

Para ver aviso legal de clic en el siguiente Hipervínculo
(NECESITA CONEXIÓN A INTERNET)
<http://cijulenlinea.ucr.ac.cr/condicion.htm>

INFORME DE INVESTIGACIÓN CIJUL

TEMA: ACCIONES PRIVILEGIADAS

RESUMEN: El presente informe analiza el concepto de las acciones privilegiadas o preferentes, desde el punto de vista doctrinario se estudia su definición, tipología y su registro, en la normativa se adjunta la normativa aplicable a este tipo de acciones, concretamente el artículo 121 del Código de Comercio y desde la Jurisprudencia se analiza sus clases con la opinión de la Procuraduría General de la República.

Índice de contenido

1DOCTRINA.....	1
a)Tipos de acciones Preferentes.....	1
b)Las acciones privilegiadas en el Derecho Comparado.....	2
c)Registro de las acciones preferentes.....	4
2NORMATIVA.....	6
a)Código de Comercio.....	6
3JURISPRUDENCIA.....	6
Análisis de las distintas clases de acciones.....	6

1 DOCTRINA

a) Tipos de acciones Preferentes.

[ALVAREZ CHAVES y GONZÁLEZ BOLAÑOS]¹

“Existen diversos tipos de acciones preferidas, dependiendo del privilegio económico que otorguen; entre las más importantes encontramos las siguientes:

1. Las que otorgan a su titular un derecho de cobro preferente en las utilidades.

2. Pago de un dividendo fijo, esta categoría es la que más se asemeja a los debentures.

3. pago de dividendos fijos, pero acumulables.

Consideramos importante señalar, pues deviene como una premisa lógica de los tres tipos anteriores de acciones, el hecho de que es necesario que la empresa produzca utilidades para que puedan ser distribuidas a los accionistas preferentes; es decir, que si en determinado período fiscal la sociedad tiene pérdidas, no hay forma de que éstos puedan cobrar monto alguno en ese período, pues no se puede repartir lo que no existe.

El porcentaje de las utilidades que debe ser distribuido entre este tipo de accionista estará determinado en la escritura social."

b) Las acciones privilegiadas en el Derecho Comparado

[DE SOLA CAÑIZARES]²

"Las acciones con privilegios de orden económico se admiten en todas las legislaciones, ya sea por disposición expresa de la ley, ya sea en el silencio de ésta por aplicación de los principios generales comunes a todas las sociedades, que permiten estipular una participación en los beneficios que no sea proporcional al capital aportado por cada socio.

El derecho comparado nos muestra múltiples clases de acciones privilegiadas que pueden resumirse en la forma siguiente:

- a) Derecho de percibir dividendo con prioridad a los dividendos que se atribuyan a las acciones ordinarias. Generalmente es el 5 o el 6% de su valor nominal. Estas acciones en el derecho angloamericano se denominan non cumulative preference shares o non

cumulative preferred shares, porque se tiene cuenta únicamente los beneficios de cada ejercicio sin que la parte de dividendo estipulada que no hayan podido percibir pueda acumularse a los ejercicios siguientes. Con frecuencia en países en que el derecho del voto no es un derecho esencial inherente a la acción, estas acciones no tienen voto o tienen un voto limitado a ciertas deliberaciones;

b) Derecho a un dividendo preferente, pero siendo este dividendo acumulable a los ejercicios siguientes, de modo que si no ha habido beneficios en un ejercicio, la parte que no se haya podido pagar al accionista, le será abonada de los beneficios de los ejercicios ulteriores. Por esto en el derecho angloamericano estas acciones se denominan cumulative preference shares o cumulative preferred shares;

c) Derecho a un dividendo preferente y además a otro dividendo que concurre con las acciones ordinarias a la distribución de los beneficios restantes. En derecho inglés estas acciones se denominan participating preference shares;

d) Derecho a percibir un dividendo más elevado que el de las acciones ordinarias, estipulando por ejemplo que las acciones privilegiadas percibirán el doble de lo que perciban las ordinarias;

e) Derecho a una parte determinada de los beneficios sociales, por ejemplo a la mitad o a la tercera parte de los mismos, que se reservarán para distribuir dividendos a las acciones privilegiadas;

f) Derecho a una prioridad en la distribución de la cuota de liquidación;

g) Derecho a un privilegio cualquiera de los mencionados en cuanto al dividendo y al propio tiempo un privilegio en la distribución de la cuota de liquidación;

h) Derecho a la amortización en una fecha determinada o cuando lo solicite el accionista. Fórmula frecuente en el derecho

angloamericano. Se denominan redeemable shares para las cuales se crea generalmente un fondo de amortización que en Inglaterra se denomina, capital redemption y en Estados Unidos sinking fund;

i) Derecho de preferencia para suscribir nuevas acciones en caso de aumento de capital, en los países en que este derecho no está conferido imperativamente por la ley;

j) Derecho a convertir las acciones de una categoría en otra o en obligaciones. En el derecho angloamericano se denominan convertible shares."

c) Registro de las acciones preferentes

[COLEGIO CONTADORES PÚBLICOS]³

"En primer término es importante destacar que las acciones preferentes se designan con ese nombre porque gozan de ciertas preferencias, pactadas con los accionistas, que no poseen las acciones comunes; algunas características generales y distintivas de las mismas, son las siguientes: - preferencias en cuanto a los dividendos: antes que se pueda pagar un dividendo a los accionistas comunes, debe cubrirse una tasa de rendimiento, generalmente fija, a los preferentes. - preferencia sobre el activo en caso de liquidación de la empresa, aunque no pueden anteponerse a ningún acreedor. - dividendos acumulativos: si no se cubre el dividendo de un año, puede pagarse en algún futuro, antes de que pueda hacerse una distribución de utilidades a los accionistas comunes. "aún en el caso de acciones no acumulativas, el derecho de los accionistas al dividendo sólo se suspende cuando no se han obtenido utilidades suficientes." las condiciones pactadas contractualmente al emitir esos instrumentos son las que determinarán su registro apropiado como pasivo o como patrimonio, respetando la esencia de la transacción y no necesariamente su forma, como se indica más adelante.2. el párrafo 15 de nic 32 , instrumentos financieros: presentación e información a revelar, establece que, "el emisor de un instrumento financiero lo clasificará en su totalidad o en cada una de sus partes integrantes, en el momento de su reconocimiento inicial, como un pasivo financiero, un activo financiero o un instrumento de

patrimonio, de conformidad con la esencia económica del acuerdo contractual y con las definiciones de pasivo financiero, activo financiero y de instrumento de patrimonio." asimismo, la definición de las características esenciales que contribuyan a determinar si esos instrumentos constituyen pasivos o elementos patrimoniales están contenidas en los párrafos 11, 15-20 de nic 32. de esas referencias interesa destacar parte del párrafo 18, el cual establece lo siguiente: "será la esencia económica de un instrumento financiero y no su forma legal, la que ha de guiar la clasificación del mismo en el balance de la entidad. la esencia y la forma suelen coincidir pero no siempre lo hacen. algunos instrumentos financieros toman la forma legal de instrumentos de patrimonio pero son, en esencia, pasivos." 3 por otra parte, el párrafo segundo del artículo 27 del código de comercio es claro al especificar que "no podrán pagarse dividendos, ni hacerse distribuciones de ningún género, sino sobre utilidades realizadas y líquidas resultantes de un balance aprobado por la asamblea." (el subrayado no es del texto del artículo 27) para decretar el pago de dividendos en una entidad, debe considerarse el concepto de dividendo desde el punto de vista legal como lo establece el código de comercio en la cita anterior y el concepto contable de lo que constituye un dividendo , el cual es concordante con el criterio legal indicado. en el caso de consulta, según las citas anteriores, si no existen utilidades no es propio hablar de distribución de "dividendos". 4 el artículo 121 del código de comercio establece lo siguiente: "además de las acciones comunes, la sociedad tendrá amplia facultad para autorizar y para emitir una o más clases de acciones y títulos valores, con las designaciones, preferencias, privilegios, restricciones, limitaciones y otras modalidades que se estipulen en la escritura social y que podrán referirse a los beneficios, al activo social, a determinados negocios de la sociedad, a las utilidades, al voto, o a cualquier otro aspecto de la actividad social." el artículo en comentario permite una amplia modalidad de las acciones preferentes que puede establecer la entidad dentro del contexto legal citado; dependiendo de las condiciones pactadas se determinará el registro contable de esos títulos como pasivos financieros, instrumentos de capital o por los componentes proporcionales de ambos."

2 NORMATIVA

a) Código de Comercio.

[ASAMBLEA LEGISLATIVA]⁴

ARTÍCULO 120.- La acción es el título mediante el cual se acredita y transmite la calidad de socio. Las acciones comunes -también llamadas ordinarias- otorgan idénticos derechos y representan partes iguales del capital social y deberán ser nominativas. Está prohibida la emisión de acciones sin valor. Tanto las acciones comunes como las preferentes u otros títulos patrimoniales, podrán ser emitidos en moneda nacional o extranjera.

(Así reformado por el artículo 187, inciso b), de la Ley Reguladora del Mercado de Valores No.7732 de 17 de diciembre de 1997)

Nota: Ver observaciones de esta ley.

ARTÍCULO 121.- Además de las acciones comunes, la sociedad tendrá amplia facultad para autorizar y para emitir una o más clases de acciones y títulos-valores, con las designaciones, preferencias, privilegios, restricciones, limitaciones y otras modalidades que se estipulen en la escritura social y que podrán referirse a los beneficios, al activo social, a determinados negocios de la sociedad, a las utilidades, al voto, o a cualquier otro aspecto de la actividad social.

3 JURISPRUDENCIA

Análisis de las distintas clases de acciones

[PROCURADURÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA]⁵

C-120-92

San José, 3 de agosto de 1992 Señora Damaris Ulate Ramírez Gerente
Comisión Nacional de Valores S. D.

Estimada señora:

Con la aprobación del señor Procurador General doy respuesta a su estimable oficio G-203-92 del 18 de mayo del presente año mediante el cual solicita criterio legal sobre la antinomia legal entre los artículos 139 y 145 del Código de Comercio.

I. PROBLEMA PLANTEADO

Requiere el Despacho a su cargo el criterio de esta Procuraduría en relación con la contradicción generada entre el artículo 139 del Código de Comercio, reformado mediante Ley No.7201 del 10 de octubre de 1990 (Ley Reguladora del Mercado de Valores y Reformas al Código de Comercio) y el numeral 145 del mismo código, en relación con el derecho al voto en las asambleas extraordinarias de los accionistas con acciones privilegiadas.

Respecto de esta consulta, por haberlo considerado directamente interesado en este asunto, quien suscribe, procedió a dar audiencia al Licenciado Mario Saborío Valverde, Director General, Registro Nacional, quien adjunto al oficio DGRN-203 del 17 de julio de presente año envía el criterio del señor Rafael Sánchez Sánchez, Director del Registro Público. En dicho criterio se señala que: "Siendo así las cosas considera este Registro que el referido artículo 139, al haber sido reformado por la Ley No.7201 del 10 de octubre de 1990, Ley reguladora del Mercado de Valores y reformas al Código de Comercio, publicada en diario oficial La Gaceta del 29 de octubre de 1990, efectivamente modifica parcial y tácticamente los artículos 121, 145 y 147 del mismo cuerpo legal, los socios poseedores de acciones privilegiadas en las asambleas extraordinarias.

Por las razones apuntadas en el presente asunto, es dable aplicar el criterio en el sentido de que prevalece el artículo 139 sobre los artículos aquí señalados, ya que existe una antinomia entre ellos, siendo de recibo las consideraciones de la señora Ulate plasmadas en la consulta que hiciera en esa Procuraduría, por cuanto aquí está presente el principio consistente en una ley nueva viene a sustituir a una disposición anterior, cuando el legislador no ha manifestado su voluntad de una manera expresa."

II. NORMATIVA APLICABLE

En primer término es necesario señalar lo que textualmente disponen las normas que serán analizadas.

Inicialmente se transcribirán los artículos que mantuvo vigente el Código de Comercio, a pesar de las reformas a dicho cuerpo legal mediante la Ley Reguladora del Mercado de Valores, los cuales dicen a la letra:

"Artículo 121.-

Además de las acciones comunes, la sociedad tendrá amplia facultad para autorizar y para emitir uno o más clases de acciones y títulos-valores, con las designaciones, preferencias, privilegios, restricciones, limitaciones y otras modalidades que se estipulen en la escritura social y que podrán referirse a los beneficios, al activo social, a determinados negocios de la, a las utilidades, al voto, o a cualquier otro aspecto de la actividad social."

"Artículo 145.-

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."

Por otra parte el numeral 147 dispone que: "Cuando existan diversas clases o categorías de acciones, cualquier proposición que tienda a eliminar o modificar los privilegios de una de ellas, deberá ser aprobada por los accionistas de la categoría afectada, reunida en asamblea especial."

De seguido se transcribirá el artículo 139 del Código de Comercio reformado mediante la Ley Reguladora del Mercado de Valores, el cual dice: "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 reembolso de la cuota de liquidación, pero no podrá limitárseles a éstas el derecho de voto en asambleas extraordinarias, ni en lo referido en el artículo 147.

Se prohíbe la emisión de acciones de voto plural."

III. APLICACION DE LA LEY EN EL TIEMPO

Con el fin de determinar la condición jurídica que con respecto al voto tienen los accionistas con acciones privilegiadas en las asambleas extraordinarias de la sociedad anónima, será necesario analizar aspectos como la vigencia de cada una de las normas en cuestión y una eventual derogatoria implícita.

En doctrina en relación con las alternativas sobre la derogatoria y la vigencia de las normas jurídicas se ha dicho que:

"Cabén en este punto las siguientes formas o modalidades de derogación de una ley anterior: 1. (...)

2. (...)

3. El legislador no ha manifestado de una manera expresa su voluntad derogatoria. Sin embargo, por su contenido, alcance y significación resulta que la ley nueva viene a sustituir a una disposición anterior. En este caso existe una derogación tácita y se aplica la regla según cual la ley posterior deroga a la anterior (lex posterior derogat anterior).

En los casos de los número 2 y 3 es necesaria una operación interpretativa para decidir el alcance de la derogación. La ley nueva puede derogar a la anterior en su totalidad o sólo en aquella medida en que resulte incompatible con ella. La operación interpretativa habrá de dilucidar el sentido, la materia y los

destinatarios de ambas leyes, así como la oposición o incompatibilidad existente entre ellas. Y finalmente, el alcance que el legislador ha querido dar a la ley nueva, dilucidando si debe ser o no un cuerpo legal que sustituya integralmente a la ley anterior.

Como consecuencia de la apreciación interpretativa, la conclusión podrá ser que la ley nueva produce una derogación simplemente parcial, por virtud de la cual queden derogadas sólo algunas normas o disposiciones o quede limitado el alcance de la ley anterior en cuanto a su aplicación en determinados supuestos." (Luis Diez Picazo y Antonio Gullon, Sistema de Derecho Civil, Volumen I, Editorial Tecnos, Madrid, 1978, páginas 132 y 133).

En reiteradas ocasiones esta Procuraduría ha expresado que:

"El principio de "ley posterior deroga la ley anterior", sólo tiene aplicación, tratándose de leyes especiales, cuando estas regulan la misma materia..." (Dictamen C-161-83 de 19 de mayo de 1983) (En este sentido ver, entre otros, Dictamen C-081-84 de 27 de febrero de 1984).

El citado principio se aplica al presente caso, pues las normas 139 y la 145 regulan, ambas, la misma materia, sea el voto de los accionistas con acciones preferenciales en las asambleas extraordinarias.

A lo anterior se suma que los dos artículos forman parte del Capítulo Séptimo relativo a las sociedades anónimas.

Por otra parte al estudiar el expediente legislativo de la ley N° 7201 del 10 de octubre de 1990 (Ley Reguladora del Mercado de Valores y Reformas al Código de Comercio), a propósito de las reformas al Código de Comercio de las Sociedades Anónimas el Dr.

Gastón Certad, quien fuera uno de sus redactores, manifestó que:

"...la esencia de la reforma va en el reconocimiento de derechos a las minorías. Es decir, nosotros no podemos pretender crear una sociedad anónima abierta, una sociedad que coloque acciones dentro del público, sino le vamos a dar al accionista minoritario derechos, no tiene sentido y los derechos de minorías que tiene nuestro Código de Comercio actual son nugatorios, no existen

practicamente. Entonces toda la reforma que nosotros proponemos va dirigida a darle derechos a las minorías, a fortalecer, por ejemplo el derecho de información del socio, que hoy día es nulo.." (Dr.Gastón Certad, Expediente Legislativo N° 10.419. discusión del Proyecto de la N° 7201 (Ley Reguladora del Mercado de Valores y Reformas al Código de Comercio), tomo 4, página 1317).

En este mismo sentido y de manera expresa el Dr. Gastón Certad expresó en relación con el numeral 139 que:

"En el número 139, se prohíbe la emisión de acciones de voto plural, medio harto eficaz para perjudicar a las minorías y para la permanencia del grupo de control, y se permite establecer restricciones, totales o parciales, al derecho de voto únicamente respecto de acciones que tengan privilegio en cuanto a la repartición de utilidades o reembolso de la cuota de liquidación (derechos patrimoniales por excelencia), no pudiendo limitarse ese derecho en las asambleas extraordinarias, ni en las especiales; todo con el fin de impedir que se deje por fuera el criterio de algunos accionistas en asuntos de trascendental importancia para la sociedad misma como los que se ventilan en esas juntas. " (Gastón Certad Maroto, La sociedad Anónima en la Ley Reguladora del Mercado de Valores y Reformas al Código de Comercio, San José, Costa Rica, Colegio de Abogados, Laser S.A., 1ra. edición, 1991, página 180 y 181).

De lo recién citado se interpreta que la voluntad de los redactores del Proyecto de la Ley Reguladora del Mercado de Valores y Reformas al Código de Comercio y del legislador fue la de ampliar el derecho de voto de los accionistas con acciones privilegiadas, en el tanto se trata de proteger a las minorías.

Por lo tanto el artículo 139 deroga de manera tácita el numeral 145 del Código de Comercio en lo relativo al derecho de voto de los accionistas con acciones privilegiadas en las asambleas extraordinarias de las sociedades anónimas.

En relación con el numeral 121 del Código de Comercio, esta Procuraduría considera que se trata de una regla general cuyas excepciones establece el artículo 139 y antes de las mencionadas reformas, el 145 del mismo cuerpo legal. Pero se debe señalar que el artículo 121 se mantiene como una norma de carácter general dentro de lo establecido en el Capítulo Séptimo De Las Sociedades Anónimas, en la Sección II.

En lo relativo al artículo 147 del código citado, debe concluirse que su vigor y vigencia fueron reforzados al ser incluido por medio del artículo 139 como una de las excepciones a la regla general establecida por el artículo 121 ya comentado.

Sin embargo también se debe aclarar que el numeral 147 del Código de Comercio por sí solo no fue reformado mediante la Ley N°.7201 -Ley Reguladora del Mercado de Valores y Reformas del Código de Comercio-.

IV. CONCLUSION

En virtud de lo expuesto esta Procuraduría considera que el numeral 145 del Código de Comercio fue reformado tácitamente por la reciente reforma al artículo 139 del mismo código.

Atentamente, Dr. Román Solís Zelaya Procurador Fiscal MLE/mle.e

FUENTES CITADAS

- 1 ALVARES CHAVES, Luis y GONZÁLEZ BOLAÑOS, Francisco. Constitución de sociedades anonimas de capital abierto: (Su importancia para el desarrollo del Mercado accionario). Tesis para optar al grado de licenciatura en Derecho. 1993. pp 275-276
- 2 DE SOLA CAÑIZARES, Felipe. Tratado de Sociedades por acciones en derecho comparado. Tomo 3. Tipografica Editora Argentina. Buenos Aires. 1957. pp 134-136.
- 3 COLEGIO DE CONTADORES PÚBLICOS. ¿Como se registran las acciones preferentes?. Base de datos de la página oficial del colegio de contadores públicos. [en línea]. Visitada el 09/11/07. Disponible en: <http://www.ccpa.or.cr/index.php?page=preguntas&id=3&tipo=>
- 4 ASAMBLEA LEGISLATIVA. Código de Comercio. Ley : 3284 del 30/04/1964.
- 5 PROCURADURÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA. Dictamen : 120 del 3/8/1992