

Universidad de Costa Rica

Facultad de Derecho

Proyecto de tesis La Impugnación de Acuerdos de Junta Directiva en las Sociedades
Anónimas Costarricenses por parte de los socios minoritarios, análisis
jurisprudencial, normativo y su solución en el Derecho Comparado

Autor Bach. Alberto Víquez Garro

A13986

30 de junio del 2012.

San Jose, Costa Rica



14 de agosto del 2012
FD-AI-1135-12

Doctor
Daniel Gadea Nieto
Decano
Facultad de Derecho

Estimado Decano:

Para los efectos reglamentarios correspondientes, le informo que el Trabajo Final de Graduación (categoría Tesis), del (la) estudiante **Alberto Víquez Garro**, carné **A13986**, titulado "**La impugnación de Acuerdos de Junta Directiva en las Sociedades Anónimas Costarricenses por parte de los socios minoritarios, análisis jurisprudencial, normativo y su solución en el Derecho Comparado**", fue aprobado por el Comité Asesor, para que sea sometido a su defensa final. Asimismo, el suscrito ha revisado los requisitos de forma y orientación exigidos por esta Área y lo apruebo en el mismo sentido.

Igualmente, le presento a los (as) miembros (as) del Tribunal Examinador de la presente Tesis, quienes firmaron acuso de la tesis (firma y fecha) de conformidad con el Art. 36 de RTFG que: "**EL O LA ESTUDIANTE DEBERA ENTREGAR A CADA UNO DE LOS (AS) MIEMBROS (AS) DEL TRIBUNAL UN BORRADOR FINAL DE SU TESIS, CON NO MENOS DE 8 DIAS HABILIS DE ANTICIPACION A LA FECHA DE PRESENTACION PUBLICA**".

Tribunal Examinador

Informante	MSc. William Bolaños Gamboa
Presidente	Lic. Guillermo Solórzano Marín
Secretario	Dr. Gonzalo Monge Núñez
Miembro	Licda. Ana Lucía Espinoza Blanco
Miembro	Lic. Carlos José Carrera Castillo

Por último, le informo que la defensa de la tesis es el **21 de agosto del 2012**, a las **06:00 p.m.**, en la **Sala de Tesis**, ubicada en la **Facultad de Derecho, 5 piso, Sede Rodrigo Facio**.



Andrés Montejó Merceles
DIRECTOR

San José, 12 de julio del 2012.

**Señor
Dr: Andres Montejo
Director Área de Investigación.
Facultad de Derecho
Universidad de Costa Rica.
S.O.**

Estimado señor:

El suscrito William Alberto Bolaños Gamboa, en mi condición de Profesor de de esta Facultad y como Director del trabajo final de graduación del egresado **Alberto Víquez Garro, carné A13986**, cuyo título es: **"La Impugnación de Acuerdos de Junta Directiva en las Sociedades Anónimas Costarricenses por parte de los socios minoritarios, análisis jurisprudencial, normativo y su solución en el Derecho Comparado"**.

Por este medio me permito hacer de su conocimiento que he aprobado esta investigación; ya que la misma cumple con los requisitos de forma y fondo exigidos por la Facultad de Derecho y la Universidad de Costa Rica.

La investigación realizada por el egresado Víquez Garro es un aporte al quehacer jurídico de la Facultad de Derecho y de nuestro país, aportando elementos de gran importancia ya que el postulante realiza la investigación de acuerdo al método hipotético deductivo, y parte de un estudio y análisis tanto de doctrina como de jurisprudencia para confirma la inexistencia de un sistema que permita a los socios minoritarios el por impugnar los acuerdos de la Junta directiva en una Sociedad anónima, y ofrece una propuesta para solucionar dicho problema; de este modo cumple a cabalidad con su objetivo general: "analizar el desarrollo histórico de las Sociedades Anónimas para determinar con exactitud las limitaciones y funciones de la Junta Directiva, estudiar los medios mediante los cuales los socios podrían anular sus acuerdos, analizando los derechos de los socios minoritarios dentro de una Sociedad Anónima en la actualidad". Igualmente se cumplen los objetivos específicos, que auxiliaron a la comprobación de la hipótesis.

Por lo expuesto anteriormente, y al considerarse que el Trabajo Final de Graduación presentado por el autor, reúne los requisitos de forma y fondo exigidos por nuestra Facultad de Derecho, me permito otorgarle mi aprobación para continuar con la etapa de réplica.

Atentamente,

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'W. Bolaños G.', written over a horizontal line.

Msc. William Bolaños G.
Director.

Gonzalo Monge Nuñez

13 de julio del 2012

Señor
Dr. Andrés Montejo Morales
Director- Área de Investigación
FACULTAD DE DERECHO
Universidad de Costa Rica
Presente

De mi atenta consideración:

He fungido como lector del trabajo final de graduación titulado: *La Impugnación de Acuerdos de Junta Directiva en las Sociedades Anónimas Costarricenses por parte de los socios minoritarios, análisis jurisprudencial, normativo y su solución en el Derecho Comparado*, elaborado por el postulante Alberto Víquez Garro, carné universitario A13986, cédula de identidad número 1-1149-0164

Es una investigación novedosa, compleja e interesante. Por reunir los requisitos de forma y de fondo exigidos, la apruebo.

Aprovecho la ocasión para saludarlo.


Dr. Gonzalo Monge Nuñez
Lector

San José, 17 de julio de 2012.

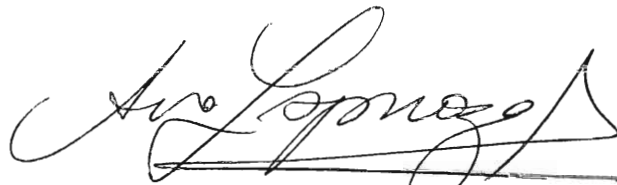
Señor
Dr. Andrés Montejo Morales
Área de Investigación,
Su Despacho.

Muy estimado Dr. Montejo

Antes de tratar cualquier asunto, reciban de mi parte un cordial saludo.

Por medio, y en mi condición de lectora del trabajo final de graduación del estudiante Alberto Víquez Garro carné A13986, me permito comunicarle que he leído y revisado la tesis titulada “La Impugnación de Acuerdos de Junta Directiva en las Sociedades Anónimas Costarricenses por parte de los socios minoritarios, análisis jurisprudencial, normativo y su solución en el Derecho Comparado”, considero que la misma cumple satisfactoriamente los requisitos de forma y académicos correspondientes, para optar por el título de Licenciado en Derecho. De este modo le otorgo la autorización para continuar con la etapa de réplica.

Sin más por el momento,

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'Ana Lucia Espinoza Blanco', written in a cursive style. The signature is positioned above a horizontal line.

Licda. Ana Lucia Espinoza Blanco

San José, 19 de julio de 2012

A QUIEN INTERESE

El estudiante Alberto Víquez Garro, perteneciente a la Universidad de Costa Rica; ha presentado, para revisión de estilo, el proyecto denominado: *“LA IMPUGNACIÓN DE ACUERDOS DE JUNTA DIRECTIVA EN LAS SOCIEDADES ANÓNIMAS COSTARRICENSES POR PARTE DE LOS SOCIOS MINORITARIOS, ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL, NORMATIVO Y SU SOLUCIÓN EN EL DERECHO COMPARADO”*.

Se han incorporado al presente instrumento las correcciones referentes a acentuación, estructura gramatical, ortografía, puntuación y vicios de dicción, que se trasladan al código escrito.

Doy fe de que el documento está preparado para ser presentado a esta Institución de Educación Superior.

Dado en San José, a los 19 días del mes de octubre del año en curso.

Respetuosamente,



Lic. Manuel Alejandro Alvarado Chacón
Filólogo
Carné 029375

DEDICATORIA

A mi esposa, Carolina, incansable compañera de proyectos y aventuras, con quien espero compartir el resto de mis días.

A mis padres, quienes me moldearon para ser esta tierra fértil, ansioso de éxitos que poco a poco va logrado dejar su huella en este mundo. Sin su formación y esfuerzo nada de mi vida sería posible. Sus enseñanzas de esfuerzo, dedicación y disciplina forman parte de este éxito, el cual les dedico.

A Don Hernán y Don Juan, ejemplos a seguir.

Con amor,

Alberto

AGRADECIMIENTOS

A mi Tribunal, el Msc William Bolaños, el Lic. Gonzalo Monge, y la Licda. Ana Lucia Espinoza, por haber aceptado formar parte de esta investigación, y por dedicar de su valioso tiempo para brindarme un gran aporte intelectual a mi Trabajo Final de Graduación.

Gracias

INDICE

Dedicatoria.....	i
Agradecimientos.....	ii
Índice.....	iii
Resumen.....	vii
Introducción.....	1
Titulo Primero.	4
Desarrollo Histórico de la Sociedad Anónima.....	4
Capitulo Único.Desarrollo de la Sociedad Anónima.....	4
Sección I. Nacimiento de las sociedades mercantiles en la historia y su desarrollo en el Derecho costarricense.....	4
A. Nacimiento de las sociedades en la historia.....	4
B. Las Sociedades Anónimas en el Código de 1853.....	6
C. Ley de Sociedades Mercantiles.....	7
D. Código de Comercio de 1961.....	8
Sección II. Administración de la sociedad y responsabilidad de los administradores de la sociedad Anónima a través en los distintos momentos históricos del país.....	9
Titulo Segundo.....	13
Principios Generales de las Sociedades Mercantiles.....	13
Capitulo Primero. Principios Generales.....	13
Capitulo Segundo. La Sociedad Anónima en la actualidad.....	16
Sección I. Nacimiento y Órganos de la Sociedad Anónima.....	16
A. Nacimiento de la sociedad.....	16
B. Los distintos órganos de la sociedad Anónima.....	20

1. Asamblea de Socios.....	20
1.1. Tipos de asambleas.....	24
2. Consejo de administración o Junta Directiva.....	27
3. Los administradores.....	29
3.1. Duración del cargo.....	31
3.2. Responsabilidad de los administradores.....	32
3.3. Elección de los miembros del Consejo de Administración.....	34
C. El “cuarto” Órgano social.....	35
Titulo Tercero.	37
Capitulo Primero. Derechos de los Socios.....	37
Sección I. Definición de Socio y sus derechos.....	37
A. Definición del término socio.....	37
Sección II. Derechos de los socios.....	41
A. Derecho al dividendo.....	41
B. Derecho de suscripción preferente.....	43
C. Derecho a la cuota de liquidación.....	45
D. Derecho de asistencia y voto en las Asambleas.....	46
E. Derecho a la información.....	49
F. Derecho de receso.....	50
G. Derecho de Impugnación.....	53
Titulo Cuarto.	57
Derecho comparado.....	57
Capitulo Único. Derecho societario norteamericano.....	57
Sección Única. Análisis de las sociedades en Estados Unidos.....	57

A. Las sociedades en Estados Unidos.....	57
B. Teoría “Race to the Bottom”.....	58
C. Teoría “Race to the Top”.....	58
D. Teoría del Nexo contractual.....	59
E. Los actos de las sociedades en estados distintos a los de su constitución.....	60
F. Las “Corporations”.....	60
G. Protección a los accionistas.....	63
H. Regla de la discrecionalidad.....	63
1. Deber de cuidado.....	64
2. Deber de lealtad.....	64
I. Ventajas del sistema norteamericano.....	65
Titulo Quinto.....	66
Principio de conservación de la empresa.....	66
Capitulo Único. Definición de empresa y el principio de conservación.....	66
Titulo Sexto.....	69
Acuerdos de Junta Directiva.....	69
Capitulo Primero. Definición de Regulación actual del funcionamiento de Junta Directiva.....	69
Capítulo Segundo. Impugnación de acuerdos de Junta Directiva.....	71
Proceso para impugnar acuerdos.....	72
Legitimacion Activa.....	73
Legitimación Pasiva.....	75
Causales de nulidad del acuerdo de Junta Directiva.....	76
Plazo para solicitar la nulidad de los acuerdos.....	80

Medidas Cautelares.....	82
Conclusiones.....	84
Reforma al Código de Comercio.....	91
Bibliografía.....	99

Resumen:

Dentro de los aspectos que motivan, a manera de **justificación**, el estudio del tema, encontramos la necesidad de definir la existencia o no de un sistema que permita a los socios minoritarios de una Sociedad Anónima, el ejercer algún tipo de control, o solicitar la responsabilidad de los administradores de la Sociedad. Lo anterior debida a la gran importancia que las sociedades anónimas tienen en nuestra economía y en el comercio.

Un análisis de este tipo, debe abarcar no solo la legislación actual, si no la jurisprudencia, la doctrina y el derecho positivo que rigió en periodos anteriores, y en el cual podría encontrarse alguna solución al problema. Sumado a lo anterior creo que debe darse un análisis del derecho aplicado en los Estados Unidos, toda vez que este es un país que ha dado grandes avances en las políticas comerciales, y en el cual podríamos encontrar un sistema en el cual exista el balance necesario entre el poder de los socios mayoritarios y la Junta Directiva en relación con los intereses de las minorías que puedan participar en una empresa.

Esto, sin lugar a dudas, nos lleva a la necesidad de buscar soluciones si el sistema actual tuviera falencias, ya que las mismas tendrían como norte brindar seguridad a los socios minoritarios, mejorando las condiciones para que el comercio se desarrolle en el país.

Este estudio, considero es de gran importancia, toda vez que el fomentar la posibilidad de comercio, y darle seguridad a posibles inversionistas se verá reflejado directamente en la economía, por medio del pago de impuestos, los trabajos que se generarían, y en general los beneficios que dan las empresas en marcha a la economía.

De este modo, mi **hipótesis** pretende verificar si los socios minoritarios de una Sociedad Anónima, tienen o no la posibilidad de impugnar los acuerdos de la Junta Directiva, cuales serían esos medios y como ha sido manejado el tema por la jurisprudencia.

Como **objetivo general**, se pretende analizar el desarrollo histórico de las Sociedades Anónimas para determinar con exactitud las limitaciones y funciones de la Junta Directiva, estudiar los medios mediante los cuales los socios podrían anular sus acuerdos,

analizando los derechos de los socios minoritarios dentro de una Sociedad Anónima en la actualidad.

La **metodología**, fue la recolección de información de las diversas fuentes bibliográficas, así como los diversos criterios de la jurisprudencia en el análisis del tema, además se realizaron entrevistas a profesionales en la materia, para intentar obtener una visión lo más amplia posible del tema en estudio; una vez reunida la información, se procedió a clasificarla para realizar el respectivo análisis; efectuando un estudio que va de lo general a lo específico, pudiendo afirmarse que se utilizó el método hipotético deductivo que permitió llegar a las conclusiones buscadas sobre el tema planteado.

La investigación sobre el tema generó diversas conclusiones, entre ellas resalta la inexistencia de un sistema que permita a los socios minoritarios oponerse no solo a los acuerdos de junta directiva, si no en general al poder de los socios mayoritarios, lo cual podría llevarse a un punto más balanceado con la modificación de algunos de los artículos del código de comercio para brindarle ciertas defensas a los socios minoritarios que eviten los abusos dentro de la sociedad.

Introducción

El giro comercial de cualquier empresa, entendiéndose esta en el sentido subjetivo no técnico, tiene como consecuencia lógica y necesaria una constante toma de decisiones, las cuales van dirigidas a resolver los asuntos que, día a día tiene que enfrentar una compañía. Estas decisiones normalmente son tomadas por la persona o grupo de personas que se encuentran al frente de la empresa, quienes, según sea el tamaño de la empresa, dan órdenes directas, en el caso de pequeñas empresas, o señalan las pautas y directrices por seguir, en las empresas más grandes.

Dentro del esquema de la sociedad anónima, tenemos que la Junta Directiva es el órgano social encargado de estar velando por el buen funcionamiento de la empresa, emitiendo normas y tomando las decisiones necesarias para la buena marcha de la sociedad, recordando siempre que su norte es el crecimiento económico de esta.

Partiendo de este supuesto, y teniendo claro que la Junta Directiva debería representar los intereses de los socios de la empresa, nos hacemos las siguientes preguntas: ¿Qué pasa si la Junta Directiva toma una mala decisión? ¿Qué sucede si el acuerdo tomado por la Junta Directiva afecta los intereses de los socios minoritarios? ¿Cómo procede el socio minoritario a impugnar ese acuerdo que va en contra de sus intereses económicos?

Dichas preguntas se deben percibir con una visión amplia, ya que un acercamiento superficial podría llevar a valoraciones erróneas. Con esto lo que se quiere decir es que en una empresa de un tamaño importante, un socio podría invertir importantes sumas de dinero, las cuales, incluso, podrían ser montos millonarios, y aun así, por el tamaño de la empresa, ser considerado como un socio minoritario. Para el correcto entendimiento debemos dejar de lado la idea de la empresa familiar, de la sociedad que se utiliza para tener un vehículo o un inmueble, y centrarnos en las verdaderas empresas, los verdaderos negocios en marcha.

En este sentido, es importante aclarar que este estudio no pretende eliminar los beneficios de ser accionista mayoritario, ni entorpecer el funcionamiento de una empresa, sino más bien encontrar el balance en el cual, los socios mayoritarios mantengan el control de la empresa, pero sin que se den abusos en contra de los socios minoritarios. La misma definición de Sociedad Mercantil dice que, la sociedad mercantil es un *“contrato mediante el cual dos o más personas se unen, poniendo en común sus bienes o industrias, o alguna de estas cosas con ánimo de comercio con el ánimo de partir el lucro que pueda corresponder y soportar asimismo las pérdidas en su caso”*.¹

Se desprende de la anterior definición, que es una de las ideas fundamentales de las sociedades mercantiles, el buscar una correcta distribución,

¹de Santo Víctor. (1999). Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas, Sociales y de Economía. Buenos Aires, Argentina; Editorial Universidad.Reimpresión Pag.802

tanto de las ganancias como de las cargas que deban soportar los socios, lo cual se vería distorsionado en el caso que, un solo socio mayoritario tuviera el control total y absoluto de una compañía dejando por fuera los intereses de los socios minoritarios.

Sumado a lo anterior no podemos dejar de lado el rol social y económico que tienen las empresas en la economía del país, por los empleos que producen, los impuestos que pagan, por el tráfico y producción de bienes necesarios para el crecimiento del país, razones por las cuales tenemos que, una correcta regulación es más que necesaria, no solo proteger intereses económicos individuales, sino también los colectivos, entendiéndose estos como los intereses de la sociedad.

Con vista en lo anterior, un análisis exhaustivo del derecho positivo nacional e internacional se hace necesario, con el fin de determinar cuál es el método utilizado en nuestro país para la solución de dichas interrogantes, así como para determinar si la solución que se da es la correcta, o si de alguna manera podemos mejorar el tratamiento del tema.

En un estudio de este tipo no se puede dejar de lado el análisis histórico del desarrollo de las sociedades anónimas en nuestro país, el cual permitirá determinar si existió algún tipo de regulación que resolviera la interrogante planteada. Así mismo sería imprudente dejar por fuera los principios generales de la doctrina para la sociedad como empresa, en los cuales encontraremos las bases sobre las cuales se ha desarrollado el concepto de Sociedad.

Título Primero.

Desarrollo Histórico de la Sociedad Anónima.

Capítulo Primero. Desarrollo de la Sociedad Anónima.

Sección I. Nacimiento de las sociedades mercantiles en la historia y su desarrollo en el Derecho costarricense.

A. Nacimiento de las sociedades en la historia.

Dentro del desarrollo del comercio, una de las innovaciones más importantes fue el nacimiento de la institución que hoy conocemos como “sociedad anónima”. Este nacimiento se dio entre los siglos XVII y XVIII , como solución al problema que tenían las pequeñas sociedades, que no podían reunir el capital necesario para las largas travesías por los mares. Por lo tanto, los comerciantes formaron asociaciones llamadas "compañías reguladas". Los gobiernos otorgaron a estos grupos el monopolio sobre el comercio en un área determinada, cada miembro del grupo, mientras ayudaba a hacer frente a los gastos comunes, comerciaba por su propia cuenta. Existían asociaciones de hombres, no de capital.

Al respecto tenemos que Felipe de Solá Cañizares señaló:

“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.²

Una vez afianzada este tipo de sociedad, se hizo necesario el nacimiento de una figura que permitiera captar las inversiones del exterior. La respuesta a este problema fue la sociedad de accionistas, una sorprendente institución flexible que vino a ser el origen de muchas otras instituciones económicas y políticas en ambos lados del Atlántico.

La sociedad de accionistas comenzó como una asociación de inversionistas, no de comerciantes. Las personas compraban partes de una empresa u operación y tomaban parte de los beneficios en proporción a su inversión. Cuando la asociación se mantenía detrás de una empresa en particular, se convertía en una sociedad de accionistas.

Las primeras sociedades de accionistas dependieron del apoyo del gobierno y no estaban relacionadas con la industria. La sociedad de accionistas se convirtió rápidamente en la forma de organización comercial predominante. Tenemos de esta forma como la necesidad de comerciar, y de poder distribuir los costos de operación de las distintas empresas, llevó al nacimiento de las diferentes *“formas asociativas, de las cuales luego se desarrollará la moderna sociedad anónima”*³.

² De Sola Cañizares, Felipe (1963). Tratado de Derecho Comercial Comparado. Tomo III. Editorial Montaner y Simón. Pag. 317 y 318.

³ Certad Maroto Gastón. (2007). **Temas de Derecho Comercial**. San José, Costa Rica; Editorial Juritexto. 3ª Ed Pag 22

B. Las Sociedades Anónimas en el Código de 1853.

Ahora bien, específicamente en el derecho costarricense tenemos que al final de la dominación española, el texto que reguló en Costa Rica la materia mercantil fue el de las ordenanzas de Bilbao de 1737, las cuales estuvieron en vigencia hasta 1841, cuando “*quedaron derogadas por el Código General de 1841, que dejó el ámbito mercantil sin regulación propia*”⁴.

Este vacío fue llenado con la aprobación del Código de Comercio de 1853, el cual en su Título Segundo regulaba todo lo relacionado con las compañías Mercantiles. Dicho título, compuesto por cuatro secciones, contiene más de veinticinco artículos directamente relacionados con el nacimiento, la vida y la extinción de las sociedades anónimas.

Estos artículos contienen una regulación mínima para el tema de la regulación interna de las sociedades, dejando su regulación en manos de los socios. Lo anterior por cuanto en su gran mayoría remite a “*lo que indique el pacto de constitución*”, existiendo pocas regulaciones especiales para el desarrollo de las actividades de la empresa. El enfoque va dirigido en esta época, más que todo a regular el nacimiento y la extinción de la sociedad, quedando los demás elementos a voluntad de los socios.

⁴ Sáenz Carbonell, José Francisco. (2003). **Elementos de Historia del Derecho**. Santo Domingo de Heredia; Ediciones Chico. 1ª Ed. Pag 203.

El tema de los conflictos entre los socios es definido en dos artículos, que mencionan la obligación de dirimir cualquier tipo de conflicto ante un “juez – árbitro”, lo cual es de aplicación obligatoria, aunque no esté consignado en el pacto social. Otro elemento importante de resaltar es que el código **no** hace referencia alguna a la cantidad de acciones que tenga cada uno de los socios, es decir se es socio y la única diferencia es el monto que recibirá al momento de repartir las ganancias o el dinero que deberá aportar en caso de lo que se generen sean pérdidas. Este concepto es totalmente distinto a lo que entendemos hoy en día, toda vez que se pierde el beneficio que significa realizar una mayor inversión en una empresa.

Esta normativa no regulaba muchos de los elementos que encontramos en la legislación actual, tales como derechos de los socios, convocatorias, administración de la sociedad (con la puntualidad que tenemos hoy en día), órganos de la sociedad, derechos y deberes de los administradores, etc.

C. Ley de Sociedades Mercantiles.

En el año de 1909 entró en vigencia la Ley número 6, denominada Ley de Sociedades Mercantiles. Dicha ley fue un intento más por regular el comercio a través de las sociedades. En este momento histórico el legislador optó regular, por medio de una ley, independiente el tema, y no por medio de un Código que abarcara toda la normativa comercial. Este fue uno de los principales puntos débiles de esta ley, el cual finalmente la llevaría a su fin.

Como con las regulaciones anteriores, encontramos que la Ley de Sociedades Mercantiles, mantiene en gran medida la forma de constitución de las sociedades anónimas, requiriendo que las mismas se constituyan por medio de escritura pública. Al igual que en el código de 1853, encontramos una gran libertad en la regulación, la cual le permitía a los socios, tener un gran poder al momento de decidir la forma de regular la sociedad, la cual podemos decir, era controlada “desde el pacto constitutivo”, al gusto y con la “receta” que decidieran los socios.

En este sentido es interesante señalar que la mayoría de las regulaciones que encontramos se ubican en la sección Cuarta, denominada “Sobre las sociedades anónimas”, las cuales van dirigidas a proteger a la empresa de una mala administración, y no tanto por definir derechos o deberes de los socios, tal y como se verá en la Sección Segunda del presente estudio.

D. Código de Comercio de 1961.

Este Código tuvo un efímero paso por nuestra legislación, tanto así que su vigencia se vio prorrogada por otras leyes, por considerarse que esta normativa contenía gran cantidad de errores y deficiencias. Por su corta vigencia y casi nula aplicación, no entraré a realizar un análisis de este, siendo sólo importante, señalar su existencia y poco impacto en nuestro país.

En lo que se refiere a la regulación actual, por ser este parte del tema central de esta tesis, este será analizado en el capítulo correspondiente, donde se verá en detalle los derechos de los socios, los administradores y los vacíos legales que encontramos en nuestro Código de Comercio actual.

Sección II. Administración de la sociedad y responsabilidad de los administradores de la Sociedad Anónima a través en los distintos momentos históricos del país.

Del estudio de la legislación antes citada podemos ver como existieron tres etapas en el Derecho Comercial costarricense. La primera con el Código de Comercio de 1853, la segunda con la entrada en vigencia de la Ley de Sociedades Mercantiles y un breve momento con el Código de Comercio de 1961 que luego fuera reformado en 1964, quedando el actual Código.

En esta etapa del análisis lo que interesa, antes de estudiar la legislación actual, es determinar cómo fue el tratamiento histórico que se le dio al trabajo y control de la administración de las sociedades anónimas, cómo se dirimían los conflictos dentro de la sociedad, es decir los conflictos entre socios, los que pudieran surgir entre los socios y la misma administración de la sociedad.

Inicialmente, y por ser la primera normativa del país tenemos que el **Código de Comercio de 1853** cuenta con una serie de artículos relacionados con el tema de los conflictos y de la administración de la sociedad.

De la lectura de dichos artículos se determina que no hay norma expresa que regule los derechos de los socios, ni la forma en la cual estos pueden ejercer sus derechos. Existe solamente en los artículos 233, 270, 271 y 272, la indicación expresa de que cualquier tipo de controversia entre los socios deberá ser llevada ante jueces - árbitros, quienes tendrán la tarea de dirimir el conflicto. Es interesante observar como sin importar el número de acciones o el capital que se tuviera invertido en la compañía la legislación contemplaba que cualquier conflicto sería decidido por un tercero, muy distinto a lo que conocemos ahora.

En lo que respecta al tema específico de la responsabilidad de los administradores, este tampoco es tratado en detalle, existiendo pocos artículos que hablen sobre el tema, en los cuales encontramos que se hace una diferencia entre el administrador y el “socio-administrador”. El tema del administrador es regulado por el artículo 224, en el cual se establece una obligación genérica que indica “... *y no son responsables, sino del buen desempeño de las funciones que según estos mismos reglamentos estén a su cargo*”⁵.

Claramente podemos observar que no existe un procedimiento ni una sanción clara que defina la responsabilidad que tiene el administrador en sus funciones, si o solamente la obligación de velar por el buen funcionamiento de la empresa.

⁵ Código de Comercio (1853) . Paris; Librería de Garnier Hermanos. pp. 45

En lo que respecta al socio-administrador tenemos que la legislación le daba poderes más amplios, por ejemplo, siendo prohibido para los socios no administradores el entorpecer o contradecir las decisiones tomadas por estos, ya que sus poderes de administración nacen en el pacto social. La única limitación que se contempla es, que en caso de que se dé una mala administración el socio-administrador no podrá ser removido de su cargo, pero los demás socios podrán nombrarle un co-administrador que intervenga en todas las operaciones.

Adicionalmente tenemos que existía una disposición en el artículo 267 mediante la cual, cualquier socio era responsable por los daños causados a los intereses de la compañía si actuaba “*con dolo, abuso de sus facultades o negligencia grave*”⁶. Estas son, a grandes rasgos las prohibiciones y regulaciones que existían en esta primera regulación para los conflictos y diferencias que pudieran surgir dentro de la sociedad.

En lo que respecta a la **Ley de Sociedades Mercantiles** tenemos que el tema está regulado en la sección cuarta título segundo “De la Administración”. De una lectura de este título podemos ver que con la entrada en vigencia de esta ley, la administración de la sociedad quedaba en manos de una junta directiva que debía estar compuesta por cinco miembros, siendo los administradores responsables, únicamente, de las faltas cometidas durante su desempeño, pero debiendo resarcir los daños a cada accionista si transgredían las atribuciones que les concedía el pacto social.

⁶ Op.Cit. pp.54.

Así mismo tenemos que durante la vigencia de esta norma, los administradores eran solidariamente responsables con terceras personas si en caso de sus incumplimientos a lo establecido en la escritura social o si brindaban información contable inexacta.

En lo que se refiere a las acciones de disciplina a lo interno de la empresa estas le correspondían a la Asamblea de socios, por medio de los síndicos. De esta forma podemos decir, en términos generales, que los administradores en este momento histórico estaban expuestos a una mayor fiscalización, y tenían un mayor grado de responsabilidad en el ejercicio de sus funciones, esto en comparación con el periodo anterior.

Título Segundo.

Principios Generales de las Sociedades Mercantiles.

Capítulo Primero. Principios Generales

Habiendo estudiado la historia de la regulación de las sociedades en nuestro país, y antes de entrar al estudio de la legislación actual, corresponde repasar los principios generales que rigen en las sociedades mercantiles, principios que deberían ser el norte de cualquier regulación moderna, por ser los pilares en los que la doctrina se ha basado para desarrollar el concepto de Sociedad Anónima.

En términos generales tenemos que la doctrina, en específico Don Alberto Brenes Córdoba en el Tratado de los Contratos, nos define de la siguiente forma lo que es una sociedad:

“En su más extenso significado, llámese "sociedad" toda organización de individuos unidos entre sí para un fin común que se proponen alcanzar mediante su acción conjunta... Cuando el fin que se persigue es la obtención de una ventaja de orden económico la sociedad entra en la esfera del derecho y se rige con arreglo a especiales disposiciones. La sociedad como concepto jurídico, se define: "un contrato por el cual dos o más personas convienen en poner en común alguna cosa con el ánimo de partir entre sí los beneficios que de ellos resulten"⁷.

En resumen tenemos que para que exista sociedad deben existir varias personas, que buscan como fin común una ventaja económica, que nazca de esa unión.

⁷ Brenes Córdoba, Alberto (1998). **Tratado de los contratos**. 5ta Ed. Editorial Juricentro. Pag.244.

Siendo un poco más específicos, creo prudente buscar una correcta definición de lo que se entiende como “Sociedad Mercantil”. Nuestro Código de Comercio en su artículo 17, indica que *“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”*. Este artículo de nuestro Código de Comercio, no hace mayor referencia a los verdaderos elementos que conforman una sociedad Mercantil, y se limita a indicar cuáles serán los tipos de empresas consideradas como mercantiles en nuestro ordenamiento. Dado lo anterior, debemos consultar la doctrina, para encontrar una verdadera definición de sociedad mercantil. En el estudio doctrinario encontramos que Joaquín Garrigues indica que *“el concepto legal de la sociedad mercantil se compone de un doble elemento: material o real, representado por la naturaleza de su actividad y formal encarnado en una constitución especial (escritura e inscripción en el registro)”*⁸.

De esta forma tenemos que, para poder llamar a una sociedad mercantil se deben cumplir estos dos elementos, la formalidad registral y su actividad necesariamente lucrativa, situación que en nuestro país no siempre se da por los usos incorrectos que se le da a las sociedades. Al respecto encontramos que en países como Argentina, definen la finalidad de las sociedades mercantiles, de una manera más clara. A modo de ejemplo tenemos que Fernando Mascheroni indica

⁸ Garrigues, Joaquín. (1987). Curso de Derecho Mercantil. Tomo II. 7 ed. Bogotá, Colombia: Editorial Temis. p.6.

que “*habrá sociedad cuando dos o más personas en forma organizada, conforme a uno de los tipos previstos, se obliguen a realizar aportes para aplicarlos a la producción o intercambio de bienes o servicios, participando de los beneficios y soportando las pérdidas*”⁹.

Es aquí donde podemos encontrar claramente indicados los elementos que conforman el concepto de Sociedad Mercantil que se viene desarrollando. Estos elementos son a saber: naturaleza contractual del acto que da origen a la sociedad, estructura orgánica del ente instituido en este contrato, el objeto genérico de la sociedad que es la actividad empresarial y la participación tanto en las utilidades como en las pérdidas de la sociedad.

No obstante lo anterior, en el voto de la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, voto número 255 – f de las 16:35 del 28 de marzo de 2001¹⁰, se aprecia un elemento más, necesario para la existencia de la sociedad, el cual es el “*affetio societatis*” o “*animus contrahendae societatis*”. Este principio es la voluntad de unión, el ánimo de los contratantes de correr una suerte común, la cual implica riesgos y desventajas. En lo que se refiere a los demás elementos que deben existir para demostrar la existencia de la sociedad, la Sala Primera considera que estos son:

a) El aporte perteneciente a todos los socios que debe ingresar a un fondo común por lo que dichos aportes no permanecen al patrimonio de un solo socio;

⁹ Fernando H. Mascheroni. (1993). **Sociedades Anónimas**. Buenos Aires Argentina; Editorial Universidad. 3ª Ed. Pag. 29

¹⁰ Voto Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, voto número 255 – f de las 16:35 del 28 de marzo del 2001.

b) La titularidad de la empresa no la ejerce una sola persona física sino, más bien, la voluntad o poder de decisión de todos los co-socios en un plano de igualdad jurídica o coordinación;

c) Tanto las ganancias como pérdidas de la actividad social deben recaer sobre todos los miembros de la sociedad.

Capítulo Segundo. La Sociedad Anónima en la actualidad

Sección I. Nacimiento y Órganos de la Sociedad Anónima.

A. Nacimiento de la sociedad.

Entrando en el tema del nacimiento de la sociedad, podemos apreciar que la misma nace con la conformación de un contrato suscrito entre varias partes siendo generalmente el mismo escrito, pero existiendo la posibilidad de las sociedades de hecho, las cuales por no tener la estructura social definida, no serán analizadas en este estudio. En virtud de lo anterior, existe una obligación de analizar y definir este contrato.

Es claro que el contrato de constitución de una sociedad es de un tipo especial, distinto a los demás contratos, el cual Garrigues señala tiene cuatro puntos principales los cuales son a saber:

“1) Mientras en el contrato bilateral el contenido de la prestación (cosas, servicios, derechos de propiedad, de disfrute, etc) es lo que caracteriza cada tipo de contrato, la clase y el contenido de la prestación es indiferente en el contrato de sociedad.

2) En el contrato de sociedad no hay contraprestaciones porque el acreedor de la prestación no es el consocio, si no la sociedad, y la ganancia es producto del negocio y no equivalente de la prestación.

3) Por la misma razón, las prestaciones no ingresan en el patrimonio de los otros contratantes, si no en el fondo social.

4) Las prestaciones no deben ser equivalentes, puesto que no están motivadas por una contra prestación, si no por la consecución del fin común. Los contratos bilaterales representan una oposición; el contrato de sociedad represente una comunidad o solidaridad de intereses...¹¹”

El tratadista Ascarelli, citado por Brunetti, señala que la *“sociedad constituye el ejemplo característico y tradicional del contrato plurilateral, ya que participan en él, varias partes que adquieren como consecuencia del mismo, obligaciones y derechos de idéntica naturaleza jurídica. Dentro de la sociedad, ningún socio se encuentra frente a otro socio, si no frente a todos los demás, y por ello, se puede hablar propiamente de pluralidad, a diferencia de lo que ocurre en los contratos de permuta.”*¹²

De esta forma podemos ver como en la doctrina se desarrolla un concepto mediante el cual se tiene ligado el nacimiento de la sociedad a un contrato, llamado “especial”, por sus diferencias con los demás contratos, diferencias entre variantes, las cuales se pueden destacar:

¹¹ Garrigues, Joaquín. (1987). Curso de Derecho Mercantil. Tomo II. 7 ed. Bogotá, Colombia: Editorial Temis. p.26.

¹² Escalane Madrigal, J (2003) La Sociedad Anónima Deportiva. Análisis comparativo con la sociedad anónima común. (pp.20) Trabajo de grado Licenciatura en Derecho. Universidad de Costa Rica. Signatura de Tesis 3994.

1) No 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.

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.

Asimismo tenemos que nuestro Código de Comercio regula el nacimiento formal la sociedad por medio de los artículos 18 al 24, en los cuales se enumeran los requisitos de la escritura de constitución, la obligación de inscribir los estatutos de la sociedad para que estos tengan efectos ante terceros, y finalmente el reconocimiento de las sociedades de hecho. Siendo esta la situación, tenemos que nuestro Código de Comercio, en lo que se refiere a la forma de la escritura de constitución de una sociedad señala que la misma 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

Teniendo claro la forma en la cual se constituye una Sociedad Anónima, es importante ver los elementos que la conforman, los cuales, indican Manuel Muiño y Hugo Richard¹⁴, son los siguientes.

¹³ Código de Comercio de Costa Rica, Artículo 18.

¹⁴ Hugo Richard E. y Manuel Muiño O (2004). Derecho Societario. Quinta reimpresión. Buenos Aires, Argentina, Editorial Astrea. P.400.

1. "El capital se divide en acciones.
2. Los socios limitan su responsabilidad con la integración del aporte comprometido.
3. Los aportes de los accionistas son representados por acciones liberadas que corresponden a su valor declarado en dicho título.
4. Debe organizarse la representación y administración a través de un directorio permanente.
5. 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.
6. El controlador de los accionistas sobre la administración societaria es normalmente indirecto, formalizado a través de otro órgano, que es el órgano fiscalizador.
7. Actúa bajo denominación social, no pudiendo tener razón social.
8. 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."

B. Los distintos órganos de la sociedad Anónima.

En las sociedades mercantiles, a nivel de derecho positivo costarricense y doctrinario, normalmente coexisten tres tipos de órganos. El gubernamental, administrativo y de vigilancia. Manteniendo la idea del presente estudio, llevaré a cabo un puntual análisis de cada uno de los órganos de la sociedad, sus funciones, sus deberes y el impacto que cada uno tiene en la sociedad, y por ende en los socios.

1. Asamblea de Socios.

Dentro de la vida de la sociedad, tenemos que esta tiene actividad interna y externa, teniendo un órgano que regula cada una de estas actividades. En lo que respecta a la actividad interna de la empresa, es la asamblea de socios la que

viene a regular su funcionamiento. Este órgano además de ser el encargado de lo “interno”, es también el órgano supremo de la sociedad. Encontramos que Joaquín Garrigues indica que *“la Junta General de Accionistas puede ser definida como la reunión de accionistas en la localidad donde la sociedad tenga su domicilio, debidamente convocados, para deliberar y decidir por mayoría, sobre determinados asuntos propios de su competencia”*¹⁵.

Es claro que la asamblea general es el órgano supremo de la sociedad, siendo el mismo un órgano colegiado, que requiere al menos el concurso de dos socios, que estudiaran el destino de la sociedad, tomando las decisiones que consideren pertinentes. Este era el fin inicial de las asambleas, el cual, como se dijo líneas atrás se ha ido perdiendo ante la impotencia de los socios minoritarios de ser escuchados, y tener algún efecto en las decisiones que se tomen en la asamblea. Dicho órgano, debería velar por el correcto funcionamiento de la sociedad como empresa, y no por intereses particulares, tomando en consideración los puntos de vista de todos los presentes y no solo los de la mayoría.

Al respecto, nuestro Código de Comercio indica en su artículo 152 que *“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*

¹⁵ Garrigues, Joaquín. (1987). Curso de Derecho Mercantil. Tomo II. 7 ed. Bogotá, Colombia: Editorial Temis. p.190.

facultades que la ley o la escritura social no le atribuya a otro órgano de la sociedad, serán de la competencia de la asamblea.¹⁶”

De esta manera tenemos claro que es este el órgano superior de la empresa, definido como tal tanto en la doctrina como en la legislación patria, órgano que a través del tiempo y del uso que ha tenido en la sociedad, ha venido perdiendo su fin inicial, que era el de someter las voluntades de todos los socios, para que entre todos estos se diera la correcta administración de la empresa.

Considero que se ha perdido este fin inicial de la Asamblea de socios, por que los socios minoritarios se ven impotentes de ejercer sus derechos ante el poderío de los socios mayoritarios, quienes tiene un poder casi absoluto en la sociedad, dejando a los socios minoritarios con limitadas herramientas para poder defender sus intereses en la sociedad, lo anterior a pesar que las decisiones de este órgano deberían ser dirigidas al interés social, y no al interés particular del accionista. En este sentido tenemos que para un socio minoritario es imposible oponerse a las decisiones de los o el socio mayoritario sin importar el efecto que esta decisión tenga en la sociedad.

Es claro que el socio mayoritario debe tener la posibilidad de defender sus intereses económicos, pero me parece que el socio minoritario debería tener otro tipo de defensas ante posibles abusos. Como ejemplo podemos ver que en las Asambleas de Condóminos se establecen requisitos especiales cuando un único

¹⁶ Código de comercio de Costa Rica, Artículo 152.

socio es el propietario de más del cincuenta por ciento de las filiales, o la necesidad de que exista unanimidad en el acuerdo, para cierto tipo de decisiones.

En lo que se refiere a la disposición especial en el caso de que un solo condómino tenga más del cincuenta por ciento de los votos, la Ley de Propiedad Horizontal señala en su artículo 27 lo siguiente:

“Artículo 27.-

La Asamblea actuará con base en los siguientes acuerdos:

a) Solo **por el acuerdo unánime** de todos los propietarios se podrá:

- 1.- Modificar el destino general del condominio.
- 2.- Variar el área proporcional de las filiales, en relación con el área total del condominio o el área de los bienes comunes.
- 3.- Renunciar al régimen de propiedad en condominio, siempre y cuando las parcelas o unidades resultantes no contravengan otras leyes.
- 4.- Gravar o enajenar el condominio en su totalidad.
- 5.- Variar las cláusulas de la escritura constitutiva o del reglamento de condominio y administración.

b) Sólo por el acuerdo de un número de votos que represente al menos dos terceras partes del total del valor del edificio se podrá:

- 1.- Variar el destino especial de una finca filial.
- 2.- Construir nuevos pisos o sótanos, excavar o autorizar a alguno de los propietarios para que efectúe estos trabajos.
- 3.- Adquirir nuevos bienes comunes, variar el destino de los existentes o disponer en cualquier forma el modo en que pueden aprovecharse.
- 4.- Autorizar el arrendamiento de cosas comunes.
- 5.- Aprobar la reconstrucción parcial o total del condominio.

En los casos anteriores, cuando **un solo propietario represente al menos el cincuenta por ciento (50%) del valor total del condominio, se requerirá, además, el cincuenta por ciento (50%) de los votos restantes reunidos en Asamblea.**

c) Cualquier otro acuerdo o determinación será aprobado por los votos de los propietarios que representen la mayoría del valor del edificio¹⁷. (El destacado no es del original)

De la lectura de la norma anterior es interesante rescatar como en beneficio de la minoría existe una posibilidad de defensa ante un posible abuso de poder del

¹⁷ Ley Reguladora de la Propiedad en Condominio.

“socio” mayoritario. Claramente el desarrollo de una sociedad no es igual al de un condominio, por estar directamente vinculada con el comercio, pero este ejemplo permite pensar en algunos elementos que podrían ser regulados de esta forma en las sociedades anónimas.

Así las cosas, tenemos que la Ley Reguladora de la propiedad en Condominio, es clara al indicar la necesidad de contar con un acuerdo unánime para ciertas modificaciones, es decir, se dan límites al poder de la mayoría, sin que esto signifique la paralización total de la sociedad.

1.1. Tipos de asambleas.

Ahora bien, para poder entender el tema de las asambleas, estas deben ser analizadas también dentro de cada uno de los tipos específicos. En el derecho positivo costarricense encontramos en el artículo 153 del Código de Comercio, la definición de los tipos de asambleas, las cuales serán generales y especiales, dividiéndose las generales en ordinarias y extraordinarias.

Las especiales son aquellas que están integradas por los socios con derechos especiales. Es decir son un tipo de asamblea en la cual no es necesaria la participación de la totalidad de los accionistas, si no solamente la de un grupo.

Por su parte, las asambleas generales, son la reunión de accionistas, debidamente convocados y reunidos para expresar la voluntad social en asuntos

de su competencia. Estas son el órgano soberano, en el cual se forma y se expresa la voluntad social.

En nuestro país, tenemos que las asambleas ordinarias son aquellas en las que se analice alguno de los siguientes temas:

- 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.

En lo que respecta a las asambleas extraordinarias, son aquellas a las que se convoca para llevar a cabo lo siguiente:

- 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.

Del análisis de los dos tipos de asambleas, queda claro que su distinción principal se encuentra en el objeto de estas, por ser cada una competente para conocer distinto temas.

Finalmente tenemos que en nuestra legislación se permite la celebración de asambleas de socios mixtas, en las cuales se pueden ver temas tanto de las asambleas ordinarias como de las extraordinarias. Es importante, para este estudio, el tener claro si existe alguna atribución de la asamblea para el control de la Junta Directiva.

Al respecto encontramos que el artículo 192 del Código de Comercio indica que *“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”*. De la lectura de este artículo, de inmediato nace la duda de cómo va a pedir una asamblea controlada por un socio mayoritario, quien eligió a la mayoría o a todos los miembros de la Junta Directiva, algún tipo de responsabilidad por la administración de la empresa.

Es en este sentido que inicialmente encontramos la gran desventaja en la que se encuentran los socios minoritarios con respecto al camino que tome una empresa en la que tienen dinero o valores invertidos, ya que es claro que la posibilidad de solicitar que se inicie algún tipo de gestión en contra de los administradores es nula.

2. Consejo de administración o Junta Directiva.

Como segundo órgano tenemos el Consejo de Administración o Junta Directiva, el cual tiene a su cargo la administración de la empresa, ejecutando acuerdos y representando a la sociedad, es decir es el órgano que tiene a su cargo la actividad externa de la sociedad. Es el órgano “ejecutivo” encargado de establecer la voluntad social formada en la Asamblea General. Es en este órgano donde encontramos a las personas encargadas de entablar en nombre de la empresa las relaciones comerciales con otras empresas o con terceros. Siendo el punto central de esta tesis el análisis de cómo buscar la nulidad de un acuerdo de Junta Directiva, con especial importancia analizaré este órgano.

La naturaleza de este órgano, de conformidad con lo establecido en el artículo 181 de nuestro Código de Comercio, es el de Órgano Colegiado, en el que la administración y la representación de la sociedad se ven mezcladas en un mismo órgano. Aquí encontramos una interesante diferencia con las sociedades norteamericanas, en las cuales la representación no está en manos de los representantes de la sociedad. Lo anterior por cuanto en las sociedades norteamericanas existe el Consejo de Administración o “Board of Directors” y los directores o gerentes que generalmente son designados por el consejo.

Este órgano (la Junta Directiva) es soberano en cuanto a sus decisiones, las cuales podrán ser revisadas por la Asamblea de Socios, tal y como se señaló en el apartado anterior. Las labores de los miembros de la Junta Directiva se encuentran reguladas por el Código de Comercio y por los estatutos de la

empresa. En lo que se refiere al Código de Comercio, encontramos en los siguientes artículos, en los que se definen los actos más “administrativos” que deben llevar a cabo los administradores:

Artículo 134.

Deberán firmar los certificados de acciones que emita la sociedad, lo cual realizarán los administradores que señale la escritura social.

Artículo 155.

Deberán los administradores, presentar los informes del ejercicio anual durante la asamblea ordinaria que sea convocada al efecto.

Artículo 158.

El o los administradores señalados en la escritura social deberán ser los encargados de convocar a asambleas, cumpliendo con el proceso establecido para ello.

Artículo 168.

Será responsabilidad del Presidente presidir las asambleas ordinarias o extraordinarias, siempre y cuando el pacto social no designe a una persona diferente.

Artículo 173.

Durante las asambleas será responsabilidad de los administradores el responder a todas las consultas de los accionistas, y a presentarles todos aquellos informes que consideren pertinentes.

Artículo 174.

Al finalizar las asambleas será obligación del presidente y del secretario el firmar las actas, salvo que estemos ante el supuesto del artículo 158 en el que todos los socios deberán firmar el acta.

Artículo 181 y 182.

Es en estos artículo que encontramos la labor principal de los administradores, la cual es la de administrar la sociedad y la de representarla ante terceros.

3. Los administradores

Los administradores, son aquellas personas nombradas por la asamblea de socios que no han sido nombrados por la Asamblea General Ordinaria de Accionistas para que desempeñen su cargo. Son indispensables para la buena marcha de la actividad comercial de toda sociedad anónima, por ser este el órgano que la representa ante terceros.

Nuestro Código de Comercio, no establece requisitos especiales para poder asumir algún puesto en el consejo de administración, sin embargo, los socios en el pacto social pueden establecer requisitos de idoneidad.

En lo que se refiere a la posibilidad de que una sociedad sea nombrada como administradora, la doctrina ha indicado lo siguiente:

“...Aquí juega papel preponderante la posición que se asuma frente al fenómeno de la personalidad jurídica; si se reconoce ésta como una categoría general, que se coloca como alternativa de la persona física en cuanto dotada, por disposición normativa, de los mismos atributos, la respuesta positiva nos parece posible. Pero si ponemos el acento sobre el hecho de que la persona jurídica no existe en sí y por sí, sino que es un puro y simple instrumento, legalmente permitido, del accionar humano, entonces el problema se reduce a examinar si la disciplina de los administradores es compatible con la asunción, por parte de una persona jurídica, de la función administrativa una sociedad anónima; y aquí sí nos parece difícil que la respuesta pueda ser positiva: la administración de una sociedad confiada a una persona jurídica rompería realmente la relación que se instaura entre la compañía y sus propios administradores; quien administraría sería, en realidad, la persona jurídica designada pero a través de sus propios representantes, ante ella responsables y por ella revocables en cualquier momento. Y como la persona jurídica no existe como realidad física, tangible, sucedería, a fin de cuentas, que el presidente de X S.A. sería, en realidad, el presidente de la persona jurídica Z y no Z S.A.; de donde se produce ese fenómeno de desarticulación ahora denunciado; así las cosas, si la asamblea de accionistas de Z cambia a su presidente, indirectamente estaría cambiando también al presidente de X.¹⁸

Siendo así las cosas, tenemos que los administradores, y en especial el presidente de la sociedad, tienen como función principal la dirección de la empresa, la materialización de los acuerdos tomados por la Asamblea de accionistas y la representación de la sociedad ante terceros.

¹⁸ Certad, Gastón. (1991). “Administración de la Sociedad Anónima II. Génesis y conclusión de la relación de administración. Retribución de los administradores”. p. 127.

Este poder de administración es la facultad otorgada por la ley de atender el día a día de la empresa, teniendo el presidente por seguridad y por así establecerlo el Código de Comercio, la representación total de la empresa, y teniendo los demás administradores los poderes y facultades que les otorgue el pacto social.

3.1. Duración del cargo.

Los consejeros serán nombrados por un plazo fijo señalado en la escritura constitutiva, o a discreción de los socios podrán nombrarse por todo el plazo social.

En la actualidad, con la entrada en vigencia de la Ley del Impuesto sobre las sociedades Anónimas, los miembros del consejo en cualquier momento y sin necesidad de convocar a una asamblea de socios, pueden renunciar a su puesto, presentando una carta de renuncia en el domicilio social de la empresa, carta que después deberá ser protocolizada y presentada al registro.

La otra forma en la cual uno de los miembros de la junta directiva podría cesar sus funciones es por acuerdo de la asamblea de accionistas, quienes en cualquier momento pueden tomar la decisión de destituirlo de su cargo, nombrando al efecto a una nueva persona

3.2. Responsabilidad de los administradores.

Ahora bien, un análisis de fundamental importancia para este trabajo es, dentro de todos los actos que debe realizar un administrador, o que no debe realizar, en cuales encontramos una sanción. Cuál es esta sanción y cómo se ejecutaría la misma. De esta forma podremos tener clara la forma de solicitar a los administradores su responsabilidad por actos indebidos o malas decisiones.

Inicialmente encontramos en el artículo 27 del Código de Comercio que “*los Administradores serán personalmente responsables de toda distribución hecha en contravención a lo establecido*”, pero el artículo no señala ningún tipo de procedimiento, o la forma de sancionar al Administrador por incumplir con las reglas establecidas para pagar dividendos.

En el artículo 158 se establece la obligación de los administradores de convocar a las asambleas de accionistas, pero no hay en el Código sanción alguna a esta falta de convocatoria.

Un tercer punto lo encontramos en el artículo 184, el cual indica en lo que interesa que los administradores serán responsables de las irregularidades que se presenten en las sesiones de la Junta Directiva, pero al igual que en el caso anterior no se señala ninguna sanción o procedimiento para sancionar a los administradores.

Es en el artículo 189 del Código de comercio que encontramos la primer

verdadera responsabilidad de los administradores, ya que el mismo indica en lo que interesa 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... 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 acuerdo de la asamblea de accionistas**, siempre que no fueren notoriamente ilegales o contrarios a normas estatutarias o reglamentarias de la sociedad.” (el destacado no es del original)*

Es clara la responsabilidad que se le podría solicitar a los administradores, pero es también claro que no existe procedimiento alguno, ni sanción inmediata por el incumplimiento de sus deberes. De esta manera, si el socio mayoritario en Asamblea acuerda la ejecución de algún convenio, libera de responsabilidad a los administradores, dejándolos en un estado de indefensión, ya que no hay forma de revertir ese acuerdo que les perjudica.

Finalmente, y siguiendo la tesis del artículo 189, encontramos que el artículo 192 señala que 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”*. Lo cual nos lleva de nuevo al punto central de este estudio, que un socio minoritario de una empresa no tiene forma de proteger sus intereses ante abusos por parte de los socios

mayoritarios, lo cual debería el ordenamiento tutelar de forma que no se pueda abusar del derecho en perjuicio del socio minoritario.

Existe una nueva forma de responsabilidad de los administradores a lo externo de la empresa, correspondiente a la responsabilidad solidaria que los mismos tienen por el pago del impuesto a las personas jurídicas. El texto de la nueva ley indica que los representantes legales, *“de las sociedades mercantiles, empresas individuales de responsabilidad limitada y sucursales de una sociedad extranjera o su representante, serán solidariamente responsables con esta por el no pago del impuesto establecido en la presente ley”*. En virtud de lo anterior tenemos esta nueva responsabilidad de los representantes de las sociedades, en la cual se podría ver afectado su patrimonio si no velan por el cumplimiento de la ley.

3.3. Elección de los miembros del Consejo de Administración.

En lo que respecta al nombramiento de los miembros de la Junta Directiva, el órgano competente para hacerlo es la Asamblea General Ordinaria de Accionistas, esto de conformidad con lo establecido por el artículo 155 inciso C del Código de Comercio, en el cual se establece que en dichas asambleas se nombrará o revocará a los administradores del consejo.

En cuanto al sistema de elección de los miembros, el artículo 181 del Código de Comercio indica que salvo norma contraria en los estatutos, los

accionistas ejercerán su voto por el sistema de voto acumulativo establecido en el artículo 181, que se regirá de la siguiente forma:

“Artículo 181.-

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.”

No obstante lo anterior, y a pesar de considerarse este sistema uno de los pilares de la defensa de los derechos de los socios minoritarios, el mismo pues de ser eliminado, mediante acuerdo de la asamblea general de accionistas. Una vez más el socio minoritario vería disminuidas sus posibilidades de defensa, con la eliminación de este sistema.

C. El “cuarto” Órgano social.

A pesar de que tanto en el derecho positivo como en la doctrina se habla de tres órganos sociales, la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia considera, en su sentencia número 489-f de las 9:30 horas del 13 de julio del 2005 que existe un cuarto poder. La Sala, tal y como se verá, considera que existe un

órgano representativo, cuya función recae sobre el presidente de la empresa, al tener este por imperativo de ley, poder generalísimo sin límite de suma en la sociedad. Al efecto la Sala Primera señaló¹⁹:

*“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.”*

¹⁹ Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia voto número 489-f de las 9:30 horas del 13 de julio del 2005.

Título Tercero.

Capítulo Primero. Derechos de los Socios.

Sección I. Definición de Socio y sus derechos.

A. Definición de Socio

Ahora bien, para poder continuar con el análisis es menester definir cuáles son los derechos que los socios, de forma individual tienen en la sociedad, toda vez que estos derechos son uno de los contra pesos que se le pueden aplicar a las asambleas de accionistas, por lo que podríamos tener acá la solución al problema planteado.

En primer término, tenemos que estos derechos individuales de los socios, al estar consagrados en la ley, no pueden ser violados, ni aunque exista acuerdo de mayoría, lo cual les da esa característica de contra peso y de control.

Antes de entrar a analizar el tema de los derechos de los socios, resulta necesario, definir quién es considerado como tal. En nuestro Código de Comercio, en su artículo 140, define como socio a *“aquel inscrito como tal en los registros de accionistas si las acciones son nominativas, y al tenedor de estas si son al portador”*, y en el artículo 120 indica que *“la acción es el titulo mediante el cual se acredita y transmite la calidad de socio...”*.

Esta doble titularidad la encontramos también en el artículo 261 del Código de Comercio, que en lo que interesa indica que *“en los registros de socios, se*

consignará la acción o cuota correspondiente al socio fundador o suscriptor, y luego en orden cronológico y sin dejar espacios, los traspasos sucesivos” y en el artículo 687, también del Código de Comercio, indica en lo que interesa, que “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 debe llevar al respecto 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...”

En virtud de lo anterior tenemos que será socio aquel que se encuentre inscrito en el registro de accionista o que se presente con el título que lo acredite como tal. Esta doble condición ha sido avalada por la jurisprudencia, tal y como se desprende de la sentencia del Tribunal Segundo Civil Sección Primera, en el voto 38 de las 10:20 del 21 de enero del 2009, el cual indica en lo que interesa:

“VI.- EN CUANTO A LA LEGITIMACIÓN AD CAUSAM ACTIVA DE LA PARTE ACTORA. *Conforme al orden de los agravios, considera esta cámara que el primer aspecto que debe ser dilucidado acá es el de la legitimación ad causam activa. La recurrente alega que la parte actora carece de legitimación para interponer esta demanda, debido a que nunca acreditó su condición de accionista de la **sociedad** “Cabinas Río Mar de Dominical **sociedad** Anónima”. Indica que los numerales 140 y siguientes y 261 del Código de Comercio disponen los requisitos para acreditar esa condición, lo cual solo era posible mediante la exhibición del asiento de registro de accionistas donde conste la propiedad de las acciones (legitimación) y la tenencia del título (titularidad).”(El destacado no es del original)*

Así mismo el Tribunal segundo Civil en su voto 317 de las 10:10 del 31 de agosto del 2005 señaló:

“V. ...respecto al punto en discusión, debemos tener claro, que uno de los derechos con los que cuenta todo accionista, es el de cuestionar los acuerdos sociales, en los supuestos que señala la ley y previo cumplimiento de los correspondientes requisitos (artículo 178 del Código de Comercio), de ahí que, en lo que concierne al ejercicio de acciones de nulidad de Asambleas de Accionistas, la legitimación activa para su interposición está reconocida a aquellas personas que ostenten la **condición de socios** conforme lo dispuesto en el artículo 180 del Código de Comercio. Es decir, únicamente los accionistas son los legitimados para interponer una acción de nulidad. En lo que respecta a la **acreditación de socio**, este Tribunal, Sección Segunda, en el voto número 186 de las 9:50 horas del 30 de mayo del 2003, dispuso: ‘Lo referido al tema de la **adquisición, acreditación y transmisión de la condición de socio de una sociedad anónima debe entrelazarse conforme a lo preceptuado en los ordinales 120 y 140 del Código de Comercio. El primer ordinal determina en lo que interesa que la acción es el título mediante el cual se acredita y transmite la calidad de socio. Por su parte, el ordinal 140 establece que 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.** Del engarce de los citados textos legales no se evidencia que resulte -contra lege- la posibilidad de adquirir acciones sin que éstas existan en su materialidad -o sea que no hayan sido impresas-. Adviértase al efecto que el ordinal 120 determina los efectos jurídicos atribuidos por la Ley a una acción referidos a la **acreditación y transmisión de la calidad o condición de socio**. Más que una definición de lo que debe entenderse por una acción, el citado artículo alude a los atributos que el ordenamiento reconoce al titular de una acción de una sociedad anónima conforme a los términos descritos. Por su parte el artículo 140 ibídem, regula la forma en que se reconoce la **condición de socio** respecto al emisor -sociedad emisora del título accionario-, donde se establece que la sociedad reputará como socio al inscrito como tal en el libro de accionistas en el caso de acciones nominativas. En esta última disposición se resalta lo relativo a la existencia de un Registro de accionistas que como es propio en materia registral en general, sabido es, de conformidad con los principios informadores de ese derecho en particular, se tiende a la protección de la buena fe del tercero como la piedra angular dimanante para su protección dentro del sistema. Por ende, la norma aludida determina en términos generales que según los datos del registro de **socios**, el que aparece como accionista se reputará como tal en relación al emisor y respecto a terceros.” (ver Voto No. 208_a las 15:30 hrs del 7 de julio de 2005)

En ese mismo sentido, la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, particularmente en el voto número 513-F-00 de las 9:45 horas del 12 de julio del 2000, ha señalado lo siguiente: “VI. *Debe acotarse, que la inscripción en el*

Registro y la constancia en el título, respecto a cualquier acto u operación referente a títulos nominativos, lo es para que surta efectos respecto a terceros, no así entre las partes, para quienes la validez del contrato depende del acuerdo de voluntades”.

*Así lo expresa, claramente, el artículo 687, párrafo segundo del Código de Comercio, cuando establece que “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”. (El destacado no figura en el original).*

De las citas de jurisprudencia, y del derecho positivo y doctrina citada podemos decir que se considera como socio sólo aquel que cumpla con la doble titularidad estando debidamente inscrito en el registro respectivo.

Estando definida a quien le asiste la condición de socio, podemos pasar a ver en detalle cuales son los derechos de estos.

Sección II. Derechos de los socios.

A. Derecho al dividendo.

En primer término, y por tener la sociedad un fin de lucro, es mi parecer que el derecho más importante que tiene cada uno de los socios es el derecho a los dividendos. Los dividendos y cualquier otra distribución se realizarán de acuerdo con las utilidades realizadas y líquidas resultantes de un balance aprobado por la asamblea, y por lo tanto, cualquier acto que se dé dentro de la empresa que pretenda entorpecer este derecho, o disminuirlo de forma ilegítima es total y absolutamente reprochable.

El derecho de todo socio al dividendo viene de la mano con el derecho a pedir que la asamblea general se reúna para la aprobación del balance anual y delibere sobre la distribución de las utilidades que resulten del mismo balance. Estos derechos patrimoniales se encuentran consagrados en los artículos 141 al 144 los cuales indican lo siguiente:

Artículo 141.-

Todo socio tiene derecho a pedir que la asamblea general se reúna para la aprobación del balance anual y delibere sobre la distribución de las utilidades que resultaren del mismo.

Artículo 142.-

La distribución de las utilidades se hará conforme con lo dispuesto en la escritura social y en el artículo 27 de este Código. Las acciones recibirán sus utilidades en proporción al importe pagado por ellas.

Artículo 143.-(*)

De las utilidades netas de cada ejercicio anual deberá destinarse un cinco por ciento (5%) para la formación de un fondo de reserva legal, obligación que cesará cuando el fondo alcance el veinte por ciento (20%) del capital social. Si una vez hecha esa reserva, y las previstas en la escritura social, la asamblea acordará distribuir utilidades, los accionistas adquirirán, frente a la sociedad, un derecho para el cobro de los dividendos que les correspondan.

Si el pago hubiere sido acordado en dinero efectivo, podrá cobrarse a su vencimiento en la vía ejecutiva. Servirá de título ejecutivo la certificación del respectivo acuerdo.

Acordada la distribución de dividendos, la sociedad deberá pagarlos dentro de los tres meses siguientes a la clausura de la asamblea.

Artículo 144.-

Los socios recibirán sus dividendos en dinero efectivo, salvo que la escritura social disponga lo contrario.

De la lectura de los artículos anteriores vemos que la única restricción que existe al momento de distribuir los excedentes de la compañía al final del periodo fiscal, o al momento en el cual lo decida la asamblea de accionistas es la obligación de conformar el fondo de reserva legal. El socio no posee un derecho de crédito específico contra los resultados que el balance anual determine. Su derecho al cobro de utilidades se origina en el momento en que la Asamblea Ordinaria establece el monto de las utilidades.

B. Derecho de suscripción preferente.

Este derecho, el cual debe estar consagrado en los estatutos de la empresa, tiene como fundamento la emisión de nuevas acciones por parte de la sociedad anónima, toda vez que esta emisión de nuevas acciones afecta directamente el interés de los accionistas más antiguos de la empresa, quienes podrían ver disminuidos sus beneficios en la sociedad, puesto que las nuevas acciones participarán conjuntamente con las antiguas en el reparto de los dividendos, en la reservas y en el activo que posea la sociedad al momento de su liquidación.

Como un contrapeso a este posible daño, la Ley prevé la posibilidad de que se dé un derecho preferente, para que sean en primera instancia los actuales socios de la empresa quienes adquieran las nuevas acciones emitidas, o de ser el caso, tener una prioridad para adquirir las acciones de algún socio que se retira de la empresa.

En nuestro país este derecho no tiene ciertas limitaciones, para que no se den abusos y no se impida la emisión de nuevas acciones o la venta de las que se posee por el simple hecho de que al otro socio se le hace imposible participar de esta en algún momento específico. Estas limitaciones se traducen en la obligación de contar con un procedimiento de oferta dentro de la sociedad, con plazos definidos y formas de valorar las acciones.

El artículo 139 bis de nuestro Código de Comercio, regula el supuesto de pignoración y usufructo de acciones de las sociedades anónimas, en cuanto al derecho de suscripción preferente del accionista se sistematiza de la siguiente manera:

Artículo 139 bis.-

En caso de pignoración de acciones, el derecho de voto corresponde al socio, tanto en asambleas ordinarias como extraordinarias, salvo pacto contrario, al acreedor pignoraticio en asambleas ordinarias y al socio de las extraordinarias.

En caso de usufructo de las acciones, el derecho de voto corresponde, salvo pacto en contrario, al usufructuario en asambleas ordinarias y al nudo propietario en las extraordinarias.

En los dos casos anteriores, el derecho de suscripción preferente corresponde siempre al socio. Si tres días antes del vencimiento del plazo, el socio no consignare las sumas necesarias para el ejercicio del derecho de opción,

este deberá ser enajenado por cuenta del socio por medio de un agente de bolsa, o de un agente libre. (El destacado no es del original)

C. Derecho a la cuota de liquidación.

En el momento en el que una sociedad entra en alguna de las causales del artículo 201 del Código de Comercio, y se tenga por disuelta la sociedad, se entra en la etapa de liquidación de la misma. Estas causales son:

- a)** El vencimiento del plazo señalado en la escritura social;
- b)** La imposibilidad de realizar el objeto que persigue la sociedad, o la consumación de este;
- c)** La pérdida definitiva del cincuenta por ciento del capital social, salvo que los socios repongan dicho capital o convengan en disminuirlo proporcionalmente; y
- d)** El acuerdo de los socios.

Siendo así las cosas, cada uno de los accionistas tiene derecho a recuperar el aporte que realizó al patrimonio social, pero antes de repartirse el patrimonio deben satisfacerse todas las deudas pendientes que posea la sociedad con sus acreedores, es decir, lo que se distribuye es el remanente del haber social. La cuota de liquidación será proporcional al aporte hecho por los accionistas al capital social. Este remanente será establecido por los liquidadores, quienes deberán repartir el remanente cumpliendo con las siguientes reglas:

- a) En el estado final se indicará la parte del haber social que corresponde a cada socio;
- b) Un extracto del estado se publicará en "La Gaceta";
- c) Dicho estado, así como los papeles y libros de la sociedad, quedarán a disposición de los accionistas, quienes gozarán de un plazo de quince días a partir de la publicación para presentar sus reclamaciones a los liquidadores; y
- d) Transcurrido ese plazo, los liquidadores convocarán a una asamblea general de accionistas presidida por uno de los liquidadores, para que apruebe en definitiva el balance de liquidación.

Una vez cumplidas dichas reglas, los liquidadores procederán a hacer los pagos que correspondan a los accionistas contra la entrega de los títulos de las acciones.

D. Derecho de asistencia y voto en las Asambleas.

En mi opinión este es el más elemental derecho que poseen los accionistas. Es por medio de este que en general se llevan a cabo todos los actos de control dentro de la sociedad. Dicho derecho le corresponde a todos los que acrediten ser socios de la empresa, quienes tienen derecho a deliberar en las reuniones de la asamblea general, por cuanto esta se integra, en principio, por todos ellos, como partes interesadas de igual manera en el cumplimiento del fin social.

Joaquín Garrigues indica que mediante el derecho al voto el socio interviene en la administración de la sociedad, y fiscaliza la gestión de los administradores, aprobándola o desaprobándola. En definitiva, es el instrumento que utiliza el accionista para asegurar su participación en las ganancias de la sociedad.²⁰

Para que realmente se pueda decir que un accionista esta en plena capacidad de ejercer su derecho al voto, de tener pleno conocimiento de la situación de la empresa, es decir haber tenido acceso a la información financiera con tiempo suficiente antes de la asamblea, poder consultar y pedir todas las aclaraciones pertinentes a los administradores, e incluso pedir que se posponga la asamblea hasta tanto no se cuente con la información necesaria para tomar una decisión.

Es en el artículo 139 del Código de Comercio que encontramos establecida la forma en la cual se ejerce el voto, y la imposto determina los lineamientos por los cuales se rige el derecho al voto y la imposibilidad de restringir dicho derecho. Dicho artículo indica lo siguiente:

Artículo 139.-

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

²⁰ Garrigues, Joaquín. Op.cit. p. 213.

reembolso de la cuota de liquidación, pero no podrá limitárseles a estas el derecho de voto en asambleas extraordinarias, ni en lo referido en el artículo 147.

Se prohíbe la emisión de acciones de voto plural.

La posibilidad de restringir el derecho al voto, existe en nuestra legislación únicamente en relación con las acciones no comunes, de conformidad con lo establecido por el artículo 145 del Código de Comercio, el cual establece que: *“Podrán establecerse en la escritura social restricciones totales o parciales al derecho de voto de los títulos o acciones no comunes, pero en ningún caso se les privará de ese derecho en las asambleas extraordinarias que se reúnan para modificar la duración, o la finalidad de la sociedad, para acordar su fusión con otra o para establecer el domicilio social fuera del territorio de la República.”*

Es claro que se pueden establecer algunas restricciones en las acciones no comunes, pero siempre manteniéndose vigente la posibilidad de votar en algunos de los asuntos de la empresa.

E. Derecho a la información.

Establece en lo que interesa el artículo 26 del Código de Comercio de Costa Rica 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.”* De esta forma queda claramente establecido el derecho que le asiste a cualquier socio, sin importar el número de acciones a tener acceso a la información de la empresa, y a solicitar las aclaraciones que considere pertinentes

Adicionalmente tenemos que si a solicitud del socio o socios que representen por lo menos el veinte por ciento del capital social, se podrá ordenar una auditoria de la empresa, auditoria que correrá por cuenta del solicitante o los solicitantes.

Este derecho a la información encuentra su límite en el supuesto de que no se proporcionará aquella información que pueda perjudicar los intereses de la sociedad anónima, como sería el caso de secretos comerciales o planes estratégicos, restricción que aplicará siempre y cuando la petición de información no provenga de un socio o grupo de socios que representen más del 20% del capital social, esto de conformidad con lo establecido en el artículo 173 del Código de Comercio.

Asimismo, antes de la celebración de la Asamblea todos los documentos relacionados con la celebración de esta deberán estar a disposición de los socios, para que, como se vio en el apartado del derecho al voto, se pueda ejercer este derecho a cabalidad.

A manera de resumen, tenemos que al socio le asiste la posibilidad de pedir toda aquella información que crea conveniente, ya sea de la marcha de la sociedad, o información necesaria para poder asistir o votar durante las asambleas de accionistas. En este sentido considero que este es uno de los derechos más importantes de los accionistas, pero en una relación donde el otro socio tiene la mayoría de las acciones, le generará mayor ventaja.

F. Derecho de receso.

El derecho de receso es una potestad que se otorga a los socios, de forma tal que, de encontrarse disconformes y que se encuentren ante asuntos calificados que sean perjudiciales para ellos, puedan retirarse de la sociedad, esto mediante una declaración de voluntad de retiro, además pudiendo solicitar el reembolso de sus acciones.

Este derecho puede ser ejercido por aquellos socios que hayan votado de forma negativa el asunto analizado en la asamblea, debiendo encontrarse en la minoría que desaprobó el asunto.

Los asuntos puestos a votación deben versar sobre aspectos dirigidos a la modificación del pacto social, como lo sería la prórroga del plazo social, la transformación o fusión de la sociedad, el cambio de domicilio al extranjero, entre otros.

En lo que se refiere al socio ausente, este es castigado, perdiendo este derecho por su falta de interés al asistir a la asamblea en la cual se tomó el acuerdo que eventualmente le genera mayor responsabilidad.

Con respecto a este derecho el Código de Comercio establece:

Artículo 32 Bis.-

Los socios disidentes de los acuerdos de prórroga del plazo social, traslado del domicilio social al extranjero y transformación y fusión que 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.

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.

De conformidad con el artículo transcrito, tenemos que se debe cumplir correctamente con los plazos establecido, y con las notificaciones para poder ejercer este derecho de manera correcta. Caso contrario el socio perderá el derecho y deberá continuar dentro de la sociedad.

G. Derecho de Impugnación

Dentro del tema de los derechos de los socios, tenemos como último derecho, el de poder impugnar los acuerdos de la asamblea de socios. Este es en, mi opinión, la segunda defensa más importante con la que cuenta el socio minoritario, toda vez que la misma es una defensa externa a los abusos que se puedan dar dentro de la sociedad.

Sobre este tema, la doctrina ha señalado que existe un supuesto, el cual es que la voluntad social se haya formado dentro de los límites de la legalidad, caso contrario cualquier accionista, podrá solicitar al órgano competente la revisión de la legalidad del acuerdo y que eventualmente declare su invalidez. El jurista Fernando Sánchez Calero señala que *“la eficacia del acuerdo de la Junta General tiene como presupuesto que la voluntad social se haya formado dentro de los causes de la legalidad. El sometimiento de todos los socios a la voluntad de la mayoría decae cuando se produce una declaración judicial que invalida el acuerdo.”*²¹

Esta defensa implica la posibilidad, en ciertos casos, de acudir a los tribunales para que sean estos lo que decidan sobre la validez de los acuerdos tomados. Es en el artículo 176 donde encontramos cuales son los acuerdos que podrán ser impugnados. Al efecto dicho artículo indica:

²¹ Sánchez Calero, Fernando. (1999). “Instituciones de Derecho Mercantil”. Vigésima Segunda Edición, Mc Graw Hill. p. 367.

Artículo 176.-

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.

En este artículo tenemos tres posibles causales de nulidad: Falta de capacidad legal, que se tomen con infracción a lo dispuesto por el capítulo y que violen disposiciones para la protección de trabajadores o que vayan en contra del **interés público**.

Como se verá en el apartado del “Principio de Conservación de la Empresa”, este es uno de los pilares en los que se fundamenta la posibilidad de que el estado intervenga cuando los acuerdos son nocivos para la empresa y por ende para la sociedad. Es en esta línea de pensamiento que nos cuestionamos el porqué no existe una limitación de este tipo para los acuerdos de la Junta Directiva, si estos pueden ser igual de nocivos para el interés social en la empresa.

Siguiendo con el derecho de impugnación, tenemos que el artículo 177 es el que define el plazo de prescripción del derecho, el cual se establece en un año,

a partir del momento en el que se adopte el acuerdo o en el que el mismo se inscriba en el registro si esto fuera necesario.

Finalmente tenemos que la ley contempla la posibilidad de impugnar aquellos acuerdos que no se encuentren dentro de los supuestos del artículo 176, para lo cual se deberá cumplir con lo siguiente:

- 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.

El plazo de un mes establecido en dicho artículo, ha sido objeto de análisis y discusión por parte de la Sala Primera en la sentencia 936-f de las 10:00 horas del 2 de diciembre del 2005, al cuestionarse si el mismo es un plazo de prescripción o de caducidad, a lo cual concluyó lo siguiente:

“XI.- El punto a discernir, según se desprende de la lectura del reproche, consiste en determinar la naturaleza jurídica del plazo de un mes que contempla el artículo 178 del Código de Comercio para la impugnación de acuerdos societarios, si es de prescripción o de caducidad. Sin embargo, la discusión resultaría estéril, toda vez que en autos se tiene por demostrado que la asamblea en cuestión finalizó el 22 de julio de 2002 y que la demanda fue presentada a estrados el día 22 agosto de ese año, es decir dentro del plazo señalado por el ordinal en cuestión, con lo cual resulta irrelevante la calificación que se le haya dado finalmente a los efectos de resolver el fondo del asunto sometido a consideración. En todo caso, según los parámetros para la distinción de ambos institutos que esta Sala ha establecido en múltiples ocasiones (ver

entre otras, la N° número 43 de las 14 horas 40 minutos del 28 de mayo de 1997), **el plazo del numeral 178 es de caducidad.**”

Título Cuarto.

Derecho comparado.

Capítulo Único. Derecho societario norteamericano.

Sección Única. Análisis de las sociedades en Estados Unidos.

A. Las sociedades en Estados Unidos.

Como punto de comparación de este trabajo, se analizará el sistema de sociedades que se utiliza en los Estados Unidos de América, y la forma en la cual en este país se regulan los derechos de los socios minoritarios, y su posibilidad de impugnar los acuerdos de los Administradores y de la Junta Directiva.

Como primer punto de referencia sobre el sistema societario de los Estados Unidos de América, tenemos que no se trata de un sistema homogéneo como el que tenemos en nuestro país, ya que existen distintas regulaciones dependiendo del estado en el cual se haya constituido la sociedad. Dichos sistemas de regulación de las sociedades varían entre el poder que se le da al accionista de la empresa y el poder que se le da a los administradores.

Este sistema ha sido objeto de múltiples estudios, en los cuales se ha hablado sobre la desventaja o ventaja del mismo, llamando algunos un sistema de “mercado societario” en el cual cada estado lucha por tener las mejores regulaciones para atraer la constitución de sociedades y sus consecuentes pagos de impuestos.

B. Teoría “Race to the Bottom”

Entre sus detractores se ha dicho que el mismo es un sistema que “corre hacia el fondo” (Race to the Bottom²²), doctrina en la cual se considera que al competir por la creación de sociedades, se llegaría a un sistema en el cual se favorezca a los administradores, por ser estos los gestores de la empresa social, quedando estos como beneficiarios de múltiples beneficios de la legislación social del estado. El antes indicado “mercado de leyes”, se considera que es producto del sistema económico norteamericano. Al efecto la autora Roberta Romano²³ insiste en que este sistema se debe al afán de los diferentes estados de captar recursos, por lo que crean sistemas más acordes a las necesidades ya sean de los administradores o de los accionistas.

C. Teoría “Race to the Top”

En contra posición con la teoría antes indicada, nació la de “Race to the Top”, la cual indica que más bien el “mercado” de leyes se autoregulará, ya que los inversionistas perderán el interés en invertir en sociedades creadas en sistemas que no les sean beneficiosos, obligando a los estados a crear sistemas más balanceados y llegando a un punto medio entre el poder de los administradores y el control que pueden ejercer los accionistas.

²² William A. Carry, “Federalism And Corporate Law: Reflections upon Delaware. Publicado en el Yale Law Journal, volume 663,1974 number 83.

²³ Roberta Romano, “The Genius of American Corporate Law, Washington D.C.The AEI press 1993 p.14.

El hecho, de que no exista una intervención federal en el tema de la regulación de las sociedades, hace pensar que existe una tendencia a apoyar el sistema “Race to the top”, y que eventualmente se llegará a ese punto medio.

D. Teoría del Nexo contractual.

La teoría del Nexo contractual societario propone que la función esencial de la sociedad es la económica, al ser un centro de imputación de derechos y obligaciones, en lugar de concebirla como un ente jurídico. Esta teoría explica la utilidad de la sociedad a nivel económico, por ser un punto en el cual convergen gran cantidad de relaciones y vínculos entre acreedores, inversionistas, el estado a través del cobro de impuestos, los trabajos que produce, los consumidores de sus productos y servicios, etc. *“Así pues la compañía es una ficción legal que representa un conjunto complejo de relaciones contractuales entre todos estos actores. Es decir que el sujeto societario no es un ente, sino más bien un nodo en el cual confluyen contratos explícitos e implícitos.”²⁴*

Este tipo de teorías, un poco más abiertas y mucho menos formalistas son las que le permiten al sistema de sociedades norteamericano ser mucho más flexible, más adaptable al cambiante mundo del comercio, y los distintos problemas que se van dando entre los accionistas y los administradores. Tanto así que la ley de los Estado Unidos ofrece amplísima libertad para estipular

²⁴ Francisco Reyes Villamizar. (2006) **Derecho Societario en Estados Unidos**” Tercera Edición, Legis. P18.

cualesquiera clausulas que se consideren necesarias para los intereses personales.

E. Los actos de las sociedades en estados distintos a los de su constitución.

Una de las grandes diferencias por la forma de ser reguladas las sociedades norteamericanas es como se regulan sus actos en estados distintos al de su constitución. Ante esta interrogante tenemos que las sociedades en primer término, y en lo que se refiere a las relaciones entre los accionistas y los administradores, regulan necesariamente por las normas del estado en el que se constituyó, y en lo que se refiere a la operación de la misma, se regula por las normas del estado en el que opera.

F. Las “Corporations”

La corte suprema del estado de Missouri en el caso Jones vs Williams definió el término asociación como *“un ente artificial, que existe solo por ministerio de ley; una entidad jurídica, una persona ficticia, dotada de capacidad legal para adquirir y enajenar bienes y para acometer actividades de explotación económica como si fuera persona natural. Las sociedades capitalistas en épocas recientes canalizan aproximadamente el 89% del total de los ingresos derivados de las*

*actividades de negocios*²⁵. En virtud de lo anterior, y por ser este tipo de sociedad el más importante en los Estados Unidos me enfocare en la forma en la que tratan en este tipo de sociedades la relación entre los accionistas y la administración de la sociedad.

Este tipo de sociedad, que se constituye por acuerdo formal entre los socios, y que debe pasar por un proceso “formal” de constitución, a diferencia de nuestro sistema, permite su creación por un único socio, contempla los deberes fiduciarios de los administradores (deber de cuidado, el deber de lealtad, deber de rendición de cuentas, deber de fidelidad y el de secreto), y la eliminación del sistema en el cual cualquier acto que se realice y que no esté incluido en el pacto social sería nulo y por ende no vincularía a la empresa (teoría de Ultra vires) otras instituciones que hacen ver a este sistema como uno de los más avanzados.

A pesar de la flexibilidad del sistema norteamericano existen diversas formas mediante las cuales los accionistas pueden impedir que los administradores realicen actos contrarios al objeto social. Al respecto tenemos que:

“La nueva ley tipo de sociedades de capital (“Revised Model Business Corporation Act”) establece tres procedimientos que pueden iniciarse para lograr el propósito mencionado:

1. Los accionistas pueden solicitarle a un tribunal que le ordene a la sociedad abstenerse de celebrar un contrato que esta por fuera del objeto social;

²⁵ Ibidem p 127

2. La sociedad por si misma o por medio de un tercero puede demandar a los directores y demás administradores para que se abstengan de realizar actos no comprendidos en el objeto, o que suspendan aquellos que se encuentran en curso, o en subsidio para que indemnicen los perjuicios causados, y
3. El procurador general del estado (Attorney General) puede intentar la disolución forzada de la sociedad si esta realiza operaciones que no están autorizadas.²⁶

Con este ejemplo podemos ver como existe un control más eficiente en lo que respecta a los administradores de la sociedad, toda vez que existen los mecanismos para detener los actos que podrían ser perjudiciales para la sociedad, sin necesidad de acudir a una asamblea de socios para poder pedir dicha responsabilidad.

También tenemos los casos en la sociedad capitalista cerrada (una corporación en la cual las acciones no pueden ser libremente transadas) en las que al existir una obligación de vender las acciones entre los mismos socios, se dan situaciones en las que, las mayorías pueden presionar para que vendan sus acciones a un menor precio al aprobar bonificaciones a los administradores, salarios exorbitantes para evitar la entrega de dividendos. Esto ha sido una gran preocupación en los Estados Unidos, en donde los deberes de confianza de los accionistas que controlan la sociedad ha llevado a que los jueces “*gocen de amplia discrecionalidad para proferir sentencias que permitan restablecer el equilibrio que debe existir entre los asociados*”²⁷.

²⁶ Ibidem p. 132

²⁷ Ibidem p145

La corte de Massachusetts, en el caso Donahuevs Rodd Electrotype C., determinó que los accionistas mayoritarios están sometidos a una obligación de lealtad con respecto a los minoritarios, de forma tal que no pueden excluirlos de la administración de la sociedad, ni mucho menos privarlos del derecho a los dividendos, se insiste, en que el deber de buena fe, no implica solamente una actuación honesta, sino más bien el más alto grado posible de lealtad.

G. Protección a los accionistas.

La administración de las sociedades norteamericanas dista mucho de lo que conocemos en nuestro país, ya que los accionistas están separados de la gestión de los negocios sociales. Las determinaciones de la junta directiva son originarias, es decir, no dependen de los accionistas. Lo anterior llega al punto que las modificaciones a los estatutos de la sociedad le competen a estos.

En una legislación en la cual, los administradores tienen tanta libertad de actuar, encontramos la protección de los accionistas en los deberes fiduciarios desarrollados por la jurisprudencia norteamericana y que se pueden resumir de la siguiente manera.

H. Regla de la discrecionalidad.

Por esta regla tenemos que los jueces no podrán activamente intervenir en las actividades económicas, siempre y cuando se demuestre que estas se han

hecho en apego a los demás elementos de los deberes fiduciarios. No obstante lo anterior, las cortes han sido cautelosas de no ser permisivas con actuaciones que no beneficien a los accionistas, y que correspondan a conductas abusivas por parte de los administradores.

1. Deber de cuidado.

Este deber implica la obligación de actuar con diligencia en el manejo de los asuntos societarios, la “Revised Model Business Corporation Act” señala que “*un director debe cumplir sus deberes con el mismo cuidado con el que actuaría una persona prudente bajo las mismas circunstancias*”. La inobservancia del deber de cuidado podría conllevar la responsabilidad solidaria del administrador y la reversión judicial de las decisiones adoptadas.

2. Deber de lealtad.

Este deber implica que el administrador actúe atendiendo los mejores intereses de la sociedad, absteniéndose de participar en actos en los que se pueda dar un conflicto de intereses en la compañía. Por este principio, sería totalmente inaceptable que los administradores actúen de forma que les favorezca a ellos pero que le causen un daño a la sociedad.

Es sumamente importante hacer la diferencia entre el deber de diligencia y el deber de lealtad, ya que en un eventual proceso judicial, se deberá analizar con

más detalle las presuntas violaciones del deber de lealtad que del deber de diligencia. La explicación común de este tratamiento diferenciado es que las decisiones viciadas por conflictos de intereses merecen un tratamiento judicial menos condescendiente que aquellas que no lo están.

I. Ventajas del sistema norteamericano.

En primer término, por la forma en la que se desarrolla el common law, este tiene esa virtud de ser más flexible, de ser más cambiante de poder apegarse a la actualidad, lo cual en derecho comercial es fundamental para poder adaptarse con mayor eficiencia a las nuevas figuras y nuevos requerimientos del comercio.

En segundo término tenemos que a pesar de ser un sistema que ofrece muchas libertades a los administradores, al mismo tiempo regula y protege a los accionistas de los abusos que se pueden dar, no solo por parte de los administradores sino también de los accionistas mayoritarios de forma tal que no se impida a los accionistas minoritarios ser parte de la sociedad.

Y en último término tenemos en el sistema los deberes fiduciarios debidamente incluido en el derecho positivo de este país, mediante los cuales se evita los abusos de derecho por parte de los administradores y entre socios. En resumen, tenemos un sistema menos formalista y que regula las situaciones por el fondo, tomando mucho en cuenta la buena fe, y no tanto el cumplimiento de una determinada forma, como pasa en nuestro país.

Título Quinto.

Principio de conservación de la empresa.

Capítulo Único. Definición de empresa y el principio de conservación.

De previo a entrar a analizar y entender el “Principio de Conservación de la Empresa”, es claramente una obligación el definir el término de empresa. Guillermo Jiménez Sánchez indica al respecto: *“Tan relevante significación jurídica de la empresa para el Derecho mercantil actual y, en general, para el derecho económico, contrasta sin embargo, con la falta de un concepto jurídico positivo de empresa...”*²⁸

En la doctrina como en el derecho positivo no aparece un concepto de empresa que realmente abarque todo lo que significa una empresa. Se encuentran conceptos que giran en torno al empresario, al lucro, al objeto, pero ninguno que englobe la totalidad de elementos que conforman a la empresa, incluido dentro de estas la función social de la empresa.

En este sentido tenemos que el objeto central de la empresa es realizar una actividad económica específica cuyo fin es doble: proporcionar un bien o servicio útil, valorado y legitimado socialmente; y responder a los intereses particulares de sus principales promotores y en especial, las expectativas de ganancia de los

²⁸ Jiménez Sánchez, Guillermo. (1999). **“Lecciones de Derecho Mercantil”**. Quinta Edición, Tecnos. p. 66.

accionistas. Toda empresa debe compatibilizar su función social con intereses particulares.

Para que la conservación de la empresa represente un verdadero principio debe tenerse presente el complejo de intereses que concurren en su mantenimiento, que no son los mismos que generaron su advenimiento -limitados a la decisión empresarial que generó el aporte patrimonial para su fundación-. Se trata de los "intereses diversamente vinculados" a través de la conservación de la empresa: de los trabajadores, los proveedores, los clientes, la comunidad nacional, el mercado en su conjunto y el estado.

De esta forma tenemos que el interés social va hacia la protección de los empleos que genera la empresa, la protección de los impuestos que genera la empresa y en general la protección de todos los beneficios que recibe la sociedad al contar con una empresa en marcha.

Este principio a pesar de no estar realmente consagrado en nuestro derecho positivo, lo encontramos en nuestra jurisprudencia, en específico en la Sentencia de la Sala Primera de las once horas del diecisiete de noviembre del 2005, la cual reza en lo que interesa:

"...La correcta y objetiva ponderación de la equidad y los objetivos propios de la figura, exigían una justa y adecuada armonía y equilibrio entre el **principio de conservación de la empresa** y la efectiva protección de los intereses de la masa de acreedores, como propósito fundamental de todo proceso concursal. En efecto, motivan y obligan a evitar medidas que pretendan o tengan por objeto beneficiar solamente a una de las partes de las obligaciones pecuniarias, pues ello rompería el necesario equilibrio en las

relaciones económicas. Bajo estas premisas, el proceso implica, necesariamente, un sacrificio temporal de los intereses de los acreedores (supuesto que se observa en la medida de cesación de pago de intereses y la imposibilidad de accionar en vías de cobro judiciales). Pero esa finalidad no puede desatender del todo los intereses y derechos de la masa de acreedores. Por esta razón, las regulaciones sobre el particular, deben interpretarse ponderando con criterios de razonabilidad y proporcionalidad sus alcances y fines, teniendo claro que la ratio legis o intención del legislador, no era beneficiar con exclusividad al deudor intervenido, ni tampoco privilegiar a los acreedores, satisfaciendo sus intereses particulares por encima del objeto iuspublicista de las normas atinentes a este instituto y con ello sacrificar la unidad productiva económica.”

De la lectura de dicha sentencia queda claro como la jurisprudencia en otras materia considera importante de alguna forma el limitar los beneficios de la parte más fuerte de una relación para poder, con “valores de justicia y equidad, así como principios de igualdad sustancial y solidaridad, garantizados a nivel constitucional” buscar la salida en la que se afecten de la menor forma los intereses de las partes más débiles, estando siempre claro que esto no significa dejar sin derechos a la mayoría.

Como se verá en las conclusiones, este es uno de los principios fundamentales que debe ser adoptado en la legislación comercial, el cual permitirá al socio minoritario contar con cierta protección de los actos ya sean de los socios mayoritarios o de las decisiones de la Junta Directiva.

Título Sexto.

Acuerdos de Junta Directiva.

Capítulo Primero. Regulación actual del funcionamiento de Junta Directiva.

En la actualidad tenemos que en general el tema de la Junta Directiva en las Sociedades Anónimas, está regulados en los artículos 181 al 192 del Código de Comercio. Entre estos artículos, encontramos, que el tema específico del funcionamiento de la Junta Directiva está plasmado en el artículo 184 del Código de Comercio, el cual indica lo siguiente:

Artículo 184.-

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.

De la lectura del artículo anterior, tenemos que en la toma de acuerdos o decisiones de este órgano se pueden presentar vicios, defectos o imperfecciones que conduzcan a la nulidad o anulabilidad del acuerdo o decisión.

Queda claro que en artículo transcrito están definidas las funciones de una Junta Directiva, definiéndose los requisitos de Quórum e indicándose al encargado de presidir las sesiones. Los demás detalles sobre el funcionamiento del consejo quedaran determinados en los estatutos de la sociedad.

La Junta Directiva, como órgano colegiado, claramente funcionara mediante la adopción de acuerdos y su posterior ejecución. Para la adopción de estos acuerdos se requerirá una sesión legalmente convocada, con la asistencia de los administradores necesarios para que se llegue al Quórum y que los acuerdos sean tomados por mayoría.

Al respecto Garrigues ha indicado lo siguiente:

“Lo que caracteriza al Consejo de Administración es que se trata de un órgano colegiado en cuyo seno se adoptan acuerdos por mayoría. Como tal órgano colegiado debe funcionar conforme a unas normas determinadas, normas que ha de fijar el propio consejo, si no figuran ya en los estatutos de la sociedad.”²⁹

Los demás artículos de nuestro Código de Comercio, se enfocan en la regulación de las responsabilidades de los administradores y otras regulaciones sobre el cargo de administrador, pero dejan por fuera el tema de las sesiones de Junta Directiva.

De esta forma queda claro que existe un vacío en lo que se refiere a las razones por la cuales se puedan llegar a impugnar los acuerdos de la Junta

²⁹ Garrigues, Joaquín. Op.cit. p. 173.

Directiva, quienes son las personas facultadas para solicitar la nulidad de dichos acuerdos y cuáles serían las causales de dichas nulidades. En lo que se refiere a la regulación de los aspectos formales (quórum de asistencia, quórum de votación, causales de nulidad, etc), tenemos que estos pueden ser regulados vía pacto social.

Este vacío, a pesar de que en algunos casos se puede suponer quienes serían los facultados para interponer la acción de nulidad, o en cuáles serían los supuestos para impugnar dichos acuerdos, me parece que es necesario llenarlo, toda vez que en la práctica resulta necesario actuar con claridad y con una dirección definida, para de esta forma poder trabajar con mayor certeza.

Así mismo, este vacío conlleva una gran problemática, toda vez que los posibles afectados se encuentran en un estado de indefensión, que les impide proteger sus derechos ante posibles abusos, esto por no ser clara la legislación actual.

Es con el ánimo de despejar esta nebulosa en lo que respecta a quienes pueden impugnar, como se debe impugnar y cuando se puede impugnar que me daré a la tarea de estudiar un poco más a fondo este tema.

Capítulo Segundo. Impugnación de acuerdos de Junta Directiva.

Proceso para impugnar acuerdos.

En primer término y por orden, me parece que el primer paso es el de definir si existe en la legislación actual un proceso por medio del cual se debe solicitar la nulidad del acuerdo de Junta Directiva, y si es este el camino idóneo para combatir el acuerdo que se considera perjudicial.

Nuestro Código de comercio es omiso en lo que se refiere al tipo de proceso que se debe seguir para solicitar la nulidad de este tipo de acuerdos, respuesta que está contenida en el artículo 420 del Código Procesal Civil en su inciso 11, el cual indica lo siguiente:

“Artículo 420.- Asuntos sujetos a este trámite. (*)

Cualquiera que sea su cuantía, las siguientes pretensiones se tramitarán y decidirán el proceso abreviado:

- 1) El divorcio, la separación y la nulidad del matrimonio.
- 2) La declaración de paternidad o de maternidad. (*)
- 3) La impugnación de la paternidad e impugnación de reconocimiento. (*)
- 4) La suspensión o modificación de la patria potestad, independientemente de los procesos a que se refiere el inciso 1).
- 5) La vindicación de estado.
- 6) La legitimación
- 7) La interdicción.

8) La entrega material por el enajenante al adquirente, de un bien inmueble.

9) Las pretensiones que señala el artículo 127 de la Ley general de arrendamientos urbanos y suburbanos.

10) La rendición de cuentas.

11) Los acuerdos tomados en asamblea de accionistas, en juntas directivas o en consejos de administración.

12) La servidumbre, concretamente la pretensión del dueño del fundo enclavado para que le sea permitido el paso por el predio vecino, o para el restablecimiento del mencionado derecho de paso.

13) La división o venta, en subasta pública, de la cosa común.

14) La continuación o la demolición de la obra nueva.

15) Los asuntos relativos a derechos de propiedad intelectual.”(el destacado no es del original)

Así las cosas tenemos que nuestro derecho positivo establece claramente que este tipo de nulidades se ventilaran por medio de un proceso abreviado, lo cual parece acertado, toda vez que por las necesidades de la Sociedad Anónima se debe acudir a un proceso que permita una solución rápida.

Legitimación activa.

Como segundo punto, tenemos la obligación de definir quienes serán las personas facultadas para solicitar la nulidad de los acuerdos de Junta Directiva y en qué casos podrán hacerlo. En mi opinión, en primer término deben estar los administradores disidentes de dichos acuerdos, por estar estos obligados a velar por el buen funcionamiento de la empresa y ser estos por la posición que ocupan

los primeros en conocer sobre los acuerdos. Ellos estarán facultados para presentar las acciones en los casos de las nulidades absolutas y las relativas.

Finalmente, tenemos que en una aplicación analógica de lo que ocurre en el tema de nulidad de acuerdos de asamblea de socios, no podrán promover la acción de nulidad de los acuerdos de junta directiva, aquellos administradores que contribuyeron con su voto afirmativo a la creación del acuerdo o decisión del consejo, salvo que estemos ante patologías como la violencia, error, dolo u otro medio que excluya la voluntad del administrador cuando se tome el acuerdo.

En segundo términos tenemos a los accionistas en general, aplicando el artículo 180, tienen el derecho de proteger sus intereses en la empresa, esto ante malas decisiones de la Junta Directiva o ante acuerdos que tiendan a beneficiar ilegítimamente a algún grupo de socios. Ellos también estarán facultados para presentar las acciones en los casos de las nulidades absolutas y las relativas.

Como tercer grupo tendríamos a cualquier tercero interesado, que vea sus intereses menoscabados por un acuerdo ilegítimo de Junta Directiva, entre los cuales podemos mencionar acreedores de la sociedad que se vean perjudicados por el acuerdo. En este punto podrán presentar la acción en contra de aquellos acuerdos considerados nulos y los relativamente nulos en el tanto y en el cuanto lo afecten.

Legitimación pasiva:

Contra quien se debe promover la demanda abreviada de impugnación de acuerdos de junta directiva. Afirmando que la demanda abreviada se debe interponer contra la sociedad como ente con personalidad jurídica (artículo 20 del Código de Comercio y 102 del Código Procesal Civil). Debe demandarse a la sociedad en la persona de su representante legal que conforme al artículo 182 del Código de Comercio por ley le corresponde al Presidente de la Junta Directiva, el que a su vez es miembro del órgano gestor.

No puede demandarse al órgano gestor o junta directiva, aunque este sea el órgano que haya adoptado el acuerdo, dado que carece de personalidad jurídica propia, siendo que procesalmente debe acudirse a lo resuelto en el artículo 102 del Código Procesal Civil, sea contra el representante legal. Debe aplicarse el mismo criterio o solución que en materia de impugnación de acuerdos de asamblea de socios, donde la demandada es la sociedad. En este caso si el que va a interponer la acción es el mismo presidente o representante, se deberá notificar a la sociedad y esta nombrará un representante que atenderá el caso.

Ahora bien, estando definido mediante cual proceso se deben tramitar este tipo de solicitudes, y quienes serían los facultados para realizarlas, queda pendiente el punto medular del asunto, el cual es definir cuáles deberían ser las causas para poder interponer la acción de nulidad en contra de los acuerdos de Junta Directiva en una Sociedad Anónima.

Causales de nulidad de los acuerdos de Junta Directiva.

En términos generales tenemos que los acuerdos que podrían llegar impugnarse son aquellos que se consideren nulos o anulables, siendo claro que solamente se trata de los acuerdos de la Junta Directiva como órgano colegiado, y no los actos de los administradores en el desempeño de sus funciones diarias.

A grandes rasgos tenemos tres tipos de acuerdos que considero podrían anularse, los que sean tomados en contra de lo establecido por la ley, los que sean contrarios a los estatutos de la sociedad y los que de alguna forma perjudiquen el interés social.

Sobre este tema, en el derecho español indica Fernando Sanchez Calero, se ha tratado de la siguiente forma:

“Los acuerdos del Consejo de Administración, o de cualquier otro órgano colegiado de administración, podrán impugnarse siempre que se estime que son nulos o anulables (art.143.1). No cabe, por tanto, impugnación en contra de las decisiones de los órganos administrativos unipersonales (administrador único, administradores conjuntos o solidarios, o los consejeros delegados). Hemos de estimar que son nulos los acuerdos contrarios a la ley y anulables los que se opongan a los estatutos o

lesionen en beneficio de uno o varios accionistas o de terceros los intereses de la sociedad (art 115).”³⁰

De la cita anterior podemos ver como a nivel de derecho español, el tema se ha manejado bajo estos dos grandes supuestos, que considero deben ser la base para poder impugnar los acuerdos de Junta Directiva.

Para poder definir una lista taxativa de acuerdos que podrán anularse, es obligatorio determinar cuáles serán acuerdos anulables y cuales serán completamente nulos, es decir definir cuando estaremos frente a nulidades absolutas y cuando frente a nulidades relativas.

Inicialmente, haciendo una interpretación extensiva del artículo 175 del Código de Comercio y de la doctrina, tenemos que el derecho de impugnación que asiste a los socios puede aplicarse en relación a la solicitud de nulidad de acuerdos de Junta Directiva.

Para que los acuerdos sean considerados absolutamente nulos deberán darse las siguientes características:

- a) *Pueden ser declarada de oficio por el juez cuando dentro del proceso se entere de su existencia*

³⁰ Sánchez Calero, Fernando. (1999). “Instituciones de Derecho Mercantil”. Vigésima Segunda Edición, Mc Graw Hill. p. 396.

- b) No puede ser ratificada por las partes*
- c) No es subsanable por el transcurso del tiempo*

En lo que respecta a los acuerdos relativamente nulos, estos se dan cuando se dan las siguientes condiciones:

- a) No puede ser declarada de oficio por el juez, aunque se percate de su existencia*
- b) Es ratificable por las partes contratantes, quienes pueden posteriormente corregir el negocio nulo*
- c) Es subsanable por el transcurso del tiempo (prescripción ordinaria).*

Así las cosas en el caso en estudio, y por la gravedad de los mismos, tenemos que los acuerdos considerados nulos serán los siguientes:

1. Cuando la asamblea no haya sido convocada en la forma correcta, o que no se cuente con el quórum requerido.
2. Acuerdos que no sean tomados por mayoría.
3. Cuando la deliberación sea incompatible con el interés social, o su contenido contraste con normas dictadas exclusivamente o prevaecientemente para tutelar a los acreedores sociales o en el interés público
4. Acuerdos que sean contrarios a la ley.
5. Cuando la junta directiva no tenga capacidad legal para adoptarlos.

6. Acuerdos que sean contrarios a los deberes fiduciarios de los administradores.

Por otra parte, cuando los acuerdos de la Junta Directiva sean tomados en contra de lo establecido por los estatutos de la empresa, serán relativamente nulos. Un ejemplo de este caso es el acuerdo de Junta directiva que no sea asentado en el libro respectivo.

De conformidad con lo anterior, considero que algunos de los casos específicos en los que se puede solicitar la nulidad absoluta son los siguientes:

- Cuando los acuerdos se tomen sin el quórum de asistencia o de votación necesario, el cual deberá definirse en la ley para aquellos casos en los que el pacto social sea omiso.
- Acuerdos que no sean tomados por mayoría simple.
- Acuerdos tomados en sesión que no ha sido convocada legalmente por el funcionario competente, siempre y cuando no estén presentes la totalidad de los miembros de la Junta Directiva.
- Acuerdos contrarios a los tomados por la Asamblea de Accionistas legalmente convocada y que hayan sido tomados cumpliendo con los estatutos y la ley.
- Acuerdos que sean contrarios a los deberes fiduciarios de los administradores.

- Acuerdos tomados por la junta directiva en asuntos fuera de su competencia.
- Acuerdos contrarios al interés social
- Acuerdos contrarios a la ley.

Por otro lado, tenemos que los acuerdos relativamente nulos serian aquellos acuerdos tomados en contravención a los estatutos de la empresa.

Plazo para solicitar la nulidad de los acuerdos.

Una vez claras las causas para poder solicitar la nulidad d los acuerdos de junta directiva, corresponde el determinar cuáles podrían ser los posibles plazos para interponer la acción de nulidad, toda vez que al estar los distintos actores en posiciones diferentes sería injusto aplicar un único plazo común para todas las partes. Teniendo tres partes (miembros de la junta directiva disidentes de los acuerdos, accionistas y terceros) deberíamos tener tres plazos distintos.

Como se indicó líneas atrás, al tener los administradores disidentes el conocimiento inmediato de los acuerdos, el plazo perentorio de un año establecido por el artículo 984 del Código de Comercio para interponer la acción correrá a partir de la adopción del acuerdo.

Considero que ese plazo debe iniciar en este momento toda vez que ellos al estar tomando el acuerdo deben actuar de forma inmediata para salvar los intereses de la empresa.

En el segundo grupo tenemos a los accionistas. A diferencia de los miembros de la Junta Directiva estos no tendrán un conocimiento inmediato del acuerdo. En este caso considero que el plazo para plantear la acción debe iniciar en el momento en el cual el o los accionistas conozcan del acuerdo.

En este punto tenemos la posibilidad de que algún miembro de la junta directiva sea a su vez accionista. En este caso por la inmediatez de la información con la que esta persona contaría, debe contabilizarse el según lo establecido para los miembros de la Junta Directiva, y no el plazo para los accionistas.

Como tercer y último grupo tenemos a los terceros, siendo esto el grupo más alejado de los actos de la empresa. En este caso considero el plazo para interponer la acción debe iniciar partir del momento en el cual se vean perjudicados por el acuerdo. Lo anterior toda vez que al ser estos totalmente externos a la empresa, sería improcedente el otorgarles facultades de intervenir en la misma si no existe un daño real.

En todos los casos, considero que las acciones en contra del acuerdo podrán interponerse siempre y cuando no haya transcurrido más de un año desde que se adoptó el acuerdo esto de conformidad con la doctrina de los artículos 969

y 984 del Código de Comercio. En este sentido tenemos que dicho plazo, en caso de que los acuerdos deban ser inscritos en el Registro Público correrá a partir de su inscripción, esto aplicando analógicamente el artículo 177 del Código de Comercio.

Tal y como se ha venido desarrollando, en las sociedades, existe una necesidad real de poder mantener su funcionalidad, pero esto no quiere decir que se deban eliminar por completo los derechos de los socios minoritarios. En este sentido es importante determinar cuál sería la cantidad necesaria de acciones que un socio debe tener para poder impugnar un acuerdo de Junta Directiva.

Esto lo encontramos definido en el artículo 180 del Código de Comercio. En este sentido considero que cualquier accionista podrá solicitar la nulidad del acuerdo, aplicando el derecho de impugnación contenido en el artículo antes indicado.

Medidas Cautelares.

No siendo ajenos a la realidad de la mora judicial de los tribunales de nuestro país, y siendo de que a pesar de que el proceso abreviado tiene plazos que en principio resguardarían la celeridad con la cual una persona afectada requiere que sea anulado un acuerdo, tenemos la problemática de que los efectos de la ejecución del acuerdo sean irreparables.

Ante esto la legislación debería prever la posibilidad de optar por medidas preventivas, para frenar la ejecución del acuerdo. Sobre esto tenemos que Jaime Barrantes, citando a Gaston Certad indica lo siguiente:

En el III Congreso Jurídico Nacional, 1975, CERTAD MAROTO presentó una interesante ponencia denominada “Nulidad e impugnación de acuerdos de Asamblea”, incluyéndose en la recomendación de la Comisión de Reforma de la Sociedad Anónima, la siguiente:

“... c. Que en cuanto al procedimiento se recomienda la posibilidad de que el Juez suspenda los efectos del acto en aquellos casos en que pueda producirse daño irreparable a la sociedad, a los socios o a terceros ...”³¹

Si bien es cierto en la cita Don Gastón se refiere a la nulidad de acuerdos de asamblea, me pare importante incluirla, como una posibilidad para los acuerdos de Junta Directiva, en los cuales sería importante que, el afectado tuviera la posibilidad de solicitar como medida cautelar la suspensión de los efectos del acuerdo, y así evitar los posibles daños que su ejecución generaría.

Este tipo de acción, tomando en cuenta la necesidad de operación que tiene la Sociedad, deberá ser limitado, y aplicado solamente en casos en los que se esconda la información a las personas que pretenden impugnar el acuerdo o cuando estemos ante el supuesto de un acto nulo, por ser contrario a la ley.

³¹ Barrantes, Jaime. Ivstitia. Año 9 N° 98 febrero 1995

Conclusiones.

El tema de la solicitud de nulidad de los acuerdos de la Junta Directiva es uno realmente complejo, toda vez que no se puede entorpecer a la sociedad, pero tampoco se puede permitir que se den abusos en contra de los socios minoritarios.

Es evidente que en nuestro país no están claras las causales para pedir la nulidad de los acuerdos de la Junta Directiva, el proceso a seguir, los legitimados para interponerla y los tipos de nulidades (absoluta o relativa) de los acuerdos tomados de forma ilegítima. También es claro que un socio mayoritario, quien quiere tener el control de una empresa, buscará las formas de control para poder eliminar la posibilidad de control y defensa del socio minoritario.

Siendo así la situación, me parece que el tema de la nulidad de los acuerdos de junta directiva tiene dos elementos principales. Uno el de la prevención de los abusos y otro en el caso de que se llegue a dar el abuso será el “represivo”, en el cual se debe tener claro dos puntos: El procedimiento y las causales para que los accionistas puedan solicitar la nulidad de ese acuerdo.

Del análisis realizado al derecho positivo costarricense, y de la jurisprudencia, he llegado a concluir que en nuestro país, el socio minoritario en la sociedades anónimas está en total y absoluta desventaja en relación con el socio mayoritario. Esta desventaja va más allá de la condición lógica de tener menos

acciones, toda vez que puede ser víctima de abusos que no serán protegidos por la actual legislación de forma eficiente.

A través de la historia hemos llegado a atar más el derecho societario, tanto así, que en las primeras legislaciones la posibilidad de regular las sociedades residía en los socios, pudiendo estos regular las distintas situaciones que se les presentaran. Así mismo, tenemos que en dichas legislaciones no se regulaban las acciones que se necesitaban para poder solicitar nulidad de acuerdos ni responsabilidad de los administradores. Simplemente se tenía un sistema más abierto en el que las disputas se llevarían ante el “juez –arbitro” siendo este quien resolvería por el fondo, al no existir una forma tan rígida como la actual.

La necesidad “civilista” del costarricense de tener todo absolutamente regulado, ha llevado, a mi criterio, a un punto en el cual se ha perdido el concepto y la necesidad de libertad que tiene el derecho mercantil, para poder desarrollar el comercio de forma correcta.

Claro está que no podríamos dejar en la actualidad un sistema tan abierto como el de nuestros antepasados, ya que las relaciones comerciales y el comercio en general están en un punto muchísimo más complejo que en aquellos tiempos.

También me parece estar claro que la línea jurisprudencial de nuestro país demuestra que los jueces ven a las sociedades como simples entes de derecho privado, dejando de lado la función social de estas. Lo anterior tiene como

consecuencia que los jueces no sean capaces de analizar el daño social que se causa cuando el socio mayoritario, por medio de la junta directiva, administra una sociedad de forma tal que deje “vacío” el derecho económico de los accionistas minoritarios. En virtud de lo anterior encontramos fallos enfocados al procedimiento y no tanto al fondo de lo que se discute, olvidando que el derecho mercantil debe ser dinámico y no estar atado a formas que impidan su desarrollo.

Un ejemplo de lo anterior es el caso resuelto por el voto 879 de las 8:20 minutos del 14 de diciembre del 2007, en el cual la sala primera desestima un proceso que, a mi criterio, se había demostrado el actuar fraudulento del administrador, esto por no contar con la autorización de la Asamblea de Accionistas. Es claro que en la actualidad estamos ante un sistema sumamente formalista, en el que se protege más la forma de los procesos y no el fondo de lo que se reclama.

En este sentido, los jueces al no contar con normas expresas que delimiten las causales para solicitar la nulidad de los acuerdos de Junta Directiva, podrían, encontrar dificultades al momento de tramitar los posibles procesos de impugnación. Así mismo atendiendo el principio de seguridad jurídica, considero importante reformar el Código de Comercio para definir de forma más clara el tema.

Es con el fin de evitar este tipo de injusticias, en las que dentro del mismo derecho mercantil debería existir una solución rápida y eficiente para los conflictos

que surjan dentro de la empresa, esto, según mi criterio, se lograría implementando tal y como se hizo en el sistema norteamericano, los deberes fiduciarios, de una forma activa en el derecho positivo y no sólo como posibles doctrinas a seguir, y estableciendo claramente las causales para presentar ya sea la impugnación de los acuerdos de junta directiva como las posibles medidas cautelares para evitar daños irreversibles a la sociedad.

Considero que una regulación en la cual se sacrifique un poco la forma, dándole mayor importancia al fondo de los conflictos que surjan en la sociedad, permitirá un mejor control en las sociedades y evitarán la posibilidad de abuso, ya sea por parte de la junta directiva como de los socios mayoritarios.

En este sentido que hay que tener en cuenta que es sumamente difícil pensar en poner controles a la junta directiva sin antes limitar los derechos de los socios mayoritarios en lo que corresponde a su elección y consecuente control.

Como indiqué líneas atrás, creo que en primer término se debe pensar en la prevención. Para esto creo prudente implementar un sistema similar al de la “Ley Reguladora de la propiedad en Condominio”, en el cual ciertos tipos de cambios en la empresa deberán ser autorizados por mayorías distintas, cuando un solo socio, o varios socios que representen un mismo grupo de interés económico sean propietarios de más del 50% de las acciones. Estas “nuevas” mayorías deberían aplicarse a la eliminación del sistema voto acumulativo y aumento del capital social.

Dentro de la prevención también me parece que es importante adoptar el derecho positivo los deberes fiduciarios, y eliminar ciertas trabas para poder solicitar la responsabilidad de los administradores y de los demás accionistas por acciones en contra de la sociedad o de los demás accionistas, de forma tal que no se requiera de la autorización de la asamblea de accionistas para pedir la responsabilidad de los administradores, y poder contar con la posibilidad de pedir la responsabilidad de los accionistas en caso de que hayan actuado en contra de la sociedad.

Lo anterior por medio de un sistema que no limiten los actos de la sociedad, si no que más bien se pueda perseguir los responsables, y que en solo en casos muy calificados se pueda suspender los actos de la empresa.

En segundo término me parece que existe una necesidad de regular, las posibles nulidades de los acuerdos de la junta directiva, en caso de que se lleguen a vulnerar los derechos de los socios, pudiéndose por medio de dicho proceso, suspender y revertir el acto y solicitar la responsabilidad que corresponda al administrador por su mal actuar, contándose para ello con la lista de causales para actuar.

De este modo, es importante modificar la forma en la cual se extingue la responsabilidad de los administradores, toda vez que podría utilizarse la aprobación de balance como medio para evitar que los administradores sean

responsables de los actos cometidos durante los periodos anteriores, haciendo imposible para los accionistas el solicitar su responsabilidad.

Con una reforma al Código de Comercio, detallando las causales para solicitar la nulidad de los acuerdo y agregándole los deberes fiduciarios y eliminado la necesidad de contar con la aprobación de la Asamblea de accionistas para pedir la responsabilidad de los administradores, tendríamos una legislación un poco más balanceada, donde los socios minoritarios podrían velar por sus intereses en las empresas en las que tengan dinero invertido.

De esta manera tendríamos que los acuerdos considerados nulos serán los siguientes:

1. Cuando la asamblea no haya sido convocada en la forma correcta, o que no se cuente con el quórum requerido.
2. Acuerdos que no sean tomados por mayoría.
3. Cuando la deliberación sea incompatible con el interés social, o su contenido contraste con normas dictadas exclusivamente o prevaecientemente para tutelar a los acreedores sociales o en el interés público
4. Acuerdos que sean contrarios a la ley.
5. Cuando la junta directiva no tenga capacidad legal para adoptarlos.
6. Acuerdos que sean contrarios a los deberes fiduciarios de los administradores.

Si bien es cierto el Código de comercio tiene cierta regulación que hace referencia a la nulidad de acuerdos de las asambleas de accionistas, considero importante reformar el código de comercio para que exista una normativa específica para el tema de los acuerdos de junta directiva.

Por otra parte, cuando los acuerdos de la Junta Directiva sean tomados en contra de lo establecido por los estatutos de la empresa, serán relativamente nulos.

Sintetizando, considero que se debe pasar de un sistema rígido y formalista a uno más flexible y que, como se ha venido diciendo, se preocupe más por el fondo y no tanto por la forma, toda vez que uno de los ideales del Derecho es la búsqueda de la verdad y de la justicia y no el cumplimiento de formas preestablecidas.

Propuesta de reforma para el Código de Comercio.

Como parte de la solución propuesta creo importante que se de una modificación del Código de Comercio, la cual sería la siguiente:

Que se reformen los artículos 30, 140, 175 176, 177, 180, 181, 184,189,191 y 192 del Código de Comercio, para que en adelante se lean así:

Artículo 30.-

El capital social podrá aumentarse:

- a)** Mediante aporte.
- b)** Capitalizando las reservas y los fondos especiales que aparezcan en el balance.

En los aumentos de capital social se observarán las mismas reglas que en la constitución de la sociedad.

Se prohíbe a las sociedades constituir o aumentar su capital mediante suscripción recíproca en participaciones sociales, aun por interpósita persona.

El acuerdo, en el cual se autorice el aumento del capital social, deberá ser tomando por los acciones que representen como mínimo el 75% del capital social.

Las sociedades no podrán invertir total ni parcialmente su propio capital en participaciones sociales de la sociedad que las controla, o en otras sociedades sometidas al mismo control.

El aumento de capital en que se violen estas disposiciones se tendrá por no realizado, sin perjuicio de la acción de responsabilidad que se pueda ejercer contra los administradores.

Artículo 140.-

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. *Entre los socios, en su relación dentro de la empresa, se aplicarán los deberes fiduciaros, de cuidado, diligencia, el deber de lealtad, el deber de fidelidad y el de secreto. Cualquier acto entre socios que sea contrario a estos deberes podrá ser impugnado aplicándose el procedimiento indicado en el artículo 180 bis.*

Artículo 175.-

Las resoluciones legalmente adoptadas por las asambleas de accionistas y por el Consejo de Administración, serán obligatorias aun para los ausentes o disidentes, salvo los derechos de oposición que señala este Código.

Artículo 176.-

Serán nulos los acuerdos de las asambleas:

- a) Cuando la sociedad no tuviere capacidad legal para adoptarlos;
- b) *Cuando sean contrarios al interés social de la empresa;*
- c) *Cuando dolosamente, menoscaben los derechos de los accionistas;*
- d) *Cuando se tomaren con infracción de lo dispuesto en este capítulo; y*
- e) *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.*

Artículo 177.-

Las acciones de nulidad a que da derecho el artículo anterior y la indicada por el artículo 184 se regirán por las disposiciones del derecho común, y prescribirá en 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.

Artículo 180.-

Estarán legitimados para interponer las acciones indicadas en los artículos anteriores.

- a. *Cualquiera de los socios en los casos en los que se violenten los derechos fiduciarios, en cuyo caso la acción legal no detendrá la ejecución del acto impugnado hasta tanto no sea decretado por el juez competente.*
- b. *Los socios disidentes de los acuerdos de la asamblea de accionistas, y los administradores disidentes en los casos de los acuerdos de Junta Directiva.*
- c. *Cualquiera de los fiscales de la compañía.*
- d. *Los socios que ilegítimamente hayan sido privados de su derecho al voto.*

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

Artículo 180 bis.-

La acción para solicitar la nulidad de los acuerdos de asamblea y de Junta Directiva será el proceso abreviado, establecido en el Código Procesal Civil en su artículo 420.

Artículo 181.-

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. *El acuerdo mediante el cual se pretenda la eliminación del sistema de voto acumulativo, deberá ser tomado por una mayoría que represente por lo menos el 75% del capital social de la empresa.*

Artículo 184.-

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.

Los acuerdos que se tomen en contra de las siguientes disposiciones serán nulos:

- 1. Cuando la asamblea no haya sido convocada en la forma correcta, o que no se cuente con el quórum requerido.*

2. *Acuerdos que no sean tomados por mayoría.*
3. *Cuando la deliberación sea incompatible con el interés social, o su contenido contraste con normas dictadas exclusivamente o prevalementemente para tutelar a los acreedores sociales o en el interés público*
4. *Acuerdos que sean contrarios a la ley.*
5. *Cuando la junta directiva no tenga capacidad legal para adoptarlos.*
6. *Acuerdos que sean contrarios a los deberes fiduciarios de los administradores.*

Los acuerdos tomados en contravención a lo establecido por los estatutos de la empresa serán relativamente nulos.

La acción de nulidad en contra de los acuerdos que sean contrarios a lo antes indicado, podrá ser interpuesta por los administradores disidentes de los acuerdos, que lo hayan hecho constar en el acta respectiva, cualquiera de los accionistas o por terceras personas que se vean afectados por el acuerdo.

El plazo para interponer dicha acción será de un año. El plazo iniciará para los administradores disidentes, a partir del momento en el cual se tomó el acuerdo, para los accionistas a partir del momento en el cual tengan noticia del acuerdo y para los terceros a partir del momento en el cual se vean afectados por el acuerdo.

Artículo 189.-

Los consejeros y demás administradores deben cumplir los deberes que les imponen la ley y los estatutos con la diligencia del mandatario, cumpliendo estrictamente con los deberes de cuidado, el deber de lealtad (el deber de rendición de cuentas, el deber de fidelidad y el de secreto, y son solidariamente responsables frente a la sociedad y los accionistas 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 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 aquel que, estando inmute 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 estos hubieren incurrido en una gestión, si en el momento de conocerlas no las denuncia por escrito al fiscal.

Artículo 191.-

La responsabilidad de los administradores frente a la sociedad se extinguirá:

- a) Por la aprobación del balance respecto de las operaciones explícitamente contenidas en el mismo o en sus anexos, salvo que esa aprobación se hubiere dado en virtud de datos no verídicos o con reservas expresas sobre el particular, si se llegaren a conocer faltas a los deberes fiduciarios con posterioridad a la aprobación del balance, o si se hubiere acordado ejercer la acción de responsabilidad;
- b) Por la aprobación de la gestión, o por renuncia expresa acordada por la asamblea general; y
- c) Cuando los consejeros hubieren procedido en cumplimiento de acuerdos de la asamblea general, que no fueren notoriamente ilegales.

Artículo 192.-

La responsabilidad de los administradores podrá ser exigida por cualquiera de los accionistas, en los casos en los que se hayan incumplido los deberes fiduciarios de los administradores, y por las acciones que representen por lo menos el 20% del capital social en cualquier otro caso.

BIBLIOGRAFÍA

Brunetti, Antonio. (2003). **Sociedad Anónima**. México D.F, México. Editorial Jurídica-Universitaria.

Brenes Córdoba, Alberto (1998). **Tratado de los contratos**. 5ta Ed. Editorial Juricentro.

Certad Maroto, Gastón. (2007). **Temas de Derecho Comercial**. San José, Costa Rica; Editorial Juritexto.

Cristóbal-Montes, Ángel. (1977). **La administración delegada de la sociedad anónima**. Pamplona, España; Editorial universidad de Navarra.

de Santo Víctor. (1999). **Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas, Sociales y de Economía**. Buenos Aires, Argentina; Editorial Universidad.

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

García Rendón , Manuel. (1993). **Sociedades Mercantiles**. México; Editorial Harla.

Garrigues, Joaquín. (1987). **Curso de derecho mercantil Tomos I y II**. Bogotá, Colombia; Editorial Temis.

Hugo Richard E. y Manuel Muiño O (2004). **Derecho Societario**. Buenos Aires, Argentina, Editorial Astrea.

Jiménez Sánchez, Guillermo. (1999). “**Lecciones de Derecho Mercantil**”. Quinta Edición, Tecnos.

Mascheroni, Fernando. (2000). **La asamblea en la sociedad anónima**. Buenos Aires, Argentina; Editorial Universidad.

Mascheroni, Fernando. (1993). **Sociedades Anónimas**. Buenos Aires Argentina; Editorial Universidad.

Mora Rojas, Fernando. (1991). **Introducción al estudio del derecho comercial: (teoría de la empresa en el derecho comercial costarricense)**. San José, Costa Rica; Editorial Juritexto.

Palma Ibarra, Mario. (1960). **Asambleas de Sociedades Anónimas**. León, Nicaragua;

Sánchez Calero, Fernando. (1999). **Instituciones de derecho Mercantil**. Madrid, España; Editorial Mcgrawhill.

Sáenz Carbonell, José Francisco. (2003). **Elementos de Historia del Derecho.**
Santo Domingo de Heredia; Ediciones Chico.

Sánchez Calero, Fernando. (1999). **“Instituciones de Derecho Mercantil”.**
Vigésima Segunda Edición, Mc Graw Hill.

Vargas Vargas, Manuel. (1964). **La Sociedad Anónima en el derecho Anglo
norteamericano.** Santiago, Chile; Editorial Jurídica de Chile.

Vasquez del Mercado, Oscar. (1971). **Asambleas de Sociedades Anónimas.**
México; Editorial Porrúa.

Tesis

Brenes Arroyo, Omar; Robles Macaya, Rolando; Saravia Baca, Federico y Santos,
Javier. (1989). **Nulidad de los actos deliberativos de la Asamblea de
accionistas y junta directiva de las sociedades anónimas y medios para
impugnarlas.** Tesis de Graduación para optar por el grado de Licenciatura en
Derecho. Campus Rodrigo Facio: Universidad de Costa Rica.

Carrillo Zurcher, Federico. (1988). **Derechos y deberes de los accionistas en la
Sociedad Anónima.** Tesis de Graduación para optar por el grado de
Licenciatura en Derecho. Campus Rodrigo Facio: Universidad de Costa Rica.

Alas Arteaga, Jorge Humberto. (1955). **Aspectos principales de la sociedad anónima en la legislación costarricense.** Tesis de Graduación para optar por el grado de Licenciatura en Derecho. Campus Rodrigo Facio: Universidad de Costa Rica.

Escalante Madrigal, J (2003) **La Sociedad Anónima Deportiva. Análisis comparativo con la sociedad anónima común.** Tesis de Graduación para optar por el grado de Licenciatura en Derecho. Campus Rodrigo Facio: Universidad de Costa Rica.

Francisco Reyes Villamizar. (2006) **“Derecho Societario en Estados Unidos”** Tercera Edición, Legis.

Vargas Soto, Enrique. (1972). **Sistemas de control en la sociedad anónima a la luz del derecho comparado.** Tesis de Graduación para optar por el grado de Licenciatura en Derecho. Campus Rodrigo Facio: Universidad de Costa Rica.

Velasco Avendaño, Gerardo. (1981). **La responsabilidad civil de los directores de las sociedades anónimas en el desempeño de su cargo** Tesis de Graduación para optar por el grado de Licenciatura en Derecho. Campus Rodrigo Facio: Universidad de Costa Rica.

Revistas

Certad Maroto, Gastón. (2008). “**Derecho societario y normas de orden público**”. Revista de ciencias jurídicas / Universidad de Costa Rica, Facultad de Derecho. (1): 63-85. Setiembre-Diciembre.

William A. Carry, “**Federalism And Corporate Law: Reflections upon Delaware**.”
Publicado en el Yale Law Journal.

Barrantes, Jaime. Revista Ivstitia. Año 9 N° 98 febrero 1995.

Normativa

Código de Comercio (1853).

Código de Comercio.

Ley Reguladora de la Propiedad en Condominio.

Jurisprudencia

Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, voto número 255 – f de las 16:35 del 28 de marzo del 2001.

Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, voto número 489-f de las 9:30 horas del 13 de julio del 2005

Tribunal Segundo Civil, Sección Primera, voto 38 de las 10:20 del 21 de enero del 2009.

Tribunal Segundo Civil, voto 317 de las 10:10 del 31 de agosto del 2005.

Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, voto 936-f de las 10: horas del 2 de diciembre del 2005.

Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, voto de las 11:00 horas del 17 de noviembre del 2005.

Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, voto 879 de las 8:20 minutos del 14 de diciembre del 2007.