus deliberaciones y resoluciones. Sobre esto cabe revisar los artículos 165 y 166 al establecer:

“Artículo 165.-

La primera y segunda convocatorias pueden hacerse simultáneamente, para oportunidades que estarán separadas, cuando menos, por el lapso de una hora.”

“Artículo 166.-

⁷² Código de Comercio. Artículo 156.

En una misma asamblea se podrán tratar asuntos de carácter ordinario y extraordinario, si la convocatoria así lo expresare.”⁷³

El elemento diferenciador entre estos dos tipos de asamblea es el objeto, puesto que en ambas asambleas los temas a discutir son específicos para cada asamblea, el orden del día mínimo para una asamblea ordinaria está estipulado por ley, y el orden del día de una especial está regulado solo por el órgano que la convoque lo que hace que los temas a discutir sean diferentes en ambas asambleas.

- c) Las asambleas también se pueden clasificar por el modo en que son convocadas. Por un lado hay asambleas convocadas formalmente, mediante una publicación en el diario oficial, en la cual se fija el orden del día y la fecha en que se realizará la asamblea; y por otro lado se encuentran las asambleas celebradas sin previa convocatoria formal, que únicamente se pueden dar de estar reunidos los accionistas que representen la totalidad del capital social. Estas últimas se celebran sin la publicación puesto que evidentemente todos los accionistas se encuentran presentes en ese momento, por lo que, está de más realizar la publicación; se podría decir que este tipo de asambleas son las asambleas más representativas de la voluntad de los accionistas, ya que la totalidad del capital social se encuentra presente, a diferencia de las asambleas hechas por medio de la convocatoria de estilo, donde no necesariamente asiste la totalidad del capital social.

c. Formalidades de las asambleas

Las asambleas, debido a su carácter de órgano supremo de las sociedades anónimas, deben cumplir con varios requisitos legales para evitar vicios o nulidades en la voluntad de los socios que resulte de la asamblea. Debido a la gran responsabilidad que envuelve una resolución de la

⁷³ Código de Comercio. Artículo 166.

asamblea de accionistas, la ley estimó necesario realizar unos trámites previos a su celebración con el fin de garantizar que todos los socios tuvieran los mismos derechos y oportunidades en la asamblea.

La legitimación para convocar la asamblea es de suma importancia, ya que, al ser un elemento tan importante en la organización de la sociedad, se debe procurar que las asambleas se realicen sólo cuando la situación lo amerita. Sería extenuante y hasta peligroso si las asambleas se pudieran convocar por el solo deseo de un accionista o para decidir algo insignificante de carácter meramente administrativo, lo cual le tocaría al órgano de administración y no al órgano deliberativo. Es precisamente por eso que la ley marcó las reglas de convocatoria y declaró que solo hay tres situaciones en las cuales se puede convocar a una asamblea.

- 1) Que la asamblea sea convocada por la persona designada para convocarla en los estatutos de la sociedad, a falta de claridad o por omisión en el estatuto, le corresponderá a la junta convocarla. Esto en concordancia con el artículo 158 del Código de Comercio.

“La asamblea deberá ser convocada en la forma y por el funcionario u organismo que se indica en la escritura social, y a falta de disposición expresa, por aviso publicado en " La Gaceta".

Se prescindirá de la convocatoria cuando, estando reunida la totalidad de los socios, acuerden celebrar asamblea y se conformen expresamente con que se prescinda de dicho trámite, lo que se hará constar en el acta que habrán de firmar todos.”⁷⁴

⁷⁴ Código de Comercio. Artículo 158.

2) Que la asamblea sea convocada por los accionistas que individualmente o conjuntamente posean el 25 % del capital social de la compañía, según el artículo 159 del Código de Comercio.

“El accionista o accionistas que representen por lo menos el veinticinco por ciento del capital social podrán pedir por escrito a los administradores en cualquier tiempo, la convocatoria de una asamblea de accionistas, para tratar de los asuntos que indiquen en su petición.”⁷⁵

3) Excepcionalmente uno o más socios pueden convocar a una asamblea si se está en presencia de las dos situaciones que expone el artículo 160 del Código de Comercio.

“La petición a que se refiere el artículo anterior podrá ser hecha por el titular de un sola acción, en los casos siguientes:

a) Cuando no se haya celebrado ninguna asamblea durante dos ejercicios consecutivos; y

b) Cuando las asambleas celebradas durante ese tiempo no se hayan ocupado de los asuntos que indica el artículo 155.”⁷⁶

Si en alguno de los últimos dos casos, los administradores de la sociedad se rehúsan a convocar la asamblea solicitada por los socios, éstos pueden acudir a un juez para que sea él, si lo estima correcto, el que convoque la asamblea en vez de los administradores. Tal posibilidad legal se encuentra estipulada en el artículo 161 del Código de Comercio.

Las asambleas deben ser convocadas con anticipación y por medio de aviso, a excepción de las asambleas en las cuales se prescinde del trámite de convocatoria previa por estar presente la

⁷⁵ Código de Comercio. Artículo 159.

⁷⁶ Código de Comercio. Artículo 160.

totalidad del capital social. También debe indicarse en el aviso de ley el orden del día, es decir, qué es lo que se va a tratar en la asamblea, para que los socios sepan de antemano sobre qué tienen que decidir, esto con el fin de evitar sorpresas o indefensión.

Dicho orden del día también debe ser respetado dentro de la asamblea, la cual impone sus decisiones dentro del mismo, no valiendo como acuerdos societarios los que se aparten del orden del día, dado que un acuerdo tomado en esas circunstancias los puede convertir en acuerdos nulos. Eso sí, a esta regla queda hecha la salvedad que si se encuentra presente la totalidad del capital social en la asamblea, entonces si se puede modificar el orden del día en ese momento, si la decisión de modificarlo es unánime por la totalidad del capital social.

Cabe destacar lo que expuso la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia sobre esto:

“IV.- No obstante lo dicho, a mayor abundamiento de razones, conviene agregar que el Tribunal mantuvo la nulidad decretada por el a-quo, del acuerdo que reformó la cláusula novena de los estatutos de la sociedad codemandada, pero por motivos diferentes. Esto porque estimó que la respectiva convocatoria a la asamblea general extraordinaria no incluyó, en su agenda, la modificación de esa cláusula, en cuyo caso existe un vicio de nulidad absoluta, de conformidad con lo establecido en los artículos 153, 154, 156 y 158, en relación con los ordinales 163 y 176, todos del Código de Comercio. Esa decisión es acertada, pues, ciertamente, el aviso de convocatoria a la asamblea se restringió a establecer el propósito del Presidente de la Junta Directiva, de reformar dos cláusulas específicas del pacto constitutivo: la quinta y la séptima. De esta manera, los socios convocados adquirieron plena certeza de lo que se conocería en la asamblea, en punto a la propuesta de reforma de los estatutos sociales y; no hubo siquiera referencia a la disposición novena, como para

aceptar que, en forma sorpresiva, la asamblea dispusiera también su cambio. Así las cosas, con todo y establecer el aviso, luego de la referencia a la variación de aquellas dos estipulaciones sociales, la posibilidad de conocer de “otros puntos que los socios sometan a consideración de la asamblea”, no puede aceptarse, bajo ese pretexto, que dicho órgano tenga facultades irrestrictas de incluir en agenda la variación de otras cláusulas, distintas a las que fueron, de previo, contempladas en ella. De aceptar esa tesis, como lo propugna el recurrente, poco o nada valdría el aviso de convocatoria, cuando concreta los puntos a tratar en la asamblea, en particular, la reforma sólo a esas dos cláusulas, creando, con el cambio de agenda, un estado de inseguridad en los convocados, tanto respecto a quienes deciden no asistir, por estimar que las cuestiones a tratar no les afectan, cuanto de los que acceden al llamado de convocatoria para conocer, precisamente, aquellos aspectos puntuales por los cuales fueron citados. Es definitivo, por otra parte, que el actor encuentra perjuicio con el cambio operado en la cláusula novena, en cuyo supuesto, debió haber sido enterado de ese propósito, con la debida antelación a celebrarse la asamblea general extraordinaria, para que decidiera, según sus intereses, asistir o no. En consecuencia, bien se ha resuelto al decretar la nulidad de ese acuerdo.”⁷⁷

Asimismo, dicha Sala determinó el propósito del orden del día, creado para darle un tiempo prudencial al socio para saber qué es lo que se va a decidir en la asamblea convocada.

”III.- La convocatoria a asamblea de accionistas, consiste en el llamado o la cita a los socios para que concurran a un determinado lugar, en un día y hora previamente señalados para conocer asuntos relacionados con el ente societario. Respecto a la forma que debe revestir

⁷⁷ Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia en su voto número 328 del 11 de junio del 2003

ese acto, el precepto 158 del Código de Comercio establece: “La asamblea deberá ser convocada en la forma y por el funcionario u organismo que se indica en la escritura social, y a falta de disposición expresa, por aviso publicado en " La Gaceta". Se prescindirá de la convocatoria cuando, estando reunida la totalidad de los socios, acuerden celebrar asamblea y se conformen expresamente con que se prescinda de dicho trámite, lo que se hará constar en el acta que habrán de firmar todos.” (La negrita no es del original). En este caso, la escritura social no contempla ninguna disposición sobre la forma en que debe realizarse la convocatoria, por ende, se efectuó mediante aviso publicado en La Gaceta número 14 del 23 de julio de 1996, tal como lo autoriza la norma transcrita. Sin embargo, el contenido de ese aviso suscita la controversia, en tanto los juzgadores de ambas instancias estimaron que los acuerdos que modificaron el pacto social en sus cláusulas quinta y sexta, son nulos porque esos puntos no fueron especificados en la convocatoria. Combate el recurrente ese argumento, estableciendo que la convocatoria y el orden del día son dos actos distintos, y que si existe especificidad en el anuncio, pues se indicó en el apartado “2. La modificación del pacto social.” Efectivamente, se trata de dos conceptos distintos, tal como lo afirma el casacionista y como lo estableció expresamente el Tribunal, por lo tanto cualquier discusión en torno a ese extremo resulta innecesaria. Ahora bien, lo medular es el nexo o ligamen existente entre estos dos actos. La convocatoria, como ya se dijo, consiste en el llamado que se hace a los socios para que concurran a una asamblea, en un lugar y fecha predeterminados donde deben indicarse los aspectos a tratar. Por otra parte, el orden del día estriba en los temas o agenda, es decir, el programa de los asuntos que han de ser tratados en la sesión, o más concretamente como lo establece el numeral 163 del Código de Comercio, “El orden del día deberá contener la relación de los asuntos que serán sometidos a la

discusión y aprobación de la asamblea, y será redactados por quien haga la convocatoria...”

Indefectiblemente, en esa invitación deben mencionarse los asuntos que han de ser tratados, pues los socios requieren estar informados de ellos a efectos de decidir sobre su asistencia, informarse para la discusión y la emisión de su voto, lo cual conlleva a la necesidad de que la convocatoria sea clara, concreta y completa. Tales requerimientos impiden aceptar las vagas referencias “1. Todo lo relacionado con el artículo 155 del Código de Comercio. 2. Modificación del pacto social,” ya que no revelan a los socios las cuestiones puntuales a conocerse en la asamblea; y autorizaría la inclusión en la agenda de cualquier cambio al pacto social, impidiéndoles la posibilidad de instruirse sobre aquellos aspectos que resulten de su interés, perdiendo el sentido del aviso de convocatoria cuando se refiere a los puntos a tratar en la asamblea. Debe indicarse que contrario a su dicho, no se indicó en esa invitación que se iba a discutir, proponer o acordar estrategias y acciones para reactivar económicamente la sociedad, para cumplir su fin turístico. Evidentemente, el actor encuentra perjuicio en los cambios introducidos al pacto social, por lo que debió ser enterado de tal intención, para que decidiera, de acuerdo a sus intereses, el asistir o no. Así las cosas, bien se ha resuelto al decretar la nulidad de ese acuerdo de conformidad a lo dispuesto en el artículo 176 inciso b) del Código de Comercio.”⁷⁸

Es menester mencionar que las personas que están facultadas para convocar a la celebración de una asamblea o de solicitarle al consejo de administración celebrar una asamblea se encuentran asimismo facultadas para establecer los puntos a tratar en el orden del día, esto según el artículo 163 del Código de Comercio.

⁷⁸ Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia. Voto número 682 del 20 de septiembre del 2006

Un requisito esencial para poder celebrar una asamblea por medio de convocatoria previa es que el plazo entre la publicación del aviso y de la celebración de la asamblea contenga un espacio razonable para que los socios tengan tiempo suficiente para planificar su participación en la asamblea y además se puedan informar con anticipación de los temas a tratar para estudiarlos y tener una mejor percepción de los mismos. Es por eso que el artículo 164 del Código de Comercio señala que en los estatutos de la sociedad debe contar con una norma que indique los días que deben pasar entre el aviso de publicación y la celebración de la asamblea. A falta de disposición al respecto se deberán dejar pasar quince días entre la publicación y la celebración, eso sí, sin contar en ese plazo ninguno de esos dos días.

Este mismo artículo señala que durante ese tiempo entre la publicación del aviso y la celebración de la asamblea todos los documentos y libros de la sociedad que tengan relación con el orden del día a tratar en la asamblea deberán ponerse a la orden de la oficina de la sociedad para que los accionistas puedan revisarlos, con el fin de conocer más sobre lo que se tratará en la asamblea.

Asimismo, se debe tener en consideración que el lugar donde se realice la asamblea deberá ser establecido en los estatutos de la sociedad, de lo contrario se entenderá que el domicilio legal de la sociedad es el lugar correcto para celebrar las asambleas. Además, en el pacto social se puede fijar si las asambleas de accionistas se pueden realizar fuera o dentro del país. Todo esto según el artículo 162 del Código de Comercio.

Como se dijo antes, las asambleas de accionistas son las reuniones de aquellos para emitir la voluntad colectiva, de modo que la sociedad, como ente jurídicamente independiente, actúe según esa voluntad. Por ello es de suma importancia que exista el quórum debido, para poder hacer vinculante este mandato del órgano supremo de la sociedad. No puede decirse que una

asamblea se realizó exitosamente si el quórum de ley no se alcanzó. Sobre esto cabe destacar tres situaciones:

- 1.) En las asambleas que se realizan sin previa convocatoria el quórum tiene que ser la totalidad de los socios con derecho a voto, de otra manera sería completamente nulos los acuerdos tomados por dicha asamblea.
- 2.) En las asambleas ordinarias debe de estar presente la mitad más uno, es decir, mayoría simple, de los socios en la primera convocatoria para que se considere válida la asamblea. Si con la primera convocatoria no se logra llegar a ese número entonces se puede realizar una segunda convocatoria una hora después de la primera convocatoria y la asamblea se realizará con el número de accionistas que estén presentes. El fundamento legal de esto se encuentra en los artículos del Código de Comercio.

“Artículo 169.-

Para que una asamblea ordinaria se considere legalmente reunida en primera convocatoria, deberá estar representada en ella, por lo menos la mitad de las acciones con derecho a voto, y las resoluciones sólo serán válidas cuando se tomen por más de la mitad de los votos presentes.”⁷⁹

“Artículo 171.-

⁷⁹ Código de Comercio. Artículo 169.

Si la asamblea ordinaria o extraordinaria se reuniere en segunda convocatoria, se constituirá válidamente cualquiera que sea el número de acciones representadas, y las resoluciones habrán de tomarse por más de la mitad de los votos presentes.”⁸⁰

3.) Por último, las asambleas extraordinarias, salvo pacto en contrario que fijen los estatutos de la sociedad, deben serán legalmente válidas si se presentan en primera convocatoria por lo menos tres cuartos de la totalidad de los socios, y si no se logra esa suma, se puede realizar la asamblea en segunda convocatoria una hora después y se realizará con los socios presentes. El artículo 170 del Código de Comercio regula dicha convocatoria.

“Salvo que en la escritura social se fije una mayoría más elevada, en las asambleas extraordinarias deberán estar representadas, para que se consideren legalmente reunidas en primera convocatoria, por lo menos las tres cuartas partes de las acciones con derecho a voto; y las resoluciones se tomarán válidamente por el voto de las que representen más de la mitad de la totalidad de ellas.”⁸¹

Una formalidad de todas las asambleas, ya sean ordinarias o extraordinarias, con o sin previa convocatoria, es que deben poseer un moderador, una persona que guíe el desarrollo de la asamblea. Ahora, esta persona, por disposición legal, debe ser el Presidente de la Junta Directiva, salvo pacto en contrario en la escritura social, el cual posee facultades moderadoras. Se trata de la persona que toma en nombre de la sociedad la conducción del proceso asambleario, asumiendo la responsabilidad de asegurar su formal constitución, su adecuada deliberación y de proclamar y procurar que se asiente en actas los resultados de las votaciones realizadas en la

⁸⁰ Código de Comercio. Artículo 171.

⁸¹ Código de Comercio. Artículo 170.

asamblea. Ahora, si el Presidente no se encuentra presente no por eso se va a cancelar la asamblea, sino que, los accionistas presentes pueden designar a otra persona presente para que sea el moderador de la asamblea.

Esta disposición legal en la cual se estima conveniente que sea el Presidente, o el designado por los accionistas a falta del Presidente, quién conduzca el buen funcionamiento de la asamblea, se encuentra plasmado en el artículo 168 del Código de Comercio.

“Salvo estipulación contraria de la escritura social, las asambleas ordinarias o extraordinarias serán presididas por el presidente del consejo de administración; y a falta de éste, por quien designen los accionistas presentes; actuará como secretario el del consejo de administración, y en su defecto, los accionistas presentes elegirán uno ad hoc.”⁸²

Otra formalidad importante para la validez de las asambleas es la exigencia del debido asentamiento y firma de las respectivas actas, ya que es en ellas donde se consigna el resultado de las decisiones tomadas, para que los demás socios que no participaron en ellas se den por enterados de las decisiones tomadas.

El acta debe, por lo menos, resumir las manifestaciones hechas en las deliberaciones, las formas de las votaciones y los resultados de sus decisiones en forma detallada. Este resumen de la asamblea no puede ser alterado de ninguna manera, puesto que es la constancia de lo que sucedió en la misma. Asimismo, es sumamente importante que en el detalle de las votaciones se consigne quien se abstuvo de votar o votó negativamente sobre un tema que logró alcanzar mayoría, esto para que después el socio pueda tener el derecho de receso. Además, el acta debe ser autorizada por el Presidente y Secretario de la sociedad para garantizar la autenticidad de la información

⁸² Código de Comercio. Artículo 168.

consignada en el acta para garantizar eventuales reclamos por lo acordado en la asamblea. Lo último lo regula el artículo 174 del Código de Comercio exponiendo:

“Las actas de las asambleas de accionistas se asentarán en el libro respectivo y deberán ser firmadas por el presidente y el secretario de la asamblea. De cada asamblea se formará un expediente con copia del acta, con los documentos que justifiquen la legalidad de las convocatorias y aquellos en que se hubieren hecho constar las representaciones acreditadas.”⁸³

Para constatar si efectivamente la persona que participa en una asamblea es socia o no es necesario verificar su inscripción en el registro de accionistas de la sociedad, lo anterior en el caso de las acciones nominativas. Cabe recordar que, por disposición legal ya no existen acciones al portador, por lo tanto, todos los socios deben encontrarse inscritos en el libro de registro de accionistas para que puedan participar en las asambleas. La legislación costarricense limitó en forma definitiva las acciones al portador con la ley número 5901 del 20 de abril de 1976 al prohibir que el capital de las sociedades anónimas esté compuesto de acciones al portador. Después, por medio de la Ley número 6450 del 15 de julio de 1980 se pone punto final a las acciones al portador en las sociedades anónimas, ya que disponía que todas las sociedades anónimas que tuvieran acciones al portador debían convertirlas en nominativas forzosamente, para lo cual se les otorgaba un plazo de un año a partir de su vigencia.

d. Derechos de los accionistas en las asambleas

Las asambleas de accionistas como lo hemos expuesto son el órgano supremo de la sociedad anónima, pero además son el lugar indicado para que muchos derechos del accionista sean

⁸³ Código de Comercio. Artículo 174.

ejercitados, por lo cual, es de suma importancia que los socios los conozcan para poder utilizarlos en el momento oportuno.

Cabe destacar primero cuáles son los derechos de los accionistas en general, para posteriormente mencionar cuáles se pueden ejercer en las asambleas. Este aspecto es de vital importancia en el desarrollo del este trabajo investigativo, por lo que cabe aclarar que, de momento, lo que se va a hacer es una breve mención de los principales aspectos relacionados con los derechos de los accionistas, para luego profundizar los principales puntos con más detalle.

Los derechos de los accionistas se pueden catalogar como derechos de clase, individuales inderogables, y de minoría.

- a) Los derechos de una clase, categoría o grupo de acciones, diferentes a los generales, que no pueden ser alterados sino por lo resuelto por una asamblea especial de los accionistas involucrados. En otras palabras, son los derechos que posee el accionista por poseer acciones privilegiadas o de clase. Un claro ejemplo de estos derechos es el derecho a participar en las asambleas especiales que se realicen en las cuales es requisito necesario para participar poseer acciones de esa clase o privilegio.
- b) Los derechos individuales inderogables, son los que se le proporcionan al accionista para defender sus intereses en la sociedad y que puede ejercer individualmente ante la sociedad.
Dichos derechos son:
 - 1) Negociabilidad de las acciones y el derecho al dividendo.
 - 2) De impugnar los estados contables.

- 3) De recibir preventivamente la documentación contable (que proporciona el derecho de información)
 - 4) Derecho a la cuota de participación.
 - 5) Derecho de voto.
 - 6) El derecho de votar acumulativamente.
 - 7) El derecho de intervenir en la administración eligiendo al directorio, consejo y comisión fiscalizadora.
 - 8) El derecho a ejercitar el receso, cuando se altera el contrato.
 - 9) El derecho a impugnar resoluciones, de directorio o de asamblea.
 - 10) El derecho de suscripción preferente.
 - 11) El derecho de acrecer.
 - 12) El derecho de acceder directamente a la información de no encontrarse organizada la sindicatura.
- c) Los derechos de minoría: de cuestionar de responsabilidad a los directores, de no aceptar que se los exima de responsabilidad, de pedir investigaciones, de pedir información, de pedir convocatoria de asamblea, de pedir control público.

La gran mayoría de estos derechos pueden ser ejercitados en las asambleas de accionistas, como por ejemplo el derecho de información, el derecho del voto, el derecho de receso y el derecho de solicitar la nulidad de un acuerdo. El derecho de información se desarrollará más adelante, y derecho de voto se expondrá a continuación.

1. Derecho de voto

*El derecho de voto es un derecho individual inderogable, sea como derecho social administrativo, de intervención en la administración y gobierno de la sociedad o de consecución administrativa o instrumental.*⁸⁴ Es el artículo 139 del Código de Comercio que establece que el derecho de voto no se puede renunciar, al establecer que todas las acciones de la sociedad anónima tienen voto y que dicho derecho no se puede renunciar o remover por acuerdo o por cláusula en el pacto social. Por ende, se entiende perfectamente que todos los accionistas, puesto que son los titulares de las acciones, tienen un derecho de voto irrenunciable. Es a través de este derecho como logran emitir su voluntad individual para lograr en grupo colegiado llegar a crear una voluntad colectiva representativa del capital social y obligatoria para todos los socios. Asimismo, la legislación da un paso más allá al prohibir emitir acciones que otorguen la posibilidad de votar varias veces, ya que esto sería incongruente con el derecho de participación de todos los socios en la toma de decisiones de la sociedad. Es menester exponer lo que dice el artículo anteriormente citado.

“Cada acción común tendrá derecho a un voto. En el acto constitutivo no podrán establecerse restricciones totales o parciales a ese derecho, sino respecto de acciones que tengan privilegios en cuanto a la repartición de utilidades o reembolso de la cuota de liquidación, pero no podrá limitárseles a éstas el derecho de voto en asambleas extraordinarias, ni en lo referido en el artículo 147.

⁸⁴ Richard, Efrain H. (1970). Derechos patrimoniales de los accionistas, en las sociedades anónimas. Córdoba. Lerner. P. 470.

Se prohíbe la emisión de acciones de voto plural.”⁸⁵

2. Derecho de Receso

El derecho de receso es un derecho individual de todos los accionistas, de carácter inderogable, y consiste en la facultad conferida por la ley a los accionistas disconformes al tratarse ciertos asuntos de importancia trascendente para la sociedad, de retirarse de ella, mediante su declaración unilateral e inequívoca de voluntad, con reembolso del valor de sus acciones. Es por medio de este ejercicio que se respeta la voluntad de la sociedad en modificar su pacto social y a la vez se respeta la libertad del socio que no comparte dichas modificaciones, de separarse de la sociedad, es decir, esta regla lo que busca es la armonía entre la sociedad y el socio respetando la libertad de escogencia de ambos.

El derecho de receso no puede ser solicitado por cualquier socio ni por cualquier razón, sino que, sólo puede ser utilizado por el socio disidente, es decir, el socio que se opuso o votó negativamente un acuerdo trascendental para la sociedad y fue parte de la minoría. Entonces se puede decir que el derecho de receso debe cumplir con ciertos requisitos, el socio debió votar en contra del acuerdo y ese acuerdo tiene que ser aprobado por la mayoría y el socio que votó en contra se encuentra dentro de la minoría. Existe una situación gris en el derecho de receso, que es si el socio que solicita el derecho se encontraba ausente en el momento de la realización de la asamblea y aprobación del acuerdo. En ese caso, el socio no se opuso al acuerdo, pero tampoco

⁸⁵ Código de Comercio. Artículo 139.

se declaró conforme al mismo, por lo que la doctrina ha escogido darle el beneficio de la duda, por lo que, es aceptado que un socio ausente pueda solicitar el derecho de receso.⁸⁶

Además el derecho de receso sólo se puede aplicar para los socios disidentes que se opusieron a acuerdos específicos que van dirigidos a cambiar de forma importante el funcionamiento de la sociedad. Esos acuerdos son los que prorroguen el plazo social, trasladen el domicilio social al extranjero, transformen la sociedad o la fusionen. Además se puede solicitar el derecho de receso si la sociedad, a pesar de tener utilidades durante dos períodos consecutivos, no repartió en efectivo cuando menos el diez por ciento en dividendos, en cada período o si ha cambiado el giro de su actividad de modo que le cause perjuicio. Se debe tener claro que en los dos últimos casos es necesario solicitar este derecho un año antes de que acontecieran las situaciones, sino, el derecho caduca. El fundamento legal de lo expuesto se encuentra en el artículo 32 bis del Código de Comercio.

“Los socios disidentes de los acuerdos de prórroga del plazo social, traslado del domicilio social al extranjero y transformación y fusión que generen 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 cinco días siguientes a la inscripción del acuerdo en el Registro Mercantil.

⁸⁶ Hugo Richard E. y Manuel Muiño O (2004). Derecho Societario. Quinta reimpresión. Buenos Aires, Argentina, Editorial Astrea. P. 496.

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

- a) Que la sociedad, a pesar de tener utilidades durante dos períodos consecutivos, no repartió en efectivo cuando menos el diez por ciento (10%) en dividendos, en cada período.
- 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 efectivo.

Es nulo cualquier pacto que tienda a entorpecer, limitar o excluir el derecho de receso.”⁸⁷

El derecho de receso es un derecho primordial para el accionista, por lo que, es importante destacar lo que ha dicho la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia en cuanto a este derecho y como lo definió en su voto número 805-F-2006 del 20 de octubre del 2006 diciendo:

“III.- La incorporación del receso en el Ordenamiento Jurídico costarricense se produjo con la Ley no. 7201 de 10 de octubre de 1990, Ley Reguladora del Mercado de Valores. Dicha normativa adicionó al Código de Comercio, entre otros, el numeral 32 bis, el cual contempla los supuestos y condiciones para el ejercicio de ese derecho: “Los socios disidentes de los acuerdos de prórroga del plazo social, traslado del domicilio social al extranjero y transformación y fusión que generen un aumento de su responsabilidad, tienen

⁸⁷ Código de Comercio. Artículo 32 bis.

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 cinco 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 períodos consecutivos, no repartió en efectivo cuando menos el diez por ciento (10%) en dividendos, en cada período. 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 efectivo. Es nulo cualquier pacto que tienda a entorpecer, limitar o excluir el derecho de receso.

IV.- En doctrina, se entiende por derecho de receso 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. 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 modificatorio. Es, pues, un punto de conciliación en el enfrentamiento de intereses corporativos y personales.”

88

3. Derecho de solicitud de nulidad de acuerdos

Como se dijo anteriormente las resoluciones asamblearias realizadas conforme a la ley y el pacto constitutivo se tornan obligatorias para los accionistas y de cumplimiento obligatorio para los directores. Por lo tanto, una futura impugnación de dichas resoluciones sólo se puede realizar si existió una violación a la ley o a los estatutos del pacto social, ofreciendo la ley un instrumento adecuado para limitar a las asambleas a no sobrepasarse en su actuación ni a los límites de sus facultades legales.

Dentro de este concepto de impugnación se debe entender anulable la decisión que por omisión o por acción voluntaria implique un marcado alejamiento del objeto social o cree una imposibilidad de cumplirlo.⁸⁹ Las nulidades de acuerdos tomados por asambleas son una materia sensible pues se trata de anular la voluntad de los socios mayoritarios, pero si se logra demostrar que hubo un vicio en el consentimiento o en la forma de otorgar el acuerdo, lo correcto es anularlo.

Existen muchas razones por las cuales los acuerdos se pueden anular, pero es necesario indicar las siguientes, entendiendo que de ninguna manera es una lista taxativa de vicios que se pueden dar:

⁸⁸ Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia. Voto número 805-F-2006 del 20 de octubre del 2006.

⁸⁹ Richard, Efraín H. y Romero, Ignacio (1983). Manual de derecho societario. Astrea. P. 501.

1. Existencia de vicios formales o de procedimiento:
 - a. En la convocatoria.
 - b. En actos a realizarse entre la convocatoria y la reunión.
 - c. En la constitución del acto y en la reunión de los socios, o sea de actos que afectan la existencia del mismo órgano.
 - d. En la deliberación.
 - e. En la votación y en la proclamación de los resultados.
 - f. En la confección del acta.
2. Existencia de vicios de fondo:
 - a. Por falta de capacidad de la sociedad.
 - b. Por falta de competencia de la asamblea.
 - c. Por vicios en los votos decisivos.
 - d. Por la ilicitud del contenido de la resolución.

Asimismo, es necesario determinar en cada caso si se trata de una nulidad absoluta o una nulidad relativa, ya que dicha diferenciación cobra fuerza con respecto a los titulares que realizaron el acto. Las nulidades absolutas se refieren a decisiones que contravengan disposiciones de orden público, o afecten derechos inderogables de los accionistas, y nulidad relativa en los demás casos.

Es necesario explicar cómo se entienden la nulidad absoluta y relativa y sus diferencias, para lo cual se debe citar lo siguiente del Tribunal Segundo Civil de San José:

“Los vicios productores de nulidad más o menos graves según su condición y los actos en que puedan ocurrir, se distinguen dos categorías: absolutas y relativas. Nulidad Absoluta es aquella que se produce: a) cuando en los actos o contratos se falta a alguna de las condiciones esenciales para su formación o para su existencia; b) cuando falta algún requisito o formalidad que la ley exige para el valor de ciertos actos o contratos en consideración a la naturaleza del acto o contrato en sí mismo y no a la calidad o estado de la persona que en ellos interviene; y c) cuando se ejecutan o celebran por personas absolutamente incapaces. En las condiciones esenciales para la formación o existencia de un acto jurídico o de un contrato, se comprenden todas aquellas que el derecho preceptúa como absolutamente necesarias para la validez de las obligaciones en general, a saber: capacidad de parte de quien se obliga; objeto o cosa cierta y posible que sirva de materia a la obligación; y causa justa...También figura como condición indispensable en los actos o contratos, el consentimiento de la parte o partes otorgantes...Las formalidades o requisitos esenciales...son los que las leyes suelen establecer de modo especial como de todo punto necesarios para la validez de ciertos actos o contratos, atendiendo exclusivamente a la naturaleza de éstos y para mejor garantizar su legitimidad...Nulidad relativa es la que sobreviene en los actos o contratos: a) cuando alguna de las condiciones esenciales para su formación o para su existencia es imperfecta o irregular; b) cuando faltan algunos requisitos o formalidades que la ley exige teniendo en mira el exclusivo y particular interés de las partes; y c) cuando se ejecutan o celebran por personas relativamente incapaces...Como medios de protección para las partes contra posibles lesiones a sus derechos, suele establecer

el legislador formas y requisitos a que deben ajustarse las operaciones contractuales o los actos jurídicos que se verifiquen. Esto mira únicamente a los derechos privados, a lo que no tiene carácter trascendente al orden público o a los intereses generales; de modo que como asunto de condición particular al individuo, la inobservancia, en un caso dado, de la forma o ritualidad prescrita, sólo tiene importancia secundaria, que si bien suficiente para ocasionar la nulidad si fuere reclamada, no la produce de pleno derecho, y es convalidable . Así, la falta de notificación de una demanda ordinaria, entraña nulidad de las actuaciones posteriores; con todo, si el demandado, lejos de reclamar la nulidad consintiere expresa o tácitamente en tener por buenos los procedimientos, el defecto desaparece. La incapacidad relativa tampoco produce nulidad irremediable: afecta sí, la validez del acto, pero de manera atenuada. El vicio, como en los casos anteriores, es posible desaparezca por convalidación...La nulidad absoluta y la relativa difieren en los siguientes puntos: La obligación viciada con nulidad absoluta nunca, para la ley, ni por un momento, ha tenido existencia; nada puede convalidarla, ningunos efectos producir en favor o en contra de persona alguna; la viciada con nulidad relativa tiene, por el contrario, efectividad legal mientras la rescisión no se produzca; de tal modo, que nada impediría que en ese estado fuera susceptible de novación; y es convalidable expresa o tácitamente por quien tuviere derecho a demandar la rescisión...Otra diferencia entre ambas nulidades se nota con relación a la mayor o menor facilidad que se concede para la declaratoria: la absoluta es declarable de oficio o a instancia de cualquiera que tenga algún interés respecto al asunto; no así la relativa, pues en cuanto a ella nunca el juzgador está autorizado para pronunciarla por su propia determinación, y únicamente puede ser reclamada por el perjudicado, su representante, o por quien o quienes le sucedan en su derecho como herederos...” (Tratado

de las Obligaciones. Alberto Brenes Córdoba. Ediciones Juricentro S.A. Quinta Edición, 1977, San José, Costa Rica, Págs. 191 a 199). (El subrayado no es del original).”⁹⁰

La legitimidad de la persona que solicita la nulidad es de suma importancia, ya que debe quedar claro a quien le corresponde solicitarla. En nuestra legislación se entiende que dicha potestad recae en cualquier socio que la denuncie, y no existe restricción alguna para que cualquier socio pueda solicitar la acción de nulidad de una actuación de la sociedad. En este sentido es claro el Código de Comercio al disponer que:

“Los accionistas, de cualquier clase que sean, tendrán los mismos derechos para los efectos del ejercicio de las acciones de nulidad.”⁹¹

Además deben tenerse presentes los artículos que establecen las circunstancias en las que se entiende que habrá nulidad de los acuerdos tomados, y por ende, los casos en que surge la legitimación activa de los socios para ejercer su derecho a solicitar la impugnación de tales acuerdos. Así, el Código de Comercio establece que:

“Serán nulos los acuerdos de las asambleas:

- a) Cuando la sociedad no tuviere capacidad legal para adoptarlos;
- b) Cuando se tomaren con infracción de lo dispuesto en este capítulo; y
- c) Cuando fueren incompatibles con la naturaleza de la sociedad anónima, o violaren disposiciones dictadas para la protección de los acreedores de la sociedad o en atención al interés público.”⁹²

⁹⁰ Sentencia 275-2007 del Tribunal Segundo Civil Sección I de San José.

⁹¹ Código de Comercio, Artículo 180.

“Los socios podrán también pedir la nulidad de los acuerdos no comprendidos en el artículo 176, llenando los siguientes requisitos:

a) Que la demanda señale la cláusula de la escritura social o el precepto legal infringido y en qué consiste la violación;

b) Que el socio o los socios demandantes no hayan concurrido a la asamblea o hayan dado su voto en contra de la resolución; y

c) Que la demanda se presente dentro del mes siguiente a la fecha de clausura de la asamblea.”⁹³

Los anteriores artículos fijan claramente cuando los socios están autorizados a solicitar una nulidad. Debemos recordar que ningún derecho tiene poderes ilimitados sobre otros, y este caso no es la excepción, ya que, para solicitar la nulidad se tienen que dar las circunstancias y requisitos expuestos anteriormente para considerar legalmente la posibilidad de anular una asamblea o acuerdo tomado en la misma. Basados en el anterior concepto, el derecho para solicitar la nulidad por parte del socio tiene un plazo de prescripción, el cual es de un año contado desde la fecha en que se adoptó el acuerdo o de su inscripción en el Registro Mercantil, si esta inscripción fuere necesaria para la asamblea. Sobre esto, el Tribunal Segundo Civil Sección Segunda en su resolución número 59 del 8 de febrero del 2001 explicó:

"En este proceso se pretende que se declare la nulidad de varios acuerdos tomados en dos asambleas de socios, nulidad que encaja dentro de los supuestos que establece el artículo

⁹² Código de Comercio. Artículo 176.

⁹³ Código de Comercio. Artículo 178.

176 del Código de Comercio. La acción para reclamar esa nulidad está sujeta a un plazo de prescripción de un año, según lo estipulado en el artículo 177 del mismo cuerpo legal, el cual comienza a correr a partir de la fecha en que se tomó el acuerdo o de su inscripción en el Registro Mercantil, en los casos en que la inscripción sea necesaria. Ese es un plazo de prescripción, como quedó establecido en la resolución dictada por el a- quo y no de caducidad como lo interpreta la recurrente. Al resolver la excepción previa de prescripción, el señor juez aplicó los mencionados artículos y concluyó que el plazo prescriptivo fue interrumpido. La parte demandada se conformó con esa resolución puesto que no apeló de lo resuelto con respecto a dicha excepción previa. La sociedad accionada opuso esas excepciones bajo un mismo fundamento utilizando ambos términos como sinónimos y así se indicó en la resolución que se examina. Sin embargo, por medio del presente recurso pretende que se modifique lo resuelto con respecto a la caducidad, lo cual resulta improcedente porque la pretensión que aquí se discute está sujeta a un plazo de prescripción y no de caducidad. La norma del artículo 177 del Código de Comercio en forma expresa establece que se trata de un plazo de prescripción de manera que no existe fundamento legal alguno para interpretar que se trata de un plazo de caducidad. La Sala Primera de la Corte, en resolución N ° 43 de las catorce horas cuarenta minutos del veintiocho de mayo de mil novecientos noventa y siete, al resolver un caso similar estableció que " queda claro que el artículo (se refiere al 177 del Código de Comercio) lo que establece es que transcurrido un año, contado desde la fecha en que se adoptó el acuerdo o de su inscripción en el Registro Mercantil, si ésta fuere necesaria, se extingue la acción y no el derecho, característica ésta propia de la prescripción, no de la caducidad. Al sentido de las palabras, en el proceso de interpretación judicial, le corresponde cumplir dos funciones: constituye el punto de partida

de la interpretación y al mismo tiempo establece el límite para esta actividad. Una interpretación que no quepa dentro del campo del sentido posible de las palabras, ya no es interpretación, sino una transformación del sentido de la ley, que implicaría el ejercicio de poderes legislativos por parte del Juez, que obviamente no posee. No podemos interpretar, en el caso concreto, que el plazo contenido en el artículo 177 es de caducidad y no de prescripción, y definir que el legislador quiso decir "caducará" en vez de "prescribirá", por cuanto del análisis del texto en su conjunto, se infiere que lo que quiso el legislador normar fue el ejercicio de la acción y no el derecho propiamente...En virtud de que los efectos de la caducidad extinguen no sólo la acción, sino el derecho implicado, por interpretación comparativa no puede una prescripción convertirse en caducidad, pues la gravedad de los efectos de ésta obliga a una interpretación restrictiva.”⁹⁴

III. ÓRGANO DE ADMINISTRACIÓN

a. Definición

Es un órgano permanente de la sociedad anónima e indispensable para el correcto funcionamiento de la sociedad, sin él sería imposible que la sociedad anónima realizara acciones externas o interactuar con terceras personas. Este órgano es diferente del órgano de deliberación, a saber las asambleas de accionistas, ya que es un órgano permanente y las asambleas son un órgano temporal que se constituye cuando los accionistas se reúnen cumpliendo con todos los requisitos legales.

Este órgano permanente está ligado a las necesidades de la persona jurídica que encarna la sociedad anónima con el fin de interactuar con terceros, por medio de manifestaciones del

⁹⁴ Tribunal Segundo Civil Sección Segunda. Resolución número 59 del 8 de febrero del 2001.

órgano de administración, que son vinculantes para la sociedad. Es el medio por el cual se llevan a cabo las operaciones de la sociedad que fue creada por los socios, que requieren obligatoriamente de la administración para realizar todas las actividades de comercio que acordaron realizar al momento de la constitución de esta figura societaria.

Nuestra legislación crea al órgano de administración como una figura indispensable, sin ella, no puede existir una sociedad anónima, ya que se quedaría sin los medios para interactuar con terceras personas ajenas a la sociedad. Cualquier sociedad anónima necesita un órgano administrativo de carácter permanente que se ocupe de su gestión y administración.⁹⁵ Es un órgano que a todas luces es completamente necesario para la sociedad puesto que es a través de él que se logra manifestar en el mundo jurídico y plasmar la voluntad de los accionistas en actos concretos dirigidos ante terceros.

b. Naturaleza Jurídica

La naturaleza jurídica de la administración ha sido tratada por la doctrina y se han expuesto dos conceptos diferentes para definir su naturaleza jurídica, por lo que, es necesario señalar las dos posiciones y sus críticas.

- a) La posición clásica considera a los encargados de la administración como simples mandatarios con derechos y obligaciones de modo que les son aplicables las reglas civiles que se derivan de los contratos. Esto porque se considera a la sociedad anónima como un contrato que funciona como una organización democrática. Los socios contratantes aportan bienes y crean una persona jurídica y sólo a ellos compete decidir sobre la modificación del contrato de sociedad y sobre la administración.

⁹⁵ Garrígues, Joaquín (1971). Hacia un nuevo Derecho Mercantil. Madrid. P. 17.

Las críticas que se le hacen a esta concepción son:

- 1) Se dice que esa posición no explica la modificación o administración de la sociedad mediante la concurrencia de una mayoría de votos. La aplicación estricta del principio de la unanimidad, es inoperante en este tipo de sociedades en que participan, por lo general, gran cantidad de socios.
 - 2) La participación de las partes contratantes es de rigor para la existencia del contrato de mandato. Los administradores no son parte en el contrato de sociedad pues su creación es imperativa de ley en el instante mismo del nacimiento a la vida jurídica de la nueva sociedad.
 - 3) Además, es indispensable que en todo contrato de mandato, la libertad del poderdante de otorgar o no el contrato. Esta posibilidad como quedó ya dicho en el comentario anterior, tampoco existe en el caso de los administradores, pues su existencia es de rigor.
- b) La posición moderna explica la naturaleza jurídica de los administradores, no mediante el contrato de mandato sino más bien por el concepto de un órgano legal que es un aporte del derecho público al privado.

Se considera a la sociedad anónima como un organismo con órganos legales que poseen una jerarquía entre sí. Los órganos lo constituyen personas físicas que se encuentran autorizados por la ley para expresar la voluntad colectiva, de ejecutar esa voluntad, de representar la persona jurídica ante terceras personas o de realizar actuaciones para conseguir los fines de la sociedad.

Felipe de Solá Cañizares expone el siguiente concepto:

“Por otra parte, el desarrollo de la sociedad anónima moderna lleva consigo una evolución de la naturaleza jurídica de los administradores que tendrán un carácter más de funcionario que de mandatarios, que serán órganos, sin delegación de poderes, pues tienen poderes

propios, siendo pues órganos, legales de la sociedad, y lo que antes era un mandato se ha ido transformando en una función social, bajo la vigilancia del Estado, guardián del interés público.”⁹⁶

En términos generales la sociedad anónima posee una estructura única en el derecho societario. Gracias a la estructuración de la misma en órganos se puede decir que la sociedad anónima no solo posee elementos del derecho privado, sino también elementos del derecho público.

La noción de órgano que aporta el derecho público al ámbito privado constituye un aporte de grandes proporciones a la figura de la sociedad anónima porque logra definir su esquema de acción y da libertad a los administradores para realizar la toma de decisiones necesaria para expresar afuera del seno de la sociedad anónima la voluntad de la misma. Los administradores constituyen el órgano permanente al cual está confiada la conducción de la sociedad, son los dirigentes de la sociedad, lo cuales son nombrados por el órgano deliberativo.

La legislación y la práctica otorgan a la sociedad anónima una organización única, compuesta de un grupo de órganos, los cuales poseen individualmente sus propias competencias y funciones para la consecución de la actividad en común por la que los socios crearon la sociedad.

Cuando el Consejo de Administración realiza un acto, es la sociedad misma la que actúa por medio de los administradores, como señala Oliviera Rodríguez:

“El acto de los administradores no es un acto propio de la sociedad a la cual va referido, sino que es un acto de la sociedad misma, porque los administradores, son una parte de la

⁹⁶ De Solá Cañizares, Felipe (1963). Derecho Comercial Comparado. Editorial Montaner y Simón S.A. Barcelona, España. P. 400.

sociedad, aquella a que, en la organización del ente, corresponde el desarrollo en lo interno y en lo externo, de la voluntad necesaria para la actuación de los intereses sociales.”⁹⁷

Otra manera de expresar esta idea nos la da Rodolfo Mezzera al exponer:

“Los administradores forman parte de la sociedad anónima, por su intermedio se expresa la voluntad de la persona moral, como por la boca se expresa la voluntad de la persona física.”⁹⁸

La presente analogía aclara que la representación y acciones de la sociedad anónima se canalizan a través de su representante legal, el cual, debe actuar según la voluntad social, es el responsable de proceder acorde con lo decidido por la asamblea de accionistas y dirigir a la sociedad a la consecución de la finalidad por la cual fue fundada.

En cuanto a esta estructura de la sociedad anónima se puede decir que,

“La posición del órgano con respecto a la persona jurídica es monista, y hay un acto de ésta cuando aquel obra, porque no obra como persona (física) aparte, como ser distinto independiente (lo mismo que el hombre actúa a través de sus brazos, por ejemplo y no éstos con vida propia). La posición del representante frente al representado es dualista, cuando obra hay un acto de éste, aunque sea un acto para aquél, porque obra como persona física aparte, aunque por cuenta y en nombre de otra.”⁹⁹

⁹⁷ Rodríguez, Oliviera (1973). Responsabilidad Civil de los administradores de Sociedades Anónimas. Editorial Letras. Montevideo. P.58.

⁹⁸ Mezzera Alvarez, Rodolfo (1972). Curso de Derecho Comercial. Editorial Porrúa. Montevideo. P. 279.

⁹⁹ Albadalejo, (1960). Instituciones de Derecho Civil, Barcelona. P. 202.

En definitiva, la sociedad anónima se orienta en nuestros días por una organización más elástica de sus órganos de administración. En la actualidad en mayor o menor medida la sociedad anónima ha adoptado estructuras de administración donde la vigilancia, el control y ciertas actuaciones importantes se confían a su órgano pluripersonal y las decisiones ordinarias están a cargo de órganos unipersonales o colegiados de reducidas proporciones. Esto con el fin de hacer más dinámica la administración y mejorar el tiempo de respuesta a los problemas cotidianos. Todo esto se puede realizar por enfocar la administración de la sociedad como un órgano y no como un contrato de mandato.

c. Estructura del órgano de administración

El de administración es considerado legalmente como un órgano necesario, se destaca por poseer una estructura basada en la teoría del órgano, pero también posee un consejo de administración que se conforma con la asistencia de todos los administradores que se establece el pacto social, siempre tienen que ser más de tres personas según disposición legal, para decidir sobre temas de administración de la sociedad. Por lo tanto, cabe hacer la diferenciación entre los administradores como sujetos individuales con facultades y competencias específicas y limitadas (con la excepción del presidente del consejo, que se explicará más adelante) y las facultades de los mismos sujetos, pero ya no actuando como administradores individuales sino como parte del Consejo de Administración. Una vez que conforman este ente, las decisiones son colegiadas y no dependen de la voluntad de un solo administrador, sino que tienen que decidirse todo por mayoría de votos dentro del Consejo.

Se debe hacer otra diferenciación en el sentido de que la ejecución de todas las decisiones administrativas es llevada a cabo por los administradores en su calidad individual, el Consejo de

Administración se dedica a decidir cómo abordar un tema en específico, pero no ejecuta las acciones necesarias para la realización de las decisiones, esa parte le corresponde a los administradores individualmente considerados, los cuales deben acatar lo ordenado por el Consejo de Administración o por la Asamblea de Accionistas, dándole preferencia a esta última por ser el órgano supremo de la sociedad.

La sociedad anónima posee un órgano de administración flexible que puede modificarse, siempre y cuando respete las disposiciones de ley, para lograr organizar la sociedad de la manera más eficiente posible, según las características propias del negocio. Es por eso que la sociedad siempre debe contar con un consejo de administración que posea por lo menos tres miembros, debiendo ser Presidente, Secretario y Tesorero, según el artículo 181 del Código de Comercio, pero aparte de esto, puede nombrar los administradores que desee y los consejos de administración específicos que desee. Esta característica logra proporcionar una respuesta a las demandas particulares de las empresas modernas, que necesitan una organización administrativa compleja para poder funcionar.

d. Administradores

Los administradores tienen que ser más de tres según disposición legal, y poseen facultades y competencias que le otorga la ley y el pacto social, con la diferencia que el presidente del consejo goza de las más amplias facultades al ser el administrador supremo de la sociedad anónima, es el representante de la misma por excelencia. Los administradores pueden actuar individualmente y el poder de administración corresponde a cada uno, bajo las limitaciones del pacto social. Cualquier administrador por sí solo, sin la participación de los demás, puede llevar a cabo cualquier actuación referida a la administración y representación de la sociedad. Es lógico

que así sea, ya que esto es precisamente lo que caracteriza el modo de actuar solidariamente a los administradores. Sin embargo, esta forma de actuación, puede crear contradicciones entre los administradores si no logran coordinar sus actuaciones bajo un mismo esquema de actuación.

La falta de previsiones legales o reglamentarias que den solución a este riesgo, hace necesaria una regulación estatutaria que establezca los oportunos mecanismos que eviten y en su caso resuelvan esta situación. Es por eso que el pacto social es el indicado para cubrir este riesgo de la sociedad, al darles tanta libertad legal a los administradores. Sobre esto Velasco expresa:

“A falta de cláusula estatutaria, el derecho de oposición del administrador solidario deriva del deber de administrar con la diligencia de un ordenado empresario y su consiguiente responsabilidad.”¹⁰⁰

Los administradores, ante la posibilidad de que otro administrador ponga en peligro a la sociedad con su actuar, pueden ejercer su derecho de oposición ante las decisiones tomadas por el administrador que pone en riesgo a la sociedad.

La relación que une a los administradores con la sociedad anónima es un vínculo negocial producto del nombramiento que hace la sociedad del administrador y la posterior aceptación de aquel para ejercer el cargo. La tarea fundamental de los administradores nombrados es la de manejar los negocios sociales y plasmar la voluntad de la sociedad en la vida jurídica. Ellos determinan la voluntad que debe valer como voluntad de la sociedad, en todos los asuntos que ya estén previamente fijados por la ley o por los estatutos para otorgárselos como competencia exclusiva de la asamblea de accionistas. Asimismo, les corresponde ejecutar la voluntad social

¹⁰⁰ Velasco Alonso, Ángel (1969). La Ley de Sociedades Anónimas, anotaciones, concordancias. Derecho Reunidas. Barcelona, España. P. 362.

para ser exteriorizada por ellos mismos, como también vigilar y regular el general funcionamiento de los libros y escrituras contables.

El poder deliberativo, sea de administración o de decisión de los administradores, es el poder de gestión. El poder de representación es el poder de manifestar externamente, frente a terceros, la voluntad social. La ley le atribuye el poder de gestión al órgano administrativo, si ese órgano está compuesto como por una pluralidad de miembros, ese poder le va a corresponder a todos colegiadamente como se define en el artículo 181 del Código de Comercio. El poder de representación en nuestro país se le confiere al presidente del consejo de administración, así como a los demás consejeros que se determinen en el pacto social, en las facultades que ahí se les asignen. Como cita el profesor Gastón Certad:

“El poder de gestión de los administradores comprende todo acto incluido dentro de ese objeto social. Los administradores al exteriorizar la voluntad social han de estar dotados de la capacidad necesaria para desarrollar tal cometido; del mismo modo resulta natural que dicha capacidad tenga un campo determinado de desarrollo constituido por el objeto social o la empresa a ejercer.”¹⁰¹

De esta manera, es correcto decir que el poder de cumplir actos de gestión y los actos de organización de la empresa sólo se encuentra limitado por el pacto social. Como señala Certad:

¹⁰¹ Certad Maroto, Gastón (1992). La administración de la sociedad anónima. Revista de Ciencias Jurídicas. Costa Rica. P. 14.

“el objeto social constituye, el límite y determina la extensión tanto del poder de gestión como del poder de representación de los administradores.”¹⁰²

Asimismo, los administradores tienen la función de constituir el órgano ejecutivo de las decisiones del consejo de administración y además tienen a su cargo la gestión de la actividad social. Pueden realizar todas las operaciones que entren en el objeto de la sociedad. Bajo esa idea, sus potestades son amplísimas, salvo las limitaciones que se les impusieron por el pacto constitutivo o por las modificaciones sucesivas del mismo al reservar ciertas operaciones a la decisión colectiva del consejo de administración y no de un solo administrador. Los administradores no se limitan a deliberar dentro del consejo de administración sino que ejecutan o hacen ejecutar lo que han decidido, y en su gestión deben respetar todos los límites y cumplir todas las obligaciones que les impone la ley.

Las reuniones de los administradores son parte importante del órgano de administración y pueden ejercer competencias exclusivas en dicho órgano, como dice Vivante:

“Los poderes directivos y de representación de la sociedad anónima, son confiados a los administradores, ellos forman el órgano, si no el más delicado, por lo menos el más duradero e interesante de la sociedad. Traducen en actos los planes que la asamblea general, supremo órgano social, dicta a grandes líneas; conocen los secretos y la capacidad de la empresa que escapan a los socios; tiene contacto con el personal de la sociedad y con terceros, que es un contacto precioso para la marcha social”¹⁰³.

¹⁰² Certad Maroto, Gastón (1992). La administración de la sociedad anónima. Revista de Ciencias Jurídicas, Costa Rica. P. 16.

¹⁰³ Vivante, Cesar (1932). Tratado de Derecho Mercantil. Editorial Reus. Madrid. P. 284.

Los administradores poseen amplias facultades y con ellas logra ejecutar las decisiones de la sociedad y plasmar su voluntad en terceras personas. Sobre esto cabe mencionar lo que Brunnetti expone:

“Los administradores tienen la gestión de la actividad social y pueden realizar todas las operaciones comprendidas en el objeto de la sociedad: desde este punto de vista tienen poderes decisorios muy amplios, salvo los límites que se les hayan puesto por el acto constitutivo o por posteriores modificaciones del mismo, reservando ciertas operaciones a la decisión de la asamblea. Si no se establece nada, no hay más límite que el que se deriva del objeto de la sociedad. Se comprende que los administradores no se limita a decidir, sino que proceden, además, a la ejecución o hacen ejecutar lo que han decidido y en su gestión han de respetar todos los límites y cumplir todas las obligaciones que les impone la ley”¹⁰⁴

1. Número de Administradores

La ley de sociedades mercantiles de 1909 exigía un número mínimo de cinco miembros en el consejo de administración. El cual se era un número excesivo si se considera que nuestra economía en ese momento histórico de Costa Rica era sumamente insipiente, lo que generaba que no se inscribieran tantas sociedades anónimas puesto que el número era muy alto para las empresas que en realidad existían, ya que lo común era que las sociedades anónimas fueran constituidas por menos de cinco socios, lo que hacía muy difícil montar un consejo de administración de cinco miembros. Esta condición especial que se fijó hacía que los consejos de administración de esas sociedades anónimas fueran constituidos no como una necesidad práctica

¹⁰⁴ Brunetti, Antonio (1960). Tratado del Derecho de las Sociedades. Editorial Hispano-Americano. Argentina.

sino más bien como un formalismo legal, con lo cual normalmente se nombraran 5 administradores, pero en la realidad, la mayoría nunca actuaban en la sociedad anónima.

El actual Código de Comercio costarricense logró cambiar dicha disposición legal, ya que disminuyó el número de miembros obligatorio del consejo de administración y le dio mayor relevancia jurídica al consejo de administración, al concederle poderes de representación.

Al respecto el artículo 181 de dicho código dispone en lo pertinente:

“los negocios sociales serán administrados y dirigidos por el consejo que deberá estar formado al menos por tres miembros...”.¹⁰⁵

Dicha disposición se ajusta a la realidad económica de nuestro país y evita la carga económica que constituía la antigua disposición de la Ley de Sociedad Mercantiles. Esto porque las sociedades anónimas de nuestro país tienen que ser encaminadas conforme a la economía costarricense, la cual ha crecido en el tiempo, pero no es tan fuerte como para justificar cinco puestos obligatorios en el consejo de administración, lo que hace sabia la decisión de exigir sólo tres miembros en dicho consejo.

2. Características del cargo de administrador

El artículo 183 del Código de Comercio expone las características del administrador las cuales definen el cargo como personal y revocable.

Es personal en el sentido de que el cargo de consejero debe ser desempeñado personalmente y no por medio de representante. La confianza que los accionistas depositan en el consejero para el

¹⁰⁵ Artículo 181. Código de Comercio. P. 454.

desempeño del cargo obliga a éste a prestar sus servicios personalmente, sin inmiscuir a terceras personas en el correcto funcionamiento del mismo.

Es revocable, correspondiéndole a la asamblea de accionistas la facultad de revocación, que no necesita fundamentar el acuerdo en motivos justos ni expresar la causa, esto puesto que es un cargo de confianza y limitar la remoción al hecho de que exista una causa justa sería atentar contra la voluntad del órgano deliberativo, puesto que la confianza no se puede medir como causa justa o no. La revocabilidad del cargo es de orden legal y no puede ser limitado por los estatutos. Cualquier cláusula en ese sentido sería ilegal.

3. Nombramiento de los administradores

El órgano competente para hacer el nombramiento de los consejeros es la asamblea de accionistas, según lo determina el artículo 155 del Código de Comercio. También, el artículo 185 del Código de Comercio dispone que la escritura social señalará la forma en que se llenarán las vacantes temporales o definitivas de los consejeros, y si no, deberá convocarse inmediatamente a una asamblea para realizar dichos nombramientos. Ahora bien, cabe recalcar que el artículo 185 del Código de Comercio lo que hace es disponer cómo llenar los cupos, y no cómo nombrarlos. Cabe citar lo pertinente de ambos artículos para una mejor comprensión:

“Artículo 155.-

Se celebrará una asamblea ordinaria por lo menos una vez al año, dentro de los tres meses siguientes a la clausura del ejercicio económico, la cual deberá ocuparse, además de los asuntos incluidos en el orden del día, de los siguientes:

(...)

c) En su caso, nombrar o revocar el nombramiento de los administradores y de los funcionarios que ejerzan vigilancia; y

(...)"¹⁰⁶

“Artículo 185.-

La escritura social señalará la forma en que se llenarán las vacantes temporales o definitivas de los consejeros. En su defecto deberá convocarse inmediatamente a asamblea general.

Los consejeros serán nombrados por un plazo fijo que señalará la escritura, la cual podrá además disponer el nombramiento de consejeros suplentes.”¹⁰⁷

Cabe destacar que aunque el artículo anterior establece que se nombrarán, modificarán o removerán los administradores en las asambleas generales ordinarias, esto no significa que es sólo en este tipo de asambleas que puede realizarse dichos nombramientos, modificaciones y remociones. Las asambleas extraordinarias también pueden utilizarse para dicho fin, siempre y cuando cumplan con lo dispuesto por el pacto constitutivo y la ley.

e. Consejo de Administración

El consejo de administración debe su existencia a la imposibilidad material de que el órgano deliberativo se encuentre en ejercicio en todo momento, dado que por su naturaleza es un órgano temporal, por lo que era necesario crear un órgano que administre a la sociedad todo el tiempo.

El consejo de administración debe su creación a dicha noción, el cual es un órgano colegiado

¹⁰⁶ Código de Comercio. Artículo 155.

¹⁰⁷ Código de Comercio. Artículo 185.

para realizar la representación y administración de la sociedad en todo momento, subordinado al órgano deliberativo, a saber las asambleas de accionistas.

El órgano de administración se compone por un consejo de administración o junta directiva, el cual como hemos dicho es permanente y debe estar formado por un mínimo de tres miembros. Es a ellos los que les corresponde la administración y dirección de los negocios sociales. Es por imperativo legal que el consejo tiene que estar conformado por tres miembros, según el artículo 181 del Código de Comercio que versa:

“Los negocios sociales serán administrados y dirigidos por un consejo de administración o una junta directiva, que deberá estar formada por un mínimo de tres miembros, quienes podrán ser o no socios y ostentar las calidades de presidente, secretario y tesorero.

Salvo norma contraria en los estatutos, en la elección de consejeros, los accionistas ejercerán su voto por el sistema de voto acumulativo, así:

- a) Cada accionista tendrá un mínimo de votos igual al que resulte de multiplicar los votos que normalmente le hubiesen correspondido, por el número de consejeros por elegirse.
- b) Cada accionista podrá distribuir o acumular sus votos en un número de candidatos igual o inferior al número de vacantes por cubrir, en la forma que juzgue conveniente.
- c) El resultado de la votación se computará por persona.

El Consejo no podrá renovarse parcial ni escaladamente, si de esta manera se impide el ejercicio del voto acumulativo.”¹⁰⁸

¹⁰⁸ Código de Comercio. Artículo 181.

Dicha normativa es la que fija la organización del órgano de administración que será por medio de un consejo de administración, el cual se puede definir como el órgano colegiado, necesario y permanente, cuyos miembros son de nombramiento periódico por la asamblea de accionistas y cuya función es realizar todos los actos de administración, dirección y representación, judicial y extrajudicial, ante terceros a la sociedad por medio de su presidente y los consejeros determinados en el pacto social. Además la responsabilidad es solidaria por las infracciones a los derechos que les impone la ley y el pacto constitutivo de la sociedad.

Si analizamos el artículo citado anteriormente podemos establecer las siguientes características del consejo de administración que tutela la ley.

- 1) Es un órgano colegiado. Es un órgano porque tiene funciones propias por ley que le son de administración, dirección y representación y es colegiado porque está compuesto por más de una persona física.
- 2) Necesario. La existencia del Consejo de Administración o Junta Directiva es imperativa por la ley pues de no ser así, la sociedad se vería ante la imposibilidad de realizar el objeto para el que los socios la crearon. Sin este órgano la sociedad no podría realizar actividades de comercio.

Sobre este punto cabe recalcar lo que Antonio Brunnetti expuso:

“La existencia del órgano de administración es indispensable para el funcionamiento de la sociedad por lo que la asamblea no puede sustraerse a la obligación que la ley le ha señalado de proveer al nombramiento correspondiente, sin comprometer la existencia misma de la

sociedad. En efecto, la falta de administradores pone a la sociedad en la imposibilidad de conseguir el propio objeto y puede, en consecuencia ser causa de disolución”¹⁰⁹

- 3) Permanente. Las reuniones de las asambleas de accionistas se hacen en las oportunidades señaladas por la Ley o en el pacto social, en cambio, la función directiva de la administración es permanente y no puede sufrir interrupciones en el tiempo.
- 4) De nombramiento periódico. El cargo de consejero se desempeña por periodos fijos cuya duración debe ser fijada en la escritura social. Esto último según el segundo párrafo del artículo 185 del Código de Comercio.
- 5) Su función es realizar todos los actos de administración y dirección. El consejo, como órgano de la sociedad, debe realizar todos los actos que sean necesarios para lograr completar el objeto para el que fue creada la sociedad. Dichos actos no necesitan estar autorizados por la asamblea de accionistas que puede limitar su acción únicamente mediante los acuerdos debidamente tomados.
- 6) Debe representar judicial y extrajudicialmente ante terceras personas a la sociedad. La asamblea de accionistas y el consejo de administración son ambos órganos de voluntad, pero este órgano se diferencia en que la voluntad se externaliza.
- 7) Debe asumir responsabilidades de forma solidaria e ilimitada por las infracciones a los deberes que imponen la ley y el pacto constitutivo. La responsabilidad de los consejeros deriva de la obligación de administrar de conformidad con la ley y el acto constitutivo.

¹⁰⁹ Brunetti, Antonio (1960). Tratado del Derecho de las Sociedades. Editorial Hispano-Americana. Buenos Aires, Argentina. P. 455.

En otras palabras, es un órgano permanente que ejecuta actos para lograr realizar exitosamente la gestión y representación de la sociedad. Es un órgano subordinado a la Asamblea de Accionistas, órgano supremo por excelencia, aunque, el órgano administrativo posee también competencias únicas. En la práctica, las sociedades grandes por lo general otorgan poderes mayores al órgano de administración que al órgano deliberativo dada la gran cantidad de miembros y lo difícil de unificar criterios con tantos socios. Por lo que, es el órgano administrativo el que termina decidiendo la mayoría de las cuestiones societarias, excepto aquellas que debe decidir el órgano administrativo según la ley y el pacto social.

El consejo de administración, está dirigido por el presidente de la junta, y en su defecto, si éste no ha sido escogido por la junta, entonces por el que el consejo de administración designe. Las facultades de administrar cuando este órgano está constituido por los administradores le corresponde al consejo y no a los administradores en forma individual.

f. Actuación del Consejo

El consejo de administración, como órgano colegiado que es, debe tomar los acuerdos por mayoría. Deben estar presentes por lo menos la mitad de sus miembros y, para la validez del acuerdo, se necesita el voto favorable de los presentes. En caso de empate, decide quien se encuentra en el cargo de presidente del consejo, que posee doble voto en caso de empate; dicha potestad se encuentra en el Código de Comercio que dice:

“Salvo pacto en contrario, será presidente del consejo el consejero primeramente nombrado y, en defecto de éste, presidirá las sesiones el que le siga en el orden de la designación.

Para que el consejo de administración funcione legalmente deberán estar presentes por lo menos la mitad de sus miembros, y sus resoluciones serán válidas cuando sean tomadas por

la mayoría de los presentes. En caso de empate, quien actúe como presidente del consejo decidirá con doble voto.

La escritura social o los estatutos determinarán la forma de convocatoria del consejo, el lugar de reunión, la forma en que se llevarán las actas, y demás detalles sobre el funcionamiento del consejo.

Las irregularidades en el funcionamiento del consejo, no perjudicarán a terceros de buena fe, sin perjuicio de la responsabilidad de los consejeros ante la sociedad.”¹¹⁰

Dicha potestad la ostenta solamente el presidente y es uno de los muchos poderes exclusivos que la ley y el pacto social le otorga al ser el principal administrador de la sociedad anónima.

Asimismo, el anterior artículo fija que si en el pacto social no se ha determinado quien es el presidente del consejo de administración, será el que se nombre primero en el pacto constitutivo, y si no, quien le siga en el orden de designación.

La forma de convocatoria de las reuniones del consejo, el lugar de reunión, forma de llevar las actas, y demás cosas sobre el funcionamiento del consejo, quedan a la libertad de los socios fundadores de regularlos en la forma que mejor consideren, pero, deben ser determinadas obligatoriamente en el pacto social.

g. Representación de la sociedad anónima

Las facultades de representación se pueden confundir debido a que el consejo de administración está compuesto por varios miembros que pueden poseer la representación, pero eso no hace que

¹¹⁰ Código de Comercio. Artículo 184.

el consejo de administración posea la representación de la sociedad por lo que es necesario separar las funciones administrativas de las funciones de representación.

Ambas funciones se logran distinguir debido a sus actividades diferentes. La administración, por un lado, significa actividad interna en la formulación de la voluntad y en la adopción de los acuerdos sin que tenga efectos ante terceros. La representación, en cambio, equivale al uso de la personalidad de la sociedad, es la posibilidad que alguien actúe creando, modificando o extinguiendo relaciones jurídicas cuyos efectos afectan a la sociedad que está siendo representada por la persona jurídica que actúa en su nombre y está debidamente autorizada para tal efecto.

No todos los administradores son representantes de la sociedad ante los ojos de terceros, ya que, dicha facultad puede corresponder a uno o varios administradores según lo determine la ley o el pacto social. Ahora, es el artículo 182 del Código de Comercio que señala:

“La representación judicial y extrajudicial de la sociedad corresponderá al presidente del consejo de administración, así como a los consejeros que se determinen en la escritura social, quienes tendrán las facultades que allí se les asignen.”¹¹¹

Por lo tanto, legalmente la representación judicial y extrajudicial recae, sin significar esto que no puedan realizarla más administradores, en el presidente del consejo, sin posibilidad alguna de remover dichas facultades de éste. Las facultades de los representantes de la sociedad anónima no se encuentran preestablecidas por ley, sino que su amplitud debe ser determinada en la escritura social.

¹¹¹ Código de Comercio. Artículo 182.

El representante puede realizar todos los actos comprendidos en el objeto de la sociedad salvo las limitaciones resultantes del acto constitutivo. Asimismo, la sociedad será responsable ante terceros de los actos realizados por los administradores dentro de los límites del objeto social y de los poderes de representación que tienen atribuidos los administradores.

El propio consejo de administración o los representantes permanentes de la sociedad, pueden, si sus propias facultades se lo permiten, nombrar funcionarios para atender los negocios de la sociedad o sólo determinados aspectos de la misma. Las facultades que se les puedan dar a estos nuevos funcionarios estarán regidas por el pacto social de la sociedad anónima. En la estructura jerárquica de la administración estos funcionarios están en un plano de subordinación al consejo de administración que por ley, le corresponde la dirección y administración de los negocios sociales. Esto según el artículo 187 del Código de Comercio:

“El consejo de administración, o quienes ejerzan la representación social, podrán, dentro de sus respectivas facultades, nombrar funcionarios, tales como gerentes, apoderados, agentes o representantes, con las denominaciones que se estimen adecuadas, para atender los negocios de la sociedad o aspectos especiales de éstos y que podrán ser o no accionistas.

Los funcionarios mencionados en el párrafo anterior tendrán las atribuciones que les fijen la escritura social, los estatutos, los reglamentos, o el respectivo acuerdo de nombramiento.”¹¹²

h. Facultades del Presidente

El presidente del consejo de administración de la sociedad anónima es el personero de la sociedad, a él le corresponde legalmente la representación judicial y extrajudicial de la sociedad.

¹¹² Artículo 187. Código de Comercio.

Posee poderes generalísimos sin límite de suma de la misma, para poder lograr representar a la sociedad de una manera eficaz ante terceras personas y de ejecutar los acuerdos tomados por el consejo de administración y por la asamblea de accionistas. No existe ningún otro administrador en la sociedad anónima con las mismas facultades del presidente, su cargo es único, por lo que es importante establecer que sus facultades de apoderado generalísimo sin límite de suma no se pueden limitar. Cualquier pacto social que tienda a limitar los poderes del presidente se tomarán como nulos.

Las facultades del presidente deben ser siempre plenas sin más limitaciones que las previstas por la ley. La razón de esta afirmación es que el presidente es el representante por excelencia de la sociedad, y no es concebible que la persona jurídica esté limitada en su accionar y es a través del presidente que la sociedad logra realizar acciones ante terceras personas. Una simple analogía sirve para entender el punto, es como darle la autorización a una persona que realice una actividad manual, pero se le tienen atadas las manos, lo que genera que no se puede realizar con éxito la actividad. Pues es la misma noción con el presidente de la sociedad anónima, si a él le corresponde la representación plena de la sociedad no se le puede limitar su poder de actuación ya que atentaría con la representación misma de la sociedad.

Es más, el mismo Código de Comercio le proporciona las facultades arriba mencionadas al exponer:

“La representación judicial y extrajudicial de la sociedad corresponderá al presidente del consejo de administración, así como a los consejeros que se determinen en la escritura social, quienes tendrán las facultades que allí se les asignen.”¹¹³

¹¹³ Código de Comercio. Artículo 182.

Debe entenderse de una manera inequívoca que las facultades del presidente no pueden ser sujetas por el pacto social, sólo la ley misma puede limitarlas, puesto que es la ley la que le provee sus atribuciones, lo que es lo mismo, no se podrían pensar entonces que si la ley de otorga facultades ilimitadas para representar a la sociedad, se limiten las mismas en el pacto social que se encuentra jerárquicamente por debajo de la ley, específicamente del Código de Comercio.

Los tribunales de justicia han sido enfáticos en destacar que las facultades del presidente no pueden ser limitadas, excepto por las limitaciones legales de dichas facultades. Es por esto que el Tribunal Segundo Civil de Mayor Cuantía de San José analizó toda la teoría del órgano y el presidente como parte esencial de la sociedad anónima:

“Conforme a la teoría del órgano es únicamente el presidente de una sociedad quien la puede representar válidamente, tanto judicial como extrajudicialmente, porque de lo contrario se podría dar el absurdo, como ha ocurrido en este caso, que el presidente presente una demanda y el vicepresidente con posterioridad desista o bien renuncie al derecho, lo cual podría generar inclusive un perjuicio a la sociedad, porque renunciar al derecho que una sociedad pretende hacer valer al interponer una demanda, sin indicar siquiera una razón que motive la toma de esa decisión, proviniendo esa gestión del vicepresidente de la sociedad, quien como tal y según ya se indicó no es órgano de la misma, no es una gestión que él pueda realizar válidamente y por lo tanto no está legitimado para hacerla.- El órgano presidente representa la voluntad de la sociedad y es por medio de él que la persona jurídica obra directamente y por cuenta y en nombre propios, por lo que su función no es la de un representante pues: “...mientras entre representante y representado hay separación, porque cada uno de ellos tiene una propia voluntad y autonomía, entre el órgano y la persona jurídica a la que éste pertenece hay compenetración...” (CERTAD MAROTO GASTON. El

órgano representativo en la sociedad anónima. Revista Iustitia Año 19, N° 217-218 Página 25).- En lo que se refiere al órgano gestor de las sociedades anónimas el citado autor señala: “...El órgano gestor está desarrollado en nuestro Código Mercantil en la Sección VI del Capítulo dedicado a las sociedades anónimas en el Título I del Libro I, bajo el nombre “de la administración y de la representación de la sociedad”. Así, cuando en el artículo 181 se dice que “los negocios sociales serán administrados y dirigidos por un consejo de administración o una junta directiva...” debe entenderse que nuestro legislador le confiere a ese órgano social el denominado poder de gestión. Mientras que cuando en el artículo 182 se afirma que “la representación judicial y extrajudicial de la sociedad corresponderá al presidente del consejo de administración...”, debemos entender que nuestro legislador le otorga a ese otro órgano social, a ese integrante del órgano gestor, la legitimación o poder representativo. Y ese poder o legitimación representativa es ilimitada porque así la quiso el legislador y porque se trata siempre de un poder mercantil, el más amplio, un poder suficiente para realizar todos los actos necesarios para lograr el objeto social... nuestro legislador ha querido que en el presidente del Consejo se concentren, a un mismo tiempo y durante el ejercicio del cargo, el poder de gestión (que le viene como miembro del órgano gestor) y el poder representativo (que le viene por voluntad legislativa por ser el presidente de la sociedad)... Con vista a lo dicho, debe concluirse que al utilizar nuestro legislador la palabra representación en el repetido ordinal 182 del Código de Comercio, no lo hizo en el sentido del conocido instituto que lleva ese nombre...es decir, de una institución que trae origen de la ley o del contrato de mandato, sino, muy por el contrario, en el sentido de la institución orgánica que, por tradición, de manera inapropiada lleva ese nombre, esto es, la por algunos llamada representación orgánica o representación institucional, si es que se quiere seguir

insistiendo en el equívoco término “representación”...” (CERTAD MAROTO GASTON. Obra citada. Páginas 25 y 26). En este sentido se ha pronunciado también la jurisprudencia patria y la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia en la Resolución N° 000489-F-2005, de las 9:30 horas del 13 de julio del 2005, expresó: “ ... I. Para una mejor comprensión de lo que se dirá, es menester transcribir el artículo 182 del Código de Comercio: “La representación judicial y extrajudicial de la sociedad corresponderá al presidente del consejo de administración, así como a los consejeros que se determinen en la escritura social, quienes tendrán las facultades que allí se les asignen.” Después de un nuevo análisis de ese numeral, así como de la doctrina científico jurídica relacionada que lo informa, esta Sala arriba a las siguientes conclusiones. Desde una perspectiva literal, contrario a lo afirmado por la recurrente, dicho canon resulta ambiguo. El uso por parte del legislador del signo de puntuación denominado “coma” para separar las tres oraciones que contempla, así como del pronombre “quienes”, permitirían, al menos, dos interpretaciones: 1) que las dos primeras oraciones están íntimamente ligadas entre sí, por consiguiente, la última –“... quienes tendrán las facultades que allí se les asignen.”- se refiere tanto al presidente, cuanto a los otros consejeros; y, 2) que el referido pronombre, al estar en plural, únicamente alude a la segunda oración, es decir, a los consejeros. El legislador, en la primera oración, de manera clara y sin limitación alguna, le otorga la representación judicial y extrajudicial de la sociedad al presidente del consejo de administración; ergo, no sería racional que, en la última frase se desdijera, otorgándole a los socios la posibilidad de limitársela. La “ratio legis” del artículo en comentario, es que siempre exista un representante de la sociedad anónima que actúe frente a terceros con poderes ilimitados. Evidentemente, esto va en beneficio de ellos, no tener que acudir al Registro Público a verificar si tiene o no poder para

realizar determinado acto. Basta con que sea el presidente de la empresa. Lo correcto, por consiguiente, es la segunda tesis: interpretar que la primera frase es independiente de las otras dos, y que, por ende, el pronombre “quienes” únicamente se refiere a los consejeros.

II. Por otro lado, el término “representación” utilizado en la primera frase, podría hacer pensar que el legislador costarricense plasmó, en la norma en comentario, la “teoría de la representación”, lo cual, según se analizará de seguido, es equívoco. No resulta de interés abarcar en esta resolución toda la problemática que sobre el tema se ha dado, sobre todo a nivel doctrinal. Sin embargo, sí es oportuno tener presente lo siguiente. De conformidad con la doctrina, la verdadera y propia representación es la denominada directa, es decir, cuando una persona actúa en nombre y en el interés de otra, manteniéndose dentro de límites del poder conferido (la representación indirecta o interposición gestora, consiste en actuar sólo por cuenta de otro, pero en nombre propio). De tal manera que los efectos del acto se producen directa y exclusivamente en la esfera jurídica del representado. Al representante se le considera como una ayuda ocasional o temporal del representado. En consecuencia, éste puede actuar directamente sin aquél. No se puede hablar de representación, según afirma la doctrina, si no es posible identificar a los sujetos (ambos) de la relación. Esto es aplicable a las personas físicas, mas no a las jurídicas. Éstas, como es sabido, no pueden actuar por sí solas. Diversas han sido las teorías esbozadas para explicar su naturaleza y funcionamiento. La doctrina iuris privatista contemporánea, casi de manera unánime, adopta la teoría del órgano, recogida del Derecho Público. De conformidad con esta posición, la persona jurídica, está compuesta por órganos a través de los cuales actúa y se expresa. Se entienden por tales a las personas, o grupos de personas físicas que, por disposición de la ley o del pacto social en ausencia de ésta, están autorizados a manifestar su

voluntad y desarrollar la actividad del ente para la consecución de sus fines. De tal manera que, en sus relaciones externas, quien obra es la persona jurídica. (...) No obstante lo anterior, en materia de representación, como se indicó en el Considerando I de este fallo, el artículo 182 del Código de Comercio de Costa Rica dispone que “La representación judicial y extrajudicial de la sociedad corresponderá al presidente del consejo de administración...”. De conformidad con su tenor literal, se concluye que el legislador investió como órgano representativo de la sociedad anónima al presidente del consejo de administración. Consecuentemente, son cuatro, y no tres, los órganos sociales, a saber: 1) órgano deliberativo (asamblea de accionistas), 2) órgano gestor (consejo de administración o junta directiva), 3) órgano representativo (el presidente de la sociedad) y, 4) órgano contralor o de vigilancia (fiscal o fiscales). Cada uno tiene competencias propias establecidas en la ley. Ninguno puede realizar actividades propias de otro, cuando sean legalmente estatuidos en la eventualidad de que la ley no asigne determinada función, de conformidad con el artículo 152 párrafo segundo ibídem, el competente para llevarla a cabo es la Asamblea de Accionistas, como órgano supremo. Corolario de lo anterior es que el único órgano que puede representar válidamente a la sociedad tanto judicial, cuanto extrajudicialmente, es el presidente de la Junta Directiva. Cuando la persona física actúa en su carácter de presidente, por lo tanto, debe entenderse que quien lo hace es la sociedad. Por ello, el tercero que contrata con él, o el que lo llama a juicio, o solicita su confesión, no está obligado a, de previo, verificar si se le han otorgado poderes suficientes para actuar. El legislador costarricense le otorgó poderes amplísimos, omnímodos, por ello, no es posible que los socios, en el pacto social, le limiten esas facultades. Entenderlo de esta forma conculca los principios rectores del Derecho Mercantil de seguridad y celeridad en las transacciones

comerciales. En conclusión: el legislador quiso que el órgano representativo tuviera los suficientes poderes para hacer actuar a la persona jurídica que representa. Ergo, cualquier limitación establecida en el pacto social debe tenerse por no puesta. Ahora bien, el numeral 182 del Código de Comercio, en su segunda oración, prevé la posibilidad de que los socios designen en el pacto social, además del presidente, a otros representantes, a quienes sí se les puede imponer limitaciones...”¹¹⁴

La anterior sentencia resume de una manera completamente acertada todos los principios necesarios para establecer que los poderes del presidente no pueden limitarse, y va más allá al establecer que los órganos de la sociedad anónima no son los tres clásicos que siempre se exponen sino que cita un cuarto órgano denominado “órgano representativo” compuesto por el presidente de la sociedad. Dicho criterio es compartido en su totalidad y es aplicado por nuestros tribunales de justicia. Lastimosamente, los pactos constitutivos siguen tratando de limitar los poderes del presidente, pero estos pactos al llegar a nuestros tribunales de justicia se anulan en cuanto a la limitación de los poderes del presidente. Cabe destacar que existe mucha jurisprudencia en nuestros tribunales que avalan la anterior sentencia y sus criterios, de los cuales se puede destacar los siguientes:

1. Resolución número 000489-F-2005 de las 9:30 horas del 13 de julio del 2005 emitida por la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia.
2. Sentencia número 00019 de las 15:10 horas del 3 de febrero del 2006 emitida por el Tribunal Segundo Civil Sección II.

¹¹⁴ Tribunal Segundo Civil de Mayor Cuantía de San José. Resolución número 75 del 27 de febrero del 2007

3. Sentencia número 00108 de las 10:45 horas del 12 de febrero del 2007 emitida por la Sala Primera de la Corte.
4. Sentencia número 00769 de las 14:40 horas del 11 de octubre del 2006 emitida por la Sala Primera de la Corte.
5. Sentencia número 00019 de las 15:10 horas del 3 de febrero del 2006 emitida por el Tribunal Segundo Civil Sección II.
6. Sentencia número 00413 de las 9:05 horas del 18 de noviembre del 2005 emitida por el Tribunal Segundo Civil Sección II.
7. Sentencia número 00656 de las 10:15 horas del 8 de septiembre del 2005 emitida por la Sala Primera de la Corte.

En definitiva se puede concluir que, por disposición legal y jurisprudencial, los poderes y facultades del presidente de la sociedad anónima no se pueden limitar por el pacto constitutivo ya que sería limitar al representante por excelencia de la sociedad anónima y, por ende, no podría ejercer la correcta administración de la sociedad que el órgano deliberativo le confió en sus manos.

i. Responsabilidad de los administradores

El presente tema ha sido considerado por la doctrina como de gran importancia en toda la concepción de la sociedad anónima. En este sentido el profesor Joaquín Rodríguez dijo:

“El tema de la responsabilidad del administrador o de los consejeros de la sociedad anónima, es uno de los más difíciles y complicados que se encuentran en todo el campo del derecho de las sociedades anónimas. Es al mismo tiempo, de importancia capital, se

consideran los reiterados abusos que se han concebido contra los accionistas y acreedores de estas sociedades, desde los puestos de dirección. Por esto, se concibe la necesidad de estructurar un sistema de responsabilidades que no pongan a la sociedad y a los acreedores frente a unos administradores en posición de absoluta irresponsabilidad. Por otro lado, como norma de política legislativa, hay que tener cuidado en evitar un sistema demasiado fácil de exigencia de responsabilidades, porque como la práctica ha demostrado, conduce a una situación caótica y perjudicial, sin beneficio para nadie.”¹¹⁵

Una vez dicho esto, es necesario entonces recalcar que el tema de la responsabilidad del administrador se encuentra concebido en los artículos 189, 190, 191 y 192 del Código de Comercio.

En estos artículos la legislación menciona la responsabilidad de los consejeros, no así del consejo de administración, lo que da pie a afirmar que nuestro sistema legal está basado en una responsabilidad individual del consejero, es decir, responden los consejeros y no el consejo de administración como un todo. Por lo tanto, si tal responsabilidad es individual, habrá que conocer cuál ha sido la intervención de cada uno de los miembros del Consejo en el acuerdo del que surge la responsabilidad. Esto genera que se hagan las averiguaciones si tal acuerdo fue tomado por unanimidad o por mayoría, y de esta manera, excluir de responsabilidad a la persona o personas que hayan estado ausentes o que hayan manifestado su negativa con el acto en el momento de la toma de decisiones. Esta regla es establecida en el Código de Comercio que establece que:

¹¹⁵ Rodríguez Rodríguez, Joaquín (1959). Curso de Derecho Mercantil. Editorial Porrúa. México. P. 109.

“No será responsable el consejero que haya estado ausente o hecho constar su disconformidad con el acto en el momento mismo de la deliberación y resolución.”¹¹⁶

Ahora, el quiénes pueden exigir la responsabilidad de los accionistas está regulado en el artículo 192 del Código de Comercio, que en lo pertinente expone que “la responsabilidad de los administradores solo podrá ser exigida por acuerdo de la asamblea general de accionistas...”. Lo que da a entender que la responsabilidad puede ser exigida exclusivamente por una asamblea general, que por lo general es por la disminución dolosa del capital social de la compañía lo que afecta directamente a los accionistas.

En nuestra legislación no se establece como personas autorizadas a solicitar la responsabilidad a los socios individuales, tienen que ser respaldados por la mayoría de los accionistas que voten por solicitar la responsabilidad de los administradores en una asamblea general debidamente convocada. Esto limita las facultades individuales de los accionistas, que solo pueden pedir responsabilidad si la asamblea se reúne y determina que tiene razón. Ahora si la asamblea determina que si existe una responsabilidad, entonces, debe de autorizar a una persona para que ejerza las acciones correspondientes contra el administrador responsable. Ahora, existen posibilidades de que un individuo exija la responsabilidad, como se expondrá en este trabajo.

Doctrinalmente, otros países exigen que para interponer la responsabilidad de los administradores están autorizados también los socios y los acreedores, pero están limitados a que la acción que interponen vaya encaminada a reconstruir el patrimonio social; a que la acción no

¹¹⁶ Código de Comercio. Artículo 190.

haya sido ejercitada por la sociedad o sus accionistas y que se trate de un acuerdo que amenace gravemente la garantía de los créditos.¹¹⁷

Es menester destacar que según nuestra legislación la responsabilidad de los administradores es solidaria, excepto en dos casos concretos:

- 1.) En los casos de delegación, siempre que por parte de los administradores no exista dolo o culpa grave.
- 2.) Cuando se trate de actos propios de determinados accionistas confiados a ellos por la escritura social o asamblea de accionistas.

Dichas excepciones se encuentran contenidas en el artículo 189 que versa:

“Artículo 189.

Los consejeros y demás administradores deben cumplir los deberes que les imponen la ley y los estatutos con la diligencia del mandatario, y son solidariamente responsables frente a la sociedad de los daños derivados por la inobservancia de tales deberes, a menos que se trate de atribuciones propias de uno o varios consejeros o administradores.

Los consejeros o administradores son solidariamente responsables si no hubieren vigilado la marcha general de la gestión o si, estando en conocimiento de actos perjudiciales, no han hecho lo posible por impedir su realización o para eliminar o atenuar sus consecuencias.

¹¹⁷ Garrigues, Joaquín (1971). Hacia un nuevo Derecho Mercantil. Madrid. P. 367.

Sin embargo, no habrá responsabilidad cuando el consejero o administrador hubiere procedido en ejecución de acuerdo de la asamblea de accionistas, siempre que no fueren notoriamente ilegales o contrarios a normas estatutarias o reglamentarias de la sociedad.

La responsabilidad por los actos o las acciones de los consejeros o administradores no se extiende a aquél que, estando inmune de culpa, haya hecho anotar, por escrito, sin retardo, un disentimiento, y dé inmediata noticia de ello, también por escrito, al fiscal; así como tampoco será responsable aquel consejero que haya estado ausente en el acto de deliberación.

Los consejeros y demás administradores serán solidariamente responsables, conjuntamente con sus inmediatos antecesores, por las irregularidades en que éstos hubieren incurrido en una gestión, si en el momento de conocerlas no las denuncia por escrito al fiscal.”¹¹⁸

Asimismo, si hacemos una lectura detallada del artículo anterior se nota que la solidaridad de los administradores se extingue si uno de los administradores se opuso desde el principio a la decisión que generó la responsabilidad, como también el administrador que estuvo ausente en el acto que se otorgó la decisión que generó el daño a la sociedad.

La acción para solicitar la responsabilidad de los administradores se extingue por los siguientes casos:

- 1) Por la aprobación del balance, pero únicamente en cuanto a las operaciones incluidas en él o en sus anexos. Sin embargo, si la operación estaba incluida en el balance, pero la aprobación fue lograda mediante datos no verídicos, la acción no se extingue pues en este caso el acuerdo fue

¹¹⁸ Código de Comercio. Artículo 189.

logrado dolosamente y a nadie le es lícito aprovecharse de su propio dolo. Tampoco se extinguirá la acción de responsabilidad contra los administradores cuando, en el momento de aprobar el balance, los miembros de la asamblea general hicieren reservas expresas, pues en este caso, la aprobación queda sujeta a condición suspensiva. Por último, tampoco extingue la acción de responsabilidad la aprobación que la asamblea general haga del balance, si en el momento del acuerdo, se resuelve ejercer tal acción.

- 2) Por aprobación del negocio o por la renuncia acordada expresamente por la asamblea general. La asamblea general, como órgano supremo, manifestadora de la voluntad colectiva y como órgano supremo de vigilancia de las actuaciones de los administradores es el más indicado para decidir sobre la marcha de los negocios y decidir, en su caso, sobre si exige o no la responsabilidad de los administradores. Las asambleas generales están compuestas por la reunión de los dueños del capital de la sociedad y en ellos repercute indirectamente los daños que se produzcan en el patrimonio social por la actuación dolosa o culposa de los administradores. Sólo a la asamblea le compete la decisión en cuanto al ejercicio o no de la acción de responsabilidad pudiendo en consecuencia hacer renuncia de ella o aprobar las gestiones y así la extinción de la responsabilidad de los administradores frente a la sociedad.
- 3) Cuando los administradores actuaron en cumplimiento o en ejecución de un acuerdo de la propia asamblea general, tampoco existe acción de responsabilidad contra los administradores pues en este caso, la única responsable es la propia asamblea general. Sin embargo, los administradores si son responsables de la ejecución de aquellos acuerdos que fueren evidentemente ilegales.

Todas estas eximentes se encuentran plasmadas en el artículo 191 del Código de Comercio, lo que hace que no pueden ser modificadas por el pacto social ni por un acuerdo de asamblea, ya que son eximentes de ley.

IV. ÓRGANO DE VIGILANCIA

a. Definición

La gran mayoría de legislaciones prevén para la sociedad anónima un sistema de vigilancia y fiscalización, desde aquel cuyo régimen es obligatorio, hasta el que no ha previsto ningún régimen de fiscalización.

Históricamente, las sociedades anónimas en Costa Rica han requerido de un órgano de fiscalización. La ley de sociedades comerciales número 6 del 24 de noviembre del 1909 establecía un régimen obligatorio permanente de fiscalización privada junto con un régimen complementario que era facultativo. El régimen obligatorio lo constituía el comité de vigilancia compuesto por tres miembros llamados síndicos y el régimen facultativo lo componían la comisión de expertos.

Ahora, nuestro Código de Comercio actual establece la posibilidad que exista un sistema de vigilancia para la sociedad, pero hace que la creación del mismo sea potestativa para los socios fundadores, si así lo disponen en el pacto social. El artículo 193 del Código de Comercio establece:

“Artículo 193.-

El sistema de vigilancia de las sociedades anónimas será potestativo y se hará constar en la escritura social.”¹¹⁹

Es necesario aclarar, que aún si la ley fija como potestativo el órgano de vigilancia las sociedades anónimas, dada su importancia económica y sumas de dinero que manejan, son inconcebibles por los propios accionistas sin un órgano de vigilancia, lo que hace que en la práctica, la sociedades anónimas siempre posean un órgano de vigilancia.

Si bien es cierto, el artículo anterior establece como potestativo el sistema de vigilancia, el Registro Público establece que para la inscripción de la sociedad, ésta debe obligatoriamente poseer un órgano de vigilancia. Lo anterior es producto de una resolución del Director del Registro Público en la cual por medio de la resolución número 21 de las ocho horas treinta minutos del treinta y uno de agosto de mil novecientos sesenta y cuatro se acordó lo anterior. En dicha resolución, el Director de Registro entiende que es facultativo en su manera de organizarse a lo interno de la sociedad, pero es obligatorio que exista un órgano de vigilancia en la sociedad anónima, sino, no puede ser inscrita la misma.

Por lo tanto, el órgano de fiscalización es obligatorio para todas las sociedades costarricenses que deseen inscribirse en el Registro Público de Costa Rica.

Las funciones de control y vigilancia las realizan, de acuerdo con nuestro Código de Comercio, tanto los socios individuales, y la asamblea de accionistas como así también el órgano permanente de vigilancia de la sociedad. Los socios individualmente la realizan mediante el ejercicio de los derechos que la ley les concede. Los socios así considerados, tienen derecho a realizar una vigilancia de la sociedad a la que pertenecen.

¹¹⁹ Código de Comercio. Artículo 193.

La asamblea general de socios realiza también funciones de control y vigilancia por ser éste el órgano supremo de la sociedad y por consiguiente, órgano supremo de vigilancia y control. Tiene un derecho amplio de información; puede dar instrucciones a los administradores, prohibirles ciertas actividades, etc. Ahora, se pasará a analizar el órgano permanente de vigilancia.

b. Órgano Permanente de Vigilancia

Nuestra legislación realiza una distinción muy amplia en cuanto a la importancia del sistema de vigilancia de las sociedades constituidas simultáneamente, de las constituidas por suscripción pública, ya que estas últimas poseen más accionistas y capital, lo que las hace extremadamente sensibles y por lo que necesitan un sistema de vigilancia más fuerte y eficaz.

El legislador costarricense dispuso en las sociedades constituidas por fundación simultánea, que el sistema de vigilancia fuera potestativo o facultativo, pero el sistema que las partes acuerden adoptar, debe ser incluido en la escritura de constitución de la sociedad porque el régimen de vigilancia si es obligatorio. En cambio, el sistema de vigilancia en las sociedades cuyo capital esté formado por suscripción pública, es único y obligatorio debiendo las partes ajustarse a la reglamentación establecida en los artículos 194 y siguientes del Código de Comercio.

Esta diferenciación que hace el legislador logra establecer como el mismo tenía en mente proteger más efectivamente a las sociedades de suscripción pública que las que no se crearon de esta manera, ya que, son más sensibles para la economía del país al estar abiertas al público en general para invertir en ellas. Esta característica hace menester fijar reglas de juego bien claras y establecer los parámetros del sistema de vigilancia de este tipo de sociedades sin dejarlo al criterio de los socios y al pacto constitutivo.

1. Número de fiscales

El Código de Comercio fija que el órgano de vigilancia estará compuesto por uno o más fiscales, los cuales pueden ser socios o no de la sociedad. Dichas características son establecidas por el artículo 195 del Código de Comercio que establece:

“Artículo 195.-

La vigilancia de las sociedades anónimas mencionadas en el artículo anterior, estará a cargo de uno o varios fiscales que pueden ser o no socios.

Salvo disposición en contrario, su nombramiento será de un año.”¹²⁰

Cabe mencionar, que los fiscales son órganos individuales, sin importar el número de fiscales, no existe un órgano de fiscales conjunto, la responsabilidad de los fiscales se considera individual según el artículo 199 del Código de Comercio, lo que hace entender que no puede haber responsabilidad colectiva de los fiscales.

2. Capacidad de los fiscales

La ley señala algunas condiciones o requisitos que deben cumplir las personas para ser capaces de ejercer como fiscales de la sociedad anónima:

- 1.) Las personas no deben de estar inhabilitadas para ejercer el ejercicio del comercio ni tampoco deben incumplir con las disposiciones legales del Código.
- 2.) No deben desempeñar otro cargo en la sociedad que van a fiscalizar, ya que tendrían intereses encontrados al momento de realizar las acciones de fiscalización.

¹²⁰ Código de Comercio. Artículo 195.

- 3.) No puede ser fiscal el cónyuge de los administradores o sus parientes consanguíneos y afines hasta el segundo grado porque el parentesco supone una comunidad de intereses incompatibles con la libertad de criterio de un órgano de control.

Todos estos requisitos son fijados por el artículo 196 del Código de Comercio.

3. Atribuciones de los fiscales

Las legislaciones por lo general le otorgan al órgano de vigilancia las más amplias facultades pudiendo en cualquier momento examinar las cuentas y libros sociales y en ciertas legislaciones deben realizar inspecciones en períodos determinados o a petición de un accionista. También, por regla general, deben presentar un informe de gestiones a la asamblea general de accionistas.

La legislación costarricense le otorga a los fiscales facultades amplias para que cumpla cabalmente con su función social de control y vigilancia. En el artículo 197 del Código de Comercio enumera una serie de facultades que constituyen a su vez obligaciones de los encargados de la labor de control y vigilancia. Sobre las facultades de los fiscales Joaquín Rodríguez dispone:

“Mucho más que unos simples revisores de contabilidad. La vigilancia ilimitada y permanente de las operaciones sociales se extiende a observar, considerar y proponer juicios críticos en la asamblea general acerca de la labor de administración desarrollada por los órganos competentes.”¹²¹

4. Responsabilidad de los fiscales

¹²¹ Rodríguez Rodríguez, Joaquín (1959). Curso de Derecho Mercantil. Editorial Porrúa. México. P. 134.

La responsabilidad de los fiscales abarca el fiel cumplimiento de las obligaciones que la ley y los estatutos les impongan y serán individualmente responsables de ejercer a cabalidad dichas obligaciones. Dicha disposición se encuentra fundamentada en el artículo 199 del Código de Comercio al establecer:

“Artículo 199.-

Las personas que ejerzan la vigilancia de las sociedades anónimas serán individualmente responsables por el cumplimiento de las obligaciones que la ley, el pacto social y los estatutos les impongan.”¹²²

Asimismo, son responsables por los daños y perjuicios que ocasionaren a la sociedad cuando no cumplan con la obligación de abstenerse de toda intervención en un negocio en que tengan interés opuesto al de la sociedad, según lo dispone el artículo 200 del Código de Comercio.

“Artículo 200.-

Las personas encargadas de la vigilancia de las sociedades anónimas que en cualquier negocio tuvieren un interés opuesto al de la sociedad, deberán abstenerse de toda intervención en él, so pena de responder de los daños y perjuicios que ocasionaren a la sociedad.”¹²³

Debido a esto último, se establece la responsabilidad de los fiscales de intervenir en el manejo de la sociedad cuando sea evidente que existe un perjuicio a la misma o a los accionistas por acciones que se realizan en ese momento.

¹²² Código de Comercio. Artículo 199.

¹²³ Código de Comercio. Artículo 200.

Capítulo III: DERECHO DE INFORMACIÓN

Sección A: Conceptos

I. Características del Derecho de Información

a. **Principales características.** Se trata del derecho que posee todo accionista, independientemente de la cantidad de acciones que posea, de solicitar a los administradores toda la información que considere importante sobre los asuntos de la sociedad. En nuestro Código de Comercio este derecho se manifiesta principalmente en los siguientes temas:

1. El derecho de los socios de examinar los libros, la correspondencia y demás documentos que comprueben el estado de la sociedad, regulado en el artículo 26, párrafo 1°.
2. La posibilidad de realizar un auditoraje a la sociedad, a solicitud del socio que represente un 20% del capital social, o el porcentaje menor fijado en los estatutos, regulado en el artículo 26, párrafo 2°.
3. La necesidad de incluir en la convocatoria los asuntos comprendidos en la orden del día, regulada en el artículo 163.
4. El deber de los administradores de colocar a disposición de los socios los libros y documentos relacionados con los fines de la asamblea durante el período comprendido entre la convocatoria y la asamblea, regulado en el artículo 164, párrafo 2°.
5. La posibilidad de los accionistas de solicitar, durante la celebración de la asamblea, todos los informes y aclaraciones que estimen necesarios acerca de los asuntos comprendidos en el orden del día, estipulada en el artículo 173, párrafo 1°.

6. La permisibilidad de interposición de una acción tendiente a anular los acuerdos tomados por la Asamblea de Accionistas, en caso de violación de este derecho, regulada en los artículos 176, 177 y 179.

Así, el Derecho de Información es esencial e insoslayable, consustancial a la calidad de socio e irrevocable por los órganos sociales. *Es un derecho individual, que se otorga al accionista no en interés de la sociedad misma, sino en interés propio, por lo que su ejercicio no es obligatorio, pero su privación puede originar la nulidad del acuerdo tomado con dicho vicio*¹²⁴. Además es un derecho inalienable, inderogable e indiscutible del socio, individualmente considerado o pro cuota. El mismo se manifiesta, por lo general, en dos aspectos: de un lado, en la inspección de la información documental como presupuesto lógico para la intervención en las Asambleas de Accionistas; de otro lado, en el derecho de pedir información verbal, dentro de la misma Asamblea, sobre la marcha de las operaciones sociales. En uno y otro aspecto, la legislación tiende a evitar un posible abuso que pueda traducirse en un daño para el interés social, esto es, para la sociedad misma¹²⁵, pero más que a la sociedad, para los accionistas. Este derecho le corresponde al accionista por el solo hecho de poseer esta condición, y le permite obtener de los Administradores los datos y conocimientos necesarios acerca del desenvolvimiento y marcha de los asuntos de la sociedad. En este sentido, y en relación con los deberes de los Administradores, BRUNETTI nos dice que de la administración se derivan obligaciones de distinto género frente a la colectividad social, que se traducen en derechos de los socios, entre los que enumera, precisamente, al Derecho de Información y de control que consiste en el derecho que tiene todo

¹²⁴ Gutiérrez, Laureano (1988). Derecho Mercantil. Editorial Astrea, Argentina. P. 242.

¹²⁵ Certad, Gastón (1993). Apuntes sobre las obligaciones de informar o no informar que tienen los Administradores de las sociedad anónimas. Revista Ivstitia. Mes Septiembre, Número 81. P. 5.

socio no administrador de ser informado en todo momento de la marcha de la gestión común, de examinar la contabilidad y de hacerse presentar la correspondiente rendición de cuenta¹²⁶.

Para mayor claridad conceptual, partiremos de la concepción bimembre del Derecho de Información propuesta por ROMERO¹²⁷, que divide este derecho en Derecho de Información “en sentido estricto” y Derecho de Información “en sentido amplio”. Tanto en uno como en otro caso se trata de garantizar el suministro de informaciones que, por la ocasión seleccionada por Ley para su obtención por los socios y por su contenido, juegan un papel trascendental en la formación de la voluntad social hecha efectiva a través de los acuerdos de la Asamblea General.¹²⁸

El Derecho de Información en sentido amplio se refiere a la obligación de poner a disposición del accionista, en teoría al margen de toda iniciativa de su parte, determinadas informaciones documentales sujetas a parámetros de forma y contenido, relativamente precisadas por ley.¹²⁹ Se trata del derecho que tiene el accionista para solicitar el acceso a información documental. Este derecho está respaldado por mecanismos que le imponen al Órgano de Administración la obligación de elaborar y poner a disposición de los accionistas una información documental determinada, que goza de un contenido preciso. En el transcurso del presente trabajo nos referiremos a este tipo de derecho también como derecho de información documental, misma que está regulada en nuestro Código de Comercio principalmente en el artículo 26, que establece

¹²⁶ Brunetti, Antonio (1960). Tratado del Derecho de las Sociedades, Editorial UTHEA, Argentina. Citado por: Certad, Gastón. Op.cit. P. 5.

¹²⁷ Romero Fernández, Jesús (2001). El Derecho de Información del Accionista , Objeto, Límites y Forma. Editorial Marcial Pons, Madrid. P.15.

¹²⁸ Romero Fernández, Jesús. Op.cit. P.15.

¹²⁹ Romero Fernández, Jesús. Op.cit. P.15.

que: “Los socios tendrán el derecho de examinar los libros, la correspondencia y demás documentos que comprueben el estado de la sociedad. Si se estorbare en forma injustificada el ejercicio de este derecho, el Juez, a solicitud del interesado, ordenará el examen de libros y documentos, a fin de que éste obtenga los datos que necesita.”

Por otro lado, la modalidad del Derecho de Información en sentido estricto es desplegada, en principio, únicamente durante las asambleas y su ejercicio está confiado enteramente a la iniciativa del accionista. Efectivamente, se trata de la posibilidad que tienen los accionistas de formular verbalmente preguntas a los administradores durante el transcurso de la asamblea, sobre los distintos puntos a tratar en la misma. La finalidad de este derecho de información en sentido estricto es la de ofrecer un medio al accionista que le permita complementar la información documental previamente estudiada para su comparecencia informada a la asamblea.

El derecho de información en sentido estricto es un “...broche que cierra el conjunto de disposiciones que garantizan el acceso de los socios a informaciones de su interés, y ello porque el derecho de información en sentido estricto pierde su virtualidad cuando, por carecer el accionista de información previa, no tiene sus ideas lo suficientemente claras, sobre los asuntos a debatir en la junta, como para saber qué conviene preguntar, lo que hace del derecho de información documental el estímulo imprescindible sin el cual el socio no se encontrará en situación de ejercitar conscientemente su derecho a inquirir los informes y las aclaraciones en los asuntos sobre los que puede hacer valer su derecho de información en sentido estricto.”¹³⁰

También nos referiremos a esta modalidad del Derecho de Información en Sentido estricto como Derecho de Información verbal, regulada en el Código de Comercio en el artículo 173, donde se

¹³⁰ Romero Fernández, Jesús Antonio (2000). El Derecho de Información Documental del Accionista. Barcelona, España. Editorial Marcial Pons. Pág. 54.

establece que: “Los accionistas podrán solicitar, durante la celebración de la asamblea, todos los informes y aclaraciones que estimen necesarios acerca de los asuntos comprendidos en el orden del día.”

En general, el Derecho de Información tiene una doble importancia, ya que no sólo ejerce una función protectora del voto, el más importante de los derechos corporativos, sino que además es fundamental para determinar cuál es la utilidad a que tiene derecho cada socio al final de cada ejercicio, a saber, el más importante de los derechos patrimoniales.¹³¹

El reconocimiento y ejercicio del Derecho de Información constituye una verdadera y permanente garantía durante todo el transcurso de la vida social, pero su mayor notoriedad o relevancia la adquiere en la época precedente a la celebración de la Asamblea General de Accionistas y durante su ulterior desarrollo.¹³²

Para que la finalidad del Derecho de Información documental se cumpla a cabalidad es fundamental la disponibilidad por parte de los socios de “los libros, la correspondencia y demás documentos que comprueben el estado de la sociedad.”¹³³. Dentro de estos últimos se encuentran los documentos referentes a la gestación, ejercicio y ejecución de los negocios sociales, incluyendo la memoria anual del balance, inventario, actas, libros contables e informes de auditores, que deben ponerse a disposición de los socios en las oficinas de la sociedad durante todo el plazo señalado en los estatutos, o en su defecto quince días antes de la fecha señalada

¹³¹ En este sentido, ver Código de Comercio, artículos 163, 164 párrafo 2°, 172 y 173, y respecto a distribución de utilidades ver artículos 27, 141, 142 y 155 inciso b)

¹³² En este sentido ver Sandoval López, Ricardo (1990). Manual de Derecho Comercial, Tomo I, Editorial Jurídica de Chile, Santiago. P. 475.

¹³³ Código de Comercio, artículo 26.

para la reunión, sin que pueda computarse en este plazo ni el día de publicación de la convocatoria, ni el de la celebración de la Asamblea.¹³⁴

Es pertinente que durante este mismo plazo también se permita a los socios examinar toda la documentación necesaria para que tomen decisiones informadas respecto a los asuntos comprendidos en el Orden del Día que tengan relación con las empresas vinculadas con la sociedad, incluidos sus antecedentes. Por vinculadas nos referimos a las sociedades en relación de simple participación accionaria, en relación de dominio y en relación de grupo.¹³⁵

Así, nuestra posición es que las circunstancias que se refieran a sociedades jurídicamente independientes de aquella a la que pertenecen los accionistas que requieren la información, pero controladas o relacionadas de manera que incida con los puntos de la orden del día de aquella, en algunos casos si pueden considerarse objeto del Derecho de Información en sentido estricto de dichos accionistas. En este sentido, el artículo 173 del Código de Comercio establece la facultad de los accionistas para solicitar informes y aclaraciones sobre los asuntos comprendidos en el Orden del Día, y el artículo 155 de dicho cuerpo normativo establece dentro de los asuntos a tratar en las Asambleas ordinarias se encuentra la aprobación o no de la distribución de utilidades. Parece lógico pensar que para establecer las utilidades generadas por la sociedad es de gran importancia determinar precisamente los ingresos o las pérdidas de las empresas vinculadas, de donde se deduce que los socios están facultados para pedir la información necesaria para tomar las decisiones respectivas. En el caso de las Asambleas ordinarias los accionistas pueden ejercer su Derecho de Información sobre los asuntos de interés de las sociedades vinculadas, aún

¹³⁴ Código de Comercio, artículo 164.

¹³⁵ Código das Sociedades Comerciais Português de 1986, aprobado por el decreto-ley número 262/86, publicado el 2 de septiembre de 1986 en el Diario da República portugués.

en el supuesto de que no se haya incluido dentro del Orden del Día un punto sobre este tema en particular, esto ya que, como se dijo con anterioridad, el legislador contempló dentro de los asuntos objeto de este tipo de Asambleas el referente a la distribución de utilidades.

En lo que se refiere a los accionistas de la empresa principal que piden información sobre empresas vinculadas, cabe decir que el Derecho de Información no se puede ejercitar por aquellos de modo ilimitado. Así, en el caso de estas relaciones entre empresas vinculadas, sólo pueden ser objeto del Derecho de Información los asuntos referidos a las repercusiones que tienen aquellas relaciones sobre la situación de la sociedad misma. Consecuentemente, la obligación de informar se extiende al ámbito de las vinculaciones entre empresas sólo en la medida en que el hecho del vínculo aparezca relevante para valorar la situación de la sociedad

Si se cumple el supuesto anterior de la vinculación entre la información solicitada y su importancia para determinar puntos a ser tratados en el Orden del Día, creemos que sería sano poner a disposición de los socios dicha información con la antelación necesaria para que puedan informarse ampliamente, siendo que en dichos supuestos *el balance deberá consolidarse y el dividendo mínimo deberá calcularse sobre las utilidades líquidas consolidadas*¹³⁶. Y es que precisamente la complejidad de las cuentas consolidadas hace que se puedan suscitar dudas por parte de los accionistas, a cuya clarificación puede orientarse el ejercicio del Derecho de Información en sentido estricto de dichos accionistas.

Con respecto a la consolidación de cuentas, solamente se dirá brevemente que éstas constituyen una expresión de la rendición de cuentas del grupo debida a los accionistas de la sociedad principal, y de aquellas filiales que, por ser a su vez sociedades dominantes de otras del grupo,

¹³⁶ Sandoval López, Ricardo. Op. cit. P.476.

estén obligadas a redactarlas en virtud de los criterios de sub-consolidación. La orientación informativa de las cuentas consolidadas atiende a un objetivo específico: proporcionar una imagen fiel de la situación global del conjunto constituido por las sociedades incluidas en la consolidación. Para estos casos, cuando la Asamblea General de los accionistas de la sociedad dominante vaya a tomar la decisión de aprobar las cuentas, será objeto del Derecho de Información tanto documental como verbal de estos socios el solicitar todos los documentos, informes y aclaraciones que estimen necesarios sobre este tema en particular.¹³⁷

En cualquier caso la información, de tipo contable y financiera, puesta a disposición de los titulares del derecho debe cumplir con 3 características: completez, veracidad y publicidad.¹³⁸

Completez: Con este requerimiento se busca que el socio inversionista pueda obtener una real representación de la situación financiera de la sociedad; de este modo, y tomando en cuenta lo difícil del manejo de la información técnica, la completez está dirigida al acrecentamiento y enriquecimiento del conocimiento de causa del accionista individual sobre la marcha social, en aspectos de difícil determinación. Así, dirigido a la consecución de este objetivo se encuentra la moderna tendencia del derecho societario europeo que busca el enriquecimiento del desarrollo analítico del sistema contable, junto con una paralela información complementaria, orientada hacia una mayor y mejor comprensión de los datos contables.

Publicidad: Es el aspecto al cual se le ha brindado más atención en las modernas tendencias europeas del Derecho de Información en relación con las sociedades cotizadas en bolsa. En este tipo de sociedades, de la concepción del Derecho de Información Documental del accionista, que

¹³⁷ Duque Domínguez, J. F. Las condiciones de la consolidación de las cuentas anuales, citado por Romero Fernández, Jesús. Op.cit. P.26.

¹³⁸ Sandoval López, Ricardo. Op. cit. P.245-247.

podía o no ser ejercitado, se ha pasado al deber de información de la sociedad, y del interés del accionista actual al interés del accionista potencial y al público en general. De esta manera se observa el tránsito de la información privada como derecho individual del accionista, a la publicidad informativa como obligación y deber general de la sociedad de comunicar al público los más relevantes datos acerca de la situación patrimonial y rentabilidad de la sociedad. En el caso de las entidades relacionadas con el mercado de valores, la ley textualmente dispone:

“Con las salvedades previstas en esta ley, la Superintendencia podrá ordenar a los emisores de valores y a cualquier otra entidad relacionada con los mercados de valores, que comunique de inmediato al público, por los medios razonables y proporcionados que la Superintendencia determine, cualesquiera hechos o informaciones que a su criterio sean relevantes para el público inversionista y cuya difusión sea necesaria para garantizar la transparencia del mercado. Si la entidad apercibida se negare injustificadamente a divulgar la información requerida, la Superintendencia podrá hacerlo directamente por cuenta de aquella, y podrá certificar, con carácter de título ejecutivo, el costo de las publicaciones para proceder a su recuperación, sin perjuicio de las sanciones que corresponda imponer al infractor.”¹³⁹

Así, en el caso de sociedades de capital abierto, se prevé no solo la obligación de brindar información a los accionistas, sino que también se establece su deber de mantener informado al público en general de los hechos relevantes que atañan a la sociedad, pero no cualesquiera hechos, sino que debe tratarse de hechos relevantes tanto para los inversionistas actuales, como para los potenciales, de modo que se garantice la transparencia del mercado. Se aclara que no es objeto de este trabajo el análisis de las sociedades de capital abierto, aunque si se mencionarán

¹³⁹ Ley numero 7732, Ley Reguladora del Mercado de Valores, artículo 150.

situaciones sobre este tipo de sociedades que son de interés para una mejor comprensión del Derecho de Información.

Veracidad: Esta característica de la información brindada al accionista se refleja en el ofrecimiento de una imagen fiel y exacta de la situación patrimonial de la sociedad, siendo de vital importancia a este respecto el correcto desempeño de sus funciones por parte del órgano fiscalizador; esta situación ha orientado la tendencia de algunos ordenamientos jurídicos de posibilitar la censura de cuentas anuales en manos de individuos con habilidad profesional al respecto, quienes deberán además verificar la concordancia de éstas con el informe de gestión realizado por la administración.

El cumplimiento de todas estas garantías permite una mayor preparación del accionista para encontrarse en condición de ejercer su voto en la Asamblea con un verdadero y completo conocimiento de causa.

En el caso del Derecho de Información existen dos partes bien determinadas en medio de la relación, una que posee la información, y otra que tiene el derecho de recibirla. Los Administradores son independientes del empresario, y tienen la obligación de informarle en determinadas ocasiones; de esta forma estarían cumpliendo su mandato.¹⁴⁰ La responsabilidad de dichos Administradores en caso de negar información válidamente solicitada, o brindarla cuando no corresponde hacerlo, será objeto de estudio más adelante.

Siguiendo con el tema de la titularidad del Derecho de Información, cabe decir que tradicionalmente se ha considerado al accionista como el único beneficiario de la obligación de

¹⁴⁰ García Villaverde, Rafael (1991). Derecho a la información del Socio y del Administrador (sobre la existencia de un derecho de los miembros del Consejo de Administración) en Cuadernos de Derecho y Comercio. Número 10, Consejo General de los Colegios Oficiales de Corredores de Comercio, Hispagraphis S.A., Salamanca, Madrid. P.9.

proporcionar información por parte de los Administradores, pero en el caso de las sociedades anónimas de capital abierto se busca el ofrecimiento al público de información que ayude a determinar la situación legal y financiera de la compañía. Lo anterior también en el entendido de que un público inversionista con suficiente conocimiento de la empresa en la que va a poner su dinero, y unos accionistas suficientemente informados, ayudarán a una mejor fiscalización del funcionamiento de las sociedades de capital abierto. En este sentido, por ejemplo, el artículo 46 de la ley 18046 de la República de Chile dispone precisamente esta apertura al público en general. Este tipo de previsiones adquiere sentido ante la situación de que los negocios de las sociedades anónimas abiertas interesan no sólo a los accionistas, sino también al público en general, en el sentido de favorecer al ahorrante o al pequeño inversionista en la obtención de información completa, oportuna y veraz, para orientar el destino de su iniciativa de inversión. En relación con el artículo 150 de la ley 7732, el citado artículo de la ley 10846 de la República de Chile dice:

“Art. 46. El directorio deberá proporcionar a los accionistas y al público, las informaciones suficientes, fidedignas y oportunas que la ley y, en su caso, la Superintendencia determinen respecto de la situación legal, económica y financiera de la sociedad. Si la infracción a esta obligación causa perjuicio a la sociedad, a los accionistas o a terceros, los directores infractores serán solidariamente responsables de los perjuicios causados. Lo anterior no obsta a las sanciones administrativas que pueda aplicar, en su caso, la Superintendencia y a las demás penas que establezca la ley.”¹⁴¹

¹⁴¹ SANDOVAL LÓPEZ (Ricardo) Op. Cit. P. 477.

Para el caso de las sociedades anónimas costarricenses de capital abierto se considera acertada la tendencia hacia el desarrollo del Derecho de Información en sentido amplio, de modo que se ponga a disposición del accionista la información documental sobre los diferentes asuntos a tratar en la asamblea con anterioridad a la misma, y sin necesidad de que el accionista tenga que solicitarla, debido a las razones expuestas previamente.

En nuestro país, en el caso de las sociedades anónimas que no funcionan como entidades de capital abierto, el ejercicio del Derecho de Información actualmente es facultad exclusiva de todos los accionistas, sean ordinarios o de acciones especiales, pero no de las personas que sin tener la condición de socio asistan a las Asambleas con voz pero sin voto, ni mucho menos de los simples interesados no accionistas.

Es importante señalar que aunque, como se dijo con anterioridad, este derecho se encuentra íntimamente ligado a la condición o status de socio, podría suceder que en la celebración de una determinada Asamblea pudiera ser ejercido por algún individuo que, sin ser socio, ostentare la representación de uno o varios accionistas, en lo referente a las solicitudes de información formuladas sobre los asuntos en discusión¹⁴², siendo que en este caso dicho sujeto de hecho se debe tomar en cuenta como si fuera un accionista.

Sin embargo, ante la posición anterior de permitir la delegación del ejercicio del Derecho de Información por medio de un representante, se encuentra la posición que observa al Derecho de Información como un derecho personalísimo y por tanto inderogable. LYON CAEN y RENAULT, haciendo referencia a la preeminencia y pureza del *intuitu personae* rechazan la posibilidad de que los negocios sociales puedan ser realizados por alguien extraño a la sociedad,

¹⁴² Uría González, Rodrigo y otros. Comentario al Régimen Legal de las Sociedades Mercantiles, Editorial Civitas S.A. Madrid, España. P.263.

ni siquiera en forma esporádica. Por otro lado, DEMOGUE asume una posición ecléctica, admitiendo la figura de la delegación en el ámbito de las sociedades comanditarias, y rechazándolo en las colectivas.¹⁴³ No nos parece sustentable la posición de restringir la figura de la delegación, y mucho menos de prohibirla, sobre todo si se piensa en el caso de las sociedades que son a su vez accionistas de otras sociedades, y que evidentemente deberán actuar a través de un representante. Por ello, la posición más difundida permite la presencia de la figura delegativa, con el requisito de que ésta recaiga sobre una persona de confianza.

Hoy, dadas las transformaciones coyunturales a las cuales las sociedades han debido amoldarse, se permite el uso de la figura de la delegación, lo anterior para una mayor agilidad en el medio social y para no hacer nugatorio el ejercicio de sus derechos a los socios que por alguna razón no desean o no pueden asistir a una Asamblea de Accionistas; lo anterior siempre en el entendido de que el mandatario actúe dentro de lo indicado por el propietario de la acción. En el Código de Comercio se toca, por un lado, el asunto de la copropiedad de acciones, donde se exige que solo uno de los copropietarios actúe en la asamblea, y también el caso de pignoración y embargo de acciones, situaciones todas un tanto diferentes entre sí, que serán analizadas más adelante.

De todos modos consideramos que en el Código de Comercio debería regularse mejor el tema de la legitimación para el ejercicio del Derecho de Información en el caso de los sujetos que actúan no en nombre propio, sino en representación de otros accionistas, con su consentimiento voluntario, esto dado que en dicho cuerpo normativo únicamente se toca el asunto de la pignoración y el embargo de acciones, que son situaciones un tanto diferentes. Así, en el caso de los sujetos que actúan en representación de uno o varios accionistas, precisamente para el

¹⁴³ Bergamo, Alejandro (1951). Instituciones de Derecho Mercantil. Tomo I. Editorial Reus. Madrid. P. 252,253.

ejercicio informado de los derechos de sus representados, se debe permitir al mandatario ejercer el Derecho de Información, tanto documental como verbal.

Una situación particular que se podría dar en el supuesto de que participe en la Asamblea de Socios un sujeto como representante de Accionistas que tengan el 20% del capital social, o el porcentaje menor fijado en los estatutos, es el hecho de que ni siquiera el Presidente podría denegar cualquier eventual informe o aclaración solicitada por dicho mandatario en relación con los asuntos comprendidos en el Orden del Día, aún y cuando a su juicio la entrega de la información pueda causar un perjuicio a los intereses sociales. Ni siquiera en el supuesto de que los demás socios presentes en la Asamblea General acuerden negar el acceso de dicho sujeto a la información solicitada, sobre los asuntos comprendidos en el orden día, ésta podría serle negada, debido a que la ley únicamente establece un supuesto: que la solicitud de informes o aclaraciones provenga de socios que representen un quinto del capital social, o el porcentaje menor fijado en los estatutos. De cumplirse con el supuesto, se dará la consecuencia, sin que exista en la ley un mecanismo para contrarrestar esta situación, esto es, se deberá entregar los informes y aclaraciones solicitadas, lo anterior con las salvedades que se explicarán durante el desarrollo del presente trabajo, como por ejemplo el caso del abuso de derecho, o las informaciones protegidas por la Ley 7975, Ley de Información no Divulgada.

Otra de esas salvedades es el caso de la información objetivamente innecesaria, tema a tratar más adelante. Por ahora basta decir que en estos casos la información si puede ser negada, pero esta situación debe presentarse y señalarse de forma clara, completa y taxativa, de tal manera que la efectiva regulación evite abusos en su ejercicio. En este sentido, el Código de Comercio dispone que la persona a la que se le niega la información tiene el derecho de que tanto su petición como

los motivos aducidos para denegar tal información figuren en el acta¹⁴⁴, lo cual es el primer paso, de un accionista inconforme con la denegación del acceso a información solicitada, en caso de que quiera llevar a cabo una posterior acción legal.

Contrario a lo que tradicionalmente se tiende a suponer, la información contemplada por este derecho no se agota únicamente en el ámbito contable, sino que también se expande hacia otros momentos de sustancial importancia en los cuales los intereses sociales pueden verse comprometidos. Mencionaremos algunas de esas situaciones, mismas que serán objeto de un análisis más profundo más adelante:

-Modificación de Estatutos: Aunque en nuestro ordenamiento jurídico no existe una disposición expresa en este sentido, a la hora de plantear la posibilidad de modificar el pacto social, lo correcto es que se ponga a disposición de los accionistas una previa justificación por escrito, donde se indiquen los extremos a modificar junto con el sentido de dichas modificaciones; así, en la convocatoria se debería indicar expresamente los puntos a modificar del Pacto Constitutivo. Además se debería indicar expresamente que los accionistas pueden tener acceso al informe justificativo, así como al texto íntegro de la modificación, e inclusive consideramos sana la inclusión en los estatutos sociales de la facultad de los accionistas para solicitar el envío gratuito de estos documentos.¹⁴⁵

-Operaciones de aumento o reducción de capital: Este es otro caso ante el cual la sociedad se encuentra obligada a brindar y facilitar la información requerida a los accionistas, esto por razones lógicas de defensa de capital social y de paridad o igualdad de trato entre ellos. Con esto,

¹⁴⁴ Código de Comercio, artículo 173.

¹⁴⁵ En este sentido ver Ley de Sociedades Anónimas de España. Decreto Legislativo 1564 de 22 de Diciembre de 1989, art. 144 inciso c.

deben considerarse básicamente 3 situaciones: a) En el caso de que existan aportes de contenido no dinerario, debería existir una documentación a manera de memoria elaborada por los Administradores sobre tales aportaciones, así como un informe técnico elaborado por especialistas independientes en el cual se procede a la valoración de aquellas. b) Si la operación de aumento o disminución va a efectuarse por medio de la figura de compensación de créditos, debe ponerse a disposición del legitimado el correspondiente certificado del auditor de cuentas, el cual acredita a la vista de la contabilidad social la fidelidad de los datos dados a conocer por los Administradores sobre dichos créditos. c) Si la operación descrita se lleva a cabo por medio de cargo a reservas, deberían colocarse a disposición, constituyéndose con base en la operación, el correspondiente balance auditado.¹⁴⁶

-Publicidad Informativa de las Ofertas de Suscripción Preferente: Esto se realiza por medio de la respectiva publicación a través de la Gaceta, lo cual puede sustituirse en el caso de acciones nominativas por comunicación escrita a cada uno de los socios, dependiendo de cada caso particular. Lo anterior además en el entendido de que en el pacto constitutivo se establezca la obligación de ofrecer a los accionistas de la sociedad las acciones antes que a terceros.

-Informe Explicativo de Bases y Modalidades de la operación de emisión de obligaciones convertibles en acciones: Éste debe ser redactado por los miembros del órgano administrador; en conjunto con el informe emitido por los auditores de cuentas, debe colocarse a disposición de los accionistas al momento de convocar la Junta que vaya a tomar el acuerdo de emisión de obligaciones convertibles. Sobre este tema, la derogada ley 7201 establecía lo siguiente:

¹⁴⁶ Ibidem, artículos 145-147.

“Podrán emitirse obligaciones convertibles en acciones, con sujeción a las siguientes normas:

a) Deberá establecerse en el acuerdo de emisión el plazo dentro del cual debe ejercitarse el derecho de conversión.

b) Las obligaciones convertibles no podrán colocarse por abajo o a la par; los gastos de emisión y colocación de las obligaciones se amortizarán durante la vigencia del préstamo.

c) Durante la vigencia de la emisión de obligaciones convertibles, la sociedad no podrá tomar ningún acuerdo que perjudique los derechos de los obligacionistas derivados de las bases establecidas para la conversión.

ch) En el acuerdo de emisión deberá autorizarse el aumento de capital necesario para la conversión, siempre que se haga uso de la designación "capital autorizado". Deberá acompañarse de las palabras "para la conversión de obligaciones en acciones". Respecto de estas acciones no rige el derecho de suscripción preferente de los accionistas.

d) Las acciones en tesorería que en definitiva no se canjeen por obligaciones, serán canceladas.”¹⁴⁷

Actualmente, en la vigente Ley Reguladora del Mercado de Valores, número 7732, lo único que se establece con respecto a las obligaciones convertibles es que le corresponde al CONASIFF especificar las condiciones en que se puede exonerar parcialmente del cumplimiento de los requisitos dispuestos en el Capítulo I de dicha ley las emisiones de obligaciones convertibles en

¹⁴⁷ Ley Reguladora del Mercado de Valores y Reformas al Código de Comercio, número 7201, artículo 159.

acciones.¹⁴⁸ Pareciera que existe en este sentido un vacío normativo, donde los adquirentes de obligaciones convertibles en acciones podrían encontrarse desprotegidos. Así, estos sujetos no obstante el evidente interés en la debida marcha de los asuntos sociales, estarían imposibilitados para solicitar informes y aclaraciones sobre asuntos que podrían ser relevantes, hasta tanto no sean accionistas propiamente de la sociedad en la que invirtieron sus recursos.

-Información en casos de fusión: Nuestro Código de Comercio establece que:

“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.”¹⁴⁹

El caso de la fusión de sociedades es uno de los ejemplos más claros en los que se debe permitir a los socios el ejercicio pleno de su Derecho de Información. Así, tanto en el caso de que desaparezcan ambas sociedades y surja una nueva persona jurídica, como en el caso de que sea una de las sociedades la que absorba a las otras, las implicaciones que tiene para los accionistas de ambas sociedades una fusión hacen que en este tipo de operaciones sea fundamental garantizar el conocimiento, de ambas partes, de la totalidad de los textos legales sobre los cuales se fundamentará la dicha fusión, sobre todo del así llamado “acuerdo de fusión”.

¹⁴⁸ Ley Reguladora del Mercado de Valores, número 7732, artículo 14.

¹⁴⁹ Código de Comercio, artículo 220.

En el capítulo X del Código de Comercio se regula el procedimiento y las disposiciones generales para llevar a cabo la fusión de sociedades. Primero los representantes legales de cada una de las sociedades que intenten fusionarse deben preparar un proyecto de acuerdo que firmarán, en el cual se harán constar los términos y condiciones de la fusión, el modo de efectuarla y cualesquiera otros hechos y circunstancias que sean necesarios de acuerdo con sus respectivas escrituras sociales.¹⁵⁰ Posteriormente ese acuerdo debe ser sometido a votación en Asamblea Extraordinaria de Accionistas de cada una de las sociedades a fusionar. Evidentemente el principal punto del Orden de Día a tratar en esa Asamblea será la fusión, con lo cual los accionistas estarán facultados para ejercer su Derecho de Información sobre este punto. Podrán pedir todos los informes y aclaraciones que consideren necesarios, y podrán solicitar que les sea entregado para su estudio el proyecto de acuerdo de fusión, previamente redactado por los representantes legales de las sociedades que se pretende fusionar, en el cual deben estar los términos y condiciones de la fusión, el modo de efectuarla y cualesquiera otros hechos y circunstancias que sean necesarios de acuerdo con sus respectivas escrituras sociales. Además, pueden pedir el texto de la escritura de fusión. De este modo se garantiza que los accionistas tomen una decisión verdaderamente informada, previo análisis de las serias implicaciones que conlleva una fusión, lo anterior sobre todo teniendo en cuenta que el activo y el pasivo de las sociedades fusionadas serán asumidos por la nueva compañía.

Se comparte la posición del Ordenamiento Jurídico español, en el sentido de que lo más conveniente es que los documentos legales, desde el momento de publicarse la convocatoria de la Junta, estén a disposición de los accionistas, sea por medio de examen en el domicilio social o mediante la petición de envío o entrega gratuita de los textos íntegros. En España los documentos

¹⁵⁰ Código de Comercio, artículo 221.

que deben ser puestos a disposición de los accionistas son: el proyecto de fusión, cuentas anuales e informes de fusión y auditoría de los tres últimos ejercicios anuales, balances de fusión de las sociedades, informes de Administradores y especialistas independientes sobre tal proyecto, el proyecto de escritura de la nueva sociedad o bien las modificaciones introducidas en el estatuto de la absorbente, estatutos vigentes de las sociedades participantes, relación de los Administradores actuales indicando desde cuando desempeñan el cargo y quiénes se propondrán para fusión¹⁵¹.

-Información en casos de transformación: El caso de la transformación de sociedades previsto en el Código de Comercio es otro ejemplo de una situación donde es vital garantizar el Derecho de Información de todos los accionistas, debido a las enormes repercusiones que podría generar para aquellos una decisión de este tipo. Sobre este tema nuestro Código de Comercio establece que:

“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.

¹⁵¹ En este sentido ver Ley de Sociedades Anónimas de España. Decreto Legislativo 1564 de 22 de Diciembre de 1989, artículos 234-238.

El activo y el pasivo continuarán asumidos por la compañía y podrá seguirse la misma contabilidad, con sólo que el Departamento de Legislación de Libros de la Tributación Directa, consigne en los libros la transformación producida”.¹⁵²

Sobre este particular, sólo se dirá que es aplicable lo dicho para el caso de la fusión de sociedades, en el sentido que para un correcto ejercicio del Derecho de Información, el representante legal de la sociedad cuya especie se pretende modificar debería presentar un informe de la totalidad de los cambios que se le van a hacer a la compañía, con una explicación detallada de las implicaciones para sus miembros de tal modificación. Además debería ponerse a disposición de los accionistas, también en este caso, el texto del nuevo pacto constitutivo.

Creemos que para fortalecer el ejercicio del Derecho de Información documental por parte de los accionistas de las sociedades mercantiles de nuestro país, es necesario que se establezca un deber informativo social con respecto al accionista, de modo que él pueda recibir una información que no es necesario solicitar, sino que de iure le viene dada. En sentido estricto, y siempre bajo la perspectiva de las modernas legislaciones, el Derecho de Información faculta al socio a solicitar información, pero referida a aquella que de otro modo no podría tener a su alcance. Esta situación incide, por circunstancias obvias, en la mayor y mejor preparación del socio para su consecuente participación en la dinámica de las Asambleas generales.¹⁵³

¹⁵² Código de Comercio, artículo 225.

¹⁵³ En este sentido ver Ley de Sociedades Anónimas de España. Decreto Legislativo 1564 de 22 de Diciembre de 1989, artículo 112.

b. Derecho de Información como derecho fundamental

Tradicionalmente se ha colocado por la doctrina, junto a los derechos individuales del socio, los denominados derechos medios, llamados por algunos “derechos subordinados”, los cuales son concedidos con el fin de facilitar el ejercicio pleno de los primeros. Cabe señalar que al igual que aquellos, estos derechos no pueden ser suprimidos por modificación estatutaria, sea cual fuere la mayoría que la aprobase¹⁵⁴.

Dentro de la concepción bipartita de derechos fundamentales e instrumentales se le debe otorgar primacía al derecho de voto entre los primeros. Este debe considerarse, bajo esta perspectiva, como derecho fundamentalísimo, pues a través de él se forma la voluntad colectiva, tomándose consecuentemente los acuerdos de mayor relevancia en el curso social; derivado de lo anterior se ha considerado al Derecho de Información como aquel derecho que permite al socio lograr una visión realmente certera de las políticas sociales aplicadas, así como las aplicables en el futuro, consolidándose criterios firmes para un ejercicio razonable y certero del voto en la celebración asambleísta.¹⁵⁵

Cabe mencionar que durante mucho tiempo se consideró al Derecho de Información como un derecho medio, o de tipo instrumental, pero estas posiciones doctrinales se fundamentan en reducir la importancia y trascendencia del Derecho de Información a la afirmación de que su única utilidad es para el mejor conocimiento de los asuntos sobre los cuales habrá que manifestarse por medio del voto.

¹⁵⁴ Mantilla, Roberto (1992). Derecho Mercantil. Tomo I, Editorial Ariel, Barcelona, España.P.338

¹⁵⁵ Brenes, Omar y otros (1989). Tesis. Nulidades de los Acuerdos de las Asambleas de Accionistas y Junta Directiva de las Sociedades Anónimas. Tesis para optar por el grado de licenciado en derecho, Facultad de Derecho, Universidad de Costa Rica.

En definitiva, esa teoría conceptúa al Derecho de Información subordinado al derecho de voto, sin embargo, modernamente, la doctrina y el mismo ejercicio de este derecho ha modificado esta concepción. Así, el Derecho de Información ha llegado a tener una justificación autónoma e independiente al derecho de voto, esto por supuesto sin dejar de lado la lógica y necesaria interrelación que debe existir entre todos los derechos; por ejemplo, en el caso de obtención de información sobre las cuentas anuales, informe de auditoría e información de gestión, este derecho puede ser ejercido con total independencia del hecho de que el accionista asista y vote en la Asamblea General de Accionistas; además esta subordinación al derecho de voto pierde sustento y credibilidad desde el momento que observamos la posibilidad del Derecho de Información de constituirse en apoyo de ejercicio de otros derechos, tales como el de impugnación de acuerdos, el de transmisión accionaria, etc. Bajo esta perspectiva, es notable y parece bien orientada la concepción del Derecho de Información como atributo de cualquier accionista que de él necesite, y no sólo a los asistentes a la Junta, ni siquiera en la modalidad de la información que están obligados a suministrar los Administradores con anterioridad a la celebración de una Asamblea como lo indican los artículos 26 y 164 del Código de Comercio de Costa Rica. Con esto lo que se quiere afirmar es que la necesidad y trascendencia del Derecho de Información, no puede reducirse a un momento o espacio temporal predeterminado, para el ejercicio único de otro derecho fundamental, si no que, éste se manifiesta con total independencia, y con una importancia autónoma en diversos momentos de la vida societaria.

Así, podría decirse que se trata de una facultad complementaria al derecho de voto, pero independiente de él, pues si bien su eficacia se aprecia de modo especial en relación con la emisión del voto, no queda exclusivamente reducida a los supuestos de participación del accionista en la formación de la voluntad social. El derecho de obtener información dentro de los

límites legalmente establecidos se conserva incluso en relación con aquellos asuntos que dentro del Orden del Día no requieran adopción de un acuerdo o cuyo debate no concluya en una votación; y se manifiesta también como un presupuesto para la efectividad del ejercicio de cuantos derechos derivan de la cualidad de socio, sea accionista ordinario o titular de acciones preferentes, todos los cuales ostentan el derecho inderogable de información.

Por esto, la doctrina niega que sea un simple complemento del voto, sino que muestra el verdadero sentido del carácter instrumental que se le atribuye tanto cuando posibilita al accionista el oportuno ejercicio de los demás derechos, como cuando contribuye a hacer efectiva su participación en la dirección y control de la sociedad¹⁵⁶, y por esto es que los accionistas con voz pero sin voto pueden pedir información durante la asamblea.

Esta es la teoría que a nuestro criterio debe privar, pues el Derecho de Información es un medio para emitir un voto razonado en las Asambleas, pero no se puede olvidar que su utilidad no es sólo para ese fin; lo cierto es que el derecho que se estudia es también un mecanismo para lograr un control sobre el ejercicio social por parte de los socios, y a la vez sobre la administración de la sociedad, hechos que se consideran de suma importancia, pues son los socios los suscriptores del capital social en una entidad social.

c. Los asuntos comprendidos en el Orden del Día como límite del Derecho de Información en sentido estricto.

En nuestro ordenamiento jurídico, uno de los límites del Derecho de Información verbal se establece con una cláusula muy genérica:

¹⁵⁶ Uría González, Rodrigo y otros. Comentario al régimen legal de las sociedades mercantiles. Op.cit.P.253.

“los informes o aclaraciones que estimen necesarios (los accionistas) acerca de los asuntos comprendidos en el Orden del Día”.¹⁵⁷

Se está así ante una previsión legal en la que ese Derecho de Información queda directamente condicionado por los puntos concretos sobre los que se ha de formular la voluntad social a través de la Asamblea General, puntos que se encuentran precisamente en el “Orden del Día”. Los instrumentos a través de los cuales los socios pueden conocer tales cuestiones, son cuantos “informes y aclaraciones” estimen precisos, siempre y cuando guarden relación con los asuntos indicados. De esta fórmula general se deducen los presupuestos básicos sobre los que puede recaer el ejercicio del Derecho de Información en sentido estricto con ocasión de la celebración de la Asamblea General. Vienen establecidos en el artículo 173 del Código de Comercio que concede al accionista un derecho a solicitar, no cualesquiera informaciones sobre todo asunto social de su interés, sino aquellas circunscritas conforme a ciertos parámetros que tienden a legitimar las solicitudes de información que guarden alguna conexión más o menos estrecha, con los asuntos sometidos a una Asamblea de Accionistas.

En principio el Código de Comercio no pone límites a los informes y aclaraciones que el accionista puede solicitar para acceder al conocimiento de los asuntos comprendidos en el Orden del Día, al abarcar todas las cuestiones sometidas a debate con independencia de que se termine o no adoptando un acuerdo sobre ellas, pero fuera del Orden del Día la solicitud de información verbal pierde el amparo legal y puede ser legítimamente rechazada por los Administradores, esto debido a que el orden del día sirve, como se verá más adelante, para proteger a los accionistas de eventuales abusos. La generosidad de la ley a la hora de configurar el presupuesto delimitador

¹⁵⁷ Código de Comercio, artículo 173.

del objeto de las informaciones que los accionistas pueden solicitar en la Asamblea General, no debe suscitar equívocos acerca del alcance efectivo del Derecho de Información en sentido estricto. Lo que se quiere decir es que, de la interpretación del artículo 173 del Código de Comercio, se deduce que el legislador quiso reservar la obligatoriedad de la entrega de información solicitada verbalmente a los administradores sobre los asuntos comprendidos en el orden del día, únicamente a aquella información pedida “durante la celebración de la asamblea.” Con esto no se quiere decir que el derecho de información en sentido estricto se pueda ejercer por los socios únicamente en ese momento, pero sí que el administrador podría negar válidamente la entrega de esa información verbalmente, cuando no le sea solicitada “durante la celebración de la asamblea”. El modo más fácil de solucionar esta situación es solicitar la información documental, y por escrito, para ejercer el derecho de información en sentido estricto posteriormente, durante la asamblea.

Volviendo al tema del orden del día, la ley sólo formula una exigencia, la de que los informes o aclaraciones se refieran a los asuntos comprendidos en el Orden del Día, con lo cual el derecho nace circunscrito por razón de la materia sobre la que recae. Precisamente el Orden del Día es el documento que debe contener la relación de los asuntos que serán sometidos a la discusión y aprobación de la asamblea, y es redactado por quien haga la convocatoria.¹⁵⁸

La razón de que el Código de Comercio haga esta restricción resulta evidente, en cuanto que, en principio, la Asamblea General no puede tratar ni deliberar sobre otros asuntos que no estén previamente especificados en la convocatoria, es decir, que no sean los incluidos en el Orden del

¹⁵⁸ Código de Comercio, artículo 163.

Día.¹⁵⁹ Por consiguiente, aunque en un primer momento pudiera parecer que el ámbito del Derecho de Información en sentido estricto del artículo 173 es amplio, puesto que abarca cuantos informes y aclaraciones considere precisos el accionista, no es así, ya que se encuentra restringido a los asuntos comprendidos en el Orden del Día, fuera de los cuales no reconoce la Ley este Derecho de Información del socio.

La limitación del Derecho de Información del accionista a los asuntos comprendidos en el Orden del Día que impone el artículo 173 concierne a toda clase de Asamblea, sea ordinaria o extraordinaria, general o especial, ya que con ocasión de todas ellas es posible ejercitar el Derecho de Información verbal, debido a que este satisface el mismo interés abstracto y cumple la misma finalidad en toda clase de Juntas. Pero, ¿qué es el “Orden del Día” como elemento delimitador?

El legislador no define con precisión el término “Orden del Día” y se limita a reconocer su importancia al recogerlo en diversos preceptos a lo largo de la Ley. Hay que acudir al artículo 163 del Código de Comercio para delimitar este concepto. Por “Orden del Día” se debe entender “la relación de los asuntos que serán sometidos a la discusión y aprobación de la asamblea” y sobre las cuales se pueden adoptar acuerdos. El “Orden del Día” delimita la competencia de una Asamblea de Accionistas y con ello protege a los socios del peligro de que en dicha Asamblea se adopten acuerdos sorpresivos, es decir, que versen sobre asuntos cuyo tratamiento no estaba previsto inicialmente, poco claros, o elusivos en sus términos, que, a la postre, dejarían en manos

¹⁵⁹ Suarez-Llanos Gómez (1963). Derecho de Información del accionista. Nulidad de la Asamblea General. P.353-354 “El Derecho de Información del accionista en el campo de las sociedades anónimas tiene un principio animador en la sentida necesidad de hacer posible que la expresión de las voluntades singulares en el seno de las Juntas pueda efectuarse con las máximas garantías de conocimiento respecto a aquellos temas sobre los que la particular decisión habrá de pronunciarse”

de los Administradores la potestad para establecer su preciso sentido¹⁶⁰. El que se exija la presencia de un Orden del Día previo se debe en gran medida al hecho de que la estructura de la sociedad de capital constituye un terreno propicio para la comisión de abusos. Para evitarlos se exige que la convocatoria de la Asamblea se haga:

“en la forma y por el funcionario u organismo que se indica en la escritura social, y a falta de disposición expresa, por aviso publicado en La Gaceta”.¹⁶¹

Pareciera que con esto nuestro legislador pensó que se garantizaba suficientemente los derechos de los accionistas de conocer de previo las materias y asuntos que se conocerán y decidir, sobre esa base si asistirá o no a la asamblea.

En realidad el tema no está bien regulado en el Código de Comercio de Costa Rica. En dicho cuerpo normativo se deberían regular de modo taxativo la lista de los requerimientos mínimos con los que se debe cumplir a la hora de elaborar el Orden del Día, de modo que efectivamente sirva como instrumento de los accionistas para tomar la decisión de asistir o no a una Asamblea, así como la decisión de estudiar los asuntos de su interés.

Hay al menos dos características fundamentales para que el orden del día cumpla su cometido, a saber, debe ser completo y debe ser claro. Así, es de vital importancia que se incluyan absolutamente todos los puntos a discutir en la Asamblea, situación que parecería obvia dado que este instrumento es precisamente el que delimita los asuntos que es posible conocer. Ahora bien, lo que sucede es que en la práctica, no pocas veces, se incluye dentro de los puntos del Orden del

¹⁶⁰ Sánchez Álvarez (1997). Orden del Día, Regularización de convocatoria defectuosa y nulidad de acuerdos sociales. RDS. año V, núm. 8.P.292-293.

¹⁶¹ Código de Comercio, artículo 158

Día asuntos que por el modo en que están redactados se convierten en “sacos” dentro de los cuales es posible “meter” cualquier tema. Es el caso de la inclusión de puntos en el Orden del día tales como: “Asuntos Diversos” o “Temas Varios”, o bien asuntos que dependen de la voluntad de un sujeto, como por ejemplo “Asuntos Sometidos a Votación por el Presidente de la Junta Directiva” o “Asuntos de Importancia para la Junta Directiva”, todos ellos puntos muy generales que a todas luces atentan contra el Derecho de Información en sentido estricto, haciendo imposible la debida preparación de los accionistas para la Asamblea por medio de la solicitud de informes y aclaraciones previas . Además, estos “sacos” atentan también contra la cuestión mencionada líneas arriba, en el sentido de que no sirven como una herramienta confiable de los accionistas para tomar la decisión de asistir o no a una asamblea

Es en este sentido que se dice que el Orden del Día debe expresar, en definitiva, todas las cuestiones y materias que van a ser objeto de discusión y sobre las cuales los socios pueden ejercer su derecho de voto, sin que quepan dentro de él expresiones genéricas que, por su ambigüedad, no permitan a los socios siquiera hacerse una idea aproximada de los asuntos sometidos a la deliberación de la Junta. Pero no es suficiente que se incluya la totalidad de los asuntos a tratar, de modo que los socios tengan solo una idea de lo que se va a conocer en la Asamblea, sino que es necesario que estos asuntos sean expresados con claridad, que es precisamente la segunda característica necesaria en la elaboración de todo orden del día, misma que se encuentra directamente relacionada con la anterior. No basta con que se incluya de manera oscura y superficial los temas a tratar en el Orden del Día, sino que en este documento debe expresarse con la profundidad necesaria y, sobre todo, con claridad meridiana los asuntos sobre los que se va decidir en la Asamblea de Accionistas, a fin de que los socios puedan conformar su voluntad de manera reflexiva, evitando en lo posible situaciones que se muestren

propicias al error o al abuso, y que, en última instancia, podrían provocar la nulidad del acuerdo adoptado en esas condiciones.

Además, existen situaciones de particular cuidado en las cuales una Orden del Día que no cumpla con estos requisitos mínimos de complitud y claridad podría generar gravísimos perjuicios a los accionistas, como por ejemplo la discusión de temas referentes al capital social, o bien a cualquier otra modificación del pacto social, pero estos temas se analizarán con detalle más adelante. Baste decir de momento que el Orden del Día siempre debe expresar, de modo claro y preciso, todas las cuestiones y materias que van a ser objeto de discusión y sobre las cuales los socios pueden ejercer su derecho de voto.

Los posibles asuntos comprendidos en el Orden del Día de la Asamblea General.

La multiplicidad de temas que se pueden tratar en una Asamblea General, por su amplia y variada competencia, impide prever apriorísticamente y con carácter general el objeto del Derecho de Información y hacer una delimitación exacta de las materias sobre las que aquella puede versar.¹⁶² El Código de Comercio, en su artículo 153, solamente menciona los tipos de Asambleas de Accionistas de acuerdo al tipo de socios que pueden participar, a saber, Asambleas Generales y Asambleas Especiales. Posteriormente, el mismo Código divide las Asambleas Generales en Ordinarias y en Extraordinarias, de acuerdo con los asuntos a tratar, y que también indican cuándo pueden o deben reunirse. Vale hacer la aclaración de que, si bien el Código de Comercio establece este “deber” de los accionistas de celebrar las asambleas, se trata de una obligación sin sanción. Es de especial importancia el caso de las Asambleas Generales

¹⁶² Esteban Velasco, Gaudencio (1994). Derecho de Información del Accionista, en Derecho de Sociedades Anónimas, A. Alonso Ureba, J. Duque Domínguez, t.II, Capital y acciones, Vol.1º, Madrid. P.219.

Ordinarias, debido a la importancia de los temas que allí se tratan. El Código de Comercio establece que:

“Se celebrará una asamblea ordinaria por lo menos una vez al año, dentro de los tres meses siguientes a la clausura del ejercicio económico, la cual deberá ocuparse, además de los asuntos incluidos en el orden del día, de los siguientes:

- a) Discutir y aprobar o improbar el informe sobre los resultados del ejercicio anual que presenten los Administradores, y tomar sobre él las medidas que juzgue oportunas;
- b) Acordar en su caso la distribución de las utilidades conforme lo disponga la escritura social;
- c) En su caso, nombrar o revocar el nombramiento de los Administradores y de los funcionarios que ejerzan vigilancia; y
- d) Los demás de carácter ordinario que determine la escritura social.”¹⁶³

Este es un soporte básico de las materias sobre las cuales los accionistas pueden, como mínimo, apoyar y hacer efectivo su Derecho de Información. En un intento por determinar los asuntos que pueden ser sometidos a la competencia de la Asamblea General, resulta imprescindible distinguir la competencia necesaria, fijada imperativamente por ley, de la estatutaria, que resulta muy difícil de determinar apriorísticamente. Siguiendo la posición de Romero Fernández¹⁶⁴ se podría decir que el legislador ha delineado la competencia de las Asambleas atendiendo no sólo a la naturaleza de los asuntos, sino también a los intereses que están en juego en cada una de ellas,

¹⁶³ Código de Comercio, artículo 155.

¹⁶⁴ Romero Fernández, Jesús Antonio. op.cit. P.29.

con vista a una justa ponderación de los mismos; por otro lado, esas competencias o atribuciones no tienen carácter de enumeración taxativa, de forma que, dentro de los límites previstos legalmente de modo expreso y de aquellos otros más generales sobre el poder de las mayorías que derivan del necesario respeto a las normas reguladoras del funcionamiento del órgano, la competencia de la Asamblea abarca cualquier asunto de la sociedad, aunque no esté previsto legal o estatutariamente, incluyendo a estos efectos como asuntos de la sociedad, todos aquellos internos y externos que inciden en su organización, funcionamiento y evolución. Quedan a salvo las competencias asumidas por el Órgano de Administración. De ahí que hoy día, la Asamblea General constituya un importante instrumento de información de los accionistas y de participación en el poder de la sociedad, como consecuencia de la pluralidad de materias que pueden ser objeto de deliberación en su seno y sobre las cuales el socio puede ejercitar su Derecho de Información. Por todo ello, resulta difícil determinar hasta dónde se puede extender la solicitud de información en el caso concreto; es decir, en qué medida los datos solicitados guardan relación con el asunto debatido o si resultan impertinentes o inadecuados para decidir al respecto con conocimiento de causa, en cuyo caso el Órgano de Administración tiene el derecho y el deber de rechazar la petición. Para decidir lo que en cada caso resulta procedente sería necesario analizar en la práctica cada Asamblea General en concreto.¹⁶⁵

Los asuntos que necesariamente han de incluirse en el Orden del Día de la Asamblea General Ordinaria.

De conformidad con el artículo 155 del Código de Comercio, y tal y como se ha venido diciendo, la Asamblea General Ordinaria es aquella que se reunirá, necesariamente, por lo menos una vez

¹⁶⁵ Esteban Velasco, Gaudencio. Derecho de Información del Accionista. cit. P. 222-225.

al año, dentro de los tres meses siguientes a la clausura del ejercicio económico para, además de conocer los asuntos comprendidos en el Orden de Día, discutir y aprobar o improbar el informe sobre los resultados del ejercicio anual que presenten los Administradores, y tomar sobre él las medidas que juzgue oportunas; acordar en su caso la distribución de las utilidades conforme lo disponga la escritura social; nombrar o revocar el nombramiento de los Administradores y de los funcionarios que ejerzan vigilancia, si es del caso; y cualquier otra tarea encomendada a esta clase de Asambleas que determine la escritura social.

La Asamblea General tiene competencia residual, ella conocerá de lo que la ley le ordene y de toda otra materia que el legislador no le haya encargado a otro órgano social, como la el órgano de Administración o de Fiscalización. Su competencia general es definir los lineamientos universales sobre el quehacer social.

Pueden así constituir objeto de su Orden del Día los más importantes asuntos sociales tales como la modificación de estatutos, aumento y reducción de capital social, transformación, fusión, escisión y disolución de la sociedad. Todo esto hace que en estas Juntas exista un marco adecuado para abarcar cualquier asunto de la sociedad, sin que quepa a los efectos del Derecho de Información, ninguna distinción entre asuntos ordinarios y extraordinarios, generales y especiales.

La primera cuestión encomendada a la Asamblea General Ordinaria y sobre la cual los accionistas puede ejercitar el Derecho de Información es la censura de la gestión social. Sin embargo, a pesar de que es cierto que este extremo resulta asunto obligado de este tipo de Asambleas, hay que destacar que la censura de la gestión social, lejos de ser materia reservada a este tipo de juntas, puede ser incluida en el Orden del Día de cualquier otra eventual reunión, en

otro momento del año, o en cualquier sesión extraordinaria. Con ello, el Derecho de Información del accionista en la censura de la gestión social se ve enormemente ampliado, en cuanto se le permite ejercitarlo en una Asamblea Extraordinaria e insistir sobre aquellos asuntos que no hayan quedado suficientemente aclarados en la Asamblea General Ordinaria.

Los accionistas, dentro del ejercicio de su Derecho de Información, pueden solicitar informes y aclaraciones sobre la gestión social, y concretamente, sobre circunstancias de los Administradores relevantes a la hora de valorar su aptitud para llevar a cabo dicha gestión. La reunión periódica de la Asamblea General ofrece una ocasión particularmente adecuada para que el socio pueda plantear cuestiones en relación con los Administradores y más si se tiene en cuenta que la Asamblea Ordinaria tiene por tradición práctica inveterada la renovación parcial del Consejo de Administración.¹⁶⁶ Ahora bien, las preguntas de los accionistas sobre estos extremos encontrarán su justificación siempre que guarden relación con el asunto “censura de la gestión social”, cuando se entable el debate relativo a la destitución de algún administrador o surja la posibilidad de entablar una acción de responsabilidad, siendo igualmente pertinentes aquellas solicitudes de información relativas a nombramiento y reelección de Administradores y, dentro de éstas, las referidas al número de puestos en otras sociedades, relaciones jurídicas y económicas con otras empresas, así como las circunstancias de tipo personal que puedan tener influencia para valorar la adecuación del miembro o candidato.¹⁶⁷

¹⁶⁶ Uría, R; Menéndez, A., y Muñoz Planas, J. M. (1992). La Asamblea General de Accionistas, artículos 93-122 de la Ley de Sociedades Anónimas. Madrid. P.70.

¹⁶⁷ Esteban Velasco, Gaudencio (1992). El poder de decisión en las sociedades anónimas (Derecho europeo y reforma del Derecho español). Madrid.

Cualquier otra pregunta estrictamente personal podrá ser rechazada de plano atendiendo al artículo 24 de nuestra Constitución Política, que “garantiza el derecho a la intimidad”, además el artículo 36 también de la Constitución Política, en el sentido de que nadie está obligado a declarar en su contra. En realidad es necesario analizar cada situación, ya que puede haber casos en los que el accionista motive suficientemente su solicitud de información aduciendo las razones que a su juicio conceden relieve al aspecto inquirido. También se puede tratar de informaciones útiles para valorar la capacitación, dedicación y adscripción al interés de la sociedad del administrador, lo cual estará sujeto evidentemente a la veracidad de las manifestaciones del accionista que solicita la información.

Un caso de especial cuidado dentro de este tema de la supervisión de la gestión de los Administradores es el de la solicitud de informes sobre las medidas adoptadas por ellos, sobre todo cuando además se solicita el suministro de documentos que se refieren a la situación patrimonial y financiera de la sociedad. Puede que se dé muchas veces el caso de que los documentos solicitados sirvan para recabar precisamente información de tipo financiera, o de estrategias de mercadeo, pero no necesariamente de la gestión, buena o mala, de los Administradores, propiamente dicha. Obviamente la propagación de información sobre el estado financiero de la empresa, o bien sobre sus estrategias de mercado, es una situación de alto riesgo para la sociedad, en especial si esta información cae en manos de la competencia, o bien de accionistas que no están enteramente comprometidos con el interés social. Los Administradores deben ser extremadamente cautelosos a la hora de entregar informes o documentos, de modo que las aclaraciones hechas a los accionistas sirvan para que estos efectivamente puedan evaluar su buena o mala gestión, pero sin caer en el error de revelar información que podría generar un perjuicio para la sociedad misma.

En España la tendencia actual es la de considerar las informaciones sobre las concretas medidas de gestión como materias especialmente sensibles, al tratar, buena parte de ellas, de mantener la posición concurrencial de la sociedad en el mercado, lo que justifica mantenerlas dentro de la esfera de reserva preservable frente a las interferencias de los accionistas.¹⁶⁸

Junto a la censura de la gestión social, la ley atribuye a la Asamblea General Ordinaria la facultad de acordar, en su caso, la distribución de las utilidades conforme lo disponga la escritura social. Este tema tiene la particularidad de que los accionistas no tienen seguridad de que el tema vaya a ser tratado en la Asamblea, y por ende, puedan ejercitar el Derecho de Información en sentido estricto con la certeza de que el asunto estará dentro del Orden del Día, ya que, la distribución de beneficios evidentemente sólo podrá y deberá ser formulada por los Administradores en el supuesto de que exista un beneficio neto. Sin embargo, consideramos que la inexistencia de beneficios no impide a los accionistas formular consultas o solicitar determinados documentos contables, ya que más bien el hecho de que se acuerde no hacer una distribución de utilidades es un incentivo, más que justificado, para que los accionistas ejerciten su Derecho de Información. También respecto de este tema, el accionista podrá ejercitar el derecho en otra Asamblea distinta a la ordinaria, porque, aunque el acuerdo de distribución de utilidades constituya asunto propio de las Asambleas Ordinarias, con ello no se impide que otras Asambleas de Accionistas aprueben otros acuerdos que provean al reparto de dividendos complementarios o a la concesión de anticipos a cuenta de dividendos futuros. Estas decisiones no están reservadas a la Asamblea Ordinaria anual.¹⁶⁹

¹⁶⁸ Romero Fernández, Jesús Antonio. op.cit. P. 33

¹⁶⁹ Uría, R, en Garrigues, J., y URÍA, R. (1976). Comentario a la Ley de sociedades anónimas. 3ª ed. Revisada por Menéndez, A., y Olivencia, M. Madrid, tt. I y II. P.591.

El ejercicio del Derecho de Información en estos casos no parece extenderse al tema de la modificación del balance, y ello porque siendo esta materia compleja y regulada con tintes imperativos se impone la debida presentación del balance por los Administradores para su aprobación o rechazo. El balance debe proporcionar a los socios un conocimiento suficiente sobre la marcha de las operaciones sociales en el último ejercicio y sobre la situación financiera y patrimonial de la sociedad y los resultados obtenidos durante el ejercicio, máxime si se toma en consideración que una vez que los socios aprueben el balance realizado por los Administradores, la responsabilidad de éstos se extinguirá “respecto de las operaciones explícitamente contenidas en el mismo balance o en sus anexos, salvo que esa aprobación se hubiere dado en virtud de datos no verídicos o con reservas expresas sobre el particular o se hubiere acordado ejercer la acción de responsabilidad.”¹⁷⁰

No obstante el hecho de que sean las Asambleas Ordinarias las encargadas de evaluar la gestión del ejercicio de los Administradores, acordar la distribución de utilidades, y, en su caso, nombrar o revocar el nombramiento de los Administradores y de los funcionarios que ejerzan vigilancia, no se puede limitar a los accionistas la posibilidad de solicitar información sobre cualquier aspecto relativo a la situación patrimonial y financiera de la sociedad, sus resultados y la gestión de ejercicio. Serán precisamente los Administradores quienes deberán decidir si la información requerida se enmarca dentro del objeto del Derecho de Información o, por el contrario, resulta inadecuada a la función que cabe atribuir a este derecho de conformidad con el artículo 173 del Código de Comercio, al margen de que sean las cuentas, precisamente, los documentos que concreten en muchas ocasiones el mayor volumen de información económica sobre la sociedad y las que configuran y deciden el objeto específico del interés tutelado a través del Derecho de

¹⁷⁰ Código de Comercio, artículo 191.

Información, y la celebración de la Asamblea encargada de aprobarlas sea la mejor ocasión, normalmente irrepetible, para valorar la situación global de la sociedad, calibrar la rentabilidad de la participación accionarial y enjuiciar la aptitud, diligencia y responsabilidad de los Administradores en la gestión social.¹⁷¹

Un caso particular es el que prevé el párrafo final del artículo 158 de nuestro Código de Comercio, donde se establece la posibilidad de prescindir de la convocatoria cuando, estando reunida la totalidad de los socios, éstos acuerden celebrar la Asamblea y se conformen expresamente con que se prescinda de dicho trámite, lo que se hará constar en el acta que deben de firmar todos. En estos casos la determinación previa del Orden del Día deja de ser garantía en favor de los accionistas sin que ello suponga un atentado contra su Derecho de Información, pues nada parece oponerse a que, ya sea al comienzo de la Asamblea, o bien al ir decidiendo entrar a conocer asuntos concretos, se vayan precisando de modo sucesivo una serie de cuestiones, equiparables a un Orden del Día, siempre que todos los socios presten su conformidad a que la Asamblea delibere sobre esos determinados asuntos. En relación con estas cuestiones es que los accionistas podrán solicitar cuantas aclaraciones estimen precisas.¹⁷² Una particularidad que se le ha señalado a estas Asambleas es que la doble vía prevista para solicitar información, oral o por escrito, se podría ver restringida únicamente a la primera, pero es nuestra posición que el que el accionista apruebe la asamblea no lo priva del derecho de información documental durante la asamblea, ni mucho menos del derecho de información en sentido amplio, propiamente dicho; por otro lado, debe tenerse en cuenta que en este tipo de Asambleas el accionista, en caso de no

¹⁷¹ Romero Fernández, Jesús Antonio op.cit. P. 36.

¹⁷² Esteban Velasco, Gaudencio. Derecho de Información del accionista, Derecho de sociedades anónimas. t. II, Capital y acciones, vol 1º, cit. P.175.

considerar que posee la información necesaria, puede no asistir, impidiendo con ello la celebración de la reunión, o bien negarse a prescindir de la convocatoria previa, la misma que deberá realizarse, conteniendo precisamente los asuntos a tratar en el Orden del Día.

En el caso de las Asambleas Especiales, prácticamente no se plantean problemas sobre el ámbito y el ejercicio del Derecho de Información, dado que le es aplicable la disciplina propuesta por el Código de Comercio para las Asambleas Generales, tal y como lo establece el propio Código, salvo que expresamente se disponga lo contrario¹⁷³. La única diferencia con las Asambleas Generales se encuentra en los sujetos que tienen Derecho de Información, ya que a las Asambleas Especiales sólo pueden concurrir los tenedores de la especial categoría o grupo de acciones a que la Asamblea se refiere y sólo esos accionistas son los titulares de este derecho en o con ocasión de la Asamblea que se va a celebrar.¹⁷⁴

-Ruegos y preguntas como punto a tratar en el Orden del Día.

Muchas veces se establece como punto final de los temas a tratar en el Orden del Día, el de ruegos y preguntas. Mientras que los ruegos representan un mero ejercicio del derecho de voz, las preguntas que se relacionen con el Orden del Día constituyen auténticas expresiones del Derecho de Información del artículo 173. Fuera de los asuntos comprendidos en el Orden del Día de las Asambleas, en principio no está facultado el accionista para solicitar información alguna (con las excepciones que se verán más adelante), por lo que es de especial importancia aclarar este punto de los “ruegos y preguntas”.

¹⁷³ Código de Comercio, artículo 154.

¹⁷⁴ Romero Fernández, Jesús Antonio. op.cit. P. 39.

Se comparte la posición doctrinal de Romero Fernández¹⁷⁵, en el sentido de que la inclusión del punto de ruegos y preguntas dentro del Orden del Día resulta en todo momento positiva y debe generalizarse en todas las convocatorias de Asamblea. La razón fundamental de ello es que, en la práctica, muchas veces se producen hechos entre el momento de la convocatoria y el de la celebración de la Asamblea que pueden resultar relevantes tanto para los socios como para la sociedad misma. En estos casos, se justifica el uso del punto “ruegos y preguntas” para que a los socios les sean resueltas cuantas cuestiones puedan ser planteadas en relación con esos hechos. Cualquier otra utilización de este punto por los accionistas excede los propios límites del artículo 173 y es motivo de rechazo por parte de los Administradores. Con esto, se descarta que la inclusión formal de los ruegos y preguntas en el Orden del Día de una Asamblea tenga per se el efecto de reconducir las preguntas de los accionistas sobre cualquier materia de la competencia de dicha Asamblea al ámbito del Derecho de Información legalmente reconocido. La inclusión de un punto sobre ruegos y preguntas no amplía por sí sola el Derecho de Información, perfectamente delimitado por el artículo 173, pudiendo los Administradores desatender las preguntas de los accionistas que no guarden relación alguna con el Orden del Día. Por consiguiente, los ruegos y preguntas no amplían el objeto legal del Derecho de Información para una Asamblea en concreto, pero sí permiten al accionista solicitar informaciones sobre asuntos producidos entre la convocatoria y la celebración de la Junta, que guarden una íntima conexión con los asuntos del Orden del Día y que, sin la cláusula de los ruegos y preguntas, podrían ser rechazadas de plano por los Administradores bajo el alegato de no entrar dentro de los asuntos del Orden del Día.

d. Imposibilidad de modificar la posición originaria del socio sin su consentimiento

¹⁷⁵ *Ibidem*, P. 42.

El Derecho de Información es uno de varios elementos que se encuentran dentro de la posición originaria atribuida al socio en el propio acto constitutivo de la sociedad.

La posición originaria del accionista podría verse afectada de dos maneras, indirecta o directamente, ya sea que el cambio se dé sin modificar directamente los derechos de los accionistas, o haciéndolo.

En la legislación mercantil costarricense se observa al menos dos casos en los que opera la modificación indirecta. Por un lado el artículo 121 del Código de Comercio establece que:

“Además de las acciones comunes, la sociedad tendrá amplia facultad para autorizar y para emitir una o más clases de acciones y títulos-valores, con las designaciones, preferencias, privilegios, restricciones, limitaciones y otras modalidades que se estipulen en la escritura social y que podrán referirse a los beneficios, al activo social, a determinados negocios de la sociedad, a las utilidades, al voto, o a cualquier otro aspecto de la actividad social.”¹⁷⁶

Con esta posibilidad de emisión de acciones privilegiadas, se abre el portillo para que el tenedor de acciones comunes tenga una posición distinta, o lo que es lo mismo, para que opere una modificación indirecta de la posición del socio.

Por otro lado, el artículo 30 del Código de Comercio también podría llevar al socio a ver modificada la situación en la que originalmente entró a formar parte de la sociedad, pues

¹⁷⁶ Código de Comercio. Artículo 121.

únicamente mediante el ejercicio del derecho de suscripción preferente el socio podría conservar su posición original.¹⁷⁷

Con respecto al tema de la modificación directa de la situación originaria del socio, se considera que ésta no puede ni debe operar, ya que, como se dijo anteriormente, derechos como el de información son del todo inderogables por su carácter de esencialidad en el transcurso social. Aún cuando los accionistas puedan plantear cuestiones sobre las diversas materias incluidas en el orden del día, los Administradores deberán siempre tener como parámetro para negar la información solicitada, la protección del interés social.

II. Funciones específicas del derecho a la información según la consideración tradicional de la doctrina

a. Control sobre la administración.

Un sector de la doctrina considera que este tipo de control, si fuera demasiado amplio, desembocaría en un entramamiento y fracaso de la sociedad, pues cada socio ejercería, dentro del ámbito de su individualidad, su propia manera de fiscalizar; controlar supone la facultad de tener acceso a una serie de fuentes de información que en manos de algunos socios podría ser destinada a un fin distinto y aún contrario al de mero control.¹⁷⁸

Existen dos maneras de ejercer este control, una de modo individual, atribuida a cada uno de los socios, y otra en una forma colectiva, que es ejercida en las Asambleas de los socios.

¹⁷⁷ Ver en ese sentido CERTAD, Gastón. Apuntes sobre las obligaciones de informar o no informar que tienen los Administradores de las sociedad anónimas. Revista Ivstitia 81 .P.3

¹⁷⁸ Vargas Soto, Francisco Luis (1972). Sistemas de control de la sociedad anónima a la luz del derecho comparado. Tesis para optar por el grado de Licenciado en derecho, Facultad de Derecho, Universidad de Costa Rica, 1972, p.65.

Dentro del control colectivo, se encuentra que, gracias al Derecho de Información, los socios tienen la facultad de solicitar informes y aclaraciones sobre el resultado de la administración de la sociedad, los mismos que deben ser suministrados precisamente por los órganos encargados de la gestión de la empresa, que incluye la documentación contable que sea pertinente. De este modo, durante la celebración de la Asamblea los accionistas podrán, con conocimiento de causa, ejercer su voto, aprobando o improbando el balance y el estado de ganancias y pérdidas, así como los informes correspondientes sometidos a su conocimiento por parte de los Administradores y Órganos de control interno; si dichos informes no se ajustan a las normas prescritas al respecto o si se encuentran irregularidades producto de un mal ejercicio de funciones, podrían ser rechazados. También los socios podrán revocar el nombramiento de Administradores y fiscales, y ejercer las acciones de responsabilidad en su contra.

Este tipo de control colectivo sobre la administración, tal y como se acaba de mencionar, llega a extremos como el de revocar nombramientos, efectuando los nuevos nombramientos respectivos. Pero no finaliza con la revocación de un personero de la sociedad, sino que también a éste se le podrá perseguir por la forma de su desempeño en el cargo. En este sentido el Código de Comercio dispone que:

“Los consejeros y demás administradores deben cumplir los deberes que les imponen la ley y los estatutos con la diligencia del mandatario, y son solidariamente responsables frente a la sociedad de los daños derivados por la inobservancia de tales deberes, a menos que se trate de atribuciones propias de uno o varios consejeros o administradores.

Los consejeros o administradores son solidariamente responsables si no hubieren vigilado la marcha general de la gestión o si, estando en conocimiento de actos perjudiciales, no han hecho lo posible por impedir su realización o para eliminar o atenuar sus consecuencias.

Sin embargo, no habrá responsabilidad cuando el consejero o administrador hubiere procedido en ejecución de acuerdos de la asamblea de accionistas, siempre que no fueren notoriamente ilegales o contrarios a normas estatutarias o reglamentarias de la sociedad.

(...)”¹⁷⁹

Como bien se estableció anteriormente en el presente trabajo, la responsabilidad por los actos o las acciones de los consejeros o administradores no se extiende a aquel que, estando inmune de culpa, haya hecho anotar, por escrito, sin retardo, un disentimiento, y dé inmediata noticia de ello, también por escrito, al fiscal; así como tampoco será responsable aquel consejero que haya estado ausente en el acto de deliberación. Los consejeros y demás administradores serán solidariamente responsables, conjuntamente con sus inmediatos antecesores, por las irregularidades en que éstos hubieren incurrido en una gestión, si en el momento de conocerlas no las denuncia por escrito al fiscal.¹⁸⁰

Evidentemente los administradores tienen el deber de llevar a cabo el ejercicio de la función que se les asignó, siendo que, ante su negligencia, impericia o dolo deberán responder ante los socios de forma personal. Así, dependiendo del perjuicio causado por los actos de los Administradores, éstos podrán ser perseguidos tanto por la sociedad por medio de una acción social, como eventualmente por los accionistas individualmente considerados, efectuando una acción

¹⁷⁹ Código de Comercio. Artículo 189.

¹⁸⁰ Código de Comercio. Artículo 189.

individual, como se verá más adelante. En el primer caso “la responsabilidad de los administradores sólo podrá ser exigida por acuerdo de la Asamblea General de Accionistas, la cual designará a la persona que haya de ejercer la acción correspondiente.”¹⁸¹ Un claro ejemplo sería el de un administrador que entregue información que no debía ser revelada, con lo cual cause un perjuicio a la sociedad.

La acción social en contra de los administradores se materializa cuando un daño es producido en contra del patrimonio de la sociedad por la actuación de un administrador, siendo lo lógico entonces que sea la misma sociedad la que tome la correspondiente acción. Por lo que, es el órgano deliberativo que debe determinar si existe una responsabilidad imputable al administrador, la cual debe declararse por un voto de mayoría. Cabe destacar que nuestro Código de Comercio solo prevé este procedimiento para determinar la responsabilidad de los administradores. En todo caso, no se debe perder de vista que en ciertas ocasiones, el daño por una actuación dolosa del administrador no necesariamente se refleja siempre en perjuicio de la sociedad, sino que, también puede perjudicar solamente a uno o varios accionistas, minoritarios o no.

En el peor de los casos, los administradores podrían actuar en perjuicio de la minoría de los accionistas para otorgar más beneficios sociales al grupo mayoritario, que eventualmente decide el futuro del administrador, su continuidad en el cargo, y hasta su eventual responsabilidad por las decisiones tomadas en su mandato. Este caso hipotético pone en evidencia la fragilidad del sistema fijado por nuestro Código de Comercio para exigir la responsabilidad de los administradores.

¹⁸¹ Código de Comercio. Artículo 192.

Lo grave de este panorama es que los socios minoritarios, si poseen menos del 25% del capital social, no estarían ni siquiera facultados a convocar una asamblea para exigir la responsabilidad del administrador. La única posibilidad para convocar una asamblea y discutir este tema es si no se ha celebrado una asamblea en dos años, o si no se han tratado los temas que debieron de tratarse en la asamblea ordinaria, según los artículos 159 y 160 del Código de Comercio. Aparte de esos presupuestos, las minorías se encuentran desprotegidas para exigir a la sociedad la responsabilidad del administrador que favorece a la mayoría, valiéndose del perjuicio de la minoría.

Sobre este tema, se debe mencionar la tesis de Robert Goldschmidt para quién la acción de responsabilidad debe ser ejercida por la asamblea general de accionistas, pero la sociedad deberá obligatoriamente entablar dicha acción cuando así lo solicite una minoría igual o superior a un cinco por ciento del capital social.¹⁸² Lo anterior con la aclaración de que esto solo sería posible en Costa Rica si así lo estableciera el Código de Comercio.

Es lamentable que nuestra legislación comercial no haya previsto en su articulado una solución práctica y racional para este tipo de situaciones, lo cual debe ser corregido en un futuro para evitar que se causen perjuicios injustificados a la minoría de una sociedad.

En cuanto a la acción individual, la doctrina es unánime en reconocer la posibilidad de otorgar una acción individual al socio, que tiende a indemnizar al accionista en su patrimonio personal por el actuar perjudicial del administrador.

En la legislación italiana se regula la acción individual del accionista de la siguiente manera:

¹⁸² Goldschmidt, Roberto. La responsabilidad civil de los órganos de administración en la sociedad por acciones” Citado por Koldschmidt y Octavio Torrealba (1969) Curso de Derecho Mercantil, tomo II.

“Las disposiciones de los precedentes artículos no perjudican el derecho de resarcimiento del daño correspondiente al socio o al tercero que han sido directamente perjudicados por actos culposos o dolosos de los administradores.”¹⁸³

El Código de Comercio de Costa Rica no posee un artículo similar que venga a regular expresamente la acción individual del accionista, pero realizando una interpretación del artículo 184 del Código de Comercio, deja abierta una posibilidad para utilizar la acción individual, que dice:

“Las irregularidades en el funcionamiento del Consejo, no perjudicarán a terceros de buena fe, sin perjuicio de la responsabilidad de los consejeros ante la sociedad”.¹⁸⁴

Cabe la posibilidad de que cada uno de los accionistas a los que se les causó un mal con la violación de su Derecho de Información persigan al responsable, a tenor del deber general establecido en nuestro Código Civil, en el sentido de que “Todo aquél que por dolo, falta, negligencia o imprudencia, causa a otro un daño, está obligado a repararlo junto con los perjuicios.”¹⁸⁵ Un ejemplo sería la negativa de un administrador de brindarle información legítimamente solicitada a un accionista, y que ello lleve a dicho accionista a tomar una decisión que le genere un perjuicio patrimonial. Ahora bien, en este caso el hecho de que el accionista solicite que tanto su petición como los motivos aducidos para denegarla figuren en el acta respectiva facilitará la prueba en un eventual proceso judicial de impugnación del acuerdo, pero

¹⁸³ Artículo 2395. Citado por Brunetti, A. (1960). Tratado de Derecho de las sociedades. Unión tipográfica Editorial Hispano Americana. Argentina.

¹⁸⁴ Código de Comercio. Artículo 184.

¹⁸⁵ Código Civil. Artículo 1045

también servirá de prueba de la violación del Derecho de Información ante una eventual demanda para exigir la responsabilidad del administrador.¹⁸⁶

Además de la responsabilidad civil extracontractual exigible por los accionistas individualmente considerados a los administradores por los perjuicios causados, existen varios mecanismos que establece el Código de Comercio para facilitar el control por parte de los accionistas de modo individual de la gestión social. En algunos casos para ejercer este tipo de acciones es necesario que se hayan dado los fenómenos del absentismo o del voto negativo en la Asamblea General de accionistas.

En caso de que un socio considere que hay irregularidades por parte de uno o varios administradores en la gestión social, podrá llevar a cabo una denuncia ante los propios órganos de control interno de la sociedad, como por ejemplo el Órgano de Fiscalización o cualesquiera otros órganos creados en los estatutos sociales con el fin de supervisar el correcto desempeño de los administradores. También podrá, como se dijo antes, presentar una denuncia ante los órganos estatales de control de justicia. Una situación particular es la que se daría en caso de que un grupo de accionistas que represente al menos el 25% del capital social, o bien un solo accionista, en los supuestos del artículo 160 del Código de Comercio, soliciten en vano a los administradores que hagan una convocatoria. Así, en el supuesto de que dichos administradores rehusaren hacer la convocatoria de Asamblea, o no la hicieren dentro de los quince días siguientes a aquél en que hayan recibido la solicitud, el o los accionistas que así lo deseen podrán formular, ante el Juez competente, una solicitud para que él haga la convocatoria, previo

¹⁸⁶ Código de Comercio. Artículo 173.

traslado de la petición a los administradores y siguiendo los trámites establecidos para los actos de jurisdicción voluntaria.¹⁸⁷

Por último, siempre está la posibilidad de interponer una denuncia penal contra los administradores cuya conducta pueda ser considerada como típica, a la luz de nuestro Código Penal, en cuyo caso tanto la sociedad, previo acuerdo de la Asamblea General de Accionistas y actuando a través de la persona designada para tal efecto por la Asamblea respectiva, como los accionistas individualmente considerados, podrán plantear la respectiva denuncia.

b. Posibilidad de emitir voto razonado

Esta es la función que en forma principal los tratadistas le otorgan al Derecho de Información.

Durante un período determinado, previo a la Asamblea y durante ésta, el socio podrá tener acceso a los diferentes documentos que le servirán como base de conocimiento para que pueda votar como es debido, es decir, con pleno conocimiento sobre lo que deberá decidir mediante su voto. Así, también durante las Asambleas, el socio podrá preguntar y tendrá derecho a conocer sobre las materias en que se considere insuficientemente informado.

Por el tipo de documentación disponible al socio, en relación con las materias a decidir en las Asambleas, es que se encuentra una correlación entre el Derecho de Información y el voto emitido de forma razonada.

El ejercicio de este derecho como garantía de la emisión de un voto razonado queda garantizado a través de varios medios, principalmente mediante el ejercicio de acciones de nulidad de acuerdos mal tomados, o tomados violentando el debido ejercicio del Derecho de Información;

¹⁸⁷ Código de Comercio. Artículo 161.

tal y como se explicó antes; queda abierta la acción de responsabilidad de los Administradores responsables del quebrantamiento de dicho derecho.

Como se ha venido diciendo, existen límites para el ejercicio de este Derecho de Información. Su ámbito es amplio, porque abarca los informes o aclaraciones que estimen precisos los accionistas siendo que pueden pedir toda clase de explicaciones; pero este derecho se ve limitado en razón de la materia sobre la que recae, es decir, asuntos comprendidos en el Orden del Día, que constituyen precisamente el objeto propio de la Asamblea de Accionistas. Fuera de los asuntos comprendidos en el Orden del Día, la ley no reconoce derecho alguno del accionista para solicitar informes o aclaraciones; en este sentido, el derecho se observa con menor amplitud a la realidad fáctica del medio, pues en la práctica, como se mencionó antes, se ha acostumbrado a conceder a los accionistas, mediante la formulación en las Asambleas Generales como última cuestión del Orden del Día, la denominada de “ruegos y preguntas”, la cual se relaciona con toda clase de asuntos de la sociedad. Específicamente en cuanto al informe contable, sólo podrá pedir aclaraciones para un mejor conocimiento del balance, la cuenta de pérdidas y ganancias, el cuadro de financiación, la propuesta de aplicación del resultado, la memoria y el informe de gestión, el informe de auditores de cuentas. Este derecho no puede exceder, en su ejercicio, un desarrollo razonable de las diferentes partidas o rúbricas de los documentos contables, que deje a salvo la esfera de reserva constituida por el legislador a favor de la sociedad. Tal derecho también estará presente en los acuerdos que se discutan y no están en el Orden del Día.¹⁸⁸

c. Otros

¹⁸⁸ Uría González, Rodrigo y otros. Comentario al régimen Legal de las Sociedades Mercantiles. Op.cit.P.254-257

No obstante lo dicho hasta este momento, se considera que no sólo en una etapa previa y durante la Asamblea se puede ejercer el Derecho de Información; existe un principio en la ley española, de la cual se deriva que el Derecho de Información rige durante los diversos momentos de toda la vida social. Consideramos que en Costa Rica también se permite el ejercicio del derecho de información, no solo antes y durante la asamblea, sino que también después, y en general durante los diferentes momentos que así lo requieran, de modo que el accionista pueda tener acceso a la información necesaria. Lo anterior para el caso de la información en sentido amplio, debido a que, como se dijo antes, consideramos que el derecho de información en sentido estricto si tiene una restricción de orden temporal y material, a saber, el transcurso de la asamblea y los asuntos comprendidos en el orden del día, respectivamente. Respecto a la amplitud del derecho de información documental, la misma se desprende del artículo 26 del Código de Comercio, que faculta a todos los accionistas, sin distinción alguna, a examinar los libros, la correspondencia y demás documentos que comprueben el estado de la sociedad.

En el caso antes mencionado de España se ha establecido una genérica obligación de brindar información en la sociedad, con la posibilidad de ser aprovechada por sus destinatarios durante todo el plazo social, buscando el mantenimiento de las oficinas de la sociedad de ejemplares de los estatutos, sus modificaciones y la nómina de accionistas, para su revisión ininterrumpida.

También, es obligación del directorio proporcionar a los accionistas y al público la información suficiente, fidedigna y oportuna que la ley determine, con respecto de la situación legal, económica y financiera de la compañía, so pena de responder solidariamente los directores

infractores de los prejuicios causados y de ser objeto de las sanciones administrativas aplicables por la autoridad de control.¹⁸⁹

En nuestro país existe una figura similar a esta obligación de brindar información general, pero únicamente para el caso de las sociedades que ofrecen títulos valores a través del procedimiento de Oferta Pública de Acciones, entendido como todo ofrecimiento, expreso o implícito, que se proponga emitir, colocar, negociar o comerciar valores y se transmita por cualquier medio al público o a grupos determinados.¹⁹⁰ Siempre se presume que hay Oferta Pública de Acciones cuando el ofrecimiento de valores que se realice en medios de comunicación colectiva, tales como prensa, radio, televisión e *Internet* o cualquier otro procedimiento de divulgación. También cuando se dé el ofrecimiento por parte de un emisor de valores accionarios de una misma emisión o de características análogas a otros valores de oferta pública del mismo emisor. Además, si se da el ofrecimiento de valores emitidos en forma estandarizada, independientemente del medio utilizado, se entiende que hay Oferta Pública de Valores. Por último, el ofrecimiento o colocación de los valores de una emisión entre un número mayor de cincuenta inversionistas que no formen parte del grupo de interés económico del emisor también se considera como Oferta Pública de Valores.¹⁹¹

En todos los casos anteriores, por tratarse de Ofertas Públicas de Valores, las sociedades que coloquen de este modo sus acciones o títulos de deuda, estarán sujetos a la fiscalización de la Superintendencia General de Valores, o SUGIVAL, por sus siglas. Esta autoridad es la encargada de velar por la transparencia de los mercados de valores, la formación correcta de los

¹⁸⁹ Sandoval Lopez, Ricardo. Op.cit. P. 476

¹⁹⁰ Reglamento sobre Oferta Pública de Valores, artículo 5.

¹⁹¹ Idem, artículo 6.

precios en ellos, la protección de los inversionistas y la difusión de la información necesaria para asegurar la consecución de estos fines. Así, en el caso particular de las sociedades sujetas a la fiscalización de SUGEVAL, se podría hablar de un Derecho de Información en sentido amplio, en el sentido de que en ese caso sí existe un deber general de las sociedades, a través de sus administradores, de brindar toda la información que sirva para asegurar el correcto funcionamiento del mercado de valores, lo cual sin duda va también en beneficio de sus socios. Es decir, que en este tipo de sociedades si se da la obligación de brindar información, independientemente de que ésta sea o no solicitada por los tenedores de acciones.

Lo más importante de destacar es lo referido a la información al público en general ya que el legislador considera que es bueno favorecer al pequeño inversionista o ahorrante, que podrá ahora contar con información.

En el proyecto de la original Ley Reguladora del Mercado de Valores 7201, derogada en su totalidad por el artículo 196 de la Ley N°. 7732 del 17 de diciembre de 1997, los redactores de dicho cuerpo normativo, basándose en la normativa española, decidieron crear la posibilidad de que una minoría del 10% o más del capital social pudiera redactar una síntesis de comentarios y proposiciones, basadas en el estudio de los documentos relativos a los asuntos a tratar en el Orden del Día, donde se incluyeran las observaciones que se consideraran más importantes. La idea era que, junto a los informes y aclaraciones presentados por los administradores, los accionistas tuvieran un instrumento adicional de información, de modo que estuvieran en una mejor posición para tomar las diferentes decisiones sobre los asuntos a tratar en la Asamblea de Accionistas. No obstante la vigencia y utilidad de una disposición de este tipo en el ordenamiento jurídico español, y su evidente contribución al fortalecimiento del Derecho de Información de los accionistas, al final los señores diputados optaron por no incluir esta

disposición en el texto final de la ley 7201. Posteriormente, cuando la ley 7732 derogó la ley 7201, nada se incluyó sobre este punto en la nueva ley.

Además, la reforma al Código de Comercio a través de la cual se originó la actual redacción de los artículos 26 y 173, pilares del Derecho de Información, se dio precisamente mediante la ley 7201, que en su Capítulo Décimo Segundo establecía la modificación de dichos artículos, junto con otros 25 artículos más de ese Código, sin contar los que derogó. Como se dijo antes, esta ley 7201 posteriormente fue derogada por la ley 7732, que en sus artículos 187 y 192 establece la modificación también de una serie de artículos del Código de Comercio, dentro de los cuales no se encuentran los referidos artículos 26 y 173, para posteriormente establecer la derogación de la ley 7201. No obstante, en virtud de lo dispuesto en el art. 8, párrafo 2 del Código Civil¹⁹², no es posible establecer ni pretender que los arts. 26 y 173 estén derogados, continúan vigentes tal y como fueron modificados por la hoy derogada Ley 7201.

Sección B: Manifestaciones específicas del Derecho de Información en la sociedad anónima

I. Ejercicio del Derecho de Información antes de la Asamblea de socios

a. Inspección de Balance, libros y documentación social

1. El balance:

¹⁹² **ARTÍCULO 8.-** Las leyes sólo se derogan por otras posteriores y contra su observancia no puede alegarse desuso ni costumbre o práctica en contrario. La derogatoria tendrá el alcance que expresamente se disponga y se extenderá también a todo aquello que en la ley nueva, sobre la misma materia, sea incompatible con la anterior.

Por la simple derogatoria de una ley no recobran vigencia las que ésta hubiere derogado.

El balance es un cuadro contable que resumiendo los saldos de las diferentes cuentas de la hacienda, debe expresar la situación financiera de la sociedad.

De acuerdo con nuestro Código de Comercio, los comerciantes están obligados a llevar libros legalizados por la Tributación Directa, en los que se debe consignar en forma fácil, clara y precisa sus operaciones comerciales y su situación económica, siendo indispensable, entre otros, llevar el libro de balances e inventarios.¹⁹³

La obligación de redactar un balance periódico es particularmente importante en las sociedades por acciones, ya que el balance es un documento autónomo que tiene la función de comunicar anualmente a los acreedores sociales las garantías con las que pueden contar, y a los socios, la base patrimonial sobre la que se ha practicado la distribución de los beneficios. Es común que la ley no ofrezca una regla para su formación, y esta insuficiencia normativa hace necesariamente insegura la actuación y responsabilidad de los Administradores, puesto que se podrían constituir informes falsos por parte de éstos.¹⁹⁴

Este documento debe incluir el balance de comprobación, anterior al cierre de operaciones del Libro Mayor; el estado de ganancias y pérdidas; el balance general de situación, posterior a dicho cierre; y el estado de superávit o aplicación de sobrantes, en el caso de sociedades.¹⁹⁵

De este modo se ve cómo el balance, fundamentalmente, contiene el activo y el pasivo social, es decir, las reservas con las que cuenta la sociedad y las deudas que deben pagarse; con base en el resultado se dispone de los dividendos, ya sea procediendo a la distribución, si los socios deciden

¹⁹³ Código de Comercio. Artículo 251.

¹⁹⁴ Vivante, César. Tratado de Derecho Mercantil. Tomo II, Editorial Reus, Madrid España, P.317

¹⁹⁵ Código de Comercio, artículo 258

hacerlo así, o bien invirtiéndolos en la dirección considerada como conveniente en el momento y circunstancias imperantes.

El balance tiene dos acepciones: a) como resumen de los inventarios de los elementos del patrimonio; b) como un documento conforme al cual se rinden cuentas.¹⁹⁶

Es necesario que el balance de fin de ejercicio sea real y fidedigno, es decir, que derive de libros que se lleven conforme a la técnica contable y a las disposiciones legales, y que sólo registren operaciones llevadas a cabo dentro del objeto social y conforme a las normas de los estatutos que regulan las funciones de los Administradores. Además, para fortalecer el Derecho de Información de los socios, se requiere que los Administradores presenten como anexo de ese balance un detalle completo de las cuentas de pérdidas y ganancias, a fin de que los accionistas reciban una información adecuada del desarrollo y resultados de los negocios sociales en cada ejercicio. Como el derecho individual de cada socio al dividendo tiene que ser armónico con el interés común o colectivo de todos los socios, es necesario fijar las ganancias con el mayor grado de certeza, con el fin de que no se lesionen los derechos de los socios con ninguna ocultación de utilidades, ni se menoscabe el patrimonio social con cualquier reparto de beneficios ficticios, o no realizados en su integridad. La función informativa de los balances se cumple básicamente con la cuenta de pérdidas y ganancias, que sirve para apreciar el resultado de los negocios en cada ejercicio, pero que permite también estimar de antemano el lastre que puede representar el producto de esos negocios para los ejercicios siguientes, sobre todo en el caso de pérdidas que no

¹⁹⁶ Rojas Vargas, Edgar (1965). Fiscalización de las sociedades por acciones proyecto para Costa Rica. Tesis de Grado para optar al grado de Licenciado en Economía, Universidad de Costa Rica.p.40. Citado por VARGAS SOTO, Francisco Luis. op.cit.P.52.

alcancen a ser absorbidas con reservas o utilidades del mismo ejercicio y que afecten cualquier utilidad futura.¹⁹⁷

Complementariamente, el balance cumple con dos funciones a saber:

- a) la de suministrar una información fidedigna sobre la situación patrimonial de la sociedad al fin de cada ejercicio: se cumple en interés de los socios mismos y de terceros. De los socios porque pueden informarse oportunamente de las necesidades o conveniencias de la empresa social para adoptar las medidas que sean del caso, como aumentos del capital. De los terceros por cuanto ellos pueden conocer la situación económica y financiera de la sociedad.
- b) Sirve como rendición de cuentas por parte de los Administradores: por medio de la cuenta de pérdidas y ganancias, de los informes presentados a los socios y de los libros y papeles justificativos del detalle de dicha cuenta, se puede apreciar su labor o gestión durante el ejercicio.

Lo más acertado es que el balance revisado por los Administradores de la sociedad, sea presentado a los miembros del Órgano de Fiscalización al menos con un mes de anticipación al día señalado para celebración de la Asamblea, de modo que puedan realizar el correspondiente examen, y redacten un informe quince días antes de que se reúna la Asamblea. En realidad se considera que un mes es tiempo suficiente, sobre todo si se toma en cuenta que el fiscal debe comprobar que en la sociedad se haga un balance mensual de situación, por lo que al final únicamente deberá cotejar la relación de los diferentes balances mensuales con el balance final, para lo cual dispondrá de quince días. De este modo, durante los quince días siguientes, los socios podrán examinar ambos documentos, el de los administradores y el que presente el órgano de fiscalización. Si hubiese un retraso en presentar el informe de modo que no quede disponible

¹⁹⁷ Pinzon, Gabino (1984). Sociedades. Volumen I. Editorial Temis S.A, Bogotá Colombia. P.233-236.

a los socios íntegramente en el plazo indicado para su examen, cualquier accionista podrá pedir el aplazamiento de la Asamblea. Sin embargo, si éste no es solicitado, los socios no podrán impugnar la aprobación del balance, salvo la acción penal contra los administradores o fiscales que dieran lugar al retraso. Ahora bien, si el balance es presentado sin el informe del Órgano de Fiscalización, la aprobación del balance será anulable a petición de cualquier accionista que no haya emitido su voto favorablemente.¹⁹⁸

De lo anterior se desprende que el Órgano Fiscalizador es igualmente responsable que los Administradores en la aprobación del balance, ya que como, se vio, aquel es el órgano encargado de la vigilancia a lo interno de la sociedad. Así, nuestro Código de Comercio establece que:

“Son facultades y obligaciones de los fiscales:

a) Comprobar que en la sociedad se hace un balance mensual de situación;

(...)

d) Revisar el balance anual y examinar las cuentas y estados de liquidación de operaciones al cierre de cada ejercicio fiscal;

(...)

f) Someter al consejo de administración sus observaciones y recomendaciones en relación con los resultados obtenidos en el cumplimiento de sus atribuciones, por lo menos dos veces al año. Será obligación del consejo someter al conocimiento de la asamblea general ordinaria los respectivos informes;

¹⁹⁸ Vivante, César. Op.cit. P. 319

(...)

h) Asistir a las asambleas de accionistas, para informar verbalmente o por escrito de sus gestiones y actividades;

i) En general, vigilar ilimitadamente y en cualquier tiempo, las operaciones de la sociedad, para lo cual tendrán libre acceso a libros y papeles de la sociedad, así como a las existencias en Caja;

j) Recibir e investigar las quejas formuladas por cualquier accionista e informar al consejo sobre ellas; y

k) Las demás que consigne la escritura social.”¹⁹⁹

Tal y como recién se dijo, el Derecho de Información de los accionistas se ve fortalecido por el informe que debe presentar el Fiscal sobre el balance, donde estipule sus observaciones y recomendaciones, de modo que una vez dado el informe a los socios, se discuta en la Asamblea de accionistas finalmente el balance, para aprobarlo o modificarlo.

Para que los socios puedan examinar detalladamente el balance, éste debería estar disponible para aquellos al menos quince días antes de la Asamblea, junto con el informe de los fiscales, además de los documentos y libros de contabilidad anexos; con este análisis por parte de los socios se empiezan a hacer efectivos los fines atribuidos al Derecho de Información.

En nuestro país el plazo durante el cual los libros y documentos relacionados con los fines de la asamblea deben estar en las oficinas de la sociedad, a disposición de los accionistas, es el mismo plazo de la convocatoria fijado en los estatutos sociales, o en su defecto 15 días antes de la fecha

¹⁹⁹ Código de Comercio. Artículo 197.

señalada para la reunión.²⁰⁰ Se considera que no se debería permitir por vía estatutaria la disminución de estos 15 días a un período más corto, debido a que ello obstaculizaría que el accionista concurre a la Asamblea con suficiente información sobre los asuntos que en ella se van a tratar. Además, esta norma es en beneficio de las minorías, y permitir dicha disminución por vía estatutaria puede afectarlas, no así, obviamente, su ampliación.

Evidentemente el balance presentado por los Administradores al Órgano Fiscalizador y el que presentan a los accionistas debe coincidir, ya que de no ser así existiría la posibilidad de anular el acuerdo que aprobó el balance en la Asamblea de socios.

En lo que se refiere a la información o publicitación de estos documentos, algunas legislaciones contienen una regulación amplia al respecto; así por ejemplo la argentina y la española disponen que una vez aprobado el balance por la Asamblea, el mismo sea publicado en un periódico de circulación en el domicilio de la sociedad. También se regulan aspectos como el referido a quiénes tienen acceso a esa información durante el plazo de los quince días previos a la Asamblea. La tendencia más generalizada se orienta hacia la apertura en este sentido, llegándose a afirmar que este acceso corresponde a los accionistas junto con los obligacionistas; algunos autores incluyen también a los acreedores sociales.²⁰¹

En Alemania, cabe señalar, existen peritos oficiales extraños a la sociedad que deben acreditar la exactitud de los balances sociales.

²⁰⁰ Código de Comercio. Artículo 164.

²⁰¹ Malagarriga, Carlos (1963). Tratado Elemental de Derecho Comercial. Tomo I, Tipografía Editora, Buenos Aires. P.492.

En el caso de Costa Rica, se aplica lo anteriormente dicho para el caso de las sociedades que realicen Oferta Pública de valores, en los términos de la ley 7732 y el Reglamento sobre Oferta Pública de Valores.

Asimismo, se aplica a los bancos y entidades financieras, los cuales se encuentran sujetos a fiscalización y obligados a entregar información financiera que demuestre la salud económica de la entidad. Dicha disposición se encuentra estipulada en el artículo 145 de la Ley Orgánica del Banco Central de Costa Rica que dice:

“Deberes de la empresa controladora

La empresa controladora será la responsable de las relaciones del grupo con el órgano supervisor correspondiente y deberá:

- a) Consolidar y suministrar los estados financieros del grupo, de acuerdo con lo dispuesto en el reglamento a que se refiere el Artículo anterior.
- b) Suministrar los estados financieros, debidamente auditados por empresas de aceptación del órgano supervisor respectivo, de cada una de las empresas del grupo que no están sujetas a la fiscalización de alguno de los órganos supervisores.
- c) Suministrar la información que se le requiera sobre las operaciones que se realicen entre las empresas integrantes del grupo financiero.
- d) Suministrar la información que se le requiera sobre la composición del capital social del grupo financiero.

e) Suministrar información agregada y auditada por empresas de aceptación del órgano supervisor respectivo, sobre la calidad, el riesgo y la diversificación de los activos de cada una de las empresas integrantes del grupo.

f) Entregar al órgano supervisor informes auditados por empresas de aceptación de dicho órgano sobre el cumplimiento de las normas establecidas en este capítulo todo de acuerdo con lo establecido en el reglamento.”²⁰²

En general, el accionista, al aprobar el balance, está aprobando no sólo el estado financiero de la compañía, sino la gestión social correspondiente a dicho periodo y la responsabilidad del consejo de la administración y del Órgano de Fiscalización con respecto al mismo.

Sería interesante mencionar que algunos autores costarricenses piensan que el plazo de quince días establecido para los accionistas antes de la Asamblea, es insuficiente para aquel accionista que resida lejos del domicilio social; se indica que tal plazo sería suficiente para el caso de sociedades familiares, no para las sociedades muy expandidas.²⁰³

2. Comentario de los socios.

Tal y como se explicó líneas arriba, los redactores del proyecto de la ley 7201 previeron la necesidad de otorgar a una minoría la facultad de presentar un informe no vinculante con sus observaciones sobre el estudio de los documentos relacionados con los puntos a discutir en la Asamblea, previsión que finalmente no se incluyó en el texto final de la derogada ley 7201, ni mucho menos en la actual ley 7732 vigente. En este sentido, se ha dispuesto en algunas

²⁰² Ley Orgánica del Banco Central de Costa Rica. Artículo 145.

²⁰³ KOSOLENYK, Boris y TORREALBA, Octavio (1969), Curso de Derecho Mercantil. Tomo II, Facultad de Derecho, Universidad de Costa Rica. San José. P. 101

legislaciones, como la española, que una vez emitido el balance por los Administradores, los accionistas que juntos representen el diez por ciento del capital social, pueden rendir un informe sobre el mismo, basándose en los documentos puestos a su disposición, como lo son los libros y demás documentos en general.

Como se dijo antes, lo anterior parece acertado y conveniente, ya que un informe de este tipo enriquecería en general el criterio de los accionistas; dicho informe sería un medio de control hacia la administración. Su incorporación contribuiría a la información del accionista puesto que brindaría una perspectiva y visión agregada, además de la formulada por los Administradores y fiscales de la sociedad; sobre todo, se haría efectivo el principio de veracidad del balance, puesto que se basaría en la información de libros y documentos contables, que se supone han servido de fundamento a los Administradores para elaborar el informe del balance.

Sería conveniente la incorporación de normativa en ese sentido a la legislación costarricense, para enriquecer la información y participación en ésta por parte del accionista.

3. El auditoraje facultativo del artículo 26 del Código de Comercio

El artículo 26 del Código de Comercio de Costa Rica establece el derecho de los socios a examinar los libros, la correspondencia y demás documentos que comprueben el estado de la sociedad. Si se estorbare en forma injustificada el ejercicio de este derecho, el juez, a solicitud del interesado, ordenará el examen de libros y documentos, a fin de que éste obtenga los datos que necesita. Paralelamente, el artículo 265 del mismo cuerpo legal, establece la posibilidad de tramitar la solicitud de exhibición de libros y documentos por autoridad judicial competente, a instancia de parte legítima o de oficio, cuando la persona a quien pertenezcan tenga interés o responsabilidad en el asunto o cuestión que se ventile; tales disposiciones, en apariencia

contradictorias en su interrelación interna, y con la comprensión adecuada, no hacen más que complementarse una con la otra. Así, en caso de violación a la genérica disposición del artículo 26 del Código de Comercio, podrá el socio, en ejercicio de la acción inmediata que surge para la defensa de su derecho, acudir ante el tribunal competente, el cual será el único legitimado para ordenar la exhibición de libros y documentos correspondientes.

En este sentido, es importante señalar lo dicho por la especialista en derecho comercial Ana Lucía Espinoza, en el sentido de que “a efectos de poder ejercer el citado examen de libros y documentos, el Código Procesal Civil prevé, como una “medida cautelar” la posibilidad de preparar un proceso haciéndose de la llamada “prueba anticipada”, regulando, en su artículo 246, que todo proceso podrá prepararse mediante:

“ARTÍCULO 246.- Exhibición de documentos o de cosas muebles.

Todo proceso podrá prepararse también a:

(...)

3) La presentación de los documentos y cuentas de la sociedad o comunidad, solicitados por un socio o comunero al consocio o comunero que los tenga en su poder, en los casos en que proceda con arreglo a derecho.”²⁰⁴

La facultad otorgada en el artículo 26 del Código de Comercio a los accionistas que representen una quinta parte del capital social, es una manifestación más del Derecho de Información documental con que cuentan los socios, que opera en aquellos casos en que el socio, no

²⁰⁴ Espinoza Blanco, Ana Lucía. El Secreto Societario. Ensayo publicado en el Boletín Semanal de Aselex S.A.: “Perspectiva Legislativa”, de fecha 9 a 15 de febrero de 2002. P 2.

quedando satisfecho con el informe de balance elaborado por el Consejo de Administración, solicita al juez la orden de un auditoraje, o bien solo con el motivo de contar con la información que requiera el accionista en un momento determinado. Los gastos del auditoraje corren por cuenta de los solicitantes.

Mediante el auditoraje se determina si las cuentas anuales ofrecen realmente una imagen fiel del patrimonio, de la situación financiera y de los resultados, así como la concordancia entre el estado real de cuentas y el informe de gestión presentado.

El auditoraje será realizado por un contador público autorizado o una firma de ellos igualmente autorizada, también el juez fijará el monto de sus honorarios, que serán de previo al nombramiento depositados y girados.

b. Derecho de convocatoria y Orden del Día

El hecho de que exista un deber de convocar a los socios a una Asamblea General, así como la obligación de dar a conocer con anterioridad a la misma, los temas que se discutirán, constituye parte esencial del Derecho de Información, pues con esto se permite que el socio tenga conocimiento previo de los asuntos que en la Junta han de tratarse, de modo que pueda participar adecuadamente en ella; sin embargo, la publicación no producirá los efectos buscados sino se hiciese con antelación suficiente para que la convocatoria de la asamblea pueda llegar oportunamente a conocimiento de todos los accionistas.

Los socios son titulares tanto del derecho a ser convocados previamente como del derecho de que se les informe sobre los puntos a tratar en la Asamblea.

Como se mencionó antes, el ordenamiento jurídico costarricense establece que “la convocatoria a una Asamblea se hará con la anticipación que fijen los estatutos sociales o en su defecto quince días antes de la fecha de la reunión; para este plazo no se tendrá en cuenta el día de la publicación ni el día de la Asamblea.”²⁰⁵

1. ¿Quién puede hacer la convocatoria?

El artículo 158 del Código de Comercio dispone que la Asamblea se debe convocar por el funcionario u órgano que se indique en la escritura social.

La convocatoria podrá no efectuarse si, estando presente la totalidad de los socios, éstos acuerdan por unanimidad celebrar una Asamblea, prescindiendo precisamente del trámite de convocatoria previa.

Por otra parte, el artículo 159 del Código de Comercio dice:

“ARTÍCULO 159.- El accionista o accionistas que representen por lo menos el veinticinco por ciento del capital social podrán pedir por escrito a los administradores en cualquier tiempo, la convocatoria de una asamblea de accionistas, para tratar de los asuntos que indiquen en su petición.”²⁰⁶

Del artículo citado se desprende que el órgano a quien corresponde por ley realizar la convocatoria es al Consejo de Administración. Es posible también que sea el juez el que convoque en ciertos casos en donde han existido anomalías por parte de la administración que se ha rehusado a convocar, teniendo la obligación de hacerlo.

²⁰⁵ Código de Comercio. Artículo 164.

²⁰⁶ Código de Comercio. Artículo 159.

Cada Asamblea posee caracteres distintivos que las diferencian en cuanto a su periodicidad, quórum, ámbito competencial, etc.; independientemente de esto, para todos los casos deberá existir la obligación de convocar a los socios.

Las Asambleas ordinarias deben ser convocadas por el Órgano de Administración; si éste no cumple con dicha misión, la convocatoria debe ser hecha por el Órgano de Fiscalización, y en caso de que éste último tampoco cumpla, corresponde a los accionistas -en número suficiente-, ejercer su derecho y solicitar la convocatoria en primer término a los órganos societarios y en caso de demora al tribunal competente. Las Asambleas extraordinarias pueden ser convocadas por la Junta Directiva, el Fiscal cuando lo crea conveniente²⁰⁷, o por los accionistas.

En caso de Asambleas Generales durante el período de liquidación, compete efectuar las convocatorias a los liquidadores.

En la convocatoria deberá hacerse constar claramente, la fecha de la Asamblea, la hora de la realización, el lugar de la misma y el Orden del Día perfectamente detallado. En esto, la legislación costarricense es escasa, sin embargo, se considera que una convocatoria de Asamblea siempre deberá contener la mención de los aspectos antes indicados.

Los Administradores deben convocar obligatoriamente la Asamblea cada año; si no lo hacen, la facultad de convocatoria la tiene el órgano fiscalizador. Está claro que los accionistas no pueden reunirse por su propia decisión, pero cada uno de ellos tiene el derecho de solicitar ante los tribunales que se ordene la celebración de la Asamblea. En todos los casos donde deba intervenir el juez, la competencia la tendrá el tribunal del domicilio de la sociedad.

²⁰⁷ Código de Comercio. Artículo 197, inciso e.

Es importante señalar que los socios podrán solicitar la nulidad de los acuerdos que se tomen en una Asamblea en donde no se hayan respetado las anteriores disposiciones; dicha acción se regirá por las normas de nulidad comunes, y prescribirán en un año desde que se adoptó el acuerdo o desde su inscripción en el Registro Mercantil (si es necesaria la misma).

2. ¿Cómo se realiza la convocatoria?

Si no se tiene una disposición expresa acerca de la forma de llevar a cabo la Convocatoria de Asamblea de Accionistas en los estatutos sociales, ésta se deberá realizar mediante un aviso publicado en la Gaceta; ésta es la única disposición que existe en nuestro Código de Comercio.

En otras legislaciones se ha regulado la forma de convocar de un modo más seguro, como lo son las cartas dirigidas a los accionistas nominativos.

Así, dependiendo de lo que se regule en los diferentes pactos constitutivos, se podría decir que existen dos formas de convocar la Asamblea:

a) Privada: Por medio de carta o comunicación dirigida individualmente a los accionistas, forma que puede funcionar en las sociedades de un número reducido de socios y cuyo capital estuviere representado sólo por acciones nominativas.

b) Por anuncio público: El Código de Comercio establece la posibilidad de que la primera y segunda convocatorias puedan hacerse simultáneamente, para oportunidades que deben estar separadas, cuando menos, por el lapso de una hora.²⁰⁸ Posteriormente, el mismo cuerpo legal dice que “si la asamblea ordinaria o extraordinaria se reuniere en segunda convocatoria, se constituirá válidamente cualquiera que sea el número de acciones representadas, y las

²⁰⁸ Código de Comercio. Artículo 165.

resoluciones habrán de tomarse por más de la mitad de los votos presentes.”²⁰⁹ Así, en caso de que en la primera convocatoria no se logre reunir el quórum necesario para sesionar y tomar decisiones válidamente, se podrá celebrar la asamblea en segunda convocatoria con cualquier quórum que exista. Lo anterior coloca en total desventaja e indefensión a los socios no presentes, y compromete sobre todo lo relativo a la celebración de Asambleas extraordinarias, por los intereses comprometidos en la consecución de los fines determinados para la específica sociedad.

Lo que debe buscarse es la razonabilidad en el equilibrio interés individual-interés colectivo; sin embargo, tanto el plazo como el quórum señalados comprometen la finalidad y subsistencia misma del orden societario interno y derivadamente del Derecho de Información. Con esto un pequeño grupo de socios o uno solo en situación extrema, sin los debidos conocimientos, pueden asumir direcciones operativas de diversa índole en perjuicio del orden social, e incluso en detrimento de la realización de su objeto. Se observa con esto, la necesidad de reformular tal disposición hacia una orientación conciliadora de la agilidad y buena marcha social, con el interés del socio de participar en las decisiones que en definitiva podrían trascender en relación con el desempeño social (por ejemplo en decisiones tales como la fusión o escisión de la sociedad); para esto es requerida una elevación prudencial del plazo, así como del quórum, sobre todo en Asambleas extraordinarias.

En términos generales la convocatoria deberá cumplir con los siguientes requisitos:

A) Publicidad: según nuestro Código de Comercio, la asamblea deberá ser convocada en la forma y por el funcionario u organismo que se indica en la escritura social, y a falta de

²⁰⁹ Código de Comercio. Artículo 171.

disposición expresa, por aviso publicado en La Gaceta²¹⁰. En aras de una mejor tutela del derecho de información, consideramos que la convocatoria debería ser anunciada en un periódico oficial o bien en uno de circulación nacional; además, convendría que los estatutos indicaran el o los periódicos en que la convocatoria ha de publicarse, o al menos deberían exigir que la publicación se realice en el periódico de mayor circulación. En el caso de que los estatutos sociales indiquen que la convocatoria deba hacerse por fax, se podría hacer de ambas maneras, lo anterior, como se dijo, para proteger los derechos de los accionistas del mejor modo posible. B) Plazo: la convocatoria debe indicar dentro de cuanto tiempo se va a realizar la Asamblea, plazo que, como se dijo antes, no debería ser inferior a quince días. En este plazo no se computará el día de publicación de la convocatoria, ni el de la celebración de la asamblea. C) Objeto: se debe comunicar a los socios claramente los aspectos generales sobre la realización de la Asamblea, tales como el día, la hora y el lugar, pero sobre todo, se debe mencionar claramente los puntos a tratar en el Orden del Día de la Asamblea que se está convocando. Con respecto al lugar, la Asamblea deberá reunirse en la ciudad y local establecido en la escritura social, y si no se señaló nada sobre este tema en los estatutos, la Asamblea debe reunirse en el domicilio social. Solo en caso de que el propio estatuto prevea la posibilidad de celebrar asambleas fuera del país, o bien en casos de fuerza mayor o caso fortuito, se podrá celebrar la asamblea fuera del domicilio, pero esta situación debe establecerse claramente en la convocatoria, ya que la reunión en otro lugar puede hacer más gravoso a los socios el ejercicio de sus derechos y equivaldría en ocasiones a despojarlos de los mismos. D) Determinación de la clase de Asamblea: La convocatoria debe indicar el tipo de Asamblea a la que se está convocando, lo que cobra gran relevancia sobre todo en el caso de las Asambleas Especiales. Evidentemente debe haber una correlación entre tipo de

²¹⁰ Código de Comercio, artículo 158.

Asamblea que se está convocado, el tipo de asuntos a tratar en la Asamblea y el tipo de socios que pueden asistir. El hecho de que la convocatoria sea realizada por quien esté legitimado, cumpliendo con los requisitos anteriores, hace que sea válida y eficaz, por lo que se podrá deliberar válidamente sobre los puntos contenidos en el Orden del Día, y los accionistas podrán ejercer su Derecho de Información en sentido estricto con respecto de todos estos puntos.

3. Orden del Día: Funciones y Contenido.

El Orden del Día es la nota de las materias sobre las cuales la Asamblea está llamada a deliberar.

El Orden del Día, como parte de la convocatoria, tiene una función positiva: debe informar a los socios de las materias sobre las que deben decidir, a fin de que puedan tomar parte en la Asamblea con maduro consejo; y una función negativa, impedir que se delibere sobre cualesquiera otros temas diferentes de los contenidos en el Orden del Día.²¹¹

Aún en caso de omisión de los puntos del artículo 155 del Código de Comercio, dentro de los asuntos a tratar en el Orden del Día en la Convocatoria de Asamblea General Ordinaria, siempre se podrá conocer de dichos asuntos en este tipo de asambleas. En caso de darse esta omisión, la misma no se puede alegar para una eventual nulidad de los acuerdos tomados sobre dichos asuntos, porque no se puede excluir del Orden del Día lo ya incluido por el legislador²¹². Ahora bien, la regulación sobre el punto no es del todo clara en nuestro país, por lo que ayudaría mucho una modificación del artículo 163 del Código Mercantil en este sentido, de modo que no haya lugar a dudas de que siempre se entenderán incluidos dentro de los puntos del Orden del Día de las Asambleas Generales los establecidos por el legislador en el artículo 155 del Código de

²¹¹ Vivante, César. Op.cit.P.242

²¹² Ibidem. P.243

Comercio, con el consecuente efecto de que los accionistas siempre estarán facultados para ejercer su Derecho de Información con respecto a dichos temas.

Existe otro tipo de deliberación que la Asamblea, de acuerdo con cierto sector doctrinal y normativo, podría realizar válidamente aunque no verse en el Orden del Día: si socios que representen la vigésima parte del capital social aprueban una resolución en el sentido de exigir la convocatoria de una Asamblea extraordinaria, ésta será válida.²¹³ Consideramos que en Costa Rica esto no aplica, si la Asamblea Extraordinaria se celebra inmediatamente, ya que los socios que decidieron no asistir a la junta, en el entendido de que los asuntos que se iban a tratar no eran de su interés, se verían desprotegidos, ante esta posibilidad. Además, los asistentes puede que no se encuentren debidamente preparados e informados.

Dicho de otro modo, de permitirse algo así, se violentaría el Derecho de Información de los socios, aunque impere el principio de mayorías representativas, pues una asamblea extraordinaria es una situación que representa esencial relevancia para los accionistas, pudiéndoles afectar en la medida en que, como se dijo, la información poseída sea insuficiente para discusión respectiva, o bien que la naturaleza de los asuntos incluidos por la minoría hubiesen impulsado, por su particular contenido e implicaciones, al accionista ausente a presentarse o participar en la Junta en defensa de sus intereses.

-Delimitación Competencial de la Asamblea:

El Orden del Día, al mencionar los asuntos a tratarse en la Asamblea, tiene además un objetivo delimitador.

²¹³Malagarriga, Carlos. Op.cit.P.531

La mención de los asuntos a tratar delimita la competencia de la Asamblea, es decir, sólo discutirá y resolverá sobre las materias señaladas. También se podría pensar que cabe la posibilidad de tomar acuerdos sobre los asuntos que se deriven de los puntos del Orden del Día, por ejemplo, en el caso de que se discuta el informe sobre los resultados del ejercicio anual presentado por los Administradores y que dicho informe fuera improbadado. Podría pensarse en la posibilidad de que se exija ahí mismo la responsabilidad de los Administradores. Se considera que una interpretación en ese sentido es peligrosa, y deben evaluarse los diferentes supuestos de manera cuidadosa, siempre teniendo como norte el interés social, pero sin menoscabar los derechos de los propios socios.

-El problema de las llamadas Asambleas totalitarias.

Las llamadas por este nombre, son aquellas Asambleas que se realizan o efectúan cuando estando presente la totalidad de los socios, se acuerda celebrar la Asamblea, sin que sea necesario el requisito de la convocatoria. Por consiguiente, si tan solo uno de los socios se opone a la realización de Asamblea, se imposibilitará su celebración; esto último encuentra asidero en que, sin la previa convocatoria, el socio puede verse desinformado de los asuntos a tratar, y por ende desprotegido en el transcurso de la deliberación.

En este tipo de Asambleas lo que sucede es que los socios en su totalidad disponen de su celebración, por consiguiente, se considerarán suficientemente informados para tomar esta decisión; sin embargo, esto no obsta para que ejerciten su Derecho de Información en sentido estricto durante la celebración de la Asamblea, o bien, para que ejerciten cualquier derecho al que tengan acceso para hacer efectivo su conocimiento, y de esta forma puedan deliberar y decidir en la Asamblea con verdadero conocimiento de causa.

En cuanto al lugar en donde este tipo particular de Asamblea se puede reunir, hay completa libertad al respecto, ya que se trata de una manifestación de la libre voluntad unánime de los socios.

Es lógico pensar que si la convocatoria no se efectúa en la forma habitual, los socios concurrirán desinformados a la Asamblea; sin embargo, y por la naturaleza de los intereses propios del derecho mercantil, no se puede imaginar legislaciones excesivamente proteccionistas de los intereses individuales, que prohibieran totalmente este tipo de Asambleas, más si tenemos claro que, como medida reguladora y en observancia del necesario equilibrio de intereses, sería suficiente la oposición de tan solo un socio para que ésta no pudiera llevarse a cabo.

-La polémica de la inclusión de los “Asuntos Varios”.

Se presenta gran discusión en torno a la emisión de convocatorias con órdenes del día en los cuales se incluye la sección denominada como “asuntos varios”, no estableciéndose expresamente y con exactitud cuáles serán los asuntos que se discutirán en la Asamblea; dicha cláusula otorga una absoluta discrecionalidad para que, durante la Asamblea, se incluyan en la discusión los asuntos más variados e imprevistos. Está claro que una cláusula de este tipo transgrede en demasía el Derecho de Información del socio, pues se impide al legitimado el conocimiento previo de ciertos rubros a discutir que eventualmente despertarían su particular interés, sea para una participación amplia y respaldada por la debida información y conocimiento de causa, o bien para la propia decisión de ausentarse o asistir a la junta.

Ni siquiera sería justificable el establecer esta cláusula remitiendo al socio a examinar un programa depositado en las oficinas sociales u otra localidad. Sería un aviso genérico, en

oposición a la exactitud que le debe caracterizar, que no dejará descubrir los temas sobre los que deberá deliberarse.

Esta mención hace que la Asamblea tome un acuerdo inválido y nulo, pues será un tema no incluido en la convocatoria.

De esta forma, aparece como totalmente inconveniente para la protección del derecho que estudiamos, que se permita la posibilidad de incluir disposiciones como la señalada, ya que se constituye como una de las mayores violaciones a éste.

II. Ejercicio del Derecho de Información durante la Asamblea de socios

a. Solicitud de informes y aclaraciones sobre los puntos contenidos en el Orden del Día

Como con anterioridad se ha indicado, previo a la celebración de la Asamblea de Accionistas en la Sociedad Anónima, aparece como requisito de validez, la convocatoria respectiva con indicación de los determinantes espacio-temporales de realización, conjuntamente con un detallado Orden del Día; claramente se percibe la finalidad esencial por medio de tal comunicación, de la consecución efectiva de una real, completa y veraz información por parte del socio para su intervención debidamente orientada por el conocimiento de causa, dentro de la celebración asambleísta.

Precisamente, esta manifestación del Derecho de Información, se ve reforzada durante la celebración de la respectiva Junta. Así, en el transcurso de la Asamblea, cualquier socio, con independencia de su tenencia accionaria, tendrá el derecho de solicitar verbalmente toda la información requerida, sobre cualquier punto contenido en el Orden del Día, para su mayor comprensión. Es importante indicar que tal derecho únicamente faculta al legitimado a solicitar

información sobre los puntos sometidos a discusión y no sobre cualquier otro cuyo conocimiento no sea relevante para arribar a conclusiones definitivas.

Correlativamente, ante tal derecho, existe la obligación de los Administradores, de proporcionar bajo estos supuestos, la información requerida, existiendo la única excepción del denominado doctrinalmente “secreto social” al cual se hará referencia posteriormente.

El ordenamiento jurídico costarricense prevé el ejercicio de este derecho de información en sentido estricto y su correlativa obligación, en el numeral 173 del Código de Comercio.

b. Solicitud de Aplazamiento de la Votación por “Información Insuficiente” por parte de los socios.

Es posible que en alguna oportunidad, durante la realización de la Junta, los accionistas consideren la imposibilidad de discutir los asuntos previstos en el Orden del Día por escasez de información.

Ante tal eventualidad, es posible que en el desarrollo de la Asamblea, ante la solicitud de un porcentaje determinado (el cual es variable de una legislación a otra, y en Costa Rica es del 25%) del capital social, se acuerde el aplazamiento de la Asamblea, por un período normalmente no mayor de tres días. Para evitar abusos, sólo puede ejercerse por una sola vez para un mismo asunto. Obviamente, tal derecho no se traduce únicamente en la exigencia de suspensión de la sesión durante tal período, sino también en la posibilidad de recabar, sea del órgano administrativo o del de vigilancia, la documentación y datos requeridos para la obtención de la

información necesaria; de esta forma se requiere la inspección de libros y documentos para arribar a conclusiones definitivas.²¹⁴

Es claro que, aunque la fundamentación de tal precepto normativo sea la obtención de información para el ejercicio de un voto razonado, el aplazamiento previsto puede utilizarse para otras finalidades como el despliegue de una campaña de convencimiento dirigida hacia otros accionistas. Paralelo a tal situación algunos autores²¹⁵ señalan además la posible utilización de este derecho, para lograr la afluencia, en la reanudación de la Asamblea, de socios no asistentes o que se hubieran retirado en el curso de la primera realización.

Técnicamente, el aplazamiento indicado significaría una prórroga de Asamblea, ya que ésta únicamente podrá considerarse como finalizada, al término de la votación. La prórroga, conforme al numeral 167 del Código de Comercio, se presenta en caso de que no sea posible agotar los asuntos previstos en el Orden del Día, continuándose en los días siguientes. Así, la posibilidad concedida por el artículo 172 del Código Mercantil al 25% del capital social representado, constituye una especie particular de prórroga con una serie de precisiones en cuanto a su ejercicio.

De este modo y dado que, como se dijo, lo que opera en este caso previsto en el artículo 172 del Código de Comercio es una prórroga de la Asamblea, no se considera como requisito de validez hacer una nueva convocatoria, dado que la que se trata de la misma asamblea convocada inicialmente, y evidentemente de los mismos puntos del orden del día de la convocatoria

²¹⁴ Gutiérrez, Laureano. Op.cit.P.24812W

²¹⁵ Véase Mantilla, Roberto. Op.cit.P.391

original. Además, el propio Código de Comercio, en los artículos mencionados, no hace referencia a la necesidad de llevar a cabo una nueva convocatoria.

Ahora bien, no obstante lo anterior, y dado que los accionistas pueden presentarse y ejercer su derecho de voto en cualquier momento, sería conveniente que se le diera publicidad a la fecha de la realización de la prórroga de la asamblea, de modo que los accionistas ausentes a la primera parte de la asamblea, que deseen asistir a la segunda parte, puedan hacerlo.

c. El Denominado “Secreto Social

La facultad del socio señalada con anterioridad se encuentra limitada por la posibilidad de que los Administradores se nieguen a brindar los informes solicitados, argumentando que a juicio del Presidente, su publicidad perjudicaría los intereses sociales; cabe señalar que la posibilidad de negar la totalidad de la información no es la única, dado que, siempre siguiendo los criterios anteriores, la negación podría ser parcial, limitando el informe solicitado.

Con esta situación, se ha convertido al Presidente del órgano administrativo en una especie de “arbitrator bonus vir”²¹⁶ en el seno de la Junta, dado que se convierte en intérprete de los intereses sociales y de su defensa.

En ordenamientos de orientación germánica, esta situación se regula de una manera distinta, existiendo más bien límites legalmente prefijados para la negación de informes por parte del órgano directivo, siendo posible en caso de controversia ante la decisión tomada, acudir a una instancia judicial para su revisión.

²¹⁶ Uría González, Rodrigo y otros, Comentario al Régimen Legal de la Sociedad Autónoma. Op.cit.P.257

Pero, en ordenamientos con influencia romanista como el español, el argentino y el costarricense, es al Presidente al que se le otorga, con exclusividad, esta posibilidad discrecional sin delimitación previa.

Sin embargo, ante tal situación, existe conjuntamente un “Derecho de Información verbal cualificado” de los accionistas, lo cual permite al socio romper con este secreto social. Así, el Código de Comercio en su artículo 173 establece que no habrá secreto cuando la solicitud provenga de socio o socios que representen por lo menos el 20% del capital social:

“Los accionistas podrán solicitar, durante la celebración de la asamblea, todos los informes y aclaraciones que estimen necesarios acerca de los asuntos comprendidos en el orden del día. Los administradores estarán obligados a proporcionárselos, salvo en los casos en que, a juicio del presidente, la publicidad de los datos solicitados perjudique los intereses sociales. Esta excepción no procederá cuando la solicitud provenga de accionistas que representen, por lo menos, el veinte por ciento (20%) del capital social o el porcentaje menor fijado en los estatutos.

La persona a quien se le haya denegado información, podrá pedir que tanto su petición como los motivos aducidos para denegarla figuren en el acta.

A las asambleas deberán asistir, por lo menos, un consejero, o un administrador y un fiscal de la sociedad; de lo contrario, la asamblea podrá aplazarse por una sola vez, de conformidad con el artículo anterior.”²¹⁷

²¹⁷ Similar previsión encontramos en el art 112 de la Ley de Sociedades Anónimas de España, No1564 de 22-12-89

Haciendo una interpretación de esta norma de manera aislada, se podría interpretar que, si la solicitud de información viene hecha por accionistas que representan al menos una quinta parte del capital social, no cabe la negativa a conceder información. Ahora bien, las normas deben interpretarse dentro del todo que representa el ordenamiento jurídico, y no de modo aislado, por lo que se considera que esta supuesta facultad irrestricta de los accionistas que cumplan con el porcentaje social del 20% en realidad si tiene límites, para lo cual debemos tener claro que el Presidente debe velar por los intereses sociales por encima de los intereses de los accionistas. Así, por ejemplo si con la entrega de la información se puede causar un grave perjuicio a los intereses sociales, el Presidente debe abstenerse de entregar dicha información. En este sentido es de especial importancia la regulación de la Ley de Información no divulgada, que en su artículo 2° establece:

“Artículo 2.- Ámbito de protección

Protéjase la información no divulgada referente a los secretos comerciales e industriales que guarde, con carácter confidencial, una persona física o jurídica para impedir que información legítimamente bajo su control sea divulgada a terceros, adquirida o utilizada sin su consentimiento por terceros, de manera contraria a los usos comerciales honestos, siempre y cuando dicha información se ajuste a lo siguiente:

- a) Sea secreta, en el sentido de que no sea, como cuerpo ni en la configuración y reunión precisas de sus componentes, generalmente conocida ni fácilmente accesible para las personas introducidas en los círculos donde normalmente se utiliza este tipo de información.
- b) Esté legalmente bajo el control de una persona que haya adoptado medidas razonables y proporcionales para mantenerla secreta.

c) Tenga un valor comercial por su carácter de secreta.

La información no divulgada se refiere, en especial, a la naturaleza, las características o finalidades de los productos y los métodos o procesos de producción.

Para los efectos del primer párrafo del presente artículo, se definirán como formas contrarias a los usos comerciales honestos, entre otras, las prácticas de incumplimiento de contratos, el abuso de confianza, la instigación a la infracción y la adquisición de información no divulgada por terceros que hayan sabido que la adquisición implicaba tales prácticas o que, por negligencia grave, no lo hayan sabido.

La información que se considere como no divulgada deberá constar en documentos, medios electrónicos o magnéticos, discos ópticos, microfilmes, películas u otros elementos similares.”²¹⁸

El artículo anterior establece la no divulgación de información confidencial, lo cual puede ser aplicado en una asamblea de accionistas, ya que se maneja ese tipo de información entre los accionistas, y en el caso en concreto, entre el Presidente y los accionistas.

El Presidente estaría autorizado a denegar información confidencial al accionista si considera que dicha información va a ser revelada por el accionista a terceras personas en perjuicio de la sociedad. En este caso se configuran los presupuestos de que fija la Ley de Información no Divulgada, puesto que es a través de un abuso de confianza por parte del accionista, en concreto, el abuso del Derecho a la Información, para obtener información confidencial para luego ser revelada en perjuicio a la sociedad y sus intereses.

²¹⁸ Ley de Información no Divulgada. Artículo 2.

Así, se considera que este es uno de los casos en los que a un accionista se podría negar la información, tanto en sentido amplio como en sentido estricto.

Por otro lado, se podría interpretar que el presidente se encuentra autorizado por el ordenamiento jurídico para denegar la información, aún al 20 % del capital social, si aquel considera que se violentan los intereses de la sociedad anónima.

El ordenamiento jurídico establece en el Código Civil varios presupuestos que deben de respetarse con el fin de procurar un correcto funcionamiento de todas las figuras y negocios jurídicos, entre ellos, la protección de los intereses de la sociedad anónima. Dichos principios deben ser acatados por las sociedades anónimas de acuerdo al artículo 2 del Código de Comercio que establece:

“Cuando no exista en este Código, ni en otras leyes mercantiles, disposición concreta que rijan determinada materia o caso, se aplicarán, por su orden y en lo pertinente, las del Código Civil, los usos y costumbres y los principios generales de derecho. En cuanto a la aplicación de los usos y costumbres, privarán los locales sobre los nacionales; los nacionales sobre los internacionales; y los especiales sobre los generales.”²¹⁹

Por lo tanto, en materia comercial se pueden utilizar los principios básicos del derecho y del Código Civil, si dichos principios no se encuentran enmarcados en el Código de Comercio, por lo que, le son aplicables a las sociedades anónimas los artículos 20, 21 y 22 del Código Civil que establecen el principio fraude a la ley, buena fe y el abuso del derecho, estableciendo:

“Artículo 20.-

²¹⁹ Código Civil. Artículo 2.

Los actos realizados al amparo del texto de una norma, que persigan un resultado prohibido por el ordenamiento jurídico; o contrario a él, se considerarán ejecutados en fraude de la ley y no impedirán la debida aplicación de la norma que se hubiere tratado de eludir.

Artículo 21.-

Los derechos deberán ejercitarse conforme con las exigencias de la buena fe.

Artículo 22.-

La ley no ampara el abuso del derecho o el ejercicio antisocial de éste. Todo acto u omisión en un contrato, que por la intención de su autor, por su objeto o por las circunstancias en que se realice, sobrepase manifiestamente los límites normales del ejercicio de un derecho, con daño para tercero o para la contraparte, dará lugar a la correspondiente indemnización y a la adopción de las medidas judiciales o administrativas que impidan la persistencia en el abuso.²²⁰

Los anteriores artículos establecen principios básicos del derecho, aplicables a todas las relaciones, incluidas las comerciales. Es por esto que se puede decir que si el Presidente de la sociedad anónima decide denegar la información solicitada por un accionista, ya sea porque dicha solicitud va encaminada a un fraude a la ley, es contraria a la buena fe, o bien responde a un evidente abuso del derecho que pueda perjudicar los intereses sociales, debe considerarse dicha decisión del Presidente acertada y debe ser respetada, siempre y cuando se encuentre bien fundamentada.

²²⁰ Código de Comercio. Artículos 20, 21 y 22.

Es importante señalar la previsión existente en el artículo 173 de nuestro Código Mercantil, en el sentido de que el porcentaje inicialmente indicado (20%) pueda ser disminuido en los estatutos sociales. Por el contrario, en el artículo 112 de la Ley española de Sociedades Anónimas, además de fijarse el porcentaje en un 25%, no se prevé tal posibilidad.

Esta facultad de los accionistas que representen el 20% el capital social no es otra cosa que un contrapeso a la función arbitral que le es conferida al Presidente. Lo que siempre debe estar presente es la protección del interés social. Así por ejemplo, en España, a este respecto, existe jurisprudencia en el sentido de que los Administradores pueden negarse a proporcionar los informes solicitados por la minoría prevista si fundadamente estiman que el derecho se utiliza abusivamente con fines extra-sociales.²²¹ Es claro que, para los accionistas no informados quedaría abierta la vía judicial para revisión de lo dispuesto por el órgano competente. En nuestro país, la jurisprudencia al respecto es inexistente, debiéndonos por el momento, ajustar a lo señalado por ley.

El secreto social puede observarse desde dos planos principales: uno substancial y otro jurídico.²²²

El secreto social genéricamente contemplado como el conjunto de información fáctica o documental no conocida por la generalidad social, por conveniencia del ente respectivo, desde el punto de vista sustancial se divide en:

- a. Secreto Social Comercial: Se refiere a todo lo que tenga que ver con las estrategias comerciales de colocación y estudios de mercadotecnia acerca de los bienes y servicios ofrecidos

²²¹ En este sentido Uría González, Rodrigo. Op.cit.P.259-265

²²² División propuesta por Gutiérrez, Laureano. Op.cit.P.244

por la sociedad. Se encuentra aquí lo relativo a condiciones de venta de mercado, costos de producción, obtención, mantenimientos y estudio de clientela.

- b) Secreto Social Técnico: Es lo que de una forma u otra constituye la distinción entre una sociedad comercial y otra, sobre todos en las denominadas sociedades-empresas dedicadas a la producción de bienes bajo parámetros predefinidos. Aquí se encuentra todo lo incluido en secreto de fabricación, Know-How, fórmulas, etc.

En el caso del secreto social desde el punto de vista jurídico, se observa el Secreto Social en relación no sólo con el interés societario genérico, sino también, con lo dispuesto por normativas externas a ésta, en unos casos o internas en otros.

- a) Secreto Social Absoluto: Hay casos en los que la administración social se encuentra ante situaciones cuya orientación implica una valoración del conglomerado normativo nacional. Es claro que en situaciones límite, la sociedad estará obligada a mantener el secreto frente a los socios, si se encuentran en juego situaciones que podrían comprometerla por conexión o incumplimiento del ordenamiento nacional. Un caso ubicable bajo esta clasificación es el del secreto bancario.
- b) Secreto Social Relativo: Aquí se encuentra todo aquello que la sociedad puede o no divulgar a sus accionistas, conforme a su organización interna.

-El secreto Social como remedio al problema del “Accionista Chantajista”

Es claro que, el secreto social, por su contenido e implicaciones primordiales, oscila entre dos intereses esenciales: el societario y el individual del socio, lo cual obliga a una delimitación y comprensión adecuadas. Así, es claro que los Administradores no pueden excusarse y guarecerse

bajo el secreto social con la finalidad de evitar la obtención de una visión real y verdadera sobre la gestión social representada en el balance, por parte del socio, que requerirá emitir su voto al respecto. Esta es una situación de meridiana claridad; sin embargo, en la realidad social se presentan casos en los que, en definitiva, la reserva de información es esencial para velar por una correcta marcha de la sociedad.

Es justo el reconocimiento al accionista de un adecuado Derecho de Información; sin embargo, su ejercicio en ocasiones puede ocasionar grandes y graves perjuicios de diversa índole a la sociedad; incluso puede ser que lo pretendido inicialmente sea precisamente causar esos perjuicios. En este sentido el Tribunal Superior de España ha señalado que no es lícito el ejercicio del Derecho de Información para obstruir y paralizar la vida de la sociedad.²²³ Tal es el supuesto del competidor que adquiere una sola acción de la sociedad con el fin de informarse de las estrategias y medios de operación sociales y actividad mercantil en general de ésta, para transmitirla o contrarrestarla conforme sus intereses. Esto es lo que se conoce como “accionista chantajista” o “informante desleal”. Piénsese en situaciones de manifiesta trascendencia, como podría ser la estrategia de mercadeo y fórmula de la Coca Cola. En estos casos el conocimiento debe reducirse a aquellos accionistas que realmente se encuentran involucrados con el desarrollo societario, con un interés manifiesto, sobre todo en su cuota de inversión accionaria. Creemos que sería posible e incluso conveniente que en casos extremos, sobre todo en lo referido al secreto social técnico, que el conocimiento de fórmulas, Know- How, etc., pueda ser negado aún al porcentaje de capital indicado por ley, con argumentos fundados de protección social, dada la necesidad de que su manejo sea conocido únicamente por unos pocos especialistas.

²²³ Gutiérrez, Laureano. Op.cit.P.224

Por otro lado, secreto societario se encuentra vinculado a lo que en doctrina se conoce como el interés contrario del accionista, interés que se encuentra justamente en antagonismo al interés social. El interés contrario se manifiesta cuando un accionista tiene intereses contrarios a los de la sociedad en un asunto determinado, por lo que, dicho accionista debe abstenerse de votar o decidir sobre el respectivo asunto.²²⁴ Corolario de lo anterior es el deber del accionista, titular de un interés contrario, de no solicitar información sobre estos asuntos, con el fin de evitar un futuro perjuicio a la sociedad, evidentemente por poseer una motivación diferente a la de la búsqueda del bien social. Para el socio que tiene un interés contrario la doctrina establece la obligación del resarcimiento de los daños y perjuicios causados, como sanción a la negativa de abstenerse de decidir sobre el respectivo asunto.

La definición e interés contrario varía según la situación particular de cada sociedad y sus respectivos accionistas, pero en general se podría decir que el interés contrario se materializa cuando *el interés personal del socio es una situación objetiva precedente a la deliberación, en la cual no interesa el aspecto psicológico del socio, sino la posibilidad de ventaja para él o de perjuicio patrimonial para la sociedad. No cómo quiere votar, sino esa posición previa, lo compromete, como un principio de lealtad, a abstenerse de votar los acuerdos relativos a aquélla.*²²⁵ Esto significa que, en caso de existir un interés contrario, el mismo accionista debe excusarse de emitir el voto, por un principio de lealtad a la sociedad. En Costa Rica no existe un artículo expreso que establezca el interés contrario, pero si existen los principios legales básicos para construirlo. Como se mencionó líneas arriba, el artículo 21 de Código de Comercio

²²⁴ Hugo Richard E. y Manuel Muiño O. (2004). Derecho Societario, quinta reimpresión. Buenos Aires, Argentina. Editorial Astrea. P. 484.

²²⁵ Citado por Hugo Richard E. y Manuel Muiño O. (2004). Derecho Societario, quinta reimpresión. Buenos Aires, Argentina. Editorial Astrea. Pag 484.

establece que debe siempre existir buena fe en los actos jurídicos. Así, cuando se ejerce el voto, debe hacerse de buena fe y encaminado de una manera correcta. Si existe un interés contrario, no se estaría actuando acorde a dicho principio. Asimismo, se estaría configurando un abuso del derecho, ya que el accionista estaría abusando de su derecho de voto para beneficiarse personalmente a costa del perjuicio de la sociedad y ciertamente el derecho no puede tutelar tal accionar. El principio del interés contrario sale a relucir, en relación con las sociedades anónimas de capital abierto, en el artículo 114 de la Ley Reguladora del Mercado de Valores estableciendo:

“La Superintendencia dictará las normas necesarias para regular los conflictos de intereses entre los participantes de los mercados de valores e incluirá, al menos, lo siguiente:

- a) La prohibición de determinadas operaciones entre sociedades pertenecientes al mismo grupo financiero o al mismo grupo de interés económico, aplicando, en lo pertinente, las normas de la Ley Orgánica del Banco Central.
- b) Un régimen de incompatibilidades aplicable a los funcionarios de los sujetos fiscalizados, que prevenga la realización de operaciones o el traspaso de información que pueda perjudicar al público inversionista.
- c) La prestación de servicios, independientemente de la forma contractual utilizada, entre entidades del mismo grupo de interés económico.
- d) Los reglamentos de cualquier otra situación que por razones de conflicto de interés, pueda resultar en perjuicio del público inversionista.”²²⁶

²²⁶ Ley Reguladora del Mercado de Valores. Artículo 114.

Ahora bien, si el accionista no se abstiene de votar sobre el asunto en el que posee un interés contrario al de la sociedad, y gracias a su voto se configuró un beneficio propio y contrario al de la sociedad, entonces ese acuerdo puede impugnarse y establecerse como nulo, puesto que existió un dolo previo del accionista en contra de la sociedad y su patrimonio, para lograr un beneficio personal. Lo peor es que dicho accionista aprovechó un puesto privilegiado dentro de la sociedad para lograr su cometido, agravando su accionar, puesto que estaría traicionando los principios de convivencia que deben existir dentro de la sociedad entre los socios y su organización interna.

La legislación alemana establece en cuanto a esto último que *la impugnación puede también apoyarse en el hecho de que un accionista con ejercicio del derecho de voto, buscaba conseguir ventajas especiales para sí o tercera persona en perjuicio de la sociedad o de otros accionistas y el acuerdo se prestase a conseguir esta finalidad. Esto no rige cuando el acuerdo procura a los demás accionistas una compensación equitativa.*²²⁷ Asimismo, la legislación española señala que *podrán ser impugnados...los acuerdos sociales que...lesionen en beneficio de uno o varios accionistas, los intereses de la sociedad.*²²⁸ El interés contrario de un accionista es un presupuesto que faculta al administrador para denegar información en protección del interés social, lo cual más que una potestad, es en realidad su deber. Este es un claro ejemplo del uso del secreto societario como herramienta para el aseguramiento de la salvaguarda de los intereses de la sociedad, ya que se podría considerar como secreto cualquier información que pueda perjudicar a la sociedad, lo que incluye evidentemente la información, que de caer en manos de

²²⁷ Gambino, Agostino (1969). Diritto Commerciale. Juicio 1969-I-425, Italia. Citado por Hugo Richard E. y Manuel Muiño O. (2004). Derecho Societario, quinta reimpresión. Buenos Aires, Argentina. Editorial Astrea. Pag 484.

²²⁸ Garrigues, Joaquín y Uría, Rodrigo (1976). Comentarios a la ley de sociedades anónimas. Madrid, Aguilar.

un accionista con interés contrario, le perjudicaría a aquella. El secreto societario va encaminado a salvaguardar los intereses sociales y mantenerlos en manos confiables para utilizarlos de una manera beneficiosa para la sociedad.

Dicho de otra manera, el secreto societario es una herramienta de vital importancia para el presidente, que le servirá para justificar la negatoria de entregar información en caso de haber un interés contrario de un accionista, en perjuicio de los intereses sociales. Como bien se estableció en el presente trabajo, dicha negativa se encuentra tutelada por principios básicos legales tales como la buena fe y el abuso del derecho.

Sección C: Límites del Derecho de Información

I. La “protección de los intereses sociales” como principal motivo de rechazo de información solicitada

El Derecho de Información en sentido estricto que establece el artículo 173 es atribuido no sólo en interés del accionista en cuanto tal, sino también a favor del interés social al buen funcionamiento de la sociedad. Por ello, el Derecho de Información en sentido estricto, en función de su lícita finalidad, no puede servir de medio para obstruir y paralizar la actividad social, sobreponiendo a los intereses sociales el particular del accionista que solicita la información. Se entiende que existe un interés personal del socio contrapuesto al de la sociedad siempre que el accionista obtenga un lucro o ventaja patrimonial, beneficiando a tercera persona, contra el interés colectivo o social.²²⁹ Este es el motivo fundamental que justifica que el Código de Comercio impida un ejercicio del Derecho de Información que perjudique los intereses

²²⁹ Uría, R; Menéndez A., y Muñoz PLANAS, J. M (1992), “La Asamblea General de accionistas (arts. 93 a 122 de la Ley de Sociedades Anónimas)”. En Comentario al Régimen Legal de las Sociedades Mercantiles, Madrid. P. 660.

sociales. Al respecto, el artículo 173 es claro al disponer, con respecto a los informes y aclaraciones, que:

“Los administradores estarán obligados a proporcionárselos, salvo en los casos en que, a juicio del presidente, la publicidad de los datos solicitados perjudique los intereses sociales”.²³⁰

Con este pronunciamiento del Código no parece que quepa poner en duda la necesidad misma de la cláusula protectora, esto es: “la formulación legal de la exigencia de supeditar la cobertura del interés individual en obtener la información, a la preservación del interés supra-individual del colectivo cuyo esquema de relaciones da sentido al reconocimiento mismo del Derecho de Información.”²³¹ De este modo, la información solicitada por los socios va a quedar sujeta a control, pues nada asegura a la sociedad que la información así obtenida no sea después utilizada con algún propósito antisocial. La protección de esos intereses, que la ley encomienda al Presidente de la Asamblea, constituye el límite más importante al ejercicio del Derecho de Información. Ello es así porque en la práctica societaria suele ser frecuente que los accionistas supediten la conveniencia de la sociedad a su interés personal. Mientras que para el socio el motivo determinante de su actuación suele ser el propio interés egoísta en contra posición con el de la sociedad, los Administradores, en cambio, deben buscar ante todo el interés de ésta, su conservación y su prosperidad. Este interés social, que constituye el límite natural de la libertad del socio al ejercicio de su Derecho de Información, se encuentra en riesgo cuando el accionista tiene un interés particular en el asunto sometido a la decisión de la Asamblea General. El socio

²³⁰ Código de Comercio. Artículo 173.

²³¹ Romero Fernández, Jesús (2001). El Derecho de Información del Accionista , Objeto, Límites y Forma. Editorial Marcial Pons, Madrid, Pág. 84.

puede encontrarse de modo directo o indirecto en posición de contra parte frente a la sociedad. Si existe colisión entre el interés personal del accionista que solicita información y el interés social, aquél deberá posponerse a éste.

A la hora de establecer qué se debe entender por intereses sociales, se podría decir que es necesario revisar cada caso concreto, y se debe proceder con sumo cuidado si se quiere establecer un catálogo al respecto. A la hora de estudiar “los intereses sociales” nos encontramos ante un concepto jurídico “indeterminado”, cuya concreción aconseja la formulación de juicios de valor sobre el conflicto de intereses planteados. No obstante, esta alusión abstracta a dichos “intereses sociales” que efectúa el Código de Comercio, este término se puede conectar con una serie de bienes sociales que pueden verse afectados negativamente por la información que se puede suministrar a un socio. Además, como antes se mencionó, muchas veces los mismos accionistas de una sociedad tienen en otra sociedad competidora una participación económicamente superior y pueden utilizar el Derecho de Información para perjudicar el interés social de una en beneficio de aquella otra en la que sus participaciones son mayores.

En suma, por interés social, a estos efectos, se puede entender el que tiene la sociedad en mantener reservada aquella información cuya protección resultaría decisiva para la presencia de la sociedad en el mercado, y garantizar sus expectativas de crecimiento y subsistencia, y hechos, internos y de su entorno, en los que se funda su ventaja competitiva.

Desde esta perspectiva, se puede mencionar como intereses sociales dignos de salvaguarda, y susceptibles de decidir en su beneficio el conflicto que se suscite por el ejercicio del Derecho de Información, los siguientes: el secreto sobre las invenciones explotadas por la sociedad, el interés de cerrar el paso a la infiltración de capital extranjero, la confianza que la solvencia de la

sociedad y su buen hacer suscitan al mercado, la necesidad de impedir el acceso de la competencia al conocimiento de las condiciones de fabricación y financiación de la empresa, la salvaguarda de unas perspectivas de futuro favorable y de expectativas fundadas de ganancias, etc.²³²

El Derecho de Información no se atribuye al accionista para que lo ejercite en sentido egoísta. Ello no significa que no se pueda perseguir intereses particulares o extra-sociales, sino que no es admisible su ejercicio en perjuicio a los demás accionistas o a la sociedad. Cabrá denegación de información cuando el accionista pretenda, con el ejercicio de su derecho, atentar contra los intereses sociales, no porque su actuación resulte inspirada por intereses personales. Sin embargo, no hay que desconocer que el conflicto entre el interés social y el particular del accionista pone al descubierto el concepto que se tiene del Derecho de Información y de sus límites y coloca en una difícil situación al Presidente que deberá valorar si la información daña más a la sociedad de lo que es útil al accionista.²³³

El Código de Comercio no impone, a priori, una obligación de abstención al accionista que solicita información contraviniendo los intereses sociales, sino que admite el ejercicio del Derecho de Información y remite a la decisión particular del Presidente de la Asamblea la determinación de si la información solicitada entra en colisión o perjudica los intereses sociales. Para denegar la información, los obligados a proporcionarla no pueden alegar que no resulta absolutamente indispensable para la valoración de un concreto punto del Orden del Día, ni fundamentar su decisión únicamente, en que no aporta información útil para la formación de

²³² DEUSS, P., *Das Auskunftsrecht des Aktionars in der Hauptversammlung der Aktiengesellschaft nach? 112 AktG und als Problem der Aktinrechtsreform*, Munchen/Berlín, 1962, pp. 102-103, citado por Romero Fernández, Jesús Antonio. Op cit. P. 85.

²³³ Romero Fernández, Jesús Antonio. Op cit. P. 86

opinión de los accionistas, porque éstas son consideraciones que corresponde realizarlas al propio accionista que solicita la información.

La anteriormente mencionada “cláusula general de protección”²³⁴ de los intereses sociales que, al insertarse en la disciplina del Derecho de Información constituye su límite más importante, pretende proteger esos intereses frente a las preguntas indiscretas y malintencionadas o frente aquellas otras que, por estar inspiradas en intereses contrarios a los de la sociedad, encierran el peligro de poner sus secretos en manos de quien aspira a destruirla. Se trata, en suma, de cubrir una serie de situaciones conflictivas imposibles de determinar a priori. La puesta en práctica de esa “cláusula de protección” del interés social precisa de un juicio valorativo que podría dividirse en dos fases: primero, constatar la presencia en el supuesto planteado de intereses que, concurriendo con el interés a la información de los accionistas, se verían negativamente afectados por la comunicación de las informaciones solicitadas y, en segundo lugar, valorar cuál de los intereses en presencia resulta preeminente, decidiendo en su favor el conflicto suscitado por el ejercicio del Derecho de Información.

Para que entre en juego la referida “cláusula general de protección”, fórmula legal que define las circunstancias cuya presencia autoriza el sacrificio del Derecho de Información enfrentado al interés social, deben concurrir dos elementos²³⁵.

- 1) Debe tratarse de una comunicación susceptible de causar perjuicio, objetivo, actual y concreto a la sociedad. El perjuicio a otras sociedades que mantengan relaciones económicas y jurídicas con

²³⁴ Garrigues, Joaquín (1959). “El Derecho de Información del accionista en la Ley de Sociedades anónimas”. Estudios en homenaje a D. Nicolás Pérez Serrano, Madrid. P. 485

²³⁵ Esteban Velasco, Gaudencio. (1994). Derecho de Información del Accionista, en Derecho de Sociedades Anónimas. Tomo II, Capital y acciones, Vol.1º, Madrid. p.227-228.

aquella a la que la información se refiere sólo deberá estimarse en la medida en que ese perjuicio se traduzca en una lesión para los intereses de ésta última. Se trata de una medida de valoración abstracta, que tiene que referirse a la sociedad en cuestión y a la circunstancia del caso concreto. En ese marco de protección de los intereses sociales se comprenden no sólo los secretos industriales, comerciales, de carácter técnico o, en general, los datos confidenciales que obligan a no revelarlos a quien los conoce por su cargo, sino, cualquier otra información susceptible, con probabilidad razonable, de perjudicar a la sociedad. En este sentido, resulta tradicional la diferenciación que se mencionó líneas arriba entre el secreto absoluto y el relativo. Se entiende por secreto absoluto el que corresponde a la sociedad sobre determinados asuntos que pueden interesar al público en general; es decir, este concepto acoge, en definitiva, aquellos hechos cuya confidencialidad viene sancionada por normas orientadas a tutelar intereses de carácter no estrictamente privado. Por su parte, el secreto relativo es aquél sobre cuya publicidad la sociedad puede decidir a su conveniencia, ya que ella es la titular del derecho al secreto.²³⁶ Todo sujeto posee una esfera de reserva. La sociedad como persona jurídica tiene derecho a esa esfera de reserva en torno a la cual se desenvuelve su actividad económica para poder alcanzar la realización del fin social. La ley tiene que proveer formas de publicidad tendientes a tutelar el conocimiento de determinados asuntos sociales y proteger el secreto de aquellos otros negados al público.

Frente a la necesaria tutela legislativa de la esfera del secreto social para la generalidad, debe admitirse el derecho del socio a pedir información sobre determinados hechos relativos a la esfera de reserva de la sociedad y que deriva del contrato social que liga al singular socio con la

²³⁶ FOSCHINI, Marchello. (1982), *Il diritto dell'azionista all'informazione*, Milano, Pág. 204., citado por ROMERO FERNÁNDEZ Jesús Antonio, op. cit. P. 87.

sociedad. Este es el dato relevante. Frente al ejercicio del Derecho de Información por los socios prevalece el interés de la sociedad al secreto si la divulgación le perjudica. Pero no basta únicamente con alegar que existe peligro al interés social por la publicidad de determinados datos, sino que tiene que valorarse si no se pueden derivar también ventajas de una respuesta pública, que compensen los inconvenientes.

- 2) El perjuicio debe ser “relevante” en comparación con el beneficio que la información comporta a los accionistas, a pesar de que el Código de Comercio sólo se refiere a que la publicidad sea perjudicial sin exigir, como otros Ordenamientos²³⁷, la gravedad o relevancia del daño. El interés de la sociedad que justifique la negativa a proporcionar los informes solicitados será más relevante cuanto más cualificado aparezca el interés de los socios en conocer determinados hechos o circunstancias. Debe, en todo caso, desatenderse la mera repercusión no relevante en los intereses de la sociedad. Un daño leve o meramente hipotético de la sociedad debe ceder ante el interés del accionista a tener información. Será “daño relevante” aquél que podría resultar de una información que perjudicará más a la sociedad de lo que beneficiaría a los accionistas. En caso de litigio corre a cargo de la sociedad la prueba del perjuicio a los intereses sociales.²³⁸

En resumen tenemos en el artículo 173 del Código de Comercio un concepto jurídico indeterminado, el de “intereses sociales”, como supuesto de hecho que legitima la intervención del Presidente para negar una información en caso de secretos cuya divulgación perjudicaría a la sociedad. Ese perjuicio no tiene por que ser seguro, basta con la razonada previsibilidad del

²³⁷ Código das Sociedades Comerciais Português de 1886, aprobado por el decreto-ley número 262/86, publicado el 2 de septiembre de 1986 en el Diario da República portugués. Artículo 290.2

²³⁸ Esteban Velasco, Gaudencio. (1992). Comentario al artículo 14: responsabilidad de los Administradores, en Comentarios a la Ley de agrupaciones de interés económico, Madrid. P. 237

daño, pero no se puede fundar la denegación de la información al socio en un daño leve o meramente hipotético.

II. Valoración de los intereses sociales por parte del Presidente

Analizada la cláusula protectora de los intereses sociales como primer punto del estudio del artículo 173 del Código de Comercio, ahora se procederá al estudio del segundo aspecto de esta norma: el que decide respecto al cómo y el carácter de la atribución del poder de hacer entrar en juego la cláusula protectora del interés social.

El artículo 173 del Código de Comercio permite a todo accionista solicitar cuantas informaciones estime precisas en relación con los asuntos a tratar en el Orden del Día de la Asamblea. Lo amplio de esta configuración del Derecho de Información hace necesario restringirlo a través de la posibilidad, aparentemente incondicional, del Presidente de negar dicha información en el supuesto previsto por el propio artículo. Este poder del Presidente ha sido considerado por la mayoría de la doctrina como discrecional²³⁹. Es clara la obligación de los Administradores de proporcionar a los accionistas los informes o aclaraciones solicitados acerca de los asuntos comprendidos en el Orden del Día, salvo en los casos en que, a juicio del Presidente, la publicidad de los datos solicitados perjudiquen los intereses sociales. Este precepto no aporta ningún dato que ayude a aclarar la naturaleza de la decisión atribuida al Presidente. Del propio Código de Comercio en su conjunto, y la intención del legislador, se infieren datos que permiten calificar el carácter discrecional de esta facultad del Presidente de la Asamblea a la hora de decidir de la necesidad o no de proporcionar una información legítimamente pretendida por un accionista. Así, uno de los datos reveladores del carácter discrecional de la decisión del

²³⁹ Fernández Rodríguez, Tomás-Ramón (1997). De la arbitrariedad de la Administración. 2ª ed. Madrid.P. 81.

Presidente de la Junta es la previsión legal de su decaimiento en el supuesto de intervención de la minoría de un 20% del capital social, lo que supone un contrapeso al carácter discrecional de la concesión de la información, aparte de un reforzamiento de las garantías del derecho individual de información. En segundo lugar se tiene el condicionamiento de la entrada en juego de la cláusula protectora en los casos en que, a juicio del Presidente, la publicidad de los datos solicitados perjudique los intereses sociales. Efectivamente el significado de la expresión “a juicio” del Presidente, denota el carácter arbitrario del que se ha querido rodear la decisión de esta instancia societaria. Con esto, como se mencionó líneas arriba, se ha convertido al Presidente en un verdadero arbitrator bonus vir dentro de la Asamblea, a quien se confía la defensa de los intereses sociales, tanto frente a los Administradores como frente a los socios²⁴⁰. De este modo, el conflicto de valoración de los intereses sociales como límites generales que derivan de la aplicación del principio de buena fe, corresponde al Presidente de la Asamblea General, debiendo realizar una valoración sobre la oportunidad de proceder o no a dar la información²⁴¹.

El Código de Comercio hace del Presidente el intérprete de los intereses sociales, remitiendo a su juicio si debe o no contestarse a las preguntas del accionista o si debe limitarse la respuesta a la información solicitada. Idealmente, las facultades del Presidente no deben entenderse subordinadas a la mayoría, sino que deben considerarse atribuidas a él únicamente, con carácter originario por el derecho positivo; es decir, en principio hay que presumir que el Presidente, al permitir o no la concesión de la información, puede estar interpretando el sentir de la mayoría y,

²⁴⁰ Polo Díez, A. (1962). “El derecho del accionista a la información”. Boletín Financiero del Servicio de estudios de la bolsa de Barcelona, número extraordinario. pág. 30, citado por Romero Fernández, Jesús Antonio, op.cit. P. 94.

²⁴¹ Esteban Velasco, Gaudencio. (1994). Derecho de Información del Accionista, en Derecho de Sociedades Anónimas, t.II, Capital y acciones, Vol.1º, Madrid. P.231

en consecuencia, el interés común, pero ello puede no necesariamente ser así. Lo que resulta evidente es que, ante el interés de un socio, quizá movido por estímulos extra-sociales, el Presidente debe dar prioridad a los intereses sociales.²⁴² Lo que sucede en la realidad es que el Presidente casi siempre responde precisamente a los intereses de un grupo de accionistas determinado, por lo general el grupo mayoritario, compuesto justamente por los socios que eligieron a dicho Presidente, por lo que la opción de depositar en él la función de tutelar los intereses sociales por encima de los de los accionistas no es en realidad la más acertada.

La discrecionalidad en el suministro de los datos, aclaraciones, o informes solicitados por los accionistas no es una solución exclusiva del sistema costarricense. Todas las legislaciones que reconocen el Derecho de Información, en una forma u otra y con unos u otros límites, han tenido que arbitrar, en razón del posible perjuicio que esa información puede causar al interés social, alguna fórmula para confiar a una persona o a un determinado órgano social la decisión acerca de la procedencia o no de la información solicitada, y han tratado de facilitar también dentro de ciertos límites la revisión de las decisiones contrarias a la información.

El Código de Comercio confía primero al juicio discrecional del Presidente de la Asamblea de accionistas la solución al conflicto de intereses que pone en juego el Derecho de Información, y después, a los accionistas que representen el 20% del capital social. Cabe destacar que en otros ordenamientos, como el suizo y el alemán, se confía al mismo órgano obligado a proporcionar la información la competencia para apreciar y hacer valer en cada caso la presencia de un límite capaz de contrarrestar su propia obligación de informar, y arbitrar una posible revisión posterior de esa decisión por medio de una instancia judicial.

Se podría creer que el legislador costarricense fundamentó su decisión de otorgarle al Presidente de la Junta la facultad de negar información en la confianza en su neutralidad como instancia intermedia entre el Órgano Administrativo y la Asamblea General, pero como se dijo antes, no creemos que se pueda dar tal neutralidad. Más bien, la única ventaja que vemos puede tener esta disposición es la inmediatez con la que se resuelven las solicitudes de información, al ser el Presidente quién de modo unipersonal y en el mismo momento, toma a decisión. Cabe decir que la relativa discrecionalidad del Presidente a la hora de valorar los intereses sociales no impide que éste deba justificar la negativa a suministrar la información solicitada por los accionistas, lo cual se ve reforzado por el hecho de que la persona a quien se le haya denegado información, podrá pedir que tanto su petición como los motivos aducidos para denegarla figuren en el acta²⁴³. Ahora bien, consideramos que se está sacrificando la seguridad jurídica de los accionistas por la celeridad en el trámite de la asamblea, lo cual es errado. Debe buscarse un balance, de modo que no se atrasen indebidamente las asambleas, pero sobre todo respetando al máximo los derechos de los accionistas, entre ellos el derecho de información, para lo cual creemos que lo más acertado es confiarle al mismo órgano encargado de entregar la información la facultad para denegarla cuando proceda.

El hecho de que el Presidente deba dar a conocer la causa legal en la que se funda para denegar los datos pedidos sirve, por un lado, para que los accionistas solicitantes puedan actuar en defensa de sus intereses, así como valorar si la decisión presidencial se ajusta o sobrepasa los límites de la discrecionalidad conforme al deber que la ley le exige, y puedan calibrar las posibilidades de salir victoriosos en un proceso judicial que se inicia ante una negativa, presuntamente ilegítima, a suministrar la información solicitada, facilitándose, a la vez, la tarea

²⁴³ Código de Comercio. Artículo 173

de los jueces a la hora de analizar el buen uso en el ejercicio de una facultad discrecionalmente encomendada a una instancia societaria; por otro lado, de este modo se obliga al Presidente a meditar su decisión y sopesar la legalidad de la misma, teniendo como referencia los intereses confrontados. Esta obligación presidencial de dar información sobre la causa de la denegación de los datos pedidos, lo será salvo en los supuestos en los que, con ello, esté revelando informaciones secretas en cuyo caso, la infracción de este deber de secreto daría lugar a su responsabilidad por los daños y perjuicios causados.

En el supuesto de que el Presidente de la Asamblea no forme parte del Consejo de Administración, la responsabilidad por la negativa a suministrar la información se esfuma, al venir hecha por una persona que puede no estar en condiciones de juzgar acerca del perjuicio de la publicidad, y que pueda negar ausencia de título legitimador para el acceso a los elementos de juicio que pudieran haber fundado una decisión adecuada; además, no puede pedirse a esa persona mayor diligencia que la ordinaria de acuerdo con sus circunstancias personales. En cambio, en el caso de que el Presidente de la Asamblea General sea también el de Consejo de Administración, podrá exigirse responsabilidad por su negativa en términos más amplios, puesto que en tal hipótesis el módulo de diligencia exigible será el que corresponda a la actuación de los Administradores. La responsabilidad del Presidente de la Asamblea también puede nacer por el modo en que suministra la información²⁴⁴.

Al no existir cláusula alguna sobre la manera de atender los requerimientos de los accionistas, puede ocurrir que se haga en forma deliberadamente oscura, bajo contestaciones confusas o

²⁴⁴ Esteban Velasco, Gaudencio (1994). Derecho de Información del Accionista, en Derecho de Sociedades Anónimas. Tomo II, Capital y acciones, Vol.1º, Madrid. P.232

falsamente técnicas²⁴⁵. Por ello los accionistas pueden exigir informes y contestaciones adecuadas a las preguntas y cuestiones planteadas.

Un último tema que de momento únicamente se mencionará es la disposición que existe en otros ordenamientos jurídicos de que sean precisamente los administradores encargados de entregar los informes y aclaraciones quienes, actuando como un órgano colegiado, deliberen sobre la pertinencia o no de entregar dicha información. En estos casos también es posible acudir a instancias judiciales para hacer el reclamo respectivo, de negarse la entrega de la información. La pertinencia de este sistema en nuestro medio se analizará a profundidad más adelante.

III.El abuso del derecho

La especial competencia del Presidente de la Asamblea General está concebida para denegar información cuando el divulgarla pueda suponer un perjuicio a los intereses sociales. No obstante, se discute que ésta sea la única causa por la cual la solicitud de información pueda ser rechazada. Junto a este perjuicio y con independencia de la dicción del Código de Comercio son aplicables al caso los límites generales del ejercicio del Derecho de Información entre los que se incluyen en el ordenamiento jurídico costarricense los del abuso del derecho previsto en el Código Civil. Se trata de unos límites que deben deducirse de las reglas del derecho civil, que guían el ejercicio de los derechos subjetivos, conforme a determinados parámetros éticos o valorativos. En este sentido el Código Civil costarricense dice que:

“La ley no ampara el abuso del derecho o el ejercicio antisocial de éste. Todo acto u omisión en un contrato, que por la intención de su autor, por su objeto o por las circunstancias en que

²⁴⁵ Girón Tena, J. (1952). “Derecho de sociedades anónimas”. Valladolid. Citado por Romero Fernández, Jesús Antonio. Op.cit. P. 105

se realice, sobrepase manifiestamente los límites normales del ejercicio de un derecho, con daño para tercero o para la contraparte, dará lugar a la correspondiente indemnización y a la adopción de las medidas judiciales o administrativas que impidan la persistencia en el abuso.”²⁴⁶

Efectivamente el Código de Comercio exige que el Derecho de Información en sentido estricto no entre en colisión con los intereses sociales. La protección de estos intereses supone un límite al ejercicio del Derecho de Información, pero sin que quede, con ello, desplazado el principio del abuso del derecho establecido en el Código Civil, que impide el ejercicio de los derechos subjetivos más allá de la finalidad para la que se otorgaron. Cuando se sobrepasan los parámetros valorativos o éticos derivados del derecho civil, se estaría ante un ejercicio abusivo del Derecho de Información, que la ley no ampara, quedando el Presidente de la Junta liberado de la obligación de satisfacerlo.

El abuso del Derecho de Información se concreta en aquel ejercicio del derecho mismo que no corresponde a su función objetiva, sino que la desconoce, en el sentido de que tiende a realizar un interés personal del socio y extra-social, es decir, distinto tanto del interés común de los socios como del interés individual del accionista en su condición de tal; en tales hipótesis, el ejercicio del Derecho de Información, condicionado por la presencia de intereses extra-sociales o anti-sociales, es decir, dirigidos con el fin concreto de dañar a la sociedad, no es susceptible de aquella tutela que le reconoce el ordenamiento jurídico en razón de su función objetiva²⁴⁷. Con ello, en cambio, no se quiere decir que el hecho de que un accionista pretenda, a través de una

²⁴⁶ Código Civil. Artículo 22.

²⁴⁷ Esteban Velasco, Gaudencio. (1994). Derecho de Información del Accionista, en Derecho de Sociedades Anónimas. Tomo II, Capital y acciones, Vol.1º, Madrid. P.229

solicitud de información, satisfacer un interés distinto del interés social, convierta per se su pregunta en abusiva, porque en estos casos deberá valorarse con especial cuidado la finalidad última perseguida en su pregunta, por un lado, y su relación con el asunto del Orden del Día al que se refiera, por otro.

Dentro de las conductas que pueden considerarse abusivas se pueden incluir aquellas situaciones en las que la información demandada por los accionistas se pretende utilizar de forma exclusiva o prevalente para fines distintos de la tutela de los derechos que les corresponden en su condición de miembros de la sociedad. En otras ocasiones, la información solicitada no resulta útil o pertinente por las circunstancias en las que se formula, por su objeto, o por la motivación que la guía, para la valoración del asunto objeto del debate. Por último, cabe incluirse dentro de los límites inmanentes aquellos casos en los que el ejercicio del Derecho de Información constituye una práctica de obstruccionismo, ya sea por la formulación injuriosa de las cuestiones, o bien por la pretensión de perturbar con su planteamiento el ordenado desarrollo de la Junta²⁴⁸.

La cláusula protectora del interés social tiene como características la excepcionalidad y subsidiaridad, mismas que deben encontrar una adecuada expresión en la invocación del “abuso del derecho”; de este modo quien invoque la existencia de dicho abuso debe tener la carga de acreditar la presencia satisfactoria de alguno de sus presupuestos. El ejercicio abusivo del Derecho de Información vendría así a añadirse a las causas de denegación de las informaciones solicitadas por un accionista en la Asamblea General.

El abuso de derecho no sólo va a entrar en juego en caso de solicitud de información con un accionista aislado, sino también, y sobre todo, cuando aquella venga apoyada por accionistas que

²⁴⁸ Esteban Velasco, Gaudencio. (1994). Derecho de Información del Accionista, en Derecho de Sociedades Anónimas. Tomo II, Capital y acciones, Vol.1º, Madrid. P.222

representen el 20 % del capital social, porque de lo contrario esta minoría se encontraría en condiciones más ventajosas para obtener la información solicitada.

Como se verá a continuación, el Derecho de Información, aún en el supuesto de intervención de los accionistas que representen el 20% del capital social, no es un derecho ilimitado.

IV. Solicitud de Informes por accionistas que representen, por lo menos, el 20% del capital social o el porcentaje menor fijado en los estatutos.

El sistema de protección de los intereses sociales establecidos en el artículo 173 del Código de Comercio funcionaría perfectamente de no ser porque existe el peligro de una posible arbitrariedad del Presidente de la Junta a la hora de valorar dichos intereses. En efecto el Presidente debe adoptar de forma prudente y leal sus decisiones, pero puede ocurrir que éstas sean fruto de un comportamiento irresponsable, más aún si se tiene en cuenta que él no está obligado a consultar ni a seguir el criterio mayoritario de la Asamblea de Accionistas, ni el del Órgano de Administración.

La ley admite que un porcentaje significativo del capital social (20%) discrepe con el criterio del Presidente, y le atribuye en tal caso, una primacía que no implica una facultad absoluta de investigación. El legislador optó, en consecuencia, por establecer un contrapeso a esa posible actuación discrecional del Presidente²⁴⁹.

²⁴⁹ Esteban Velasco, Gaudencio. (1994). Derecho de Información del Accionista, en Derecho de Sociedades Anónimas. Tomo II, Capital y acciones, Vol.1º, Madrid.P.230

Cuando la solicitud de información venga respaldada por accionistas que representen el 20% del capital social, decae la cláusula protectora del interés social acogida por el artículo 173 del Código de Comercio, que no se aplica y, consecuentemente, los Administradores están obligados a proporcionar la información solicitada por esa minoría, sin que el 80% restante pueda oponerse en la Asamblea a que aquella se facilite.

Siguiendo la posición de Espinoza Blanco, debe tenerse clara la regla (Derecho de Información), la excepción (el secreto societario) y la excepción de la excepción (cuando los socios que representan al menos el 20% del capital social, o el porcentaje menor fijado en el pacto social, requieran información), en una dinámica en las que los intereses en juego y las posibilidades de perjuicio a la sociedad y a los socios, son importantes elementos por tener en cuenta para resolver en uno o en otro sentido.²⁵⁰

La principal peculiaridad de este derecho de la minoría se encuentra en que el Código de Comercio concede a quienes ostentan el 20% del capital social la posibilidad de reaccionar frente a lo que se podría considerar otro órgano societario, el Presidente de la Asamblea General de accionistas, y además, convertirse en instancia última para la determinación del interés social. Con ello se está concediendo un gran poder a esta minoría, ya que el Código no prevé un medio específico de fiscalización por parte de otro órgano, sino que convierte al socio o grupo de socios minoritarios, que representen el porcentaje de capital legalmente previsto, en juzgadores de su propia causa²⁵¹. Así el Derecho de Información goza de una doble singularidad: por un lado el socio individual tiene un Derecho de Información, y por otro, es la propia minoría la que posee la

²⁵⁰ Espinoza Blanco, Ana Lucía. Ensayo “El secreto Societario”. Boletín Semanal de Aselex S.A.: “Perspectiva Legislativa”, de fecha 9 a 15 de febrero de 2002. P. 7

²⁵¹ Garrigues, Joaquín (1959). “El Derecho de Información del accionista en la Ley de Sociedades anónimas”. Estudios en homenaje a D. Nicolás Pérez Serrano, Madrid, 1959. P. 492

llave de la solución al conflicto. De este modo, la minoría no modera o limita la facultad del Presidente de la Junta, sino que la desplaza absolutamente y tiene la función de definir el interés común en este punto²⁵².

La minoría exigida por la ley de una quinta parte del capital accionario como instrumento de defensa del interés social podría considerarse desmedida, dependiendo del supuesto que se analice.²⁵³ Así, frente al interés de una mayoría organizada, se contraponen, a efectos de definir el interés común, otra minoría organizada de volumen importante o incluso otra mayoría que comienza a organizarse, lo que hace que el derecho ejercitado con su respaldo resulte un mecanismo superfluo en las sociedades anónimas de pocos socios, donde una minoría de este calibre tendría acceso a la representación en el consejo, e impracticable en las grandes sociedades de accionariado disperso, en especial las que cotizan en bolsa.

Creemos que aunque el porcentaje podría considerarse en algunos casos elevado, dado que con este poder se entrega a la minoría una facultad extraordinariamente amplia, resultaría arriesgado dejar en manos de un porcentaje menor de accionistas la decisión sobre la determinación del interés social, al menos en ausencia de un control por los tribunales. En este sentido es particularmente importante la previsión del artículo 173 del Código de Comercio, en el sentido de que el porcentaje accionario necesario para ejercer este derecho de información, en principio irrestricto, podría disminuirse por medio de una disposición estatutaria en este sentido.

²⁵² Uría, R; Menéndez, A., y Muñoz Planas, J. M. (1992) La Asamblea General de Accionistas, artículos 93-122 de la Ley de Sociedades Anónimas. Madrid. P.260.

²⁵³ Así, POLO DÍEZ, A., "El derecho del accionista a la información", Boletín Financiero del Servicio de estudios de la bolsa de Barcelona, número extraordinario, diciembre 1962, pág. 30, citado por Romero Fernández, Jesús Antonio, op.cit. pág. 213; y Uría, R; Menéndez, A., y Muñoz Planas, J. M. (1992). La Asamblea General de Accionistas, artículos 93-122 de la Ley de Sociedades Anónimas, Madrid. P.261.

Ahora bien, este supuesto, que pareciera incondicional, del Derecho de Información de los accionistas que representen el 20% del capital social, o el porcentaje menor fijado en los estatutos, induce a suponer que el ejercicio del Derecho de Información ejercitado por esta minoría es de carácter absoluto e irrevocable, sin embargo, se considera que esta posición es errada.

Lo que se debe determinar es si el artículo 173 del Código de Comercio impide la posibilidad de negar información solicitada cuando la petición está apoyada por accionistas que representan la quinta parte del capital social, o si, por el contrario, permite que no se suministren los informes o aclaraciones solicitados en caso de manifiesta actuación antisocial de esa minoría. En todo caso, deben tenerse en cuenta los principios de buena fe y de abuso de derecho que no sólo juegan como postulados rectores de la conducta del Presidente, sino también como ordenadores de la actuación de los accionistas solicitantes de la información, los cuales nunca deben perseguir finalidades contrarias a los intereses sociales. Es decir, atendida la formulación literal del artículo 173 del Código de Comercio que no permite que prosperen frente a la intervención de la minoría las objeciones fundadas en la valoración del interés social hechas por el Presidente, la negativa a satisfacer su solicitud deberá proceder del Órgano Administrativo y hacerse valer apelando al abuso del derecho. Así el ejercicio del Derecho de Información aún en el supuesto de estar apoyado por el porcentaje de accionistas requerido en la ley, ha de tener como frontera infranqueable el abuso de derecho, excepción que podría funcionar a modo de instrumento de defensa del interés social. Además, los accionistas no informados siempre tendrán abierta la vía judicial como instancia revisora de esa decisión²⁵⁴.

²⁵⁴ Uría, R; Menéndez, A., y Muñoz Planas, J. M. (1992). La Asamblea General de Accionistas, artículos 93-122 de la Ley de Sociedades Anónimas, Madrid. P.263.

Sección D: El Derecho de Información en algunas situaciones particulares, y forma de hacerlo valer en caso de irrespeto

I. Situaciones especiales

Se considera legitimado para el ejercicio del Derecho de Información al tenedor de acciones únicamente, independientemente del porcentaje accionario que ostente. Sin embargo, hay situaciones particulares en las cuales se presentan otros sujetos que, sin ser accionistas, poseen sobre algunas acciones derechos que, para su ejercicio, requieren el manejo de cierta información dentro de la sociedad.

Estos casos son los siguientes:

a. Pignoración de acciones

Teóricamente, el contrato de pignoración tiene dos manifestaciones: pignoración sin desplazamientos y pignoración con desplazamiento. En nuestro medio, en operaciones de crédito en materia civil, la aplicable era la primera permaneciendo el bien dado en garantía en posesión del deudor, sin embargo, en Costa Rica ya no se da la figura de las prendas civiles. Ahora bien, materia mercantil, y concretamente refiriéndose a la pignoración accionaria, el principio que se daba en materia civil se invierte, rigiendo la pignoración con desplazamiento.

En este sentido, el Código de Comercio establece que:

“...puede ser materia de contrato de prenda toda clase de bienes muebles. Pueden serlo especialmente:

(...)

i) Las acciones o cuotas de sociedades, títulos-valores del Estado, Municipalidades o particulares; las cédulas hipotecarias y toda clase de créditos pueden ser dados en prenda, pero para que el contrato tenga pleno valor legal, es precisa la entrega de los títulos al acreedor, que tendrá el carácter de depositario, sin que tenga derecho a exigir retribución por el depósito...²⁵⁵”

De este modo, posesión y titularidad se separan, o dicho de otro modo, el dueño no es el acreedor, pero pasa a ser el simple tenedor del documento. No obstante lo anterior, en el libro de Registro de Accionistas siempre aparecerá como propietario el socio, aunque con la indicación de que hay una prenda. Esto podría generar cierta confusión en cuanto al ejercicio de los derechos.

El artículo 139 bis del Código de Comercio adicionado por ley 7201 de 10 de octubre de 1990, es el único que se refiere al ejercicio de derechos en estas circunstancias. Sin embargo, únicamente se refiere al derecho de voto, el cual correspondería al acreedor pignoraticio en Asambleas ordinarias y el socio en las extraordinarias; y al derecho de suscripción preferente, que conservaría el socio en todo caso. Una particularidad de este artículo es que se permite el pacto entre las partes, de modo que estas, de común acuerdo, determinen cómo se han de ejercer los derechos. En el propio artículo no se realiza explícitamente ninguna mención o referencia al ejercicio de los demás derechos del socio, entre ellos, el Derecho de Información.

Lo anterior se podría interpretar de dos maneras: que el texto debe entenderse en su tenor literal, siendo que, tan solo el acreedor pignoraticio tendría el derecho que allí se le indica bajo las circunstancias previstas. O bien se podría pensar que el acreedor, junto a su derecho de voto,

²⁵⁵ Código de Comercio. Artículo 533.

posee aquellos derechos que sirven para prepararlo, tal como el Derecho de Información, o para defenderlo, como el de impugnación de acuerdos.

Creemos, al igual que CERTAD²⁵⁶ que la segunda alternativa es la correcta en nuestro medio, haciendo la salvedad, eso sí, que la calidad y cantidad de información a la que tendrían derecho tales individuos, no puede ser la misma a la que podían acceder los socios, sino, tan solo la estrictamente necesaria para ejercer el voto razonadamente, con entero conocimiento de causa. Y es que, desde la perspectiva arrojada por nuestra ley, no tendría sentido el otorgarle el derecho de voto a estas personas sin permitirles ejercerlo de modo responsable, obviamente con las limitaciones correspondientes, en forma paralela los demás derechos que le permitan conocer detalladamente los contenidos requeridos para la defensa de sus intereses.

Diferente es la solución dada por la legislación española, la cual se fundamenta, en este acaso, en presupuestos distintos. El artículo 71 inciso i) de la ley de Sociedades Anónimas de España, observa lo siguiente:

“Pignoración de Acciones. 1. En el caso de pignoración de acciones corresponderá a los propietarios de éstas, salvo disposición contraria de los estatutos, el ejercicio de los derechos de accionista. El acreedor pignoraticio queda obligado a facilitar el ejercicio de estos derechos”²⁵⁷

Con esto está claro a quien corresponde el ejercicio de los derechos de accionista, incluyendo el de información. No cabe la posibilidad de que, estatutariamente, se prive al socio del Derecho de

²⁵⁶ Certad, Gastón. Op.cit. P. 6-7

²⁵⁷ Ley de Sociedades Anónimas de España. Artículo 71.

Información, asignándolo exclusivamente a la otra parte, ni asignarlo conjunta o separadamente al propietario y al acreedor pignoraticio.

En España, la parte legitimada deberá solicitar y proporcionar a la otra parte, los informes, aclaraciones, documentación etc., acerca de los asuntos contemplados en el Orden del Día de la Asamblea. Además propietarios y acreedor deben intentar llegar a un acuerdo sobre la manera en que se emitirán los votos correspondientes a las acciones afectadas. De no hacerlo así, el accionista, respondería por los daños causados a la otra parte por falta de información tempestivamente requerida.²⁵⁸

Si bien es cierto, en la solución propuesta por la Ley española se requiere una estrecha relación entre socio y acreedor pignoraticio, lo cual incluye la obligación del primero a brindar una información adecuada a éste con el fin de llegar a un acuerdo sobre la orientación de su voto, creemos que la solución dada por la legislación costarricense, de otorgarle al acreedor el voto en las Asambleas ordinarias, que son las que, esencialmente, tratarán asuntos de fondo económico, correspondiente a sus intereses, es más eficaz dado que en la propia celebración de la Asamblea (en este caso, ordinaria) solamente el acreedor podría interpretar fielmente lo más conveniente para el pago de su crédito en medio de los vaivenes de la Asamblea no exponiéndose a las malas interpretaciones que hubieran podido surgir de un acuerdo orientativo. Además el socio conservaría sus derechos en la Asamblea extraordinaria, la cual obviamente, conoce asuntos de extraordinaria importancia (art 156 Código de Comercio), siendo el socio el único legitimado para actuar. Desde luego, optamos por esta opción siempre que se considere el ejercicio del

²⁵⁸ Uría, Rodrigo y otros. op.cit. P. 130-151

Derecho de Información e impugnación conjuntamente al de voto al acreedor, limitándolos por su puesto, únicamente a los asuntos que son de su interés.

b. Usufructo de acciones

En el artículo 139 bis del Código de Comercio se opta, para el supuesto de usufructo de acciones, por una regulación idéntica a la indicada con anterioridad para la pignoración accionaria. Así, el usufructuario, salvo pacto en contrario, tendrá el derecho al voto en Asambleas ordinarias, y el socio en las extraordinarias. Lo mismo indicado para la pignoración accionaria, en cuanto al ejercicio de los derechos preparativos o de defensa con las limitaciones respectivos.

La Ley de Sociedades Anónimas de España, señala en el artículo 67 lo siguiente:

“Usufructo de Acciones 1- En el caso de usufructo de acciones la cualidad de socio reside en el nudo propietario, pero el usufructuario tendrá derecho en todo caso a los dividendos acordados por la sociedad durante el usufructo. El ejercicio de los demás derechos de socio corresponde, salvo disposición contraria de los estatutos, al nudo propietario.”²⁵⁹

Al igual que en el caso anterior, se considera acertada la solución propuesta en la legislación costarricense, sobre todo en este caso, en el cual el usufructuario tendrá un mayor interés en lo referente a la distribución de dividendos, pues es a él a quien corresponden. De esta forma el ejercicio inmediato de voto, Derecho de Información, impugnación, etc., sería más eficaz para sus intereses, que deben ser tutelados, que el ejercicio mediato indicado por la ley española.

c. Embargo de acciones

²⁵⁹ Ley de Sociedades Anónimas de España. Artículo 67.

En nuestro medio la solución más adecuada sería incluir en el artículo 139 bis del Código de Comercio, el caso de embargo accionario con idéntica solución a la propuesta para la pignoración y el usufructo, ello por cuanto se considera que, la disociación entre titularidad de las acciones y ejercicio de los correspondientes derechos en este caso no dista mucho de los casos anteriores. Ahora bien, en caso de que el depositario ejerza el derecho de información, debe hacerlo de manera diligente, actuando como un buen padre de familia, sobre todo para garantizar una adecuada administración, y para evitar que el valor o contenido económico de las acciones embargadas se perjudique. En este sentido son importantes las disposiciones del artículo 525 del Código de Comercio.

II. Violación del Derecho de Información

a. Acción de nulidad contra los acuerdos

El artículo 176 de nuestro Código de Comercio enumera taxativamente los casos en que los acuerdos sociales se encuentran viciados de nulidad absoluta, El inciso 6) de este artículo dice:

“Serán nulos los acuerdos de las Asambleas: (...)

b.) Cuando se tomaren con infracción a lo dispuesto en este capítulo”²⁶⁰

Se entiende por derecho de impugnación de acuerdos o acción de nulidad, aquella facultad que poseen los socios, sea individual o conjuntamente, de oponerse a los acuerdos tomados ya sea en Asamblea de Accionistas o en el Consejo de Administración.

²⁶⁰ Código de Comercio. Artículo 176.

Dentro de las disposiciones del Capítulo VII “De las Sociedades Anónimas” del Código de Comercio, se encuentran los artículos 172 y 173 referidos al Derecho de Información relacionados con el artículo 26 temáticamente.

Creemos que, por ser el Derecho de Información un elemento esencial para la toma de decisiones del socio, su quebrantamiento por parte de los Administradores, originaría, de acuerdo al mencionado artículo 176, la nulidad absoluta del acuerdo.

La persona a quien se le haya negado la información durante la Asamblea, podrá solicitar que tanto su petición como los motivos aducidos figuren en el acta. Este será el primer elemento de prueba en la acción a seguir.

Si la negación tuviera lugar antes de la Asamblea, podría acudir a los tribunales, para que en sentencia, se ordene la exhibición de los documentos necesarios.²⁶¹

La acción de nulidad por esta situación prescribe en nuestro país en un año, contado desde la fecha en que se tomó el acuerdo o de su inscripción en el Registro Mercantil si fuere necesario.

Las acciones de nulidad las resolverá el juez competente del domicilio social mediante procedimiento abreviado.²⁶²

b. Responsabilidad del administrador por violación de su deber de informar o abstenerse de hacerlo, según corresponda

1. Violación del deber de informar o abstenerse de hacerlo, según corresponda

²⁶¹ Ver caso particular del artículo 265 del Código de Comercio.

²⁶² Código Procesal Civil. Artículo 420, inciso 11).

En lo referente a la responsabilidad del administrador, sujeto que nos ocupa en este momento, el artículo 189 párrafo primero del Código de Comercio señala que

“los consejeros y demás Administradores deben cumplir los deberes que les impone la ley y los estatutos con la diligencia del mandatario...”²⁶³

Con esto, se exige a estos funcionarios una diligencia o cuidado calificado, esto es la del “bonus pater familiae”. Como tal, el mandatario debe cumplir adecuadamente con las funciones que le han sido asignadas y además, debe rendir cuentas de su gestión.

Con la indicación legal mencionada se establece y delimita un criterio objetivo y general, refiriéndonos a un modelo más genérico que el de “hombre medio”, esto es, la diligencia que hubiese utilizado un administrador diligente en las mismas circunstancias. Para la determinación de tal situación se encuentran dos criterios a seguir.²⁶⁴

La actividad del deudor, en el mandato, debe dirigirse a la realización del interés del acreedor por lo que en la valoración de la diligencia del administrador debe considerarse, por parte del Juez, la expectativa social de conseguir determinado resultado económico, no su efectiva obtención, debiendo el administrador actuar con la diligencia necesaria en ese sentido u orientación.

Así, deben tomarse en cuenta conductas referidas a la actividad específica y concreta de la administración de sociedades, lo cual tiene su perfil particular en cuanto a prudencia y atención en grado más calificado en relación hombre-medio.

²⁶³ Código de Comercio. Artículo 189.

²⁶⁴ Ver CERTAD (Gastón), Apuntes sobre las obligaciones de Informes y no Informes que tiene los Administradores de Sociedades Anónimas. Rev. Ivititia No.81.P.7

Con esto, el Juez debe considerar las fuerzas características de la sociedad, la naturaleza y trascendencia del negocio, así como la transacción y operación realizada, comparando el comportamiento del sujeto, de manera lógica y analítica, con el que un administrador diligente hubiera tenido bajo las mismas circunstancias.

Así,

“el sistema costarricense de responsabilidad de los Administradores de una sociedad anónima ha sido construido sobre la base de los principios de personalización e individualización de la responsabilidad exigible en la esfera civil y del deber de diligencia y lealtad de los Administradores.”²⁶⁵

2. Responsabilidad Solidaria por Hecho Propio del Consejo de Administración

Dentro de la labor de administrar los negocios sociales, propia de los miembros de la Junta Directiva de la Sociedad Anónima, se encuentra la titularidad de un poder-deber propio de ésta. Así, si bien es cierto en el ejercicio de la administración se requiere de cierto margen de discrecionalidad, siempre, paralelo a éste, se encuentra el límite de la realización del objeto social y la finalidad de lograr el interés social o colectivo de los socios. De esta forma, estos dos elementos deben constituirse en la guía a seguir por el administrador, el cual, en ninguna forma, podrá excusarse tras la carencia o deficiencia de directrices específicas dentro de la ley, reglamentos o estatutos.

En este marco, existe la genérica obligación de vigilar la marcha general de la gestión social y de, estando en conocimiento de actos perjudiciales, impedir su realización o atenuar sus

²⁶⁵ *Ibidem*, p.7.

consecuencias.²⁶⁶ Estos deberes de vigilancia e intervención son parte de la obligación genérica de diligencia del administrador. Conforme a lo indicado en el mismo Código de Comercio, la responsabilidad ante la sociedad no recae sólo sobre el sujeto que ha realizado el incumplimiento del cual se deriva un daño, sino que además lo hace sobre los demás miembros de la Junta Directiva o Consejo de Administración y sobre el Gerente General.

Debe señalarse que, de acuerdo al párrafo tercero del artículo 189 del Código mercantil, esta responsabilidad no alcanza al consejero o administrador que hubiera procedido en cumplimiento de acuerdos tomados en Asamblea que no fueran notoriamente ilegales o contrarios a normas estatutarias o reglamentos de la sociedad. Además, en el párrafo siguiente se establece la no extensión de la responsabilidad para los administradores que, sin tener culpa en el hecho, hayan hecho anotar por escrito un disentimiento, y den inmediata noticia de ello, también por escrito, al fiscal; así mismo tampoco será responsable el que haya estado ausente en la deliberación.

Con todo esto, la responsabilidad solidaria indicada, es una responsabilidad por hecho propio y por culpa propia, dado que ésta se mantiene únicamente entre los Administradores culpables, sea por haber cometido el hecho, sea por no haberlo prevenido con una buena escogencia de empleados y diligentes de vigilancia. Sin culpa no hay solidaridad, pues de lo contrario se golpearía a aquellos que cumpliendo los deberes, han sido conjuntamente con los accionistas víctimas de una actuación irregular.²⁶⁷

²⁶⁶ Código de Comercio. Artículo 189, párrafo segundo.

²⁶⁷ Ibidem.P.8

Así la regla es que, cuando los Administradores sean responsables, lo serán solidariamente. Lo único que debe demostrarse por parte del perjudicado, será el incumplimiento del deber legal o contractual al que los Administradores se hallaban obligados y el daño ocasionado.

3. Acción Individual de Responsabilidad:

Con todo lo señalado anteriormente, observamos que la negación del administrador de brindar información al sujeto legitimado, es violatoria de un deber legalmente atribuido a éste, por lo que, en principio, podría ser revocado de su puesto por la Asamblea General de socios, sin responsabilidad social.

Además, si la negativa ha causado algún daño al socio o socios solicitantes de la información, el administrador podría ser demandado personalmente por aquellos mediante la acción civil de responsabilidad, la cual se tramitaría en vía ordinaria, para que el sujeto responsable resarza los daños y perjuicios causados.

Para el ejercicio de aquella acción necesario que con la negación de la información se haya provocado un daño directo, cuantificable económicamente, en el patrimonio de los socios. Esta consecuencia debe ser producto de un acto de los administradores, (y no mera consecuencia del perjuicio patrimonial producido a la sociedad) frente al que tendrán que responder ante la violación del Derecho de Información. Esta acción individual pretende resarcir el daño directamente producido al accionista por un acto de los administradores.

En este caso, el accionista debe demostrar que como consecuencia de la falta de información, producto de la violación de su derecho de información, ha adoptado decisiones equivocadas y perjudiciales. Obviamente, siendo que todo aquel que hace una afirmación debe probarla,

además de probar lo anterior, corresponde al accionista la carga de la prueba de los daños y perjuicios que alegue le fueron causados.

4. Acción Social de Responsabilidad.

Así mismo, como hemos visto, existe, bajo ciertas circunstancias, el deber del administrador de no proporcionar cierta información. De esta forma, si por ejemplo algún administrador proporciona información considerada como secreto social a socios que no representen el 20% del capital social, podría causar un evidente perjuicio al interés social, violentando un deber que le es legalmente impuesto. Igualmente sucedería en caso de que se proporcionara información a un sujeto no legitimado para recibirla.

Si con lo anterior se ocasionara un daño a la sociedad, ésta podría promover, también mediante vía ordinaria, la respectiva acción social de responsabilidad, buscando hasta lo posible resarcirse de los daños y perjuicios producidos.

En este sentido, en cuanto a la responsabilidad de los administradores, el Código de Comercio establece que:

“podrá ser exigida por acuerdo de la asamblea general de accionistas, la cual designará a la persona que haya de ejercer la acción correspondiente.”²⁶⁸

5. Acción de responsabilidad contra los fiscales

Los fiscales son personalmente responsables por actuaciones que falten a su deber de vigilancia de las actuaciones hechas en la sociedad, incluyendo aquellas decisiones del órgano de administración que perjudiquen a la sociedad. En este caso, si el administrador niega

²⁶⁸ Código de Comercio. Artículo 192.

injustificadamente el derecho de información o lo otorga a personas ajenas a la sociedad y el o los fiscales no lo denuncian, entonces ellos son personalmente responsables por no efectuar una correcta vigilancia de la sociedad. Como se mencionó en el capítulo segundo, esta responsabilidad de los fiscales deriva del artículo 199 y 200 del Código de Comercio.

CONCLUSIÓN

Luego de terminar la investigación sobre el tema que hemos decidido desarrollar a través del presente trabajo final de graduación, hemos llegado a la conclusión general de que, dentro del modelo societario costarricense, existen efectivamente varias deficiencias en cuanto a la regulación del derecho de información de los accionistas.

De este modo, siendo el derecho de información uno de los principales mecanismos para la tutela de la eficiencia y la transparencia de los asuntos sociales, así como del respeto de los derechos de los accionistas, su mala regulación y ejercicio en nuestro medio repercute negativamente en el funcionamiento de la sociedad, principalmente en el órgano de deliberación, que es precisamente su órgano supremo.

En primer lugar, no existe en nuestro Código de Comercio una clara diferenciación entre el derecho de información en sentido estricto y el derecho de información en sentido amplio. Partimos de supuesto de que en nuestro medio el derecho de información en sentido amplio, principalmente ubicable en el artículo 26 del Código de Comercio, únicamente tiene un límite, que es el abuso de derecho. Fuera de ésta, no podrá alegarse ninguna otra causal para negar al accionista el acceso a la información documental necesaria para el estudio de la marcha de los asuntos sociales.

Ahora bien, en el caso del Derecho de Información en sentido estricto, tutelado especialmente en el artículo 173 del Código de Comercio, consideramos que sí cabe negar la información solicitada al accionista, en ciertos supuestos como por ejemplo la solicitud de informaciones con el fin de entorpecer el correcto desarrollo de la Asamblea de Accionistas, en el caso de la solicitud de información sobre asuntos no comprendidos en el orden del día, cuando a juicio del

presidente la entrega de la información solicitada atente contra los intereses sociales, salvo que la solicitud venga hecha por accionistas que representen al menos el 20% del capital social, también en los casos en que exista por parte del accionista un abuso del derecho, entendido en este caso como el ejercicio antijurídico del derecho de información en sentido estricto, para la consecución de fines antisociales, o bien cuando en los casos de secreto societario.

Una de las mayores deficiencias de nuestro ordenamiento jurídico en el tratamiento del derecho de información es la nula regulación que existe en cuanto a varios temas concretos.

En el caso de las sociedades que pertenecen al mismo grupo de interés económico, nada se dice sobre la posibilidad o no de los accionistas de la sociedad dominante de solicitar informes y aclaraciones sobre la marcha de las sociedades pertenecientes al grupo, sobre todo en el entendido de que de ello dependerá la distribución de utilidades, y la sanción de la marcha social en general. Nuestra conclusión en cuanto a este tema es que efectivamente debe permitirse el acceso de los accionistas a esta información, pero no de un modo ilimitado. Así, en el caso de estas relaciones entre empresas vinculadas, sólo pueden ser objeto del Derecho de Información los asuntos referidos a las repercusiones que tienen aquellas relaciones sobre la situación de la sociedad misma. Consecuentemente, la obligación de informar se extiende al ámbito de las vinculaciones entre empresas sólo en la medida en que el hecho del vínculo aparezca relevante para valorar la situación de la sociedad.

Por otro lado, tampoco existe una norma que regule expresamente el tema de las características que debe tener la información puesta a disposición de los accionistas como consecuencia precisamente del ejercicio de su derecho de información. Creemos que se debe cumplir con las características anteriormente explicadas de completez, veracidad y publicidad, pero sobre todo

llegamos a la conclusión de que, en aras de fortalecer este derecho, es necesario incluir en el Código de Comercio un artículo que regule de modo expreso las características de la información que debe ser puesta a disposición de los accionistas por parte de los administradores.

Un tema donde nos llamó particularmente la atención el vacío normativo que existe es el de las modificaciones estatutarias, ya sea por aumentos de capital social, por modificación y por fusión de sociedades, etcétera. En otros ordenamientos jurídicos, en vista de la especial importancia para los accionistas de este tipo de operaciones, se regula de modo expreso cuáles son los documentos que deben obligatoriamente ponerse a disposición de los accionistas en los diferentes supuestos, incluidos informes comparativos de los cambios a realizar, el texto del nuevo pacto constitutivo, análisis de las repercusiones para los socios de los cambios propuestos, y demás. Aquí también llegamos a la conclusión de que sería conveniente para la tutela del Derecho de Información de los accionistas incluir dentro del Código de Comercio un articulado al respecto.

Uno de los principales elementos delimitadores del derecho de información en sentido estricto es el orden del día, y en cuanto a este importante asunto, si bien el Código de Comercio no es omiso, tampoco es lo bastante claro. Consideramos que dada la importancia del orden del día, se debería regular de modo taxativo la lista de los requisitos mínimos para que este se considere bien realizado, de nuevo, todo en aras de una más efectiva tutela del Derecho de Información. Lo mismo se puede decir del balance, ya que no existe una normativa lo suficientemente clara sobre su formación en el Código de Comercio, y esta insuficiencia normativa hace necesariamente insegura la actuación y responsabilidad de los Administradores. Consideramos muy acertada la disposición de otros ordenamientos jurídicos, como el alemán, donde se establece la necesidad de que el balance sea revisado por peritos ajenos a la sociedad, disposición que sería conveniente

prever en el ordenamiento jurídico costarricense. Además, nos parece también atinada la posición del ordenamiento jurídico español de permitir que una vez emitido el balance por los Administradores, los accionistas que juntos representen el diez por ciento del capital social, puedan rendir un informe sobre el mismo, basándose en los documentos puestos a su disposición, como lo son los libros y demás documentos en general. Cabe decir que esta normativa fue prevista, cuando se estaba discutiendo el Proyecto de Ley Reguladora del Mercado de Valores, del 17 de diciembre de 1997, pero al final se decidió no incluirla. Posteriormente esta ley fue derogada por la vigente ley 7732, donde tampoco se incluyó esta posibilidad. Creemos que una disposición normativa en este sentido ayudaría al desarrollo del derecho de información y al control de la administración.

Pero el principal error del legislador que existe en nuestro ordenamiento jurídico es la opción a favor del Presidente de la Junta como órgano unipersonal encargado de adoptar una decisión tan delicada y arriesgada como es la negativa a proporcionar informaciones a los accionistas ante un posible atentado al interés social. Lo anterior se justifica, de un lado, porque el Presidente de la Asamblea General de accionistas está normalmente vinculado al grupo mayoritario de accionistas y, por tanto, no se encuentra a este respecto en posición diferente a la de los Administradores para mediar en la valoración del conflicto de intereses. Y, de otro lado, porque normalmente, en la práctica, el Presidente de la Asamblea General es también el del Consejo de Administración por lo que no se obtiene ninguna ventaja al no confiar de modo directo y exclusivo la función de valoración a los Administradores, que son los que realmente conocen la situación de la sociedad. En último lugar, si el Presidente de la Asamblea General no lo es también del Consejo de Administración, aquel no se encontrará en condiciones de adoptar una

decisión sobre el tema por no ser quien dispone de la información adecuada para ello, al ser una decisión que corresponde por naturaleza a los Administradores.

En este sentido, consideramos que la atribución competencial consistente en autorizar la denegación de las informaciones que soliciten los socios puede dar lugar a graves y perturbadoras consecuencias, que no pueden ser mitigadas por interpretaciones que pretendan corregir una norma, como la del artículo 173, que debe ser objeto de sustitución por vía de la reforma legislativa en el sentido de que debe ser el Órgano de Administración, como ente colegiado, el obligado a suministrar los informes y aclaraciones solicitados por los accionistas sobre los asuntos comprendidos en el Orden del Día, y es éste Órgano el que debe valorar si la publicidad de la información perjudica o no los intereses sociales, lo anterior sobre todo en el entendido de que los Administradores son precisamente los obligados a proporcionar la información en caso de que sea procedente, y por ende son quienes se encuentran en mejores condiciones para valorar un eventual perjuicio. En el supuesto de que se diera esta reforma legislativa, ante la negativa de los Administradores a suministrar la información solicitada, subsistiría la tutela judicial del Derecho de Información de los accionistas, quienes en caso de que se les niegue la información de modo injustificado podrán exigir la concesión de la misma, proceder a la anulación de los acuerdos adoptados en la Asamblea General en la que se hubiese negado la información, o, en su caso, imponer a los Administradores la correspondiente responsabilidad por su actuación negligente.

Creemos que, al igual que en otros ordenamientos jurídicos, se debe buscar en Costa Rica el paso de la actual configuración del Derecho de Información, donde es el socio quién debe utilizar todos los medios posibles para obtener la información necesaria para asistir a las diferentes asambleas y tomar sus decisiones, hacia una obligación de la sociedad misma, donde a través del

Órgano de Administración se deba enviar de modo gratuito toda la información pertinente de la empresa a los accionistas, al margen de que aquellos soliciten o no la información, pero con la salvedad de que siempre debe quedar abierta la posibilidad de que el socio que no se considere suficientemente informado revise con mayor detalle la información documental en el domicilio social, sin perjuicio además de la posibilidad del ejercicio de su derecho de información en sentido estricto, que siempre quedará abierta.

Por último, cabe agregar que si bien es cierto que la asamblea de socios es la figura deliberativa más sobresaliente e importante de la sociedad, hoy en día, muchos accionistas prefieren no ir a las asambleas y después esperar el balance de las actuaciones de la sociedad, con lo cual están renunciando a ejercer sus derechos societarios, los cuales tienen mayor importancia en la realización de las asambleas. En este sentido, el cambio propuesto en la configuración del Derecho de Información contribuiría a fortalecer enormemente dicho derecho, tanto en sentido amplio como en sentido estricto, ello por cuanto, por una parte el envío a los socios de la información documental relativa a los temas a tratar en la próxima asamblea facilitaría su estudio por parte de aquellos, y por otra, unos socios más informados estarán en capacidad de saber qué preguntas formular durante el transcurso de las asambleas de accionistas. Consideramos que el modo más directo de lograr esto es el que se ha desarrollado en otros países, esto es, incorporar al Código de Comercio una norma que expresamente obligue a los Administradores a enviar a los accionistas, a la dirección señalada por ellos, un informe con todos los datos relevantes sobre los distintos puntos del orden del día de la próxima asamblea de accionistas, estableciendo además en el propio Código las consecuencias para el administrador que no cumpla con esta obligación.

Esto debe complementarse con la normativa sobre la lista de documentos y el tipo de información que debe ser puesta a disposición del accionista en los diferentes casos, misma que debe tener evidentemente un carácter enunciativo, de modo que sirva como base para determinar al menos cuál documentación debe ser entregada a los accionistas. Así, debido a la imposibilidad de determinar todos los casos apriorísticamente, y dependiendo de los diferentes supuestos, debe existir la posibilidad por parte de los administradores de poner a disposición de los accionistas la información necesaria, y evidentemente debe existir la posibilidad por parte de los accionistas de solicitar no solo aquella información expresamente regulada, sino también cualquier otra que sea de importancia para lograr una toma de decisiones verdaderamente informada. De este modo se obtendrá una mejor tutela del Derecho de Información de los accionistas, con lo cual se logrará a su vez una mayor eficiencia y transparencia del funcionamiento del Órgano de Deliberación, y de la sociedad misma.

Consideramos que sí se logró el objetivo general planteados al inicio de la investigación, por cuanto efectivamente se analizó el uso del derecho de información y el secreto societario como mecanismos de eficiencia y transparencia en el manejo interno de las sociedades anónimas a la luz de la práctica costarricense y el derecho comparado. Del mismo modo, se lograron los objetivos específicos, ya que se pudo investigar la naturaleza jurídica y aplicabilidad del derecho de información, se analizó su concepto en el marco del derecho societario, se examinó su funcionalidad como instrumento de protección de los intereses de los accionistas, y finalmente, también se desarrolló el concepto de Secreto Societario, como medio para la tutela de los intereses de la Sociedad, y su aplicación en el ordenamiento jurídico costarricense.

Por último, consideramos que la hipótesis que teníamos al inicio de la investigación era cierta, dado que efectivamente una mala aplicación del derecho de información por parte de los

accionistas, y del secreto societario por el presidente, puede repercutir en el mal funcionamiento del Órgano de Deliberación, y por ende de la sociedad misma.

BIBLIOGRAFÍA

Libros

Albadalejo, Manuel (1960). Instituciones de Derecho Civil. Barcelona.

Ascarelli, Tulio (1951). Principios y Problemas de las Sociedades Anónimas. México.

Bergamo, Alejandro (1951). Instituciones de Derecho Mercantil. Tomo I. Editorial Reus. Madrid.

Broseta Pont, Manuel (1965). La empresa, la unificación del derecho de obligaciones y el derecho mercantil. Madrid. Tecnos.

Brunetti, Antonio (1948). Manual de Derecho de las Sociedades. Tomo VII. Milán.

Certad Maroto, Gastón (1992). La administración de la sociedad anónima. Revista de Ciencias Jurídicas. Costa Rica.

De Sola Cañizares, Felipe (1963). Tratado de Derecho Comercial Comparado. Tomo III. Editorial Montaner y Simón.

Esteban Velasco, Gaudencio (1994). Derecho de Información del Accionista, en Derecho de Sociedades Anónimas, A. Alonso Ureba, J. Duque Dominguez, t.II, Capital y acciones, Vol.1º, Madrid

Esteban Velasco, Gaudencio (1992). El poder de decisión en las sociedades anónimas (Derecho europeo y reforma del Derecho español). Madrid

Fernández Rodríguez, Tomás-Ramón (1997). De la arbitrariedad de la Administración. 2ª ed. Madrid.

Ferrara, Francisco (1969). Empresarios y Sociedades. Madrid.

García Villaverde, Rafael (1991). Derecho a la información del Socio y del Administrador (sobre la existencia de un derecho de los miembros del Consejo de Administración) en Cuadernos de Derecho y Comercio. Número 10, Consejo General de los Colegios Oficiales de Corredores de Comercio, Hispagraphis S.A., Salamanca, Madrid.

Garrígues, Joaquín (1971). Hacia un nuevo Derecho Mercantil. Madrid.

Garrígues, Joaquín (1959), “El Derecho de Información del accionista en la Ley de Sociedades anónimas”. Estudios en homenaje a D. Nicolás Pérez Serrano, Madrid

Gutiérrez, Laureano (1988). Derecho Mercantil. Editorial Astrea, Argentina.

Hugo Richard E. y Manuel Muiño O (2004). Derecho Societario. Quinta reimpresión. Buenos Aires, Argentina, Editorial Astrea.

Kosolenyk, Boris y Torrealba, Octavio (1969), Curso de Derecho Mercantil. Tomo II, Facultad de Derecho, Universidad de Costa Rica. San José.

Malagarriga, Carlos (1963). Tratado Elemental de Derecho Comercial. Tomo I, Tipografía Editora, Buenos Aires.

Mantilla, Roberto (1992). Derecho Mercantil. Tomo I, Editorial Ariel, Barcelona, España

Mezzera Alvarez, Rodolfo (1972). Curso de Derecho Comercial. Editorial Porrúa. Montevideo.

Messineo, Fernando H. (1975). Manual de derecho civil y comercial. Bs. As. Cangallo.

Montes Ángel, Cristóbal (1970). Administración de la sociedad anónima. Madrid.

Richard, Efraín H. (1970). Derechos patrimoniales de los accionistas, en las sociedades anónimas. Córdoba. Lerner.

Richard, Efraín H. y Romero, Ignacio (1983). Manual de derecho societario. Astrea.

Rivarola, Mario A. (1957). Sociedades anónimas. El Ateneo.

Romero Fernández, Jesús (2001). El Derecho de Información del Accionista , Objeto, Límites y Forma. Editorial Marcial Pons, Madrid.

Romero Fernández, Jesús (2000). El Derecho de Información Documental del Accionista. Editorial Marcial Pons, Madrid.

Rodríguez, Oliviera (1973). Responsabilidad Civil de los administradores de Sociedades Anónimas. Editorial Letras. Montevideo.

Rodríguez Rodríguez, Joaquín (1959) Curso de Derecho Mercantil. Editorial Porrúa, Mexico.

Rubio Martínez, Jesús (1964). Curso de Derecho de Sociedades Anónimas. Civitas. Madrid.

Pinzon, Gabino (1984). Sociedades. Volumen I. Editorial Temis S.A, Bogotá Colombia.

Sandoval López, Ricardo (1990). Manual de Derecho Comercial, Tomo I, Editorial Jurídica de Chile, Santiago. P

Suarez-Llanos Gómez (1963). Derecho de Información del accionista. Nulidad de la Asamblea General.

Velazco Alonso, Ángel (1969). La Ley de Sociedades Anónimas, anotaciones, concordancias. Derecho Reunidas. Barcelona, España.

Vivante, Cesar (1932). Tratado de Derecho Mercantil. Editorial Reus. Madrid.

Uría González, Rodrigo y otros. Comentario al Régimen Legal de las Sociedades Mercantiles, Editorial Civitas S.A. Madrid, España.

Uría, Rodrigo, Menéndez, A., y Muñoz Planas, J. M. (1992). La Asamblea General de Accionistas, artículos 93-122 de la Ley de Sociedades Anónimas. Madrid.

Revistas

Certad, Gastón (1993). Apuntes sobre las obligaciones de informar o no informar que tienen los Administradores de las sociedad anónimas. Revista Ivstitia. Mes Septiembre, Número 81.

Sánchez Álvarez (1997). Orden del Día, Regularización de convocatoria defectuosa y nulidad de acuerdos sociales. RDS. año V, núm. 8

Ensayos

Espinoza Blanco, Ana Lucía (2002). El Secreto Societario. Ensayo publicado en el Boletín Semanal de Aselex S.A.: “Perspectiva Legislativa”, de fecha 9 a 15 de febrero de 2002

Tesis

Brenes, Omar y otros (1989). Tesis. Nulidades de los Acuerdos de las Asambleas de Accionistas y Junta Directiva de las Sociedades Anónimas. Tesis para optar por el grado de licenciado en derecho, Facultad de Derecho, Universidad de Costa Rica.

Vargas Soto, Francisco Luis, (1972). Sistemas de control de la sociedad anónima a la luz del derecho comparado. Tesis para optar por el grado de Licenciado en derecho, Facultad de Derecho, Universidad de Costa Rica.

Jurisprudencia

Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia. Voto número 001 de 1997.

Sala Primera de la Corte de Justicia. Voto número 50 de 1983.

Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, voto número 128 del 16 de diciembre del 1998.

Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia. Voto número 328 de 2003.

Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia. Voto número 682 de 2006.

Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia. Voto número 805-F de 2006.

Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia. Voto número 000489-F de 2005.

Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia. Voto número 00108 de 2007.

Sala Primera de la Corte de Justicia. Voto número 00769 de 2006.

Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia. Voto número 00656 de 2005.

Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia. Voto número 246 de 2005.

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Voto número 1188 de 1999.

Tribunal Segundo Civil Sección Primera de San José. Resolución número 275 de 2007

Tribunal Segundo Civil Sección Segunda de San José. Resolución número 59 de 2001.

Tribunal Segundo Civil de San José. Resolución número 75 de 2007.

Tribunal Segundo Civil Sección Segunda de San José. Resolución número 00019 de 2006.

Tribunal Segundo Civil Sección Segunda de San José. Resolución número 00019 de 2006.

Tribunal Segundo Civil Sección Segunda de San José. Resolución número 00413 de 2005.

Instrumentos legales

Código de Comercio de Costa Rica. Ley número 3284.

Código Civil. Ley número 30.

Código Procesal Civil. Ley número 7130.

Ley Orgánica del Sistema Bancario Nacional. Ley número 1644.

Reglamento sobre Oferta Pública de Valores. Publicado en el Diario Oficial “La Gaceta” número 88 del 9 de mayo del 2006.

Código das Sociedades Comerciais Português de 1986, aprobado por el decreto-ley número 262/86, publicado el 2 de septiembre de 1986 en el Diario da República português

Ley de Sociedades Anónimas de España. Decreto Legislativo 1564 de 22 de Diciembre de 1989

Ley Reguladora del Mercado de Valores y Reformas al Código de Comercio. Ley número 7201.

Ley de Información No Divulgada. Ley número 7975.